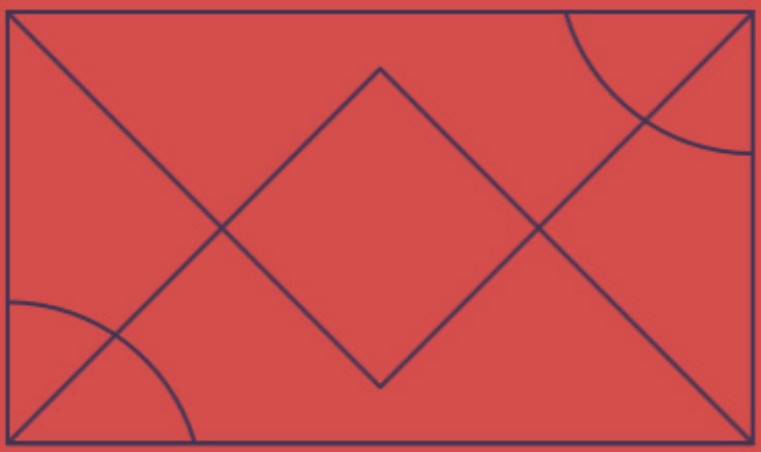
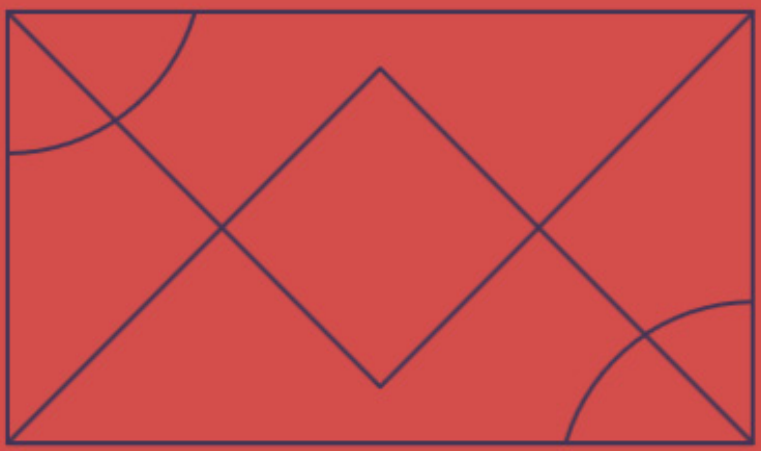
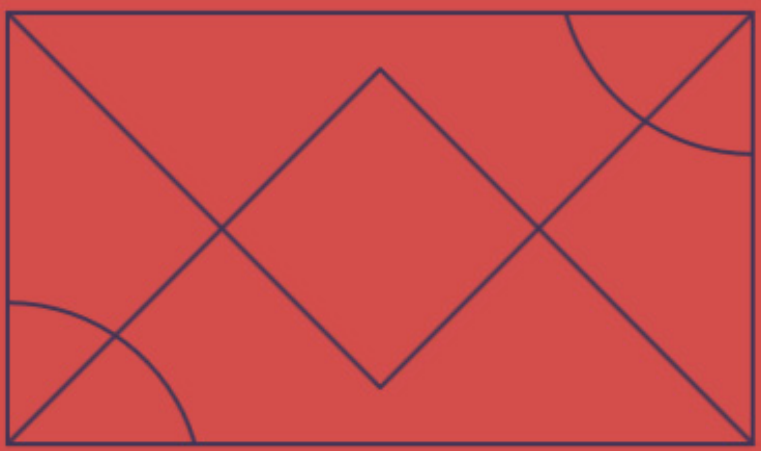
COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.1







UniCEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

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

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

ORGANIZAÇÃO
Ana Carolina Figueiró Longo
Viviani Gianine Nikitenko

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

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

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

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

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

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

7 Outros Direitos
Ana Carolina Figueiró Longo
Iyaromi Ahualli
Nitish Monebhurrun

8 Relações Internacionais
Carolini Gonçalves Nascimento
Fernanda Maria Alves Gomes

EQUIPE TÉCNICA
Larissa Vargas de Souza Viana

Documento disponível no link
repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Compêndio FAJS / organizadores, Ana Carolina Figueiró Longo
Viviani Gianine Nikitenko – Brasília: UniCEUB : 2019.
4752 p. v.1.

ISBN 978-85-7267-036-4
1. Direito. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

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

SUMÁRIO

DURAÇÃO RAZOAVEL DA PRISÃO PREVENTIVA 11

A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA PARA PROTEÇÃO DE TRANSEXUAIS 64

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: FIM DOS ABUSOS COMETIDOS PELA POLÍCIA? 119

BREVES REFLEXÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E AS TEORIAS PUNITIVISTAS 179

A PROTEÇÃO À PRIMEIRA INFÂNCIA DOS FILHOS DE MULHERES PRESAS E OS POSSÍVEIS REFLEXOS DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641 – STF 245

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: SUA APLICABILIDADE NOS CRIMES DE FURTO SIMPLES 319

O SISTEMA PENITENCIÁRIO E A NÃO EFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO NO PRESÍDIO DA PAPUDA 376

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL UMA ANÁLISE DA COMPLEXIDADE DO FENÔMENO E SEUS DESAFIOS A PARTIR DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS 426

A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA 486

FALSAS MEMÓRIAS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL 586

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SELETIVIDADE DO SISTMA PENAL BRASILEIRO NO CASO RAFAEL BRAGA 635

AS ESTRUTURAS DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E OS ASPECTOS PROCESSUAIS SOB UMA ÓTICA CONSTITUCIONAL 687

O PATERNALISMO PENAL, A EUTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO 734

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O DOLO EVENTUAL AOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO 786

OS LIMITES DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL 842

A LEI Nº 12.694/2012 E SUA RELAÇÃO COM A FIGURA DO JUIZ SEM ROSTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS 903

TRABALHO PRISIONAL: SENTIDO NORMATIVO E OBSTÁCULOS À IMPLEMENTAÇÃO 990

A (IM) POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS 1064

VIOLÊNCIA JOVEM NA CLASSE MÉDIA E ALTA: ASPECTOS GERAIS, ESTUDO DE CASO E RAZÕES 1111

USO DE DROGAS, SISTEMA PENAL E REDUÇÃO DE DANOS 1162

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA: DIREITO PENAL DA LOUCURA .. 1261

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ABANDONO AFETIVO CONTRA VUNERÁVEL IDOSO 1306

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO 1354

O DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS EM CASOS DE POST-MORTEM 1409

A CONQUISTA DA IGUALDADE SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO COM O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº878.694/MG 1494

A DESMISTIFICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA E SEUS REAIS EFEITOS NA PRÁTICA 1538

ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL: A INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE CUIDADO COMO ATO ILÍCITO À LUZ DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ 1589

DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS 1643

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PERSONALIDADE DOS ANIMAIS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO 1730

O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO DÚPLICE E SUAS IMPLICAÇÕES SUCESSÓRIAS: UMA ANÁLISE SOBRE OS FUNDAMENTOS DECISÓRIOS DO RE 898.060/SC 1890

REFLEXOS DA MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO SUCESSÓRIO: A POSSIBILIDADE DE CUMULAR O RECEBIMENTO DE HERANÇA DE PAI BIOLÓGICO E PAI AFETIVO 1955

RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO INTERVIR NAS DECISÕES DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES 2000

DANO MORAL EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO ALIMENTAR ... 2072

A PROPOSTA POPULAR DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 2129

A UTILIZAÇÃO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS 2188

A LEI DA PARTILHA DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO: OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI Nº 12.734, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012 2236

A POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DE TRATAMENTO SEM TRANSFUSÃO DE SANGUE PARA PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ SOB A ÓTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL 2304

COMISSÕES PARLAMENTARES E O PODER TERMINATIVO: UMA ANÁLISE SOBRE A RECORRIBILIDADE DO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 79/2016 2356

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: INSTRUMENTO DE ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO ÀS ESPECIFICIDADES DA DEMANDA 2415

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O ACESSO À JUSTIÇA 2525

IMPUGNABILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE CRÍTICA 2546

EFEITO DEVOLUTIVO NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL: DIMENSÕES DO PRÉ-QUESTIONAMENTO EM VIRTUDE DO NOVO CPC E IMPLICAÇÕES NA ATUAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO STJ 2638

AGRAVO DE INSTRUMENTO E A TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015: A IMPUGNAÇÃO TARDIA DAS DECISÕES NÃO AGRAVÁVEIS E SEUS REFLEXOS 2742

O MODELO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015: SUA INSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E UMA REFLEXÃO SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL PROFERIDO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 2819

A IMPENHORABILIDADE DOS RECURSOS DO FUNDO ESPECIAL DE ASSISTÊNCIA FINANCEIRA AOS PARTIDOS 2911

A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/2017 DO IBAMA PARA PROTEÇÃO DAS ABELHAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE DE SUPORTE 2974

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO À LUZ DA ANÁLISE DO JULGAMENTO DOS RE 852475 E RE 669069 3123

A CONVENÇÃO 158 DA OIT E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 3271

A TARIFAÇÃO DO VALOR DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NA REFORMA TRABALHISTA 3367

A PROPRIEDADE INTELECTUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO PRIVADO: ANÁLISE DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS 3427

A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE USUÁRIOS DE CRACK: EFICÁCIA, LEGALIDADE E GARANTIAS INDIVIDUAIS 3460

A TRANSPARÊNCIA DOS RESULTADOS DAS AVALIAÇÕES NO PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAIS DO SISTEMA "S" 3505

O ASSASSINATO DE JOVENS NEGROS NO BRASIL DIANTE DO CRIME DE GENOCÍDIO NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL 3643

REGULAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL: INTERESSE PÚBLICO E OBJETIVOS ESTRATÉGICOS DO PAÍS. UM ESTUDO DE CASO DA AUTORIZAÇÃO DOS CURSOS DE MEDICINA COM A LEI DO MAIS MÉDICOS 3687

ASPECTOS LEGAIS E BIOÉTICOS DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS ENVOLVENDO SERES HUMANOS 3746

O ABORTO EUGÊNICO QUANDO DO DIAGNÓSTICO DE ANENCEFALIA: UMA ANÁLISE QUANTO À PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL 3789

A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL NAS DECISÕES DO STF E DO STJ 3847

O PROBLEMA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO INSTRUMENTO PROTETOR DA PERSONALIDADE: A LIBERDADE DE IMPRENSA E A DIFUSÃO DA INFORMAÇÃO SOBRE A PESSOA 3894

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E OS PARÂMETROS DO SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO 3946

ALGORITMOS E REGULAÇÃO 4093

O USO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO FORMA DE REGULAMENTAÇÃO INDIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: APOSENTADORIA ESPECIAL POR INSALUBRIDADE 4148

INOVAÇÃO, ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO E DIREITO REGULATÓRIO NO BRASIL: ANÁLISE DA LEI Nº 13.640/2018, QUE REGULAMENTA O TRANSPORTE REMUNERADO PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS 4274

A LEI Nº 12.694/2012 E SUA RELAÇÃO COM A FIGURA DO JUIZ SEM ROSTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS 4336

DESAFIOS PARA A REGULAMENTAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO BRASIL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA CRISPR-CAS9 PARA EDIÇÃO DE GENES 4425

USO DE DROGAS, SISTEMA PENAL E REDUÇÃO DE DANOS 4492

O BOKO HARAM: SURGIMENTO, ATUAÇÃO E RELAÇÃO COM A MÍDIA INTERNACIONAL 4595

CULTURA E NEGOCIAÇÃO: O CASO DE JERUSALÉM 4661

A ATUAÇÃO INTERNACIONAL DO BNDES COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA NO GOVERNO LULA 4696

INTRODUÇÃO

O Núcleo de Pesquisa da FAJS, verificando a excelência na qualidade dos Trabalhos de Conclusão de Curso de seus alunos, iniciou o projeto de publicação deste livro, com a seleção dos melhores trabalhos produzidos.

A proposta foi a de uma construção coletiva entre professores e alunos. Para isso, foi lançado um edital convocando a formação de um conselho editorial para, dentre aqueles trabalhos já indicados pelas bancas de avaliação como passíveis de publicação no repositório do UniCEUB, escolher os melhores.

O Conselho Editorial é composto por alunos e professores, em condição de paridade e se debruçou na análise dos textos, escolhendo os 103 melhores trabalhos produzidos pelos alunos da FAJS no primeiro semestre de 2018.

O Compêndio, pois, é a valorização da pesquisa no ambiente do Direito e das Relações Internacionais, para divulgar a produção do corpo discente, premiar aqueles que se esforçaram por um trabalho excepcional, além de propor um debate entre alunos, professores e comunidade sobre as várias soluções inovadoras propostas para problemas além dos muros da faculdade.

Ana Carolina F. Longo

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.1

Ciências Criminais

UniCEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

Ciências Criminais

DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PRISÃO PREVENTIVA

Alícia Hartmann Monteiro

RESUMO

O trabalho aborda as modalidades de prisões cautelares, com enfoque na prisão preventiva e à falta de prazo para a sua duração. Será tratado na pesquisa sobre os requisitos e os fundamentos necessários para efetuação de cada prisão cautelar, com maior aprofundamento na prisão preventiva. Posteriormente, serão explanados os princípios do direito penal e processual penal para a melhor apreensão da duração razoável do processo. Além disso, o trabalho expõe o posicionamento de alguns doutrinadores, de tribunais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, através da análise de alguns julgados, com a finalidade de compreender como essa lacuna legal tem sido solucionada.

Palavras-chave: Prisões Cautelares. Prisão Preventiva. Duração Razoável do Processo. Lacuna.

1 INTRODUÇÃO

Este presente trabalho de conclusão de curso de Direito promove o estudo do direito que os presos cautelares possuem de ter uma duração razoável do processo, ou até mesmo, o direito de serem julgados sem dilações indevidas ou injustificadas. Com base em uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto.

O ponto de partida para a análise da questão será primeiramente a definição e o estudo das modalidades de prisão cautelar existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que são a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. Além da definição legal do que é cada tipo de prisão cautelar, serão abordados os requisitos presentes para a fundamentação de cada modalidade de prisão, quem pode

efetuar a prisão, quais crimes cada prisão é cabível, em quais momentos poderão ocorrer a prisão e quais as situações possíveis previstas em lei que permitem o uso dessas medidas restritivas de liberdade.

Não somente será feito o estudo das prisões cautelares, como também o estudo das medidas alternativas diversas da prisão, que são as medidas restritivas de direito, as quais deverão ser prioridade dos aplicadores da norma, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro busca sempre evitar o uso das prisões. Tendo em vista as problemáticas carcerárias de superlotação e de condições desumanas, bem como o próprio ambiente prisional que em sua grande maioria tende a agravar a situação do cidadão pela alta periculosidade, não se pode esperar que o indivíduo que saia de um ambiente desse e retorne a conviver no meio da sociedade esteja em condição melhor, apto a arranjar um trabalho e não praticar mais nenhum delito.

Pelo fato da prisão preventiva não possuir prazo estabelecido em lei, esta modalidade de prisão cautelar será o foco da presente pesquisa. Com o estudo do advento da Lei nº 12.403 de 2011 que trouxe muitas inovações no Código de Processo Penal, como a criação de novas medidas cautelares diversas da prisão, e também restringiu ainda mais a utilização da prisão preventiva, impondo fatores a serem observados, como a título de exemplo, a presença da necessidade e da adequação quando da decretação da prisão preventiva.

Ainda mais, serão explanados os significados de vários princípios tanto de natureza constitucional penal, quanto os de natureza penal e processual penal, uma vez que o próprio direito à duração razoável da prisão preventiva surgiu com o princípio à duração razoável do processo, presente na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII.

Já no segundo capítulo, serão abordados as normas, os Tratados e as Convenções Internacionais que protegem o direito do cidadão de ter seu processo julgado e sentenciado em um prazo razoável. Bem como será tratado também a dualidade entre a segurança jurídica e a celeridade processual, pois quanto maior a segurança jurídica, menos célere o processo, visto que há uma série de garantias, até

mesmo constitucionais a serem respeitadas, como o contraditório e a ampla defesa, sem contar com a possibilidade de impetração de recursos contra decisões, circunstâncias essas que prolongam a duração processual.

Ademais, a pesquisa segue com um tópico quanto à Instrução Normativa nº 1 de 2011 da Corregedoria da Justiça do Distrito Federal e Territórios, a qual estabeleceu um prazo que seria considerado razoável para duração da prisão preventiva, bem como a sua aplicação em alguns Acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Passada toda a fase de instrução e julgamento do acusado e sendo este condenado, não transitando em julgado a ação, verifica-se que mesmo nessa circunstância prevalece a presunção de inocência do indivíduo, isto é, ele ainda nesse momento não será preso para fins de cumprimento de pena, pois ainda carrega consigo a presunção de inocência até o trânsito em julgado. Em uma pesquisa jurisprudencial, foram expostos diversos posicionamentos dos tribunais acerca da matéria quanto aos indivíduos com condenação ainda não transitada em julgado, se seria cabível ou não a efetuação da prisão nessas hipóteses.

Por fim, a explanação do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, com a respectiva explicação das Súmulas do STJ ede julgados de ambos os tribunais referentes à duração da prisão preventiva.

2 PRISÕES CAUTELARES

A Lei nº 12.403 de 2011 alterou o Código de Processo Penal e teve como principal objetivo evitar a prisão provisória do indiciado, tratando-a como uma medida excepcional a ser utilizada, ou seja, somente será decretada quando não houver nenhuma outra medida alternativa capaz de garantir a eficácia da persecução penal, como ocorre com a fixação de medidas cautelares restritivas de direito ao invés da medida restritiva de Liberdade.[1]

[1] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

As hipóteses de prisão cautelar são: prisão em flagrante delito, prisão temporária e prisão preventiva. Dessas três modalidades de prisão, somente duas delas tem um caráter de permanência, que são a prisão temporária e prisão preventiva, visto que a prisão em flagrante tem caráter precautelar.[2]

2.1 Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante encontra amparo nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal (CPP), configurando-se não como uma medida pessoal, pois não será feita a análise dos antecedentes criminais, a gravidade do crime e os motivos que o fundamentem, sendo o único requisito analisado o flagrante, ou seja, o indivíduo cometendo o crime.

Essa prisão é considerada uma medida precautelar, pois preso o indivíduo em flagrante caberá ao juiz, ou relaxar a prisão, ou converter em prisão preventiva, ou conceder a liberdade provisória. Nesse viés, o flagrante não visa garantir o resultado final do processo, mas apenas retém o suspeito para que o juiz tome as devidas providências. Essa medida acaba por ser independente, tendo caráter instrumental e autônomo do flagrante. A precariedade da prisão em flagrante ocorre pela possibilidade de ser feita por particulares ou por autoridade policial, e sua duração não se prolonga no tempo, uma vez que o juiz no prazo de 24 horas analisará sua legalidade e poderá optar ou pelo relaxamento da prisão, caso esta seja ilegal, ou concederá a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou decidirá sobre a permanência da prisão, convertendo o flagrante em prisão preventiva, conforme o disposto no artigo 310 do CPP. Lembrando que é inadmissível a manutenção da prisão em flagrante por sua mera homologação. Não podendo ninguém ficar preso sob o fundamento da prisão em flagrante.[3]

A Lei 12.403/2011 acrescentou ao art. 310 do CPP o inciso III, trazendo a possibilidade do juiz conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. O parágrafo

[2] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[3] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

único do referido artigo dá a possibilidade de o juiz conceder liberdade provisória se verificar que o agente praticou o crime em legítima defesa, em estado de necessidade, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, hipóteses estas previstas no artigo 23 do Código Penal (CP), chamadas de excludentes de ilicitude, deixando o fato, portanto, de ser crime. Em caso do juiz conceder a liberdade provisória por fato com excludente de ilicitude, o agente deverá comparecer a todos os atos processuais mediante termo de compromisso, sob pena de revogação da liberdade provisória. O art. 310 do CPP na sua nova redação vai ao encontro da redação do art.1º da Resolução n.66 do Conselho Nacional de Justiça, aplicado antes mesmo da reforma.[4]

O termo flagrante significa queimar, arder, ou seja, o crime que acabou de ocorrer ou está sendo cometido, sendo que qualquer do povo pode prender em flagrante, flagrante facultativo ou discricionário, e as autoridades policiais e seus agentes devem prender em flagrante, flagrante compulsório ou obrigatório.[5]

As modalidades da prisão em flagrante estão previstas no artigo 302 do CPP e são flagrante próprio, quem está cometendo a infração penal ou quem acaba de cometê-la; flagrante impróprio, quem é perseguido, logo após a infração penal, é alcançado e preso, lembrando que a perseguição deve ser ininterrupta.[6] O flagrante em delito poderá ocorrer também nos crimes permanentes, em que a consumação se prolonga no tempo, sendo a prisão possível enquanto não cessar a permanência, conforme art. 303 do CPP e enquadra-se também na classificação de flagrante próprio.[7]

Quando o agente é encontrado logo depois do cometimento da infração com arma ou instrumentos do crime, poderá ser preso em flagrante presumido ou ficto, tendo previsão no art. 302, inciso IV, do Código de Processo Penal. Caso em que a

[4] Ibid.
[5] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[6] Ibid.
[7] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017

pessoa não é perseguida, porém encontrada com objetos ou instrumentos do crime que permitem concluir em um contexto que o indivíduo é o autor da infração.

Apesar do Código de Processo Penal não dispor expressamente, existem na prática outros tipos de prisão em flagrante que fogem àquele rol descrito no art. 302 e 303 do CPP, como o flagrante preparado que gera a ilegalidade da prisão, pois um terceiro provoca alguém à prática de um crime, preparando um conjunto de circunstâncias que induz o sujeito a praticar o crime, viciando a sua vontade, que deixa de ser livre e espontânea. Nessa situação de flagrante há uma impossibilidade da consumação do crime pelo meio empregado encontrar-se viciado por ação de terceiro, o que configura crime impossível, como disposto no artigo 17 do Código Penal que assim dispõe: não se pune a tentativa, quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. A Súmula 145 do STF dispõe sobre o assunto da seguinte forma "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".[8]

O flagrante forjado ocorre quando há a criação de provas para forjar a prática de um crime inexistente. Aqui, a ação policial ou de um particular simula um fato típico inexistente, com o objetivo de incriminar alguém falsamente. Trata-se de flagrante totalmente ilegal, devendo ser imediatamente relaxado.[9]

Nos casos em que a polícia observa ações delitivas de organizações criminosas, a lei prevê o possível retardamento da ação policial, para que se possam colher mais informações ou provas sobre o crime organizado, como ocorre nas organizações criminosas e no tráfico ilícito de entorpecentes. Nessas situações, a prisão em flagrante será adiada para um outro momento, a fim de que a polícia colete mais provas e mais informações sobre os criminosos. Para esse tipo de prisão, a doutrina o denominou de flagrante retardado ou diferido. Para os crimes previstos na Lei de Drogas, esse tipo de flagrante retardado depende de autorização judicial e manifestação do Ministério Público, sob pena da ilegalidade da prisão. Já a Lei das

[8] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014
[9] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Organizações Criminosas não exige prévia autorização judicial para esse flagrante, mas a mera comunicação ao juiz competente.[10]

O flagrante esperado ocorre quando a polícia já sabe de um crime que será efetuado em breve, aguardando apenas o início da efetivação para a realização da prisão em flagrante. Há que se observar a efetuação do flagrante, uma vez que o crime precisa ter sido cometido, ou seja, haverá a violação a um bem jurídico. Caso a polícia prenda o indivíduo sem que este tenha violado bem jurídico algum, deverá ser essa prisão relaxada, pois configura essa hipótese em crime impossível.[11]

Após a efetivação da prisão em flagrante, o indivíduo será conduzido à delegacia e lá será lavrado um auto de prisão em flagrante que deverá respeitar as devidas formalidades estabelecidas nos artigos 304 e seguintes do Código de Processo Penal. A autoridade policial deverá ouvir o condutor, policial que conduziu o indivíduo à delegacia, e deverá colher a assinatura dele desde logo. Em seguida, o delegado ouvirá as testemunhas e o preso, devendo, posteriormente, lavrar a nota de culpa, documento que será entregue ao preso, em até 24 horas após a prisão, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas, sendo no mínimo duas. Dentro desse mesmo prazo, o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado à família do preso ou pessoa por ele indicada e ao juiz para audiência de custódia, segundo art. 306 do CPP. Não obedecidos esse procedimentos, a prisão torna-se ilegal, devendo ser imediatamente relaxada.[12]

Por conseguinte, no que tange a duração da prisão em flagrante, não é preocupação para o ordenamento jurídico, pois, uma vez o indivíduo preso, deverá o auto de prisão em flagrante ser encaminhado ao juiz em 24 horas, para que este decida, fundamentadamente, relaxar a prisão se esta for ilegal, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou converter o flagrante em preventiva, se presentes

[10] PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de processo penal.* 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
[11] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[12] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

os requisitos desta, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.[13]

2.2 Prisão Temporária

Outra modalidade de prisão provisória é a prisão temporária regulamentada pela Lei nº 7.960 de 1989. Caberá essa prisão quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou quando o indiciado não tiver residência fixa, ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, ou quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes dispostos no art. 1º da Lei nº 7.960/89, os quais são homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro e crimes previstos na Lei de Terrorismo. Para esses crimes será cabível a prisão temporária. Lembrando que alguns crimes previstos na Lei de Prisão Temporária foram revogados como o atentado violento ao pudor, previsto anteriormente no art. 214 do CP e o rapto violento, art. 219 do CP.

Apesar da lei dispor situações para aplicação da prisão temporária, a doutrina diverge se esses incisos são cumulativos ou alternativos. Contudo, o entendimento predominante é de que para a decretação da prisão temporária, deverão estar presentes o disposto no inciso I e no inciso III ou no inciso II e no inciso III. Portanto, a prisão temporária deve ser imprescindível para as investigações e o suposto crime praticado pelo agente deve estar previsto no art. 1º, III, da Lei 7.960/89 ou quando o indivíduo não possuir residência fixa ou elementos para a sua identificação civil e o suposto crime praticado pelo agente deve estar previsto no art. 1º, III, da Lei 7.960/89. O fato é que a prisão temporária quanto ao prazo não apresenta norma em branco. De acordo com o art. 2º da Lei 7.960/89, o prazo será

[13] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

de 5 dias prorrogável por mais 5, e decorrido o prazo, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva, art. 2º, parágrafo 7º da Lei. Já os crimes hediondos ou equiparados a hediondos possuem prazo diferenciado de 30 dias prorrogáveis por mais 30 em caso de extrema e comprovada necessidade, art. 2º, parágrafo 4º da Lei 8.072/90.[14]

A decretação da prisão temporária não pode ocorrer de ofício, mas apenas por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, art. 2º da Lei 7.960/89.[15]

A prisão temporária não terá mais razão de ser após o recebimento da denúncia, quando a prisão é imprescindível para as investigações do inquérito policial. Ou seja, a prisão temporária restringe-se ao curso das investigações policias, não sendo aplicada quando a ação penal já estiver instaurada. Para o doutrinador Eugênio Pacelli, o requisito disposto no inciso II, do art. 1º da Lei 7.960/89, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, encontra-se dentro da hipótese do inciso I, pois não saber a identidade do indiciado ou não ter notícias de seu domicílio atrapalham o curso das investigações policias, ou seja, para o doutrinador o inciso II é mera redundância do inciso I do art. 1º da Lei 7.960/89.

Por conseguinte, se acabarem os motivos que fundamentaram a prisão temporária, poderá o indivíduo ser posto em liberdade. Findando o curso do inquérito policial ou tornando conhecida a identidade do indivíduo e seu endereço acabam as razões que motivaram a prisão, podendo o juiz conceder a liberdade provisória ou converter a prisão temporária em preventiva, se presentes os requisitos para essa prisão.

Essa modalidade de prisão cautelar não é problema para o ordenamento jurídico quanto a sua duração, visto que há disposição expressa quanto ao prazo de sua duração que são 5 dias, podendo ser prorrogado uma vez por mais 5 dias se

[14] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014
[15] Ibid.

demonstrada a extrema e comprovada necessidade para tanto. Para os crimes hediondos o prazo é maior, de 30 dias, podendo também ser prorrogado por mais 30 dias uma única vez, obedecendo aos mesmos requisitos abordados anteriormente, ou seja, demonstrada a absoluta necessidade. Findo esse prazo, o indivíduo deverá ser posto em liberdade, caso não seja, cabe ingressar com pedido de relaxamento da prisão temporária, em razão da ilegalidade de ter ultrapassado o prazo.[16]

2.3 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma medida cautelar aplicada pelo juiz durante o inquérito policial ou durante a ação penal. Segundo os seus requisitos previstos no Código de Processo Penal, ela é aplicada nas hipóteses em que a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal encontram-se ameaçadas.[17] Decretada a prisão preventiva, devidamente fundamentada, o acusado será privado de sua liberdade e esperará pelo julgamento do seu processo e por sua respectiva sentença, inocentando-o ou condenando-o, caso os fundamentos que ensejaram a prisão não desapareçam no curso do processo.[18]

O Direito Processual Penal aborda os requisitos da prisão preventiva, devendo o acusado se enquadrar em uma das hipóteses previstas no artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal. Os fundamentos que podem motivar a preventiva são a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal, devendo haver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, poderá ainda ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.[19] Além de o juiz ter que fundamentar devidamente nos artigos do art. 312 do CPP, será admitida a decretação da prisão preventiva se o crime for doloso

[16] PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de processo penal.* 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
[17] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
[18] NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[19] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, ou se for o acusado reincidente em crime doloso, ou se o crime envolver violência doméstica e familiar, requisitos estes presentes no art. 313 do CPP.

A competência para decretação da prisão preventiva é somente do juiz ou do tribunal competente, em decisão fundamentada, por requerimento do Ministério Público, ou mediante representação de autoridade policial ou ainda por requerimento do querelante ou do assistente, no caso de ação penal privada, disposição prevista no art. 311 do CPP. O doutrinador Aury Lopes entende que a prisão preventiva não poderia ser decretada de ofício, pois foge das regras atinentes ao sistema penal acusatório constitucional. No entanto, o CPP em seu artigo 311 estabeleceu que o juiz poderá decretar de ofício, dando liberdade de escolha ao juiz em optar pela decretação da prisão preventiva ou utilizar medida cautelar diversa da prisional.[20]

O momento da decretação pode ocorrer nas investigações policias ou no curso do processo, ou com a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando forem insuficientes outras medidas cautelares diversas da prisão, ou ainda em substituição à medida cautelar que for descumprida injustificadamente. Conforme Eugênio Pacelli, em caso do descumprimento de medida cautelar com justificativa plausível, seria desproporcional e inadequada a conversão da medida cautelar em preventiva. Em caso do descumprimento ser injustificável e o indivíduo oferecer risco ao processo, o magistrado pode converter em preventiva, observada a devida fundamentação, a qual sempre é necessária, no entanto, não será necessário enquadrar em uma das hipóteses do artigo 313 do CPP.[21]

Em razão da severidade dessa medida cautelar, por encarcerar o indivíduo antes da sentença transitada em julgado, somente poderá ser decretada por autoridade judiciária competente através de uma ordem escrita e fundamentada, conforme previsão constitucional em seu art. 5º, inciso LXI, o qual prevê que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada

[20] LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[21] PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de processo penal.* 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".[22] Se a prisão preventiva não apresentar essas especificações, será considerada ilegal, devendo ser imediatamente relaxada.[23]

Dentre os requisitos legais para decretação da prisão preventiva, estão o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro deles significa a fumaça da existência de um crime e o segundo o perigo do indivíduo permanecer em liberdade.

O fumus comissi delicti fica evidente com os indícios suficientes de autoria e de materialidade exigidos no art. 312 do CPP, é a existência de sinais externos, demonstrados por atos do inquérito policial.[24] Portanto, o juiz tem o dever de verificar se há indícios suficientes que conectam o acusado à autoria do crime e se há provas da materialidade delitiva, demonstrando que o crime realmente ocorreu. Lembrando que o juiz não precisa ter prova plena para a decretação da prisão preventiva, sendo os indícios suficientes, pois nessa fase não se exige a mesma certeza que se exige na condenação.[25]

Como já visto que em sede de prisão cautelar não há que se falar em juízo de certeza, prevalecendo na aplicação da prisão preventiva um juízo de probabilidade, analisando requisitos positivos, em que a conduta delitiva é provavelmente típica, ilícita e culpável, não podendo existir requisitos negativos, como aparentemente uma possível causa de excludente de ilicitude ou de exclusão de culpabilidade. Por exemplo, um delito cometido com grande probabilidade de ter ocorrido uma legítima defesa ou um caso em que configura estado de necessidade possuem requisitos negativos para a aplicação da prisão preventiva e encontram resguardo no art. 314 do CPP, pois em nenhum desses casos o juiz decretará a prisão preventiva.[26]

---

[22] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 1 de ago. 2017.
[23] Ibid.
[24] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[25] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[26] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O segundo requisito é o *periculum libertatis*, que é o perigo do sujeito estar em liberdade, ameaçando a garantia da ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal, previstos no art. 312 do CPP.[27]

A garantia da ordem pública tem como fim evitar com que o acusado pratique mais crimes, apresentando alta periculosidade social. Nesse caso, o indivíduo tem grande probabilidade de não aguardar o processo em liberdade, pois grandes são as chances de uma nova conduta delitiva. Lembrando que mero clamor público ou a comoção social não são fundamentos para aplicação da prisão preventiva. O clamor público ocorre quando há ampla divulgação do crime nas mídias sociais, causando uma alteração emocional coletiva, uma comoção social, em que o povo anseia por justiça sem observar os requisitos, as normas e os princípios que regem o direito processual penal. O STF e o STJ firmaram o entendimento de que a repercussão do crime, o clamor público, a comoção social ou a alusão genérica sobre a gravidade do delito não justificam legalmente a prisão preventiva.[28]

Garantia da ordem econômica inserida no art. 312 do CPP pela Lei nº 8.884/94, Lei Antitruste, com a finalidade de evitar práticas que gerem prejuízos vultosos. No entanto, a garantia da ordem pública abarca em sua amplitude a garantia da ordem econômica, utilizando os juízes na maioria das vezes a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva.[29]

A conveniência da instrução criminal tem como objetivo impedir com que o sujeito coloque em risco a coleta de provas. Podendo destruir provas e documentos, ameaçar, subornar ou constranger testemunhas, vítimas ou peritos, apagar vestígios do crime. Logo, a prisão preventiva sob este fundamento visa garantir a produção de provas ao decorrer do processo.[30]

---

[27] Ibid.
[28] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[29] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[30] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Garantia da aplicação da lei penal tem o escopo de garantir a execução da lei. A exemplo, em caso de iminente fuga do agente, o que impediria a execução da pena em concreto na hipótese do acusado ser condenado. Há alguns aspectos na vida do sujeito a serem observados que reduzem a probabilidade de fuga, como residência fixa, ocupação em algum emprego, existência de família na localidade.[31] O fundamento do risco de fuga precisa ter circunstâncias concretas, precisando estar vinculado com a realidade fática e probatória.[32]

Os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* precisam estar devidamente fundamentados, demonstrando o juiz elementos concretos que demonstrem a necessidade dessa prisão cautelar. Por isso, não basta o juiz abordar a sua fundamentação de forma genérica, por mera suposição da possibilidade do sujeito ferir alguma das garantias dispostas no art. 312 do CPP.[33]

A fim de atender as peculiaridades de cada caso e de cada preso, a legislação brasileira não impôs prazo para a duração dessa medida cautelar, que apesar de não ser um cumprimento de pena, retira a liberdade do acusado do momento em que a prisão é efetuada até a sua sentença em definitivo. Como a legislação não tem nenhum tipo de previsão quanto ao prazo de duração da prisão preventiva, deverá ser aplicado o princípio da duração razoável do processo, para que o processo não se alongue de forma demasiada. No entanto, para a aplicação desse princípio, há a necessidade de compreender o tempo do direito na sociedade contemporânea, como forma de estabelecer em pleno século XXI, a noção de prazo razoável.[34]

O indivíduo que é preso preventivamente e posteriormente é condenado terá a compensação dos dias em que ficou preso provisoriamente. No entanto, o preso preventivamente que é absolvido ou por falta de provas ou por ficar demonstrada a sua inocência, não tem indenização com previsão em lei para esse tipo de restrição à

[31] Ibid.
[32] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[33] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[34] RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Direito fundamental à razoável duração da prisão preventiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/clovis_rodrigues.html>.

liberdade. Não sendo a prisão preventiva ilegal, o Estado não terá a responsabilidade civil de indenizar pelo erro.[35]

O escopo da prisão preventiva é garantir o cumprimento da função jurisdicional, permitindo que haja a investigação policial sem a alteração das provas originárias, que haja trâmite processual com o comparecimento do acusado à Justiça e que o acusado em hipótese de ser perigoso à sociedade evite causar mais danos a esta.[36]

2.4 A Prisão Preventiva e a Lei nº 12.403/2011

A prisão preventiva é uma medida cautelar que restringe a liberdade do cidadão, esta medida possui requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Não há previsão temporal de quando ela será utilizada, podendo ser determinada a qualquer momento do processo, inclusive até mesmo na fase de inquérito policial, para tanto há necessidade de se demonstrar que estão presentes os indícios suficientes de autoria e de materialidade. Sua natureza jurídica é de prisão cautelar judicial.[37]

Como os requisitos para a decretação da prisão preventiva são os mesmos para o ingresso da denúncia e da queixa, devendo apresentar indícios suficientes de autoria e de materialidade, normalmente, ela será decretada após ingresso da ação penal. Portanto, em via de regra, a prisão preventiva não deverá ser decretada na fase da investigação criminal, fase inquisitorial do processo, mas excepcionalmente, o juiz poderá decretar nesse momento.[38]

Conforme o entendimento da jurisprudência já firmado, há três modalidades de fundamentação da prisão preventiva. A primeira, garantia da ordem pública que é justificada em razão da gravidade concreta do crime, como o envolvimento do acusado com organização criminosa, execução anormal e brutal do delito,

[35] NUCCI, Guilherme de Souza. *Liberdade e prisão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[36] NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[37] NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[38] Ibid.

reincidência ou maus antecedentes e probabilidade de nova conduta delitiva em deixar o acusado solto. A segunda, conveniência da instrução criminalé em razão de destruição de provas e ameaça a testemunhas e vítimas. A terceira é assegurar a aplicação da lei penal em razão da fuga do agente e identidade incerta. Todos esses requisitos são alternativos, ou seja, o juiz precisa ter algum dos três fundamentos para decretação da prisão preventiva, bastando os indícios suficientes de autoria e materialidade e uma fundamentação para não deixar o acusado solto.[39]

A fundamentação da decisão do juiz deverá sempre estar presente, de acordo com a previsão do artigo 310, caput do Código de Processo Penal e na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXI, dispondo em seu teor que o acusado não será preso preventivamente senão por decisão devidamente fundamentada de autoridade judiciária competente.[40]

A reforma processual penal com o advento da Lei 12.403 de 2011 trouxe muitas inovações, com a criação de novas medidas cautelares a fim de substituir as medidas restritivas de liberdade, delimitou o uso da prisão preventiva, estabeleceu o cômputo da pena para aqueles que ficam presos provisoriamente e posteriormente são condenados por sentença transitada em julgado, tendo o tempo de suas penas reduzido. Além disso, a Lei 12.403/2011 também impôs dois fatores a serem observados antes da decretação da prisão preventiva que são: necessidade e adequação, a primeira refere-se à gravidade do delito e a segunda refere-se às circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado.[41]

Ademais, a Lei 12.403/2011 restringiu ainda mais o uso da decretação preventiva, modificando o artigo 313 do Código de Processo Penal, estabelecendo que a prisão preventiva será admitida quando o crime for doloso com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, ou se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ou se o crime envolver

[39] NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[40] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 3 de set. 2017.
[41] NUCCI, Guilherme de Souza. *Liberdade e prisão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

violência doméstica e familiar contra a mulher, a criança, adolescente, idoso, enfermo, ou pessoa com deficiência, para garantir a execução da medidas protetivas de urgência.[42] O juiz também poderá decretar a prisão preventiva quando outras medidas cautelares não forem obedecidas ou quando não forem suficientes. Nestes casos, apresentados os requisitos da prisão preventiva, poderá o juiz fazer a conversão, seja por desrespeito ao já imposto, seja por estarem insuficientes para o fim almejado.[43]

Como já exposto, a prisão preventiva não possui prazo prescrito em lei, em face disso há um aspecto positivo que é a peculiaridade de cada ação, de cada réu e há o lado negativo, pois a ausência de prazo pré-estabelecido pode provocar o prolongamento não razoável dessa medida cautelar, fato tal que antecipa o cumprimento de uma pena sem a condenação transitada em julgado. Nesses casos, a doutrina vem arduamente tentando sanar a falta de previsão de um prazo, adotando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para preencher tal lacuna. Deve- se observar também para que o tempo de prisão preventiva não seja superior ao tempo destinado ao réu na hipótese de condenação pelo suposto crime ao qual está sendo processado.[44]

A medida cautelar na modalidade de prisão preventiva por si só não fere as garantias constitucionais, uma vez que é medida assecuratória da persecução penal. Sem essa medida seria quase impossível o Estado punir os crimes. No entanto, quanto a sua aplicação e duração, deverão ser respeitados os princípios da presunção de inocência e da duração razoável do processo.[45]

2.5 Princípios do Direito Penal e Processual Penal

Primeiramente, o princípio da motivação em que toda prisão cautelar para ser decretada precisa de uma ordem judicial devidamente fundamentada, demonstrando

[42] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
[43] NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[44] NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[45] MOSSIN, Heráclito Antônio. Garantias fundamentais na área criminal. Barueri: Manole, 2014.

a motivação do juiz para tanto. Como disposto no art. 315 do CPP, "a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada" .[46]

Há uma exceção à motivação quanto à prisão em flagrante, visto que esta possui natureza pré-cautelar, ou seja, uma detenção precária, podendo ser feita por qualquer do povo ou por autoridade policial. Nesse caso, o controle jurisdicional é posterior, quando o juiz sempre motivadamente homologa o flagrante ou relaxa a prisão na hipótese de ilegalidade.[47]

O princípio da jurisdicionalidade está ligado com o *due process of law*, pois "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", preceito presente no artigo 5º, inciso LIV, da CF.[48]

O princípio do contraditório está previsto no art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e encontra-se na Constituição em seu art. 5º, inciso LV, em que

> Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.[49]

Portanto, o juiz antes de decretar a prisão preventiva deveria ouvir o indivíduo, tendo o contraditório, eficácia pelo direito à audiência, evitando prisões desnecessárias.

No Brasil, estão sendo implementadas as chamadas audiências de custódia, que consistem em uma rápida apresentação do preso em flagrante ao juiz, para que este possa entrevistar o preso, ouvir as manifestações do Ministério Público e do advogado do preso. No decorrer da audiência, o juiz analisará se a prisão não é ilegal,

[46] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[47] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[48] Ibid.
[49] CIDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018

se está dentro dos princípios da necessidade e adequação, para então decidir ou pela concessão da liberdade ou pela decretação da prisão preventiva[50]. Todavia, nem sempre ocorrerá a audiência de custódia.

Em conformidade com o artigo 282, § 3º do Código de Processo Penal, "ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias"[51], a lei não determina a ocorrência do interrogatório anterior à prisão cautelar, no entanto, há uma intimação do imputado acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, salvo quando prejudicar a eficácia ou a urgência da medida. Apesar da determinação expressa da intimação da parte contrária, a lei não determinou o por quê da intimação, se seria para comparecer a uma audiência ou apresentar alguma defesa para que o imputado se manifeste sobre o pedido e produza provas a seu favor.[52]

O contraditório encontra-se presente também nas hipóteses de descumprimento de medidas cautelares diversas, em que o juiz dará prazo para o sujeito apresentar sua defesa, requerendo substituição, cumulação ou mesmo revogação da medida.[53]

O princípio da provisionalidade tutela situações fáticas em que uma vez desaparecidas, deverá o juiz cessar a prisão. Assim que qualquer uma das fumaças desaparece, significa que o imputado deverá ser em posto em Liberdade.[54]

A provisionalidade encontra-se no art. 282, § 4 º e § 5º, do CPP, podendo o juiz revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem.

[50] CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 14 mar. 2018.
[51] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: Acesso em: 14 mar. 2018.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
[52] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: Acesso em: 14 mar. 2018.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
[53] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017
[54] Ibid.

Ou seja, poderá a prisão preventiva ser revogada no caso de desaparecerem os motivos que a fundamentaram, bem como poderá ser novamente decretada, desde que reapareçam os motivos para isso.[55]

Diferentemente da provisionalidade, o princípio da provisoriedade relaciona-se com o fator tempo, o que significa dizer que como o próprio nome diz deverá a prisão provisória ser temporária, de curta duração.[56]

No entanto, a problemática quanto a esse princípio é a sua aplicação no sistema penal brasileiro, tendo em vista que a prisão cautelar de natureza mais genérica não possui determinação legal para a sua duração.

Alguns projetos de lei já tentaram definir um prazo para duração da prisão preventiva, como o Projeto de Lei nº 4.208/2001 que determinava um prazo de 180 dias para cada grau de jurisdição, desde que o indivíduo não dê causa a demora. No entanto, com o veto do dispositivo, a problemática quanto à duração da prisão preventiva ainda permanece sem definição legal.

Aplica-se também à prisão preventiva o princípio da excepcionalidade, o qual encontra disposição no artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, em que somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.[57] Significa que a prisão será o último mecanismo utilizado, aplicando-se primeiramente medidas diversas previstas no artigo 319 do CPP, sendo elas: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso e frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, devendo dela permanecer distante, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou atividade, internação provisória, fiança para as infrações que a admitem e monitoração eletrônica.[58] O juiz possui um rol grande de medidas que atendem muitas vezes a

[55] Ibid.
[56] Ibid.
[57] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[58] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

necessidade do caso fático, para resguardar e tutelar as vítimas, não havendo para tanto motivos para que sempre seja decretada a prisão preventiva, esta somente ocorrerá quando as medidas cautelares diversas da prisão forem inadequadas e insuficientes, de acordo com o art. 310, inciso II, do CPP.[59]

O princípio da excepcionalidade está estritamente ligado aos princípios da necessidade e proporcionalidade, apoiando-se principalmente no princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Infelizmente, no Brasil, o princípio da excepcionalidade não tem sido respeitado, visto às inúmeras prisões cautelares que são decretadas. Prende-se primeiro para coletar provas, investigar e diligenciar, ao invés de efetuar uma investigação, para, posteriormente, prender. Passando o indivíduo, antes mesmo da sua sentença transitada em julgado, a vivenciar uma situação análoga ao de condenado, ou talvez, em situação até mesmo pior, pois não possui saídas temporárias, nem cabe regime semiaberto, tendo em vista que não é cumprimento de pena, não se aplica ao preso cautelarmente os benefícios da progressão de regime. Por fim, a prisão cautelar ao invés de ser utilizada de forma excepcional, tornou-se medida de uso comum e ordinário, representando à população um símbolo de justiça instantânea, como utiliza o termo o doutrinador Aury Lopes.[60]

O princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 9º da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, no Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 8º, § 2º, pacto recepcionado pelo Brasil em 1992 pelo Decreto nº 678/92, na Convenção para proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII em que o acusado é considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.[61]

[59] Ibid.
[60] LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[61] MOSSIN, Heráclito Antônio. Garantias fundamentais na área criminal. Barueri: Manole, 2014.

A garantia constitucional quanto ao princípio da presunção de inocência limita o poder punitivo do Estado, sendo aplicado tanto no âmbito processual quanto extraprocessual. O Superior Tribunal de Justiça emitiu o seu entendimento acerca da prisão provisória não ofender a garantia constitucional da presunção de inocência, visto que é medida para que a sanção penal seja aplicada, segundo a Súmula nº 9 do STJ.[62]

O princípio da duração razoável do processo surgiu com a Emenda Constitucional n. 45/2004 que inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, segundo o qual todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O Pacto de São José da Costa Rica também prevê em seu teor a razoabilidade da duração do processo.[63]

A duração moderada do processo deve ser observada em todos os processos, tanto os civis quanto os criminais. A necessidade da celeridade nos processos criminais se dá em razão, principalmente daqueles que esperam o processo presos, restritos de sua liberdade, por isso a razoabilidade e a proporcionalidade se tornam tão importantes. A pressa no que tange a duração do processo penal não se dá somente em razão da liberdade do acusado, mas da sociedade também que espera uma punição para os comportamentos delitivos.[64]

O acusado também não pode ficar indefinidamente à mercê da demora do Estado em solucionar a persecução criminal, demonstrando grande arbitrariedade. O que acomete a vida psicológica do indivíduo, vindo a sofrer até mesmo danos irreparáveis na vida social, familiar e na relação de trabalho. A demora do processo é prejudicial tanto para o acusado que se vê restringido de sua liberdade, quanto para o

[62] Ibid.
[63] Ibid.
[64] Ibid.

Estado, que decorrido o prazo prescricional, perde o direito de punir, art. 107, IV, Código Penal.[65]

A prisão de medida cautelar enfrenta uma dualidade entre a necessidade para aplicação da lei penal em contrapartida da lentidão do trâmite processual. Além dos princípios da presunção de inocência e do prazo razoável de duração do processo, outro princípio a ser invocado nesses casos é o princípio da razoabilidade utilizado pela jurisprudência com a finalidade de justificar o excesso de prazo e afastar a incidência do constrangimento ilegal. Justificam também a demora processual com a afirmação de que os prazos não são peremptórios, ou seja, cada processo apresenta suas peculiaridades, podendo os prazos ser flexibilizados dentro da razoabilidade.[66]

O encarceramento do indivíduo somente deve acontecer, em via de regra, após o fim da fase da pronúncia, em que o juiz reconhece que há provas suficientes de autoria e materialidade e o processo está pronto para a fase da acusação, crimes estes em que a competência é do tribunal do júri e nos crimes comuns somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.[67]

No caso da medida cautelar deve-se ter demasiada cautela para que o processo seja o mais célere possível para não lhe ser retirado o caráter transitório, aproximando-se de uma pena definitiva que certamente viola o princípio da presunção de inocência.[68]

Os critérios para avaliação do tempo de duração da prisão cautelar observam o princípio da razoabilidade, em que se analisa a complexidade do caso, se há um elevado número de réus no processo, se a atuação do juiz está adequada, se o tribunal está em dia com o trâmite dos processos e se as partes estão viabilizando o andamento célere do processo. O que leva a uma maior duração da prisão preventiva é um caso de grande complexidade, com número excessivo de réus, um volume elevado de processos no tribunal, a atuação do juiz é ineficaz e as partes atuam de

[65] MOSSIN, Heráclito Antônio. Garantias fundamentais na área criminal. Barueri: Manole, 2014
[66] Ibid.
[67] Ibid.
[68] Ibid.

forma a procrastinar o andamento do processo. Casos em que há poucos réus, crimes simples, volume escasso de processos no tribunal, a atuação do juiz é eficiente e a as partes atuam com fim a dar andamento no feito tendem a ser mais céleres, possuindo o processo uma duração menor.[69]

O princípio da proporcionalidade irá analisar a pena cominada em abstrato para o crime, as condições pessoais do réu, se a pena em potencial a ser aplicada será a mínima ou a máxima, se há possibilidade em conceder recurso com pedido de liberdade, qual o regime a ser aplicado no crime em análise, se regime aberto, semiaberto ou fechado, a viabilidade ou não de concessão de benefícios e potencial admissibilidade ou não de progressão de regime.[70]

Por conseguinte, a duração razoável da prisão preventiva atrai uma série de princípios para que seja efetivada de forma adequada. Como os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, provisionalidade e provisoriedade, os quais são pilares para que a prisão preventiva não se prolongue no tempo, tendo em vista que é uma medida a ser utilizada de forma residual, conforme o princípio da excepcionalidade.

3 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O tempo do direito foi levado à discussão na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, a fim de que fosse previsto o direito de qualquer pessoa a ter sua demanda examinada em um prazo razoável. Inclusão esta feita no art. 6º, 1 no texto da Convenção, assinada em 4 de novembro de 1950 em Roma, sendo a base para a posterior criação do princípio da duração razoável do processo.[71]

[69] NUCCI, Guilherme de Souza. Processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[70] NUCCI, Guilherme de Souza. Processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[71] RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Direito fundamental à razoável duração da prisão preventiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/clovis_rodrigues.html>.

O texto trouxe consigo o uso do termo prazo razoável, em seu artigo 6º, § 1º, dispondo que toda a pessoa tem direito a ter sua causa examinada em um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre direitos e obrigações, ou sobre qualquer acusação no que tange à matéria penal. Não só a Convenção Europeia fez menção à duração razoável do processo, como também a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, que trouxe em seu texto o termo prazo razoável também.[72]

No Brasil, mediante o Decreto 27, o Congresso Nacional em 1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecido mais como Pacto de São José da Costa Rica e com o Decreto 678 de 1992, a Convenção foi promulgada. Nesse viés, os tratados internacionais têm grande força normativa, pois, se eles passarem por uma votação de dois turnos com 3/5 dos votos ficam com força de Emenda Constitucional.[73]

Apesar da promulgação de dois tratados internacionais, o tema começou a adquirir maior preocupação somente com a Emenda Constitucional nº45/2004 que tornou explícito o princípio da duração razoável do processo na Constituição Federal de 1988.

É de difícil apreensão a ideia de duração razoável do processo, uma vez que cada processo possui seu próprio tempo em decorrência das peculiaridades de cada caso. Além do mais, complica mais ainda esse entendimento, quando se passa a analisar a ideia de tempo. O tempo em si necessário, para que o acesso à Justiça seja pleno, não somente no seu mero ingresso ao Judiciário, mas na tempestividade e eficácia da resposta jurisdicional.

Para tanto, compreender o tempo para cada época torna-se imprescindível para a aplicação do princípio da razoável duração do processo. Fazendo uma análise da sociedade do século XXI, pós Revolução Industrial, é muito perceptível que as

[72] Ibid.
[73] RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Direito fundamental à razoável duração da prisão preventiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/clovis_rodrigues.html>.

pessoas vivem uma era em que "o tempo é curto" e, por esta razão, a morosidade é uma pedra no caminho das soluções jurídicas. O tempo na vida contemporânea não é visto da mesma forma pelas pessoas que viveram nos séculos passados. Ou seja, nessa transição de séculos, o tempo antes visto como razoável deixa de ser razoável no século XXI. Fato este que leva à reflexão das leis acompanharem os anseios de cada momento.[74]

O legislador, no exercício de mensurar prazos, deverá atentar a dois fatores ao estabelecer um prazo processual. Primeiramente, o tempo fundamental para a garantia da segurança jurídica e o segundo, a efetividade jurisdicional. Aspectos estes que são opostos entre si, já que para ser seguro não será rápido, e quanto mais rápido mais difícil será garantir a segurança.[75]

Contemporaneamente, a doutrina e a comunidade jurídica situam de forma unânime o problema da morosidade processual como um dos grandes desafios do sistema jurídico brasileiro. Uma vez que não atendido a tempestividade, não se tem processo em um prazo razoável e, consequentemente, não se tem acesso à Justiça de forma plena. Na prática, muitas partes na espera de soluções para seus litígios acabam morrendo, transferindo a seus filhos e netos a depender do caso o direito a ter um fim ao processo. Por isso, o prazo razoável é de tamanha importância, não somente na espera penal, mas na esfera administrativa e civil também.[76]

O perigo da demora do processo penal fere o direito à liberdade do indivíduo, enquanto ele permanece encarcerado, inibido do seu direito à locomoção de ir e vir. Por este motivo é que a prisão preventiva deverá ser excepcional, pois o indivíduo tem

[74] RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Direito fundamental à razoável duração da prisão preventiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/clovis_rodrigues.html>.
[75] Ibid.
[76] BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista Jus Navigandi*, set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11685/possibilidade-de-efetivacao-do-direito-a-razoavel-duracao-do- processo>.

como prerrogativa a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença, e o seu direito, em regra, de responder o processo em Liberdade.[77]

A dificuldade em implementar um prazo fixo para a concretização da celeridade processual não ocorre somente no Brasil, mas no exterior também. As Cortes estrangeiras chegaram à conclusão de que é inviável definir um prazo, de forma que cada processo terá sua própria solução, atendidas suas peculiaridades. O entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha deu acerca dessa matéria é de que o direito ao prazo não foi constitucionalizado, mas sim o direito fundamental de que toda pessoa tenha a sua causa resolvida em um prazo razoável. Por isso, o conceito de prazo razoável é um conceito indeterminado, aberto, devendo ser observado pelos Tribunais, varas, juízes e partes do processo.[78]

Ainda a Suprema Corte Americana no julgamento do caso *Baker versus Wingo* também se posicionou a respeito da razoável duração do processo, reconhecendo que é difícil fazer um julgamento rápido sem observar outras garantias processuais.[79]

Antes das reformas do Código de Processo Penal ocorridas em 2008, a doutrina em uma tentativa de sanar tal lacuna calculou o prazo de duração de cada ato do processo penal, chegando a um prazo limite de 81 dias, ou seja, o acusado que já tivesse esperado 81 dias de trâmite processual poderia aguardar o seu julgamento em liberdade, uma vez que todos os atos já deveriam ter sido realizados. No entanto, esta adoção de um prazo rígido, através da soma dos prazos abstratamente previstos para cada ato processual, não aponta ser a melhor decisão, devido as variantes presentes em cada caso. Além de cada caso apresentar suas peculiaridades, o Poder Judiciário não se encontra em condições de cumprir com esse tipo de prazo enrijecido, tanto pela

[77] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
[78] BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista Jus Navigandi*, set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11685/possibilidade-de-efetivacao-do-direito-a-razoavel-duracao-do- processo>.
[79] BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista Jus Navigandi*, set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11685/possibilidade-de-efetivacao-do-direito-a-razoavel-duracao-do- processo>.

quantidade de processos que aguardam julgamento, quanto pela falta de servidores e juízes para atender toda essa demanda.[80]

3.1 Instrução Normativa nº 1 de 2011 da Corregedoria da Justiça do Distrito Federal e Territórios

A Instrução nº 1 de 21 de fevereiro de 2011 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) estabeleceu um prazo para a duração da prisão preventiva, levando em consideração o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal que assegura razoável duração dos processos judiciais e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Atendendo a Instrução as Propostas de Ação para Implantação do Plano de Gestão para Varas Criminais e de Execução Penal apresentadas no II Seminário da Justiça Criminal do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse viés, a resolução recomendou a observância dos seguintes casos: estando o acusado preso, a duração do processo criminal deverá ser de 105 dias, não podendo ultrapassar 148 dias no procedimento ordinário, e 75 dias no procedimento sumário. Já os processos na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri serão de 135 dias, não podendo ultrapassar a 178 dias. No entanto, essa instrução foi estabelecida antes mesmo da Lei nº 12.403 que é do dia 4 de maio de 2011, sendo publicada no dia 5, com período de *vacatio legis* de 60 dias, entrou em vigor no dia 4 de julho de 2011.[81]

Vale ressaltar que o prazo alusivo na Instrução nº 1 de 2011 refere-se à duração do processo criminal, pois antes desse, há a possibilidade de ocorrência do inquérito policial, previsto no art. 4º do CPP, fase esta investigatória e não obrigatória, para apuração das infrações penais e de sua autoria. O inquérito policial não se confunde com a fase processual, em que o indivíduo deixa de ser indiciado, ou seja,

[80] Ibid.
[81] BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 03 nov. 2017.

investigado pelas autoridades policias, e passa a ser acusado com processo em curso. Se ficarem evidentes os indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade do fato, o Ministério Público pode oferecer denúncia, peça que, se recebida pelo juiz, dará início ao processo criminal.[82]

Apesar da referida Instrução ser de 2011, há Acórdãos representativos da matéria no TJDFT de 2015 e 2016. Como o caso do *Habeas Corpus (HC)* nº 20150020312346 de 2015 em que o paciente estava preso preventivamente por mais de três meses pelo suposto crime de furto qualificado pela fraude previsto no art. 155, § 4º, II, do CP, pena de reclusão de dois a oito anos e multa, com o inquérito policial em curso. O Acórdão n. 892092 proferido pela 3ª Turma Criminal do TJDFT, tendo como relator o desembargador Nilsoni de Freitas Custodio, concedeu a ordem de *Habeas Corpus* com a respectiva expedição do Alvará de Soltura. A fundamentação foi em razão do excesso de prazo por culpa do aparelho burocrático do Estado, não tendo o advogado de defesa culpa na demora jurisdicional e não tendo sido a denúncia sequer recebida. A turma fundamentou sua decisão na Instrução nº 1 de 2011 e nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.[83]

O Acórdão n. 931454 de 2016 julgado pela 1ª Turma Criminal, tendo como relatora a desembargadora Sandra De Santis, decidiram o *HC* nº 20160020051660 pelo relaxamento da prisão preventiva de um indivíduo acusado pelo crime de tentativa de homicídio qualificado contra a ex-companheira. A justificativa do relaxamento da prisão ilegal se deu em razão do acusado estar preso há quase um ano sem designação da data para audiência de instrução e julgamento. Fato tal que

[82] BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

[83] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.892092, AC-20150020222034HBC, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 03/09/2015, publicado no DJE: 10/09/2015. Pág.: 135. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&uscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocu mento=892092>. Acesso em 20 ago. 2017.

acabou por enquadrar a prisão em um constrangimento ilegal, levando, consequentemente, à imediata soltura do acusado, que nem pronunciado tinha sido.[84]

Nota-se que em procedimento do Tribunal do Júri quando o indivíduo for pronunciado, não será cabível a hipótese de constrangimento ilegal, como dispõe a Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que consta: "pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução".[85]

Outro exemplo é o caso do *Habeas Corpus* nº 20150020211883 julgado pela 2ª Turma Criminal, tendo como relator o desembargador João Timóteo de Oliveira, que resultou no Acórdão 890475 o qual concedeu a ordem do HC para revogar a prisão preventiva, expedindo o alvará de soltura. O indiciado foi preso pelo suposto crime de tráfico previsto no artigo 33 da Lei nº 11.340/2006 e foi solto sob o fundamento da garantia constitucional da duração razoável do processo, uma vez que a instrução criminal não foi iniciada no prazo de 4 meses, não podendo imputar essa demora ao indiciado e nem à defesa, mas sim à burocracia do Estado, configurando neste viés o excesso de prazo. A Turma entendeu que a manutenção da prisão do paciente geraria um constrangimento ilegal, concedendo a revogação da prisão preventive.[86]

---

[84] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.931454, 20160020051660HBC, Relator: SANDRA DE SANTIS 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 31/03/2016, publicado no DJE: 11/04/2016. Pág.: 108/115. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=931454>. Acesso em 5 set. 2017.

[85] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[86] . BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.890475, 20150020211883HBC, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 27/08/2015, publicado no DJE: 01/09/2015. Pág.: 91. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&contr

Tendo em vista que a duração da prisão preventiva não equivale à soma aritmética dos prazos de cada ato procedimental, como a doutrina uma vez já mencionou, a 1ª Turma Criminal do TJDFT, tendo como relator do caso o desembargador Romão C. Oliveira, denegou a ordem de *Habeas Corpus* nº 20160020027030 de indivíduo preso em flagrante por tráfico, crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, sendo que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva. No caso o advogado de defesa requereu a revogação da prisão preventiva por constrangimento ilegal, visto que a audiência, apesar de observar o prazo do art. 400 do CPP, que prevê a realização da audiência de instrução e julgamento no prazo máximo de 60 dias, teve que ser remarcada em decorrência da audiência do corréu. A Turma entendeu que a análise do excesso de prazo deverá ser feita observando o conjunto de atos processuais, e não de forma separada, conforme disposto na decisão proferida, Acórdão nº 929175. Portanto, a Turma denegou o pedido do *HC* em decorrência de não haver demora injustificada na tramitação do feito e por não configurar o caso constrangimento ilegal, tendo em vista que os prazos não são peremptórios.[87]

A Instrução Normativa nº 1 de 2011 da Corregedoria da Justiça do Distrito Federal e Territórios é uma recomendação à observância de alguns prazos. A aplicação da Instrução será feita em conformidade com o crime praticado, o número

---

oladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDoc umento=890475>. Acesso em 12 set. 2017

[87] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.929175, 20160020027030HBC, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 17/03/2016, publicado no DJE: 04/04/2016. Pág.: 107/136. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=929175>. Acesso em 20 set. 2017.

de agentes e a complexidade do caso. A referida Instrução surgiu em conformidade com as propostas apresentadas no II Seminário da Justiça Criminal do Conselho Nacional de Justiça. Órgão este que visa à redução da população carcerária, visto que o Brasil enfrenta problemas quanto às superlotações das cadeias, possuindo um déficit de 206.307 vagas, sem contar com o número de mandados de prisão em aberto, pessoas que possuem sentença penal condenatória transitada em julgada, mas por algum motivo não foram presas, ou seja, os mandados de prisão ainda não cumpridos.[88]

Segundo o diagnóstico de pessoas presas no Brasil, realizado em 2014 pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e pelo Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, o número de presos provisórios correspondem à 41% da população carcerária, ou seja, quase a metade dos presos nem sequer possuem sentença penal condenatória transitada em julgado, aguardando o resultado do processo restritos de sua liberdade. A falta de prazo para duração da prisão preventiva corrobora com essa quantidade extrema de número de presos provisórios.

O surgimento de um prazo legal para a duração dessa modalidade de prisão cautelar reduziria o número de presos preventivos, diminuindo a população carcerária e respeitando a regra estabelecida em nossa Constituição Federal que prima pela liberdade do indivíduo enquanto aguarda o trânsito em julgado da ação, tendo o acusado a prerrogativa da presunção de inocência.[89]

Prisão Preventiva após sentença condenatória

O indivíduo que responde a todo o processo em liberdade, após a sua sentença condenatória, permanecerá em liberdade até o trânsito em julgado da

[88] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. p. 182. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/instrucoes-da-corregedoria/2011/instrucao-1- de-21-02-2011>. Acesso em: 4 nov. 2017.

[89] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. Brasília, junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2017.

sentença, para que, a partir desse momento, seja efetuada a prisão para fins de cumprimento de pena. No entanto, se em algum momento o acusado apresentar perigo à ordem pública, à ordem econômica e à aplicação da lei penal, estando presentes os requisitos dispostos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, poderá ser efetuada a sua prisão preventive.[90]

Se o indivíduo possuir sentença condenatória recorrível, não necessariamente será preso com base na sentença condenatória, tendo em vista que esta ainda não transitou em julgado, ou seja, o acusado ainda tem para si a presunção de não culpabilidade, e os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do CPP deverão estar presentes para que ocorra a efetuação da prisão preventiva.

Como exemplo, o *Habeas Corpus* nº 292.310 SP 2014/0080426-6, julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o relator do caso foi o ministro Moura Ribeiro, em que concederam a ordem do *HC*, revogando a preventiva. O processo continha três réus, acusados pela tentativa de roubo duplamente qualificado, pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de pessoas, tendo sentença condenatória em primeiro grau, os acusados ingressaram com o recurso para revisão da dosimetria da pena, dois deles não foi nem conhecido o recurso, ou seja, o recurso não continha os requisitos necessários para o seu posterior julgamento. Somente foi provido o recurso de um deles, mas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou a expedição do mandado de prisão em desfavor dos pacientes, justificando que a interposição de recurso especial não gera efeito suspensivo, o que significa que a sentença começa a ser executada mesmo sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.[91]

[90] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. p. 182. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/instrucoes-da-corregedoria/2011/instrucao-1-de-21-02-2011>. Acesso em: 4 nov. 2017.

[91] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC-292.310/SP*. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo –DPSP. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 10, de abril de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=HC+292.310&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 1 nov. 2017.

Apesar da decisão do tribunal, o STJ posicionou-se pela impossibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, se o indivíduo respondeu todo o processo em liberdade. Somente haveria possibilidade de decretar a preventiva, caso surgisse algum dos pressupostos previstos no art. 312 do CPP, observado o art. 313 do mesmo Código. Nesse viés, a Corte concedeu a ordem do *HC*, sob o fundamento do voto do ministro relator Eros Grau, proferindo a Quinta Turma do STJ a seguinte decisão:

> Tendo o paciente respondido solto a todo processo, configura constrangimento ilegal a decretação da prisão preventiva no acórdão que nega provimento à sua apelação, sem declinar qualquer fundamento que justifique a necessidade da segregação cautelar.[92]

A decisão da Turma foi baseada no precedente firmado no *HC* nº 84.078 de Minas Gerais levado ao Supremo Tribunal Federal, em que o ministro Eros Grau foi o relator, e o entendimento foi de que afastados os fundamentos da prisão preventiva, o encarceramento do indivíduo antes do trânsito em julgado da condenação passa a configurar uma execução antecipada da pena. Mesmo quando o processo estiver com recurso extraordinário ou especial, apesar do art. 637 do CPP dispor que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, o julgado concluiu pela aplicação do art. 105 da Lei de Execução Penal, que determina a expedição de guia de recolhimento para a execução somente após transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade. Preceito que além de ser adequado com o art. 5º, inciso LVII, da CF, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal b condenatória, sobrepõe-se, de forma temporal e material, ao disposto no art. 637 do CPP.[93]

O *Habeas Corpus* nº 162.344 RS 2010/0026153-0 julgado pela 5ª Turma do STJ, tendo como ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho. O paciente estava

[92] Id., 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25236341/habeas-corpus-hc-292310-sp-2014-0080426-6-stj/relatorio-e-voto-25236343?ref=juris-tabs>.Acesso em: 5 nov. 2017.

[93] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC-840787-MG*. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 5, de fevereiro de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf. Acesso em: 05 nov. 2017.

sendo processado e julgado pelo crime de roubo circunstanciado, previsto no art. 157, parágrafo 2º, incisos I e II do CP, sendo a prisão preventiva decretada junto com a sentença condenatória, sob o fundamento de garantir a aplicação da lei penal.[94]

A necessidade da aplicação da medida cautelar foi em razão do paciente não comparecer à audiência de instrução e julgamento, sem nem ao menos apresentar justificativa idônea para sua falta, e não ter sido encontrado durante todo o processo no endereço fornecido por ele. Portanto, pela grande possibilidade do paciente não ser encontrado para a execução da sua pena, o juiz decretou a prisão preventiva no momento da sentença condenatória, com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal, conforme o disposto no art. 312 do CPP. Em conformidade com a decisão do juiz, a 5ª Turma do STJ denegou a ordem do *HC*, fundamentando a decisão na garantia da aplicação da lei penal, motivação esta que respeita o disposto no art. 315 do CPP e os requisitos da prisão preventive.[95]

Já o *Habeas Corpus* nº 2012.02.01.015144-6, julgado pela 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tendo como relator o desembargador federal Messod Azulay Neto. O paciente foi condenado pela prática do crime descrito no art. 33, caput cominado com o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06, crime este de tráfico com a transnacionalidade do delito, uma vez que o paciente tentou embarcar em voo com destino à Angola, transportando mais de 1 Kg de cocaína oculta na bagagem e em cápsulas que foram ingeridas pelo paciente. O juiz da causa determinou no momento da sentença condenatória a imediata execução do mandado de prisão, por se tratar de estrangeiro, sem vínculos definitivos com o

[94] BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC-162.344/RS. Quinta Turma. Impetrante: Martha Rosa. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul- TJRS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 15, de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18674213/habeas-corpus-hc-162344-rs-2010-0026153-0/inteiro-teor-18674215?ref=juris-tabs>. Acesso em 3 nov. 2017.

[95] BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC-162.344/RS. Quinta Turma. Impetrante: Martha Rosa. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul- TJRS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 15, de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18674213/habeas-corpus-hc-162344-rs-2010-0026153-0/inteiro-teor-18674215?ref=juris-tabs>. Acesso em 3 nov. 2017.

país e por ter nacionalidade angolana, com a intenção de deixar o país, motivando a decisão no art. 312 do CPP, o acusado inviabilizaria a aplicação da lei penal.[96]

A Turma entendeu no caso que o fato do paciente ser estrangeiro não é argumento suficiente para a decretação da prisão preventiva, uma vez que este possui residência fixa em território brasileiro, possuindo família e um filho brasileiro menor de idade. O mero fato do paciente ser estrangeiro não é fundamento suficiente para decretar a prisão preventiva, e não havendo a presença de nenhuma das hipóteses previstas no art. 312 do CPP, a ordem do *HC* foi concedida.[97]

Conforme a fundamentação dos casos expostos acima, paira a dúvida se houve a devida aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, diante acusados que ao longo de todo o processo permaneceram em liberdade provisória e no momento das suas sentenças foram presos preventivamente. Além disso, há um cerceamento na defesa dos agentes, quanto à duração da preventiva após a sentença condenatória, pois bem como já determinou a Súmula nº 52 do STJ, que não há constrangimento ilegal por excesso de prazo se encerrada a instrução criminal.[98] A título de exemplo dessa situação é o do goleiro Bruno Fernandes, que após mais de 3 anos da sua sentença, não teve sua apelação julgada.

O goleiro Bruno Fernandes de Souza é acusado de homicídio qualificado por motivo torpe, com emprego de asfixia e com recursos que dificultou a defesa da vítima, crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, do CP, em concurso material com o crime de sequestro e cárcere privado qualificado por ser a vítima menor de 18 anos, disposto no art. 148, § 1º, inciso IV, do CP, e ocultação de cadáver de Eliza Samúdio, com previsão no art. 211 do CP em concurso com mais sete pessoas.

[96] BRASIL.Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Habeas Corpus. HC-201202010151446/RJ. Segunda Turma Especializada. Impetrante: Sandra Maria Moretenson Mota. Impetrado: Juízo da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Relator: Des. Federal Messod Azulay Neto. Rio de Janeiro, 19, de setembro de 2012. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23375735/hc- habeas-corpus-hc-201202010151446-trf2/inteiro-teor-111700490?ref=juris-tabs>. Acesso em: 7 nov. 2017.

[97] Ibid.

[98] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018

Assim que a denúncia foi recebida pelo juiz, este entendeu pela determinação da prisão preventiva, em 4 de agosto de 2010, fundamentando sua decisão na gravidade dos delitos, pelo temor social causado com o crime e pela necessidade de resguardar a paz social.[99]

Em 2013, no processo nº 0079.10.035.624-9, o Juízo do Tribunal do Júri da Comarca de Contagem/MG condenou o goleiro a 22 anos e três meses de prisão, em regime inicialmente fechado, mantendo a sentença a prisão preventiva de Bruno. A defesa interpôs recurso, o qual foi provido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A defesa impetrou *Habeas Corpus* nº 363.990/MG, o qual foi inadmitido no Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente, impetraram novamente outro *Habeas Corpus* nº 139612/MG, alegando o transcurso de mais de 3 anos desde o julgamento sem que a apelação interposta fosse analisada, o que configuraria uma antecipação de pena. A defesa destacou também que o acusado é primário, possui bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita. O requerimento do pedido *HC* constava a revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura, e a possibilidade de imposição de medida cautelar diversa da prisão como o recolhimento domiciliar com monitoramento eletrônico, previsto no art. 319 do CPP.[100]

O ministro relator Marco Aurélio em decisão monocrática decidiu a favor do *HC*, em 21 de fevereiro de 2017, argumentando que não mais permanecem os requisitos que fundamentaram a prisão e que não estava sendo observado o princípio da não culpabilidade, em razão disso, o acusado estava cumprindo uma verdadeira

[99] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Decisão Monocrática-HC 139.612/MG. Impetrante(s): Lúcio Adolfo da Silva, Grazielle Cristina Ribeiro e Luan Veloso Coutinho. Coator: relator do HC nº 363.990 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 21, de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo /cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC139612liminar.pdf>. Acesso em 7 nov. 2017

[100] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Decisão Monocrática-HC 139.612/MG. Impetrante(s): Lúcio Adolfo da Silva, Grazielle Cristina Ribeiro e Luan Veloso Coutinho. Coator: relator do HC nº 363.990 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 21, de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC139612liminar.pdf>. Acesso em 7 nov. 2017.

execução de pena. O ministro motivou sua decisão na impossibilidade de fundar a prisão no mero clamor social, sendo este elemento neutro e insuficiente para respaldar a preventiva. Levou em consideração também pelo fato do paciente estar preso há mais de 6 anos, ser primário e possuir bons antecedentes. Por fim, o ministro deferiu a liminar com a expedição do alvará de soltura, tendo em vista todo o exposto, e por ser a prisão de caráter provisório, já tendo se prolongado demasiadamente no tempo para que permanecesse em igual situação.[101]

Apesar do ministro Marco Aurélio entender pela revogação da prisão preventiva, por maioria dos votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, revogou a liminar no *HC* 139.612 de Minas Gerais e decidiu pelo restabelecimento da prisão preventiva de Bruno.[102]

O ministro Alexandre de Moraes, relator do *HC*, ressaltou que a apelação tem sido processada regularmente, devendo-se levar em consideração a complexidade do caso e as diversas intervenções da defesa.[103]

Em uma breve análise à ocorrência do caso do goleiro Bruno, há de se observar que muito ainda é levado em consideração ao que diz respeito à repercussão do fato criminoso pelos veículos midiáticos, como televisão, redes sociais, aplicativos e rádios. Mídias essas que trazem notícias de forma sensacionalista, veiculando matérias com o intuito de impressionar e alcançar audiência, sem nem ao

[101] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Decisão Monocrática-HC 139.612/MG. Impetrante(s): Lúcio Adolfo da Silva, Grazielle Cristina Ribeiro e Luan Veloso Coutinho. Coator: relator do HC nº 363.990 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 21, de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC139612liminar.pdf>. Acesso em 7 nov. 2017.

[102] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC-139.612/MG. Primeira Turma. Impetrante(s): Lúcio Adolfo da Silva, Grazielle Cristina Ribeiro e Luan Veloso Coutinho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 25, de abril de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC139612.pdf>.Acesso em: 3 nov. 2017.

[103] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC-139.612/MG. Primeira Turma. Impetrante(s): Lúcio Adolfo da Silva, Grazielle Cristina Ribeiro e Luan Veloso Coutinho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 25, de abril de 2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC139612.pdf>.Acesso em: 3 nov. 2017.

menos averiguarem os autos do processo, dando informações por diversas vezes totalmente equivocadas e incompatíveis com a realidade.

O denominado clamor público já é entendido como não sendo motivo suficiente para encarcerar um indivíduo de forma provisória, porém ainda é muito levado em consideração, sendo abordado de forma velada, com aparência e denominação diversas, mas os reais motivos são os mesmos. Por vezes, o Judiciário encontra-se no seguinte cenário, ao invés de uma análise direta e concreta do caso real, os tribunais encontram subterfúgios para se evadir de críticas sociais e não ter que realmente decidir segundo o que a lei estritamente determinou. Situações as quais prolongam a permanência do indivíduo na prisão.

Por conseguinte, a prisão preventiva decretada após a sentença condenatória não deve ser a regra. Primeiramente porque a prisão sempre deverá ser última medida utilizada e segundo que o indivíduo que respondeu o processo todo em liberdade, em regra, deveria permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sua ação. A decretação da prisão preventiva na sentença condenatória já obstrui logo na sua efetuação a configuração do constrangimento ilegal por excesso de prazo, como prevê a Súmula nº 52 do STJ. Como o caso de Bruno Fernandes, que esperou por mais de 3 anos sem que sua apelação fosse julgada, muitos são os indivíduos que aguardam presos o trâmite de seus processos em instâncias superiores, as quais são morosas para efetuar um desfecho processual.

3.2 Posição do STJ e do STF

O Superior Tribunal de Justiça com o escopo de amenizar os efeitos da lacuna quanto à duração da prisão preventiva consolidou através de Súmulas o seu entendimento, em uma tentativa de afastar hipóteses de excesso de prazo.

A Súmula 21 do STJ foi decidida em 06 de dezembro de 1990 e a sua Ementa prevê que "pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução".[104]

Em decisão ao *HC* 418391/ PE, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, posicionou-se no sentido de que estavam presentes os requisitos ensejadores da prisão, não conhecendo o *Habeas Corpus.* O crime do caso em comento foi o do art. 121, §2º, incisos II e IV, do Código Penal, estando o acusado preso preventivamente desde o dia 06 de abril de 2016, sendo pronunciado em 14 de março de 2017. A defesa no caso apontou que havia um excesso de prazo para o julgamento e que o andamento do feito estava extremamente lento, requerendo, por fim, a revogação da prisão preventiva do paciente, uma vez que este é primário, trabalhador com profissão definida, possui família e apresenta boa conduta social.[105]

O ministro relator do caso alegou que resta superada a configuração do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo, pois incide no caso o enunciado da Súmula 21 do STJ, que afasta o constrangimento ilegal da prisão na instrução quando o acusado for pronunciado, sendo as suas condições pessoais favoráveis insuficientes para afastar a prisão.[106]

Outra súmula que delimita possibilidade de alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo da preventiva é a Súmula nº 52 do STJ, decidida em 17

[104] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[105] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC- Nº 418.391 - PE (2017/0251431-8). Quinta Turma. Impetrante: Daniel Teixeira da Paixão. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Paciente: José Paulo da Silva. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 08, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1672677 &num_registro=201702514318&data=20180222&formato=PDF>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[106] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC- Nº 418.391 - PE (2017/0251431-8). Quinta Turma. Impetrante: Daniel Teixeira da Paixão. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Paciente: José Paulo da Silva. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 08, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1672677 &num_registro=201702514318&data=20180222&formato=PDF>. Acesso em: 14 mar. 2018

de setembro de 1992, dispondo o seguinte: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo".[107]

A Súmula nº 52 do STJ foi o fundamento para a denegação, de forma unânime, do provimento no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 92.551-SC (2017/0314856-3) julgado pela Quinta Turma do STJ. O acusado está respondendo ação penal pela suposta prática dos crimes previstos no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, furto qualificado pela destruição de obstáculo, e pelo art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, tráfico de drogas, portando 523 gramas de maconha. O voto do ministro relator Felix Fischer foi de que tendo o processo sentença condenatória, não há mais que se alegar excesso de prazo configurando constrangimento ilegal, em razão da Súmula nº 52 do STJ. Não obstante, fundamentou também o ministro que a quantidade da droga apreendida evidenciava a periculosidade concreta da conduta, além do receio de reiteração da prática criminosa.[108]

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o *HC* nº 2017.013980-8, em que quatro acusados foram presos em flagrante pelo crime de associação criminosa, voltada à prática de roubos a instituições bancárias e arrombamento de caixas eletrônicos. Os agentes tiveram a prisão em flagrante convertida em preventiva, a qual já perdurava pelo período de mais de onze meses. A defesa dos acusados alegou constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo, alegando que se levassem em consideração a pena do crime, os agentes teriam direito à progressão de regime.[109]

---

[107] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[108] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. RHC nº 92.551- SC (2017/0314856-3). Quinta Turma. Recorrente: Bruce Willis Guedes Panosso. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 27, de fevereiro, de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1678157&num_registro=201703148563&data=20180307&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar. 2018.

[109] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC n° 423.510- RN (2017/0287820-0). Sexta Turma. Impetrante: Edberto Rodrigo Afonso Smith Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 05, de fevereiro, de 2015. Disponível em:

A relatora do caso em comento ministra Maria Thereza de Assis Moura decidiu em seu voto pela denegação do pedido do *HC*, sob a justificativa de que o excesso de prazo do processo na fase de instrução e julgamento não se encerra pela simples análise da soma dos lapsos temporais dispostos no Código de Processo Penal, devendo ser posto à luz da aplicação do princípio da razoabilidade frente às circunstâncias detalhadas de cada caso concreto. Perante o caso, a ministra verificou que o processo possui relativa complexidade, com pluralidade de agentes, não sendo apurada nenhuma circunstância que configure desídia do Estado, tendo o processo tramitado dentro dos limites da razoabilidade.[110]

A ministra observou também que a defesa não obedeceu o prazo estipulado para apresentação da Resposta à Acusação, não podendo se falar em constrangimento ilegal quando a demora decorre da atuação da defesa, conforme previsto na Súmula 64 do STJ, que dispõe o seguinte: "Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.".[111] Além da desídia da defesa não configurar constrangimento ilegal da prisão, o entendimento disposto no voto foi o de que a prisão de 1 ano e 3 meses não pode ser considerado excessivo a ponto de gerar um constrangimento ilegal.[112]

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7939605 4&num_registro=201702878200&data=20180226&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2018.

[110] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC n° 423.510- RN (2017/0287820-0). Sexta Turma. Impetrante: Edberto Rodrigo Afonso Smith Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 05, de fevereiro, de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7939605 4&num_registro=201702878200&data=20180226&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar 2018.

[111] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 64 Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[112] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC n° 423.510- RN (2017/0287820-0). Sexta Turma. Impetrante: Edberto Rodrigo Afonso Smith Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 05, de fevereiro, de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7939605 4&num_registro=201702878200&data=20180226&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar 2018.

O Supremo Tribunal Federal tem aplicado em suas decisões as Súmulas do STJ quanto a superação do constrangimento ilegal. Além disso, a Suprema Corte demonstra na prática as fundamentações e os requisitos presentes na prisão preventiva, respectivamente, nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

O *Habeas Corpus* nº 144.437 São Paulo, tendo como relator do caso o ministro Gilmar Mendes, é exemplo de um caso com grande complexidade, pois o processo contém mais 40 acusados envolvidos com o crime de associação criminosa para o tráfico, tráfico de entorpecentes, favorecimento pessoal, corrupção ativa, peculato, entre outros. A prisão preventiva nesse caso foi efetuada em 2012, para garantir a ordem pública, assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal. A defesa alegou morosidade pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para julgar a apelação pendente há mais de dois anos. No entanto, a Procuradoria Geral de Justiça em contrapartida demonstrou que os autos possuem 52 volumes, com 44 acusados, com prova testemunhal em mídia eletrônica de imagem e som, a sentença condenatória é composta por 1.834 laudas, ou seja, um caso com grande número de acusados, envolvendo muitos crimes e de grande complexidade.[113]

O entendimento da Suprema Corte nesse caso foi o de que não houve ilegalidade da prisão preventiva, mantendo-a sob a alegação da necessidade da manutenção da ordem pública, da instrução criminal e para aplicação da lei penal, pois os crimes ocorreram em âmbito interestadual e quer se evitar a destruição e dilapidação de provas e fuga dos membros da organização.[114]

A decisão do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 149.742 dada pela Primeira Turma do STF é um demonstrativo da aplicação da garantia da ordem pública. O acusado no caso em comento está sendo processado pelo crime de

[113] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 144.437-SP. Segunda Turma. Impetrante: Rogério Luiz Adolfo Cury e outros(as). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 21, novembro, de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14309084. Acesso em: 19, mar, 2018

[114] Ibid.

homicídio qualificado e associação criminosa, dispostos no art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, VII, e art. 288, ambos do Código Penal.[115]

A defesa no caso solicitou a revogação da prisão preventiva, tendo em vista que o acusado encontrava-se preso há dois anos, reclamando a falta de demonstração concreta e individualizada da possibilidade de reiteração criminosa na decisão que decretou a sua prisão. Entretanto, segundo o voto do ministro Luiz Fux, a constrição cautelar da liberdade se deu em razão gravidade em concreto do crime, de uma forte repercussão social, da confissão de alguns participantes, pela possibilidade de fuga fundada na evasão dos réus, os quais foram encontrados em outros Estados do país, além do risco de ameaça às testemunhas do caso. Nesse viés, diante o *modus operandi* da conduta e na gravidade *in concreto* do crime já firmados na jurisprudência da Suprema Corte foi negado provimento ao Agravo Regimental, vencido o ministro Marco Aurélio.[116]

Em demonstração da análise das circunstâncias fáticas de cada processo, o *Habeas Corpus* nº 139.374 de Minas Gerais teve a ordem concedida de forma unânime para revogar a prisão preventiva, tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski. No caso, o acusado responde processo por organização criminosa, exercendo de forma habitual conduta delitiva, tendo em vista o seu papel fundamental na atividade criminosa.[117]

---

[115] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 149.742-PA. Primeira Turma. Agravante: Matheus de Oliveira Costa. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Luiz Fux. Brasília, 11, dezembro, de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14221232> . Acesso em: 20, mar, 2018.

[116] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 149.742-PA. Primeira Turma. Agravante: Matheus de Oliveira Costa. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Luiz Fux. Brasília, 11, dezembro, de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14221232> . Acesso em: 20, mar, 2018.

[117] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 139.374-MG. Segunda Turma. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira e outros(as). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28, março, de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12816708. Acesso em: 20, mar, 2018.

A prisão preventiva do indivíduo foi decretada em razão da sua habitualidade criminal, com provas que demonstram isso, além de possuir o acusado grande poderio econômico, ou seja, exerce grande influência na cidade, podendo com facilidade atrapalhar o rumo da investigação.[118]

O ministro Ricardo Lewandowski em seu voto fundamentou que o acusado possui problemas de saúde e idade avançada, tendo sido afastado da administração da empresa e está residindo em cidade diversa do ocorrido. Portanto, a prisão preventiva seria desnecessária, não havendo, no entanto, prejuízo à aplicação de medida cautelar diversa da prisão, conforme o artigo 319 do Código de Processo Penal.[119]

Diante a análise dos julgados acima, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal constantemente são acionados com a finalidade de reconhecerem a violação do direito ao processo sem dilações indevidas, mas a sua atuação ainda é tímida para a concessão da liberdade provisória.[120] Além disso, segue em aberto a duração da prisão preventiva, ou seja, não há um prazo definido para se configurar o constrangimento ilegal dessa modalidade de prisão cautelar. Para tanto, os tribunais têm analisado as circunstâncias de cada caso, observando não só os requisitos da preventiva e a sua fundamentação, bem como as Súmulas do STJ e as jurisprudências dos Tribunais Superiores para fundamentarem suas decisões.

---

[118] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 139.374-MG. Segunda Turma. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira e outros(as). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28, março, de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12816708 Acesso em: 20, mar, 2018.

[119] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 139.374-MG. Segunda Turma. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira e outros(as). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28, março, de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12816708> . Acesso em: 20, mar, 2018.

[120] DA ROSA, Alexandre Morais; FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. Medidas Compensatórias da demora jurisdicional: a efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo penal. Rio e Janeiro: Lumen Juris, 2014.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou as modalidades de prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apontando os seus requisitos e as situações cabíveis para a sua aplicação. Frente às 3 modalidades de prisões cautelares, prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva, apenas a prisão preventiva não possui prazo para a sua duração.

A prisão em flagrante quando efetuada possui um prazo de 24 horas para ser levada ao juiz, para que este decida ou pelo relaxamento da prisão no caso de ser ilegal, ou pela concessão da liberdade provisória, ou pela conversão em prisão preventiva.

A prisão temporária tem por definição legal no artigo 2º da Lei nº 7.960/89 o prazo estabelecido de 5 dias prorrogáveis por mais 5, findo esse prazo, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, não havendo prejuízo para uma possível decretação da prisão preventiva. Já os crimes hediondos ou equiparados a hediondos possuem prazo diferenciado de 30 dias prorrogáveis por mais 30 em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90.

Diante a ausência de prazo para a duração da prisão preventiva, faz-se necessária a análise dos seus fundamentos, para que uma medida excepcional seja aplicada. Os fundamentos da prisão preventiva são a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Se o indivíduo apresentar risco a qualquer um desses fundamentos e ficar demonstrado que tem indícios suficientes de materialidade e de autoria, poderá sofrer a prisão preventiva, pois apresenta perigo de permanecer livre.

Diante de tais fundamentações, nota-se que a prisão preventiva por si só não fere as garantias constitucionais, uma vez que é medida assecuratória da persecução penal. Sem essa medida seria quase impossível o Estado punir os crimes. No entanto, quanto a sua aplicação e duração, deverão ser respeitados os princípios da presunção de inocência e da duração razoável do processo.

Como já exposto, a prisão preventiva não possui prazo prescrito em lei. Em face disso, há um aspecto positivo que é a peculiaridade de cada ação, de cada réu e de cada tribunal, mas há também o lado negativo, pois a ausência de prazo pré-estabelecido pode provocar o prolongamento dessa prisão, deixando essa medida de ser razoável.

A doutrina tenta sanar tal lacuna com a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, lembrando que a prisão sempre deverá ser o último meio utilizado, podendo o juiz aplicar medidas restritivas de direito ao invés das restritivas de liberdade, conforme o princípio da excepcionalidade. Além da prisão preventiva ser uma exceção, o indivíduo tem para si até o trânsito em julgado da sentença a presunção de inocência, ou seja, ele é inocente até que se prove o contrário.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios através da Instrução Normativa nº 1 de 2011 estipulou alguns prazos para serem observados no caso de processos em andamento com acusados presos. Dispondo o seguinte: 105 dias no procedimento ordinário, não ultrapassando a 148 dias; 75 dias no procedimento sumário; 135 dias na primeira fase do júri, não ultrapassando a 178 dias. Tendo julgados no TJDFT que aplicaram a Instrução para fundamentar a revogação da prisão de alguns acusados.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não definiram qual seria um prazo considerado razoável para a prisão preventiva. O STJ emitiu Súmulas limitando a alegação do constrangimento ilegal por excesso de prazo que são as Súmulas 21, 52 e 64, as quais estabeleceram, respectivamente, não haver excesso de prazo quando, pronunciado o réu, encerrada a instrução criminal e provocado pela defesa. Sendo a Súmula nº 52 do STJ, um impedimento à alegação do constrangimento ilegal por excesso de prazo àqueles que tiveram a sua prisão preventiva decretada após a sentença condenatória, por mais que as instâncias superiores demorem a julgar os seus feitos. Ressaltando que todo acusado, mesmo

aquele com sentença condenatória, detém a presunção de inocência até o trânsito em julgado da ação.

O Supremo Tribunal Federal não definiu também um prazo que seria razoável para a preventiva, mas responde a vários *Habeas Corpus*, e em análise de cada caso, a depender do número de acusados, do crime cometido, da gravidade *in concreto*, do *modus operandi* da conduta, se o indivíduo tem habitualidade com o crime, e frente às peculiaridades e circunstâncias fáticas de cada processo, o STF julga os casos, conforme os requisitos da prisão preventiva e seus fundamentos, bem como as Súmulas do STJ, as jurisprudências de Tribunais e os princípios norteadores da duração razoável do processo.

Portanto, mesmo que não haja um prazo determinado pondo fim à duração da prisão preventiva, a jurisprudência, as Súmulas do STJ, os julgados do STF, a Instrução Normativa nº 1 da Corregedoria da Justiça do DF e Territórios são referências a serem utilizadas para se compreender a duração prolongada ou não dessa medida cautelar restritiva de liberdade. Apesar da atuação tímida dos Tribunais, os princípios sempre estarão presentes, pois são os pilares do direito. No caso deste trabalho o norteador do tema é o princípio da duração razoável do processo, o qual se une aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista Jus Navigandi*, set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11685/possibilidade-de-efetivacao-do-direito-a-razoavel-duracao-do-processo>.

BRASIL. *Código de Processo Penal, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro, de 7 de dezembro de 1940.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. Brasília, junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 1 de ago. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 03 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC n° 423.510- RN (2017/0287820-0).* Sexta Turma. Impetrante: Edberto Rodrigo Afonso Smith Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 05, de fevereiro, de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79396054&num_registro=201702878200&data=20180226&tipo=91&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC- Nº 418.391 - PE (2017/0251431-8).* Quinta Turma. Impetrante: Daniel Teixeira da Paixão. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Paciente: José Paulo da Silva. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 08, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1672677&num_registro=201702514318&data=20180222&formato=PDF>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC-292.310/SP*. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo –DPSP. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 10, de abril de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=HC+292.310&&b=DTXT&thesaur us=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 1 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 21*. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 52*. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 64*. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus. *Ar em HC nº 149.742-PA*. Primeira Turma. Agravante: Matheus de Oliveira Costa. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Luiz Fux. Brasília, 11, dezembro, de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14221232> .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Decisão Monocrática-HC 139.612/MG. *HC 139.612/MG*. Impetrante(s): Lúcio Adolfo da Silva, Grazielle Cristina Ribeiro e Luan Veloso Coutinho. Coator: relator do HC nº 363.990 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 21, de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC139612liminar.pdf.>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 139.374-MG*. Segunda Turma. Impetrante: Eugênio Pacelli de Oliveira e outros(as). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28, março, de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12816708>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 144.437-SP*. Segunda Turma. Impetrante: Rogério Luiz Adolfo Cury e outros(as). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 21, novembro, de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14309084>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC-139.612/MG*. Primeira Turma. Impetrante(s): Lúcio Adolfo da Silva, Grazielle Cristina Ribeiro e Luan Veloso Coutinho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 25, de abril de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC139612.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC-840787-MG*. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 5, de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>.>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.892092, *AC- 20150020222034HBC*, Relator: desembargador NILSONI DE FREITAS CUSTODIO 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 03/09/2015, Publicado no DJE: 10/09/2015. Pág.: 135. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&uscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=892092>. Acesso em 20 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.931454, *20160020051660HBC*, Relator: desembargadora SANDRA DE SANTIS 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 31/03/2016, Publicado no DJE: 11/04/2016. Pág.: 108/115. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=931454>. Acesso em 5 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.890475, *20150020211883HBC*, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 27/08/2015, Publicado no DJE: 01/09/2015. Pág.:91. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=890475>. Acesso em 12 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.929175, *20160020027030HBC*, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 17/03/2016, Publicado no DJE: 04/04/2016. Pág.: 107/136. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-

web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=929175>. Acesso em 20 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. p. 182. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/instrucoes-da-corregedoria/2011/instrucao-1-de-21-02-2011>. Acesso em: 4 nov. 2017.

BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC-162.344/RS*. Quinta Turma. Impetrante: Martha Rosa. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul- TJRS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasílica, 15, de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18674213/habeas-corpus-hc-162344-rs-2010-0026153-0/inteiro-teor-18674215?ref=juris-tabs>. Acesso em 3 nov. 2017.

BRASIL.Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Habeas Corpus. *HC-201202010151446/RJ*. Segunda Turma Especializada. Impetrante: Sandra Maria Moretenson Mota. Impetrado: Juízo da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Relator: Des. Federal Messod Azulay Neto. Rio de Janeiro, 19, de setembro de 2012. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23375735/hc- habeas-corpus-hc-201202010151446-trf2/inteiro-teor-111700490?ref=juris-tabs>. Acesso em: 7 nov. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 14 mar. 2018.

DA ROSA, Alexandre Morais; FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. *Medidas Compensatórias da demora jurisdicional:* a efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Garantias fundamentais na área criminal*. Barueri: Manole, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Liberdade e prisão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Direito fundamental à razoável duração da prisão preventiva. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/clovis_rodrigues.html

A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA PARA PROTEÇÃO DE TRANSEXUAIS

Amanda Pimenta Pinheiro Rego Innecco

RESUMO

Relatório Monográfico de Pesquisa no âmbito do Direito Penal e Constitucional, cujo objetivo é se verificar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha aos Transexuais. A Lei Maria da Penha vem desde 2006 tentando reduzir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, por meio de medidas de urgência. Considerando-se a citada lei, visa salientar a pessoa do transexual que se reconhece como uma pessoa do sexo distinto do seu, fazendo com que isso acabe se tornando um dilema para a norma porque um transexual que venha a sofrer violência doméstica vai querer ser amparado pela Lei Maria da Penha. A presente monografia tem como objetivo explicar as formas de orientação sexual e de gênero para que se tenha um maior entendimento sobre o que é ser transexual, juntamente com suas características. Em seguida se faz um estudo da lei supracitada e os conceitos que a determinam. E por último se faz uma análise da recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a alteração do registro civil dos transexuais e o impacto que tal decisão terá sobre o tema deste trabalho.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Transexual. Registro Civil.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha foi criada para restringir atos de violência praticados no âmbito familiar e doméstico, incluindo a violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral. Seu objetivo é proteger as mulheres que dividam com outra pessoa um mesmo lar, ou que possuam um parentesco civil ou um envolvimento afetivo, independente da orientação sexual, como, por exemplo, entre os casais homossexuais.

Neste caso, considerando a intenção legal da norma supracitada, importante mencionar que a transexual, por meio de uma cirurgia para mudança de sexo apoiada pelo Estado, obtém a possibilidade de alterar a sua condição física e consequentemente a sua personalidade; logo, alcançando a condição sexual do sexo oposto.

Dessa forma, tendo em vista que a Lei n° 11.340/2006 foi criada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e, diante da possibilidade da transexual realizar um processo transexualizador e alterar seu registro civil, supõe-se que pode também ser enquadrada na qualidade de vítima e, por conseqüência, ser protegida pela lei acima mencionada nos casos de violência doméstica e familiar.

Contudo alguns desenvolvimentos dos pensamentos afirmam que se ocorrer a mudança no registro já seria possível a aplicação da proteção da Lei nº 11.340/2006 pois já se enquadrarem no gênero feminino que é o que a lei ampara também.

Assim para que se tenha um melhor entendimento sobre o tema debatido, será abordado no primeiro capítulo a evolução histórica da sexualidade, distinção entre orientação sexual e identidade de gênero, será aprofundado o tema dos transexuais (história, características, conquista do direito de personalidade) assim como a transexualidade aqui no Brasil e as questões relativas a cirurgia de redesignação sexual.

No segundo capítulo será apresentada uma evolução histórica dos direitos das mulheres e depois a própria Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), sua origem, características, sujeitos, tipos e contextos da violência, as medida de urgência utilizadas e o que mudou com a aplicação desta lei no nosso país.

E por último, no terceiro capítulo será explicada como a Lei Maria da Penha vinha funcionando para amparar os transexuais, os caminhos que levaram a decisão do STF sobre o registro civil para transgêneros e o que essa decisão poderá acarretar de mudanças para a aplicação da Lei 11.340/2006 para a proteção dos transexuais.

2 QUESTÕES SEXUAIS E DE GÊNERO

As questões relacionadas à identidade de gênero mudaram significativamente com o passar do tempo e a natural evolução da sociedade. Os gêneros, masculino e feminino, parecem não ser mais totalmente adequados à realidade dos dias de hoje.

A sociedade tinha como principais traços o patriarcado, a hierarquização, o matrimônio e a heterossexualidade, traços estes que determinavam a situação pela qual o indivíduo e sua família seriam vistos perante a sociedade, atualmente sevem tentando garantir a individualização e a capacidade de cada membro

Contudo, mesmo com todo seu avanço e evolução, a coletividade ainda vem marcada por pensamentos antigos. É difícil e trabalhoso conseguir alterar os pensamentos já elencados para situações onde se tem seus valores e regras que a caracterizaram desde seus primórdios serem modificados, como exemplo a relação entre homem e mulher, relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, etc.

Este tema é de difícil discussão considerando-se uma sociedade com valores patriarcais entrelaçados a sua estrutura. Não obstante, esta é uma realidade e como tal deve ser enfrentada a fim de garantir os direitos daqueles que não mais se identificam como pertencentes ao sexo masculino ou feminino como definidos atualmente.

2.1 Evolução Histórica da Sexualidade

A sexualidade, desde o fim do século XIX, a partir da revelação freudiana ganhou uma dimensão científica mais ampla. A relevância da teoria psicanalítica reside em ter encaminhado, progressivamente, os estudiosos a vislumbrarem o conjunto dos fenômenos de ordem sexual e afetiva no conjunto essencial do desejo. Desse modo, compreendem-se os avanços no Direito, no sentido de tutelar a livre orientação sexual das pessoas, e, no campo da Psicologia, em apresentar a homossexualidade, a bissexualidade e a heterossexualidade como naturais nuanças da estrutura afetiva dos sujeitos desejantes. (VIEIRA, 2012)

Algumas civilizações primitivas, no Oriente e Mediterrâneo, apresentaramrelações homossexuais, em rituais de adoração a deuses, como características de sua cultura. (HOMOSSEXUALIDADE, 2018)

A relação sexual entre pessoas de sexo diferentes tinha como objetivo principal a procriação, enquanto o sexo entre iguais possuía um caráter pedagógico, como um meio de adquirir sabedoria, tanto que normalmente se dava entre o "professor" e o "aluno" na respectiva época. (HOMOSSEXUALIDADE, 2018)

A partir do início da Era Cristã, com a sacralização da união heterossexual, a preponderante visão teológica e a influência da Bíblia como a lei máxima, onde se tinha o pensamento de que se deveria "Crescer e Multiplicar", a homossexualidade passou a sofrer fortes repressões e preconceitos. (VIEIRA, 2012)

No início do século XIX, se teve uma valorização da racionalidade em detrimento da religiosidade. Por meio da chamada "ciência do sexo", os indivíduos são caracterizados pelo binômio da heterossexualidade e homossexualidade. Os médicos acreditavam que a homossexualidade deveria ser curado surgindo assim a "medicina das perversões" criada pelo médico Richard Von Kraft-Ebing, em 1886, onde se caracterizava a homoafetividade como uma degeneração do sistema nervoso central. (VIEIRA, 2012)

Na segunda metade do século XIX, os programas de eugenia foram utilizados para eliminação dos indivíduos considerados doentes. A homossexualidade passa a ser considerada uma anomalia física e hereditária. Diante deste raciocínio foram criadas várias formas de "terapia" como a castração, terapia de aversão, terapia hormonal, lobotomia e internação. (VIEIRA, 2012)

A história em meados do século XX evidencia uma maior tolerância aos homossexuais – pelo menos no Ocidente, como reflexo da positivação transnacional dos direitos humanos e do princípio da dignidade humana, por meio do livre exercício da sexualidade. (HOMOSSEXUALIDADE, 2018).

2.2 A identidade humana

Nas relações sociais e jurídicas, cada pessoa deve ser vista de forma individual, singular dentro da coletividade, para que seja reconhecida como ente autônomo e possa se desenvolver e se firmar como uma pessoa com vontades e atitudes próprias. (CHOERI, 2004)

> A identidade humana na Filosofia se baseia em três pensamentos: o primeiro de Aristóteles que afirma que as coisas são idênticas desde que a definição das suas substâncias seja idêntica também; o segundo enfoque é de G. Leibniz que determinaque as coisas são idênticas quando se pode substituir uma a outra; por último se tem o enfoque de F. Waismann que parte do pressuposto de impossibilidade de definir identidade ou o critério para reconhecê-la. (CHOERI, 2004)

No campo da Psicologia se tem o pensamento de Sigmund Freud, Carl Gustav Jung e Erik Erikson. Freud utilizou o termo identificação para designar o mecanismo psicológico no qual o indivíduo assume as características de personalidade investidas na imagem de outra pessoa com origem na fase de desenvolvimento infantil. Para Jung se tem a exaltação da identidade humana como uma conquista individual. Contudo foi Erikson que criou o termo *crise de identidade* onde a identidade é um processo localizado no centro do indivíduo. (CHOERI, 2004)

Já a Sociologia possui duas formas de pensar que são predominantes: a psicodinâmica e a sociológica. A psicodinâmica propaga a existência de uma identidade contínua no centro da estrutura psíquica do indivíduo, permitindo que ele permaneça o mesmo em meio as mudanças constantes. Enquanto a teoria da identidade sociológica proclama que a identidade se revela quando o indivíduo é capaz de dizer "este é o verdadeiro eu!" e constrói sua identidade a partir do meio em que se encontra. (CHOERI, 2004)

Embora tratem de questões diferentes, estas teorias caminham lado a lado, ao mostrar que se tem em cada indivíduo uma ligação do mundo interior com o exterior para que se possa definir a identidade a partir do modo como cada sociedade

constrói os pontos de vista das pessoas e da vida. Contudo, hoje em dia as comunidades mal divididas levam as pessoas a perderem o senso de identidade. (CHOERI, 2004)

Atualmente se observa um processo de mutação no Direito, com resistências no sentido de abandonar a identidade estática (surge no nascimento e o acompanha durante toda a vida) e adotar uma concepção de identidade dinâmica (pode sofrer modificações a partir a interação do indivíduo com a sociedade). (CHOERI, 2004)

2.3 A identidade sexual

A identidade sexual é considerada como um dos principais aspectos da identidade pessoal, que permite o desenvolvimento da personalidade, a proteção a integridade psicofísica, o poder da disposição das partes do próprio corpo e a tutela à saúde. (SZANIAWSKI, 1998)

Esta identidade apresenta dois ramos: o biológico e o psicossocial. No ramo biológico são identificados os caracteres genéticos, anatômicos e fisiológicos, e no ramo psicossocial, os conteúdos psíquicos que delineiam o comportamento social de cada indivíduo. Esses dois aspectos, quando coincidentes não trazem questionamento no âmbito jurídico, entretanto quando divergentes acabam gerando algumas discussões. (CHOERI, 2004)

Tendo em vista os ramos da identidade sexual do ser humano, podem ser diferenciados os conceitos de sexo e gênero que permeiam a forma que a pessoa é vista e se enxerga perante a comunidade. (CHOERI, 2004)

O sexo é um dos principais elementos da identidade humana e é uma das características primárias de identificação da pessoa, indica o conjunto de características psicofísicas e biológicas que distinguem o macho da fêmea, normalmente determinado por seis características anatômicas e fisiológicas, que são: os cromossomos, gônadas, genitália interna, genitália externa, hormônios e caracteres sexuais secundário. (SZANIAWSKI, 1998)

Para Stanzione, que é um jurista italiano:

> O sexo se apresenta como um fato composto em que os elementos biológicos são estreitamente ligados com o psicológico e jurídico-sociais, de modo que se falam em notáveis variações de tipo e subtipos, de sexo cromossômico, gonádico, morfológico, psicológico, legal. (STANZIONE, 1992)

As Ciências Biomédica e Sociais aceitam como definição do sexo individual a união de três conceitos de sexos parciais: o sexo biológico, o sexo psíquico e o sexo civil. (CHOERI, 2004)

O sexo biológico é aquele definido geneticamente, através da realidade cromossômica onde se tem a combinação XX para mulheres e XY para o homem, além do sexo cromático que apresenta características de um sexo que estão ausentes no outro. (CHOERI, 2004)

O sexo psíquico é o conjunto de características responsáveis pela reação psicológica feminina ou masculina do indivíduo a determinados estímulos. De acordo com o Roberto Farina (FARINA, 1982):

> (...) se tem três categorias: o sexo educacional, o papel do gênero e a identidade do gênero.
>
> O sexo educacional é o resultante das pressões impostas ao indivíduo enquanto criança. Manifestação do relacionamento familiar em resposta ao que lhe foi transmitido. O papel de gênero se verifica pelas coisas que uma pessoa faz, fala ou sente e que revela o *status sexual*. Finalmente, a identidade do gênero que o indivíduo apresenta revela-se quando criança simplesmente dia “sou menina” ou “sou menino”

E por último o sexo civil que consiste na determinação do sexo em razão da vida civil de cada pessoa em suas relações na sociedade, trazendo inúmeras consequências jurídicas. (SZANIAWSKI, 1998)

2.3.1 Formas de Orientação Sexual

Atualmente existem várias formas de orientação sexual de acordo com o que se tem visto na sociedade. Entre essas várias formas de orientação se tem:

heterossexual, homossexual, intersexual, bissexual, travestis e transexual. (CHOERI, 2004)

Em 1995, na última revisão da Classificação Internacional de Doenças, o homossexualismo, que era considerado desde 1985, como sintoma decorrente de circunstâncias psicossociais, deixou de constar nos diagnósticos. O sufixo ismo, que significa "doença", foi retirado e substituído pelo sufixo dade, que designa "modo de ser". (BRANDÃO, 2002)

O quadro de “normalidade” sexual existe quando os fatores biológicos estão em harmonia com o psicológico e social. Este protótipo de “normalidade” está presente no indivíduo heterossexual que é o que decorre diretamente da função biológica relacionada com o instinto sexual reprodutor, procura-se pessoas do sexo oposto. (PERES, 2001)

A homossexualidade é caracterizada pela prática de atos sexuais entre indivíduos do mesmo sexo. Estes indivíduos não desejam a mudança de sexo, pois os seus órgãos genitais lhe dão prazer. Por conseguinte, não tem qualquer aversão ao seu sexo biológico, mas sua atividade sexual é comumente voltada para as pessoas de sexo biológico idêntico ao seu, pelos quais se sentem exclusivamente atraídos. A homossexualidade pode ser tanto masculina quanto feminina. (PERES, 2001)

Intersexualidade é o desequilíbrio entre os diversos fatores responsáveis pela determinação do sexo, o que leva a uma ambigüidade biológica. Essas pessoas são conhecidas como hermafroditas. Somente após um exame clínico minucioso e um diagnóstico preciso, feito pelo médico em colaboração com o terapeuta, é que o intersexual deverá ser submetido a uma cirurgia corretiva. Contudo existem duas formas de hermafroditismo: o verdadeiro (raramente visto em humanos) que é quando se tem tantos os órgãos internos como os externos de ambos os sexos, e o pseudo-hermafodita que nasce de um determinado sexo mas ocorre uma diferenciação em relação aos órgãos externos. (SZANIAWSKI, 1998)

Bissexualidade caracteriza-se pela alternância na prática sexual, que ora se realiza com parceiros do mesmo sexo, ora com parceiros do sexo oposto. Mas, isso não significa afirmar que ser identificado como bissexual acarreta uma fase transitória de heterossexual para homossexual ou vice-versa. Em termos históricos, foi aceito e até encorajado em determinadas sociedade antigas, como a Grécia. A bissexualidade é compreendida por muitos estudiosos como a condição inata do ser humano. (OLIVEIRA, 2011)

2.4 Identidade de gênero

O gênero não é algo preconcebido, como se o indivíduo já nascesse com o sentimento de pertencer a um dos dois sexos. É construído socialmente a partir da conjugação de diversos fatores (como as suas relações estabelecidas com grupos sociais que cercam aquele indivíduo, desde sua família até escola) vinculados ao decurso do tempo que será responsável pela formação da identidade sexual, como é mostrado pelo defensor público do estado do Ceará: (BRANDÃO, 2002)

> Esse conceito de gênero é uma construção social, não se apresentando, pois, de maneira uniforme em todas as épocas e lugares. Assim, depende da cultura, dos costumes e das criações oriundas da experiência social, tais como as leis, as religiões, a vida política. Ademais, dentro de uma mesma sociedade encontramos variantes que influem diretamente nesse conceito, tais como a idade, a raça e a classe social.

A identidade de gênero então está relacionada com a percepção que se tem de feminino e masculino de cada indivíduo, como aquela pessoa se identifica e dentro deste conceito de identidade de gênero se tem as pessoas cisgêneros e transgêneros. (CORRÊIA, 2017)

As pessoas que são classificadas como cisgêneros, são aquelas que se reconhecem e se identificam com o próprio gênero do seu nascimento, ou seja, masculino é homem e feminino é mulher. (CORRÊIA, 2017)

Os trangêneros são aqueles que se identificam com o gênero oposto ao que nasceram servindo como um "guarda-chuva" que abarca todos os gêneros que sejam diferentes do cis. Contudo ser transgênero independe da sua orientação sexual, pode-se ter transgêneros heterossexuais, homossexuais, etc. (CORRÊIA, 2017)

Um dos grupos que é englobado pelos transgêneros é o dos transexuais que é o foco principal de estudo desse trabalho. A transexualidade é a condição considerada pela OMS como um tipo de transtorno de identidade de gênero. Refere-se à condição do indivíduo que possui uma identidade de gênero diferente a designado no nascimento, tendo o desejo de viver e ser aceito como sendo do sexo oposto. (OLIVEIRA, 2011)

Outro grupo que citarei aqui para intuito de esclarecer dúvidas que se tem sobre ser a mesma coisa que transexual é o dos travestis que é o indivíduo que se traja com roupas do sexo oposto. Compreende dois subtipos: o bivalente e o fetichista. O primeiro designa o fato do indivíduo se vestir com roupas do sexo oposto de modo a satisfazer a experiência temporária de pertencer aquele sexo, mas não é acompanhada de excitação sexual. O segundo, o indivíduo se veste com roupa do sexo oposto, principalmente com o objetivo de criar a aparência do sexo oposto e de obter excitação sexual (CHOERI, 2004)

2.5 A Transexualidade

A temática sobre a transexualidade, apesar de ter ganhadobastante repercussão nos últimos anos, não é tão nova assim. (TRANSEXUALIDADE, 2018)

Filo, filósofo judeu do século I D.C, descreveu que existiam homens que se travestiam e viviam como mulheres, chegando até a se emascular e retirar o pênis, eram conhecidos como eunucos que tinham como tarefa a de guardar os leitos das mulheres de seus senhores. (TRANSEXUALIDADE, 2018)

Existem muitas lendas de mudança de sexo entre imperadores romanos, como o caso de Heliogábalo que se considerava mulher exigindo que o chamassem de

"senhora", se tem na história que este até ofereceu como recompensa a metade do império ao médico que fosse capaz de transformar sua genitália em uma genitália feminina. (TRANSEXUALIDADE, 2018)

Enquanto na Antiguidade greco-romana e no Oriente, as histórias que diziam respeito a mudança de sexo das pessoas, apresentava na maioria das vezes um caráter punitivo. Na Idade Média européia os desvios de comportamento sexual eram consideradas obras do demônio, sendo estas pessoas perseguidas pela Inquisição e submetidas ao exorcismo. (VIEIRA, 2012)

Somente na Renascença é que as anomalias sexuais passaram a ser observadas sob o ponto de vista médico, classificadas como distúrbios mentais e doenças. (TRANSEXUALIDADE, 2018)

Contudo o transexualismo, como conhecemos, tem seu nascimento com a intervenção hormonal e cirúrgica, praticada em meados de 1952, em Copenhague, pelo doutor Christian Hamburger, em um americano de 28 anos de origem dinamarquesa, George Jorgensen, ex-soldado do exército americano, tornando-se o caso *princeps* dessa patologia. Já a criação do conceito de transexualismo, se deu no ano de 1953 pelo doutor Henry Benjamin. (FRIGNET, 2002)

Os tabus e o restrito conhecimento científico sobre a síndrome do transexualismo resultaram no estabelecimento de confusão entre as diversas anomalias sexuais, confundindo-a, freqüentemente, com o homossexualismo ou com o travestismo, o que impossibilitou a caracterização da síndrome e o estudo próprio da mesma. (PERES, 2001)

A transexualidade, como dito anteriormente, é caracterizado pela vontade do indivíduo de modificar sua forma física (genitais e características secundárias do sexo pertencente) pois este não se considera daquele sexo em si. (FRIGNET, 2002)

De acordo com Maria Helena Diniz, listam-se as seguintes considerações acerca do verbete *transexual* (DINIZ, 1998):

> Transexual: medicina legal e psicologia forense. 1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto (Hojda), sendo, portanto, um hermafrodita psíquico (H. Benjamin); 2. Aquele que, apesar de aparentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e, mediante cirurgia, passa para outro sexo (Othon Sidou). Tal intervenção cirúrgica para a mulher consiste na retirada dos seios, no fechamento da vagina e na confecção de pênis artificial, e para os homens, na emasculação e posterior implantação de uma vagina (Paulo Matos Peixoto); 3. Para a Associação Paulista de Medicina, é o indivíduo com identificação psicossexual, oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los; 4. Aquele que, tendo morfologia genital masculina, sente-se psicologicamente mulher, rejeitando seu papel de 'gênero' masculino, até buscar a alteração de sua anatomia para assumir aparência física feminina. Correspondentemente, há mulheres em situação análoga.

O transexualismo é, antes de tudo, uma problemática de identidade: o indivíduo diz não se reconhecer tal como é, reclamando assim uma mudança em seu corpo. Esse não-reconhecimento de si mesmo combina com o sexual, pois o indivíduo não se reconhece no sexo que é o seu, e é nesse sexo que vão ser feitas as modificações que ele deseja. (FRIGNET, 2002)

Desde criança, o indivíduo sofre uma enorme perturbação por ter este conflito entre como ele é e como ele se vê, influenciando assim sua forma comportamental. Com a puberdade, a pessoa adquire plena consciência da sua "anomalia". (SZANIAWSKI, 1998)

A origem da síndrome do transexualismo possui duas correntes: a teoria psicossexual e a teoria neuroendócrina. A primeira teoria, atribuída a Stoller, leva em conta as influências ambientais em que o indivíduo vive e sua convivência familiar, e a segunda teoria parte dos estudos do hipotálamo humano, que é a glândula que controla o comportamento sexual. (SZANIAWSKI, 1998)

O transexualismo não se articula clinicamente de um modo linear, mas sobre dois eixos de coordenadas. O primeiro se relaciona à identidade sexual em sua vertente de identidade e sua vertente sexual. O segundo concerne ao individual e ao

social: ao passo que o transexualismo, enquanto síndrome psiquiátrica compete antes de tudo a um indivíduo em relação consigo mesmo. (FRIGNET, 2002)

2.5.1 A conquista do direito de personalidade

Os direitos da personalidade são aqueles que existem para a pessoa a partir de seu nascimento e caracterizam-se por serem intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis e impenhoráveis. Esses são regidos pela Constituição Brasileira, mas mesmo sendo pertencente a pessoa desde sempre, alguns grupos ainda lutam para conseguir que sejam reconhecidos para si esses direitos. (VIEGAS, et al., 2013)

Os direitos fundamentais são classificados em primeira geração que são os de liberdade, segunda dimensão que se relaciona a igualdade, terceira dimensão ou da solidariedade que são os relativos a coletividade. (BRASIL, 1988)

Pode-se concluir que os direitos fundamentais, humanos e da personalidade são intrinsecamente interligados entre si, todos interligados pela cláusula geral da Dignidade da Pessoa Humana inserida no art. 1º, inciso III do texto Constitucional, apresentado a seguir (BRASIL, 1988):

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]
>
> III - a dignidade da pessoa humana;

Esses direitos interligados pela cláusula da Dignidade da Pessoa Humana têm o objetivo de proteção da pessoa, sendo os direitos humanos no âmbito internacional, os direitos individuais fundamentais no nível nacional geral e os direitos da personalidade na esfera civil. (VIEIRA, 2015)

Um exemplo de grupo que ainda está batalhando pelos seus totais direitos são os transexuais. Mesmo que a introdução da Resolução 1487/1997 do Conselho Federal de Medicina, tenha tornado possível realizar a transgenitalização, eles ainda

possuem dificuldades para serem reconhecidos juridicamente pelo seu verdadeiro eu. (VIEGAS, et al., 2013)

De acordo com Tereza Rodrigues Vieira, mestre e doutora em Direito Civil pela PUC/SP, em seu artigo de revisão "Direito à Adequação de Sexo do Transexual". (VIEIRA, 2012)

> O direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, à adequação de sexo e prenome, ancora-se no direito ao próprio corpo, no direito à saúde (art.196 da Constituição Federal), principalmente, no direito identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal. Trata-se, destarte, de um direito da personalidade.

2.5.2 A Redesignação Sexual

A abordagem do tema identidade sexual à luz do Direito é relevante, uma vez que as cirurgias de modificação do estado sexual afetam diretamente a pessoa humana e a sociedade, colocando em questão os limites do direito de dispor do próprio corpo, do direito de redesignação sexual e do direito de identificação pessoal, elementos indispensáveis à segurança social e à construção da individualidade, bem essencial à preservação da dignidade humana. (CHOERI, 2004)

A defesa da cirurgia de transgenitalização como processo terapêutico para a situação patológica do transexual, com base na hipótese da primazia do sexo psicológico sobre o sexo biológico, deve ser examinada, em verdade, sob a ótica do direito à saúde, à luz do princípio da dignidade humana, e do ordenamento jurídico como um todo, não sendo possível dar-se preferência exclusivamente às normas morais. (FRIGNET, 2002)

Uma das questões relacionadas à identidade de gênero nos dias atuais é o exame da possibilidade jurídica da redesignação sexual do transexual, através de cirurgias de trangenitalização, com a conseqüente retificação do nome e do sexo nos registros civis do operado. (VIEGAS, et al., 2013)

Tal exame deve ter como fundamento inicial de estudo o princípio da intangibilidade humana, analisando-se os limites do direito ao corpo e as suas partes destacadas, para, então, estudar-se a cirurgia de transgenitalização como terapia para o transtorno de identidade sexual ou, mais precisamente, de gênero. (PERES, 2001)

A base jurídica do princípio da intangibilidade da pessoa humana no ordenamento brasileiro é a própria Constituição Federal, que estabelece no art. 1º, inciso III, como cláusula geral e fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade humana, e trata, no art. 5º, dos direitos e deveres individuais e coletivos, indicando como invioláveis o direito a vida, à liberdade, à segurança, à igualdade, entre outros. (BRASIL, 1988)

A vida como valor absoluto para o homem pode ser entendida sob duas perspectivas. A primeira numa visão, universal, cujo foco é a propriamente a preservação da espécie humana. A segunda é uma visão individual, cujo foco é a proteção da pessoa humana como indivíduo, manifestando sua própria identidade. (VIEGAS, et al., 2013)

Enquanto a vida constitui direito indisponível para o indivíduo, o corpo, dentro de certos limites, pode ser disponível. A tangibilidade corporal pode ocorrer, desde que o ato lesivo promova um melhoramento na estrutura psicofísica e não fira a dignidade do indivíduo como pessoa humana (PERES, 2001)

Na verdade, o que se denomina comumente "cirurgia de mudança de sexo" não é a modificação de sexo genético, definido pelo padrão XX para mulher e XY para o homem, pois este é inalterável; em verdade, a cirurgia de trangenitalização é a transformação plástica reconstrutiva da genitália externa e interna e dos caracteres sexuais secundários do indivíduo denominado transexual pela medicina. (VIEIRA, 2012)

Apresenta-se ainda a favor da cirurgia de transgenitalização o fato de possibilitar uma vida social digna aos indivíduos alijados do convívio social em virtude de seu comportamento sexual. Entretanto, contra-argumentando, a que se

ponderar sobre o critério adotado para avaliar a prevalência do sexo psíquico sobre o sexo biológico, o que autorizará mutilação, de caráter irreversível, em partes de um corpo até então saudável, o que para alguns é flagrante violação a integridade física. (PERES, 2001)

O Conselho Federal de Medicina visando solucionar o problema de acusações pelo crime de lesão corporal gravíssima que cercava os médicos que realizavam a cirurgia de mudança de sexo e os quesitos relacionados a aplicação da cirurgia editou a Resolução nº 1482 de 10/09/1997, que resolve (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997):

> 1. Autorizar, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo;
>
> 2. A definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; - permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; - ausência de outros transtornos mentais.
>
> 3. A seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios abaixo definidos, após dois anos de acompanhamento conjunto: diagnóstico médico de transexualismo; maior de 21 (vinte e um) anos; ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia;
>
> 4. As cirurgias só poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa.
>
> 5. Consentimento livre e esclarecido, de acordo com a Resolução CNS nº 196/96;
>
> 6. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Feita a cirurgia de redesignação, o transexual precisa passar por procedimento de reinclusão social e afetiva, possuindo nesse ínterim novos direitos personalíssimos, tal qual o direito à saúde plena, em que o transexual somente a atingirá quando realizar o tratamento hormono-cirúrgico e obtiver, judicialmente, a

alteração do nome e gênero em seu registro civil. A alteração do prenome e gênero será alcançado tão somente por via judicial, por se tratar de questão de ordem pública. (ANDRADE, 2015)

Maria Helena Diniz entende que a adequação do nome e gênero do transexual operado deve ser feita em todos os seus documentos, sem qualquer discriminação na carteira de identidade, de trabalho, no título de eleitor, no CPF etc. Ou averbação sigilosa no registro de nascimento, tendo em vista que isso impediria a plena integração social e afetiva, obstando, como visto anteriormente, o direito ao esquecimento do estado anterior, que lhe causou tanto sofrimento. (ANDRADE, 2015)

Anteriormente, doutrina e jurisprudência entendiam, majoritariamente, pela negação na retificação do registro civil do transexual, porém hoje o não acolhimento violaria o art. 8º da Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que determina: (CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950)

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

> 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
>
> 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Uma portaria do Ministério da Saúde foi instaurada em 2008 e revogada pela portaria nº 2.803, novembro de 2013, que permite que o processo transexualizador seja feito pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Todavia é necessário que se tenham equipes mínimas, com médico, psiquiatra, endocrinologista, clínico, enfermeiro, psicólogo e assistente social. De 2008 até 2014, foram feitos 9.867 procedimentos relacionados a redesignação sexual. (PACHECO, 2016).

2.5.3 Transexualidade no Brasil

O primeiro grande caso substancial do Brasil, foi o caso do Dr. Farina julgado em São Paulo. O cirurgião, em meados de 1971, realizou uma cirurgia de transgenitalização em Waldir Nogueira, que já tinha sido avaliado por vários médicos que determinaram por unanimidade que ele era um transexual. Tendo ocorrido a redesignação sexual do paciente, o Dr. Requereu a mudança do estado sexual e do prenome querendo assim adequá-lo a sua nova aparência. Contudo o Ministério Público de São Paulo o denunciou pelo delito previsto no art. 129, III, §2º do Código Penal, pela prática de crime de lesão corporal gravíssima. O juízo de primeiro grau julgou procedente a denúncia, mas em grau de apelação o julgador do segundo grau absolveu o doutor. (SZANIAWSKI, 1998)

No Brasil, o transexualismo tornou-se objeto de novo tratamento médico somente a partir de 1997, com a introdução da resolução nº 1482 do Conselho Federal de Medicina. (TRANSEXUALIDADE, 2018)

Um dos casos de transexualismo mais famosos no Brasil foi o da vedete Roberta Close. Nascida como Luiz Roberto Gambine Moreira, descobriu-se com disforia de gênero ainda no começo da adolescência. (ROBERTA CLOSE, 2018)

Ela realizou a transgenitalização em 1989 em Londres, pois, a cirurgia não era permitida no Brasil. Entretanto, Apesar de ser uma mulher *de* fato, sofria por em seus documentos pessoais ainda constarem seu nome masculino (ROBERTA CLOSE, 2018).

Em 1991, Roberta acionou a justiça para mudar seu nome para Roberta Gambine Moreira (Roberta Close trata-se de um nome artístico). A juíza da Oitava Vara de Família do Rio de Janeiro aceitou o pedido, mas deixou o processo suspenso. (VIEIRA, 2015)

Em 1997, os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado falaram que como Roberta não poderia ter filhos, ela não era caracterizada como uma mulher de verdade. (VIEIRA, 2015)

O caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal, mas o Ministério Público indeferiu as provas apresentadas pela defesa de Roberta e o relator arquivou o caso com a justificativa de não se tratar de matéria constitucional, sendo assim, não cabia ao STF. (VIEIRA, 2015)

Apenas em 2005, após a decisão da 9ª Vara de Família do Rio de Janeiro, Roberta conseguiu a mudança de seu nome e obteve sucesso também na mudança de seu sexo jurídico, questões estas que lhe causavam grande constrangimento. (ROBERTA CLOSE, 2018)

Tendo em vista o que foi tratado nesse capítulo, verifica-se que a transexualidade é algo que ocorre desde os primórdios da sociedade e que vem alçando um espaço cada vez maior. Com os estudos e pesquisas ao longo do tempo foi determinado que o transexual é uma pessoa que possui transtorno da identidade de gênero e que mesmo assim devem ter seus direitos respeitados, seja desde o reconhecimento da sua personalidade, dignidade humana até o apoio do Estado para que assim consiga realizar a transgenitalização.

3 LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/2006)

A história das mulheres foi marcada pela busca constante de um tratamento igual ao destinado aos homens, considerando que, por anos, devido à cultura patriarcal, sua atribuição era de se consagrar às tarefas domésticas, à reprodução e à educação dos filhos, doando-se única e exclusivamente para a família.

Devido a esse sistema patriarcal, o gênero feminino acabou sendo visto como o mais frágil e o subordinado, fazendo com que assim os homens conseguissem determinar o que queriam por meio da violência contra aquelas pessoas.

Tendo em vista essa violência de gênero que ocorria sobre o gênero feminino, foi criada a Lei n° 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, lei esta que é considerada um marco na história da luta pelas mulheres contra a violência doméstica e familiar.

3.1 Evolução dos Direitos das Mulheres

Em algumas cidades gregas ou do Egito, o sexo feminino tinha certos direitos de igualdade, mas em geral, a mulher dependia do pai e do marido e sua vida era restrita a família e a sua casa. (OLIVIERI, 2007)

Durante o Renascimento ocorreu uma confirmação do papel do homem como protagonista da história e devolve as damas o seu lugar restrito ao lar, causando um retrocesso da condição social da mulher pois teve restrito seu acesso aos estudos e as profissões. (OLIVIERI, 2007)

Somente no século 18, com o advento do Iluminismo e da Revolução Francesa que pode começar a falar sobre a reivindicação dos direitos femininos. No século 19, no contexto da Revolução Industrial, o número de mulheres empregadas aumentou significativamente e atingiu o ápice da luta pelos direitos na década de 1960. (OLIVIERI, 2007)

Contudo a evolução dos direitos das mulheres no Brasil se deu de forma lenta e atrasada com relação aos países europeus. Na primeira Assembléia Nacional Constituinte do País as mulheres foram deixadas de lado. Já a nova AssembléiaNacional Constituinte que trazia a esperança de mudanças continuava discriminando as mulheres, os analfabetos, os negros, praças e religiosos. (YAMAMOTO, 2011)

Somente com a Constituição de 1967 foi fixadaa igualdade de todos perante a lei sem distinção de sexo porque foi elaborada após a Declaração Universal dos Homens e dos Cidadãos. Com isso a isonomia entre os gêneros é firmada constitucionalmente. (YAMAMOTO, 2011)

O Código Civil de 1916 foi muito aguardado, porém para as mulheres em quase nada revolucionou, pois acabou confirmando a tendência conservadora do Estado e da Igreja, e consagrou a superioridade do homem, dando o comando unido da família ao marido, e delegando a mulher casada a incapacidade jurídica relativa, equiparada aos índios, aos pródigos e aos menores de idade. (YAMAMOTO, 2011)

Em 1932 a mulher conquistou o direito ao voto, desde que tivessem renda própria, restrições essas eliminadas em 1934. Mas somente em 1946 a obrigatoriedade de votar foi estendida as mulheres. (YAMAMOTO, 2011)

Contudo é só a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que dispôs dentre seus princípios norteadores no artigo 1º, inciso III "o da dignidade da pessoa humana seja ela homem, mulher, criança ou idoso". (RAMOS, 2011)

Em 1995 foi ratificada a chamada "Convenção de Belém do Pará", adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) complementando a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. (YAMAMOTO, 2011)

3.2 Origem da Lei 11.340/2006

Maria da Penha Fernandes era farmacêutica, casada com um professor universitário e economista, viviam em Fortaleza no Ceará e tinha três filhas. (DIAS, 2012)

Durante o casamento, Maria da Penha sofreu repetidas agressões e intimidações, mas nunca reagiu por temer represália contra ela e suas filhas. Contudo mesmo sem ir contra as agressões do marido, este tentou matá-la duas vezes. Na primeira vez, em 29 de maio de 1983, fingiu um assalto fazendo uso de uma espingarda, como resultado ela ficou paraplégica. Após alguns dias, pouco mais de uma semana, em uma nova tentativa buscou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica enquanto ela tomava banho. (LIMA, 2013)

Somente depois de ter sido quase assassinada as duas vezes, Maria tomou coragem e decidiu fazer uma denúncia pública, entretanto não foi tomada nenhuma providência, fazendo com que ela sentisse vergonha e até chegasse a pensar que a culpa era dela por estar apanhando e que o agressor tinha razão de tratá-la assim. (LIMA, 2013)

Todavia devido aos abusos, agressões recorrentes e a na tomada de nenhuma medida pela Justiça, Maria decidiu não se rebaixar mais. Escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres e, como ela mesma diz, "não perdeu nenhuma oportunidade de manifestar sua indignação". (LIMA, 2013)

As investigações começaram em junho de 1983, mas a denúncia só foi oferecida em setembro de 1984. Em 1991, o réu foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de prisão. Recorreu em liberdade e, um ano depois, o julgamento foi anulado. Levado a novo julgamento, em 1996, foi-lhe imposta a pena de dez anos e seis meses de prisão. Mais uma vez recorreu em liberdade e somente 19 anos e 6 meses após os fatos é que foi preso. Em 28 de outubro de 2002, foi liberado, depois de cumprir apenas dois anos de prisão. (LIMA, 2013)

A repercussão foi tão grande que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. A OEA, nunca tinha acatado uma denúncia de crime de violência doméstica. A Comissão solicitou informações ao governo brasileiro cerca de quatro vezes nunca recebendo nenhuma resposta. (DIAS, 2012)

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA por meio do relatório nº 54 responsabilizou o Brasil por omissão vez que este não cumpriu o previsto no art. 7º da Convenção de Belém do Pará, que determina: (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, 1994)

> Artigo 7: Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os

> meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:
>
> Abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
>
> Agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
>
> Incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
>
> Adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
>
> Tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
>
> Estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
>
> Estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
>
> Adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

O Brasil foi condenado em 2001, pelo relatório nº 54 da OEA, além de impor o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares, para Maria da Penha. O relatório culpou o Estado brasileiro por negligência e omissão frente a violência doméstica, fazendo recomendações para que fossem adotadas algumas medidas, entre elas "simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual". A indenização, no valor de 60 mil reais, foi paga pelo governo do Estado do Ceará, a Maria da Penha, em uma solenidade pública junto com um pedido de desculpas em julho de 2008. (DIAS, 2012)

Depois de todo o ocorrido internacionalmente, o Brasil decidiu cumprir às convenções e tratados internacionais do qual é signatário. Daí a referência, na ementa da Lei, à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Chamada Convenção de Belém do Pará. (DIAS, 2012)

3.3 Conceitos

No artigo 1 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, invocada na ementa da Lei Maria da Penha, se tem a definição de violência contra a mulher. (BRASIL, 1996)

> Artigo I: Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Necessário atentar que a Lei Maria da Penha utiliza tanto a palavra mulher como a palavra gênero. A distinção entre sexo e gênero é significativa, enquanto sexo está ligado a condição biológica do homem e da mulher, gênero é uma construção social, que identifica papéis sociais de natureza cultural, e que levam a aquisição de masculinidade e feminilidade. (DIAS, 2012)

Como se nota no art. 1º supracitado, se tem determinada a violência de gênero que é aquela normalmente praticada pelo homem contra a mulher que revela uma concepção masculina de dominação social (patriarcado), propiciada por relações culturalmente desiguais entre os sexos, nas quais o masculino define sua identidade social como superior à feminina, estabelecendo uma relação de poder e submissão que chega mesmo ao domínio do corpo da mulher. (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, 1994)

A proteção conferida pela Convenção de Belém do Pará é mais abrangente, ou seja, protege a mulher de qualquer tipo de violência, já a Lei Maria da Penha protege a mulher de acordo com os requisitos vistos no art. 5º desta Lei (que será abordado no item 2.5 deste trabalho), sendo assim criticada por ser muito restrita. (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, 1994)

Contudo, a Lei Maria da Penha é considerada pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher como uma das três mais avançadas no mundo (ao lado da lei que vige na Espanha e da que vige na Mongólia), dentre 90 legislações sobre o tema.

3.4 Sujeitos Envolvidos

Não é possível limitar a influência da Lei Maria da Penha somente à violência cometida por um homem contra a "sua" mulher. Relações que geram posições hierárquicas de poder e opressão têm levado a doutrina e a justiça a colocar sob o seu manto protetor quem se submete as situações de dominação em razão de vínculos com origem em relação de natureza familiar ou afetiva. Devido a essas questões acabam surgindo situações que servem para ampliar a identificação dos atores da violência doméstica. (DIAS, 2012).

O sujeito ativo (o agressor) tanto pode ser um homem como outra mulher. Verifica-se na união heterossexual como na homossexual. Basta estar o vínculo caracterizado como relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade, pois olegislador deu prioridade à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, sem importar o gênero do agressor. (LIMA, 2013)

No que diz ao sujeito passivo (a vítima) há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. (LIMA, 2013)

3.5 Os contextos da violência

Os contextos da violência de gênero que são os domésticos, familiares e de relação íntima de afeto, estão previstos no art. 5º da Lei 11.340 de 2006 como mostra a seguir: (BRASIL, 2006)

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
>
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Para o reconhecimento da violência como doméstica preocupou-se a Lei Maria da Penha em identificar seu campo de abrangência. Assim, define unidade doméstica (art. 5º, I): espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas (BRASIL, 2006).

Para o efeito de assegurar sua aplicação, a Lei Maria da Penha define família (art. 5º, II): comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. A Lei inovou ao trazer, para o âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim, por vontade dos seus próprios membros (BRASIL, 2006).

Em relação ao inciso III deste artigo mostra que qualquer ação ou omissão baseada no gênero, praticada sob razão de qualquer relação íntima de afeto, na qual

o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação. Modo expresso está ressalvado que não há necessidade de vítima e agressor viverem sob mesmo teto para a configuração de violência como doméstica ou familiar. Basta que o agressor e agredida mantenham, ou já tenham mantido, um vínculo de natureza familiar. (DIAS, 2012)

Contudo esse inciso III sofre algumas críticas ao dizer que a coabitação é dispensável, tanto que Nucci diz: (NUCCI, 2006)

> Na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, no art. 2º, § 1º, prevê-se que a violência contra a mulher tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em "qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual". Logo, é bem menos abrangente do que a redação do inciso III do art. 5º da Lei 11.340/2006. Exige-se no texto da convenção a existência de coabitação atual ou pretérita. Na Lei
>
> 11.340/2006 basta a convivência presente ou passada, *independentemente de coabitação*. Ora, se o agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em *violência doméstica e familiar*. Daí emerge a inaplicabilidade do disposto no inciso III.

3.6 Tipos de violência

A Lei Maria da Penha reconhece como violência doméstica e familiar contra a mulher o que está previsto no art. 7º desta lei, como é mostrado a seguir: (BRASIL, 2006).

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
>
> **Violência física**, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
>
> **Violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e

> limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
>
> **Violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
>
> **Violência patrimonial**, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
>
> **Violência moral**, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A violência física constitui qualquer agressão a mulher, desde as que deixam marcas no corpo como as que não deixam, bastando que se utilize a força bruta para que seja consumada. Tais crimes encontram a tipificação nos Capítulos I e II da parte especial do Código Penal. (BRASIL, 1940)

A violência psicológica é um tipo de violência muito subjetivo que as vezes até a própria vítima não se dá conta que aqueles ataques psicológicos devem ser denunciados como violência. (BRASIL, 1940)

A violência sexual é um tipo de violência física só que ligado mais especificamente ao gênero, restringindo assim a liberdade sexual da mulher. (BRASIL, 1940)

Já a violência patrimonial é aquela que se prevê a tipificação nos Código Penal, no Capítulo dos crimes contra os patrimônios. Vale ressaltar que a questão patrimonial não será aplicada restritamente em coisas de valor econômico e sim também em coisas de valor pessoal para a vítima. (BRASIL, 1940)

E por último a violência moral que é determinada nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, que são os crimes de calúnia, difamação e injúria, respectivamente. (BRASIL, 1940)

Analisando o art. 7º da Lei 11.340, é visto que não se tem tipificações penais presentes nela, fazendo com que ela se aproprie das tipificações do Código Penal e outra coisa a ser notada é que esse rol não é restrito a somente esses tipos de violência, sendo possível que outras condutas sejam elencadas na violência doméstica e contra a mulher. (BRASIL, 2006)

3.7 As medidas de urgência

A Lei Maria da Penha dedica um capítulo inteiro a suas medidas de urgência, que podem ser aplicadas de forma isolada ou de forma cumulativa, podendo também sempre ser substituídas por alguma de maior eficácia na proteção da vítima. Tais medidas serão apresentadas a seguir (BRASIL, 2006)

3.7.1 Das medidas protetivas que obrigam o agressor:

As medidas protetivas que obrigam o agressor estão previstas no artigo 22 da Lei 11.340, como mostra a seguir: (BRASIL, 2006)

> Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
>
> I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
>
> Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
>
> Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

> Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
>
> Freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
>
> IV - Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
>
> V - Prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Esse rol de medidas não é restrito a somente o que está apresentado aqui, tendo o juiz que analisar cada caso separadamente para assim ter uma ideia se será necessária a aplicação de outros tipos de medidas. (BRASIL, 2006)

O inciso I deste artigo fala sobre a suspensão da posse ou restrição do porte de armas de fogo porque levando em conta que a Maria da Penha é aplicada em casos de violência, o porte de uma arma pode agravar a situação transformando aquela violência em morte. (BRASIL, 2006)

O inciso II fala sobre o afastamento do lar, domicílio ou convívio com a vítima, de acordo com Alice Bianchini: (BIANCHINI, 2016)

> O afastamento do agressor do lar visa preservar a saúde física e psicológica da mulher, diminuindo o risco iminente de agressão (física e psicológica), já que o agressor não mais estará dentro da própria casa que reside a vítima. O patrimônio da ofendida também é preservado, uma vez que os objetos do lar não poderão ser subtraídos ou destruídos.

O inciso III possui três alíneas: a alínea “a” determina um limite mínimo de distância entre o agressor e a vítima visando proteger a saúde física da vítima, a alínea “b” determina que o agressor não pode entrar em contato com a vítima de forma alguma, seja por mensagem, whatsapp, e-mail, ligações, etc. e por último a alínea “c” que proíbe o agressor de frequentar os mesmos locais que a vítima fazendo com que a vítima possa viver sua vida normalmente sem ter que se sentir ameaçada com a presença de quem a agrediu. (BRASIL, 2006)

O inciso IV fala sobre a restrição de visitas aos dependentes menores que está atrelado as outras restrições como a de limite mínimo da vítima e dos seus familiares. (BRASIL, 2006)

O inciso V discorre sobre a prestação de alimentos que de acordo com Maria Berenice Dias: (DIAS, 2010)

> De um modo geral, a pretensão de alimentos quer provisórios, quer provisionais, é veiculada por meio de uma ação, intentada perante o juízo de família, estando a parte representada por advogado. Agora, diante de episódio de violência familiar, a pretensão pode ser buscada por meio da polícia. O registro de ocorrência e o pedido de concessão de medida protetiva de urgência leva a formação de expediente a ser enviado ao juiz que apreciará o pedido. Mesmo que indeferida a pretensão em sede de medida protetiva de urgência, nada impede que o pedido seja veiculado por meio da ação de alimentos perante o juízo cível.

3.7.2 Das medidas de proteção a ofendida

Mesmo com as medidas de restrição ao agressor, o Legislador quis também elencar algumas medidas de proteção a ofendida, como mostra o art. 23 da Lei 11.340/2006: (BRASIL, 2006)

> Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:
>
> I - Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
>
> II - Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
>
> III - Determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
>
> IV - Determinar a separação de corpos.

O inciso I do artigo supracitado afirma que quando necessário deve se encaminhar a vítima e seus dependentes a um programa de proteção a qual, a ofendida pode requerer o encaminhamento na realização do registro da ocorrência ou

o juiz pode determinar de ofício, ou em virtude do pleito do representante da Defensoria Pública, do Ministério Público ou Advogado (BRASIL, 2006)

O inciso II fala que a ofendida pode ser reconduzida ao seu domicílio após afastamento do agressor, mesmo que a vítima tenha deixado o domicílio antes do agressor. (BRASIL, 2006)

O inciso III determina o afastamento da ofendida do lar para que assim evite mais violência, contudo esse afastamento não traz nenhum tipo de malefício a ela, seja patrimonial, guarda dos filhos ou alimentos. (BRASIL, 2006)

O inciso IV determina a separação de corpos que pode ser requerida diretamente ao juiz da Vara de Família desde que seja explícito e comprovado que foi por causa da violência doméstica. (BRASIL, 2006)

3.8 O Que Mudou com a Lei?

A Lei Maria da Penha não é uma simples lei, é um precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo preventivo e assistencial. Enquanto no processo penal comum vige o princípio *in dubio pro reo*, no caso de violência doméstica deve viger o *in dubio pró-mulher*. (DIAS, 2012)

Antes da promulgação da lei, os crimes de violência doméstica eram julgados por juizados especiais criminais, onde são julgados crimes de menor potencial ofensivo, mas com a promulgação desta Lei, especialmente no seu artigo 41, não se aplica a Lei 9099/ 95 (Lei dos Juizados Especiais), a competência foi deslocada para os novos juizados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher. (LIMA, 2013)

A Lei introduziu alterações no Código Penal ao inserir uma agravante (art. 61, II, alínea f do Código Penal), uma majorante (art. 129, §11 do Código Penal) e a alterar a pena do delito de lesões corporais (art. 129, §9º do Código Penal). (BRASIL, 1940)

> Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
>
> II - Ter o agente cometido o crime:
>
> Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
>
> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
>
> 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade

Já no Código de Processo Penal foi admitida mais uma hipótese de prisão preventiva, presente no artigo 313, inciso IV, mostrado a seguir: (BRASIL, 1941)

> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
>
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

E no art. 152, parágrafo único da Lei de Execução Penal, permitiu a imposição ao agressor, em caráter obrigatório, o comparecimento a programa de recuperação e reeducação. (BRASIL, 1984)

> Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.
>
> Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação

Uma das questões que não se falava quando a Lei Maria da Penha entrou em vigor e que começou a ser implantada atualmente é a aplicação da Lei no caso de relações homoafetivas, podendo citar o artigo 2º da Lei 11.340/2006 diz (BRASIL, 2006):

> Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa

> humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

O inc. III do art. 5º assim define família: "comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa." E o parágrafo único do mesmo art. 5º reitera que todas as situações que configuram violência doméstica e familiar, "as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual." (BRASIL, 2006)

Ao ser afirmado que a mulher está sob o abrigo da Lei, sem distinguir sua orientação sexual, assegura proteção tanto às lésbicas como às travestis, às transexuais e as transgêneros de identidade feminina que mantêm relação intima de afeto em ambiente familiar ou convívio. (DIAS, 2012)

Segundo a doutora em Ciências Sociais na Universidade Estadual de Campinas, Amanda Patrycia Coutinho de Cerqueira (CERQUEIRA, 2009):

> O elemento diferenciador da abrangência da Lei 11.340/22006 é o gênero feminino. Acontece que o sexo biológico e a identidade subjetiva nem sempre coincidem. Nesta ótica, a Lei é dilatada, abrangendo, por exemplo, os homossexuais femininos e masculinos, os travestis, os transexuais e os transgêneros, os quais tenham identidade com o gênero feminino.

A Lei Maria da Penha no ano deste presente trabalho irá completar 12 anos desde que foi instituída e vem cada vez mais se adaptando a nova realidade do país e vem crescendo sua eficácia, tanto que de acordo com a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), a Central de Atendimento à Mulher registrou, em 2016, mais de 1,1 milhão de atendimentos. O número foi 51% superior ao de 2015 (749 mil). (GOVERNO DO BRASIL, 2017)

Pode-se ver que as mulheres procuram uma forma de igualdade em relação aos homens desde os primórdios da sociedade e uma forma de proteção por serem do gênero feminino e esse ser considerado mais fraco e submisso ao masculino. Devido a grande violência que se tinha contra a mulher e contra o gênero feminino foi criada

a Lei Maria da Penha que visa proteger as pessoas deste gênero em relação a todos os tipos de violência doméstica, desde a física até a psicológica, por meio de medidas de urgência.

4 ENTENDIMENTO PRÉ E PÓS DECISÃO SOBRE REGISTRO CIVIL DO STF

No capítulo 1 foram abordadas as questões relativas à sexualidade e gênero, tratando de forma mais marcante os transexuais e no capítulo 2 foi abordada a Lei Maria da Penha.

Neste capítulo será abordada a aplicação da Lei Maria da Penha aos transexuais antes da decisão da ADI 4275 do STF, o caminho que levou a essa decisãoe os impactos que essa decisão causa em relação à aplicação da Lei Maria da Penha para a proteção dos transexuais atualmente.

4.1 Aplicação da Lei Maria da Penha antes da decisão da ADI 4275

Existem duas correntes doutrinárias acerca do amparo da Lei Maria da Penha para a proteção da transexual: a conservadora e a mais moderada.

A corrente conservadora tem o entendimento de que por mais que a cirurgia de redesignação sexual seja bem efetuada, ela só vai intervir na dimensão morfológica e não na biológica, fazendo com que os transexuais mesmo tendo o órgão genital feminino não são geneticamente mulheres descartando assim a proteção legal especial. (BASTOS, 2013)

Já a corrente mais moderada encara que se o transexual mude suas características sexuais (por cirurgia), deve ser encarada como uma mulher de acordo com sua nova realidade morfológica (BASTOS, 2013)

Assim, a proteção iria variar de acordo com o grupo em que a pessoa se encontrasse como visto a seguir: (BASTOS, 2013)

> 1) **transexuais que não realizam a cirurgia de troca de sexo**, [...] sendo biologicamente homens, não se pode estender aos transexuais que ainda não realizaram a cirurgia de troca de sexo a aplicação da referida lei;
>
> **Transexuais que realizam a cirurgia de troca de sexo para retirar órgão genital masculino, mas não conseguem alteração de registro**, esses transexuais passam a ostentar a aparência física feminina, apesar de terem nascido homens. [...] Se não houver a alteração do sexo do transexual no registro civil, ele não poderá ser considerado mulher para fins penais e, por conseguinte, não se aplicarão as disposições da Lei Maria da Penha;
>
> **Transexuais que realizam a cirurgia de troca de sexo para retirar órgão genital masculino e conseguem alteração de registro**, nesse caso, a Lei Maria da Penha teria aplicação, a partir do momento em que o transexual obtém a modificação do sexo no registro civil, poderá ser considerado mulher nos termos do art. 155 da Lei de Ritos.

Entretanto, alguns Tribunais vinham tomando decisões no sentido de admitir a retificação do registro civil independentemente de realização da cirurgia para mudança de sexo, conforme segue julgado:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO.
>
> MUDANÇA DE SEXO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. Constada e comprovada a condição de transgênero, inclusive já com alteração do nome deferida e efetivada, mostra-se viável deferir a alteração do sexo, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização. Enunciados n.º 42 e 43 da 1ª Jornada de Direito da Saúde promovida pelo CNJ. Precedentes. DERAM PROVIMENTO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014)

Esta decisão pedia a retificação do sexo no registro civil para o transgênero porque este já tinha comprovado a sua condição e já tinha até o nome alterado no registro mesmo sem ter efetuado a cirurgia de transgenitalização. O entendimento é que essa ratificação era viável fazendo com que se possa entender que os transexuais que conseguirem obter a retificação do registro civil, ainda que sem se submeter à cirurgia de mudança de sexo, estarão sob o amparo da Lei Maria da Penha, uma vez que passarão a pertencer ao gênero do sexo feminino. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014)

Contudo, tem-se juízes e magistrados que enxergam a não aplicação da Lei Maria da Penha em casos onde o registro civil esta em discordância com a forma física da pessoa mesmo já tenho feito cirurgia, como mostra a seguinte decisão:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. HOMOLOGAÇÃO DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AGRESSÕES PRATICADAS PELO COMPANHEIRO CONTRA PESSOA CIVILMENTE IDENTIFICADA COMO SENDO DO SEXO MASCULINO. VÍTIMA SUBMETIDA À CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO DE SEXO POR SER HERMAFRODITA. ADOÇÃO DO SEXO FEMININO. PRESENÇA DE ÓRGÃOS REPRODUTORES FEMININOS QUE LHE CONFEREM A CONDIÇÃO DE MULHER. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL JÁ REQUERIDA JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DA LEI N. 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2009)

Essa decisão tomada pela Terceira Câmara Criminal de Santa Catarina diferente da decisão citada anteriormente disse que a vítima mesmo já tendo feito a cirurgia de adequação de sexo, por não ter retificado o registro de masculino para o feminino, não poderia ter a aplicação da Lei 11.340 a seu favor. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2009)

Tendo em vista os precedentes apresentados constata-se que a possibilidade e/ou impossibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha para a proteção de indivíduos, cuja orientação sexual e de gênero seja diversa dos heterossexuais, não é pacífica.

4.2 Caminhos que levaram a decisão do STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) ao chegar na decisão sobre a ADI 4275, afirmou a humanidade, dignidade, cidadania e autonomia das pessoas transexuais, ao reconhecerem seu direito de soberana autodefinição de sua identidade de gênero e a necessidade de respeito a suas pessoas enquanto tais. Entretanto tal decisão não foi tomada de forma simples e rápida. (BRASIL, 2018)

O Recurso Extraordinário (RE) nº 670.422/RS, foi recebido pelo STF e com repercussão geral reconhecida em 2014, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4275, foi proposta *em 2009.* (JUSTIFICANDO, 2018)

Contudo as primeiras sustentações orais realizaram-se somente no dia 20 de abril de 2017 para o RE 670.422/RS e no dia 07 de junho de 2017 foram autorizadas as sustentações orais da ADI 4275, uma dela até proposta por *Gisele Alessandra*, a primeira advogada transexual a realizar sustentação oral na história do STF. (JUSTIFICANDO, 2018)

No dia 22 de novembro de 2017, iniciou-se o julgamento do RE 670.422/RS, mas foi notado que não havia *quórum* para o julgamento da ADI 4275, fazendo com que ela fosse adiada. Depois de algumas retomadas e outros adiamentos chegou ao fim no dia 01 de março de 2018, o julgamento e assim se tendo a decisão que será melhor explicada adiante. (JUSTIFICANDO, 2018)

4.2.1 Recurso Extraordinário 670.422/ RS

O Recurso Extraordinário 670.422 foi interposto contra a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tem sua decisão exposta a seguir:

> APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. TROCA DE NOME E SEXO. À equação do presente pertinente a averbação no assento de nascimento do(a) recorrente sua condição de transexual. Aplicação dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO EM PARTE, VENCIDO O RELATOR. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2011)

O relator desta decisão concluía que poderia retificar o nome e o sexo no registro do transexual mesmo sem cirurgia, contudo ele foi vencido e a maioria afirmava que não poderia ocorrer a mudança do nome no registro civil sem que

tivesse sido realizada a cirurgia de redesignação e que mesmo com a cirurgia os transexuais não possuem todas as características do sexo oposto tendo assim que está explicito em seu registro que aquela pessoa é transexual. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2011)

O RE 670.422/RS, no entanto**,** vinha discutir a falta de necessidade da cirurgia de transgenitalização para mudança alterar o sexo no registro civil, bem como o descabimento de se colocar a expressão "transexual" na certidão de nascimento, indicando como violados o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) e os artigos 3º, inciso IV, 5º inciso X, e 6º, todos da Constituição Federal, apresentados a seguir: (BRASIL, 1988)

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]
>
> IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
>
> X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A Procuradoria Geral da República reconheceu este recurso como de repercussão geral após a decisão do Superior Tribunal Federal:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DASPESSOAS NATURAIS.

> ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROSPÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (BRASIL, 2014)

O reconhecimento para este recurso ser de repercussão pública se deu porque o que fosse decidido não acarretaria em mudanças somente na vida do recorrente, mas de todos os transexuais que buscam adequar a sua identidade de sexo a sua identidade de gênero, mesmo sem a realização de todos os procedimentos cirúrgicos de redesignação. (BRASIL, 2014)

4.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, a Procuradoria Geral da República pleiteou a mudança de nome e sexo de pessoas *transexuais*, independente de cirurgia, mas condicionadas a laudos de psicólogo e psiquiatra, atestando sua transexualidade. (BRASIL, 2018)

Tal ação contou com várias instituições para oferecer base explicativas sobre as questões abordadas (*amicuscuriae)*, sendo estas IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família, GADVS (Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual), ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros), LIDIS (Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos), CLAM (Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos), Conselho Federal de Psicologia e pelo Defensor Público-Geral Federal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

Destes amigos da Corte, Maria Berenice Dias em nome do IBDFAM afirmou que:

> As pessoas "trans" vivem uma terrível realidade, uma vez que além do preconceito da sociedade, há uma grande demora para a realização de procedimentos cirúrgicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Segundo ela, “se essas pessoas são vítimas da omissão perversa do legislador, precisam encontrar a resposta na Justiça”. “Não podem ser duplamente punidas simplesmente por não quererem ou não fazerem a cirurgia e a Justiça não pode impor a ninguém que faça uma cirurgia para poder ter esses direitos à personalidade e à dignidade que lhe são assegurados constitucionalmente”, completou. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

Outra afirmação de grande relevância foi a de Wallace Corbo pela LIDIS e pelo CLAM que ressaltou que gênero não é sinônimo de genitália e disse:

> “Já em 2017 dezenas de pessoas transexuais, transgêneros e travestis foram espancadas, estupradas e cruelmente mortas no Brasil e para essas pessoas o documento de identidade não é garantia de segurança nem de paz.” “Quando têm que mostrar um documento com nome e gênero que não correspondem com aquele com o qual se identificam, elas são humilhadas, discriminadas em todo ambiente que ocupem”, disse. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

Esta ação sustenta que há um direito fundamental a identidade de gênero, inferido dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da privacidade (art. 5º, X). (BRASIL, 1988)

O direito fundamental a identidade de gênero sustenta a idéia de que o art. 58 da Lei 6.015 (Lei de Registros Públicos) autoriza a mudança de sexo e prenome no registro civil, no caso de transexuais. Dispõe o art. 58 da Lei 6.015:

> Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (BRASIL, 1973)

A substituição do pronome por algum apelido público notório é o que ocorre na vida dos transexuais, pois o nome que eles utilizam para serem identificados no meio dos seus conhecidos é um apelido.

Outra hipótese que pode ser considerada é a de alteração do nome quando este acaba colocando a pessoa em situação vexatória e ridícula, como é mostrado na seguinte jurisprudência:

> **Ementa:**RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO TRANSEXUAL - CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO JÁ REALIZADA PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - MUDANÇA DE NOME - NECESSIDADE PARA EVITAR SITUAÇÕES VEXATÓRIAS - INEXISTÊNCIA DE INTERESSE GENÉRICO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA À INTEGRAÇÃO DO TRANSEXUAL.- A força normativa da constituição deve ser vista como veículo para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que inclui o direito à mínima interferência estatal nas questões íntimas e que estão estritamente vinculadas e conectadas aos direitos da personalidade.- Na presente ação de retificação não se pode desprezar o fato de que o autor, transexual, já realizou cirurgia de transgenitalização para mudança de sexo e que a retificação de seu nome evitar-lhe-á constrangimentos e situações vexatórias.- Não se deve negar ao portador de disforia do gênero, em evidente afronta ao texto da lei fundamental, o seu direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a conseqüenteredesignação do estado sexual e do prenome no assento de seu nascimento. V.V. **Acordão DERAM** PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2009)

Uma questão que deve ser levada em conta é o fato de que o transexual sem a mudança do seu registro é exposto a danos graves, seja por pessoas preconceituosas ou até por si próprio, que pode se sentir diminuído por não enxergar que possui direitos e isso acabar levando ele a desenvolver problemas psicológicos como a depressão, ansiedade, entre outros, como Wallace Corbo (2018) comentou: “É a lembrança constante de que o Estado não as reconhece como elas são, de que o Estado não as trata com igual consideração e respeito”.

4.3 Decisão do STF

Na data de 01 de março de 2018, chegou ao fim o julgamento no STF da ADI 4275 na qual se discute a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de

redesignação de sexo em conjunto com o Recurso Extraordinário (RE) nº 670422/RS, com repercussão geral reconhecida. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018)

A votação se iniciou com o relator da ADI 4275, o Ministro Marco Aurélio que propôs que para ocorrer a mudança de prenome e sexo no registro civil, deveria ser exigido todos os requisitos da Resolução CFM 1955/2010, que é o laudo de equipe multidisciplinar, por no mínimo dois anos, para que seja válida a cirurgia de transgenitalização, além de idade mínima de 21 anos. (BRASIL, 2018)

O voto do Ministro Alexandre de para transgêneros e não só transexuais exigisse ação judicial. (BRASIL, 2018)

Moraes aceitou estender o julgamento espensou quaisquer laudos, embora o voto do Ministro Edson Fachin, dispensou cirurgia, laudos e ação judicial, com base no julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva 24/17, na qual afirmava que: (JUSTIFICANDO, 2018)

> "o direito humano (e constitucional) ao *livre desenvolvimento da personalidade* das pessoas *transgênero* resta violado ao se condicionar a mudança de seu nome e sexo no registro civil à realização de cirurgia de transgenitalização, *bem como de laudos de terceiros*."
>
> "o procedimento que melhor atende esta determinação é o *materialmente administrativo*, ou seja, independente de ação judicial."

Tendo como base também o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, votaram a Ministra Rosa Weber, o Ministro Luiz Fuxeo Ministro Roberto Barroso, que fez o seguinte comentário: (BRASIL, 2018)

> "A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade, dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, pela via administrativa (art. 110 da Lei 6.015/73) ou judicial, independente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade"

O Ministro Lewandowski votou pela dispensa de cirurgia e laudos, mas condicionando o direito de retificação de registro civil de *transexuais* à ação judicial. (BRASIL, 2018)

O Ministro Gilmar Mendes concordou com a dispensa de cirurgia e laudos, com base no direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade, mas exigiu ação judicial. (BRASIL, 2018)

Em seguida, votou o Ministro Celso de Mello baseando alguns pensamentos do seu voto na Carta de Yogyakarta, criada em 2006, contando com a ajuda de especialistas de vários países, inclusive do Brasil a fim de se ter um conjunto de preceitos jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação dos países às violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e identidade de gênero (real ou percebida). No voto do ministro, o princípio que recebeu destaque foi o Princípio nº 3 sobre o direito ao reconhecimento perante a lei, que afirma que:

> Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero. (ONU, 2007)

No voto de minerva a Ministra Cármen Lúcia fundamentou seu voto nos direitos fundamentais à dignidade, à igualdade material, à honra, à imagem, à intimidade e à liberdade, para, com isso, julgar procedente o pedido, para a retificação do registro civil de pessoas *transgênero*, independente de cirurgia, de laudos e de ação judicial. (BRASIL, 2018)

E assim foi tomada a decisão pelo STF, que determina:

> **Decisão:** O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018 (BRASIL, 2018)

Tal decisão foi julgada procedente para dar interpretação de acordo com a Constituição Federal para o art. 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros) reconhecendo que o transgênero independente de cirurgia ou de tratamentos hormonais podem substituir o prenome e o sexo diretamente no registro civil, vencendo assim as outras idéias apresentadas no julgamento que foram a de ter que se enquadrar nos requisitos da CFM, ter que apresentar laudos e ter que entrar com ação judicial. (BRASIL, 2018)

4.4 Transgênero e o impacto da decisão do STF

A decisão tomada, em março deste ano, pelo Supremo Tribunal Federal reconheceu aos transgêneros, que assim desejarem, que independente da cirurgia de redesignação sexual ou de tratamentos hormonais, estes podem substituir o prenome e o sexo diretamente do registro civil. (BRASIL, 1988)

Esta decisão tem *força de lei* pelo efeito vinculante e eficácia *erga omnes* de ação de controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, §2º da Constituição Federal:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública

> direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988)

Devido a esse efeito e eficácia previstos na Constituição, este marco acaba fazendo com que o Brasil se equipare à Argentina, em sua *Lei de Identidade de Gênero*, ao possibilitar a retificação do registro civil de pessoas transexuais e travestis diretamente em cartório e por soberana autonomia da vontade, obviamente firmada em declaração escrita. (BRASIL, 2018)

Além disso, essa decisão acarretará mudanças no nosso ordenamento e uma dessas mudanças será no foco deste trabalho, ou seja, a forma que os transexuais serão amparados em relação à Lei Maria da Penha.

Como já citado anteriormente neste trabalho, os transexuais só poderiam ser amparados pela Lei Maria da Penha se fossem reconhecidos como mulher, ou seja, eles teriam que já ter feito a cirurgia de redesignação sexual e já ter efetuado a mudança no registro. As outras hipóteses, do transexual que só tinha feito a cirurgia e não tinha mudado o registro e a dos transexuais que não tinham feito nenhum dos quesitos já citados possuíam alguns julgados favoráveis, mas ainda não tinham como ser amparados pacificamente pela Lei. (BASTOS, 2013)

A Lei Maria da Penha é uma lei que por mais que seja direcionada a mulher, é ligada a violência de gênero tanto que no *caput* do art. 5º é dito isso, como é mostrado a seguir:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006)

A transexualidade é vista como um transtorno de identidade de gênero fazendo com que a pessoa que a possua tenha o sexo físico de um gênero e o sexo psicológico de outro. Contudo sem a redesignação sexual o homem ainda terá a aparência de um homem fisicamente, mas se considerará uma mulher independente

disso, fazendo com que queira ser reconhecido dessa forma, mas que juridicamente não era reconhecido. (VIEIRA, 2015)

Com essa decisão se tem uma amplitude dessa aplicação, pois o STF ao considerar que o transexual pode mudar o seu registro civil independente de ter feito a cirurgia de transgenitalização, faz com que sejam conhecidos, pelo menos judicialmente, como do gênero feminino. (BRASIL, 2018)

O impedimento que se tinha de amparar através da Lei Maria da Penha as pessoas transexuais que não tinham seu registro alterado era porque juridicamente não eram reconhecidos como mulher ou pertencentes ao gênero feminino, tendo ou não realizado a cirurgia. (BASTOS, 2013)

Contudo essa decisão serve para sanar as dúvidas e controvérsias que se tinha em relação a esse impedimento. O impedimento é sanado no momento em que os transexuais consigam alterar seu registro civil, tendo realizado ou não a cirurgia de transgenitalização, porque assim serão do gênero feminino judicialmente fazendo com que assim se encaixem no requisito da aplicação da Lei Maria da Penha e assim é possível ampará-los pela Lei sem que se tenha confusão em relação a isso. (BRASIL, 2018)

Levando-se em conta grande parte do conteúdo estudado no capítulo 1 que é sobre as questões mais específicas dos transexuais, tem-se que a tomada dessa decisão pelo STF será muito benéfica para essa comunidade, pois o que eles querem é ser reconhecidos pela sociedade e terem os mesmos direitos que qualquer cidadão.

A partir do momento que o nosso ordenamento jurídico os reconhece como detentores do direito de poder mudar seu registro civil mesmo sem cirurgia de forma simples, isso faz com que os transexuais consigam se sentir realizados, pois o que eles querem é ser reconhecidos pelo que são de acordo com o gênero que se identificam.

5 CONCLUSÃO

A transexualidade é algo que ocorre desde a antiguidade até os dias atuais, mas que de uns anos para cá vem alçando mais e mais o seu espaço na sociedade devido a amplitude que se tem dos direitos humanos e dignidade da pessoa humana.

Os transexuais, como dito anteriormente, são aqueles que fazem parte de um determinado sexo, mas se identificam como do sexo oposto, que com a realização de estudos e pesquisas ao longo do tempo foi determinado que o transexual é uma pessoa que possui transtorno da identidade de gênero e que tem como objetivo encontrar o equilíbrio entre o seu corpo e a sua mente.

Tem-se em vista que uma coisa que tem em comum no amplo espectro entre os transexuais e as mulheres é que ambos procuram ter seus direitos reconhecidos e uma igualdade com relação aos gêneros.

A proteção dada a quem é pertencente do gênero feminino, que foi surgindo junto com esse aumento do reconhecimento da igualdade entre gêneros, se dá pela Lei Maria da Penha que tem como objetivo proteger as mulheres por terem por muito tempo sofrido pela questão do gênero feminino ser considerado submisso, fazendo com que ocorra a proteção contra todos os tipos de violência doméstica, desde a física até a psicológica.

A Lei Maria da Penha mesmo sendo destinada as mulheres, utiliza em seu art. 1º a palavra gênero, dando ênfase a questão da violência que se tem contra o gênero feminino, sendo assim possível o reconhecimento dos transexuais como sujeitos passivos desta lei visto que embora seja biologicamente do sexo masculino, psicologicamente e socialmente pertencerá ao gênero feminino, assim como a mulher.

Contudo esse reconhecimento foi difícil de ser dado porque muitos estudiosos e muitas pessoas pensavam que mesmo o transexual se identificando do outro gênero, isso não mudaria a sua forma biológica, fazendo com que sempre fosse visto e reconhecido pelo gênero que nasceu e está expresso na sua certidão de nascimento.

Devido a esse pensamento, a busca por essa identidade de gênero compatível com o seu desejo psicológico, a chamada autodeterminação sexual, acaba por enfraquecer os laços familiares devido ao preconceito, como também provoca um rompimento dos laços sociais. Tal circunstância culminou na marginalização de diversos transexuais, que até os dias de hoje vivem excluídos sem a garantia de quaisquer direitos e reconhecimento social.

Contudo com a decisão do STF sobre a alteração do prenome e do sexo no registro civil sem a realização da cirurgia de redesignação sexual de forma descomplicada, sem ter que preencher requisitos médicos e sem ter que entrar com ação judicial, faz com que os transexuais consigam dar um enorme passo em direção a conquista desta igualdade que tanto prezam para que consigam levar uma vida sem preconceitos.

Levando-se isso tudo em consideração se tem a discussão central do presente trabalho que é a aplicação da Lei Maria da Penha em relação aos transexuais que acabam sofrendo algum tipo de violência doméstica ou familiar.

O STF, decidir que a alteração do prenome e do nome pode ocorrer no registro civil mesmo sem a transgenitalização, faz com que os transexuais que possuam no seu registro o pertencimento ao gênero feminino possam ser amparados pela Lei Maria da Penha.

Essa aplicação da Lei Maria da Penha se dava somente no caso do transexual que tivesse passado pela cirurgia de redesignação sexual e tivesse alterado seu registro civil, pois assim pela corrente majoritária poderiam ser considerados mulher e assim pertencentes ao gênero feminino. Contudo os outros tipos não conseguiam ser amparados, pois não eram vistos como do gênero feminino e mesmo que se considerassem, a lei não considerava portanto não obtinham o direito de ser amparados pela Lei.

Esta decisão da ADI 4275, fez com que o reconhecimento dos transexuais não ficasse restrito a somente um tipo, se ampliando para os outros. E como agora

são reconhecidos ao mudar o registro, mesmo sem a cirurgia, como do gênero feminino, a Lei que trata sobre a violência de gênero faz com que só com essa modificação do registro, eles consigam ser amparados como sujeitos passivos da Lei Maria da Penha.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Luis Morales de. *Direitos e garantias fundamentais dos transexuais*, 2015. Disponível em: <https://aamorales90.jusbrasil.com.br/artigos/245507209/direitos-e-garantias-fundamentais-dos-transexuais>. Acesso em: 16 de set. de 2017.

BASTOS, Tatiana B. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)*: um diálogo entre a teoria e a prática. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei nº 11.340/2006:* aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias Homossexuais:* aspectos jurídicos. s.l.: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Código Penal, 1940. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de dez. de 2017.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.* Código de Processo Penal, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.* Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 02 de nov. de 2017.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.* Institui a Lei de Execução Penail, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 20 de jan. de 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências, 2006. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 27 de agos. de 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 27 de mar. de 2018

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de set. de 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no recurso extraordinário 670.422 rio grande do sul*, 2014. Disponível em: <http://www.portaldori.com.br/wp-content/uploads/2016/07/paginador.pdf>. Acesso em: 22 de fev. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4275*, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descrica o=ADI%2F4275>. Acesso em: 22 de fev. de 2018.

CERQUEIRA, Amanda Patrycia Coutinho de. *Reflexões sobre a abrangência da Lei n. 11.340/2006 e seu consequente potencial de efetividade em busca da constitucionalização do Direito Penal*, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6410&revista _caderno=3>. Acesso em: 12 de jan. de 2018.

CHOERI, Raul Cléber da Silva. *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.482 /97*, 1977. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 19 de set. de 2017.

CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ. *Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*, 1994. Disponível em:

<http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 19 de set. de 2017.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 28 de mar. de 2018

CORRÊIA, Nildo. *Cis, trans, pan, intersexual*: entenda os termos de identidade e orientação sexual, 2017. Disponível em: <http://diversidade.blogsdagazetaweb.com/2017/03/02/cis-trans-pan-intersexual-entenda-os-termos-de-identidade-e-orientacao-sexual/>. Acesso em: 20 de jan. de2018.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria Da Penha Na Justiça:* a efetividade da lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico.* São Paulo: Saraiva, 1998.

FARINA, Roberto. *Transexualismo:* do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias. São Paulo: Escola Paulista de Medicina, 1982.

FRIGNET, Henry. *O Transexualismo.* Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

GOVERNO DO BRASIL. *Lei Maria da Penha completa 11 anos com ações de combate à violência contra a mulher*, 2017. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/lei-maria-da-penha-completa-11-anos-com-acoes-de-combate-a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 17 de out. de 2017.

HOMOSSEXUALIDADE. 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>. Acesso em: 11 de nov. de 2017.

JUSTIFICANDO. *STF e TSE fazem História ao afirmar a Cidadania de Transexuais e Travestis*, 2018. Disponível em: <https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/551507443/stf-e-tse-fazem-historia-ao-afirmar-a-cidadania-de-transexuais-e-travestis>. Acesso em: 27 de mar. de 2017

LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Violência Contra a Mulher.* São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Homossexualidade:* uma visão mitológic, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVIERI, Antonio Carlos. *Mulheres:* Uma longa história pela conquista de direitosiguais, 2007.Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm>. Acesso em: 17 de out. de 2017

ONU, Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. *Princípios De Yogyakarta*, 2007. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 25 de mar. de 2018.

PACHECO, Clarissa. *Apenas cinco hospitais fazem cirurgia transgenital pelo SUS no Brasil*, 2016. Disponível em: <http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/apenas-cinco-hospitais-fazem-cirurgia-transgenital-pelo-sus-no-brasil/>. Acesso em: 12 de nov. de 2017

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo*: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RAMOS, Oliete de Souza. *Emancipação das Mulheres* - A Luta pelos direitos, 2011. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/artigos-de-sociedade/2847529>. Acesso em: 27 de nov. de 2018.

ROBERTA CLOSE. 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Roberta_Close>. Acesso em: 18 de nov. de 2017.

STANZIONE, Pasquale. *Transessualità:* Enciclopedia del Diritto. 1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo inicia julgamento de ADI sobre alteração de registro civil sem mudança de sexo*, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346000&tip=UN >. Acesso em: 17 de mar. de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo*, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TRANSEXUALIDADE. 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Transexualidade>. Acesso em: 24 de set. de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Processo: 100240577822030011 MG1.0024.05.778220-3/001(1).* Relator: Wander Marotta. Dj: 06/03/09. 2009. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5979521/100240577822030011-mg-1002405778220-3-001-1/inteiro-teor-12115078>. Acesso em: 27 de fev. de 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Conflito de Jurisdição : CJ 64616SC 2009.006461-6.* Relator: Roberto Lucas Pacheco. Dj: 14/08/2009. 2009. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6703657/conflito-de-jurisdicao-cj-64616-sc-2009006461-6/inteiro-teor-12662686>. Acesso: 20 mar. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Agravo de Instrumento: AI 70060459930 RS.* Relator: Rui Portanova. Dj: 21/08/2014. 2014. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136108129/agravo-de-instrumento-ai-70060459930-rs>. Acesso em: 17 mar. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação CíveL: 70041776642 Ap.* Relator: Rui Portanova.Dj: 30/06/2011. 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70041776642%26num_proce>. Acesso em: 13 mar. 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo, RABELO, Cesar Leandro de Almeida e POLI, Leonardo Macedo. *Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual*: prenome, gênero e a autodeterminação, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914>. Acesso em: 22 de set. de 2017.

VIEIRA, Beatriz Meneses Frambach. *Os Direitos da Personalidade em Face dosTransexuais*, 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15922. Acesso em: 10 nov. 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Minorias Sexuais:* Direitos e Preconceitos. Brasília: Consulex, 2012.

YAMAMOTO, Caio Tango. *A evolução dos direitos das mulheres até a criação da Lei 11.340/2006*, 2011. Disponível em: https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2217>. Acesso em: 15 de out. de 2017.

Ciências
Criminais

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: FIM DOS ABUSOS COMETIDOS PELA POLÍCIA?

Amanda Maria Domingues Silva

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo da Audiência de custódia, projeto do Conselho Nacional de Justiça que passou a atuar no Brasil no ano de 2015. Será analisado se a audiência de custódia é um meio eficaz para encerrar os casos de tortura policial no momento da prisão em flagrante ou até mesmo após a prisão, tendo em vista que agora, devido à apresentação do preso para o juiz no prazo de 24 h, os maus tratos serão perceptíveis. O trabalho analisará os dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território, Departamento Penitenciário e outras pesquisas, como o relatório do grupo de trabalho Conectas da Organização das Nações Unidas – ONU. As conclusões serão baseadas na forma em que o preso é tratado durante a audiência de custódia, bem como em relação ao comportamento do juiz, promotores, defensores e policiais presentes ao longo da realização da audiência de custódia.

Palavras-chave: Processo Penal. Prisões em flagrante. Prisões provisórias. Tortura. Audiências de Custódia.

1 INTRODUÇÃO

A audiência de custódia é também conhecida como audiência de apresentação. Trata-se de um projeto de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que passou a ser aplicado no Brasil no ano de 2015, levando em conta o caos do cenário brasileiro, com prisões superlotadas e que na maioria dos casos, não estão de acordo com os Direitos Humanos e Fundamentais, mantendo aprisionadas pessoas inocentes ou sem necessidade.

No Brasil, o preso só tinha contato com o juiz após anos preso, sendo o interrogatório uma das últimas coisas realizadas. Tal fato fazia com que casos de prisões ilegais acabassem sendo apuradas somente depois da instauração do processo.

Ademais, o Brasil ocupa o primeiro lugar no ranking de medo de tortura policial. É comum os casos em que os presos ao serem pegos em flagrante ou mesmo durante a investigação, sofram maus tratos e torturas, tanto como meio de castigo ou uma forma de confissão.

Para solucionar esses e outros problemas, surgiu a audiência de custódia, pois ao exigir que o preso seja apresentado no prazo de 24h à uma autoridade, poderá avaliar se sua prisão é legal e necessária, bem como, se ocorreram agressões e torturas no momento de sua prisão, devendo em caso positivo investigar os casos de maus tratos e responsabilizar os culpados.

Este direito está explícito há décadas em normas, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, mas somente nos últimos anos passou a ser aplicado no Direito Brasileiro.

A ideia de abordar esse tema surgiu a partir de leituras de artigos e notícias, onde percebe-se que essa novidade implementada foi objeto de discussão desde o início, no ano de 2011 com seu Projeto de Lei original.

O presente trabalho visa analisar se a aplicação da Audiência de Custódia gerou os efeitos esperados, se há a preservação dos direitos fundamentais do preso e principalmente se ocorreu o fim dos abusos cometidos pela polícia. Para tanto, a pesquisa foi dividida em três capítulos.

O primeiro irá tratar do conceito e previsão legal, seu funcionamento e consequências de sua não realização.

No segundo capítulo será abordado a aplicação da audiência de custódia no Brasil em relação às suas vantagens e desvantagens, será analisado os impactos que têm causado desde que vem sido aplicada.

Por fim, o terceiro capítulo buscará responder se a audiência de custódia é um mecanismo para dar fim aos abusos cometidos por policiais. Primeiramente, será conceituado a definição de tortura, para logo após ser analisado os dados a respeito do monitoramento das audiências de custódia no Brasil e o tratamento do acusado durante as audiências de custódia, bem como seus reflexos práticos e prováveis melhorias.

Trata-se de uma pesquisa descritiva, baseado em coleta de dados a respeito sobre o tema. O método de pesquisa escolhido foi o qualitativo, pois a observação do comportamento de todas as partes da audiência de custódia será imprescindível para compreensão do fundamento da decisão do juiz ao decretar ou manter a prisão preventiva, bem como se o houve o fim da violência policial em relação aos presos.

Também será realizada uma análise documental, a partir de sites, softwares, revistas, jornais, livros, leis, regulamentos, resoluções e relatórios.

A abordagem desse tema é de suma importância pois com a sua aplicação, foi esperado que devido ao contato do preso com o magistrado em 24h, em casos de agressão as lesões poderiam ser percebidas, denunciadas e investigadas. Espera-se analisando os dados da audiência de custódia sobre os casos de tortura, verificar se dado ao preso o tratamento devido e a oportunidade de falar abertamente sobre suas prováveis agressões, sejam elas verbais ou físicas, para assim concluir se houve ou não o fim dos abusos cometidos pela polícia.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 Conceito e previsão legal

Antes da implementação da Audiência de Custódia, o preso era conduzido à autoridade policial e após formalizado auto de prisão em flagrante, era encaminhado ao juiz, que julgava acerca da legalidade ou ilegalidade da prisão de acordo com o

art. 310 do Código de Processo Penal, decidindo se homologava ou relaxava a prisão, se converteria em prisão preventiva ou se aplicaria medida cautelar diversa, tudo isso sem o menor contato do acusado com o juiz (LOPES JÚNIOR, 2017).

Esse primeiro encontro do preso com o juiz era obtido apenas meses ou até mesmo anos após a prisão em flagrante, de acordo com a pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo. Visando então um maior contato do preso com o juiz, a fim de gerar uma humanização do processo e sua celeridade, surgiu a ideia de realização da Audiência de Custódia, que estava hibernado há 23 anos, tempo em que vigora no país a Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme salienta Guilherme Nucci (2017), em sua obra Manual de Processo Penal e Execução Penal.

A garantia de audiência de custódia surgiu em tratados e convenções internacionais, passando por projetos de lei e de emendas à constituição que jamais tiveram suas tramitações finalizadas. Mais recentemente, a regulamentação se deu por meio de provimentos de tribunais específicos e, uniformizando o procedimento, ocorreu a regulamentação por parte do Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015 (NUCCI, 2017).

A audiência de custódia então, na prática, se resume ao encontro do preso, sem demora, com uma autoridade judicial que deverá posteriormente ao contraditório estabelecido pela defesa e pelo Ministério Público, analisar a necessidade da prisão, sua legalidade e verificar algumas questões relativas ao preso, observando se há por exemplo, indícios de tortura ou maus tratos (PAIVA, 2015).

O indivíduo possui agora, a chance de se defender e demonstrar seu lado dos fatos, rebatendo os elementos investigatórios e probatórios incriminatórios, reforçando o princípio da ampla defesa. Esse direito, recai também para aqueles que possuirem restrição à liberdade de locomoção ou detenção (GIACOMOLLI, 2016).

Ou seja, esse direito não se restringe aos casos de prisão em flagrante, devendo ser aplicado em todas as modalidades de prisão, detenção ou retenção, sendo exigível então na prisão temporária e preventiva (LOPES JÚNIOR, 2017).

Essa garantia está prevista no art. 13 da Resolução 213 do CNJ, em que traz que:

> A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução (CNJ, 2015, pg. 10).

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 7.5 aduz que todas as pessoas detidas devem ser conduzidas sem demora à autoridade competente, devendo ser julgadas em um período razoável, caso contrário, deverá obter liberdade, sem prejuízo da continuação do processo (OEA, 1969).

Ademais, em seu artigo 8.1, salienta que toda pessoa deve ser ouvida por um juiz imparcial dentro de um prazo razoável, durante a apuração de qualquer acusação contra ela (OEA, 1969).

No mesmo sentido, está previsto também no art. 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o direito de ser conduzido sem demora à autoridade ou sua soltura, que pode estar condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento ao longo dos atos do processo, sendo que a prisão preventiva será exceção e sua liberdade poderá estar condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento posterior em juízo (ONU, 1966).

Ainda em relação ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14.1 está previsto que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil (ONU, 1966, pg 5).

Além dos pactos e tratados internacionais, a Constituição Federal também traz expressamente a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5., LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5°, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3°, do CPP. Em relação a essa última garantia — contraditório — é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual (PAIVA; LOPES, JÚNIOR, 2014).

Desta forma, conforme o art. 310 do Código de Processo Penal, os resultados que podem decorrer da apresentação imediata do preso ao Juiz são o relaxamento da prisão ilegal, liberdade provisória com ou sem fiança, conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a substituição da prisão por medida cautelar (BRASIL, 1941).

A aplicação da audiência de custódia, garante os princípios do contraditório e da ampla defesa, antes mesmo de ter sua prisão convertida em preventiva, possibilitando assim uma segurança ao acusado, que poderá até mesmo provar suas agressões sofridas pela polícia, tendo em vista que antes, devido a demora excessiva da audiência, seus ferimentos eram ignorados.

Além de humanizar o ato da prisão, cria condições melhores para o juiz avaliar o ocorrido e a real necessidade da prisão, realizando também um melhor controle da sua legalidade. Evita que o acusado seja ouvido pela autoridade apenas meses depois de sua prisão, conduzindo de forma rápida o preso ao encontro com o juiz para ser ouvido em uma breve e simples audiência (LOPES JÚNIOR, 2017).

Sendo assim, a função da audiência de custódia, além de verificar abusos policiais e torturas cometidas pelos mesmos, promove o direito da audiência do preso, o controle da legalidade, a oralidade e a concessão da prisão apenas em último caso (GIACOMOLLI, 2016).

2.2 Funcionamento

Tendo por base a análise de Lopes Júnior (2015) sobre o projeto do CNJ, o PL 554/11 e o que estabelece a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, em seu artigo "Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia?", podemos delinear o funcionamento na prática da Audiência de Custódia.

Primeiramente, com relação à participação dos atores em tal audiência, foi afirmado que ela deve ser presidida por um juiz, por ser a autoridade munida de competência para controlar a legalidade da prisão. Foi entendido, portanto, que não caberia ao Delegado de Polícia essa função, ao contrário do que alguns defendem. O Delegado possui somente o papel de de lavrar o flagrante, transformando em autos a narrativa dos condutores, e a função de conceder fiança, se for o caso (LOPES JÚNIOR, 2015).

Ainda no seu artigo, Lopes Júnior afirma:

> Não cabe à autoridade policial deferir liberdade provisória ou medidas cautelares diferentes do previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil. Para isso há reserva de Jurisdição. A polícia judiciária não é órgão do Poder Judiciário (é um paradoxo, mas é uma polícia judiciária não subordinada ao Poder Judiciário), mas do Executivo. Daí que a alegação de que o Delegado de Polícia seria a outra autoridade referida pela Convenção não se sustenta (LOPES JÚNIOR, 2015, pg 1)

O Ministério Público e a defesa da parte também devem participar da audiência de custódia, tendo em vista que possuem um papel de extrema importância na influência do destino do acusado, demonstrando suas razões pelas quais a prisão deverá ou não ser mantida.

> Levando em conta que um dos objetivos principais da Audiência de Custódiagarantir o encontro do preso com o Juiz, é dada legitimidade à sua decisão com a efetiva participação da acusação e defesa, garantindo o contraditório. Sendo assim, não é admissível a produção antecipada de provas, tampouco a realização de interrogatório. (LOPES JÚNIOR, 2015)

Já no que diz respeito ao procedimento da audiência, aduz ainda Lopes Júnior (2017) que o juiz, assim que receber o auto da prisão, deve realizar os atos descritos

no art. 310 do Código de Processo Penal, analisando a formalidade da prisão em flagrante e verificar se o flagrante foi legal, podendo relaxar a prisão, converter em preventiva ou conceder a liberdade provisória, levando em consideração os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

O art. 1º da Resolução 213 do CNJ, consagra que o preso deve ser apresentado ao juiz no prazo de 24h para a realização da audiência de custódia, que consistirá em uma entrevista, onde será dada ao acusado a garantia do seu direito de permanecer em silêncio e posteriormente o juiz analisará e questionará se seus direitos constitucionais foram assegurados, se houve a realização do exame de corpo e delito e como foi tratado nos locais em que passou até aquele momento, se houve tortura ou maus tratos, adotando então, medidas para sanar as irregularidades, se houver. (AVENA, 2017)

Em caso de denúncia de tortura, a Resolução 213 estabelece o procedimento a ser seguido:

> Será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado (CNJ, 2015, pg. 9).
>
> É dever do juiz ainda no momento da entrevista, assegurar que o preso não esteja algemado, exceto em casos de resistência e perigo, em que será necessária ser justificada por escrito. Ademais, é necessário a verificação do juiz acerca da realização do exame de corpo e delito, a determinando nos casos em que não tiver sido feita, e questionar se há filhos ou dependentes sob seus cuidados, no caso de mulheres, indagar e visualizar hipóteses de gravidez, se há histórico de doença grave ou dependência química, a fim de análise de encaminhamento assistencial (CNJ, 2015).

Feito isso, o Ministério Publico e a defesa do acusado poderão realizar perguntas, desde que não abordem o mérito do fato apurado, para ao final, as partes requerem, de acordo com o art. 8º, §1º da Resolução do CNJ, o relaxamento da prisão em flagrante, a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de

medida cautelar diversa da prisão, a decretação de prisão preventiva e a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa (CNJ, 2015).

Caso o juiz decida por o acusado em liberdade, relaxando sua prisão, concedendo liberdade provisória ou arquivando o inquérito, deverá ser expedido o alvará de soltura, informando ao acusado seus direitos e obrigações (CNJ, 2015).

O juiz decidindo que se sustentam as razões para o flagrante, deverá aplicar a medida cautelar fundamentadamente, importa ressaltar ainda, que caso inexistam pedidos, o juiz não pode decretar de oficio, de acordo com o que dispõe o art. 311 do Código de Processo Penal, visto que não existirá, nessa hipótese, um processo (CNJ, 2015).

É importante ressaltar que conforme Aury Lopes Jr.:

> "Conversão" da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. E mais, a fundamentação deverá apontar – além do fumus commissi delicti e o periculum libertatis – os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa (LOPES JÚNIOR, 2017, pg. 619)

Ou seja, caso haja expressamente requerimentos da acusação, o juiz fundamentalmente, decidirá se aplicará a prisão ou medidas cautelares diversas, analisando a verossimilhança de autoria e materialidade necessárias e a demonstração da existência de perigo decorrente do estado de liberdade do acusado, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (BRASIL, 1941).

Independente do fundamento da prisão, é necessária a demonstração do perigo decorrente do estado de liberdade do acusado, não bastando presunções para a decretação da prisão preventiva. É necessário então, provas e não apenas especulações, para aplicar a medida mais grave ao acusado.

E, caso possua situação de perigo demonstrada, o juiz deverá analisar ainda assim, a necessidade da prisão, avaliar se existe medida

cautelar que aplicada isolada ou cumulativamente, seja mais adequada e proporcional para a situação específica.

Ademais, se o juiz constatar que o acusado cometeu o crime de acordo com alguma das causas de ilicitude, como em caso de estado de necessidade, legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal, a prisão preventiva não será decretada (BRASIL, 1941). Nesse caso não é necessário provas, apenas indícios, considerando o *in dubio pro reo*[1], levando em conta que a prisão é a medida mais gravosa devendo ser aplicada apenas em casos excepcionais.

Ressalta-se que a Audiência de Custódia deverá ocorrer inclusive nas situações de sobreaviso da Justiça, aos finais de semana e recesso de fim de ano, demonstrando a necessidade e importância da sua realização.

Por fim, em relação a ata da audiência, esta deverá conter, de forma resumida, a fundamentação do juiz acerca da legalidade da prisão, o cabimento da liberdade provisória com ou sem a aplicação de medida cautelar, levando em conta os pedidos das partes, e as providências tomadas em caso de tortura e maus tratos. Ao final, o preso receberá uma cópia da ata, assim como o Defensor e o Ministério Público (CNJ, 2015).

2.3 Audiência de Custódia e o sistema acusatório

O sistema acusatório é um modelo em que é dado às partes e ao Ministério Público a oportunidade de produzirem provas diante do juiz, que julgará de forma imparcial conforme as provas apresentadas, oferecendo a publicidade, o contraditório e a ampla defesa (ARAS, 2017).

Para atingir essa imparcialidade e o bom funcionamento do sistema acusatório, garantidos pela Constituição Federal de 1988, o julgador deve manter-se inerte diante dos fatos investigados, não permitindo que diante da audiência de

[1] Expressão de origem latina que significa que em caso de dúvida, o réu será favorecido. Garantindo o princípio da presunção de inocência

custódia ocorra contaminação das informações adquiridas, sendo vedado produzir provas antecipadamente (WICHWSKI et al, 2017).

Portanto, para que esse objetivo seja alcançado é necessário que sejam dois juízes diferentes para cada fase. Um para a fase de investigação e outro a partir do recebimento da denúncia. Também é de suma importância que haja limites em relação às perguntas realizadas no momento da audiência de apresentação, devendo ter seu foco somente quanto à necessidade e legalidade da prisão e possíveis agressões policiais (WICHWSKI et al, 2017).

Essa vedação à oitiva do preso se dá em razão dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, além de estar prevista em Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A constituição também aborda esse assunto, em que as questões realizadas versem a respeito de sua prisão e liberdade, proibindo que seja realizada uma antecipação do interrogatório (TEIXEIRA, 2016).

Não se pode realizar perguntas que possam influenciar o julgamento do acusado, não pode haver a coleta de fatos para não haver comprometimento de seu futuro processo criminal. Dessa forma, a audiência de custódia deve manter o foco voltado aos direitos fundamentais do preso, possuindo o objetivo de evitar torturas e prisões ilegais (WICHWSKI et al, 2017).

2.4 Análise do mérito e dilação probatória

A possibilidade de análise do mérito, bem como a admissão de atividade probatória é objeto de muita discussão. No artigo 8, VIII, da Resolução 213 do CNJ, está explicito que o julgador não deve realizar perguntas com fim de produzir prova, da mesma forma, há o Projeto de Lei nº 554/2011 que dispõe que “a audiência de custódia a que se refere o parágrafo 5º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado” (VALADARES, 2011).

Da mesma forma, os juristas Lopes Júnior e Morais da Rosa (2015), em seu artigo, afirmam que:

> Essa entrevista não deve se prestar para análise do mérito (leia-se, autoria e materialidade), reservada para o interrogatório de eventual processo de conhecimento. A rigor, limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do artigo 319 do CPP, atualmente restrito, na prática, a fiança.

Em contrapartida, Caio Paiva sustenta que:

> A proibição da atividade probatória tem sido apresentada como benefício da pessoa presa, no sentido de poupá-la de um interrogatório antecipado. É uma espécie de paternalismo processual, uma tentativa de proteger pessoa presa dela mesma, como se sempre fosse confessar (PAIVA, 2016 apud LUCHETE, Felipe, 2016)

Ou seja, há uma discussão acerca do tema, mas até então, deve-se seguir o previsto na Resolução do CNJ, em que o juiz no momento da audiência de custódia não pode analisar a autoria e a materialidade, tendo em vista que essas duas condições somente serão vistas no inquérito, devendo na Audiência de Custódia, apenas averiguar a legalidade e necessidade da prisão.

2.5 Da (im)possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício

A prisão preventiva pode ser requerida pelo Ministério Público, querelante ou assistente, bem como, pode ser decretada de ofício pelo juiz, desde que estejam presentes os requisitos previstos no art. 311 do CPP e seguintes (BRASIL, 1941).

No artigo 282 do CPP também consta que nos casos em que o acusado descumprir as medidas cautelares diversas, poderá ser decretada a prisão de ofício (BRASIL, 1941).

Nucci (2017, pg. 574) defende que essa permissão do juiz fere o princípio da imparcialidade:

> A previsão de decretação da prisão preventiva como ato de ofício do magistrado, logo, sem que qualquer interessado o provoque, é mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia (algo não recomendável), que é a do órgão acusatório, podendo decretar medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado. Insistimos, pois, que o nosso sistema de processo é misto, ou, como bem definiu TORNAGHI, inquisitivo garantista.

Lopes Júnior e Rosa (2015) defendem que por mais que o acusado preencha os requisitos e o julgador queira decretar a prisão preventiva após a análise do ocorrido, o magistrado só poderia aplicá-la caso o membro do membro do Ministério Público, que esteja participando da audiência tenha feito o pedido.

Afirma, então que:

> A tal 'conversão de oficio' da prisão em flagrante em preventiva é uma burla de etiquetas, uma fraude processual, que viola frontalmente o artigo 311 do CPP (e tudo o que se sabe sobre sistema acusatório e imparcialidade), e aqui acaba sendo (felizmente) sepultada, na medida em que o Ministério Público está na audiência. Se ele não pedir a prisão preventiva, jamais poderá o juiz decretá-la de oficio, por elementar. (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2015, pg. 01).

Ou seja, implicaria em abuso de autoridade caso o juiz decretasse prisão preventiva ex officio em um ato que antecede até mesmo a instauração do inquérito policial.

Desse modo, não pode haver conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva, tendo em vista que é imprescindível que exista a representação da autoridade policial ou haja requerimento do Ministério Público. A “conversão” do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva. Portanto, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório e da imposição de imparcialidade do juiz, não lhe incumbe “prender de ofício”.

2.6 Consequências da sua não realização

A audiência de custódia deve ser realizada em qualquer situação, inclusive se o preso estiver com grave enfermidade ou circunstância que o impossibilite de se encontrar com o juiz dentro do prazo de 24h. Nesses casos a audiência deverá acontecer no local em que ela se encontre ou diante da impossibilidade de locomoção, imediatamente após ter melhora em seu estado de saúde, deverá ser conduzido para a audiência de custódia (MARCÃO, 2017).

A audiência também deverá ocorrer aos sábados, domingos, feriados e durante o recesso forense para que não haja constrangimento ilegal. A justificativa de que os documentos analisados são suficientes para a convicção do juiz, não autoriza a sua não realização, esse é o entendimento do Ministro Marco Aurélio, que afirma ser a realização da audiência de apresentação, obrigatória (BRASIL, 2015).

Da mesma forma, o Ministro Edson Fachin aduz que "A interpretação da jurisprudência da Corte permite a conclusão de que a audiência de apresentação constitui direito subjetivo do preso e, nessa medida, sua realização não se submete ao livre convencimento do Juiz" (BRASIL, 2016).

Todavia, em sentido oposto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que o fato de não ter ocorrido a audiência de custódia, não torna a prisão cautelar ilegal, se não demonstrada inobservância aos direitos e garantias constitucionais do acusado, como no caso concreto (BRASIL, 2016).

Ou seja, para o STJ é possível, que sem a realização da audiência de custódia, possa haver a decretação da prisão preventiva nos casos que houver fundamentos e requisitos de validade, nos termos do art. 310, II do Código de Processo Penal (BRASIL, 2016).

3 APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

3.1 Vantagens

3.1.1 Adequação ao ordenamento jurídico

Ao todo são diversas vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a primeira é a principal: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Como visto anteriormente, a Audiência de Custódia surgiu em decorrência da ratificação de Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, que prevê que toda pessoa presa deve ser apresentada sem demora á autoridade, devendo ser julgada em prazo razoável ou posta em liberdade, sendo a prisão a exceção e não a regra (ONU, 1966).

Desde o ano de 1992, após a ratificação da Convenção Americana, o Brasil se comprometeu a garantir diversos direitos que por todos esses anos permaneceram apenas em papéis. Após tantos anos inerte, houve uma série de problemas causados devido a esse *déficit* no controle das prisões preventivas, surgiu então a necessidade de sustentar essas garantias para que finalmente se incorpore à nossa legislação interna e possa trazer melhorias ao nosso ordenamento.

Ou seja, com a implementação da audiência de custódia foi iniciada a adequação do Processo Penal Brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, concedendo direitos previstos a décadas, mas antes nunca instituídos.

Além do ajuste aos Tratados Internacionais, esse novo sistema busca atender o que está previsto em nossa constituição, proporcionando ao preso direito de ser julgado em um prazo razoável, direito de defesa pessoal e técnica, além de garantir o direito ao contraditório, que foi inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais através do art. 282, § 3° do CPP.

3.1.2 Diminuição da população carcerária

Outra vantagem bastante significante é que a audiência de custódia possui também o objetivo de reduzir o encarceramento em massa no país, amenizando de alguma forma o excessivo número de presos provisórios no Brasil, levando em conta que uma das funções da audiência de custódia é verificar a legalidade e as circunstâncias da prisão, possibilitando a aplicação de uma medida alternativa.

por meio de sua aplicação que se realiza um encontro do preso com o juiz, rompendo uma barreira anteriormente imposta devido ao procedimento ser todo por escrito, sem ligação alguma do acusado com a autoridade judiciária. Supera-se assim a distância entre as duas partes, possibilitando um tratamento mais humanizado e não aquela estabelecida no art. 306, § 1°, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

A superlotação é um sério problema, do qual precisa de uma solução urgente para controlar o excessivo número de presos. De acordo com dados divulgados em 2016 pelo Departamento Penitenciário Nacional, 40% dos presos no Brasil são provisórios, ou seja, não foram julgados sequer em primeira instância. Ainda segundo o levantamento, o país conta com *déficit* de 250,3 mil vagas no sistema penitenciário (DEPEN, 2016).

Audiências de custódia já ocorrem em todos os Estados brasileiros e de acordo com dados do CNJ, até outubro de 2016 foram realizadas 153,4 mil audiências, que resultaram na liberdade de 70,8 mil pessoas. O número corresponde a 46,17% dos detidos (CNJ, 2016).

De acordo com o vice-presidente do Instituto do Direito de Defesa, a maneira de alterar o cenário atual de superlotação de presos seria com a aplicação da audiência de custódia, que dificultaria de certo modo o costume de se condenar o acusado sem analisar devidamente cada situação (MENGARDO, 2017).

Isso fica evidente nos casos de presos provisórios que ficam encarcerados sem julgamento durante anos, e quando são julgados recebem uma pena menor do que o tempo que já cumpriram. "Temos 40% de presos provisórios em um pais onde a Constituição diz que a liberdade é a regra", diz o vice-presidente (MENGARDO, 2017).

3.1.3 Identificar torturas

Ressalta-se também que a sua adoção pode prevenir a tortura, já que o risco de maus tratos é geralmente maior nos primeiros momentos após a detenção, quando a polícia questiona o suspeito. Por conseguinte, havendo atraso na apresentação do preso ele se torna mais vulnerável à tortura e a outras formas graves de maus-tratos cometidos por policiais abusivos. Ainda a propósito desta finalidade, a exigência da audiência de custódia contribui diretamente para a prevenção de desaparecimentos forçados e execuções sumárias.

A Human Rights Watch Brasil realizou uma pesquisa em alguns estados brasileiros, onde foram reconhecidos 64 casos de tortura ou violência policial, sendo na maioria dos casos durante a abordagem. (FIORILO, 2015)

Trata-se de uma forma de combater a tortura, tendo em vista que a rapidez do encontro entre o preso e o juiz além de ser uma recomendação internacional, proporciona que possa ser observado casos de tortura, pois as lesões ainda estarão aparentes, possibilitando assim a realização da denúncia e investigação, podendo responsabilizar os agentes que realizaram as agressões.

3.1.4 Prevenir prisões ilegais

Outro objetivo da audiência de custódia é o de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. A prisão preventiva está prevista no artigo 282 § 6º do Código de Processo Penal e deve ser aplicada apenas em casos excepcionais,

priorizando sempre a utilização de medidas cautelares diversas, descritas no artigo 319 do mesmo código (BRASIL, 1941).

Lopes Júnior (2014) afirma que para que as prisões cautelares sejam a *ultima ratio* é preciso levar em conta a presunção de inocência, fazendo com que seja aplicada somente em casos graves.

Ocorre que, na prática as prisões tendem a serem decretadas sem necessidade, sendo aplicada em primeiro caso, vejamos:

> No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o fumus commissi delicti e o periculum libertatis. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 582).

Diante desses fatos, ao permitir um melhor contato entre o custodiado e o juiz com a realização da audiência de custódia, será possível aumentar o número de aplicação de medidas cautelares, diminuindo assim os casos de presos preventivos.

Ou seja, com a aplicação da audiência de custódia o juiz vai averiguar se a prisão é de fato necessária, analisando cada caso, o suposto crime, antecedentes e conduta do agente, visando aplicar medidas alternativas ao decretar a prisão somente em casos excepcionais.

Ressalta-se que diante da ocorrência do contato pessoal o juiz poderá avaliar a necessidade da prisão de uma forma mais humanitária, com maiores informações sobre o motivo da prisão.

Diante do exposto, vislumbra-se que em razão da aplicação da audiência de custódia, o juiz poderá analisar melhor a necessidade da prisão cautelar, aplicando-as de forma excepcional.

3.1.5 Economia de recursos públicos

Com a implementação do projeto, o governo apesar de ter despesas iniciais ao disponibilizar viaturas policiais à disposição do judiciário, transportar presos e oferecer escolta, por exemplo, o custo-beneficio foi e é extremamente maior para o Executivo.

Segundo o ministro Lewandowski, desde o início do projeto, até fevereiro de 2015, cerca de seis mil pessoas presas em flagrante passaram a responder ao processo em liberdade, o que representou uma economia de aproximadamente R$ 500 mil aos cofres públicos (CNJ, 2015)

Ainda de acordo com o ministro Ricardo Lewandowski, a audiência de custódia "é um avanço do ponto de vista humanitário e também do ponto de vista das finanças públicas, sobretudo num momento de crise econômica que vive o Brasil", afirmou o presidente do CNJ. (CNJ, 2015)

De acordo com o CNJ (2015), os Estados que passaram a realizar a Audiência de Custódia verificaram que 50% das prisões preventivas eram desnecessárias. Ou seja, ao reduzir pela metade o número de prisões de pessoas presas sem terem sido condenadas, automaticamente irá gerar uma economia de 4,3 bilhões de reais por ano.

3.1.6 Garantia de princípios constitucionais

A Audiência de Custódia garante diversos princípios, proporcionando sua devida aplicação e garantindo direitos que antes estavam esquecidos.

O princípio da presunção de inocência pode ser considerado um dos princípios mais importantes para o acusado, levando em conta que se trata de uma das maiores garantias para o indivíduo ao ser processado. O artigo 5º da Constituição traz que todos são iguais perante a lei, sendo garantido em seu inciso LVII que

"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória" (BRASIL, 1988).

Cesare Beccaria (1764) reforça esse entendimento ao afirmar que o homem antes da sentença do juiz não pode ser chamado de culpado, ou seja, ele não poderia sofrer pena enquanto houver dúvida de sua inocência.

Foi em razão das práticas contra a liberdade pessoal ao tratar como culpado um indivíduo sem provas e devidamente julgado, que surgiu o estado de inocência. Apesar desse direito, é raro os casos de pessoas inocentes, ou seja, antes do trânsito em julgado, aguardarem seus julgamentos em liberdade (Giacomolli, 2016).

Não é exigido ao acusado a demonstração de sua inocência. É necessário ser comprovado pela acusação a sua culpabilidade, caso contrário, para o julgador a imputação do crime irá ser apenas uma hipótese. Enquanto estiver sendo investigado ou processado, ainda deverá ser tratado como inocente, até que ocorra o trânsito em julgado ou extinta a sua punibilidade. (Giacomolli, 2016)

Da mesma forma que o princípio vale na fase inquisitorial e, depois, no curso de todo processo penal, o princípio da presunção de inocência não seria ou deveria ser diferente na realização da audiência de custódia.

Além da presunção de inocência, há a garantia do princípio da verdade real. Trata-se de uma essência na função punitiva do Estado que se traduz na busca pelo que verdadeiramente ocorreu, impondo dever ao magistrado de não se limitar ao conjunto dos "papéis" que formam os autos de um processo.

Com o objetivo de evitar injustiças e prisões ilegais, os processos devem caminhar na busca pela verdade real dos fatos. Dessa forma é assegurado ao preso o direito de esclarecer o que realmente ocorreu, de modo a beneficiar a defesa.

Outro importante princípio que fundamenta a audiência de custódia é a própria garantia da ampla defesa, de suma importância no Direito Processual, principalmente na área penal. Trata-se de um direito estabelecido na Constituição em seu artigo 5º, LV, em conjunto com o princípio do contraditório (BRASIL, 1988)

Giacomolli (2016) afirma ser o direito de defesa parte da condição humana, regulamentado constitucional e ordinariamente. Com a ampla defesa é conferido a produção de todos os meios de provas necessárias para exercer o direito do acusado, se relacionando inclusive com o principio da verdade real.

Ainda sobre o tema, argumenta Giacomolli:

> Da garantia da defesa ampla e plena emanam uma série de outros direitos e garantias, tais como o direito de ser informado da acusação, o direito à prova, o direito de ser ouvido, o direito de não colaborar com a acusação, o nemo tenetur, o direito ao silêncio e à igualdade de armas, por exemplo (GIACOMOLLI, 2016, pg 138.).

Em suma, a audiência de custódia traz a garantia de diversos princípios e direitos ao preso. De qualquer forma, os princípios processuais penais da presunção de inocência, busca pela verdade real e ampla defesa constituem a base desse procedimento.

3.1.7 Oportunidade para detecção de situações vulneráveis

A audiência de custódia permite que o defensor, juiz ou promotor percebam situações de extrema vulnerabilidade, que em muitas vezes não estão presentes no auto de prisão em flagrante (DPU, 2015).

Um desses casos é em relação às presas grávidas ou com filhos de até 12 anos, que em razão de sua condição possuem o direito de obter prisão domiciliar para cuidarem de seus filhos ou acompanhamento pré-natal. Há também a observação dos casos em que o preso possui estado de saúde grave ou problemas de saúde que necessitam acompanhamento, até mesmo os casos em que o acusado é deficiente físico e necessita de condições de acessibilidade (DPU, 2015).

Importante ressaltar os casos específicos de pessoas trans, a proteção em relação a violência no presídio e o direito de poder ser chamada pelo nome social.

Da mesma forma, há os casos de presos estrangeiros e indígenas, que possuem o direito de ter a tradução do auto da prisão em flagrante (DPU, 2015).

Caso haja a constatação de algum desses casos, é necessário que ocorra imediatamente o pedido de relaxamento de prisão, concessão de liberdade provisória ou medida cautelar alternativa (DPU, 2015).

3.2 Desvantagens

3.2.1 Falta de estrutura

Há uma certa resistência para a audiência de custódia ser devidamente realizada no Brasil em razão à falta de estrutura estatal, a Defensoria Pública o Poder Judiciário e a Segurança Pública precisam ser melhorados para um melhor resultado das audiências de custódia, ainda mais levando em conta o a incompatibilidade do exíguo prazo de 24 horas para a realização da audiência (WICHWSKI, 2017).

A morosidade do Poder Judiciário gera obstáculos para a implementação da audiência de custódia em todo o território brasileiro, sendo que, atualmente, um pequeno número de municípios realiza a audiência no país.

Guilherme de Souza Nucci publicou um artigo mencionando a inviabilidade estrutural do Estado para a implementação nas pequenas Comarcas diante do exíguo prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a sua realização, fazendo uma crítica quanto a efetivação do projeto em todo o país ao afirmar que "o sistema no Brasil não consegue transportar réus para as audiências, mas certamente haverá um imenso número de agentes (policiais?) para levá-los todos os dias à frente do juiz" (NUCCI, 2016, p. 01).

Ou seja, apesar do interesse de aplicação da Audiência de Custódia, não foi observado a carência de estrutura em determinados estado que tornam inviável a realização da audiência em tão pouco tempo, seja por ser o local distante, seja por *déficit* no número de juízes.

3.2.2 Ausência de procedimento padrão

Ao final da Resolução 213 do CNJ, há o Protocolo I, que estabelece os devidos procedimentos a serem aplicados na audiência de custódia, uma espécie de orientação para a aplicação de medidas cautelares.

Todavia, ao participar das audiências de custódia em qualquer local, é possível perceber a ausência de padrão em sua realização. Não há um "roteiro" a ser seguido, ou seja, cada acusado possui um tipo de tratamento, variando de acordo com suas cidades e estados de aplicação.

Um exemplo é em relação às perguntas realizadas aos acusados, foi analisado que alguns juízes perguntam se no momento da prisão em flagrante ocorreu tortura, outros perguntam se tem algo de relevante a dizer em juízo, não deixando claro a oportunidade do acusado em abordar prováveis torturas. Ainda há casos em que os juízes sequer perguntam a respeito do emprego de violência por policiais.

Sobre o uso de algemas durante a audiência, há juízes que pedem para retirará-las, alguns que pedem para trazer os braços para frente, deixando o acusado um pouco mais confortável e ainda há os casos em que deixam o custodiado com as mãos para trás, sem se importar com o conforto do mesmo.

Outro ponto é a respeito das mulheres, em que alguns casos questionam à respeito de provável gravidez ou se possuem filhos menores de 12 anos ou algum dependente deficiente que precise de seus cuidados e em outros casos, nada é questionado.

Diante dos fatos, percebe-se que em razão de não haver um procedimento a ser devidamente seguido, alguns acusados podem sair prejudicados, passando despercebido direitos e garantias básicos que deviam ser concebidos na audiência de custódia.

3.2.3 Cultura do encarceramento

O Brasil ocupa o terceiro lugar no *ranking* dos países que possuem o maior número de população presa. Com o implemento da audiência de custódia, uma das maiores expectativas era em relação à diminuição dos números de prisões ilegais, que devido ao contato do preso com o magistrado ao demonstrar sua versão dos fatos, teria maior oportunidade de obter liberdade, prisão domiciliar ou receber medida cautelar diversa da prisão, ou até mesmo ser encaminhada para atendimento social ou assistencial (LEAL, 2016).

A audiência de custódia é um importante mecanismo contra o "encarceramento em massa" existente no território brasileiro. Todavia, seus resultados comprovados pelos dados expostos pelo CNJ, em que até junho de 2017, o total de 115.497 pessoas receberam liberdade provisória e 142.988 tiveram decretada sua prisão preventiva (CNJ, 2017).

Ou seja, apesar de ser um meio para alcançar a diminuição da população carcerária, os magistrados ainda continuam decretando maior números de prisões do que concebendo liberdade.

Isso se dá em razão da "cultura do encarceramento" que existe no país. Há entendimento de que a prisão é a melhor alternativa para penalizar aqueles que cometem crimes mais graves, sendo que esse pensamento, mesmo com a reforma processual penal, sempre se manteve forte (MASI, 2015).

3.2.4 Direitos negados às mulheres

Segundo os dados do Infopen Mulheres, o perfil da mulher presa em geral, consiste em jovens, responsáveis pelo sustento familiar e de classes sociais mais pobres, mães, com baixa escolaridade e que exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento. (DEPEN, 2014).

Dois institutos caminham juntos quando tratamos de direitos negligenciados às mulheres mães e gestantes antes da condenação, sendo eles: a audiência de custódia e a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar.

Um exemplo real da necessidade de implementação da audiência de custódia se relaciona com os problemas vivenciados pelas gestantes e mães dentro da prisão.

Muitas mulheres passam por gravidez de risco e por outras situações que colocam em perigo sua saúde e a do bebê, como complicações respiratórias e cardíacas, as quais poderiam ser amenizadas por meio da permissão dada pelo Poder Judiciário para usufruírem do direito à prisão domiciliar.

Além disso, as organizações não governamentais denunciam que manter mães em presídios compromete o desenvolvimento psicológico, social, intelectual e até genético dos filhos.

Concomitantemente à audiência de custódia podemos analisar também os casos de concessão da prisão domiciliar, em substituição à prisão preventiva. Com o advento do Marco Legal da Primeira Infância, o que se tem hoje é que basta que a investigada ou ré esteja grávida para ter direito à prisão domiciliar. Não mais se exige tempo mínimo de gravidez nem que haja risco à saúde da mulher ou do feto. Além disso, mulheres com filhos de até 12 anos de idade também podem ter sua prisão preventiva convertida em domiciliar. O principal objetivo é evitar rompimento do vínculo familiar entre mães e filhos menores ou recém-nascidos.

A Lei de Execução Penal em seu artigo 14, prevê que a mulher terá direito de acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e pós-parto. É garantido também no artigo 89, que nas penitenciárias haja creches com o fim de assistir a criança desamparada, abrigando crianças de 6 meses a 7 anos (BRASIL, 1984).

Já o artigo 229 do Código de Processo Penal, aduz que será proibido o uso de algemas nas gestantes durante o parto, assim como em mulheres durante o período de puerpério imediato (BRASIL, 1941).

De acordo com os dados do Infopen Mulheres, 68% das mulheres estão presas por crimes de tráfico de drogas não relacionados a organizações criminosas em que a maioria das mulheres ocupam uma posição coadjuvante no crime, fazendo serviços de transporte de drogas e pequeno comércio (DEPEN, 2014).

Os estudos das estatísticas trazidas pelo Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 80% das mulheres detidas que têm filhos com menos de 12 anos encontram-se encarceradas. A pesquisa feita também com grávidas e puérperas (que deram à luz em até 45 dias), aponta ainda que 70% dessas mulheres não têm registro de antecedentes criminais.

O questionamento sobre o assunto se dá nos seguintes termos: Cumprindo os requisitos que a lei traz, a mulher obrigatoriamente deverá ter sua prisão preventiva convertida em domiciliar? O entendimento de Renato Brasileiro (2015, p. 998) é de que não:

> A presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para asubstituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o periculum libertatis que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.

Ou seja, o magistrado decide se concederá ou não a conversão da prisão preventiva em domiciliar, analisando se essa substituição não acarreta perigo à garantia da "ordem pública", à conveniência da instrução criminal ou implique risco à aplicação da lei penal. Todavia, há de se destacar que as mulheres, em geral, são condenadas por crimes de menor gravidade, com menor potencial ofensivo (DEPEN, 2014).

Em junho de 2014, haviam 11.269 mulheres custodiadas no sistema prisional brasileiro sem condenação, o que equivale a 3 em cada 10 mulheres presas. O número de mulheres condenadas a até 8 anos de prisão chega a 63%. Ou seja, essas mulheres não representam grave ameaça ao bom andamento do processo, e por essa razão não se justifica mantê-las encarceradas (DEPEN, 2014).

Se tais direitos não fossem negligenciados, o número de mulheres em privação de liberdade seria consequentemente menor e assim se tornaria mais fácil garantir a efetiva implementação dos direitos dessas mulheres durante o cumprimento da pena (DEPEN, 2014).

Em face disso, foi criado o HC COLETIVO 143.641/STF, decidido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, para substituir a prisão preventiva por domiciliar em todo o Brasil, no caso de mulheres presas que sejam mães de crianças de até 12 anos, gestantes ou mães de pessoas com deficiência. (STF, 2018).

Conforme notícia do sitio do STF, os Advogados de Direitos Humanos acreditam que a prisão preventiva, ao permitir que mulheres grávidas ou mães de crianças pequenas fiquem confinadas em ambientes precários, privando-as de condições necessárias para seu crescimento, infringe a constituição à vedação de penas cruéis e respeito a integridade física em razão ao tratamento cruel e desumano. (STF, 2018)

Outra conquista gratificante às mulheres encarceradas foi o indulto dia das mães no ano de 2017, em que após vários anos de luta, finalmente foi concedido para os casos de mulheres que não estejam respondendo nem tenham sido condenadas por crime cometido mediante violência ou grave ameaça, não tenham sido punidas por falta grave e estejam dentro das hipóteses estabelecidas no artigo 1º do decreto de 12 de abril de 2017 (BRASIL, 2017).

Diante de tantos direitos negados às mulheres, com a implementação das audiências de custódia no país conjuntamente com a Lei da Primeira Infância, a expectativa era que o número de mães presas diminuísse. Conforme o Instituto

Terra, Trabalho e Cidadania, entretanto, até o ano de 2016 a audiência de custódia não havia sido suficiente para substituir o encarceramento de mulheres grávidas ou com filhos por penas alternativas. Ainda segundo o ITTC, as mães não eram ouvidas nas audiências e poucas conseguiam responder pelos delitos em liberdade (ITTC, 2017).

Agora, com o HC Coletivo 143.641/STF, espera-se que essa realidade sofra alterações, que haja uma maior atenção à mãe e gestante presa e que consequentemente aumente a aplicação de penas alternativas à prisão, podendo garantir assim o laço familiar, direito básico e necessário para a mãe e para a criança.

4 FIM DOS ABUSOS COMETIDOS PELA POLÍCIA?

4.1 Definição de tortura

Tortura pode ser conceituada como "a inflição de castigo corporal ou psicológico violento, por meio de expedientes mecânicos ou manuais, praticados por agentes no exercício de funções públicas ou privadas, com o intuito de compelir alguém a admitir ou omitir fato lícito ou ilícito, seja ou não responsável por ele" (BULOS, 2002, pg. 211 apud CAPEZ, 2016, pg.274).

De acordo com o exposto no art. 1º da lei de drogas (Lei nº 9.455/97):

> Constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; ou em razão de discriminação racial ou religiosa. Também considera tortura "submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. (BRASIL, 1997).

Há três alíneas nesse artigo, que representam três crimes. O primeiro constitui-se com o objetivo de obter informação ou confissão mediante utilização de violência ou grave ameaça, mais conhecido como "tortura-prova". Em segundo lugar está previsto a tortura-crime, que com o emprego de violência ou ameaça, possui o

objetivo de provocar ação ou omissão de natureza criminosa. Por último, há a tortura-racismo, que em razão de discriminação racial ou religiosa constrange alguém mediante violência ou grave ameaça. (ANDREUCCI, 2017)

A tortura sempre foi condenada pela Constituição Federal de 1988, que traz a proibição de forma expressa, atuando conforme Convenções e Tratados Internacionais. Em seu artigo 5º, III, está escrito que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante", ainda no mesmo artigo, está previsto que "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura", respondendo pelo crime "os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem" (BRASIL, 1988).

Primeiramente, a Terceira Convenção de Genebra e a Convenção das Nações Unidas proibiram a tortura, penas cruéis e tratamentos desumanos em 1984, tendo sido acolhida pelo Brasil logo após, em 1989. (FAZZANI, 2015).

A tortura foi tipificada em 1990 no artigo 233 do ECA (Lei nº 8.066), para os casos de tortura em criança ou adolescente sob autoridade do indivíduo, guarda ou vigilância. Por ser o artigo demasiadamente amplo, sofreu diversas críticas ao não definir o que consistiria a prática "tortura", ferindo assim o princípio da reserva legal. (CAPEZ, 2017).

A tortura sempre foi vista como pena capital, em que eram utilizados métodos bastantes dolorosos como punição por crimes graves. Essa realidade permaneceu até o século XVII, quando ocorreu o Humanismo. Apesar de ter seus efeitos na prática limitado, a tortura foi proibida formalmente por todos os Estados da ONU com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. (FAZZANI, 2015).

No Brasil, a tortura era comumente utilizada na ditadura militar. Foi logo após esse período que houve a elaboração de uma nova constituição, passando a ser a tortura uma verdadeira afronta a dignidade da pessoa humana, ao direito a vida e a integridade física (FAZZANI, 2015).

A tortura era tipificada em outros crimes como lesão corporal leve ou grave, maus tratos, abuso de autoridade, homicídio qualificado pelo meio cruel no evento morte da pessoa torturada, somente após a Lei n. 9.455 de 1997, tornou-se crime. Apenas após diversos casos que geraram repercussão, como policiais torturando pessoas suspeitas, que a lei foi aprovada (FAZZANI, 2015).

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, assinada em 1985, em seu 2º artigo define que tortura seria:

> Todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa, penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim (OEA, 1985).

Para Salvador Neto et al (2010) apesar de proteger a liberdade e a integridade física e moral, o principal no crime de tortura é proteger a dignidade da pessoa humana. Os autores defendem ainda que a tortura deve ser controlada de forma rígida em razão da perda da dignidade humana, tendo em vista que a vítima passa a ser um objeto para o torturador. Afirmam ainda, que na maioria das vezes esse crime é cometido por agentes estatais, que se utilizam do poder do Estado para realizar violência.

4.2 Análises estatísticas

O Conselho Nacional de Justiça conseguiu cumprir sua meta de implementação da audiência de custódia em todo o Brasil. Será utilizado como base da análise, os gráficos com informações consolidadas pelo próprio CNJ e do TJDFT, bem como os dados do estudo feito pelo Departamento Penitenciário Nacional – Infopen.

Desde que foi implementada, foram realizadas o total de 258.485 audiências de custódia, até junho de 2017. Dentre essas, foram 115.497 (44,68 %) casos que resultaram em liberdade, 142.988 casos que resultaram em prisão preventiva, 12.665

(4,90) casos em que houve alegação de violência no ato da prisão e 27.669 (10,70 %) de casos em que houve encaminhamento social/assistencial (DEPEN, 2017).

Há de se observar que a porcentagem entre receber liberdade ou prisão preventiva são bem próximas. Quando se considera o crime cometido, quanto mais grave o crime, maior a chance do acusado receber prisão preventiva.

Em Brasília, no mês de Agosto, 965 pessoas foram apresentadas em Audiência de Custódia, da qual 532 foram convertidos em prisões preventivas, 428 tiveram Liberdade provisória concedida e 5 tiveram relaxamentos (DEPEN, 2017).

São cerca de 30 audiências realizadas por dia e entre as medidas cautelares mais aplicadas, está a proibição de ausentar-se da Comarca sem autorização judicial, com o total de 411 aplicações; em segundo lugar está o comparecimento periódico em juízo, com 171 aplicações; e em terceiro, a fiança com o total de 118.

Posteriormente tem-se a proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de frequentar determinados locais e recolhimento domiciliar no período noturno, respectivamente com 81, 55 e 20 aplicações (DEPEN, 2017).

Ademais, ocorreram 54 denúncias de violência policial ou tortura, da qual todas foram oficiadas às Corregedorias/Ministério Público.

Por fim, em relação ao sexo dos indivíduos apresentados em Audiência de Custódia, 901 foram do sexo masculino e 64 do sexo feminino (DEPEN, 2017).

De acordo com as informações prestadas, pode se entender que houve então, diminuição do número de presos preventivamente, diminuindo relativamente o excesso de presos provisórios, tendo em vista que até junho de 2017, cerca de 115.497 pessoas tiveram o direito de serem julgadas em liberdade.

Isso vem de encontro ao objetivo de redução da população carcerária, composta de 40% de presos provisórios de acordo com o relatório do DEPEN.

4.2.1 Crimes mais comuns em que permanecem presos e crimes mais comuns em que se tem a liberação:

Em 2017, todos os acusados de latrocínio, feminicídio, extorsão mediante sequestro e formação de quadrilha, permaneceram presos. Dentre os suspeitos de roubo, 80% também não obteram Liberdade, bem como 91% dos acusados de homicídio e 76% dos acusados de estupro (DEPEN, 2017).

Quando se trata de crimes mais "simples" como crime de trânsito, lesão corporal ou Maria da Penha, respectivamente 96%, 90% e 68% tiveram liberdade concedida. Enquanto que nenhum suspeito de crime ambiental ou tributário permaneceram em prisão (DEPEN, 2017).

Ou seja, apenas os acusados de crimes mais graves permanecem presos, aqueles em que provavelmente não serão condenados em regime fechado, são liberados a fim de evitar o cumprimento de uma pena que não irá existir no futuro (DEPEN, 2017).

Isso pode ajudar a melhorar as estatísticas do Infopen, segundo o qual, presos por crimes não violentos ou meramente patrimoniais compõe a maior parte da população carcerária (DEPEN, 2017).

4.2.2 Presos sem condenação

De acordo com as informações do DEPEN (2017), cerca de 40% das pessoas privadas de liberdade no Brasil até junho de 2016 ainda não haviam sido de fato, condenadas. Esse número varia levemente no decorrer dos anos, tendo em vista que em 2014, por exemplo, haviam 41% de presos aguardando a sentença e em 2015, 37%.

O estado do Ceará é que o detém o maior número de pessoas presas sem condenação, com 66%, seguido de Sergipe e Amazonas.O Distrito Federal ficou em

antepenultimo lugar, com 24% e por último, novamente Roraima, com 17% de presos (DEPEN, 2017).

As unidades de sistema prisional Brasileiro raramente fazem um controle da relação ao período do tempo de aprisionamento dos presos provisórios sem condenação, somente 45% delas têm a informação da quantidade dos presos que ainda não foram sentenciados. Dessas, informaram que acumulavam 115.120 presos provisórios sem condenação, sendo que 47% deles estavam detidos por mais de 90 dias (DEPEN, 2017).

Ao todo, das vagas atuais, cerca de 32% são atribuídas aos presos que não possuem condenação, 47% para regime fechado e o restante das vagas, para o regime semiaberto, aberto, medidas de seguranças e regime disciplinar diferenciado.

Os estados que apresentam os maiores números de superlotação de presos sem condenação são Roraima, Mato Grosso do Sul e Acre, sendo que em relação aos presos de regime fechado, são liderados por Roraima, Amazonas, Pernambuco e Tocantis, diferentes de Alagoas e Rio Grande do Sul que não possuem carência de vagas de regime fechado. Sobre o regime semiaberto, Sergipe e Alagoas informaram não possuir vagas para o cumprimento dessa pena, em contrapartida, Roraima e Mato Grosso de Sul declararam não faltar vagas para penas desse regime (DEPEN, 2017).

Ressalta-se que o estado de Amazonas é o que possui a maior taxa de ocupação do país, com o índice muito elevado em comparação aos demais estados, tendo em vista que o seu porcentual ficou com cerca de 484%, quase 200% a mais que o segundo colocado, Ceará, com 309%. No Amazonas em uma única cela, destinada somente para no máximo 10 pessoas, há por volta de de 48 presos (DEPEN, 2017).

4.2.3 Outros dados relevantes do DEPEN

De acordo com o relatório do Infopen (2017), foi informado que o número de presos em junho de 2017 chegava ao total de 726.712, entretanto, o número de vagas no sistema carcerário é bem menor, cabendo quase a metade da população atual, sendo apenas 368.049, ou seja, há um déficit de 358.663 vagas. O excesso de presos fica evidente ao observar a superlotação das celas, em que há presos amutuados, com situações precárias.

Gráfico 1

Tabela 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2016[8]

Brasil - Junho de 2016	
População prisional	**726.712**
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
Vagas	**368.049**
Déficit de vagas	**358.663**
Taxa de ocupação	**197,4%**
Taxa de aprisionamento	**352,6**

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

A maioria dos presos no Brasil se encontram em São Paulo, em que há cerca de 240 mil presos. Entre a população carcerária atual, há cerca de 42.355 mulheres

presas, número que cresceu cerca de 656% desde os anos 2000. Ademais, 64% das pessoas encarceiradas são negras (DEPEN, 2017).

A quantidade de presos do ano de 2005 para o ano de 2016 dobrou. Em 2005 haviam 361.400 pessoas presas e na última análise, existiam cerca de 726.700 presos de acordo com o Infopen (2017).

É possível entender a partir disso, o motivo do Brasil ter ficado em terceiro lugar no *ranking* mundial dos países com a maior quantidade de população presa, perdendo somente para os Estados Unidos e a China. O grande problema como visto, é que enquanto os outros dois países com passar dos anos sofreram diminuição da sua população encarceirada, o Brasil, em vez de fazer o mesmo, na verdade a aumentou (DEPEN, 2017).

Como visto, o estado de São Paulo é que detém a maioria das pessoas privadas de liberdade no Brasil, com o equivalente a 33,1% dos presos no Brasil. Minas Gerais ficou em segundo, com o total de 68.354, sendo que o Distrito Federal ficou em 13º lugar, com 15.194 pessoas privadas de liberdade. O estado que possui o menor número de presos é Roraima, que detém apenas 2.339 pessoas, um número muito baixo levando em consideração a população carcerária dos demais estados (DEPEN, 2017).

Outro problema devido ao excesso de presos é o gasto sofrido pelo país. O custo médio de um preso no Estado de São Paulo equivale a cerca de R$ 1.450,00 (mil quatrocentos e cinquenta reais) por mês, apesar de já ser um valor alto, em Amazonas custa por volta de R$ 5.867,00 (cinco mil, oitocentos e sessenta e sete reais) manter um presidiário mensalmente. Só no ano de 2016 foram gastos o equivalente a R$ 429.000,00 (quatrocentos e vinte e nove mil reais), um valor altíssimo que poderia ter sido direcionado para outras causas se não houvessem tantos presos no Brasil (DEPEN, 2017).

A maioria dos crimes cometidos pelos presos é o tráfico, que equivale a 30% do total. Em segundo lugar, com 21% está o roubo, seguido em terceiro lugar por

homicídio e desarmamento, ambos com 16%. Após têm-se violência doméstica, quadrilha ou bando, latrocínio, recepção e furto, com 9%, 8%, 3%, 2% e 1%, respectivamente (DEPEN, 2017).

Em relação a idade dos presos, cerca de 30% são jovens de 18 a 24 anos e 25% de 19 a 29 anos. As pessoas de 30 a 34 e 35 a 45 anos, compõem cada um19% do total, por fim, as pessoas de 46 a 60 anos completam o estudo com 8%.

Sobre o nível de escolaridade, a maioria não possui o ensino fundamental completo, correspondendo a 51%. Apenas 14% concluiram o ensino fundamental e 15% possuiam o ensino médio incompleto, tendo apenas 9% concluído o ensino médio. Entre as pessoas privadas de liberdade no Brasil, 0% concluiu o ensino superior e somente 1% possuia o ensino superior incompleto (DEPEN, 2017).

Ainda segundo os dados do Departamento Penitenciário Nacional (2017), nos anos 2000 cerca de 5.601 mulheres estavam privadas de liberdade, sendo que em 2016 o número saltou para 44.721, ou seja, houve o aumento de 700% de presas femininas ao decorrer dos anos. Desse número, quatro de cada dez ainda estão esperando sua condenação definitiva, sendo que 60% delas são acusadas por tráfico.

Ou seja, a maioria dos presos são homens, jovens entre 18 e 29 anos, com baixa escolaridade, negros e de baixa renda, acusados de tráfico e roubo.

4.3 Da atuação voltada ao combate da violência policial

Não é recente a preocupação e a atenção voltada à prática da tortura nos aprisionamentos e nos ambientes policiais, seja no momento do inquérito, no momento da prisão em flagrante ou durante seu cumprimento da pena, há de se observar a violação de diversos direitos básicos do cidadão protegidos pelo estado, ou que ao menos deveriam ser protegidos. (DPU, 2015)

A tortura é presente no Brasil desde 1500, como forma de obter provas e confissões, além de um meio de castigo para os prisioneiros. Teve seu auge durante a ditadura militar em que perseguiam, torturavam e matavam os opositores.

Atualmente, por mais que o país tenha assinado diversos tratados internacionais com o objetivo de proteger os direitos humanos e promulgado a Constituição de 1988, a tortura é contínua no Brasil (AZEVEDO,2016).

Figura 1

Fonte: AZEVEDO, Solange. O Brasil que ainda tortura. Revista Isto é, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://istoe.com.br/146953_O+BRASIL+QUE+AINDA+TORTURA/>. Acesso em: 04 fev. 2018.

A Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados realizou um estudo nos anos 2000 sobre a prática da tortura por agentes públicos, em que chegaram a conclusão ser a tortura uma das mais frequentes práticas no Brasil, sendo inclusive considerada o principal meio de investigação policial no país. Da

utilizada em todo o território brasileiro para obter confissões, ser um meio de punição, manter a ordem nos presídios e centros de cumprimento de medidas socioeducativas e até aplicada com o fim de extorquir suspeitos de um determinado crime (CDH, 2000).

Os agressores não costumam ser apenas policiais militares, mas também os civis, da mesma forma, a maioria das agressões costumam ocorrer dentro dos presídios. Conforme a reportagem do O globo, os casos de denúncias de tortura no

Brasil tiveram o aumento de 129% entre o ano de 2011 até 2013, sendo que de acordo com especialistas, há muitos outros casos que ocorreram, mas não foram denunciadas (ALVES, 2014).

Entre os brasileiros questionados sobre se sentirem seguros enquanto detidos, 80% discordaram. Foi o maior índice de uma pesquisa mundial, dobrando a porcentagem das demais pesquisadas.

Ressalta-se o caso do Amarildo, que em julho de 2013 foi detido ilegalmente na Rocinha, no Rio de Janeiro pela polícia militar. Após ficar desaparecido por alguns dias, foi descoberto que tinha sido torturado e morto dentro de uma Unidade de Polícia Pacificadora dentro da favela em que acreditam só ter existido punição em face da repercussão do caso (BARIFOUSE, 2014).

No mesmo estudo realizado pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, foi demonstrado que quando os policiais dominam os acusados é mais comum cometer agressões do que quando ocorrem enfrentamento com os mesmos. Alegaram ser comum utilizarem a tortura como forma de manter a ordem nos predídios e delegacias, bem como, ser uma maneira de castigar aqueles que tentam fugir.

Obter justiça em relação à tortura é um caminho repleto de dificuldades. De inicio, há de se observar que as vítimas possuem medo tendo em vista que seus torturadores possuem poder de força, temendo represálias. O que faz não haver números confiáveis de casos de tortura, que devido ao medo, os casos que chegam a ser denunciados são apenas uma parcela do que ocorre diariamente (BARIFOUSE, 2014).

Além disso, há bastante dificuldade para comprovar a tortura considerando que muitos policiais utilizam técnicas que não deixam marcas no corpo dos indivíduos.

Ressalta-se que de acordo a Rede Justiça Criminal (2013), que acima de tudo falta interesse dos organismos responsáveis pela apuração da agressão, a maioria dos

casos denunciados terminam arquivados e/ou acobertados em diversos setores. Com isso, não bastando a violação dos direitos do preso, os mesmos não passam confianças para as vítimas, não realizando esforços para controlar a criminalidade e abuso policial, promovendo segurança pública e reduzindo a violência.

4.4 Tratamento do acusado na audiência de custódia e seus reflexos práticos

Alguns juízes mesmo antes de ser obrigatório a audiência de custódia, realizavam procedimentos similares, como o caso do Juiz José Henrique Rodrigues Torres da 1ª Vara do Júri da Comarca de Campinas – SP, que fazia constar em todos os mandados de prisão o artigo 7º,5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CRIMINAL, 2013).

O Juiz José Torres informou que a audiência é feita para permitir ao réu fazer alguma reclamação, conferir sua verdadeira identidade, oferecer um contato com o juiz e analisar a regularidade e necessidade da prisão, não necessariamente soltá-lo, afirmando que a audiência é necessária e eficaz, diminuindo para a superlotação dos presídios com prisões desnecessárias. (CRIMINAL, 2013).

Em um de seus casos, José Torres revogou uma prisão preventiva, aplicando medidas cautelares diversas como proibição de aproximação da residência da vítima e de manter contato com a mesma, sendo que a decisão não foi um caso isolado.

Antes do implemento da Audiência de Custódia, já existia o exame de corpo e delito, todavia, a iminência de tortura ou agressão com o acusado, em razão da demora excessiva do encontro do acusado com o juiz, era deixada de lado, sem receber muita importância.

Jean de Menezes Severo, afirmou que antes da existência da Audiência de Custódia, em praticamente todos os flagrantes que realizou, a polícia agrediu o acusado. Defende que agora, com a realização da audiência um dia após a prisão em flagrante, caso o acusado venha a sofrer algum tipo de agressão o magistrado perceberá e que a rapidez do encontro com o juiz acabará fazendo com que a polícia

melhore a forma de tratamento do acusado, garantindo assim, um processo penal mais justo (SEVERO, 2015).

A Resolução do CNJ que institui a Audiência de Custódia, traz que a autoridade judicial deve perguntar ao preso preventivamente qual tipo de tratamento recebeu até chegar aquele local, indagando se houve maus tratos ou agressões (CNJ, 2015).

Ocorre que, na prática, é possível perceber que em muitos casos, a realidade é outra. Em um estudo realizado pela aluna Thayanne Patricia Alves Galeno, em sua monografia "Pés Descalços: A presença da cultura punitiva nas audiências de custódia no Distrito Federal", foi observado que não é sempre que o juiz questiona ao acusado se sofreu algum tipo de violência policial, e quando há a indagação, constantemente os presos alegam sofrer abusos de força pelos policiais.

Ademais, apesar de feito o relato de agressão, há casos em que não é realizado o encaminhamento da denúncia para o Ministério Público, como ocorreu com um acusado, em que apesar de contar "me deram um pisão na cabeça, mas eu já estava deitado no chão" (GALENO, pg. 20, 2016), nada foi feito.

Isso pode ser observado melhor no estudo do Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo que foi realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD (2016) em que até o ano de 2016, levando em conta o total de 558 audiências realizadas, em 266 casos não houve pergunta sobre violência.

Foi informado que a pergunta foi realizada pelo juiz em 248 casos, pela defesa 34, pelo Ministério Público em 8 e dito espontaneamente em 32 casos. Em cerca de 141 deles houve a denúncia de maus tratos por parte dos policiais, mas, em 50 desses casos, nenhuma providência foi tomada (IDDD, 2016).

Todavia, à época do acompanhamento dessas audiências de custódia, devido a ausência de procedimento em relação à tortura, somente um caso foi encaminhado para a defensoria pública, os demais eram enviados para a corregedoria da polícia civil ou militar. Agora, quando o laudo do IML confirma a existência de agressão, a

instauração de Inquérito Policial se dá a partir da própria audiência de custódia (IDDD, 2017).

Participam da audiência o juiz, promotor, escrevente, defensor ou advogado e constantemente, policiais. Caso haja pessoas interessadas em acompanhar a audiência, há cadeiras disponíveis na lateral. As audiências são gravadas quando o juiz inicia a audiência até o momento em que há a defesa. Sua decisão não fica registrada e a gravação é juntada posteriormente ao processo criminal. Após o juiz proferir sua decisão, o preso poderá ser encaminhado para o exame de corpo e delito que é realizado ao lado das salas de audiência de custódia, especificamente para esses casos (IDDD, 2017).

Um dos motivos que atrapalham a identificação e denuncia da tortura é o fato de ao longo da audiência de custódia, haver presença de policiais (CONCETAS, 2017). A Resolução 213 do CNJ proíbe expressamente que os policiais responsáveis pela prisão ou investigação estejam presentes durante a audiência de custódia. No entanto, é permitido a presença de outros policiais durante a audiência, o que acaba por constranger da mesma forma o acusado, que se priva de alegar torturas e maus tratos temendo represálias. Poucos possuem coragem de se expor, o que prejudica o bom funcionamento da audiência e a garantia dos direitos do preso (CNJ, 2015).

Em todos os Estados, durante a realização da audiência foi registrado a presença de policiais dentro do ambiente. No Distrito Federal, havia a média de quatro policiais armados nas salas. Esse elevado número de policiais gera certo receio ao preso de denunciar casos de violência (CONCETAS, 2017).

Sobre esse tema, disse a advogada da ONG Conecta Human Rights, Vivian Calderoni (2015):

> Alguns dos presos estavam com marcas visíveis da agressão. Olho roxo, perna machucada, camiseta com sangue, nariz muito ferido. Eu acho importante acrescentar que a Polícia Militar acompanha as audiências, e, mesmo assim, os presos tiveram coragem de denunciar o abuso policial, o que nos leva a crer que, provavelmente, aconteceram ainda mais casos, porque outros presos não têm a mesma coragem.

Ressalta-se que a verificação da tortura, se não for exposta, é algo de difícil percepção caso o acusado tenha medo de denunciar a violência sofrida. Em face disso, os policiais evitam deixar marcas de agressão no preso. No relato da Defensora Pública Aline Alcazar Barcelos é possível perceber que:

> Os policiais estão batendo de uma forma que eles sabem que não vai marcar o corpo do preso. Alguns presos que relatam violência dizem que os policiais batem neles porque eles são negros ou pardos e as marcas dificilmente aparecem. Eles também falam que foram agredidos com tapões no ouvido, tapa na cabeça, que também não deixam marcas (CNJ, 2015).

Nesses casos, é importante ressaltar que por mais que não exista marcas e evidências visíveis no custodiado, para a instauração do procedimento de investigação da tortura, apenas é necessário sua afirmação de tê-la sofrido (IDDD, 2017).

Cabe ao Estado então, mesmo nos casos em que a violência não esteja visível, proteger as vítimas de agressões físicas e afastar os policiais do denunciante e de sua família, garantindo assim a segurança e a confiança entre a vítima e a justiça (ONU, 2001).

Esse entendimento está previsto no Protocolo de Instambul, que defende que:

> O Estado é responsável pela protecção de todas as presumíveis vítimas, testemunhas e suas famílias contra a violência, ameaças de violência e qualquer outra forma de intimidação a que essas pessoas possam ser expostas em resultado do inquérito. Os suspeitos de implicação em actos de tortura deverão ser afastados de qualquer posição de controlo ou comando, directo ou indirecto, sobre os queixosos, testemunhas e suas famílias, bem como sobre as pessoas que realizam a investigação (2001, pg. 42).

Todavia, se já costuma ser difícil a denúncia ser instaurada com marcas visíveis, é mais difícil ainda de ocorrer nos casos em que não há “provas”. Trata-se um verdadeiro desafio a falta de atenção dos relatos feitos pelos custodiados. Essa situação foi exposta no Relatório do Panorama Nacional feito pelo IDDD em relação aos últimos dois anos sobre a audiência de custódia, em que há uma declaração feita

pelo juiz afirmando não determinar a apuração dos fatos de situações em que o preso "alega tortura, mas não possui nenhuma marca" (IDDD, 2017).

No Distrito Federal até o ano de 2017, em 16,7% dos casos observados ocorreram relatos de agressão policial, sendo a polícia militar a causadora de 63,63% deles. Nas denúncias de violência, em 58,33% as agressões eram visíveis, mas apesar disso, somente 27,27% delas foram encaminhadas ao órgão competente (IDDD, 2017).

Entre os custodiados da pesquisa feita pelo Conectas (2017), 5% tratavam-se de mulheres e 10% eram transexuais. Por mais que sejam um número reduzido, a violência entre esses casos não era menor. Mulheres e transexuais estão mais propícios a violências verbais, que ao longo da audiência de custódia acaba por ser mais invisível, tendo em vista que buscam agressões físicas que deixam marcas. Tal fato acaba por ser incompreendido, permitindo violências de gênero, revistas humilhantes, ameaças sexuais e xingamentos.

Na maioria dos casos em que houve relato de tortura, em 18% deles havia uma explicação do motivo que causou a agressão e as possíveis lesões que a pessoa presa apresentava, a fim de que os policiais fossem isentos. Uma das justificativas mais comuns era em razão de fuga do acusado, que acabava por cair e se machucar ou então, tentativa de agressão contra policial. (CONECTAS, 2017).

O abordado tentou agredi-los objetivando furtar-se à ação policial, não deixando ser algemado, motivo pelo qual foi necessário o uso de força moderada para conte-lo, algemá-lo e conduzi-lo até esta unidade (CONCETAS, 2017, pg. 36).

Importante ressaltar ainda, que em alguns casos de violência de tortura, a vítima alegou ter sido ameaçada para mentir sobre suas lesões, quando encaminhada a atendimento médico (CONECTAS, 2017).

Haviam audiências que foram realizadas sem a presença do preso, que por mais que estivessem hospitalizados, a audiência seguia seu curso normal, como se o preso estivesse presente. Apesar da má saúde do acusado, não era instaurado um

inquérito a respeito de suas condições físicas, tampouco questionada a justificativa do juiz em realizar uma audiência sem a presença do preso (CONECTAS, 2017).

Analisando as audiências de custódia, foi possível perceber que os presos ao se referirem às agressões policiais respondiam como se fosse algo comum, em alguns casos até falavam como se tivessem "apanhado" pouco. Não obstante, ainda buscavam meios de justificar as agressões sofridas, como se fossem eles os culpados, como no caso em que a vítima informou:

> Os policiais me abordaram e perguntaram se eu tinha alguma coisa, eu falei que não, ele falou que se achasse ia ser pior, daí ele achou um baseado, eu falei que tinha mais coisa, aí ele já deu um tapa na minha cara pelo fato de eu ter mentido, não era pra eu ter feito isso (CONECTAS, 2017, pg. 41).

Ao analisar os números observa-se o desvio na conduta dos agentes, que utilizam da tortura como meio de prova ou castigo, além de uma aparente inércia do Poder Judiciário, ao não dar continuidade às investigações das denúncias relatadas pelos presos. A defensoria também não vem cumprindo com êxito seu papel, não demonstrando real interesse em defender o acusado e denunciar casos de tortura, tendo em vista que o tempo de conversa com o preso é demasiado curto (CONECTAS, 2017).

É comum os presos se referirem às agressões como se fossem algo comum e simples, como por exemplo "foram apenas alguns tapas" ou "nada demais", quando na verdade o fato de "apanhar" não deveria ser visto como algo rotineiro, ainda mais quando os autores possuem o papel de evitá-la (CONECTAS, 2017).

O momento propício para o custodiado alegar a violência sofrida é exatamente na audiência de custódia, em que o seu defensor ou advogado possui papel crucial para sua denúncia. O defensor precisa conduzir o preso e informá-lo de seus direitos e seguranças, garantindo a apuração dos fatos e sua penalização (CONECTAS, 2017).

Apesar de diversos relatos negativos em relação a segurança do preso em efetuar a denúncia, há inúmeros casos em que a violência por mais que exposta, é

ignorada, ou então que apesar de identificada, não ocorre nenhuma sanção ao policial ou agente agressor, há algumas exceções (CONECTAS, 2017).

Em São Paulo, por exemplo, um policial acusado de torturar e ameaçar um acusado, teve sua prisão preventiva decretada após a apresentação do preso na audiência de custódia.

O jovem foi colocado na viatura policial e, durante uma parada, o policial teria praticado agressões físicas e ameaças de mortes conta o averiguado. Mesmo antes da perícia técnica especializada, o magistrado pôde avaliar pessoalmente se o relato condizia com as marcas apresentadas no corpo do rapaz e teve mais elementos para formar seu convencimento (CNJ, 2015).

Na decisão do caso acima, o juiz Cláudio Juliano Filho destacou que além da tortura ser crime hediondo, por se tratar de um policial ser o cometedor do crime, a situação é gravíssima partindo do pressuposto que este deveria buscar o cumprimento das leis (CNJ, 2015)

Já em Brasília, somente no mês de janeiro de 2018 em relação ao total de 863 audiências realizadas, foram registradas 55 denúncias de agressão física ou tortura policial, das quais todas resultaram em ofícios às corregedorias e Ministério Público. Ressalta-se que ainda nesses casos, ocorreram 18 encaminhamentos psicossocial em face dos danos causados ao preso (NAC, 2018).

De acordo com a Defensoria Pública da União, apesar da audiência de custódia fazer jus às funções essenciais da justiça, ainda há setores que não compreendem a sua extrema importância no ordenamento jurídico e acabam por não realizar a sua aplicação de forma correta. Cabe então, ao Defensor Público afirmar as garantias diariamente (DPU, 2015).

Assim que conhecida a prisão, é necessária uma atuação mais célere. O Defensor deverá observar se ocorreu algum desvio no modelo da audiência de custódia e combatê-los, assumindo uma função de conscientização e transformação

da prática judiciária que por anos foi acostumada a descumprir os Direitos Humanos (DPU, 2015).

É fundamental o papel do defensor ao afirmar a tortura sofrida pelo acusado, da mesma forma que o juiz possui importância ao dar continuidade às investigações da denúncia. A partir do momento em que não houver penalidade para os agressores, um dos principais objetivos da audiência de custódia – evitar torturas – não surtirá seus efeitos esperados. Caso permaneçam saindo impunes, os policiais continuarão agredindo e torturando os presos (IDDD, 2017).

O Supremo Tribunal Federal em sua súmula vinculante de número 11 estabelece os critérios de utilização de algemas:

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (BRASIL, 2008).

Não obstante, a pesquisa feita pelo IDDD (2017) aponta que os custodiados permanecem com o uso de algemas por todo o tempo. Em diversos casos houve reclamação do preso sobre as algemas estarem muito apertadas, mas mesmo assim, nenhuma providencia era tomada.

Nesse aspecto novamente, se questiona o papel do defensor, que de acordo com a pesquisa, não questionam o uso das algemas ao longo da audiência de custódia, inclusive nos casos em que o juiz se quer justifica o uso das mesmas. É importante ter em mente que nos casos em que o juiz não cumpre a sua função de garantidor de direitos, é dever do Ministério Público e da Defensoria Pública exigir esses direitos (IDDD, 2017)

Em Londrina, todas as audiências assistidas durante a realização da pesquisa, os presos além de possuírem algemas nos pulsos, ainda tinham algemas nos tornozelos. No Distrito Federal, as algemas permaneceram em 98,61% dos casos,

sendo que no único caso em que houve a retirada das algemas o custodiado possuía seus movimentos reduzidos (IDDD, 2017).

No Maranhão foi presenciado que a retirada das algemas dependia do juiz que realizava a audiência. Em Rondônia, foi registrado que em todas as audiências ocorreram a retiradas das algemas dos acusados e em Pernambuco, em apenas 3% dos casos os presos tiveram suas algemas mantidas. (IDDD, 2017).

É perceptível então que os juízes vão contra a súmula do STF, levando em conta que a utilização de algemas é uma exceção que requer justificativa concreta e idônea. Nos casos em que ocorreram a pesquisa, foi observado que ou há ausência de justificativa ou então há o uso de justificativa padrão (IDDD, 2017).

Em relação às decisões dos juízes, até junho de 2016 apenas o Distrito Federal concedeu mais liberdades do que prisões preventivas. Foram 52,78 casos de liberdade provisória ou relaxamento de prisão. São Paulo, Minas Gerais e Ceará obtiveram números próximos em relação às duas situações, sendo que Rio de Janeiro e Pernambuco obtiveram mais prisões preventivas (IDDD, 2017).

Analisando os dados do Instituto Sou da Paz, antes da aplicação da audiência de custódia e as informações do IDDD (2017), após sua implementação, é possível observar que houve uma relativa diminuição de aplicações de prisões preventivas. Todavia, partindo do pressuposto que a prisão é uma medida a ser aplicada em último caso, manter metade dos acusados presos preventivamente ainda não é o cenário esperado, ainda mais levando em conta a superlotação carcerária do país

A pesquisa também verificou que para os juízes e promotores na maioria dos Estados, já realizam a audiência de custódia partindo do pressuposto que o acusado é culpado. Fato preocupante que acaba por reduzir a audiência de custódia em apenas um meio de formalizar uma decisão anteriormente tomada. Não é levado em consideração os argumentos, circunstâncias e fatos argumentados pelo acusado e defensor, desvalorizando a audiência (IDDD, 2017).

Em face disso, quando o caso resulta em liberdade, a grande maioria obteve a aplicação de medida cautelar alternativa, inclusive mais de uma, acabando por ser uma alternativa a liberdade e não a prisão. Os lugares que houve o maior número de aplicação de medidas alternativas para cada indivíduo que obteve liberdade, são Ceará e Pernambuco, com a média de três cautelares por pessoa (IDDD, 2017).

Por fim, ao encerrar a audiência de custódia, independente do custodiado ter sido solto ou preso, ele é conduzido por um policial militar até a carceragem, ainda com uso de algemas até que chegue o alvará de soltura ou seja encaminhado para um Centro de Detenção Provisória (CONECTAS, 2017).

4.5 Prováveis Melhorias

A tortura é uma das mais graves violações dos direitos humanos, sendo que sua prática é um obstáculo para a consolidação do sistema democrático e do Estado de Direito (CDH, 2000). Para o bom funcionamento da justiça é necessário reduzir a sua existência.

O primeiro passo é acreditar mais no custodiado, quando alegar ter sofrido maus tratos ou tortura, dando assim um maior poder de voz, uma garantia. É preciso ter um registro de violência cometida no momento da prisão detalhado, com detalhes e informações imprescindíveis para a apuração dos fatos (CONECTAS, 2017).

A Comissão de Direitos Humanos (2000) trouxe algumas propostas apresentadas na V Conferência Nacional de Direitos Humanos para combater a tortura e reparar as vítimas.

Dentre as propostas criadas, está a realização de exame de corpo de delito nos presos logo após os interrogatórios, com o objetivo de evitar que ocorra tortura como fim de obter confissão. Ademais, foi proposto que ocorra a substituição do inquérito policial por uma apuração coordenada pelo Ministério Público, além de responsabilizar judicialmente o Estado pela proteção às vítimas e testemunhas de tortura, com direito à indenização e apoio psicológico às vítimas (CDH, 2000).

Outra proposta foi a de criar mecanismos para apuração e penalização de guardas, agentes penitenciários e policiais que agridam ou torturem presos evitando a impunidade das "autoridades". Ainda, abordaram a necessidade de criar mecanismo exercido pelo Ministério Público a fim de controlar as polícias (CDH, 2000).

A Organização Conectas também indicou diversas melhorias para a aplicação da audiência de custódia e consequentemente formas de potencializar seus resultados. Uma delas é que a audiência deve ser realizada presencialmente em lugar seguro, não havendo pressão ou coação no momento de coleta d relatos de tortura e maus tratos, além da pessoa presa não estar algemada (CONECTAS, 2017).

Reforçou que para um melhor funcionamento a presença dos policiais na audiência deveria ser proibida, da mesma forma, durante as entrevistas com o defensor público, devendo ainda ser utilizadas palavras fáceis a fim de uma boa comunicação entres os polos (CONECTAS, 2017).

Como visto, as audiências de custódia "fantasmas" são comuns, o que afronta os direitos do acusado e um dos objetivos da audiência de custódia, que é exatamente aproximar o acusado do juiz, podendo assim, dizer suas versões dos fatos e denunciar possíveis maus tratos (CONECTAS, 2017).

No art. 1º §4º da Resolução 213 do CNJ, é expresso que caso o preso não possuir condições de se apresentar na audiência em razão de estar hospitalizado ou outra condição excepcional devidamente comprovada, a audiência não deverá acontecer em nenhuma hipótese sem a sua presença (CNJ, 2015).

Ou seja, para melhor aplicação da audiência de custódia é necessário que essas audiências que acontecem com a ausência do preso não ocorram mais. Após a alta hospitalar e restabelecida a sua condição, sua apresentação deverá ser determinada imediatamente para o devido prosseguimento da audiência de custódia (CONECTAS, 2017).

Ademais, em caso de ausência de presos por enfermidade, deverá ser instaurado procedimento a fim de investigar provável violência policial constando os motivos da internação, as lesões físicas e psicológicas (CONECTAS, 2017).

Para melhora significativa, é preciso que os juízes perguntem a todos os custodiados se sofreram agressões policiais e em caso afirmativo, se interessar em questionar os detalhes para auxiliar a apuração dos fatos.

Mais importante ainda que questionar acerca dos abusos sofridos, é dar prosseguimento às investigações das denúncias. É necessário instaurar medidas investigatórias nos casos que houverem suspeitas de maus tratos e denúncia quando existirem indícios suficientes. Os relatos de violência policial também devem ser registrados pelo judiciário a fim de realizar medidas passíveis de prevenir futuras torturas e outros tratamentos cruéis, mesmo que o acusado decida não as mencionar durante a audiência (CONECTAS, 2017).

Outro fator importante a ser melhorado é o fortalecimento das defensorias públicas. Como visto, é necessário que haja um espaço antes do início da audiência para a entrevista, ambiente que o acusado se sinta seguro de contar sua versão dos fatos e ser informado de seus direitos. Assim, em ambiente reservado, o defensor deve questionar sobre prováveis torturas e maus tratos, evitando qualquer tipo de pressão e constrangimento, informando a garantia da integridade física de sua pessoa, familiares e testemunhas em busca de um relato mais fiel à realidade (CONECTAS, 2017).

Por fim, o Instituto Conectas concluiu que no laudo médico deverá constar o tipo de violência que o preso informou ter sofrido, devendo a perícia ser feita de acordo com o Protocolo de Istambul. Ademais, em casos necessários deverá ser realizado exames complementares para comprovar lesões de difíceis comprovações bem como da extensão de seus ferimentos. Para isso é necessário que o Instituto Médico Legal seja fortalecido, passando a ter independência e autonomia em relação à Secretaria de Segurança Pública Estadual (CONECTAS, 2017).

Visando uma melhora na audiência de custódia a Defensoria Pública da União detalhou como as perguntas deveriam ser feitas, iniciando com a constatação do que o acusado entende por “tortura”, seguido pelos motivos e circunstâncias da prisão, conversas com os agentes públicos, cotidiano no cárcere, presença de testemunhas e existências de lesões corporais e/ou agressão sexual, por exemplo. (DPU, 2015).

Pensando em prováveis retaliações dos agentes acusados de tortura, a Defensoria Pública também recomenda que deve ser realizado periodicamente uma visita nas unidades prisionais e delegacias para verificar o tratamento e condições dos reclusos (DPU, 2015).

Em suma, reforçou que as entrevistas com os acusados devem ser realizadas com sensibilidade da parte das autoridades, compreendendo o estado do assistido, ganhando assim sua confiança. Ressaltou a importância de se levar em conta as violências de gênero, relatos de preconceito racial e assédio moral e físico (DPU, 2015).

Por fim, destacou que o defensor deve buscar informações em relação ao local que o acusado permanecerá preso preventivamente, caso seja assim decretado, pois diversas cadeias são desprovidas dos requisitos mínimos para a custódia. Nesses casos cabe ao defensor comprovar a ausência de estrutura do local, e exigir assim o desencarceramento do acusado, reforçando que o mesmo poderia responder em liberdade (DPU, 2015).

5 CONCLUSÃO

Desde o início da confecção do presente trabalho, era sabido que o sistema prisional brasileiro enfrentava uma crise, por isso o interesse na pesquisa, em razão da esperança de que a audiência de custódia fosse um meio de sanar os problemas da época.

Analisando as audiências de custódia, foi perceptível a importância da garantia do princípio da presunção de inocência e do respeito aos Direitos Humanos, ao dar a oportunidade com a sua aplicação, de se analisar imediatamente a legalidade da prisão, sua real necessidade e principalmente, averiguar se os presos em flagrante foram submetidos à tortura ou agressões.

Foi visto que a audiência de custodia fortalece o direito de defesa a partir do momento em que permite que a pessoa presa tenha contato em pouco tempo após sua prisão, com o defensor público ou advogado, além de humanizar o tratamento do acusado em relação à compreensão dos casos junto ao juiz e promotor.

Portanto, no capítulo 1, foi abordado o conceito da audiência de custódia e seu procedimento de acordo com a Resolução 213 do CNJ, além do Código de Processo Civil. Foi constatado que ao longo de audiência de custódia o magistrado deve possuir um limite quanto à oitiva do acusado, limitando-se a abordar somente fatos em relação a legalidade e necessidade da prisão. Por fim, trouxe as consequências da não realização da audiência, que em razão da ausência do custodiado, não poderia ocorrer em nenhuma hipótese, devendo ser realizada imediatamente quando o preso restaurar suas condições para a apresentação.

Já no capítulo 2, foi demonstrado as vantagens e desvantagens da aplicação da audiência de custódia no Brasil, discorrendo sobre a sua importância em relação a adequação ao ordenamento jurídico, garantia de princípios constitucionais, diminuição carcerária, economia de recursos públicos e o mais importante, a identificação de torturas e prisões ilegais. Da mesma forma foi abordado os aspectos negativos como a falta de estrutura, a ausência de um procedimento padrão, do necessário fortalecimento das Defensorias Públicas e o fato de existir o costume de decretar a prisão com mais facilidade do que aplicar a liberdade provisória.

Por fim, no capitulo 3 foi buscado responder se com a criação da audiência de custódia houve o fim das torturas policiais com os presos. Para isso foi conceituado o que é a tortura, seguido de uma análise estatística da aplicação da audiência de custódia no Brasil, utilizando como base principalmente os dados do DEPEN, além

das informações fornecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, entre outros.

Através da análise foi possível constatar então, que a audiência de custódia possui todos os mecanismos para diminuir a violência policial e o excesso de presos provisórios, todavia, em razão da sua má aplicação, seus resultados ficam comprometidos. O fato dos juízes, promotores e defensores já receberem os presos com um certo preconceito, não dando atenção suficiente à sua versão dos fatos ocorridos, dificulta a confiança quanto à denúncia e investigação dos prováveis casos de tortura.

Na grande maioria dos casos, o preso se sente coagido em denunciar a tortura sofrida, tendo em vista que os policiais estão presentes na audiência de custódia e que caso tenham coragem para denunciar, a possibilidade de não ser dado a devida importância e não ocorrer sanções aos policiais, são grandes.

Apesar de representar um grande avanço na busca de evitar torturas, infelizmente a reforma não mudou a situação de um número relevante de pessoas presas no Brasil sob mandado judicial e é certo que ela sozinha não eliminará a prática de violência nas detenções no país.

Para um efetivo resultado da aplicação da audiência de custódia, não basta a apresentação do preso em 24 h, é necessário acima de tudo, que haja uma certa consideração com o custodiado. É importante que as autoridades prestem atenção nos relatos e se em caso positivo de tortura ou agressão, ocorra a denúncia e a investigação com o objetivo de responsabilizar os culpados.

Ou seja, as audiências são um passo para melhorar o sistema prisional e garantir os direitos fundamentais do preso, mas para isso são necessárias melhorias. Em suma, é preciso que haja uma entrevista transparente e eficaz entre as autoridades e o custodiado e não uma apresentação meramente formalística. Apenas com a responsabilização dos seus agressores esses casos não virão mais ocorrer, pois se não há penalização, não há motivo para deixar de torturar.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **Audiência de Custódia**. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/37dbb32d0a48858318082cd3a 1d5e652.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **Dados estatísticos**. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 10 dez. 2017.

AGÊNCIA SUPERIOR TRUBUNAL FEDERAL. **2ª TURMA concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente**. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em: 26 fev. 2018.

ANDREUCCI, Ricardo. **Legislação penal especial**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217365/cfi/653!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 fev. 2018.

ARAS, Vladmir. **O sistema acusatório de processo penal**. 2016. Disponível em https://vladimiraras.blog/2016/07/04/o-sistema-acusatorio-de-processo-penal/. Acesso em: 30 fev. 2018.

ARAUJO, Guilherme Silva. **A audiência de custódia como contenção à violência policial em desfavor da pessoa presa.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/a-audienciade-custodia-como-contencao-a-violencia-policial-em-desfavor-da-pessoa-presa-porguilherme-silva-araujo/. Acesso em: 17 out. 2017.

AVENA, Norbeto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Método, 2017.

AZEVEDO, Solange. **O Brasil que ainda tortura**. Revista Isto é, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://istoe.com.br/146953_O+BRASIL+QUE+AINDA+TORTURA/>. Acesso em: 04 fev. 2018.

BARIFOUSE, Rafael. **Brasil lidera ranking de medo de tortura policial**. BBB Brasil, 2014. Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/05/140512_brasil_tortura_vale_rb>. Acesso em 15 fev. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2017.

BINA, Ricardo Ambrosio Fazzani. **Legislação Penal Especial**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 14 fev. 2018

BRASIL. Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 jan. 2018

BRASIL. Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.ht>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos** (pacto de São José da Costa Rica), de 22 de Novembro de 1969. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 30 jan. 2016.

BRASIL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Audiência de custódia** - Manual de orientação. Brasília: DPU, 2015. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/publicacoes/manual_audiencia_custodia.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - Depen. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: INFOPEN - JUNHO DE 2014. Brasília, 2014. 148 p. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 11**. Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Edição: Imprensa Nacional, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **ADPF 347/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: partido socialismo e liberdade – PSOL. Requerido: União. Relator (a) Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. **HC 133.992/DF**. Primeira Turma. Paciente: Fabio Da Silva Brito De Jesus. Impetrado: Juvenal Evaristo Correia Junior. Relator (a) Min. Edson Fachin. Brasília, 09 de junho de 2016. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309707840&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus Coletivo. **HC COLETIVO 143.641/SP**. Primeira Turma. Paciente: todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Impetrado: Defensoria Pública Da União. Relator (a) Min. Ricardo Lewandowski. São Paulo, 20 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodium, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei do Senado n° 554**, de 2011. Altera o 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 07 jun. 2017. Texto Original.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.

CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Cleide. **Denúncias de tortura no Brasil cresceram 129% nos últimos 3 anos**. O Globo, 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/denuncias-de-tortura-no-brasil-cresceram-129-nos-ultimos-3-anos-12050252>. Acesso em: 30 fev. 2018.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. **A tortura no Brasil**. 2000. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/estudos/dh/br/torturabr.htm. Acesso em:12 mar. 2018.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS (São Paulo). **Tortura Blindada**: Como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas, 2017. 128 p. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf>. Acesso em 20 fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213**, de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Origem: Presidência. Resolução Nº 213 de 15/12/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 24 fev. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (Brasil). Ministério da Justiça. **Audiências de custódia e prevenção à tortura**: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento. Brasília: Depen, 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1-correto.pdf. Acesso em: 30 nov. 2017.

FIORILO, Bruno Viudes. **Tratados Internacionais e a regulamentação da audiência de custódia no Brasil**. Jus.com, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37503/tratados-internacionais-e-a-regulamentacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 02 jan. 2018.

FREIRE, Tatiane. **Ministro Lewandowski**: vantagens das audiências de custódia levam a adesões. Agência CNJ de Notícias, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80604-ministro-lewandowski-vantagens-das-audiencias-de-custodia-levam-a-adesoes>. Acesso em: 12 fev. 2018.

GALENO, Tayanne Patricia Alves. **Pés descalços**: a presença da cultura punitiva nas audiências de custódia do Distrito Federal. 2016. 86 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília,

2016. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/10606. Acesso em: 20 out. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (São Paulo). **Audiências de custódia panorama nacional pelo instituto de defesa do direito de defesa.** Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA (São Paulo). **Mulheres sem prisão**: Desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. São Paulo: Ittc, 201. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (São Paulo). **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. São Paulo: Iddd, 2016. 81 p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-audiencia-custodia-sp.pdf>. Acesso em 16 dez. 2017.

LEAL, Nina. **Audiência de Custódia**: Uma via de solução frente ao atual colapso do sistema penitenciário brasileiro? V. 1, N. 3, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva: 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva: 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz**: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, N° 17, dez/2014, IBCCRIM. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos>. Acesso em 09 ago. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Morais. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?** (parte 1) Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acesso em 3 de julho de 2017.

LUCHETE, Felipe. **Debatedores divergem se audiência de custódia pode antecipar mérito**. Consultor jurídico, 2016. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-ago-24/debatedores-divergem-audiencia-custodia-antecipar-merito>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MARCÃO, Renato. **Audiência de apresentação/custódia** (Resolução CNJ 213/15). Migalhas, 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252023,31047-Audiencia+de+apresentacaocustodiaResolucao+CNJ+21315>. Acesso em: 02 fev. 2018.

MASI, Carlo. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**. 2015. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.960.05.PDF>. Acesso em: 12 jan. 2018.

MENGARDO, Bárbara. **Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário?** Jota, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-14012017>. Acesso em: 08 fev. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Protocolo de Istambul - Manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Genebra, 2001. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974848>. Acesso em: 14 jan. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Os mitos da audiência de custódia**. 2015. Disponível em: < http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>. Acesso em 23 fev. 2018.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. **Audiência de custódia**: o que é e porque é necessária. 5 ed. 2013. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/rjc_boletim05_aud_custodia_2013.pdf>. Acesso em 07/03/2018.

SALVADOR NETO, Alamiro Velludo et al. **Legislação Penal Especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEVERO, Jean de Meneses. **Audiência de custódia: será o fim dos abusos cometidos pela polícia?** Canal ciências criminais, 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/audiencia-de-custodia-sera-o-fim-dos-abusos-cometidos-pela-policia/>. Acesso em: 03 mar. 2018.

TEIXEIRA, Fernanda. **Audiência de Custódia**: Limites às oitivas do preso, 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso> Acesso em: 19 mar. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Estatísticas do Núcleo de Audiência de Custódia** – Janeiro – 2018. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produtividade/produtividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia/ano-2018/EstatsticaNACJaneiro2018.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2018.

VASCONCELLOS, Jorge. **Audiências de custódia registram ao menos 473 relatos de violência policial.** Agência CNJ de notícias, 2015. Disponível em: <https://blog.mettzer.com/referencia-de-sites-e-artigos-online/>. Acesso em: 02 fev. 2018.

WICHWSKI, Tayla et al. **A audiência de custódia e suas implicações no processo penal brasileiro**. 2017. Disponível em**:** <http://periodicos.unibave.net/index.php/constituicaoejustica/article/view/124>. Acesso em: 24 fev. 2018.

ZAMPIER, Deborah. **Audiência de Custódia altera rotina de tortura estatal em SP**. Agência CNJ de Notícias, 2015. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80743-audiencia-de-custodia-altera-rotina-de-tortura-estatal-em-sp>. Acesso em: 17 jan. 2018.

Ciências Criminais

BREVES REFLEXÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E AS TEORIAS PUNITIVISTAS

Bárbara Braga Dachi

RESUMO

A pesquisa investigou como e de que forma o modelo restaurativo contribui para a efetivação e preservação dos objetivos da Lei 11.340/06, quais sejam: punir, prevenir e erradicar. Nesses pressupostos, a presente pesquisa busca averiguar se o objetivo "punir" deve ser necessariamente mantido como seus principais objetivos, haja vista que a necessária aplicação de uma pena não tem surtido efeitos consideráveis para a diminuição da violência contra a mulher, para que então possamos considerar uma possível erradicação desse conflito. O modelo retributivo, que através de diversas pesquisas foi declarado como fracassado, agora precisa se reinventar partindo de outras perspectivas, tendo em vista que a violência contra a mulher não deixa de ocorrer. Partindo do princípio de que tal possui raízes eminentemente culturais, por ser consequência do modelo patriarcal, consideramos a introdução de uma forma de resolução de conflitos que conta com a atuação de demais profissionais além dos operadores do direito, tais como assistentes sociais e psicólogos. Dentre teorias legitimadoras e deslegitimadoras da intervenção penal, partimos de uma análise que busca entender de que forma seria mais propícia a abordagem do problema de tal dimensão.

Palavras-chave: Direito penal. Política Criminal. Modelo Restaurativo. Modelo Retributivo. Teorias deslegitimadoras.

1 INTRODUÇÃO

A mulher, ao longo da construção histórica e social, foi alvo de objetificação. A objetificação é considerada de modo geral como a análise do indivíduo sem considerar o seu aspecto emocional e psicológico. Há quem identifique as origens dessa objetificação através de fatores biológicos, pela alteração dos modelos econômicos ou pela ascensão do casamento monogâmico, mas fato é que a

consolidação de uma cultura cristã e patriarcal atribuiu a mulher um papel de inferioridade.

Nesse contexto, os clamores do movimento feminista, que ganharam força especialmente na década de 80, foram e são respaldados na omissão estatal diante do problema da violência sofrida pela mulher. A situação restou insustentável quando o caso da biofarmacêutica Maria da Penha e seu ex-marido Marco Antônio Herredia Viveiros, que tentou assassiná-la duas vezes[1] foi levado à corte internacional.

A Lei 11.340/2006 nasceu de uma política criminal extrapenal que, nas palavras de Amon Albernaz Pires é, antes de mais nada "[...] focada no desenvolvimento da capacidade de enfrentamento da situação de violência por parte da própria mulher vítima e na reeducação e reabilitação do ofensor" (PIRES, 2011, p. 125).

Dessa forma, podemos considerar na aplicação da a implementação de medidas extrapenais de solução dos conflitos, como a Justiça Restaurativa, que se apresenta como uma proposta de pacificação em que, aquele que foi direta ou indiretamente afetado pelo conflito encontra um espaço de atuação onde pode expressar seus anseios e propor soluções.

Nas palavras de Margarita Martinez e Maria Pílar, podemos definir o procedimento restaurativa como "[...] *el empodieramento de las partes para que, a través del dialogo, puedan llegar a un acuerdo"*[2] (ESCAMILLA; ÁLVAREZ, 2011, p.21). Muitas vezes, a mulher recorre a justiça por querer uma solução imediata do conflito e não para uma apropriação estatal da sua demanda.

Dessa forma, buscaremos identificar, ao longo da pesquisa, como e de que forma a implementação de um método restaurativo contribuiria para a preservação e efetivação dos objetivos da Lei 11.340/06, quais sejam o de punir, prevenir e erradicar a violência. Isso porque ao prever em seu Artigo 30 a atuação de uma

[1] Maria da Penha. Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2012/04/maria-da-penha-1>. Publicado em 05/04/2012. Acesso em 26.01.2018
[2] Tradução: "o empoderamento das partes para que, através do diálogo, possam chegar a um acordo".

equipe multidisciplinar composta por profissionais das áreas psicossocial, jurídica e de saúde, que desenvolve trabalhos de orientação e prevenção tanto a vítima quanto ao agressor, a própria lei cria mecanismos que não visam tão somente a punição do agressor, mas a possibilidade de um processo de conscientização dos atingidos pelo conflito.

Não é novidade que o sistema penal vigente é fadado ao fracasso[3]. O modelo penal retributivo e punitivista coopera tão somente com a afirmação do declínio dos institutos penais que atuam de forma simbólica de modo em que a sociedade, já exaurida por tanto medo e insegurança, identifica na participação ativa do estado ao prender e punir, alguma forma de alívio.

Além disso, os meios midiáticos contribuem ostensivamente na perpetuação de um direito penal do inimigo, selecionado pelo sistema penal e que deve ser cada vez mais perseguido e punido[4]. As estratégias de política criminal que focam no enrijecimento das leis ou na criação de novos institutos penais, concluem a auto insuficiência no acolhimento das pessoas apenadas.

> Segundo o esquema retributivo, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, e nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. (BITTENCOURT, 2004, p.74).

Por outro lado, o enrijecimento das leis e uma ADI que inviabiliza a implementação de medidas alternativas para a solução de violências de menor dimensão, possibilita prisões preventivas por ameaça, por exemplo, o que se apresenta inviável em um país onde as prisões são depósitos humanos. Além do

[3] BISPO, Flávia. Departamento Penitenciário Nacional não tem controle sobre sistema carcerário brasileiro. Notícias do dia. Disponível em: <https://ndonline.com.br/florianopolis/noticias/departamento-penitenciario-nacional-nao-tem-controle-sobre-sistema-carcerario-brasileiro>. Publicado em 26.07.2017. Acesso em 12.12.2017.

[4] SALBRO, Henrique. Afinal, qual é a influência da mídia no direito penal? Canal ciências Criminais, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/afinal-qual-e-a-influencia-da-midia-no-direito-penal/>. Publicado em 17/11/2015. Acesso em 10.12.2017.

mais, não há redução significativa da agressão contra a mulher[5], que por muitas vezes não se liberta da violência por envolver questões de cunho psicológico, familiar e afetivo em que o judiciário não é e nem pode ser responsável para analisar, reforçando sua autonomia relativa, de modo em que "Os outros campos sociais, ainda que distintos do campo jurídico, preenchem o direito de significado e o influenciam ao mesmo tempo que sofrem seu influxo semântico e sua regulamentação" (TAVES, 2012, p.158).

A justiça restaurativa é, portanto, um procedimento que mergulha nas subjetividades do conflito em que as partes, principalmente a vítima ao versar sobre o dano que sofreu, através de uma prática restaurativa pode, utilizando o termo de Renato Sócrates Gomes Pinto, realizar uma "recontextualização construtiva do conflito" (PINTO, 2005, p.21). Isso porque, ao nosso ver, a principal intenção da Lei Maria da Penha é da preservação integral da mulher através de medidas que garantam sua proteção. O Estado, nesse contexto, cumpriria papel sinergético nesse modelo.

No Distrito Federal, o procedimento restaurativo já foi implementado no juizado de violência doméstica e familiar contra mulher situado no fórum do Núcleo Bandeirante, onde o juiz conta com o auxílio do núcleo psicossocial para analisar as demandas e definir qual solução jurídica se mostra mais adequada ao caso particular. Há também diversas atuações da justiça restaurativa em campanhas conscientização promovidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ("TJDFT") a respeito da violência doméstica, tais como oficinas escolares, cartilhas, grupos de conscientização dos homens, etc.

Dessa forma, o presente trabalho se comprometerá a buscar compreender como e de que forma o modelo restaurativo contribui na preservação e efetivação dos objetivos previstos na Lei 11.340/06, quais sejam os de punir, prevenir e

[5] SENADO FEDERAL. Data Senado aponta aumento no percentual de mulheres vítimas de violência. Senado Notícias. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/08/datasenado-aponta-aumento-no-percentual-de-mulheres-vitimas-de-violencia>. Publicado em 08/06/2017. Acesso em 02.02.2018.

erradicar a violência contra a mulher baseada no gênero. Portanto, também se buscará averiguar se o objetivo da punição é necessariamente primordial e se existe algum possível diálogo entre ambos, de forma em que se torne possível visualizar, ou não, num futuro mediato, uma efetiva erradicação da violência contra a mulher.

2 A PROPOSTA DO MODELO PUNITIVISTA PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE GÊNERO COM ENVOLVIMENTO DE VIOLÊNCIA

São remotas as distinções estabelecidas entre feminilidade e a masculinidade e, consequentemente, a divisão dos respectivos deveres, funções e papeis sociais entre ambos. Atualmente, compreendemos que as diversas formas de agressão contra a mulher são consequência da influência patriarcal sobre o que foi histórica e socialmente consolidado pelas estruturas sociais de poder. Sobre a dominação masculina, Pierre Bourdeau registra que:

> A força particular da sociodicéia masculina lhe vem do fato de ela acumular e condensar duas operações: ela legitima uma relação de dominação, inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela própria uma construção social naturalizada (BOURDIEU, 2012, p.33).

Para o mencionado autor, a dominação do feminino pelo masculino ocorre pela visão androcêntrica do mundo, que se baseia nas diferenças visíveis entre o masculino e o feminino. As diferenças biológicas não determinam a estrutura hierárquica dessa dominação, que ele atribui como organização simbólica da divisão do trabalho.

> As arbitrariedades do biológico, e particularmente do corpo, masculino e feminino, de seus usos e funções, sobretudo na função biológica, que dá fundamento aparentemente natural à visão androcêntrica da divisão de trabalho e, a partir daí, de todo o cosmos (BOURDIEU, 2012, p.33).

Em síntese, se há o princípio da divisão fundamental dos papéis dos gêneros, que determinam a atuação de cada um, consequentemente os gêneros são, na verdade, o trabalho de construção que gera o produto "corpo socialmente diferenciado do gênero oposto (sob todos os pontos de vista culturalmente

pertinentes)" (BOURDIEU, 2012, p.33). Assim, a habituação dessas diferenças perpetua a visão androgênica do mundo, onde o que é feminino não habita o masculino e vice-versa, "como duas essências sociais hierarquizadas" (BOURDIEU, 2012, p.33). A biologia e o corpo político se tornam, portanto, espaços onde o discurso da dominação masculina é neutralizado socialmente (BOURDIEU apud SENKEVICS, 2012).

Friedrich Engels (ENGELS, 1984, p.70), ao tentar compreender a origem da opressão feminina partindo das investigações iniciadas por Lewis Henry Morgan, sugere que a introdução da propriedade privada e o casamento monogâmico foram os responsáveis pela depreciação do gênero. Para ele, esses romperam com o modelo tribal e tudo o que era antes compartilhado, agora pertence aos homens. A partir do momento em que a relação familiar gira em torno do patrimônio e da sucessão de bens da linha patrilinear, esta "é exigida porque os filhos, na qualidade de herdeiros, deverão um dia 'entrar na posse do patrimônio paterno" (ENGELS, 1984, p.70).

O casamento monogâmico representou para Engels o marco inicial da opressão sexual feminina, pois trouxe maior solidez aos laços conjugais, que agora só poderiam ser rompidos pelo homem. Este, portanto, passou a representar a solidez da unidade familiar por deter o território, o patrimônio e a família, o que para o autor foi considerada "a pior derrota das mulheres". Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade primitiva comum primitiva, originada espontaneamente.

Há, nesse ponto, a ascensão do patriarcado ou patriarcalismo, que etimologicamente representa a forma de organização social em que predomina a autoridade paterna[6]. Para Heleieth Saffioti, ao tratarmos sobre as questões de gênero, demonstra-se necessária a análise desse fenômeno, haja vista o gênero sempre ter existido, enquanto o patriarcado poderá ser mais facilmente modificado. Assim, a

[6] CONCEITO.DE. Disponível em: <https://conceito.de/patriarcado>. Publicado em 16.11.2013. Acesso em: 01.10.2017

autora afirma que “é possível transforma-lo em muito menos tempo do que o que foi exigido para sua implantação e consolidação”, por se tratar de um fenômeno social (SAFFIOTI, 2004, p.126).

Para a autora, o gênero não é um termo neutro e “carrega uma dose apreciável de ideologia” (SAFFIOTI, 2004, p.128), qual seja, a do patriarcado. O discurso patriarcal condiciona o fato de ser mulher a algum tipo de “dever ser” e frustra o *animus* subjetivo. A partir do momento em que o gênero feminino é condicionado a tudo o que é disponível, pacífico, dócil e irracional, se torna frustrada sua autonomia, de ser percebida como um ser que possui vontades e necessidades próprias, haja vista que o condicionamento desconsidera tais subjetividades. Ao desconsidera-las, nasce o ato de objetificar.

As estruturas organizadas de poder, tais como a família, igreja e escola cumprem papel fundamental sobre a influência na forma de pensar, crer e agir, fato que naturaliza os chamados papéis dos gêneros, que são baseados na forma que cada um deveria atuar numa sociedade, estabelecendo suas limitações e motivando inúmeras formas de agressão facilmente justificadas por tais diferenças. Por isso, ao tratar sobre violência motivada por cunho pessoal afetivo, psicológico ou moral, serão necessárias intervenções que visam amparar a vítima em relação aos seus traumas, pois nestes existe uma dose de ideologia patriarcal que por muitas vezes faz com que a vítima se sinta culpada pela agressão que sofreu e passe a naturaliza-la.

Ao banalizar a objetificação da mulher, justificada pela naturalização das desigualdades, a manutenção social também é frustrada, haja vista que objetificar afeta os direitos subjetivos dessa, resultando em dano de difícil mensuração, pois para tanto deveriam ser rechaçadas as peculiaridades de cada um e o que torna a solução demasiadamente dificultosa. Porém, como é dever do Estado acolher a todos deve o este zelar pela diligência na escolha dos procedimentos adequados para a resolução de conflitos dessa dimensão.

Ressalte-se que, por se tratar de um problema que envolve outras dimensões de análise, pertencentes às demais ciências humanas, que extrapolam a jurídica, não

parece plausível o Estado apreciar unilateralmente questões personalíssimas sem que ocorra alguma participação da vítima. A título exemplificativo, o poder público reconheceu o limite de sua atuação unilateral na esfera privada no instituto casamento, que culminou na impossibilidade do juiz mensurar a culpa como requisito para a concessão do divórcio.[7]

2.1 A naturalização da violência baseada no gênero

As complexidades que orbitam as questões do gênero feminino ultrapassam a possibilidade de valoração sobre como e de que forma contribuem para a prática da violência contra a mulher baseada no gênero, eis que o estudo do tema ao longo do tempo modifica e aperfeiçoa os conhecimentos constantemente. Seja baseado na ideia de *arbitrariedade biológica*, *propriedade privada*, *neutralidade do gênero*, o problema é de grande dimensão e foge da análise desse estudo. Fato é que consideramos o modelo patriarcal como fonte perpetuadora da violência contra a mulher, pois se apresenta como catalizador dos discursos machistas que a naturalizam.

Judith Butler compreende que a violência expõe da pior maneira possível como somos vulneráveis uns aos outros, como nosso corpo pode estar, desde o início, aberto à vontade descontrolada do outro, a sua ação deliberada (BUTLER apud PASSOS, 2015). Dessa forma, a autora pondera que a vulnerabilidade dos corpos antecede até mesmo a existência destes por ser baseada na normatividade social, que determina em quais aspectos os corpos serão passíveis de violência, sendo corrompidos em momento anterior ao nascimento.

A naturalização da violência corrobora a ideia de que a mulher, pelo simples fato de ser mulher, é predestinada a compactuar com algumas premissas que são impostas sobre como se portar, agir e pensar. Assim, os papéis de gênero acabam por

[7] INSTITUTO BRASILEIRO DE FAMÍLIA – IBDFAM. Culpa pelo fim do casamento não se discute, diz TJMG. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5397/+Culpa+pelo+fim+do+casamento+não+se+discute,+diz+TJMG>. Publicado em: 06.08.2014. Acesso em: 10.09.2017

banalizar a objetificação da mulher, sendo que entre ela e a violência existe apenas uma linha tênue sobre como se comportou, como agiu e como pensou.

Os índices elevados de violência contra a mulher no Brasil, portanto, refletem o fato de que essas mulheres decidiram transgredir a barreira existente entre ela e tais "papeis", tais crenças legitimadores da violência em que a mulher deve sempre ser passiva, acolhedora e compreensiva, submetida à tutela masculina. Expor o conflito desmistifica a concepção sagrada da família, sendo, portanto, um ato político.

Cumpre salientar que houve momento em que a prática da violência contra a vida da mulher não mobilizava a atuação Estatal. A naturalização das agressões atingiu o seu estopim quando o Estado desprezou a integridade física da mulher, ou melhor dizendo, seus direitos fundamentais, por legitimar condutas violentas, como ocorreu com Ângela Diniz e diversas outras mulheres.

Em uma breve referência à realidade jurídica de algumas décadas atrás, o Código Civil de 1916 exalava a mentalidade patriarcal e conservadora, sendo exemplo disso o artigo 6º, inciso II, que previa que a mulher, ao se casar, se tornava relativamente incapaz. Na mesma linha, o Código Penal vigente, que previa o tipo penal de adultério em seu artigo 240, que tinha como objeto jurídico "a organização jurídica da família e do casamento e foi posteriormente revogado.

Os códigos são estatutos normativos fundamentados pelos reflexos morais da sociedade de cada época. A reprodução de ideologias patriarcais através das leis faz persistir paradigmas que naturalizam a violência contra o gênero feminino, além de contribuir ao regresso social. Dessa forma, a formação de alguns preceitos nos Códigos anteriores contribuiu diretamente para a defesa de discursos legitimadores da violência. Por isso, compreender os episódios em que foi possível a violação de garantias fundamentais por meio da argumentação, nos permite uma melhor visualização do problema.

2.1.1. O caso da socialite Ângela Diniz

Ângela Maria Fernandes Diniz foi uma socialite brasileira da década de 1960.[8] Fazia parte da alta sociedade brasileira e namorou com Raul do Amaral Street, de alcunha "Doca Street", um homem de boa condição social que assassinou de forma brutal sua então namorada, Ângela Diniz, pelo fato dela ter acabado definitivamente com a relação entre os dois.[9]

O crime ocorreu no dia 30 (trinta) de dezembro de 1976 e demorou aproximadamente 3 (três) anos até a reunião no tribunal do Júri, que ocorreu no dia 18 de outubro de 1979 e gerou grande mobilização da cidade de Búzios/RJ, local do fato. Ao final, o juiz do caso fixou sentença em 2 (dois) anos de prisão. O réu, contando com o benefício processual dos sursis, foi posto em liberdade no mesmo dia.

Numa cobertura jornalista realizada pela Rede Globo, mais precisamente pelo "Jornal Hoje"[10], foram entrevistadas algumas pessoas que aguardavam pelo julgamento do réu, ocasião em que essas, em sua grande maioria, acreditavam que a pena fixada pelo juiz era "justa" e atendia as expectativas desses sujeitos. Ou seja, o assassinato de uma mulher, justificado por um sentimento de apropriação, soava plausível. O senso comum patriarcal denuncia a importância da compreensão e esclarecimento, cada vez mais, a respeito dos discursos reproduzidos socialmente, para que se torne visível o que de fato há por detrás dessa ideologia, para que seja possível erradicar a naturalização da violência praticada contra a mulher e talvez os males produzidos por tal delito, o que torna possível atingir a erradicação.

[8] FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://acervofolha.blogfolha.uol.com.br/2016/12/30/ha-40-anos-assassinato-de-angela-diniz-parou-pais/>. S/D. Acesso em 13.09.2017.

[9] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DE SÃO PAULO, 2014. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-caso-doca-street>. S/D. Acesso em 13.09.2017.

[10] GLOBO. Jornal Hoje. Assassinato de Ângela Diniz e julgamento de Doca Street. Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/telejornais/jornal-hoje/assassinato-de-angela-diniz-e-julgamento-de-doca-street.htm>. S/D. Acesso em: 15.09.2017

A fixação inicial em pena de dois anos de prisão equipara o homicídio aos *crimes de menor potencial ofensivo* hoje existentes no ordenamento jurídico (Lei 9.099/95), fato inconcebível e que carece amplamente de razoabilidade, haja vista ser um crime contra a vida, que atinge o bem comum coletivo e faz com que a *notitia criminis* que relata o homicídio culmine em ação civil pública incondicionada, que versa sobre direito indisponível e obrigatoriamente recruta o Ministério Público como autor da ação. Assim, aquela minoração em relação ao crime de homicídio contra Ângela Diniz evidenciou a legitimação do homicídio, justificado pela naturalização e neutralização da violência contra a mulher a partir de preceitos inseridos nos Códigos, resultado da realidade machista – sempre latente – naquela época. Além disso, infelizmente representou também a objetificação da mulher pelo Estado, que, ao contrário, deveria à época ter por dever tutelar os direitos subjetivos mínimos, agindo conforme os interesses daquele que os detém: todos os cidadãos.

2.1.2 A legítima defesa da honra como argumento legitimador da violência

No curso do processo penal, as teses de defesa são imprescindíveis, haja vista versar sobre o direito de liberdade, o mais valioso conferido ao ser humano depois da vida. Por isso, não há a possibilidade de haver Devido Processo Legal sem uma defesa adequada, que conta com a atuação de advogado, que designa estratégias a fim de convencer aos juízes populares sobre o acolhimento do seu pleito, no caso, da absolvição do agressor.

A defesa do réu Doca Street foi baseada em uma tese intitulada como legítima defesa da honra. Essa tese defendia que, ao cônjuge traído que matasse o cônjuge desleal, haveria o benefício da legítima defesa, pois a honra integraria a pessoa bem como a vida ou o corpo e, portanto, a pessoa poderia matar para protege-la. O antigo Código Penal (1890-1940) garantia em seu artigo 27 que quando o agente estivesse em estado de completa privação dos sentidos e de inteligência no

momento do crime ele não seria considerado criminoso, de modo que a legítima defesa da honra era permitida, o que legitimava essa modalidade de defesa.

Foi nessa lógica que se baseou a defesa de Doca Street, que convenceu os jurados de que o crime havia sido motivado pelo sentimento de mais puro amor, sendo a integral responsabilidade do homicídio seria de Ângela que, por ser uma "mulher fatal", havia motivado a sua própria morte. O advogado de defesa Evandro Lins e Silva, ao se referir sobre o livro "Dupla Penal Delinquente – vítima" afirmou que:

> a "mulher fatal", é o exemplo dado para o homem se desesperar, para o homem ser levado, às vezes, à prática de atos em que ele não é idêntico a si mesmo, age contra a sua própria natureza" e concluiu "Senhores jurados, a "mulher fatal", encanta, seduz, domina, como foi o caso de Raul Fernando do Amaral Street.[11]

Nessa tese, portanto, observa-se nada mais do que a demonização da vítima, que é a responsabilização da vítima pelo crime, como se tivesse concorrido para tanto. A decisão do júri resultou na mobilização das mulheres ativistas que, com o slogan "Quem ama não mata", criaram um movimento que visava combater a violência contra a mulher. A pressão pública a respeito do caso, principalmente das mulheres ativistas, foi tanta que Doca Street foi submetido a um novo julgamento, posteriormente realizado em 1981. No segundo julgamento, a pena foi fixada em 15 anos.

2.1.3 Omissão estatal e a trajetória do movimento feminista

A atuação das mulheres ativistas no caso de Ângela Diniz deu maior visibilidade ao movimento feminista. Rompe-se, com esse movimento, as décadas de omissão a respeito da violência doméstica, sendo que agora há visibilidade da luta contra a violência baseada no gênero.

[11] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DE SÃO PAULO, 2014. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-caso-doca-street>. S/D. Acesso em 13.09.2017.

Os clamores do movimento feminista, que ganhou força especialmente na década de 1970/1980, baseavam-se a priori na revolta pela justificação e legitimação da violência, contexto em que a mulher era tratada como nada mais do que uma propriedade privada do homem. Atualmente, por seu turno, Alice Bianchi, ao tratar sobre o vínculo da vítima com o agressor, registra que na pesquisa da Data Senado de 2011, "78% dos agressores possuem ou possuíram vínculo afetivo com a vítima; 66% é marido/companheiro" (BIANCHINI, 2016, p.76). O que não era diferente à época e já trazia um grande incomodo ao movimento, que passou a se mobilizar para uma futura campanha de conscientização que visava atingir todas as mulheres para que refletissem a respeito da questão.

No período da ditadura houve a necessidade de propagação de uma mídia alternativa que fosse porta voz dos grupos sociais. O movimento feminista, por intermédio da sua própria mídia, defendia que "mesmo diante de uma ideologia hegemônica, projetada por forças políticas, econômicas e culturais propagada pela mídia, há um processo de construção de identidades de resistência e luta". Segundo Miriam Pillar Grossi (WOITOWICZ, 2007, p.4):

> No ano de 1980 surge as delegacias de mulheres e atendimento diferenciado para mulheres vítimas de agressão física e psicológica A categoria "violência contra a mulher", hoje de acepção em todo o Brasil, passa a fazer parte do senso comum a partir de mobilizações feministas contra o assassinato de mulheres "por amor" e "em defesa da honra" no final dos anos 70. Lutas que se ampliarão, no início dos anos 80, para a denúncia do espancamento e dos maus tratos conjugais, impulsionando a criação dos serviços de atendimento a mulheres "vítimas de violência", os grupos SOS mulher e, posteriormente, por parte do Estado, de Delegacias Especiais de Atendimento à Mulheres (GROSSI, 1998, p.296 apud WOITOWICZ, 2007, p.3)

Essas ações permitiram a visibilidade às agressões ocorridas nos espaços privados e públicos e rompiam o caráter inviolável da família, a solidez dos laços conjugais, preservados acima de tudo. De acordo com Heleieth Saffioti, "a implantação das Delegacias de Defesa da Mulher (DDM's), por mais precárias que sejam estas, desmistificou o caráter sagrado a família, a ela atribuído pela sociedade,

tornando visível a violência contra as mulheres, sobretudo a doméstica" (SAFFIOTI, 2007, p.3).

Além dos problemas da opressão que existia na ditadura, as discussões eram voltadas à vida, aos salários baixos e às agressões cometidas contra as mulheres. É nesse vapor que são realizados congressos femininos, marchas e movimentações que visavam garantir a legitimidade desse movimento. A ONU instituiu o ano de 1975 como o Ano Internacional da Mulher. Foi elaborado o "Manifesto da Mulher Brasileira", que surgiu com o objetivo de conscientizar, persuadir e acionar o movimento como "grupo político de pressão, evidenciando ao governo e à nação a necessidade de anistia".[12]

Os jornais feministas da época, Nós Mulheres (1976-1978) e Mulherio (1981-1987), como mídias alternativas, trouxeram à baila discussões sobre o porquê da existência dos papéis de gênero femininos e sobre o discurso hegemônico pregado culturalmente que era difundido no âmbito familiar, no trabalho, na sociedade, que ditava as predestinações do papel feminino à submissão da casa, da família e dos filhos.

Desde que nascemos, nós mulheres ouvimos em casa, na escola, no trabalho, na rua, em todos os lugares, que nossa função na vida é casar e ter filhos. Que nós mulheres não precisamos estudar nem trabalhar, pois isto é coisa para homem (...) nós mulheres decidimos fazer este jornal feminista para que possamos ter um espaço nosso, para discutir nossa situação e nossos problemas. E, também, para pensarmos juntas nas soluções (Nós mulheres, ano 1, n. 1, 1976, p.2 apud WOITOWICZ, 2007, p.6).

A busca pela igualdade das mulheres, portanto, se baseia na erradicação das disparidades entre os gêneros e no rompimento da naturalização da violência baseada no discurso fundamentalista patriarcal.

[12] MEMORIAL DA ANISTIA. Disponível em: <http://memorialanistia.org.br/movimento-feminino-pela-anistia>. S/D. Acesso em 22.09.2017.

Por outro lado, a atuação do movimento feminista não mobilizou o judiciário que, seletivo, patriarcal e conservador, garantia a execução de crimes que fossem "devidamente justificados". A publicação dos textos "Quando a vítima passa a ser culpada" e "Porque morrem as mulheres brasileiras?", nos jornais *Brasil Mulher* e *Brasília mulher*, retratam o amadurecimento das mulheres a respeito do discurso patriarcal, sobre a incessante ocorrência de homicídios contra a mulher. Além disso, também denunciavam o silêncio social e impunidade dos criminosos.

> Se a gente for ver os últimos casos que ocuparam lugar nas manchetes dos jornais como o assassinato de Ângela Diniz, o da menina Aracelli e, o mais recente, de Cláudia Lessing Rodrigues, vê-se que as vítimas estão sendo culpadas de sua própria morte. Como? Ora, as vítimas, quando são mulheres, acabam sendo acusadas de sua própria morte. Porque isso? Nesses casos, começa-se por discutir o comportamento da vítima para "justificar" e desculpar suas mortes violentas. O que acontece é que mesmo sendo a lei igual para todos, no crime em sociedade a lei e a prática ficam diferentes se o acusado homem ou pessoa importante (*Brasil* Mulher, n.9, 1977 apud WOITOWICZ, 2007, p.7).

A criação do grupo SOS no início dos anos 1980 é destacada pela importância no reconhecimento da necessidade de mudança no tratamento de crimes "em defesa da honra". Célia Regina Pinto registra que a ideia era a construção de um espaço que permitisse o atendimento as vítimas de violência como também uma reflexão para possíveis mudanças na condição dessas mulheres.

> No entanto, logo nos primeiros anos, as feministas entraram em crise, pois seus esforços não resultavam em mudança de atitude das mulheres atendidas, que, passado o primeiro momento do acolhimento, voltavam a viver com seus maridos e companheiros violentos, não retornando aos grupos de reflexão promovidos pelo SOS mulher (PINTO, 2003, p. 80-81 apud WOITOWICZ, 2003, p. 10).

Posteriormente, no ano de 1983, Maria da Penha Fernandes foi vítima de tentativa de homicídio pelo seu companheiro Marco Antônio Heredia Viveiros, que a deixou paraplégica. Sofreu nova tentativa de homicídio por parte dele, oportunidade em que tentou eletrocutá-la durante o banho. A denúncia foi oferecida em 1988 e o Estado foi omisso por 15 anos, sem proferir sentença. Novamente, o

movimento feminista se mobilizou e iniciou um processo no Centro pela Justiça do Direito Internacional (Cejil) e no Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), o que culminou na formalização de denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.[13]

2.2 A criação da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha)

O processo de criação da Lei 11.340 contou com grande participação de movimentos feministas, que "foi redigido pelo esforço de um consórcio de ONG's", tais como a Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação ("CEPIA"), o Centro Feminista de Estudos e Assessoria ("CFEMEA"), Agende, Advocaci, "CLADEM/IPÊ e THEMIS"[14] Em síntese, a denúncia permitiu a responsabilização do Estado Brasileiro por omissão e negligência, além da recomendação por parte da OEA na criação de políticas públicas que visassem erradicar o problema.

A Constituição Federal de 1988 prevê, no Artigo 226 §8º, que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". A fim de cumprir tais recomendações, o Estado, por intermédio da elaboração da Lei 11.340/06, buscou instrumentalizar a repressão contra atos de violência contra a mulher que, lato sensu, encontram-se previstos no rol taxativo do Artigo 5º, podendo ser físico, sexual, psicológico, moral ou patrimonial. A repressão ocorreria por meio da punição, elencada no preâmbulo da lei como um dos seus objetivos, que conta com a imposição de medidas protetivas e, a depender do caso, decretação de prisão preventiva ou sentença que fixa pena de prisão.

Além da punição, há o objetivo de "tratar" o agressor, sendo que para isso a Lei prevê, em seu Artigo 31, a implementação de uma equipe multidisciplinar. Devido as experiências vividas anteriormente, a Lei traz em seu bojo predicados que

[13] GOVERNO BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2012/04/maria-da-penha-1>. S/D. Acessado em: 24.09.2017.
[14] BLOGUEIRAS FEMINISTAS. Disponível em: <http://blogueirasfeministas.com/2016/08/10-anos-da-lei-maria-da-penha-e-preciso-insistir-no-genero/#more-22004>. S/D. Acessado em: 24.09.2017.

reconhecem a necessidade de diligência a ser tomada na tratativa do tema, que recrutam análise de questões legislativas ou judiciais. Além disso, previu a criação de delegacias e juizados próprios e especializados no combate da violência contra a mulher.

A criação da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) visa prevenir e erradicar a violência, prevendo a punição como o intermédio para tanto. O problema é que punir sem conscientizar agressores que por muitas vezes acreditam ser natural agredir mulheres, satisfaz tão somente o *jus puniendi* estatal e não trata efetivamente o conflito. Assim, a busca de meios eficientes é necessária para que, num futuro próximo, os índices de violência contra as mulheres não sirvam como referência mundial em *ranking* que posiciona o Brasil como um dos País que mais mata mulheres, transgêneros, travestis ou gays[15].

A referida lei foi, sem dúvidas, uma conquista do movimento feminista. Isso porque prevê a tutela não somente da integridade física da mulher, mas das demais que compõem o seu ser. Ao punir o agressor, prevê o ato contínuo de certa forma também tratá-lo por meio da atuação de uma equipe, que o conscientizará a respeito do conflito e possivelmente dará mais espaço a mudanças de comportamento, sempre que assim for possível.

Porém, mesmo com a entrada em vigor da referida lei, não houve superação nítida da violência baseada no gênero, que não reduziu de forma significativa. Por outro lado, na maioria das vezes a punição não parece libertar a vítima do ciclo abusivo da violência, nem esclarecer o agressor de que agredir é, de todas as formas, uma atitude equivocada. Muitas vezes, a mulher não quer a punição de seu companheiro[16], mas alguma forma alternativa além da punição.

---

[15] ESTADO DE MINAS. O brasil é o país que mais mata travestis e transexuais. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/dandara/2017/03/09/noticia-especial-dandara,852965/brasil-e-pais-que-mais-mata-travestis-e-transexuais.shtml>. S/D.Acesso em: 19 out. 2017.

[16] O JOTA. Maioria das mulheres agredidas não quer prisão de agressor, aponta pesquisa. Disponívelem:<https://jota.info/justica/maioria-das-mulheres-agredidas-nao-quer-prisao-de-agressor-aponta-pesquisa-08032016>. S/D. Acessado em: 24.09.2017

As formas de atuação do Estado, seja por meio da punição ou de um método restaurativo, que será melhor delineado no tópico seguinte, serão os norteadores que revelarão a possibilidade ou não da efetivação do objetivo principal da lei, que é o de erradicação da violência contra a mulher, baseada no gênero. Portanto, cumpre a este trabalho analisar quais as possibilidades que se apresentam para a preservação dos objetivos da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

2.2.1 A política criminal extrapenal

Durante a criação da Lei 11.340/06, em seu processo legislativo, houve a preferência pela adoção de uma política criminal extrapenal para o tratamento do conflito. A política criminal pode ser definida, segundo Guilherme de Souza Nucci

> (...) é uma maneira de raciocinar e estudar o Direito Penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo formas e aperfeiçoamentos, bem como com vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento (NUCCI, 2015, p.4)

Nela, podemos localizar os vetores mais apropriados para a preservação dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais. A opção legislativa pela política criminal extrapenal indica que, ao tratar sobre a violência contra a mulher, o foco primário da lei não é o endurecimento da intervenção penal na imposição de penas mais graves, mas, "o desenvolvimento da capacidade de enfrentamento da situação de violência por parte da própria mulher-vítima e na reeducação e reabilitação do ofensor" (PIRES, 2011, p. 125).

Essa política criminal foi instrumentalizada na Lei n.º 11.340/06, em seu artigo 30, que prevê a atuação da equipe de atendimento multidisciplinar composta por profissionais especializados nas áreas psicossociais e de saúde, no desenvolvimento em trabalhos de orientação e prevenção voltados para, além da vítima, ao agressor.

Nesse contexto que o método restaurativo, modelo que será apresentado e analisado no segundo capítulo deste trabalho, mostra-se completamente viável e compatível com a política criminal extrapenal, haja vista que vai ao encontro da política criminal adotada no processo de criação da mencionada lei, tornando possível a participação da vítima, conforme sua vontade, buscando intermediar e cessar o conflito visando a melhor satisfação para essa, sempre que possível.

2.2.2 O objetivo da erradicação da violência pela lei e o discurso punitivista

Todo o método de resolução de conflitos deve ser compatível com os objetivos da Lei. No preâmbulo da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), identificamos os seus objetivos que são os de prevenir, punir e erradicar a violência praticada contra a mulher. Para tanto, a lei prevê a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, bem como medidas sancionadoras atribuídas em cada caso, a depender da violência. Os juizados de violência doméstica possuem caráter híbrido, tendo competência para analisar e julgar questões de natureza Cível e Penal.

Ao prever tais objetivos, de prevenir, punir e erradicar, revela-se necessária a equação dos três termos que, quando aplicados, devem resultar no seu produto, o alcance dos propósitos da lei. Prever a punição como um objetivo, partindo da premissa utópica de que o agressor será "tratado", como em um despertar por parte deste, e vai parar de punir, parece fadada ao fracasso. Isso porque o índice de reincidência é alto[17], assim como as novas agressões, que ocorrem todos os dias.

Na criação da Lei, houve demasiada ênfase na punição ao agressor. Nesse aspecto, a despeito de que a forte mobilização de um discurso punitivista seja compreensível diante o deliberado descaso estatal a respeito da violência contra a

[17] TOLEDO, Luiz Fernando. Curso tenta evitar reincidência em violência doméstica. Exame. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/curso-tenta-evitar-reincidencia-em-violencia-domestica/>. Publicado em: 07.09.2014. Acesso em: 24.09.2017.

mulher, acredita-se que tal discurso, ao implicar o necessário sofrimento ao agressor, finda por resultar no desencontro com os próprios objetivos da lei, que é diminuir, cada vez mais, as desigualdades entre os gêneros, de forma em que dentro de um lapso temporal seja atingida a erradicação da violência contra a mulher, legitimada por tais disparidades.

Acontece que ao unir a vitimização à necessária punição traz, sob uma perspectiva social, o cerceamento da liberdade do agressor e da vítima, que além de se perceber refém do rigor estatal que a isola e não a acolhe sentimentalmente o que poderá comprometer sua auto estima, dirimir o seu empoderamento e obstar a reconstrução da sua própria história. Saliente-se que, diferentemente das mulheres com melhor poder aquisitivo, que podem recorrer a diversos mecanismos de tratamento, como psicólogos, a mulher com menos instrução não tem acesso a esses meios, bem como não considerar a ida á delegacia como a melhor forma de se ver livre da violência, devido ao simbolismo negativo que a intervenção estatal representa. A utilização de um método que desconsidera a importância do acolhimento, da instrução e do devido auxilia, incorre no sofrimento da dupla punição da vítima.

Por outro lado, durante e após o cumprimento da pena, o agressor vive um processo de exclusão social e, ao invés de lhe ser possibilitada uma reflexão, uma chance de reparação seguida da reabilitação, passa a integrar o rol dos apenados que saem da situação de cárcere pior do que adentraram.

Além disso, o cenário da violência doméstica envolve a perpetuação dos discursos legitimadores da violência, que recruta auxílio e esclarecimento ao agressor que muitas vezes pratica a violência motivado por tais crenças, o que não é solucionado com a "simples" exclusão social do agressor. O modelo retributivo, portanto, parece melhor vigorar quando utilizado para acalentar a sociedade, que tão violentada pelo medo e insegurança diante o alto índice de criminalidade, encontra na punição do delinquente alguma forma de solução efetiva ao problema. Em contrapartida, a realidade nos mostra a insustentabilidade desse modelo, vide a

grande crise carcerária que formou um estado de beligerância onde as prisões precisam ser reinventadas, além de não tratar efetivamente o conflito.

O arraigamento do discurso punitivista é reiterado de diversas formas, como por exemplo, nos posicionamentos do STJ quanto ao enrijecimento das sanções aplicadas aos casos de violência doméstica, sendo que recentemente aprovou os enunciados das súmulas 588[18] e 589[19], que reiteram a necessidade de punição por parte do Estado. Da mesma forma, a obrigação da instauração de ação penal pública incondicionada, tornando impossível a incidência da Lei 9.099/95 para tratar dos crimes previstos na Lei 11.340/06, questão superada pela ADIN 4.424.

Nesse ponto, é importante ressaltar que, de fato, a violência praticada contra a mulher não deve ser considerada como crime de menor potencial ofensivo, porém, viabilizar prisões preventivas em casos de lesão leve ou ameaça, por exemplo, não mostra preocupação com a realidade carcerária existente, o que dificulta a implementação de formas alternativas de resolução dos conflitos.

A opção pela política criminal extrapenal tem a sua razão de ser, pois abre a possibilidade de conter a punição que não trata o conflito, Segundo Marília Montenegro, muitas vezes a vítima busca tão somente uma intermediação e não uma intervenção punitiva e defende que:

> Até mesmo as raras mulheres que querem a separação, no caso de violência conjugal, não almejam a persecução penal do agressor, elas preferem que a coesão familiar seja mantida, especialmente quando há filhos envolvidos. Logo, as vítimas se utilizam da ameaça de uma condenação no intuito de fazer cessar a violência (MEDEIROS;MELLO, 2014).

Dessa forma, os objetivos de prevenir e erradicar a violência contra a mulher não orbitam na necessidade da punição como forma de se alcançar os objetivos da lei, mas, conforme previsto no artigo 30 da Lei 11.340/06, se reconhece a

[18] Súmula 588 STJ: "A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos".

[19] Súmula 589 STJ: "É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

importância de uma intervenção alternativa, que incentiva uma visão sistêmica a respeito do tema, abstendo-nos da necessidade de tão somente punir. Essa visão, portanto, exsurge no sentido de compreender que o problema da violência baseada no gênero perpassa a ciência do direito, recrutando o reforço da interdisciplinaridade com as demais ciências humanas, aptas a intervir de forma que os envolvidos na situação de violência possam se sentir amparados, transcendendo as crenças que os mantém dependentes do ciclo de crueldade.

3 OS MODELOS RETRIBUTIVO E RESTAURATIVO APLICADOS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO

A finalidade do direito penal é proteger os bens jurídicos considerados mais importantes para uma sociedade, bens estes que devem ser suficientemente protegidos pelo ordenamento jurídico, por serem basilares ao convívio social. As seleções dos bens são feitas pela própria sociedade, que a partir de respectiva construção histórica assentam-se periodicamente.

Cada sistema jurídico penal corresponde a uma escolha político criminal, que é o conjunto de medidas e critérios estabelecidos pelo poder público como reação frente ao fenômeno criminal e que reflete na forma em que a sociedade tem como referência acerca da análise e tratativa do crime. No Brasil houve a adoção do modelo punitivo, se podendo afirmar que a política criminal é de cunho preponderantemente minimalista-garantista, o que implica na preservação das garantias fundamentais dos indivíduos, independentemente da situação em que se encontrem.

O reforço das garantias fundamentais se torna cada vez mais necessário porque as diretrizes tomadas na busca da efetividade das leis findam no maior enrijecimento das normas, motivado pelo sensacionalismo midiático dado aos eventos criminosos. O que se vê hoje é um Estado cada vez mais intervencionista, que infla a legislação criminal e acresce disposições cada vez mais severas quanto ao

processo e à pena, sendo que deveria, na verdade, intervir subsidiariamente, como ultima ratio.

Em síntese, por mais que as leis brasileiras tenham sido formuladas sob um modelo punitivo, não se desconsidera a importância dos princípios e garantias existentes no nosso ordenamento, previstos pela Constituição, que devem ser respeitadas.

Traçando uma linha de raciocínio com a questão da violência praticada contra a mulher contra a mulher, Rita Laura Segato discorre sobre o que envolve essa prática e registra que "as relações de gênero patriarcais são o epicentro da violência em geral e que há um esquema para a sua compreensão" (SEGATO, 2003, p.264). Para ela, tal conclusão se sustenta pois dentre os diversos processos de produção de violência, há, onipresentemente, um mundo onde os valores são desiguais. Sendo as relações de gênero o protótipo das relações hierárquicas, as relações violentas são consequentemente calcadas por tal fenômeno. (SEGATO, 2003, p.264).

Na Lei 11.340/06 conseguimos identificar que a escolha da política criminal extrapenal que motivou a criação da lei nos dá um direcionamento sobre como compreender e abordar o problema. Se de um lado a punição é inserida como um dos objetivos da lei, a prevenção e erradicação através da atuação de uma equipe multidisciplinar também o que, o que constata a relação de poder entre os gêneros que adentram na dimensão psicológica, social e assistencial do conflito. Por isso, mesmo que previsto como um objetivo, punir não é a única proposta da lei como forma de dirimir as desigualdades decorrentes da natural relação de poder, o que se busca da punição que ao mesmo tempo conscientiza o agressor, fazendo-o compensar o dano cometido à sociedade se baseando numa nova situação de igualdade entre homens e mulheres.

3.1 Teorias absolutistas ou retributiva e relativas ou preventivas

Somente o Estado possui legitimidade para punir, colocando-se acima dos sujeitos e os submetendo juridicamente à sua prerrogativa de dizer o direito. Nesse

sentido, a teoria absolutista ou retributiva corresponde à arraigada convicção humana de que nenhum mal deve ocorrer sem castigo, de modo em que o delinquente deve ser necessariamente punido. É uma noção subjetiva da justiça, que já foi calcada em princípios religiosos, morais e jurídicos que buscavam a todo o tempo justificar a crueldade das penas impostas. Felizmente, ao longo do tempo, houve uma grande evolução acerca da definição do conceito da pena, principalmente na forma de sua aplicação.

Em um primeiro momento, as penas eram desumanas e a retribuição dos crimes cometidos eram com o próprio corpo. Nesse ponto, tornou-se épica a descrição presente na obra de Foucault "vigiar e punir", onde na narrativa da morte de Damiens por um atentado contra a vida de Luís XV, que dentre diversas torturas, teve o corpo desmembrado pela força de seis cavalos.

Posteriormente, com a ascensão do iluminismo, a lei humana substitui a ideia de lei de Deus presente no Estado absolutista, onde a figura do soberano representava o estado, regendo o trinômio Deus-Soberano-Estado. Com isso, o Estado passa a representar a vontade do povo, momento em que se compactuou um contrato social que abolia as tiranias anteriormente cometidas pelos monarcas e submetia os cidadãos à sua tutela, abdicando-se da autotutela. A pena, nesse contexto, passa a ser um componente da realização da justiça e não mais uma forma de extermínio cruel da vida.[20]

No que tange ao modelo retributivo, os pensamentos de dois importantes filósofos modernos contribuíram para a sua idealização, sendo eles Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. As ideias propostas por ambos os filósofos contribuíram para a formação da tradição racionalista do pensamento ocidental, sendo que para esse o conceito de justiça era respaldado no "dever-ser", formulando sua teoria sobre o imperativo categórico onde predominava a idealização do ético moral presente em todas as condutas e Hegel, em seu turno, baseou-se em um

[20] IDADE MODERNA. Iluminismo. Disponível em: <http://idade-moderna.info/iluminismo.html> .SD. Acesso em: 10.03.2018

sistema dinâmico-dialético, onde não se busca a finalidade da aplicação da pena, mas a afirmação do direito através desta.

A teoria de Kant, formulada no século XIX, é o princípio do modelo retributivo, merecendo destaque quanto a sua importância na formação da teoria absoluta. Nas lições do autor.

> A pena judicial é diferente da pena natural pelo qual o vício se pune a si mesmo e não é levada em consideração pelo legislador, nunca pode ser infligida meramente como meio para promover um outro bem, seja para o próprio criminoso, seja para a sociedade civil, mas tem de ser-lhe infligida sempre apenas por ter cometido um crime (KANT, 2014, p.149).

Kant partia da noção de um Imperativo categórico, baseado na compreensão da moralidade e eticidade. Para o filósofo, não havia separação entre a moral e o direito e preconizava que todos os indivíduos deveriam agir de forma em que os seus atos fossem realizados pelo dever e não pelo interesse, sendo esse dever o princípio supremo da moralidade. Nessa perspectiva, importou seu ideal filosófico ético de "dever-ser" ao direito com ideia de que o castigo seria a retribuição justa dada ao infrator pelo mal que cometeu.

Segundo o seu pensamento, "nunca alguém deve tratar a si mesmo e nem aos demais como simples meio, mas como fim em si mesmo" (ZAFFARONI, 2013, p. 242). Assim, sua visão sobre o ordenamento penal era a de que este servia tão somente como viés punitivo, sendo a prevenção ou outras formas de reparação social um fator desconsiderado por ele, que considerava o utilitarismo como algo a ser descartado no estudo do direito. Para o filósofo, deve-se avaliar a intenção ao agir numa perspectiva egocêntrica, e, por isso, parte de uma frigidez em que as ações morais não podem ser norteadas pelos sentimentos ou emoções, pois se assim fossem padeceriam de moralidade. Por isso, praticar ações ou propor modelos que visem o bem de todos não encontra espaço em sua teoria, sobressaindo, de qualquer forma, a noção de dever individual.

Posteriormente, Hegel, fulcrado em sua dialética, onde a "razão desenvolve-se na História (...) de maneira em que vai contrapondo-se a cada tese a sua negação

sem que ambas se destruam, conservando-se em uma síntese" (ZAFFARONI, 2013, p. 259), acreditava que a pena era necessária para a afirmação do direito.

> (...) impunha-se como uma necessidade lógica e também tinha caráter retributivo talional, por ser a sanção à violação do contrato: se o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito e a pena seria a afirmação do direito, que se imporia simplesmente pela necessária afirmação do mesmo (ZAFFARON, 2013, p.260)

Diferentemente de Kant, Hegel não acreditava haver racionalidade em se punir com o mal a alguém tão somente porque este o praticou. Além disso, entendia descabida toda a forma de discussão a respeito da consistência da pena ou acerca do que esta pretende alcançar, pois sua aplicação deve estar condicionada a um só propósito: o de fazer justiça. Para ele, é necessário que a pena reafirme a racionalidade do direito, sendo que para o autor o fenômeno criminológico era uma negação deste, e a aplicação da pena representaria a anulação do mal cometido.

Os pensamentos Hegeliano e Kantiano se conciliam na ideia essencial de retribuição e no senso de igualdade existente entre a violação do direito e a aplicação da pena. Acontece que, se por um lado o pensamento de Kant compreende essa igualdade como o mal pelo mal, Hegel acredita que tal igualdade não deveria ser necessariamente empírica, mas construída através de uma teoria positiva que visasse reafirmar o ordenamento jurídico, equalizando-o e equilibrando-o quando fosse violado.

Entende-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro adota o modelo absoluto verificado na aplicação da pena como forma de retribuir o dano causado pelo infrator. Sobre o tema, Santiago Mir Puig sintetiza que "proclamar la función retributiva de la pena supone entender que la finalidade esencial de ésta se agota em el castigo del hecho cometido". (SANTIAGO, 2005, p.49).

O ius puniendi é a forma em que o Estado exerce sua pretensão punitiva quando aplica algum tipo de sanção àquele que violou o bem jurídico tutelado. Cézar Roberto Bittencourt atribui a definição da pena como um "mal que se impõe por causa da prática de um crime: conceitualmente a pena é um castigo, embora seu fim

essencial não seja, necessariamente, retributivo" (BITTENCOURT, 2012, p. 522). São nesses preceitos que se baseiam o Artigo 59 do Código Penal ao prever que o juiz, ao aplicar a pena, deverá estabelece-la de forma que seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. O modelo retributivo, portanto, atribui a pena a função de realizar justiça, tarefa de difícil incumbência.

Nesse diapasão, as teorias relativas ou preventivas se baseiam no critério da prevenção, sendo que tal critério se biparte em (a) prevenção geral – negativa e positiva; (b) prevenção especial, negativa e positiva. A prevenção geral negativa elenca a prevenção por intimidação, onde, segundo Greco "a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade" (GRECO, 2014, p. 481) de forma em que, antes de praticar alguma infração, os agentes reflitam sobre a condenação aplicada sobre os indivíduos que cometem crimes. No aspecto positivo, a prevenção geral tem como finalidade o reestabelecimento da confiança social no Estado e suas instituições através da aplicação da pena, sendo o direito um instrumento de "estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização das expectativas" (QUEIROZ, 2013, p. 422). Por outro lado, a prevenção especial negativa visa a neutralização do indivíduo que praticou uma infração, sendo o cárcere uma forma para tanto e a positiva pressupõe um caráter ressocializador da pena, fazendo com que os indivíduos reflitam antes de cometer um crime, ponderando suas consequências.

> Mientras que las teorias absolutas, em su sentido estricto, parten de que la pena debe imponerse como postulado de justicia, sin que hayan de tomarse em consideración fines de prevención ulteriores, las teorias relativas fundamentan la pena en su necessidade para la subsistencia de la sociedade. En consecuencia, para esta otra perspectiva la pena no tiende a la retribuición del delito en sí misma, sino a la prevención de futuros delitos. (SANTIAGO, 2005, p.52).

As teorias especiais ou relativas são de cunho utilitarista, de forma a considerar que, na aplicação de uma pena, deve-se também prevenir futuros delitos. Por outro lado, as teorias absolutistas se preocupam somente com a punição e sua justificação, acreditando ser suficiente para cessar a criminalidade. Em síntese, a

aplicação da pena é a retribuição do mal que o Estado impõe ao delinquente, sendo que o encarceramento seria a punição exemplar ao agressor que não mais cometeria violência contra a mulher por ter sido castigado e ressocializado.

Porém, a ineficiência do modelo retributivo punitivo tem se tornado cada vez mais latente e a aplicação das penas cada vez mais desarrazoada, implicando na marginalização dos homens em sociedade, estigmatizando-os e reforçando a simbólica intervenção penal do Estado.

Resta, portanto, o questionamento sobre como lidar com a incessante demanda de violência contra o gênero, que transcende a simples imposição de uma pena e recruta abordagens extrapenais. Punir ou encarcerar não garante ao agressor uma conscientização efetiva sobre o problema da violência contra a mulher.

De tal sorte, como solucionar o problema da violência abdicando-se da punição completamente desafiador e não fornece uma resposta intuitiva, mas pode se tornar delineável quando se pondera quais seriam os possíveis aspectos intrínsecos e subjetivos que motivam a violência baseada no gênero, construída sobre os pilares das relações de gênero patriarcais e, muitas vezes, oriundas da existência de questões de natureza familiar e afetiva, o que reforça a complexidade de suas efetivas motivações e recruta, cada vez mais, o reforço de uma política criminal cada vez menos enrijecedora das leis, que vise alcançar as partes para melhor observar e compreender as disparidades que culminaram na violência, visando a mitigação destas.

3.1.1 A apropriação estatal do conflito

Ao exercer jurisdição, o Estado se apropria do conflito para que, sob a égide de suas normas, possa aplicar ao caso concreto o que entende como a melhor solução. O juiz natural, revestido de jurisdição, prolata a sentença que contém como substrato o grau de culpabilidade e antissocialidade do agente, conforme impõe o artigo 59 do Código Penal, de forma em que a depender do grau de reprovação de

sua conduta poderá ter uma pena mais branda ou mais severa. Tal exercício é exclusivo do Estado, sendo que não há nenhum outro ente capaz de aplicar uma sanção em decorrência da transgressão de uma norma.

A apropriação estatal do conflito é o que chamamos de exercício do direito penal subjetivo. Sendo o Estado titular do *ius puniendi*, emergem-se a respeito do fundamento dessa titularidade. Santiago Mir Puig, nesse sentido, entende que esse exercício parte de uma perspectiva funcional e política.

> Por de pronto conviene distinguir em ella dos preguntas centrales: 1) Por qué se puede castigar o imponer medidas de seguridad?; 2) por qué puede castigar o imponer medidas de seguridade el Estado? La primera pregunta plantea la cuestión del fundamento funcional del "ius puniendi"; la segunda, la de su fundamento político (SANTIAGO, 2005, p.98).

Para o autor, o fundamento funcional corresponde à própria função do direito penal subjetivo, a de coagir, portanto, não se confundem, pois, o fundamento deve comprovar a necessidade de tal exercício. Por outro lado, o fundamento político é a consequência do direito penal liberal, de forma em que o Estado deixa de ser absolutista e dá aos seus integrantes a proteção de seus direitos e garantias, sendo conferido ao poder público a legitimidade e os limites de seu poder sobre o povo.

O exercício do direito penal subjetivo não é compatível com todos os casos de agressão praticada contra a mulher, considerando que o sistema penal poderá expor a mulher a um novo processo de vitimização, podendo os papeis algoz-vítima subverterem-se, poderá ter a sensação de que a consequência que seu agressor está tendo é mais grave do que o que ele a fez sofrer, principalmente nos casos em que os homens são expostos às mazelas do sistema carcerário.

Para Carolina Medeiros e Marília de Mello (MEDEIROS; MELLO, 2014), isso implica no simbolismo de que a tutela estatal nem sempre se mostra como a melhor alternativa, pois essa interferirá em questões que vão além de sua propriedade.

> Como regra, o discurso penal é inapropriado para o enfrentamento de problemas domésticos e familiares, porque

> ignora as origens do conflito, penaliza, com suposto discurso de proteção, as mulheres vítimas e, simbólica e seletivamente vai atrás de um culpado para impor-lhe uma pena (MEDEIROS; MELLO, 2014).

A grande questão é que os discursos punitivos ganharam força e conferiram ao Estado o dever de punir cada vez mais severamente e, dessa força, se consolidou o entendimento de que diante das promessas do sistema penal, encontraríamos a melhor solução das mazelas sociais. Porém, a ideologia do encarceramento e necessário sofrimento do agressor (sendo a pena privativa de liberdade a mais árdua), vai em desencontro com os objetivos maiores da lei, os de prevenir e erradicar a violência contra a mulher, da mesma forma em que nos chama a atenção para uma ponderação dos diferentes níveis de delito praticados e se é efetivamente necessária uma retribuição desproporcional ao bem jurídico lesionado e, desse forma, não restando a aplicação de uma sanção árdua porém infrutífera, que culmina num elevado grau de sofrimento tanto a vítima quanto ao agressor.

> As respostas políticas, através de leis retaliadores e criminalizantes de quase todas as condutas que incomodavam a sociedade, deram muita força às penas privativas de liberdade, de sorte que o cárcere foi afirmado como pena por excelência (MEDEIROS; MELLO, 2014).

Dessa forma, o ius puniedi implicaria em duplo sofrimento pois, além de da privação do contato com o condenado, com quem na maioria dos casos possui laços afetivos, existe a condenação também da vítima pela sociedade, que também sofre privações sociais decorrente do "status negativo" que adquire através dos julgamentos sociais, como por exemplo ter sido responsável pelo sofrimento do agressor, sendo esse também um reflexos negativo do modelo retributivo que expõe as partes e mobilizam os parâmetros leigos do senso comum, o que é completamente desnecessário. Marília Montenegro aponta que também é importante destacar o fato de que os filhos são um dos principais atingidos por terem um pai presidiário, mencionando o exemplo do dito popular filho de peixe, peixinho é (MEDEIROS; MELO, 2014) que representa a repulsa social pelo criminoso e faz com que a expectativa negativa recaia também sobre esses.

> As mães, então, que acompanharam com dor o sofrimento dos filhos, por se considerarem as principais responsáveis pelo encarceramento de seu "agressor" e, consequentemente, pelo mal causado aos seus descendentes, imergem em um sentimento de profunda culpa (MEDEIROS; MELLO, 2014)

A perpetuação da ideologia da necessária punição faz com que a esfera íntima do conflito seja desconsiderada no modelo punitivo, fato que corrobora a reprodução dos padrões agressivos por não remediar o que de fato calca a violência, além de envolver não somente quem deve "pagar pelo o que fez", mas expondo negativamente a todos que vivenciam o conflito. Portanto, a política de tolerância zero que marginaliza o agressor e não oportuniza à vítima qualquer forma de atuação faz com que os efeitos da pena "transcendam à pessoa do condenado e afetem substancialmente a família".

Nesse sentido, Paulo Queiroz também leciona que um dos aspectos negativos da intervenção penal é a reificação do conflito, pois:

> Acredita-se que a intervenção estereotipada do sistema penal tanto age sobre a vítima como sobre o delinquente. Porque todos são tratados da mesma maneira, como se todas as vítimas tivessem as mesmas reações e as mesmas necessidades, afinal o sistema não leva em conta as pessoas em sua singularidade e, operando em abstrato, causa danos inclusive àqueles que diz proteger (QUEIROZ, 2013, p.439).

Portanto, em consonância com os objetivos abarcados pela Lei 11.340/06 e o artigo 26 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, que prevê as diretrizes da busca de uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade deve restringir a pena privativa de liberdade aos casos de real necessidade "como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere", além de complementar que é importante a "busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crime menos graves"[21], entendemos que existe um grande impasse

[21] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação informatizada - decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - exposição de motivos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. S/D. Acesso em: 26 out. 2017

na forma em que o Estado se apropria do conflito e a política criminal que justifica a criação da referida lei.

Isso porque os preceitos basilares de acesso à justiça não dão margem a uma apropriação necessariamente retalhadora, mas visam propiciar uma sensação de confiança no judiciário de forma em que, ao se deparar com uma situação de conflito, a vítima não hesite em recorrer à jurisdição. Nesse contexto, Marília Montenegro também registra que a vítima, ao expor o conflito, grande parte das vezes "desejam apenas romper o ciclo de violência e restabelecer o pacto familiar e a paz no lar" (MEDEIROS; MELLO, 2014).

Basicamente, não é isso que se busca com a aplicação da Lei Maria da Penha. Não se quer agredir a vítima novamente ou faze-la acreditar que o judiciário não é a solução dos seus problemas, mas sim cessar o mal com eficácia, de forma em que além do encerramento do ciclo violento entre vítima e agressor haja uma nova perspectiva em que a violência jamais poderá ser justificada.

Além disso, o artigo 30 da Lei 11.340/06 prevê que uma das competências da equipe multidisciplinar é desenvolver orientação e encaminhamentos voltados tanto para a ofendida quanto ao agressor, corroborando a ideia de que tratar o agressor é como "cortar o mal pela raiz", haja vista que a maior parte da violência cometida contra a mulher devido a naturalização dessa violência. Ao invés de um Estado que seleciona e pune severamente, podemos imaginar a realidade de um Estado intermediador, que se apropria do conflito por ser o único detentor do *ius puniendi* mas que tem como finalidade a erradicação da violência, permitindo às partes, mais propriamente a vítima, uma desenvoltura maior sobre o problema vivenciado, sendo esta a principal legitimada para opinar, compreender e sugerir como e de que forma gostaria que aquela situação cessasse em sua vida.

Possibilita-se, portanto, a atuação de uma equipe composta por profissionais de diversas áreas, onde a vítima poderá ser acolhida e ter a possibilidade de expressar seus anseios e o agressor poderá ser orientado sobre o panorama desse tipo de violência. Através do acompanhamento de funcionários que não estão inseridos

naquela situação para "dar algum veredicto", mas acessar as partes de forma igualitária e humanizada, conhecendo cada situação particular e atuando conforme requer a necessidade, inserindo a efetiva noção de prevenção conjecturada pela lei.

3.1.2 A ADI 4.424 e a ação penal pública incondicionada

Com o advento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ("ADI") 4.424 foi vetada a aplicação da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais e Cíveis) nos casos de violência doméstica. Em decorrência disso, não há a necessidade de representação por parte da vítima para que o Ministério Público dê seguimento a persecução penal, sendo conferida natureza pública incondicionada da eventual ação penal.

No voto do relator, Ministro Marco Aurélio defendeu a necessidade de intervenção estatal, registrando que:

> Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria do poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana.[22]

O relator entende ser descabida a interpretação da lei dissociada da Constituição e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil – além da condenação anteriormente ocorrida –, de forma em que corre o risco de a violência doméstica ser vista como algo tolerável. A aplicação de uma lei que equiparava a violência doméstica aos crimes de menor potencial gerou controvérsia quanto à sua finalidade e trouxe um grande peso a sua aplicação pelo fato de não ser compatível com a natureza do conflito de cunho doméstico, que não deve ser tratado como um crime de menor potencial ofensivo.

[22] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade 4.424 Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=tp&docid=6393143>. S/D. Acesso em: 19 set. 2017

Frisou a declaração de constitucionalidade do artigo 41 no julgamento do habeas corpus n 106.212/MS, que afasta a aplicação da Lei 9.099/95. Por fim, assentou a natureza pública incondicionada em caso de crime de lesão corporal, não importando sua extensão. Por maioria, julgou procedente a ação direta para conferir aos Artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei 11.340/06, a natureza de ação pública incondicionada.

Por outro lado, o Ministro Cezar Peluso, presidente da corte, votou de forma contrária, mencionando que com essa atribuição, haveria uma maior inibição do número de denúncias. Isso por imaginar que, com o relato da notitia criminis haveria uma apropriação estatal mais rude, onde a participação da vítima passa a ser nula. Com isso, a partir do momento em que o fato fosse de conhecimento do Estado, este será obrigado a dar início a persecução penal, pois a violação do bem jurídico tutelado pressupõe uma ofensa aos interesses coletivos.

Os princípios que regem a ação penal pública incondicionada são os da obrigatoriedade e da oportunidade. Esses implicam na indispensabilidade da propositura da ação quando houver provas suficientes para tanto e o titular da ação, o Ministério Público, deve oferece-la no prazo legal. Se de um lado houve a preocupação da efetiva proteção da mulher, considerando que muitas recuavam em juízo, se retratando antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, de outro, condicionar um delito praticado contra a mulher à necessária intervenção estatal soa desproporcional a depender das particularidades de cada caso.

Isso porque ao julgar a ADI, a corte parece ter voltado o seu entendimento ao histórico vexatório vivido no país, o da punição pela corte internacional. Portanto, parece mais viável decidir um tema demasiado complexo de forma em que a reputação do país seja mantida crédula, independentemente dos efeitos que tal decisão pode resultar na prática, onde o enrijecimento cada vez maior das leis desresponsabiliza o Estado a se debruçar sobre as melhores formas de enfrentamento diante da complexidade dos problemas enfrentados hodiernamente no país, que vem crescendo ininterruptamente.

A perpetuação do punitivismo isenta de uma análise baseada no crivo dos problemas enfrentados, reafirma a falência do sistema. De fato, a Lei Maria da Penha incompatível com a natureza dos crimes de menor potencial ofensivo, mas fechar as portas para outras possibilidades de resolução de conflitos que não dependam somente da necessidade da aplicação de uma pena se mostra demasiado presunçoso por parte do julgamento.

Recentemente foi proposto pelo Senado Federal o PLS 418/2016[23], que visa alterar o prazo de detenção máxima de quem pratica lesão corporal leve contra a mulher de 3 (três) para 4 (quatro) anos de prisão[24]. Possibilitar o encarceramento nos casos de ameaça e lesão corporal leve, reflete a inconsequente apropriação do conflito nos casos de violência baseada no gênero. Além disso, não dirime o que de fato deveria ser dirimido, fazendo com que a violência continue naturalizada pelas crenças legitimadoras, falindo, por inteiro, o sistema prisional.

Outro ponto a ser mencionado é o da dificuldade do sistema penal em solucionar os crimes considerados mais ofensivos, como o de homicídio. Com a maior possibilidade de encarceramentos, certamente haverá margem a uma piora ainda maior no serviço efetivo dos órgãos penais[25], sendo que tais fatos revelam a indolência do legislativo a despeito da realidade vivida no país, onde há o amontoamento dos pobres e miseráveis nas cadeias, diante a seletividade da aplicação do sistema penal.[26]

---

[23] SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado número 418, de 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127538>. S/D. Acesso em: 02.08.2017.

[24] SENADO FEDERAL. Senado notícias. Lesão corporal leve em casos de violência doméstica pode ter pena aumentada. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/23/lesao-corporal-leve-em-casos-de-violencia-domestica-pode-ter-pena-aumentada>. Publicado em: 23.12.2016. Acesso em: 10.10.2017.

[25] GLOBO. Jornal da Globo. Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>. Publicado em: 29.04.2014. Acesso em: 20.11.2017.

[26] MACHADO, Leonardo Marcondes. Entre ceias e a seletividade do sistema penal, nada muda em 2016. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/academia-policia-entre-ceias-seletividade-sistema-penal-nada-muda-2016>. Publicado em: 29.12.2015. Acesso em: 02.12.2017.

A cultura retributiva assentada pelos tribunais inviabiliza um despertar social, que não compreende o fato de que quanto menor a possibilidade de ressocialização do apenado, arcará novamente com as consequências da criminalidade, praticada por aqueles que não possuem a oportunidade de serem inseridos no meio de trabalho.

De acordo com as escolhas trágicas sobre as diretrizes penais, talvez o que se buscasse reequilibrar tenha adentrado em um caminho sem volta, que se torna cada vez maior quando enaltecido pelo sensacionalismo midiático penal munido da sede pela punição e pelo egocentrismo judiciário que, supersaturado e possivelmente interessado na mantença de uma boa reputação perante os órgãos internacionais, passou a adotar medidas drásticas que desconsideram a repercussão na prática dos operadores do direito, agravando e enrijecendo novas possibilidades de solução do conflito.

3.2 O modelo restaurativo

A superação do punitivismo puro se mostra necessária no sentido de possibilitar a deliberação sobre danos praticados por condutas que refletem menor imputabilidade ao agente. O punitivismo é efetivo ao condenar condutas de alta reprovação – e que não contariam com a possibilidade de utilização do método restaurativo –, quando afirma aos sujeitos a elevada antissociabilidade da conduta.

Nesse sentido, o modelo restaurativo se apresenta, segundo Margarita Martinez e María Pilar como "una positiva herramienta para una respuesta mas adecuada al delicto"[27] (ESCAMILLA; ALVAREZ 2011, p. 19). Dessa forma, não é compreendido como uma medida alternativa que visa minorar a importância do delito praticado contra a mulher, mas sim a possibilidade de participação de quem foi direta ou indiretamente atingido ter uma resposta adequada, de acordo com cada particularidade. A resolução 225/06[28] do Conselho Nacional de justiça ("CNJ") deu

[27] Tradução: "Uma positiva ferramenta para uma resposta adequada ao conflito"
[28] Resolução 225/06 CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf> S/D. Acesso em 26, set. 2017

diretrizes sobre a implementação do método. Tal resolução prevê que cabe ao Poder Judiciário o permanente apropriamento de suas formas de resposta às demandas sociais relacionadas às questões de conflitos e violência, sempre objetivando a promoção da paz social.

Ao contrário do punitivo, o modelo restaurativo permite a recontextualização do conflito, ao permitir às partes, principalmente a vítima, a atuação direta no processo, ao invés de simplesmente exclui-la, haja vista que sua finalidade é a restauração dos traumas emocionais. A justiça restaurativa é uma espécie de programa político criminal, sendo a mediação uma manifestação do que se conhece como justiça restaurativa.

O conceito nasceu no ano de 1975, pelo psicólogo Albert Eglash e sua origem nas sociedades comunais onde os direitos coletivos superavam os direitos individuais. Segundo Mylène Jaccoud "os vestígios destas práticas restaurativas, reintegradores, cons e negociáveis se encontram em muitos códigos decretados antes da primeira era cristã" (JACCOUD et al,, 2015, p.164). Segundo a autora, o movimento iniciado pelas escolas de Chicago e de Berkeley pela constatação das instituições repressivas, retomou a ideia durkheimiana de qual o conflito é uma característica normal e universal das sociedades, nutrindo o desenvolvimento de um recurso que propicie uma justiça humanista.

> Diretamente associada, em seu início, ao movimento de descriminalização, ela deu passagem ao desdobramento de numerosas experiências-piloto do sistema penal a partir da metade dos anos setenta (fase experimental), experiências que se institucionalizaram nos anos oitenta (fase de institucionalização) pela adoção de medidas legislativas específicas. A partir dos anos noventa, a justiça restaurativa conhece uma fase de expansão e se vê inserida em todas as etapas do processo penal" (JACCOUD, et al., 2005, p.166).

Eglash defende que três modelos de justiça são identificáveis justificam a utilização dos métodos, sendo eles o da justiça distributiva, que visa tratar o delinquente, a punitiva, pautada pelo castigo e a recompensadora, baseada na restituição. A autora identifica, portanto, três modelos dentro do modelo de justiça

restaurativa, quais sejam os de reparar os danos, solucionar os conflitos e a conciliação, definindo a justiça restaurativa, uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes (JACCOUD, et al., 2005, p.169).

Sobre a compatibilidade do método com o Ordenamento Jurídico Pátrio, Renato Sócrates Pinto prevê que o método é compatível com as técnicas de mediação, conciliação e transação. Contudo, a proposta deve ser aprovada, ou não, pelo Ministério Público e pelo advogado e, posteriormente, ser homologado, ou não pelo juiz, sendo que o método não afasta o princípio da jurisdição (PINTO, 2005, p.22). Existem severas críticas a respeito do método, no sentido de que há uma desjudicialização da justiça criminal e uma privatização do direito penal, sujeitando o infrator e a vítima a um controle ilegítimo de pessoas não investidas de autoridade pública. Nesse ponto, o autor considera que a justiça restaurativa é um exercício comunitário e, portanto, público, o que não enseja caráter privado à violência, que de fato não é.

Ao participar do processo, a vítima, caso queira, convida o ofensor a contribuir com a reparação do dano, o que faz com que o processo permaneça retributivo em sua essência, porém, transmutando a finalidade das sanções ao permitir a sensação de empoderamento dessa ao expressar como, de fato, gostaria de ver a solução da violência que sofrera. As iniciativas do judiciário que visam o esclarecimento da população a respeito do tema da violência nas escolas ofertam atuações mais eficazes[29]. A punição por si, pois busca inserir ao antro das relações a ideia de que todos somos iguais e que as relações devem ser pautadas nessa igualdade. O modelo restaurativo, portanto, traz à tona a carência dos esclarecimentos sobre o problema, partindo da ideia de que não necessariamente se

[29] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. AF. CJM/TJDFT. Concretiza a 3ª etapa do projeto Maria da Penha no Núcleo Bandeirante. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/agosto/cjm-tjdft-concretiza-3a-etapa-do-projeto-maria-da-penha-vai-a-escola-na-cre-do-nucleo-bandeirante>. Publicado em: 31.08.2017. Acesso em: 25.09.2017

deve necessariamente punir, mas conscientizar. Por isso, é indubitável a importância dos debates de gênero serem promovidos no ambiente escolar.

A participação da vítima materializa a proposta de erradicação da violência através da verdadeira origem, o que permite ao menos delinear possíveis fatores que mantinham a vítima nessa situação e, consequentemente, a exposição de formas humanitárias e individuais de reparação do dano, a depender do grau de violência e as particularidades de cada caso.

Erradicar a violência é um objetivo a longo prazo e para isso é necessário haver um alinhamento no discurso e na prática dos agentes estatais e de todos que se comprometem e contribuem para a solução do tema. A maior rigidez na punição do agressor por parte das Leis e da jurisprudência não contempla a realidade fática da violência baseada no gênero, mas tão somente a reprodução da cultura de punir, que alimenta os meios de comunicação social e, consequentemente, o direito penal do horror, que mantém a sociedade no sensacionalismo da violência combatida por ações afirmativas do Estado, que conta com o poder de polícia. Por isso, é necessária uma intermediação entre os dois modelos, superando a ideia de punição é efetiva à criminalidade e de forma em que, por meio do processo, seja possível o amparo do desequilíbrio econômico, psicossocial e cultural das partes.

3.2.1 O papel da vítima no processo decisório

Nesse sentido que a necessidade de propostas que o modelo restaurativo se torna compatível na resolução desses conflitos, pois permite uma aproximação e diminuição das diferenças entre as partes que, por intermédio de uma equipe multidisciplinar, a pessoa atingida pode expor os seus anseios, bem como ao agressor, se for a vontade da vítima, e expressar a forma em que se sentiria melhor amparada em relação a violência que sofrera. O seu papel, portanto, é expressar como e de que forma a violência cometida contra ela de fato a atingiu e, de que modo, a vítima acredita se sentir melhor amparada em relação ao dano gerado pelo

delito. É a possibilidade de respeitar os anseios da vítima – principal atingida pelo conflito – e, caso seja proporcional e coerente com o tipo de violência, dar o direcionamento que ela almeja quanto a resolução de cada caso, seja através de um divórcio, uma indenização ou a forma reparadora que melhor achar conveniente.

María Pílar entende que a característica determinante do modelo restaurativo o "empoderamento de las partes para que, a través del dialogo, puedan llegar a um acuerdo sobre cómo reparar el daño gerado por el delito"[30] (ESCAMILLA;ALVAREZ, 2011, p.21). Portanto, a autora questiona até que ponto o empoderamento das partes são compatíveis com o sistema penal, que possui garantias que não podem ser menosprezadas pela introdução do novo método.

> Me estoy refiriendo al grado de libertad de las partes em el establecimiento de los términos del conflicto así como em el diseño de la respuesta, dando por sentado el equilíbrio de fuerzas entre las partes del que el mediador es garante. (ESCAMILLA;ALVAREZ, 2011, p.22).

De fato, delegar tamanha liberdade às vítimas em alguns casos culminaria na sensação de descaso, pois ao tratar de bens juridicamente tutelados, como a integridade física, moral, psicológica e patrimonial da vítima, deve haver uma proporção entre a forma de reparo e o conflito, nada obstando que nesse momento prevaleça a jurisdição. O processo empírico da delimitação dos papeis das partes poderia dar margem ao cometimento de inúmeras injustiças, dando a impressão de que o Estado, ao invés de interferir e exercer o caminho aparentemente mais correto, deixaria a vítima à mercê do próprio ciclo de violência que vive, trazendo um imenso sentimento de insegurança. O processo de violência tende a calejar a pessoa que a sofre, o que naturalmente refletiria em uma inapropriação do método. Por isso, há resistência quanto aos tipos de crime em que o modelo restaurativo pode ser aplicado, tendo sido utilizado nos casos em que se equipariam aos crimes de menor potencial ofensivo.

[30] Tradução: "É o empoderamento das partes para que, através do diálogo, possam chegar a um acordo sobre como reparar o dano provocado pelo delito".

A delimitação do empoderamento da vítima, entretanto, parece possuir intrínseca relação com a efetivação do método. Isso porque somente a partir dos seus relatos se poderá avaliar o grau de densidade existente em cada delito particular. A atuação da vítima melhor direciona ao verdadeiro objeto do delito, haja vista que durante a tratativa do delito, conforme antes registrado, contará com o apoio da atuação dos demais profissionais aptos a dar assistência ao estado em que a vítima se encontra.

Outra importante observação feita pela autora é a de que se no acordo feito entre as partes poderia haver punição se a vítima acreditasse que os danos causados pelo delito apenas poderiam ser reparados pelo castigo. Nesse sentido, ela acredita que um dos limites que devem existir entre as partes é o de que os acordos não podem conter conteúdo punitivo, de forma em que se dessa forma a vítima percebesse, deveria então deixar valer o princípio do jus puniendi, conferindo tal dever ao juiz ou tribunal. Por ser um modelo em ascensão no direito brasileiro, o acordo firmado entre as partes se submeterá ao crivo dos advogados, do Ministério Público e do juiz, que decidirá se conveniente ou não tal acordo.

Por um lado, a necessidade de tantos avais parece descaracterizar a essência do método, pois mesmo buscando uma forma de solução baseada na verdadeira vontade de vítima, carecerá da anuência judicial, o que pode implicar na dificuldade de implementação do método.

> Incumbe, assim, à justiça, oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a justiça, avaliada segundo a sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico alcançado. (PINTO et al., 2005, p.21).

Logicamente, não é papel da vítima aceitar ou não o exercício do jus puniendi quando o juiz acreditar necessário, mas é interessante que essa encontre um espaço quando o Estado decide se apropriar da análise de questões relacionadas ao âmbito

estritamente subjetivo, respeitando o local de fala da vítima, além de buscar um melhor exercício da jurisdição que deixará de ser somente justificada e por isso aplicada para ser racionalizada, buscando compreender a situação através da orientação dada pelos profissionais aptos para tanto.

Ao direito – contando com os órgãos institucionais – e todos os seus operadores, é importante buscar, além da imposição de uma pena, a calibração das relações familiares afetivas, não entre a vítima e o agressor, pois nada justifica o mantimento de uma relação violenta, mas numa situação que envolva filhos, por exemplo, a criação de uma estrutura mais saudável a estes.

3.2.2 O estado que intermedia e não se apropria

A natureza da intervenção penal é seletiva, cabendo ressaltar que sempre recorre aos mais pobres e miseráveis. Ressalte-se que, sendo a violência de gênero inerente a valores patriarcais que se propagam em todas as camadas sociais, massivamente é a mulher pobre que recorre ao judiciário.

> Outro fato que amplia a cifra oculta é que as classes sociais mais elevadas, comumente, não recorrem à polícia ao se deparar com esse tipo de situação. Convém ressaltar que, para as mulheres mais favorecidas economicamente, há a faculdade de recorrer a outros agentes para restabelecer sua paz interior, como um psicólogo, um advogado, um líder religioso, um médico ou mesmo um familiar ou amigo próximo (MELLO; ALENCAR, 2012).

Nesse sentido, Paulo Queiroz aponta que:

> De fato, ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos, ainda que promotores de justiça fossem super-homens, ainda que delegados e policiais formassem um exército de querubins, ainda assim o direito, e o direito penal em particular, seria um instrumento de desigualdade, porque a igualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz. (QUEIROZ, 2013, p. 437)

Surge, nesse diapasão, a interessante proposta de Raúl Eugênio Zaffaroni sobre uma teoria agnóstica da pena, em que esta seria um ato político e caberia ao

direito que parte de um discurso crítico em que se tem como base os modelos ideais de estado de polícia e de direito, que constituiriam a base da proposta que pretende atribuir ilegitimidade às doutrinas que buscam somente motivações justificadoras para a imposição de penas, desqualificando a subjetividade do direito penal de modo em que não se negue o direito de punir ao Estado, titular o *jus puniendi*. Nisso, haveria a constrição do Estado de polícia e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, validado pela exteriorização dos direitos humanos, que se encontram em constante evolução.

> Uma teoria agnóstica do processo penal, portanto, é aquela que não pretende ignorar ou ocultar ideologicamente esse paradoxo, mas, antes, reconhecê-lo na sua irracionalidade, mas procura dar-lhe um tratamento minimamente racional, conforme uma lógica de redução de danos (RAMALHO, 2015).

A interação entre ambos os modelos de Estado através de uma coexistência pacífica, poderia dar mais sentido a aplicação das penas, haja vista que nenhum modelo tentaria se sobrepor ao outro e, primordialmente, pelo fato de que a falência do modelo retributivo não faz com que os conflitos deixem de ocorrer, devendo haver uma reinvenção ou substituição do modelo retributivo a ser estudada, analisada e implementadas como nova (s) alternativa (s) solucionadoras.

Sendo o direito penal seletivo, se torna de suma importância salientar que a forma de atuação do operador do direito nos casos de violência doméstica afeta diretamente no processo e solução desses casos. Nesse ponto, chamamos a atenção para a violência institucional, que pode permitir que a vítima seja duplamente punida pois, a falta de apreço com a vítima reforça a violência já sofrida, configurando outra.

Em um estudo realizado no Distrito Federal, houve a análise de dos profissionais que atuam nas varas, delegacias e juizados de casos de violência doméstica, sendo que foram entrevistados, delegados, juízes e promotores baseando-se numa análise pessoal, profissional, estatais e sistêmica dos envolvidos. Num primeiro momento, quando questionados a respeito do nível de satisfação com o

trabalho desempenhado, a maioria disse estar satisfeitos, mas delegaram a responsabilidade do enfrentamento da violência da doméstica ao poder legislativo, ao judiciário e ao apoio psicossocial.

No que tange à sensibilização dos profissionais quanto a violência cometida pela mulher, as delegadas entrevistadas mantiveram uma postura crítica, porém sensível em relação ao tema, de forma em que frisaram que o constante contato direto com a vítima de violência retiraram, em algum nível, a sensibilização excessiva. Por outro lado, e o que mais chamou a atenção, foi o posicionamento de duas juízas entrevistadas, quando uma demonstrou uma opinião da naturalização da violência praticada contra a mulher e a outra abordou diversos pontos que contribuem para a o cometimento da violência. Todo casal briga, o ser humano briga, o ser humano é assim (...) e sempre onde já ser humano nasce um conflito (J1, juíza, 2011) (MAGALHÃES, 2011, p. 138).

Quanto a capacitação para o trabalho com os casos de violência doméstica, a maioria considerou necessário a implementação de cursos de capacitação que permita uma análise mais aprofundada do tema, além da reciclagem. Por outro lado, as duas juízas mantiveram o posicionamento de que tal feito não seria relevante. De modo geral, revelaram que não costumam frequentar muitos eventos que abordem sobre o tema. Posteriormente, ao abordar sobre o nível de conhecimento a respeito da violência de gênero, a violência conjugal e qual o nível de interação dessas, a autora percebeu que apesar dos posicionamentos não serem divergentes no sentido de que um está associado ao outro, existem níveis distintos de aprofundamento sobre o tema. Registrou que “esse aprofundamento está diretamente relacionado com as participações em eventos científicos e com o contato teórico sobre a temática trabalhada em seus ambientes laborais” (MAGALHÃES, 2011, p.143).

Partir da perspectiva de que as violências acontecem por serem intrínsecas à natureza do homem coloca todos os casos de violência sob o mesmo contexto, o que é equivocado. Nesse sentido, o posicionamento das juízas a respeito dos casos de violência não deixou de chamar atenção quanto a falta de sensibilidade e a

objetificação das pessoas, que passam a ser representadas por autos de um processo e não como um indivíduo. (...) Todo casal briga, todo ser humano briga, o ser humano é assim e sempre onde já ser humano nasce um conflito (J1, juíza, 2011) (MAGALHÃES, 2011, p.138).

Com isso, através da análise da autora, percebemos que a atuação dos agentes estatais no conflito interfere diretamente resolução destes, haja vista que se a jurisdição é teoricamente imparcial, seus operadores não o são, e, por isso, a importância da implementação de um método que não dependa do nível de avaliação de cada agente, poupando a mulher da nova violência.

A falta de identidade e comprometimento com a forma em que se decide ou atua nos órgãos, na maioria das vezes podem se valer do descaso quanto as particularidades de cada um, materializando através de uma sentença judicial a falta de empatia e compreensão do tema, como num jogo de roleta russa em que se atira pois se deve atirar, mas não se considera quaisquer consequências daquele ato.

Dessa forma, um Estado intermediador tende a inibir o a dicotomia entre a perspectiva do Estado e da vítima, pois ao invés de se incorrer no risco de uma decisão indesejada, abre-se a possibilidade de uma reparação efetiva. Ao invés do contencioso silenciador das partes, são inseridas as noções de um processo voluntário e colaborativo, ao invés de penas desarrazoadas e desproporcionais, se tem proporcionalidade e razoabilidade das obrigações assumidas no acordo restaurativo.

> O resultado dessa estratégia é o apaziguamento, o que não significa reconciliação ou reatamento de relações interpessoais. A permanência de uma inimizade não implica na continuidade de um conflito, desde que exista cooperação para superá-lo, em benefício das partes. (FIORELLI, 2017, p.390)

Para Fiorelli e Mangini, a intermediação traz características que, do ponto de vista psicológico são: a) A figura deixa de ser, necessariamente, a queixa; os intermediandos podem abordar outras questões que integrem o conflito; b) o relacionamento interpessoal ganha maior importância; c) os mediandos exercitam a

independência e de autocontrole, que por diversas vezes podem ter sido ignoradas, a mediação neutraliza o poder de uma pessoa sobre a outro; e, por fim, e) sensação de paz interior (FIORELLI, 2017, p.391). Frisam que, quando bem aplicada, a intermediação é eficaz.

Isso porque a via formal do processo foge dos propósitos de compreensão de compreensão das partes envolvidas, não apresentado efeitos positivos em relação a prevenção da violência doméstica. Contudo, a criação de políticas públicas com diretrizes restauradoras viabilizaria uma nova faceta ao problema, onde através de uma recontextualização construtiva do conflito surjam novas formas de compreensão sobre a categorização dos gêneros e a possível desconstrução dessas.

3.2.3 A reconstrução do conflito

Uma das vantagens do modelo restaurativo é a possibilidade de que o conflito seja recontextualizado, permitindo a restauração dos traumas emocionais vividos pela vítima, que participa ativamente do processo. Além das considerações realizadas a respeito da superação do punitivismo como um discurso que não se sustenta, a reconstrução do conflito se apresenta como outra possibilidade de delinear particularidades, contribuindo com as soluções ajustadas, dentro do possível, a cada caso e consequentemente ajudando a lapidar uma futura erradicação da violência. Além do mais, se cada conflito for tratado particularmente dentro do possível – considerando a vasta quantidade de demandas judiciais –, a oportunidade de a vítima expressar a possível solução, no mínimo faz com que o agressor venha a saber o porque da sua punição através de quem a sofreu, e em seu modelo ideal, faz com que o agressor internalize a gravidade de sua conduta, buscando repara-la.

Renato Sócrates Pinto estabelece um quadro comparativo sobre os modelos punitivista e restaurativo, onde registra os resultados da justiça restaurativa que, ao contrário da imputação de penas, estigmatização e discriminação vivenciados no modelo retributivo, há a possibilidade do ato simbólico do pedido de desculpas, além

da restauração e inclusão social das partes, evitando as violências do cárcere que podem fomentar o sentimento de vingança em relação à mulher e permitir a ressignificação da violência, além da introdução de novos pilares sobre a vida pessoal afetiva das partes, restando findada a relação através de um acordo de divórcio e a imposição do pagamento de pensão alimentícia e/ou guarda já homologados, se tiverem filhos, por exemplo.

A reconstrução do conflito a partir de um evento danoso ultrapassa o binômio vítima-algoz, não dando margem a uma possível subversão dos papéis e consolidando o tratamento e encerramento do ciclo de violência.

> Remediar um conflito desses no âmbito do Direito Penal é um tanto quanto complexo, pois ninguém é de todo culpado, nem de todo inocente. Acusar um, na grande maioria das vezes, ocasionará uma injustiça. Obviamente, há casos em que a mulher é, nitidamente, uma vítima, não se podendo generalizar, mas existem os casos em que a culpa é recíproca (MELLO; ALENCAR, 2012).

Havendo conscientização entre as partes a respeito da realidade em que se encontram, a participação da vítima contribui diretamente com a atuação da equipe multidisciplinar, facilitando a identificação do cerne do tipo de violência, seja pela reprodução de padrões familiares ou por entender que existe um sentimento de posse em relação a vítima, tornando possível transcender o conflito e eleger formas efetivamente reparadoras para que os elos sejam dissolvidos, partindo daquele momento com uma nova perspectiva sobre a má situação vivida.

> É importante também destacar que a infância do agressor pode influenciar bastante na sua vida adulta e no seu relacionamento com as mulheres. O tipo de relação que os pais dele tinham entre si, o tipo de relação que ele tinha com os pais, a existência de violência nesse ambiente familiar etc., tudo isso pode surtir efeitos, fazendo com que essa pessoa desenvolva uma personalidade violenta (MELLO; ALENCAR, 2012).

Por isso, a conciliação ou a entrevista individual que culmina em um momento de exposição dos anseios da vítima pelo agressor pode oferecer as considerações pessoais necessárias para um melhor desfecho do conflito, obviamente, a depender da vontade da vítima e do nível de violência.

Os efeitos para a vítima, ao ocupar o centro de processo com voz ativa, tem o controle sobre o que se passa e por atuar no processo dessa maneira, receberá maior autoconfiança e coragem. O autor registra que em estudos realizados foi indicado que uma das consequências do crime e da vitimização é o menos valia do poder de autodeterminação por estarem mais fragilizadas perante a sociedade.

> Nesse sentido, ao se estabelecer que a vítima somente participa do processo de MVO se quiser e que a esta compete a escolha da ordem de manifestações na mediação, busca-se iniciar a reconstrução de um senso de autodeterminação da vítima – para que esta tenha progressivamente a percepção de empoderamento. (JACCOUD et al., 2005, p.147).

Ou seja, ofertar à vítima a sensação de empoderamento a induz para sua satisfação, o que naturalmente facilita a libertação emocional da violência além de culminar no fortalecimento da mulher, que se vê capaz de decidir, mesmo que somente em parte, sobre as questões que envolvem sua vida. Assim, através de recontextualização construtiva do conflito, a vítima caminha para uma nova jornada, investida de autodeterminação por ter exercido suas preferências, nada obstante as demais dificuldades psicológicas que terá de enfrentar, como a dificuldade para estabelecimento de relacionamentos interpessoais, podendo contar com um acompanhamento psicológico habitual, a ser fornecido pelo Estado.

Por outro lado, o sentimento de vergonha em relação a exposição vivida pela apropriação Estatal do conflito através das vias formais judiciais, pode comprometê-la no retorno à sua vida comum, haja vista que a sociedade reage baseada nos preceitos do sensacionalismo em que muitas vezes a curiosidade rouba o espaço da vida íntima da pessoa, tornando o sofrimento em um verdadeiro espetáculo e tendo a excluir a vítima socialmente. Mangini observa, o controle social não formal é mais eficaz no controle de condutas indesejadas, quer sejam delitos ou não, mas condutas que de alguma maneira colocam em risco a manutenção e o equilíbrio do grupo (FIORELLI, 2017, p.391).

Nisso, o exercício da equipe multidisciplinar tem a finalidade de “transformar comunicações ineficientes (prévias à mediação) em eficientes e construtivas

manifestações de interesses e necessidades" (AZEVEDO, 2015, p. 147). Reconstruir não significa reatamento ou reconciliação entre vítima e agressor, mas visualizar o delito sob a partir da eclosão das questões pessoais, emocionais e psicológicas da vítima.

Também é dever do Estado a promoção da melhor resolução dos conflitos. Nesse sentido, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Distrito Federal ("CJM"), que integra o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios "TJDFT", foi criada como objetivo "buscar um modelo de atuação judicial que favoreça o pleno atendimento à Lei 11.340/06"[31]. Dessa forma, promove o assessoramento de juízes das varas de violência doméstica, a implantação de mecanismos que visam o aprimoramento do atendimento das famílias em situação de violência doméstica.

Tal iniciativa é um modelo de intervenção que tem por objetivo diminuir a reincidência da violência contra a mulher. Para isso, se busca "reduzir as crenças legitimadoras e perpetuadoras do uso de violência em relações domésticas e familiares e as justificativas para comportamentos abusivos" (ESCAMILLA; ALVAREZ, 2011, p.14). Esse modelo, ao contrário do punitivo, permite a recontextualização construtiva do conflito, ao permitir às partes, principalmente a vítima, a atuação direta no processo ao invés da sua mera exclusão, onde a finalidade é a restauração dos traumas emocionais.

Com isso, percebe que há uma receptividade no ordenamento pátrio ao método restaurativo, que vem sendo investigado como uma proposta de diminuir as mazelas trazidas pelo punitivismo puro através do respeito entre as partes do conflito e o empoderamento da vítima. Por se tratar de um modelo em ascensão, é natural que existam diversas inseguranças quanto a aplicação do método, que ainda encontra pouco espaço na realidade jurídica. Portanto, tem se trazido diversas discussões

[31] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Núcleo judiciário da mulher. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/centro-judiciario-mulher>. S/D. Acesso em: 26.09.2017

sobre a possibilidade de aplicação nos casos de violência doméstica[32], o que pode se apresentar como uma forma de abandonar o modelo antigo e comprovadamente fracassado. Talvez, a reconstrução do conflito seja uma efetiva solução ao problema da violência baseada no gênero pois as próprias partes podem oferecer as respostas até então buscadas pelo Estado sobre como sanar tal violência, já que a apropriação Estatal não tem sido suficiente.

4 O DIÁLOGO ENTRE RETRIBUIÇÃO E RESTAURAÇÃO E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO A PARTIR DA VINGANÇA COMO PENA

Foram expostas diversas considerações a respeito da existência vívida do desrespeito pela imagem feminina, o que se tornou objeto de estudo de inúmeros filósofos, sociólogos e antropólogo, culminando em diversas perspectivas sobre o problema em que o modelo patriarcal é fio condutor para a neutralização das violências cometidas pelas diferenças entre os gêneros.

Partindo dessas premissas, nos deparamos com um modelo de tutela estatal plenamente machista, que legitima o direito à propriedade dos corpos femininos e se mantém silente diante das inúmeras mortes causadas por tal crença. A partir desse momento, há o empoderamento do discurso feminista, que protege a mulher e a liberta das amarras machistas com ações positivas que em um primeiro momento causou diversas reações em todo o país e resultaram na criação da Lei 11.340/06.

Ocorre que a raiz do problema da violência baseada no gênero não se restringe a um debate de ideologias, sendo que os efeitos imediatos da militância – que com certeza permanece respaldada em sua indubitável relevância – já foram surtidos, e, no entanto, incontáveis mortes e agressões contra as mulheres continuam ocorrendo diuturnamente.

[32] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara Notícias. Comissão discute adoção da justiça restaurativa em casos de violência contra a mulher. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/543409-COMISSAO-DISCUTE-ADOCAO-DA-JUSTICA-RESTAURATIVA-EM-CASOS-DE-VIOLENCIA-CONTRA-A-MULHER.html>. Publicado em: 27.09.2017. Acesso em: 12.11.2017.

Por isso, o diálogo entre os modelos da retribuição e da restauração no âmbito da violência de gênero parte da premissa de que no direito existe uma autonomia relativa, onde as regulações sociais o afetam, sendo tais regulações o próprio cerne da ciência jurídica (TAVES, 2012, p.153). Sendo a pena um mal imposto como forma de vingança, cabe, portanto, o questionamento: Há uma proposta que represente meio termo entre o repúdio à intervenção penal e a necessária justificação e seleção desta?

Diante de uma sociedade complexa e da modernidade líquida, que autorregula a necessidade de intervenção penal, se torna cada vez mais difícil identificar soluções efetivas para problemas contemporâneos tão diversificados – ou nada contemporâneos –, mesmo considerando a contribuição investigativa das ciências humanas e as descobertas das possíveis origens dos conflitos. Dito isso e conforme anteriormente reiterado, se torna conclusivo que os fatores que motivam a violência contra a mulher baseada no gênero estão além da perspectiva jurídico-formal, mas entrelaçados com questões sociológicas, psicológicas e culturais, conforme inicialmente considerado.

Na perspectiva da racionalidade penal moderna, onde a grande marca do direito penal é a retribuição da aflição, nos deparamos com o fato de que o direito penal tem existido para atuar de uma determinada maneira: cumulado com uma pena de castigo que visa prevenir o delito.

A criminologia positivista, nesse ponto, desempenhou a legitimação das instituições punitivas, justificando assim o próprio poder de punir do Estado, tendo, entretanto, ignorado as violências que ocorrem também pela via institucional, onde seus operadores podem incorrer no imensurável erro de proferir decisão, por exemplo, no sentido de que a mulher vítima de violência concorreu de alguma forma para o mal que sofreu, evidenciando a grande deficiência das vias institucionais tratarem o problema. Reiterando, Adrian Barbosa e Silva sugere que:

> Ocorre que ao legitimar a gestão do poder punitivo para fins de proteção da sociedade centrada em táticas de contenção do

> criminoso (violência individual), a ideologia da defesa social pressupôs a regularidade de sua operacionalidade real e não questionou a sua capacidade de produzir violências (violência institucional), problematização esta que será possível a partir da inserção dos dados das ciências sociais no discurso jurídico-penal, notadamente da criminologia sociológica crítica à penologia, momento em que se manuseia referencial que oferece elementos para questionamento do atual estado de coisas dogmático. (SILVA, 2014. p.507).

Sendo a pena uma vingança necessária, sua mera imposição não previne os recorrentes e altos índices da violência de gênero, o que nas lições de Paulo Queiroz é identificado como exposição do caráter consequencial ou sintomatológico do direito penal, de modo em que este "constitui uma resposta aos sintomas do crime, e não às suas causas" (QUEIROZ, 2013, p.437). Logo, pouco ou nada se pode esperar de semelhante intervenção, pois, mais leis, mais policiais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos.

Outro ponto negativamente relevante da intervenção do direito penal nos casos de violência doméstica é o que Paulo Queiroz chama de caráter consequencial e não causal da intervenção penal, de forma em

> A eficácia preventiva do direito penal, se é que existe, é bastante limitada, uma vez que intervém demasiadamente tarde no conflito social: não quando este se produz, mas quando e onde se manifesta; e intervém mal, já que não traduz uma resposta etiológica, adequada às causas do problema, mas meramente sintomatológica. (QUEIROZ, 2013, p.437).

Portanto, se vivenciamos diversas e inúmeras formas de violência baseada no gênero em decorrência do modelo patriarcal é inviável almejarmos a erradicação da violência através de medidas que estão longe de atingir o cerne da violência baseado no gênero.

Por outro lado, as contribuições do modelo restaurativo para preservar e efetivar os objetivos da Lei Maria da Penha mostra que este se torna mais adequado aos propósitos da lei, o que consequentemente demandaria o fortalecendo das teorias deslegitimadoras. Ocorre que tais teorias provocam enorme incomodo quando elencam a possibilidade de a mulher agredida versar sobre a agressão vivida, como

se fosse suposto que as questões da seara privada não invocariam a atuação do Estado, pensamento completamente equivocado, pois conforme já mencionado, a aplicação do modelo se baseia na atuação coletiva, porém construtiva, do conflito, o que torna este público.

Alinhando um diálogo entre os modelos retributivo e restaurativo, portanto, se torna viável o resgate de algumas teorias em que o direito penal não é mero reprodutor ou justificador das retribuições, mas também um reforço à humanização da pena e ao fortalecimento das garantias fundamentais.

Isso seria possível através do resgate das garantias liberais do direito penal, sendo que estas surgiram para contrapor o direito penal do terror vivido na era absolutista, momento em que o egocentrismo se sobrepôs ao teocentrismo e os demais pilares iluministas passaram a influenciar diretamente o raciocínio moderno. Em suma, tal resgate garantiria aos homens sua integridade física e moral independentemente da situação em que se encontrem.

Cumpre ressaltar, portanto, que a justiça restaurativa representa um modelo hábil para preservar os principais objetivos da lei, prevenir e erradicar a violência e contrapor as insuficiências do modelo retributivo, buscando o reequilíbrio do ordenamento jurídico e, num futuro mediato, a erradicação da violência baseada ou ao menos uma grande diminuição. Esse modelo preserva tais objetivos por tornar mais viável o tratamento de um problema eminentemente social e não jurídico, possivelmente evitando que a Lei 11.340/06 se torne um Estatuto normativo sem eficácia, bem como contribui com a coletivização do problema da violência de gênero, demostrando que essa se instaura tanto nos pequenos espaços privados quanto nos grandes espaços públicos.

O modelo contribui para a futura desnaturalização da violência por não objetificação da mulher, o que já é um grande passo, pois deixa de etiqueta-la e busca compreender as suas reais necessidades. Além disso, contribui também para a mitigação da omissão estatal, pois ao tornar a resolução do conflito um dever de todos os diretamente ou indiretamente envolvidos no conflito, paulatinamente se

torna cada vez mais subsidiária a intervenção do Estado e torna esta mais legitimamente justificada e não banalizada.

Também contribui para o reforço da política extrapenal que motivou a criação da lei, materializando o que já era previsto timidamente nesta, da mesma forma que contribui para uma substituição das teorias utilitaristas ou relativas, que se tornaram um mito. Consequentemente, fomenta uma constante remodelação do compromisso estatal em relação ao tema, visto que não contará somente com a "solução punitiva". Contribui, através da própria aplicação do método, o processo de fortalecimento da vítima e, concomitantemente, reforça as garantias fundamentais do indivíduo, reforçando a verdadeira credulidade ao cidadão em relação ao Estado.

Por fim e de mesma importância, contribui para uma atuação mais coerente por parte do judiciário, que não simplesmente reproduzirá enrijecimentos, mas atuará de acordo com sua principal finalidade: a mitigação efetiva dos conflitos vividos em sociedade.

Esse diálogo demanda o reforço de políticas criminais que buscam reafirmar o modelo que justificou a criação da Lei conferiria mais legitimidade à imposição de uma pena ao agressor. Por isso, punir e conscientizar é um binômio que já não surte efeito, pois se tenta sanar problemas que podem beirar até mesmo origens patológicas no indivíduo através da imposição de um novo castigo, permanecendo na vingança e nos piores sentimentos envolvidos no conflito, minimamente preocupados com as reais necessidades da vítima.

O fortalecimento de um modelo penal em que há uma dinâmica de aplicação da pena somente quando extremamente necessária e a contenção de um Estado de polícia caracterizado pelo exercício do poder vertical que pune demasiadamente, conforme proposto por Zaffaroni, pode ajudar a sanar diversas lacunas existentes nas teorias justificadoras, absolutas ou relativas até que sejam declaradas, por um ato de governo, a plena ineficácia dessas, o que empiricamente já foi feito através de diversas pesquisas acadêmicas.

Projetando tais reconhecimentos e reconsiderações a respeito do problema da violência de gênero a longo prazo, portanto, podemos imaginar uma realidade em que haverá a propagação do respeito como basilar de todas as relações, mesmo que, sempre em algum nível, esse tipo de conflito persistirá por ser fortemente relacionado à cultura ancestral e religiosa, ainda muito latente em nossa atual sociedade.

Ainda nos deparamos com a grande dificuldade em introduzir debates sobre gênero por nos encontramos numa situação de imensa imaturidade política que repartiu a sociedade em dois grupos ideológicos completamente opostos, sem contar a forte presente cultura eminentemente cristã e conservadora, motivo pelo qual dificilmente nos depararíamos com uma realidade diferente da atual quanto aos índices de violência. Porém, se pode introduzir, paulatinamente, a importância desses pilares que independem de política, mas dependem de mais humanização social e menos vingança punitiva.

Acreditar numa futura sociedade menos submetida aos valores patriarcais representa o que indubitavelmente se buscou com a criação da lei. Fomentar novas proposta e perspectivas é o que naturalmente deve ser feito quando já não se busca mais justificar o que está em descompasso com os reais clamores sociais, reajuste que somente se torna possível graças ao Estado democrático de direito, que permite a exteriorização desses problemas e a possibilidade de desconstrução e reconstrução de tudo o que já não representa um retorno positivo à sociedade, que é sempre inconstante.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscamos averiguar como e de que forma o modelo restaurativo contribui para a preservação e efetivação dos objetivos da lei, quais sejam os de punir, prevenir e erradicar a violência contra a mulher baseada no gênero. Para isso, procuramos introduzir um parâmetro básico do histórico do gênero feminino e seu desdobramento a partir da introdução de um modelo patriarcal e

machista, que objetificou a mulher frustrando sua subjetividade, visto que agora teria que ver e pensar o mundo conforme os ditames dos papéis de gênero.

Dessa forma, as vontades, as crenças, as decisões e as posturas passaram a depender de uma anuência social e de "seu homem" e, caso a mulher buscasse ter uma postura diversa, que independesse dos etiquetamentos de gênero, mas que se desvirtuasse do "dever-ser", essa então romperia o limite de suas atribuições, sendo aconselhada a retomar "ao seu devido lugar". Porém, acontece que o lugar da mulher é onde ela quiser que seja.

A experiência vivida na década de 80, quando foram criadas as delegacias femininas, já apontou o dilema da violência, de modo em que mesmo através da exposição do conflito e de seu sofrimento, a vítima retornava ao convívio com o agressor, o que passou a relativizar a necessidade de punição do agressor para que a vítima não reatasse a relação ou para que deixasse de cometer a violência. Por isso, a opção política que motivou a criação da Lei 11.340/06 foi a extrapenal.

Assim, foi introduzida na lei um suporte extrapenal que colaboraria com a libertação da vítima do ciclo de violência. Com isso, se constatou um impasse entre a política criminal que motivou a sua criação e o atual modelo retributivo, que busca a necessária punição do agressor. Se de um lado temos um direito penal que tem existido para atuar exclusivamente de uma determinada maneira, ou seja, através da imposição e justificação da pena, o que é identificado pelo constante enrijecimento das leis, de outro temos uma forma alternativa e deslegitimadora da pena, que pode conciliar as grandes dificuldades do modelo retributivo, que passou a representar uma atuação simbólica do Estado e não soluciona mas reforça somente o sensacionalismo midiático e a cultura do ódio.

No limbo entre punir pela imposição de uma pena ou utilizar uma medida que não necessariamente pune mas visa o empoderamento da vítima, esta se torna mais compatível com as finalidades da lei 11.340/06. Além disso, nos mostra que a punição é descartada como um objetivo necessário da lei. Nisso, tal objetivo dá

espaço às modalidades alternativas de solução de conflito que, senão no mínimo mais efetivas, serão menos desumanizadas.

Ressurge, portanto, a ideia de uma teoria agnóstica da pena, que representa um meio termo entre o repúdio radical à intervenção penal e a necessidade de punição desnecessária por não deslegitimar o Estado do exercício de seu jus puniendi, que passaria a ser mais restrito, e nem coadunaria com a privatização dos conflitos, o que representaria um enorme retrocesso.

Para isso, seria necessária a constante calibração dos estados de polícia e democrático de direito e reformulação da justiça criminal, tendo em vista que nos deparamos com uma polícia que se investe de jurisdição, perseguindo e punindo ao mesmo tempo, tendo, por outro lado, um modelo democrático que parte de uma realidade utópica em que as instituições funcionam perfeitamente, constatando que a total deslegitimação da intervenção penal, caso aplicada hodiernamente, findaria numa série de novas injustiças, trilhando, dessa forma, o mesmo caminho do modelo retributivo.

Através das medidas alternativas, o Estado passaria a atuar de forma mais empática e humanitária nesses tipos de conflito. Portanto, para isso que isso ocorra, também se torna necessária uma reestruturação das instituições que buscassem dirimir as mazelas da violência institucional, sendo fornecidos cursos de reciclagem que abordem profundamente o problema a todos os profissionais envolvidos nesse processo e esse reforço passaria a depender de uma política criminal interessada e comprometida na busca de novos resultados, abrindo mão de um modelo irracional.

Nesse sentido, o modelo restaurativo desqualificaria a teórica necessidade de punição estatal nos casos da violência de gênero, que tem trazido maiores problemas ao judiciário, devido a insuficiência deste na tratativa do problema. A utilização de medidas humanitárias poderia solucionar os conflitos de menor dimensão, o que foi inviabilizado pela ADI 4.424, mas que podem, a partir de uma outra abordagem, ser introduzidas por um modelo alternativo e restaurativo.

Ao analisar as características de tal método, abordamos características plenamente compatíveis aos interesses da Lei 11.340/04, sendo as principais a possibilidade de desconstruir a necessidade de apropriação Estatal do conflito e trazendo a possibilidade de recontextualização construtiva do conflito, em que através da aplicação de um método amparador, alguma da partes – principalmente a vítima – possivelmente não incorrerá na mesma situação de violência novamente, cabendo ao agressor repará-la na medida em que for possível quanto a violência cometida.

Dessa forma, conforme exposto no capítulo três desse trabalho, o modelo proposto preserva os objetivos por reafirmar a importância do constante debate a respeito do problema nos espaços coletivos, buscando a conscientização social para então almejar para uma efetiva erradicação ou grande diminuição da violência, o que já seria muito satisfatório para a nossa realidade. Por outro lado, o modelo restaurativo também contribui para a efetivação dos objetivos por ser capaz de delinear os principais problemas pertinentes à violência baseada no gênero, diluindo os elos que motivaram cada violência, respeitando as respectivas individualidades.

Sabemos que a abordagem do tema não se trata análise simples, e também que poderíamos contar com uma solução mágica que finalmente erradicaria as inúmeras violências cotidianas. Por isso, mesmo que se aborde uma análise entre teorias contrapostas e o seu possível diálogo, deixamos que a prática e realidade jurídica nos aponte quais seriam os métodos mais ou menos efetivos, considerando a imensurável dificuldade de se encontrar uma efetiva solução para todo o tipo de conflito.

Assim, mesmo que sejam elencadas teorias deslegitimadoras da pena, foi compreendido que a simples erradicação da intervenção penal através da imediata imposição de soluções alternativas se torna uma solução tão fácil e presunçosa quanto a proposta pela modelo retributivo. Além disso, a alteração bruta da realidade num primeiro momento não seria tão fácil quanto se parece teoricamente.

Nesse sentido, Paulo Queiroz menciona que:

> (...) também é certo que não podemos, aqui e agora, abdicar pura e simplesmente do direito penal, como pretende o abolicionismo penal, mesmo porque, ainda quando semelhante pretensão fosse realmente factível, teríamos de necessariamente passar por um processo gradual de descriminalização até alcançarmos tal estágio, invertendo, inclusive, o processo atual de expansão do sistema penal (QUEIROZ, 2013, p. 440).

Completa o autor:

> Assim, abolicionismo e direito penal do inimigo são, em última análise, dois extremos que de algum modo se tocam em seus excessos e dogmatismo, ao conferirem ao sistema penal uma importância que ele simplesmente não tem, quer como meio de produção de violência (função latentes), quer como instrumento de prevenção e controle social (função declarada) (QUEIROZ, 2013, p.441).

Por ser uma violência intrinsicamente relacionada a uma questão cultural, de nada adiantaria abolirmos as normas e instituições penais, pois estaríamos abolindo, como aponta Paulo Queiroz, apenas o sistema formal de repressão e os microssistemas punitivos persistiriam – o que retoma a fatídica a compreensão de que o gênero sempre existiu e que o patriarcado é mais facilmente modificado por se tratar de um fenômeno social –, mostrando que, em suma, a validação de nem um e nem outro extremo seria suficientemente solucionadora.

Assim, podemos constatar que mesmo que o modelo restaurativo apresente todas as suas benesses, muito aos poucos nos desvencilharíamos do atual modelo arraigado, o que nada obstante permite a criação de novas políticas, novas propostas e novos redimensionamentos a respeito da violência de gênero, que vem acontecendo timidamente introduzidos nas varas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios, mas já representam um largo passo de evolução para a nova sociedade que se pretende construir, pois "uma boa política social ainda é, enfim, a melhor política criminal" (LISZT apud QUEIROZ, 2013, p.442).

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma DE et al., SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. 2005. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação procedimental de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD). Artigo 29 da Lei 11.340/06.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: os aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 76.

BISPO, Flávia. Departamento Penitenciário Nacional não tem controle sobre sistema carcerário brasileiro. Notícias do dia. Disponível em: <https://ndonline.com.br/florianopolis/noticias/departamento-penitenciario-nacional-nao-tem-controle-sobre-sistema-carcerario-brasileiro>. Publicado em 26.07.2017. Acesso em 12.12.2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado / Cezar Roberto Bitencourt. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012., p. 522.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1, 9º edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

BOURDEAU, Pierre. A dominação masculina. Tradução de Maria Helena Kuhner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 33.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Publicado em: 10.01.2002. Acesso em: 12.09.2017.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. Sala das sessões do Governo Provisorio, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm>. S/D. Acesso em: 17.09.2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. S/D. Acesso em: 17.09.2017.

BRASIL MULHER, 1977 apud WOITOWICZ, Karina Janz. A violência contra a mulher na pauta da imprensa feminista - Traços de uma trajetória de lutas e conquistas do Movimento de Mulheres no Brasil, entre os anos 1970/8. Trabalho apresentado ao GT de História da Mídia Alternativa, do V Congresso Nacional de História da Mídia (São Paulo, 2007). Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação V Congresso Nacional de História da Mídia – São Paulo – 31 maio a 02 de junho de 2007. p. 04.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara Notícias. Comissão discute adoção da justiça restaurativa em casos de violência contra a mulher. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/543409-

COMISSAO-DISCUTE-ADOCAO-DA-JUSTICA-RESTAURATIVA-EM-CASOS-DE-VIOLENCIA-CONTRA-A-MULHER.html>. Publicado em: 27.09.2017. Acesso em: 12.11.2017.

CONCEITO.DE. Disponível em: <https://conceito.de/patriarcado>. Publicado em: 16.11.2013. Acesso em: 01.10.2017.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Tradução de Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

ESCAMILLA, Margarita Martínez; ÁLVAREZ, Maria Pilar Sanchez. La mediación penal en españa: estado de la cuestión. Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciária: un renovado impulso. 1. ed. Zaragoza: Reus S.A., 2011.

ESTADO DE MINAS. O brasil é o país que mais mata travestis e transexuais. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/dandara/2017/03/09/noticia-especial-dandara,852965/brasil-e-pais-que-mais-mata-travestis-e-transexuais.shtml>.S/D. Acesso em: 19 out. 2017.

FILHO, Pedro Paulo. Grandes Advogados, Grandes julgamentos. Departamento Editorial OAB-SP. O caso Doca Street. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DE SÃO PAULO, 2014. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-caso-doca-street>. S/D. Acesso em 13.09.2017. 17:47.

FIORELLI, José Osmir. Psicologia Jurídica / José Osmir Fiorelli, Rosana Cathya Ragazzoni Mangini. – 8 ed. rev., atual. Ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://acervofolha.blogfolha.uol.com.br/2016/12/30/ha-40-anos-assassinato-de-angela-diniz-parou-pais/>. S/D. Acesso em 13.09.2017.

GLOBO. Jornal Hoje. Assassinato de Ângela Diniz e julgamento de Doca Street. Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/telejornais/jornal-hoje/assassinato-de-angela-diniz-e-julgamento-de-doca-street.htm>. S/D .Acesso em: 15.09.2017.

GLOBO. Jornal da Globo. Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>. Publicado em: 29.04.2014. Acesso em: 20.11.2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal/Rogério Greco. – 16. Ed. Rio de Janeiro: Impetus: 2014.

GROSSI apud WOITOWICZ, Karina Janz. A violência contra a mulher na pauta da imprensa feminista - Traços de uma trajetória de lutas e conquistas do Movimento de Mulheres no Brasil, entre os anos 1970/8. Trabalho apresentado ao GT de História da Mídia Alternativa, do V Congresso Nacional de História da Mídia (São Paulo, 2007). Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação V Congresso Nacional de História da Mídia – São Paulo – 31 maio a 02 de junho de 2007.

IDADE MODERNA. Iluminismo. Disponível em: http://idade-moderna.info/iluminismo.html SD. Acesso em: 10.03.2018

INSTITUTO BRASILEIRO DE FAMÍLIA – IBDFAM. Culpa pelo fim do casamento não se discute diz TJMG. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5397/+Culpa+pelo+fim+do+casamento+não+se+discute,+diz+TJMG>. Publicado em: 06.08.2014. Acesso em: 10.09.2017.

JACCOUD, Mylène et al., SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. 2005. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD).

KANT, Immanuel, 1724-1804. Princípios metafísicos da doutrina do direito / Immanuel Kant; [tradução Joãosinho Beckenkamp]. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. – (Biblioteca jurídica WMF) 1ª ed, 2014.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Entre ceias e a seletividade do sistema penal, nada muda em 2016. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/academia-policia-entre-ceias-seletividade-sistema-penal-nada-muda-2016>. Publicado em: 29.12.2015. Acesso em: 02.12.2017.

MAGALHÃES, Camila de. 10 anos de Lei Maria da Penha – É preciso insistir no gênero. Blogueiras Feministas. Disponível em: <http://blogueirasfeministas.com/2016/08/10-anos-da-lei-maria-da-penha-e-preciso-insistir-no-genero/#more-22004>. S/D. Acessado em: 24.09.2017.

MAGALHÃES Nayara Teixeira. Gênero e Violência conjugal: olhares de um sistema de justiça especializado. 2011. Dissertação (Mestrado em Psicologia) — Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

MEMORIAL DA ANISTIA. Disponível em: <http://memorialanistia.org.br/movimento-feminino-pela-anistia>. S/D. Acesso em 22.09.2017.

MEDEIROS, C.S.L.Q.; MELLO, M.M.P. o que vale a pena? O impacto da lei maria da penha no encarceramente de “agressores” e seus efeitos colaterais sobre a mulher vítima de violência doméstica e familiar. In: conpedi. UFPB. (org). Criminologias e política criminal i: XXIII congresso nacional do conpedi. 1. ed. João Pessoa: Conpedi, 2014, v. 1, p. 447 – 469.

NÓS MULHERES, ano 1, n 1, junho de 1972, p.2 apud WOTOWICZ, Karina Janz. a violência contra a mulher na pauta da imprensa feminista - traços de uma trajetória de lutas e conquistas do movimento de mulheres no brasil, entre os anos 1970/80. Intercom – sociedade brasileira de estudos interdisciplinares da comunicação v congresso nacional de história da mídia**,** São paulo, p. 1-16,mai./jun. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – 11.ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PASSOS, Lucas. ENSAIOS DE GENERO. Professores brasileiros: estado de luto e de luta. Disponível em: <https://ensaiosdegenero.wordpress.com/tag/judith-butler/>. Publicado em 11.05.2015. Acesso em: 06 fev. 2018.

PINTO, Renato Sócrates Gomes et al., SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD).

PINTO apud WOITOWICZ, Karina Janz. a violência contra a mulher na pauta da imprensa feminista - traços de uma trajetória de lutas e conquistas do movimento de mulheres no brasil, entre os anos 1970/80. Intercom – sociedade brasileira de estudos interdisciplinares da comunicação v congresso nacional de história da mídia**,** São paulo, p. 1-16, mai./jun. 2007.

PIRES, Albernaz Amon. A Opção Legislativa pela Política Criminal Extrapenal e a Natureza Jurídica das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha**.** *Revista do Ministério Pública do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v.1, n.5, p. 121-168, 2011. Anual.

PORTAL BRASIL. Governo do Brasil. Maria da Penha. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2012/04/maria-da-penha-1>. Publicado em: 05.04.2012. Última alteração em: 29.07.2014. Acessado em: 24.09.2017.

QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal/Paulo Queiroz. – 9ª. Ed. Bahia: Editora Juspodivm: 2013.

RAAD, Marco Russowsky. Uma análise da política criminal sob o enfoque do direito penal do terror. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2006.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1o quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, acesso em 22 de março de 2018.

SALBRO, Henrique. Afinal, qual é a influência da mídia no direito penal? Canal ciências Criminais, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/afinal-qual-e-a-influencia-da-midia-no-direito-penal/>. Publicado em 17/11/2015. Acesso em 10.12.2017

SANTIAGO, Mir Puig – Introdución a las bases del derecho penal. 2. Ed. 2005.

SCOCUGLIA, Lívia. Maioria das mulheres agredidas não quer prisão de agressor, aponta pesquisa. O JOTA. Disponível em: <https://jota.info/justica/maioria-das-mulheres-agredidas-nao-quer-prisao-de-agressor-aponta-pesquisa-08032016>. SD. Acessado em: 24.09.2017.

SEGATO, Rita Laura. Las estructuras elementales de la violência: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal, Argentina: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

SENADO FEDERAL. Data Senado aponta aumento no percentual de mulheres vítimas de violência. Senado Notícias. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/08/datasenado-aponta-aumento-no-percentual-de-mulheres-vitimas-de-violencia>. Publicado em 08/06/2017. Acesso em 02.02.2018.

SENADO FEDERAL. Senado notícias. Lesão corporal leve em casos de violência doméstica pode ter pena aumentada. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/23/lesao-corporal-leve-em-casos-de-violencia-domestica-pode-ter-pena-aumentada>. Publicado em: 23.12.2016. Acesso em: 10.10.2017.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado número 418, de 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127538>. S/D. Acesso em: 02.08.2017

SENKEVICS, Adriano. O conceito de gênero por Pierre Bourdieu: a dominação masculina. Ensaios de Gênero. Disponível em: https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2012/05/21/o-conceito-de-genero-por-pierre-bourdieu-a-dominacao-masculina/. Publicado em 21.05.2012. S/D. Acesso em: 09.09.2017.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovanni. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2004.

SAFFIOTI apud WOITOWICZ, Karina Janz. a violência contra a mulher na pauta da imprensa feminista - traços de uma trajetória de lutas e conquistas do movimento de mulheres no brasil, entre os anos 1970/80. Intercom – sociedade brasileira de estudos interdisciplinares da comunicação v congresso nacional de história da mídia**,** São paulo, p. 1-16, mai./jun. 2007.

SILVA, Adrian Barbosa E., Adrian**.** Teoria agnóstica da pena: fundamentos criminológicos para uma teleologia redutora desde a margem, *in* Ávila, Gustavo; Braga, Rômulo; Ribeiro, Gustavo (org.), *Criminologias e Política Criminal – I*, Florianópolis, Conpedi, p. 500-529, 2014.

TAVES, Robert Steven Vieira. Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo: da crítica sociológica à lógica própria do direito. Rev. fac. dir. sul de minas**,** Pouso alegre, v. 28, n. 1, p. 153-188, jan./jul. 2012.

TOLEDO, Luiz Fernando. Curso tenta evitar reincidência em violência doméstica. Exame. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/curso-tenta-evitar-reincidencia-em-violencia-domestica/>. Publicado em: 07.09.2014. Acesso em: 24.09.2017.

RESOLUÇÃO 225/06 CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_ 02062016161414.pdf> S/D. Acesso em 26, set. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. AF.CJM/TJDFT Concretiza 3ª etapa do projeto Maria da Penha no Núcleo Bandeirante. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/agosto/cjm-tjdft-concretiza-3a-etapa-do-projeto-maria-da-penha-vai-a-escola-na-cre-do-nucleo-bandeirante>. Publicado em: 31.08.2017. Acesso em: 25.09.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Núcleo judiciário da mulher. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/centro-judiciario-mulher>. S/D. Acesso em: 26.09.2017.

WOITOWICZ, Karina Janz. a violência contra a mulher na pauta da imprensa feminista traços de uma trajetória de lutas e conquistas do movimento de mulheres no brasil, entre os anos 1970/80. Intercom – sociedade brasileira de estudos interdisciplinares da comunicação v congresso nacional de história da mídia**,** São paulo, p. 1-16, mai./jun. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro/ volume I, parte geral/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 10. Ed. Ver., atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Ciências
Criminais

A PROTEÇÃO À PRIMEIRA INFÂNCIA DOS FILHOS DE MULHERES PRESAS E OS POSSÍVEIS REFLEXOS DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641 – STF

Bruna Larissa Pontes da Silva

RESUMO

A presente pesquisa de monografia versou sobre a proteção da Primeira Infância das crianças que nascem e permanecem no sistema prisional com suas genitoras na primeira fase da vida. O estudo analisou a importância da primeira infância para o direito e abordou uma interdisciplinaridade com as áreas da saúde, sociologia, pedagogia e psicologia. No âmbito legal, o trabalho teve como base os direitos garantidos pela Lei 13.257/16 ressaltando a justificação e os motivos de aprovação dessa lei, além de apresentar a influência nos direitos das crianças que estão no ambiente prisional. Os princípios da proteção integral, prioridade absoluta, melhor interesse e convivência familiar foram apontados, realizando uma reflexão com a aplicação das regras de Bangkok (ONU). Desta forma, foram utilizados literaturas, dados, doutrinas, artigos e instruções normativas para reflexão do problema de pesquisa. Por fim, foram realizadas pesquisas de campo para coleta de dados e justificações através da presença na sessão de julgamento do *Habeas Corpus* coletivo 143.641, do Supremo Tribunal Federal, e através de uma visita realizada na Penitenciária Feminina do Distrito Federal.

Palavras-chave: Estatuto da Primeira Infância. Gestante. Mulher. Prisão Domiciliar. *Habeas Corpus* coletivo.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre a presença das crianças no sistema prisional. No Brasil, mais de 2000 crianças convivem com as genitoras dentro do presídio durante a primeira infância, essa medida visa garantir o período da amamentação e o convívio com a mãe.

A primeira infância é definida como a primeira parte da existência de um indivíduo e o momento de maior importância para a vida, pois a pessoa vai desenvolver sua capacidade cognitiva, personalidade, o intelectual e a socialização. Além disso, é o momento mais vulnerável e de maior dependência da vida humana. Essa importância da primeira infância é tratada por várias áreas e campos de estudo, como na saúde, sociologia, pedagogia, psicologia e pelo direito. Esse trabalho teve o intuito de inter-relacionar esses campos de estudo abordando a visão da primeira infância para cada área e assim demonstrar o impacto das prisões na vida de uma criança.

A Lei 13.257/2016, conhecida como o Estatuto da Primeira Infância, trouxe mudanças no Código de Processo Penal brasileiro para proteger a infância dos filhos de genitores que estão no sistema prisional, vários direitos foram abarcados por essa lei como a informação da existência e quantidade de filhos no momento da prisão, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando a mulher for gestante ou lactante, entre outros. Porém, por ser uma lei recente muitos pontos ainda estão em discussão, e a aplicação desses direitos ainda não está operando de forma efetiva. A pesquisa apresentou a justificação e os motivos da lei, trazendo um paralelo com a prática prisional.

Além das leis, ainda há princípios e normas internacionais que garantem a proteção da primeira infância, que foram analisados no decorrer do trabalho e discutidos quanto à relevância e importância para o tema.

O Supremo Tribunal Federal discutiu em face do *Habeas Corpus* coletivo 143.641, em fevereiro desse ano, a possibilidade da prisão domiciliar para as gestantes e lactantes. Essa medida foi deferida pela corte e várias recomendações, exceções e requisitos foram dados pelo STF. Nesta monografia foi analisada a sessão do julgamento desse HC coletivo e ainda buscou alguns possíveis reflexos positivos e negativos da decisão.

O objetivo do trabalho foi analisar a aplicação dos direitos, estudos e princípios que regem a primeira infância no sistema prisional, ademais, busca os

reflexos práticos, teóricos e a realidade desse ambiente no Distrito Federal, demonstrando a vulnerabilidade das crianças.

O problema de pesquisa pauta-se em algumas indagações: a proteção da primeira infância é garantida dentro do sistema prisional? O ambiente carcerário pode influenciar no crescimento e desenvolvimento da criança? A medida de prisão domiciliar deferida pelo Supremo Tribunal Federal em *Habeas Corpus* coletivo soluciona o problema? Todos esses problemas serão buscados e refletidos no decorrer do trabalho, objetivando as respostas concretas e com fundamento legal, teórico e prático.

O marco teórico da monografia foi a recente Lei 13.257/16, a Constituição Federal, as regras de Bangkok, os princípios doutrinários (proteção integral, prioridade absoluta, melhor interesse e convivência familiar) e o recente *Habeas Corpus* coletivo. Foram usadas reflexões de Fernando Capez, Kátia Regina Maciel, Wilson Donizeti Liberati, dentre outros.

As metodologias utilizadas foram análises e reflexões de literaturas e artigos, observância de dados, normas e decisões. Bem como, pesquisas empíricas, primeiro na sessão de julgamento do STF no HC 143.641 que foi analisado cada voto e sustentação, posteriormente uma constatação da realidade do tema no Presídio Feminino do Distrito Federal, com visita, entrevistas com detentas e diretora do estabelecimento, ainda houve produção de fotos do ambiente que as crianças convivem.

O estudo foi estruturado nos seguintes moldes: o capítulo primeiro buscou conceituar a primeira infância e contextualizar a importância para os âmbitos da saúde, sociologia, pedagogia, psicologia e direito, em cada área foi abordada a visão e a relação com o tema, retratando como o sistema prisional garante a primeira infância para os filhos de presas. Ainda no mesmo capítulo foram expostos motivos e razões da aprovação da Lei 13.257/16, que trouxe grandes mudanças para o tema e abarcou vários direitos para garantir uma infância protegida conforme consta em previsão constitucional (artigo 227).

O segundo capítulo abordou os direitos e princípios da Constituição Federal, que trouxe a proteção integral da criança, tratamento com prioridade absoluta, a observância do melhor interesse do infante e a garantia da convivência familiar. Ainda foi realizada uma abordagem das Regras de Bangkok -regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e as medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras-.

O capítulo terceiro retratou o julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* coletivo 143.641. A autora esteve presente na sessão e relatou na pesquisa como se deu o surgimento da ação, as sustentações e defesas feitas no dia da votação e os votos da preliminar e do mérito, trazendo os requisitos e exceções discutidos pelos ministros em sessão. Além disso, a importância da decisão foi aludida, com defesas positivas e negativas.

Por fim, o último capítulo relatou a visita feita pela autora no Presídio Feminino do Distrito Federal, demonstrando como funcionam as alas de maternidade, os atendimentos de saúde, lazer e o dia a dia das crianças. Ademais, a autora realizou um relatório das entrevistas com três genitoras que estão na PFDF e com a diretora do estabelecimento Doutora Deuselita. Algumas fotos foram anexadas no trabalho, que foram produzidas pela própria autora com a permissão e auxílio da penitenciária para demonstrar o ambiente que as crianças permanecem no presídio do DF.

2 ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA

2.1 Conceito

A primeira infância é caracterizada como a primeira parte da vida de um indivíduo, iniciando desde o período de acompanhamento gestacional e alcançando

aproximadamente até os oito anos de idade ou até o período de adaptação escolar, ou seja, é a fase mais precoce da vida do ser humano.[1]

Para Dra. Pia Britto, as crianças só desenvolverão seu potencial, se na fase da primeira infância forem garantidos seus direitos de sobrevivência, participação na sociedade, educação e desenvolvimento, por meio da integração e programas específicos para a idade, levando em consideração a vulnerabilidade e necessidade desses indivíduos.[2]

A etapa da primeira infância é conceituada de forma complexa e divergente entre os estudiosos, pois analisa tanto o caráter objetivo (a idade), como um caráter subjetivo (o domínio de desenvolvimento da criança), além de ser relevante o contexto de vivencia infantil, o ambiente e atendimento que recebe da sociedade e da família.[3]

Com isso, o crescimento, a aprendizagem e a estrutura física e cognitiva, são relevantes no momento de analisar o desenvolvimento da criança, esses pontos são alinhados com a ideia de saúde física, saúde mental, habilidades, funcionamento social e emocional, competências de linguagem e alfabetização, ética, inserção espiritual e o senso de identidade nacional.[4]

A primeira infância é estabelecida pelos primeiros anos de vida de um ser humano, os países delimitam a idade inicial e final da primeira infância em idades diferentes, no Brasil essa delimitação veio a partir da lei 13257/16, que determinou a primeira fase da vida nos primeiros 6 anos de vida ou 72 meses (artigo 2º). Essa lei traz novas políticas voltadas para as crianças nessa idade, reconhecendo a importância e a vulnerabilidade dessas crianças. A idade delimitada em lei obriga o

[1] BRITTO, Pia Rabello PhD et al. *Social protection programs and early childhood development:* Unexplored potential. Australia: Plan International Australia. 2013. Disponível em: <http://childstudycenter.yale.edu/fcpb/research/publications/Yale%20Plan%20Social%20Protection%2 0Study_FINAL_173191_28959_v1.pdf >. Acesso em: 13 ago. 2017.
[2] Ibidem, p. 3-4.
[3] Ibidem, p. 9.
[4] Ibidem, p. 9.

Estado a garantir os direitos, políticas, planos e serviços a todas as crianças que estão dentro dessa faixa etária.[5]

Outra característica marcante da primeira infância é a vulnerabilidade, essas crianças precisam de uma proteção maior, tanto do Estado quanto da família e da sociedade, necessitam ser ouvidas e observadas, para que seus direitos sejam garantidos e seus interesses sejam prioridades no âmbito da sociedade.[6]

2.2 A Importância da Primeira Infância

Os primeiros anos da vida humana, mesmo sendo um tema ainda pouco discutido na sociedade, podem ser analisados e estudados por várias áreas de conhecimento, e têm grande relevância para a determinação do adolescente e adulto que irá ser formado.

Essa parte da vida tem grande importância, pois começa a formar o desenvolvimento psicológico, social, moral e físico da pessoa, definindo todo o futuro e a personalidade do indivíduo, além de influenciar a relação com outras pessoas e o crescimento pessoal. As crianças que em seus primeiros anos de vida carecem de proteção ou de cuidados, tendem a crescer adolescentes e adultos sem saúde e até mesmo com problemas psicológicos, já aquelas que são protegidas e crescem com estabilidade familiar, alimentação adequada e com boa interação na sociedade tendem a ser adolescentes e adultos mais saudáveis, formando uma melhor linguagem, raciocínio e até mesmo laços sociais mais firmes.[7]

Das áreas que discutem e falam da primeira fase da vida do ser humano, algumas se destacam, como o Direito, Saúde, Sociologia, Pedagogia e a Psicologia,

[5] BRASIL. *LEI Nº 13.257 de 8 de março de 2016.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017

[6] ROSSI, Roberto de. *Direitos da criança e educação:* Construindo e ressignificando a cidadania na infância. Londrina. 2008. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestredu/images/stories/downloads/dissertacoes/2008/2008%20-%20ROSSI,%20Roberto%20de.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

[7] ESTUDOS mostram importância da primeira infância para qualidade de vida. *Isto É.* 2016.Disponível em: <https://istoe.com.br/estudos-mostram-importancia-da-primeira-infancia-para-qualidade-de-vida/>. Acesso em: 15 ago. 2017.

que apresentam suas ideias e se relacionam destacando a importância da Primeira infância:

2.2.1 O direito e a primeira infância

A Primeira Infância não era prevista em lei com direitos próprios e políticas especiais para a idade, porém, com a edição da Lei 13257 de 2016 houve: a conceituação e delimitação da Pequena Infância, a previsão de Políticas Públicas necessárias para a idade, e alterou o Código de Processo Penal, a Consolidação das Leis Trabalhistas e o Estatuto da Criança e do Adolescente[8]

Para Fernando Capez, o objetivo da lei que estabelece políticas para a Primeira Infância foi dar suporte e garantir o desenvolvimento infantil integral e responsabilizar a família nos cuidados e educação das crianças pequenas.[9]

O legislador elaborou a lei para garantir o princípio da Dignidade da Pessoa Humana aos que ainda estão em idade da primeira infância. A importância da lei é fortalecer vínculos familiares e o cuidado com a criança dependente.[10]

A Procuradora Kátia Regina Maciel defende que a Lei 13257 traz um respeito e uma valorização do núcleo familiar. Ainda afirma que efetiva a justiça social, pois as crianças que possuem mais condições financeiras têm um ambiente familiar mais equilibrado e com qualidade de vida, estimulando o desenvolvimento da criança em todas as áreas e âmbitos da vida; já as crianças que não possuem condições

[8] BRASIL. *LEI Nº 13.257 de 8 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

[9] CAPEZ, Fernando. Aplicação do Estatuto da primeira infância. 2016. Disponível em: <https://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/aplicacao-do-estatuto-da-primeira-infancia/>. Acesso em: 14 ago. 2017.

[10] ARQUIMEDES, Carlos. *Alterações do CPP promovidas pela Lei nº 13.257/2016*. 2016. Disponível em: <https://carlosarquimedes.jusbrasil.com.br/artigos/316637129/alteracoes-do-cpp-promovidas-pela-lei-n-13257-2016>. Acesso em: 22 ago. 2017.

financeiras são mais excluídas da sociedade o que diminui a possibilidade de obter um bom desenvolvimento e uma boa aprendizagem no decorrer da vida.[11]

O argumento jurídico mais relevante é o de ampliação dos direitos fundamentais da criança, elencados no artigo 227 da CF/88, com o intuito de possibilitar um crescimento adequado para as crianças. Tanto o estado, como a família e a sociedade devem dar prioridade e proteção absoluta aos interesses da primeira infância com o devido valor ao início da vida e a capacidade de garantir a felicidade, sonhos, desenvolvimento e atendimento das necessidades da criança.[12]

A lei estabelece princípios e diretrizes, com objetivo de formar políticas públicas com direitos especiais para cuidar das crianças de 6 a 72 meses, fazendo com que o maior benefício da lei seja no âmbito da família brasileira trabalhadora que não possui recursos para oferecer um ambiente propício para um bom desenvolvimento, além disso, busca inserir a criança como cidadã na participação de políticas públicas, procurando garantir as expressões e interesses infantis.[13]

Conclui-se que a lei da Primeira Infância tem grande relevância nos direitos das crianças, refletindo diretamente em sua vida adulta e na família em que está inserida:

> Pode-se afirmar que a Lei nº 13.257 acabou por adentrar em questões que abrangem direitos além dos da primeira infância, para a qual a lei foi destinada. Da leitura inicial do Marco Legal da Primeira Infância tem-se, no entanto, a certeza que a sua função foi dar visibilidade aos direitos das gestantes e das crianças pequenas, de maneira que venham a usufruir de seus direitos de maneira mais efetiva, especialmente os que se referem aos cuidados específicos da pessoa humana desde a concepção.[14]

[11] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Marco Legal da Primeira Infância - Lei 13257 de 08 de março de 2016*. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.
[12] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Marco Legal da Primeira Infância - Lei 13257 de 08 de março de 2016*. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.
[13] Ibidem.
[14] Ibidem.

O ambiente prisional brasileiro sempre teve grande dificuldade em garantir os direitos das crianças que possuem genitores presos. Com a nova lei, vários direitos foram garantidos às crianças que estão na primeira infância com os pais no sistema prisional, como a garantia da convivência familiar, a informação da existência de filhos dos acusados e presos, a prioridade da prisão domiciliar e a manutenção de direitos básicos (amamentação, cuidados da genitora, parto saudável e etc.).[15]

2.2.2. A saúde na primeira infância

Na época da primeira infância o desenvolvimento mental, emocional, de aprendizagem e socialização estão se fortalecendo sendo até mais importante do que o desenvolvimento físico e neurológico. O pediatra Yechiel Moises ressalta que a dependência do bebê no primeiro ano de vida é quase que total para se alimentar, locomover, proteção e cuidados com a saúde e higiene, além do afeto. Aos seis anos a criança começa a ser mais independente e começa a desenvolver melhor suas habilidades de se movimentar, buscar conhecimento, de se comunicar e receber educação, ademas, a criança começa a frequentar lugares diversos (escola e passeio com os colegas) e apesar de cada criança se desenvolver a sua maneira e ritmo, todas dependem das condições de vida recebidas nesse momento e dos cuidados, organização e presença de sua família.[16]

É inegável que a saúde depende de condições hereditárias e genéticas, porém também sofre grandes influências do meio externo em que a criança vive. Essa influência externa ressalta a importância de políticas públicas na primeira infância para garantir uma qualidade de vida digna às crianças e consequentemente uma vida mais saudável:

---

[15] BRASIL. LEI Nº 13.257 de 8 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 13 ago 2016

[16] CHENCINSKI, Yechiel Moises. *Por que a primeira infância é importante?* Até os seis anos a criança se desenvolve emocionalmente, exigindo atenção dos pais. 2010. Disponível em: <http://www.minhavida.com.br/saude/materias/11558-por-que-a-primeira-infancia-e-importante>. Acesso em: 14 ago. 2017.

> O crescimento das crianças depende da ação de diversos elementos socioeconômicos e culturais e do efeito significante da hereditariedade. Está claro que se um indivíduo ou uma população vive em ambiente satisfatório, os genes terão a oportunidade de expressar seu máximo potencial. Isso explica a importância cada vez mais evidenciada das investigações entre crescimento e condições externas (ambientais, sociais, econômicas e culturais).[17]

A influência da biologia na criança é de forma limitada, pois é somente o que está em seus genes, já a influência do meio em que vive pode ser de forma ilimitada, positivamente ou negativamente, sendo que os fatores externos podem limitar ainda mais os fatores internos e biológicos, potencializando ou não a genética infantil.[18]

A neurociência também menciona que os primeiros anos de vida do bebê serão determinantes no desenvolvimento do cérebro e nas memórias estabelecidas.[19]

> A primeiríssima infância define o desenvolvimento e o futuro dessa vida. É no período da gestação aos três anos que a criança desenvolve seu cérebro, forma seus processos neurológicos, fortalece neurônios e sinapses. Os cuidados e estímulos à criança durante a primeiríssima infância determinam sua aptidão e capacidade de aprender, sua velocidade e qualidade de raciocínio, sua criatividade e memória, suas habilidades para relacionar-se, suas competências e comportamentos que valerão para todo seu futuro.[20]

No Brasil, vários estados permitem que as mães presas permaneçam com seus filhos dentro da penitenciária no seu período de amamentação e em alguns casos durante parte da primeira infância, sendo construídos espaços e até mesmo creches para a permanência da mãe e dos filhos. De acordo com o que foi abordado em relação à saúde, é necessário um ambiente de qualidade para essas crianças, pois a

---

[17] ROMANI, Sylvia de Azevedo Mello e LIRA, Pedro Israel Cabral de. *Fatores determinantes do crescimento infantil.* Revista Brasileira de saúde materno infantil. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292004000100002>. Acesso em: 27 ago. 2017.

[18] Ibidem.

[19] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Marco Legal da Primeira Infância - Lei 13257 de 08 de março de 2016.* Disponível em:<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf >. Acesso em: 27 ago. 2017.

[20] CARVALHO, Marcus Renato de. *Saúde e Cuidados na Primeira Infância*: nossa prioridade. 2014. Disponível em:< http://www.aleitamento.com/noticias/conteudo.asp?cod=1891>. Acesso em: 27 ago. 2017.

saúde da primeira infância é a mais importante da vida, tanto a questão da higiene, consultas médicas, alimentações e lazer, como no ambiente em que a criança está inserida, pois como foi dito, o meio em que a criança está vivendo influencia na saúde, na disposição genética e na aptidão mental.

2.2.3. A sociologia da primeira infância

Para a sociologia, essa área da pequena infância não é tão explorada e estudada, sendo considerada primeira infância o lactente e a que está em fase obrigatória escolar. Essas crianças merecem uma observação maior nos cuidados, atenção e higiene, que vai em média até os 6 a 7 anos de idade, a análise da sociologia repassa como funciona a socialização da primeira infância, a cultura e a introdução na sociedade.[21]

Até 1990 a sociologia da pequena infância era definida com o aprendizado materno, porém hoje já tem a visão da educação e aprendizado em vários âmbitos como em escolas, creches e outros ambientes frequentados. O sociólogo apresenta a sociologia infantil em três aspectos: o primeiro diz sobre a socialização que é a inclusão da criança na sociedade, fora do âmbito familiar, tendo então a socialização primária (com a família) e a secundária (com o mundo externo), essa secundária é importante por ser um reflexo da vida humana; o segundo aspecto é o modelo de imposição e a importância da escola, que defende a relevância da criança ser inserida na escola para poder aprender regras sociais imparciais, já que a família tem grandes influências afetivas e culturais e a escola traria uma noção maior da moral; a terceira noção de sociologia seria feita por meio da interação com o próximo que trará a identidade do sujeito no futuro.[22]

A definição da primeira infância para os sociólogos é a conferência de um novo valor a esses indivíduos, analisando a carência da criança e a necessidade de

[21] PLAISENCE, Eric. Para *uma sociologia da primeira infância*. Abril 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v25n86/v25n86a11>. Acesso em: 14 ago. 2017.
[22] PLAISENCE, Eric. Para *uma sociologia da primeira infância*. Abril 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v25n86/v25n86a11>. Acesso em: 14 ago. 2017.

uma maior observação familiar e da sociedade. Na atual concepção, a primeira infância é relevante até mesmo para garantir a liberdade individual da criança ("desabrochar" a criança e garantir o futuro promissor educacional e social) e o modelo interativo com o meio influencia na construção da personalidade e repercute em toda a vida humana.[23]

O significado antropológico da palavra cultura, como sendo os rituais, grupos humanos, valores e normas, para a criança é levado em consideração seu ambiente familiar e as unidades sociais frequentadas. É importante que nessa idade a criança tenha acesso a diversidade cultural e ao reconhecimento do papel da família e dos pais em sua vida, para firmar sua identidade ideológica e cultural, seus valores e grupos pertencentes.[24]

Conforme visto, a sociologia da primeira infância demonstra que as crianças necessitam de uma interação com outros grupos, além de aprenderem valores morais e sociais, influenciando no seu pensamento e personalidade futura e na sua ideologia cultural.

Sendo assim, dentro do sistema prisional, as crianças que acompanham suas genitoras não têm a oportunidade de ter contato com o mundo externo, isso influencia na sua socialização e na percepção de mundo real, além disso, limita a presença e contato de outros familiares, que também são importantes para garantir o direito da criança conviver. O acesso à escola e o contato com outras crianças é dificultado, além de não ter passeios e lazer da maneira que a criança necessita. Essa falta de interação e de liberdade influencia diretamente na construção da personalidade, nos valores, na socialização e na identidade cultural dessas crianças que vivem dentro dos presídios, repercutindo por toda a vida do indivíduo.

[23] Ibidem.
[24] Ibidem.

2.2.4 A primeira infância no ponto de vista da pedagogia

A pedagogia tem o papel de educar e estimular o desenvolvimento das capacidades do cérebro, a escolarização da primeira infância demonstra a inserção da criança no mundo cultural e de cidadania, garantindo os direitos fundamentais da criança previstos na Constituição Federal de 1988. A pedagogia nessa idade tem o intuito de incorporar vários âmbitos de conhecimento na criança e inserir ela na sociedade, influenciando na produção de cultura infantil.[25]

Cada etapa da vida é necessária uma educação específica, os professores da fase da pequena infância devem ter uma abordagem diferenciada, e uma profissionalização para essa determinada época da vida infantil:

> Como nos ensinam os exemplos de outros países, seria recomendável uma política plural para essa etapa da educação básica, que dê conta dos tantos tipos de família e de arranjos familiares, numa sociedade em movimento, com profissionais diplomados e atualizados.[26]

O educador analisa as dificuldades de desenvolvimento e aprendizagem da criança, além de motivar o crescimento, sendo assim, a importância da educação nos primeiros anos de vida é a formação inicial e contínua da criança. O ambiente pedagógico para com essas crianças visa fortalecer também a relação com outros seres (crianças e adultos), a exploração de recursos e espaços diferentes, e as experiências de aprendizagem.[27]

Crianças que estabelecem interações com outras crianças e com professores qualificados, possuindo também um espaço ideal para aprendizado, têm uma educação mais efetiva, com a capacidade de formar valores, desenvolver a

---

[25] FARIA, Ana Lúcia Goulart. *Políticas de regulação, pesquisa e pedagogia na educação infantil, primeira etapa da educação básica*. Disponível em:< http://www.redalyc.org/html/873/87313714014/>. Acesso em: 27 ago. 2017.

[26] Ibidem.

[27] CRÓ, Maria de Lourdes. *O Desenvolvimento Pessoal e Social da Criança em Contexto De Creche versus Prática Profissional dos Educadores de Infância*. 2016. Disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/o-desenvolvimento-pessoal-e-social-da-crian%C3%A7a-em-contexto-cr%C3%B3>. Acesso em: 26 ago. 2017

criatividade, ter uma qualidade de ensino melhor, e obter base para as próximas etapas escolares.[28]

> Percebe-se que as creches e ambientes específicos dentro do Sistema Prisional em que as crianças permanecem necessitam oferecer uma educação de qualidade, com profissionais qualificados e específicos para a idade, com ambiente escolar e convívio com crianças de diversas famílias, culturas e diversidade. O aprendizado infantil nesses ambientes prisionais precisa inserir a cidadania e os valores, além de estimular as crianças no desenvolvimento físico, mental e de suas habilidades, porém, não há estrutura na maioria dos presídios brasileiros para atender essa necessidade.

2.2.5. A psicologia na primeira infância

Na infância as capacidades são mais restritas, os reflexos, comunicações, expressões e personalidade, vão se desenvolvendo e modificando ao longo do crescimento. Porém, os bebês já possuem uma grande capacidade cognitiva.[29]

As relações de humor, temperamento e reações podem ser, em parte, inatas do ser humano, porém, as reações dos adultos que cercam as crianças podem influenciar nas atitudes, comportamento e ajustamento na vida adulta. A importância da primeira infância surge a partir deste entendimento, pois a criação e a interação infantil influenciam no psicológico futuro da pessoa, as relações afetivas entre os pais, a educação e vivência do meio em que a criança está inserida são determinantes para o adulto que irá se formar. Caso os comportamentos demonstrados pelos

[28] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Marco Legal da Primeira Infância - Lei 13257 de 08 de março de 2016*. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.

[29] SOUZA, Felipe de. *Psicologia do Desenvolvimento:* A Primeira Infância. Disponível em: <http://www.psicologiamsn.com/2012/04/psicologia-desenvolvimento-primeira.html>. Acesso em: 27 ago. 2017.

adultos que a cercam sejam positivos, provavelmente terá uma criança com valores e comportamentos positivos até a vida adulta, já as crianças que não têm relações estruturadas desde cedo, costumam ter problemas posteriores com ajustamento de conduta:[30]

> Quando os pais incentivam comportamentos que ajustam as crianças ao meio em que vivem, a ligação afetiva é benéfica; quando eles incentivam comportamentos fora dos padrões amplamente aceitos, são gerados problemas de ajustamento. É importante ressaltar que cada criança é criada dentro de um contexto cultural específico e que a maioria das crianças em cada geração cresce de modo a conseguir um bom desempenho em sua cultura.[31]

As crianças que vivem dentro da prisão têm ligações afetivas, na maioria das vezes, somente com as pessoas inseridas naquele local, conforme visto nos estudos da psicologia isso repercute na conduta futura da criança, pois o ambiente prisional já é por si só um local com grande carga emocional e sentimento de vulnerabilidade e abandono. As crianças desenvolverão seu psicológico de acordo com esse meio que estão inseridas, podendo ter grandes reflexos na vida adulta.

2.3 O Projeto da Lei 13257/16 – Exposição de Motivos

Fernando Capez, em seu artigo sobre o Estatuto da Primeira Infância, traz como origem dos institutos da Lei 13257/16 o cenário internacional, que começou a discutir na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, na Organização das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos da Criança os temas relacionados à Primeira Infância. Esses organismos internacionais classificam as crianças como titulares de Direitos, mas que necessitam de uma proteção maior, por estar passando por uma fase de desenvolvimento e com essa ideia de necessidade de maior proteção, demonstra a vulnerabilidade da criança.[32]

---

[30] Ibidem.
[31] Ibidem.
[32] CAPEZ, Fernando. *Aplicação do Estatuto da primeira infância*. 2016. Disponível em: <https://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/aplicacao-do-estatuto-da-primeira-infancia/.> Acesso em: 25 mai 2017.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, traz a previsão da proteção à criança, garantindo o desenvolvimento integral e estabelecendo o princípio da prioridade absoluta e da proteção integral. Esse artigo foi um dos fundantes da ideia da nova Lei, trazendo princípios e norma de proteção à infância e estabelecendo uma prioridade e um dever de buscar meios e normas para garantir dignidade, equilíbrio e direitos básicos. [33]

O projeto de lei 6998/13, de autoria do deputado Osmar Terra e outros, deu início à discussão legal da primeira infância no direito brasileiro e originou a Lei Ordinária 13257/16. Além disso, alterou artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Processo Penal e outras leis.[34]

A justificação do projeto de lei apresentou a importância do tema no processo legislativo, visto que as crianças dessa faixa etária recebem atenção precária e só em áreas específicas (como a saúde), toda a atenção está voltada mais aos adolescentes pelas questões delicadas que esse outro grupo apresenta. Porém, é ressaltado que os descuidos da primeira infância geram os desequilíbrios na sociedade mais tarde, é importante cuidar da base, para não ter problema com os adolescentes e adultos. Crianças que crescem em um meio familiar adequado aprendem a controlar as emoções e são facilmente inseridos na sociedade.[35]

> Não é menos importante dizer que uma infância descuidada, submetida a tantas formas de violência e abandono, a estresse com forte significação sobre sua saúde física e mental, oferece todos os ingredientes para gerar comportamentos desajustados mais tarde.[36]

[33] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mai 2017.
[34] BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 6998/13*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836>. Acesso em: 28 mai. 2017.
[35] BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 6998/13*. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D3FFEEFFD4FE0CF2A7 6F15062B625891.proposicoesWebExterno2?codteor=1214724&filename=PL+6998/2013>. Acesso em: 28 mai. 2017.
[36] Ibidem.

As politicas públicas e leis referentes a essa etapa da vida têm o intuito de construir um sujeito com estrutura social, cognitiva, psicológica e afetiva, esse sujeito terá uma infância satisfatória e um equilíbrio no restante da sua vida. O projeto de lei apresentou teses científicas que corroboram com essa ideia de investimento da primeira infância e ainda apresentou três argumentos de justificação:[37]

O primeiro argumento está em torno da presença da mulher no mercado de trabalho. No decorrer da história a mulher começa a se inserir no mercado de trabalho e os filhos começam a necessitar de cuidados externos ao âmbito familiar. Várias mulheres nos dias atuais tomam a frente da casa, seja com ou sem a presença do cônjuge. O Estado se apresenta para garantir proteção e auxilio, não só para as crianças, mas também para a família, buscando diminuir o impacto da redução da presença familiar pela ocupação do mercado de trabalho.[38]

A segunda razão tem base na justiça social, equidade e desigualdade social, pois as crianças que têm melhores condições financeiras tendem a obter uma infância mais equilibrada e tranquila. O governo insere políticas públicas para as crianças carentes terem a oportunidade de receber um aprendizado e desenvolvimento melhor, equilibrando o desenvolvimento de todas as crianças do país.[39]

Por fim, tem-se o argumento pedagógico, que defende a inserção da criança em um ambiente de aprendizado, com professores qualificados e interação com outros indivíduos. A educação básica desenvolve e insere valores, tem o intuito de oferecer uma base sólida para a criança, estimular a criatividade e auxiliar no aprendizado das próximas fases escolares.[40]

---

[37] Ibidem.
[38] Ibidem.
[39] BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 6998/13*. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D3FFEEFFD4FE0CF2A7 6F15062B625891.proposicoesWebExterno2?codteor=1214724&filename=PL+6998/2013>. Acesso em: 28 mai.2017.
[40] Ibidem.

Conclui-se que, ao priorizar a primeira infância, o Estado economiza com investimentos em outras etapas da vida de um sujeito. O Direito traz várias proteções relevantes para esta fase da vida, tanto em sua Constituição Federal, quanto em leis esparsas e convenções internacionais aderidas pelo país. O papel da lei é justamente de levar conhecimento para a sociedade sobre a Primeira Infância, além de buscar políticas públicas e investimentos para essas crianças.

> Se trata, precisamente, de voltar o olhar com mais acuidade para a criança pequena enquanto cidadã, sujeito de direitos humanos e direitos próprios da fase de desenvolvimento e formação que ocorre nos anos iniciais da vida. Trata-se, também, e em decorrência do anterior, de estabelecer os princípios que devem nortear a formulação de políticas públicas para a Primeira Infância.[41]

2.4 Crianças criadas e/ou nascidas no sistema prisional e o Estatuto da Primeira Infância

O Estatuto da Primeira infância trouxe mudanças significativas para o âmbito prisional, principalmente acerca dos genitores que estão no sistema carcerário, mas possuem crianças em idade da primeira infância ou estão ainda gestantes.

O artigo 41 da lei 13257/16 fez significativas alterações no Código de Processo Penal para proteger o interesse da criança que possui pais em sistema prisional. Essas alterações ocorreram nos artigos 60, 185, 304 e 318, conforme o exposto e comentado:

> **Art. 60** Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
>
> **X** - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.
>
> **art. 185.** O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

[41] Ibidem.

> **§10.** Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
>
> **Art. 304.** Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este, cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005)
>
> **4o** Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
>
> **Art. 318.** Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> **IV** - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) **V** - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
>
> **VI** - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).[42]

Os artigos modificados pela Lei 13257/16 possuem o intuito de proteger a criança e oferecer uma qualidade melhor da sua infância.

Os artigos 60, 185 e 304 apresentam a obrigatoriedade das autoridades colherem informações sobre a existência ou não de filhos das pessoas presas, do acusado ou do autuado. Essa informação busca oferecer prioridades para defender o interesse do menor, além de trazer a busca pela convivência familiar com seus genitores, e ainda estabelecer e estudar políticas públicas que trazem a criança como ponto central, tentando reduzir as sequelas que a criança eventualmente pode sofrer pela situação familiar vivida.

[42] BRASIL. *Decreto-lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017

Já o artigo 318 traz uma medida para tentar solucionar os problemas referentes a genitores presos com crianças pequenas que estão em fase de definição cognitiva. A medida prevista é a prioridade da prisão domiciliar, quando a mulher estiver gestante, ou tiver criança de até doze anos de idade e ainda quando o homem for o responsável pelo cuidado de filhos de até doze anos de idade, esses genitores têm direito de pleitear a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, para atender o interesse do menor e a proteção da sua primeira infância.

Conclui-se que essas modificações trazidas pelo Estatuto da Primeira Infância demonstram a importância das crianças pequenas. Há uma necessidade de garantir os direitos para as crianças que estão com os genitores presos, pois elas são vulneráveis de forma duplicada, tanto pela condição de sua idade e desenvolvimento em formação quanto pela situação familiar do genitor preso e pela falta de convívio e cuidado que ela terá.

A garantia da informação dos filhos, a prioridade pela prisão domiciliar e os outros direitos trazidos pela lei buscam tentar amenizar as implicações que o processo penal dos pais irá trazer na vida de seus filhos. As políticas públicas para esses indivíduos são necessárias para trazer a possibilidade de crescimento saudável e com igualdade de direitos frente às crianças que não estão na mesma situação.

3 PRINCÍPIOS E DIREITOS QUE NORTEIAM A INFÂNCIA E JUVENTUDE

As regras, os direitos e os princípios possuem distinções em suas conceituações. Enquanto os princípios são valores que fundamentam as regras e unificam o sistema, as regras delimitam a conduta e oferecem segurança jurídica, já os direitos são previstos pelas normas e valorados pelos princípios.[43]

A Constituição Federal, O Estatuto da Primeira Infância e o Estatuto da Criança e do Adolescente possuem princípios e direitos norteadores estabelecidos

[43] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013. p.59.

por normas. Os que possuem relação com as crianças que vivem os primeiros momentos da vida no cárcere com os genitores são: A) Princípio da Proteção integral, B) Princípio da Prioridade Absoluta, C) Princípio do melhor interesse, e D) Direito à Convivência Familiar.

3.1 Direitos e Princípios previstos na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova visão aos Direitos da criança e do adolescente e apresentou no artigo 227 a 230 novas diretrizes e princípios, os artigos abaixo trazem os princípios relevantes para o tema:

> **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade,** o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura,
>
> Dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária,** além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.[44]

A luta pelos Direitos das Crianças no Brasil se iniciou após o alcance desses direitos na área internacional, já havia a previsão na Declaração de Genebra, Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, Declaração dos Direitos da Criança, entre outros. Essa pressão dos organismos internacionais, da UNICEF, a mobilização da população do Brasil e atuantes na área da infância fez com que a Constituição de 1988 trouxesse os artigos 227 a 230 com os direitos da criança e do adolescente (fruto de emendas populares). Com isso, o Brasil se tornou um dos únicos países com rol de direitos avançados no âmbito infanto-juvenil.[45]

---

[44] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 mai 2017.

[45] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013. p.51 e 52

A Organização das Nações Unidas, que elaborou a Declaração dos Direitos da Criança, reconheceu esses indivíduos como sujeitos de Direitos, estabelecidos vários novos direitos e garantias. O artigo 227 consagrou essa ideia internacional e aplicou no Brasil, responsabilizando a família, a sociedade e o Estado na garantia dos direitos básicos para criança e adolescentes.[46]

A previsão constitucional, além de incluir as crianças como sujeitos de direito, estabelece Direitos fundamentais, garantias, proteção integral, prioridade absoluta, convivência familiar e a prevalência do interesse da criança na sociedade.[47]

As crianças que vivem no sistema prisional necessitam da garantia de todos esses direitos previstos na Constituição, pois também são sujeitos de direitos, porém, pela vulnerabilidade em que se encontram, muitas vezes o Estado, a família e a sociedade não conseguem garantir a elas os direitos básicos e fundamentais previstos na Constituição.

O Estado deve garantir condições para a família e a sociedade conseguirem estabelecer os direitos das crianças, assim, a família (que é a referencia inicial e principal da criança) não terá todo o peso e responsabilidade. Mesmo com todos esses anos de Constituição, ainda é visível que os direitos das crianças não foram atendidos em todos os âmbitos da sociedade. A desigualdade social, a etnia, regiões e culturas ainda apresentam disparidades em relação aos direitos cedidos às crianças, necessitando então, de várias políticas públicas para garantir os direitos previstos na Constituição.[48]

3.1.1 Princípio da Proteção Integral

O sistema jurídico brasileiro analisou as crianças de forma diferente em duas fases. Na primeira, a criança era vista somente nos momentos de irregularidade

[46] OLIVEIRA, Heloisa Helena de. *Criança e Adolescente são prioridades na Constituição Brasileira*. 2013. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunistas/crianca-e-adolescente-e-prioridade-na-constituicao-brasileira/>. Acesso em: 02 nov. 2017.
[47] MACIEL, op.cit. p.52.
[48] OLIVEIRA, op.cit.

(Doutrina da situação irregular), ou seja, não pertencia a família e nem era vista como capaz de ter direitos, quando a criança estava numa situação que contrariava a lei -considerada de risco- ela era observada pelo Estado e sociedade. Já na segunda fase, que veio após a Constituição Federal de 1988, começou a vigorar a Doutrina da Proteção integral, que a criança não é mais deixada de lado, garantindo vários direitos a elas e dando uma proteção maior.[49]

Esse princípio tem o objetivo de proteger todos os direitos das crianças (total proteção), assegurados a todas as crianças sem distinção. O merecimento dessa proteção tem fundamento na vulnerabilidade e devem ser reconhecidos de forma universal por serem especiais e específicos.[50]

O fundamento da criança ser considerada um sujeito de direitos ressalta que são pessoas em formação e desenvolvimento, necessitando de suprimentos e garantias em todos os aspectos da vida para poderem crescer com dignidade. Essa doutrina é a base principal do Estatuto da Criança e do Adolescente e expressa direitos básicos e proteção no âmbito da saúde, educação, lazer, liberdade, esporte e todos os outros direitos fundamentais e sociais garantidos.[51]

A doutrina da proteção integral é fundada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e regulada pelo artigo 227 da Constituição Federal, que elenca um rol de direitos para as crianças e deveres para a sociedade, estado e a família. Porém, somente no Estatuto da Criança e do Adolescente que a doutrina da proteção integral foi construída com bases sólidas, pois esta lei ampliou o instituto e a aplicação, buscando a proteção integral de toda e qualquer criança.[52]

---

[49] VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, V.14, n. 94, 2011. Disponível em: <http://www.escoladeconselhospara.com.br/upload/arq_arquivo/1477.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2017.

[50] VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, V.14, n. 94, 2011. Disponível em: <http://www.escoladeconselhospara.com.br/upload/arq_arquivo/1477.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2017

[51] LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da Criança e do Adolescente*. 5º Ed. 2011. São Paulo: Rideel.

[52] MARQUES, Ana Amélia Fernandes. *Aspectos e limites do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil:* uma análise à luz dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral à criança e ao adolescente. 2011. Disponível em:

> Podemos entender que a doutrina da proteção integral é formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direito. A doutrina da proteção integral encontra-se insculpida no art. 227 da Carta Constitucional de 1988, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.[53]

Antes da instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente, havia um código de menores, que instituía direitos a crianças que estavam em situação irregular e não garantia a proteção integral. O ECA foi uma grande mudança no sistema de direitos desse grupo, pois instituiu a proteção integral, conforme expresso pelo autor nesse trecho:

> O ECA, de maneira diferente, veio proteger integralmente a criança de até 12 anos de idade incompletos, o adolescente entre 12 e 18 anos incompletos e, excepcionalmente, a pessoa entre 18 e 21 anos de idade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que deverão ser respeitados de maneira prioritária, não só pela família e pela sociedade, mas pelo estado.[54]

O princípio da proteção integral tem o intuito de assegurar juntamente com o princípio da prioridade absoluta todos os direitos para a convivência familiar, social e até mesmo a dignidade. Esse instituto tem a capacidade de efetivar os direitos fundamentais e gerar novas oportunidades para o desenvolvimento e a qualidade de vida em todas as áreas da criança e do adolescente.[55]

O grupo marginalizado de crianças que vivem no sistema carcerário também precisa da proteção dos Estados, sociedade e família, a proteção não pode ser direcionada a um grupo seleto de crianças, mas deve alcançar a todos. O direito mais garantido a essas crianças é o de conviver com sua genitora, porém, a doutrina da proteção integral visa que as crianças recebam todos os direitos previstos na lei, o

---

<https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2128/1/Ana%20Amelia%20Fernandes%20Marques.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2017

[53] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013. p.56.

[54] CARACIOLA, Andrea Boari e outros. *Estatuto da Criança e do Adolescente:* estudos em comemoração aos 20 anos. São Paulo: LTR. 2010. Pág. 42.

[55] Ibidem

que não é ofertado dentro do sistema prisional, logo, a proteção integral não é garantida a essas crianças, necessitando então, urgentemente de uma ação dos poderes públicos, da sociedade e da família para garantir os direitos e reverter a situação desse grupo de crianças.

3.1.2 Princípio da Prioridade Absoluta

Esse princípio está associado à proteção integral, e prima pelo atendimento prioritário desse grupo de pessoas que possuem vulnerabilidade e que ainda não tem uma formação completa. A primeira manifestação desse princípio ocorreu na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, em seu artigo terceiro regulou que as ações relativas a esse grupo de pessoas deveriam ser com prevalência buscando o interesse maior da criança.[56]

A criança, por sua condição vulnerável, faz jus a um tratamento especial da lei, com o intuito de manter o princípio da isonomia. Esses sujeitos devem ser a primeira preocupação do estado, da família e da sociedade, devendo ser atendido primeiro todas as necessidades desses menores, e somente depois ter preocupação com outras áreas.[57]

O art. 4° e 100º Par. Único do Estatuto da Criança e do Adolescente e o artigo 227 da Constituição Federal, estabelecem o princípio no Brasil, segundo a autora Kátia Maciel esse interesse deve preponderar em todos os âmbitos da sociedade:

> Estabelece a primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve preponderar.[58]

O Estatuto da Criança e do Adolescente elencou um rol mínimo de prioridades em seu artigo 4°, esse rol não é exaustivo e tem o intuito de efetivar essa

[56] LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da Criança e do Adolescente*. 5º Ed. 2011. São Paulo: Rideel.
[57] Ibidem. p. 18-19.
[58] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

prioridade, deve ser observada a razoabilidade e a discricionariedade do poder público. Essa regulamentação tem caráter preventivo, busca investir na base da sociedade, para tentar reduzir os problemas futuros da população.[59]

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
>
> Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
>
> Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
>
> Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.(grifos nossos)[60]

As prioridades elencadas no artigo do ECA não são totalmente garantidos para as crianças que vivem com seus genitores no sistema prisional, por isso, esses sujeitos necessitam de uma maior atenção e de políticas públicas com prioridade absoluta voltadas para o interesse delas.

Dentro do sistema penitenciário, muitas vezes, é difícil garantir a saúde, alimentação adequada, lazer, educação, cultura, liberdade e os outros direitos previstos no artigo 4° do ECA, para as crianças que lá se encontram. A garantia da prioridade para essas crianças é de extrema importância, sendo necessários políticas públicas, recursos e a atenção da sociedade e do Estado para elas.

As políticas públicas para essas crianças devem ser prioridades e o primeiro investimento do Estado, pois na ponderação de direitos e interesses é mais relevante para o futuro e o progresso do país. Além disso, a fragilidade desse sujeito de

[59] Ibidem. p. 64-66.
[60] BRASIL: *Lei nº 8069 de 13 de junho de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 18 mai 2017.

Direitos é maior e merece mais atenção, correndo mais riscos que os outros sujeitos da sociedade.[61]

3.1.3 Princípio do Melhor Interesse

Esse princípio é reconhecido por vários codinomes na doutrina, como melhor interesse, maior interesse da criança e do adolescente, interesse maior, entre outros.

Tem criação com o instituto anglo-saxônico do pareens patrie, em que o Estado era o detentor da guarda dos indivíduos considerados limitados, tinha o intuito de proteção. Após isso foi consolidado pelo sistema jurídico inglês e reconhecido internacionalmente na Declaração dos Direitos da Criança e aplicada no Brasil desde a vigência do Código de Menores (doutrina da situação irregular).[62]

Com a doutrina da proteção integral o princípio foi ampliado, e todas as crianças tem o direito de terem seus interesses observados pelo Estado, família e sociedade. Ao definir uma lei, aplicá-la, instituir uma política pública ou realizar qualquer ação, devem ser observados os interesses infantojuvenis.[63]

O artigo 3° da convenção sobre direitos da criança diz que as ações que se referem à criança, instituídas por autoridades administrativas ou legislativas, devem considerar como prioridade o interesse maior da criança.

O interesse maior da criança é fundante no Estatuto da Criança e do Adolescente, o interprete terá que buscar sentido e alcance das normas de acordo com o interesse da criança. Deve observar o que será de melhor, com mais qualidade, mais significativo e agregador para a criança, pois o direito da criança goza de proteção legal e constitucional em detrimento de qualquer outra proteção.[64]

---

[61] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.
[62] Ibidem. p. 71.
[63] Ibidem. p. 71-72.
[64] CARACIOLA, Andrea Boari e outros. *Estatuto da Criança e do Adolescente:* estudos em comemoração aos 20 anos. São Paulo: LTR. 2010. Pág. 45

Esse princípio orienta o sujeito que vai aplicar a lei e até mesmo aquele que vai elaborar, usando a primazia das necessidades da criança e do adolescente, resguardando os direitos fundamentais de titularidade infantojuvenil. É importante ressaltar que a análise de melhor interesse não é feita de forma subjetiva pelo legislador ou aplicador, mas sim de forma objetiva, primando por sua dignidade e seus direitos previstos na Constituição. Ou seja, não é o legislador quem decide o interesse da criança, mas sim os direitos e a dignidade prevista na lei.[65]

> Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete.[66]

As crianças que estão sendo criadas no sistema carcerário para acompanhar os genitores infratores necessitam de políticas públicas que atendam os interesses delas, e não os interesses de seus familiares e genitores, muitas vezes, os direitos nesse âmbito prisional são voltados ao preso genitor, e em poucas incidências visam às crianças e filhos que estão envolvidos nesse processo. Com o princípio do melhor interesse tem-se a necessidade de observar em primeiro lugar as crianças e realizar políticas públicas que melhorem a vida e garanta os direitos delas.

3.1.4 Direito à Convivência Familiar

Esse direito está previsto no artigo 227 da Constituição Federal, e tem apoio e conceituação no 6° princípio da Declaração Universal dos Direitos da Criança que diz que a criança precisa de amor e compreensão, e precisa ser cuidada, sempre que possível, pelos pais em um ambiente de afeto, segurança moral e material para poder ter um desenvolvimento completo e ideal para estabelecer sua personalidade, ainda é

[65] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69
[66] Ibidem. p. 72.

ressaltado que a criança de pequena idade só será retirada da mãe em casos excepcionais. [67]

A convivência familiar é uma necessidade infantil para que a criança, que está em processo de formação, possa ter o melhor desenvolvimento cognitivo e físico, além de garantir sua personalidade e seus direitos fundamentais com afetos e cuidados mútuos.[68]

Os artigos 16° inciso V e 19°, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente preveem esse direito, demonstrando a importância da convivência até na garantia da liberdade e priorizando o próprio seio familiar, e só em casos excepcionais uma família substituta, sendo que a garantia de viver com uma família deve ser satisfeita:

> **Art. 16.** O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:
>
> **V** - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
>
> **Art. 19.** É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.
>
> **1º** Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.
>
> **2º** A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu

[67] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos das Crianças*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 28 de mai de 2017.

[68] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 143.

> superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.
>
> **3º** A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do **caput** do art. 101 e dos incisos I a IV do **caput** do art. 129 desta Lei.
>
> **4º** Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.[69]

Além disso, outro ponto importante é a convivência com a sociedade, como sendo de relevante importância para o desenvolvimento da personalidade da criança. Dessa forma, como a criança está em processo de formação, essa convivência deve ser facilitada e incentivada. Essa convivência, tanto em família como na comunidade, será importante para a segurança e o desenvolvimento do infante.[70]

> Entende-se a convivência familiar e comunitária como a possibilidade de a criança permanecer no meio a que pertence, preferencialmente junto a sua família, seus pais e/ou outros familiares e, caso não seja possível, em outra família que a acolher. Em outras palavras, conviver em família e na comunidade é sinônimo de segurança e estabilidade para o desenvolvimento de um ser em formação. O afastamento do núcleo familiar representa grave violação do direito à vida de um infante.[71]

As crianças que estão no sistema de creches nas penitenciárias femininas do país, não possuem a convivência familiar em seu ambiente natural, não presenciam o conceito de família e muitas vezes só possui contato com a mãe, não tendo o direito de convivência familiar, perdendo vários laços afetivos que criaria se não estivesse na prisão.

---

[69] BRASIL: *Lei nº 8069 de 13 de junho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 27 mai 2017

[70] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 143 e 144

[71] Ibidem, Pág. 144.

A oportunidade de conviver em sociedade também não é garantida à criança que está no sistema prisional acompanhando sua genitora, e essas privações influenciam fortemente nos sistemas da criança, tanto físico, como psicológico, social e moral. Muitas vezes a criança não sai para passear, nem tem contato com pessoas que não sejam da prisão, reprimindo um direito garantido a elas por lei.

Além disso, no Brasil, quando a criança atinge certa idade o governo retira a criança da creche ou berçário da prisão e rompe o laço dela com sua mãe, que até então era sua única referência familiar, essa separação também gera revolta, e insegurança, modificando seu crescimento cognitivo e sua personalidade, o que irá gerar um adulto com grandes dificuldades na sociedade. Ao sair acaba indo morar com um familiar que não tem muito contato (avós, pai, tios e etc.) ou até mesmo vai para um abrigo, e muitas vezes perde o contato com sua genitora após sair da creche.

3.2 Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e as medidas não Privativas de Liberdade para mulheres infratoras

O encarceramento de mulheres vem aumentando nos últimos anos tanto no Brasil como no mundo, e as necessidades desse grupo dentro da prisão é diferente da população masculina, merecendo destaque pelas autoridades e governos. É observado que as políticas públicas para a população carcerária é, em sua maioria, destinada aos homens, pois o contexto histórico de prisão traz o homem como prisioneiro. [72]

Com o número de mulheres presas aumentando, outra problemática surge, as crianças que dependem de suas mães nos primeiros anos de vida, as regras de Bangkok garantem e discutem direitos não só das mulheres presas, mas também para seus filhos.

[72] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

A Organização das Nações Unidas elaborou as Regras de Bangkok, é uma recomendação aos países para o tratamento e políticas para mulheres presas, esse documento foi o primeiro marco normativo a garantir direitos básicos para essas mulheres e observar as especificidades do gênero (incluindo seus filhos).[73]

Na recomendação, foi ressaltado que a maioria dos crimes cometidos por mulheres não representam risco ou grave ameaça para sociedade, isso demonstra a vulnerabilidade das mulheres tanto no âmbito prisional (pois são aplicadas as mesmas condições dos homens) quanto na sociedade (que muitas vezes cometem crimes por influência de seus companheiros ou por falta de oportunidades e qualidade de vida). [74]

O documento se posiciona no tema de mulheres grávidas ou que possuem a guarda de crianças na primeira infância e que estão submetidas ao sistema prisional, e aconselha a aplicação de outras medidas cautelares para cumprimento de pena, sendo usada a privativa de liberdade somente quando for caso de grande violência ou crime de relevante ameaça para a sociedade:

> Enfatiza que ao sentenciar ou aplicar medidas cautelares a uma mulher gestante ou a pessoa que seja fonte principal ou única de cuidado de uma criança, medidas não privativas de liberdade devem ser preferidas sempre que possível e apropriado, e que se considere impor penas privativas de liberdade apenas a casos de crimes graves ou violentos;[75]

Outro ponto abordado é a ideia do momento anterior a prisão, dando chance da mãe procurar uma pessoa para ficar com a guarda de seu(s) filho(s) ou ainda oferecer uma suspensão da sua pena enquanto não resolver a situação do menor, esse direito não seria para benefício da mulher infratora, mais respeitaria o principio do melhor interesse, primando pelos direitos da criança. O registro do preso viria

[73] Ibidem.
[74] Ibidem.
[75] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017

também com informações sigilosas a respeito dos possíveis filhos existentes, seus dados e onde se encontram.[76]

As mulheres gestantes ou lactantes devem receber saúde, alimentação adequada e um local especial para cuidado dela e dos filhos, as crianças que porventura nascerem no presídio (o que não é recomendado) não deve constar esse fato em sua certidão de nascimento. Deve ser oferecido atendimento de profissionais da saúde e ser estimulado o aleitamento materno se não houver restrições médicas. Caso as crianças permaneçam na prisão com suas genitoras devem ser pelo melhor interesse da criança e não deve ser empregado tratamento de preso a elas.[77]

As crianças que permanecem na prisão devem ter suas vidas o mais próximo do mundo exterior, não podendo ser tratadas como presas, tendo acesso à saúde de qualidade, educação próxima a das crianças que não estão na mesma situação, e quando houver a remoção da criança do sistema prisional deve ser realizado da melhor forma possível para a criança, não podendo perder o vínculo com sua mãe. Em todos os pontos tratados, as Regras sempre trazem o melhor interesse da criança, sendo o ponto principal nas decisões, a criança só permanece na prisão nos primeiros anos de vida de forma fundamentada e se proteger o interesse dela.[78]

É ressaltado que as regras de Bangkok, mesmo sendo uma recomendação já firmada pelos estados membros e com aceite, reconhecem-se a dificuldade de implantação de medidas por quesitos sociais, econômicos, estruturais, entre outros. Além disso, o tempo de implementação será diferente em cada local, porém o documento convida e estimula todos os países a realizar políticas, elaborar leis e reafirmar com a sociedade a necessidade dessas medidas, e ainda compartilhar com

[76] Ibidem.
[77] Ibidem.
[78] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

outros países suas realizações e alcances, com o intuito de chegar a um padrão mundial de cuidado com as especificidades do gênero feminino.[79]

O Brasil ainda não conseguiu implementar políticas públicas efetivas com o intuito de aprimorar os direitos garantidos nas Regras de Bangkok. Porém, é de extrema importância a observância dessas regras internacionais de Direitos Humanos, principalmente para as crianças que estão em creches dentro do sistema prisional.[80]

As medidas cautelares e diversas da pena de prisão privativa de liberdade podem garantir às crianças, que estão inseridas no sistema carcerário com sua genitora, direitos básicos e previstos na Constituição Federal, Estatuto Da Criança e do Adolescente e Estatuto da Primeira Infância, além dos princípios mencionados (melhor interesse, convivência familiar, proteção integral, prioridade absoluta e outros).

Mais de 80% das presas são mães, e muitas delas não imaginam que serão presas, quando isso ocorre as crianças ficam desamparadas e sem convívio com a genitora. Devido a isso, o documento traz regras que asseguram direitos visando às crianças.[81]

> O processo de amamentação e a importância de as crianças permanecerem no presídio com suas mães durante um período de tempo ocupa destaque no documento, inclusive o momento de separação. As Regras não especificam um prazo de amamentação, mas concentram-se mais no momento da separação, deixando claro que precisa ser definido considerando o melhor interesse da criança. E quando esta separação acontece, o Estado tem a responsabilidade de auxiliar nas visitas e contato entre as crianças e suas mães.[82]

[79] Ibidem.
[80] CERNEKA, Heidi Ann. *Regras de Bangkok*: Está na hora de fazê-las valer! Grupo de Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/As-Regras-de-Bangkok-ibccrim.pdf>. Acesso em: 10 Nov 2017
[81] Ibidem.
[82] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017

A falta de conhecimento e informação sobre as Regras de Bangkok dificultam a implementação de políticas públicas para efetivar os direitos. Os estudos e pesquisas na área podem garantir a divulgação desse documento e a importância dele para o país, além disso, é necessário a cobrança de toda a população, pois é evidente que o assunto é de importância para toda a coletividade.[83]

4 O JULGAMENTO HISTÓRICO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO 143.641 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 Surgimento da ação

O HC 143.641 com pedido de medida liminar foi protocolado no Supremo Tribunal Federal no dia 08 de maio de 2017, sendo distribuído ao Ministro Ricardo Lewandowski. As pacientes da referida ação são todas as mulheres que estão submetidas à prisão cautelar nos presídios brasileiros e que estão em situação gestacional, puerpério ou mãe com filhos de até 12 anos de idade que estão sob sua responsabilidade.[84]

O impetrante é a Defensoria Pública da União, que teve apoio dos membros do CADHU (Coletivo de Advogados em Direitos Humanos) e mais 29 Amicus Curiae (dentre eles, as Defensorias Públicas do Brasil e institutos que lutam por direitos da população). Já os coatores são os juízes das varas criminais, os Tribunais de Justiça do Brasil, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça, pois são os que expedem decisões de prisão no tema discutido. [85]

O Coletivo de Advogados impetrou o Habeas Corpus por entender que ao prender mulheres grávidas, elas não terão o acesso ao pré-natal adequado, à programas de saúde, assistência e outras medidas. Assim como as crianças que permanecem com elas no período da primeira infância, que serão privadas de

[83] Ibidem.
[84] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 143.641 STF. 2º Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=143641&classe=HC&orig em=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 27 fev. 2018
[85] Ibidem.

condições favoráveis ao desenvolvimento e permanecerão em um ambiente precário. Além disso, o encarceramento nessas situações pode ser visto como tratamento cruel, desumano ou degradante e que transfere a pena para outro indivíduo (fere o princípio da individualização da pena), desrespeitando a integridade física e moral da presa e da criança.[86]

4.2 Relatório da sessão – 2º Turma do STF – 20 de fevereiro de 2018

O relatório da sessão foi elaborado pela própria autora que esteve presente à sessão de julgamento, com base em suas próprias anotações e gravações.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no dia 20 de fevereiro de 2018, julgou o HC 143.647. A sessão deu inicio por volta das 14:30 estando presentes: o Relator (Ministro Ricardo Lewandowski), o Presidente da sessão (Ministro Edison Fachin), Ministro Dies Toffoli, Ministro Gilmar Mendes, e o Decano da corte, Ministro Celso de Mello.

Iniciou-se com um relatório proferido pelo Relator, que apontou os principais pontos e argumentos do processo, e relembrou o pedido do impetrante, que seria a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar (prevista em lei) para as mulheres que estão gestantes ou com filhos de até 12 anos de idade sobre sua dependência.

4.2.1 Sustentações Orais

O primeiro a sustentar na Tribuna foi o Doutor Carlos Eduardo Barbosa, Defensor Público Geral Federal, que ressaltou a importância histórica do julgamento do presente Habeas Corpus de caráter coletivo, e defendeu o cabimento desse remédio constitucional. Foram citadas a evolução do direito e as mutações jurídicas,

[86] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente*. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em: 27 fev. 2018.

comparou o HC com a Ação Civil e o Mandado de Segurança que já evoluíram do individual para o coletivo. Defendeu a importância do cabimento do HC coletivo para problemas coletivos e combate da ilegalidade, como é o caso das mães presas.

Em relação ao mérito o Defensor ressaltou a alteração legal trazida pelo Estatuto da Primeira Infância de 2016 que traz a previsão da prisão domiciliar para as mães e pais com filhos de até 12 anos de idade (altera artigo 318 do Código de Processo Penal), porém não tem aplicabilidade na prática. Além de alegar que os impactos da prisão na vida da criança são irreversíveis. Possuem atendimento médico precário, relatos de parto violento e um ambiente inapropriado que afeta a dignidade humana. O foco maior seria a proteção da criança que tem a mãe como peça principal e essencial nos primeiros anos de vida.

Os Membros do Coletivo de Advogados de Direitos Humanos também realizaram sustentação sendo representados pela Doutora Nathalie Fragoso e Eloisa Machado, em suas falas elas afirmaram que a prisão preventiva ainda é usada em excesso no Brasil e as crianças que acompanham suas genitoras são um grupo de vulneráveis que sofrem com essas medidas de prisão, sendo que a negligência não é episódica, mas sim constante nesse meio. As crianças presas sofrem as mazelas do ambiente carcerário (tratamento que se assemelha a proibição da Constituição Federal por ser desumano, cruel e degradante) e posteriormente ainda há uma separação brusca de suas genitoras perdendo o vínculo familiar.

Em relação ao cabimento do HC coletivo os membros de Direitos Humanos apresentaram razões que defendem a impetração: o primeiro ponto é o problema ter caráter coletivo; o segundo ponto é os avanços do processo constitucional que tem se tornado cada vez mais coletivo buscando a justiça comum, o terceiro ponto é a legitimação ampla do Habeas Corpus (possui alcance amplo e abarca situações diversas), e por fim, o caráter seletivo, pois como há previsão legal da prisão domiciliar para mães e não tem aplicabilidade prática, só as mulheres com maior poder aquisitivo e mais instruídas conseguem recorrer na justiça para buscar o

direito, sendo o HC coletivo o único meio que as mães sem recursos tem de conquistar seu direito.

As sustentações finalizaram com os Amicus Curiae, foram 6 sustentações no tempo de 5 minutos cada:

O primeiro foi o representante da Defensoria Pública de São Paulo, Doutor Rafael Muneratti, que ressaltou a luta das Defensorias Públicas pela impetração de HC coletivo, sendo que neste caso a resolução é importante porque atinge não só a paciente, mas também as crianças (que são os mais necessitados da proteção do Estado). O Defensor Público do Rio de Janeiro, Doutor Pedro Paulo, também acentuou que o Habeas Corpus coletivo é importante para a garantia e preservação dos Direitos Fundamentais da criança e da evitabilidade da pena passar da pessoa do condenado (pena da mãe passar para o filho).

A Pastoral Carcerária foi representada pela Doutora Débora que citou o Marco da Primeira Infância e as Regras de Bangkok, em que o legislativo reconheceu a aplicação de pena domiciliar e outras medidas cautelares para mães (menor de 12 anos) e gestantes. Relembrou a diferença e seletividade do sistema Judiciário que ora defere o direito de prisão domiciliar para gestantes e lactantes e ora profere negativas em casos semelhantes, porém as que costumam ganhar o direito sempre possuem melhor poder aquisitivo, melhor instrução e defesa.

O Doutor Pedro Afonso do Instituto Alana evidenciou o artigo 227 da Constituição Federal que apresenta a prioridade absoluta aos cuidados com as crianças, e ainda citou o princípio do melhor interesse da criança, ressaltando que no cárcere não há acesso à saúde, educação e ainda sofrem abusos, discriminações e privações. A Doutora Luciana da Associação Brasileira de Saúde Coletiva salientou o perigo em adquirir doenças como SIFILIS, Tuberculose e HIV no cárcere, além de violações no âmbito da saúde, como falta de pré-natal, partos com mães algemadas, violência obstétrica e verbal, falta de suporte familiar, entre outros.

Por fim, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, por Dora Cavalcante sustentou o amparo legal do direito levantado no Habeas Corpus coletivo, estando presente nos preceitos fundamentais da Constituição Federal, em normas internacionais e leis esparsas.

4.2.2 Votos dos Ministros da Segunda Turma

Após as sustentações orais os ministros da corte emitiram seus votos, a começar do cabimento do *Habeas Corpus* coletivo e em seguida julgar o mérito.

4.2.2.1 Cabimento do Habeas Corpus Coletivo

O fulcro do Habeas Corpus foi com base na garantia do acesso à justiça, demonstrando o direito desse instrumento processual proteger os direitos fundamentais que estão sofrendo lesão ou estão sendo ameaçados visando providências de forma rápida, simples e com efetividade, conforme prevê o artigo 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.[87]

A Procuradoria Geral da República salientou que o remédio constitucional não é cabível na forma coletiva, pois não teria como expedir salvo conduto de forma genérica e sem individualizar o benefício. Ainda alegou que o Supremo Tribunal Federal não seria competente para julgar o feito, pois não foram indicados atos coatores específicos do Superior Tribunal de Justiça.[88]

A defesa sustentou o caráter histórico do writ e as comparações com o mandado de segurança e mandado de injunção (que já são utilizados por meios coletivos). Alegou também que o processo constitucional tende a ter soluções

[87] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 143.641 STF. 2º Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=143641&classe=HC&orig em=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 27 Fev. 2018.

[88] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 143.641 STF. 2º Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=143641&classe=HC&orig em=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 27 Fev. 2018.

coletivas e que no caso apresentado não há necessidade de decisões individuais, já que há precedentes e uma norma expressa concedendo o direito.[89]

O Relator, ao se manifestar sobre a preliminar, afirmou que recebeu informações do DEPEN em que consta mais de 2000 crianças em situação carcerária por conta de sua genitora, o que demonstra a importância da questão. Votou pelo cabimento do HC coletivo destacando que essa ação coletiva é a forma mais viável de solucionar a questão, principalmente pela vulnerabilidade social ou econômica dos pacientes, e ainda, esse remédio constitucional busca proteger o bem mais importante (liberdade). Além disso, citou outros países que já adotam essa prática (a exemplo citou a Argentina no caso dos presos em condições insalubres) e citou doutrinadores, como Ruy Barbosa, que já previam a coletividade nesse tipo de ação.

Lewandowski ainda frisou que as pacientes do Habeas Corpus não são indeterminadas ou indeterminâveis, pois o DEPEN e alguns Estados enviaram listas com o nome de cada presa que se encontra na situação. Os Estados que ainda não listaram as mulheres, foram desmembradas em outro Habeas Corpus (HC 149.521/2017) que ainda não foi a julgamento.

O Ministro Dies Toffoli, ao se manifestar pela preliminar, fez um comparativo com a nova discussão sobre busca e apreensão coletiva, e evidenciou que não há sentido em negar o Habeas Corpus coletivo, que representaria uma evolução e um avanço para o direito. Conheceu em parte o cabimento com base no artigo 5º inciso LXVIII, LXIX e LXX da Constituição Federal, realizando uma dedução entre o cabimento do Mandado de Segurança coletivo e do Habeas Corpus coletivo. Não conheceu parte do cabimento por conta do ato coator, dizendo que só seria cabível frente juízes de primeiro grau e Tribunais locais e regionais, não cabendo frente ao STJ, somente se fosse de ofício.

O Ministro Gilmar Mendes conheceu o cabimento do Habeas Corpus coletivo, e justificou na observância da construção jurisprudencial de ampliar o

[89] Ibidem.

remédio constitucional e com base em históricos, como a conquista do Direito de reunião em 1919. Além disso, o Ministro levou em consideração esse caso singularizado das presas e o comportamento contraditório do judiciário ao se manifestar sobre esse direito, que oscila entre negativas e provimentos.

O Decano, Ministro Celso de Mello, também acompanhou o relator em relação ao cabimento do Writ Constitucional de caráter coletivo, por entender que é um viés interpretativo da Constituição, trazendo contemporaneidade e atualização ao instituto.

O presidente da turma, Ministro Edison Faquin, ressaltou que não houve discussões a respeito do sujeito passivo e concordou devido às circunstâncias do caso. Porém, concordou com o ministro Dies Toffoli com relação ao julgamento per saltum frente ao STJ, foram vencidos pelos outros três ministros da turma e o cabimento do HC coletivo foi aceito integralmente.

O Relator citou que a prisão excessiva realmente é uma realidade no Brasil e os fatos são notórios, além disso, a prisão tem uma deficiência estrutural para as presas, sendo pior ainda para as crianças, segundo o Ministro, dados do governo demonstram que o encarceramento feminino aumentou mais de 500 por cento e nos presídios femininos só cerca de 30% possuem estrutura para gestantes e berçários. A maioria das mulheres são presas por crimes relacionados ao tráfico (conhecidas por mulas do tráfico) com poucas incidências de violência ou grave ameaça. [90]

Os fundamentos da decisão do Ministro Relator foram as recomendações que o Brasil recebeu pelo comitê internacional no caso da Alyne Pimentel, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (proposto pela ONU), ambos reforçam a ideia de maternidade saudável no país.[91]

---

[90] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 143.641 STF. 2º Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=143641&classe=HC&orig em=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 1 mar. 2018.

[91] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 143.641 STF. 2º Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=143641&classe=HC&orig em=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 1 mar. 2018.

O Artigo 5º também foi base legal em seus incisos II, XLI, XLV, L, XLVIII e XLIX, que versam sobre cumprimento de pena, tortura, individualização da pena e direitos aos presos.[92]

O Ministro também mencionou as mudanças na Lei de Execução Penal ocorridas pela Lei 11.942/09 e Lei 13.246/16, que são de enorme importância para o HC coletivo discutido, pois trazem o Direito das presas exercerem a maternidade com proteção e em prisão domiciliar.

Alguns parâmetros foram estabelecidos por Ricardo Lewandowski na concessão da ordem, a substituição somente ocorrerá enquanto perdurar a condição e com algumas exceções: o crime não poderá ser cometido com violência ou grave ameaça, não poderá ser crime cometido contra os descendentes e o juiz pode não conceder a prisão domiciliar em casos excepcionalíssimos (com fundamentação), podendo conceder outras medidas cautelares.

A palavra da mãe será levada em conta com credibilidade e se houver dúvida o juiz deve examinar a situação e essas medidas devem ser comunicadas ao CNJ e ao DEPEN para que essa decisão tenha efetividade, sendo dispensável a presença do advogado para que o juiz conceda o direito.

O Ministro Dies Toffoli acompanhou o relator e também concedeu a ordem da prisão domiciliar em substituição pela prisão preventiva. Ressaltou que a denegação do direito terá que ser bem fundamentada, e nos casos de reincidência o juiz analisará o caso concreto e poderá conceder o direito, lembrou também que quando o homem é o único responsável, ele pode requerer o direito. Segundo o Ministro essa medida cautelar já está prevista em lei e o Supremo só está dando cumprimento.

O Ministro Gilmar Mendes, que também acompanhou a decisão do relator, ainda acrescentou ao voto que a decisão deve se estender as pessoas que têm sobre sua guarda os Portadores de Deficiência (sem limitação de idade).

[92] Ibidem.

O Ministro Celso de Mello votou acompanhando o relator por entender que as violações que afligem a dignidade das presas e de seus filhos devem ser solucionadas por alguma medida do estado brasileiro. Diferenciou a proteção da mulher e a proteção da criança, realçando que esse direito é para proteger a primeira infância, não tendo como ponto central a mulher, e ainda afirmou que o direito de permanecer em prisão domiciliar e de ter a convivência com a família estão previstos em uma norma (Estatuto da Primeira Infância) devendo ser aplicada.

O Presidente da sessão, Ministro Edison Fachin, reconhecendo que a maioria já havia acolhido e pedido do HC coletivo, votou de forma diversa dos outros Ministros, ficando vencido. Fundamentou na faculdade do juiz em conceder ou não a prisão domiciliar, pois os Artigos 318 e 282 do CPP e as regras de Bangkok não obrigaram a aplicação, mas sim concedeu discricionariedade ao juiz, não podendo ser realizada uma análise geral, sendo verificado pelo juiz cada caso que requereu o direito. O ministro ressaltou que existem casos diversos que merecem uma atenção do juiz para que não tenha generalidade e decisões que deveriam ser diversas, podendo ser acometidas de erro.

Conclui-se então deste julgamento que foi concedido a ordem do Habeas Corpus para evitar que injustiças e seletividade sejam realizadas no judiciário. Concede, então, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo de aplicação de outras medidas cautelares para as mulheres ou adolescentes gestantes, puérperas, com filhos de até 12 anos, ou que tenha guarda de uma Pessoa com Deficiência (qualquer idade).[93]

Alguns critérios foram estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, para que as genitoras recebam o direito, são eles:

A) Casos de prisão preventiva (ainda não pode haver condenação);

B) Crimes cometidos sem violência ou grave ameaça;

[93] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 143.641 STF. 2º Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=143641&classe=HC&orig em=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 1 mar. 2018.

C) O crime não pode ter sido contra os descendentes/infantes, pois comprometem a própria proteção da criança;

D) A presa estar na condição de primária.

Além dos critérios possuem também algumas excepcionalidades:

A) Caso a pessoa seja reincidente, o juiz pode analisar o caso concreto, e mesmo com outras condenações deferir o pedido da prisão domiciliar;

B) Em situações excepcionais o juiz pode negar o pedido (com fundamentação). Como exemplo, foi exposta a situação em que a genitora utiliza o filho para cometer os crimes, nesse caso o juiz não concederia o direito;

A guarda será averiguada pela palavra da mãe, porém, caso tenha dúvida o juiz poderá pedir um laudo social.[94]

Foram citados os casos de homens presos que realizam os cuidados dos filhos sozinhos, nesse caso o Estatuto da Primeira Infância também prevê o direito de exercer a paternidade em prisão domiciliar, porém o ponto não foi amplamente discutido pelos ministros.

4.3 A importância da decisão

A decisão do Supremo Tribunal Federal reflete as discussões do sistema prisional, que no Brasil está em estado crítico, e reflete também a injustiça e as violações de direitos sofridas pelas mães e crianças. Outro ponto é a seletividade do Judiciário, que deferiu o pedido de prisão domiciliar para Adriana Ancelmo (presa nas ações da Lava Jato) por ter um filho de 11 anos e já no caso de Jessica Monteiro (presa por tráfico de drogas em fevereiro de 2018) não recebeu o benefício e deu à luz dentro de uma cela, ambas deveriam receber o direito, porém a Adriana possui

[94] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 143.641 STF. 2º Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=143641&classe=HC&orig em=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 5 mar. 2018.

um poder aquisitivo maior, mais instrução e uma defesa com mais disponibilidade para seu caso, o que gera uma diferença no momento de requerer o direito e de correr atrás nas instâncias do judiciário.[95]

A sensibilidade social também foi importante no presente julgamento, pois o caso de Jessica, que ocorreu uma semana antes do STF realizar a sessão, comoveu a população e teve grande repercussão nas mídias, pressionando o Supremo para a discussão do caso.[96]

O direito que está sendo requerido já tem previsão legal, porém não tinha efetividade para um grupo de mulheres, além disso, a prisão é um lugar propenso a doenças físicas e psicológicas, afetando o crescimento e desenvolvimento infantil.[97]

Por outro lado, a decisão divide opiniões, segundo o promotor Sérgio Clementino, de São José do Rio Preto (SP), após a decisão do STF o número de presas em seu plantão judicial aumentou, entendendo que a situação de "mula do tráfico" foi agravada, pois as mulheres começaram a ser mais usadas e recrutadas. Porém, ele mesmo ressaltou que é cedo para analisar os efeitos da decisão, e que o desafio da justiça é reduzir os problemas criminais cumprindo a lei e as decisões.[98]

5 RELATÓRIO DA VISITA REALIZADA NA PENITENCIÁRIA FEMININA DO DISTRITO FEDERAL

Antes de adentrar ao relatório da visita realizada na Penitenciária Feminina do Distrito Federal é importante ressaltar como a autora conseguiu adentrar o estabelecimento e realizar entrevistas com detentas, diretora e ainda produzir fotos dos locais.

---

[95] OLIVEIRA, Tory. *Eloisa Machado: "é injusto deixar uma mulher parir presa*". 2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/eloisa-machado-e-injusto-deixar-uma-mulher-parir-presa>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[96] Ibidem.

[97] Ibidem.

[98] FALCÃO, Márcio. *Cidade teve recorde de prisão de mulheres depois de decisão do STF, diz promotor*. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/cidade-teve-recorde-de-prisao-de-mulheres-depois-de-decisao-do-stf-diz-procurador-27022018>. Acesso em: 05 fev. 2018

A autora deu entrada com um pedido de providências na Vara de Execuções Penais requerendo a visita com fundamento e cumprindo os requisitos previstos nos artigos 21 a 25 da Portaria 008/2016 da VEP pertencente ao TJDFT.

O pedido foi protocolado no dia 12 de setembro de 2017, conforme consta no processo de número 00138536920178070015 da VEP em Brasília. A partir desse ponto, o pedido foi distribuído ao juiz competente.

Antes de receber a autorização da visita, o pedido foi encaminhado ao Coordenador da Escola Penitenciária do Distrito Federal e ao Ministério Público para manifestação a respeito do pedido.

Somente após todo o trâmite processual, foi deferido em 21 de fevereiro de 2018 a entrada da autora com data previamente agendada pela PFDF, a entrevista com as detentas e gravação de áudio das entrevistas por equipamento apropriado, fornecimento de dados e estatísticas e fornecimento de imagens produzidas pela própria PFDF.

No dia 09 de março de 2018, a autora realizou uma visita ao Presídio Feminino do DF, localizado na Granja Luis Fernando, Área Especial n. 02, Setor Leste do Gama. A visita foi realizada entre 9:30 e 12:30, e na ocasião foram realizados constatações e análise do local, entrevistas com as detentas e entrevista com a diretora do presídio. Houve produção fotográfica, as fotos serão anexadas durante o relatório (fotos autorais com autorização e de acordo com padrões e regras do presídio).

Ao chegar no local a autora foi acompanhada por uma agente penitenciária. Primeiramente foi visitada a ala da saúde, em que as mulheres realizam consultas e atendimentos com psicólogos e outros especialistas. Ali, as crianças também recebem atendimentos e um pediatra visita a unidade de 15 em 15 dias para realizar os procedimentos necessários. A vacinação também é realizada no local e todas as crianças recebem os remédios receitados, se disponível pelo GDF.

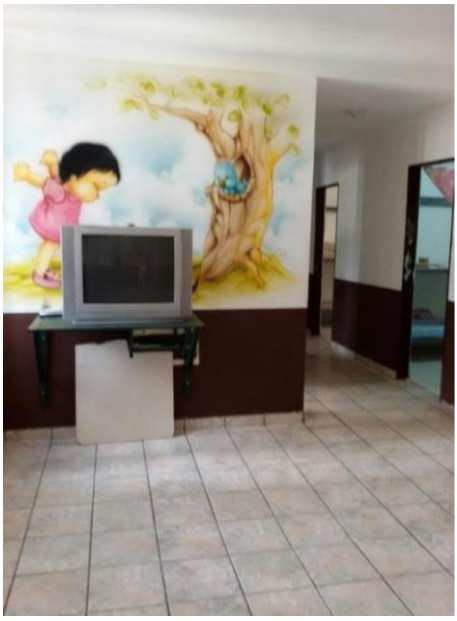
Em relação ao pré-natal, as internas informaram que realizam com frequência na unidade, e recebem uma dieta especial durante a gestação e a amamentação, ainda realizam ecografias feitas no hospital (se necessário). O parto não é feito na unidade, ao sentir as dores a mulher é encaminhada para o Hospital Público do Gama ou Santa Maria.

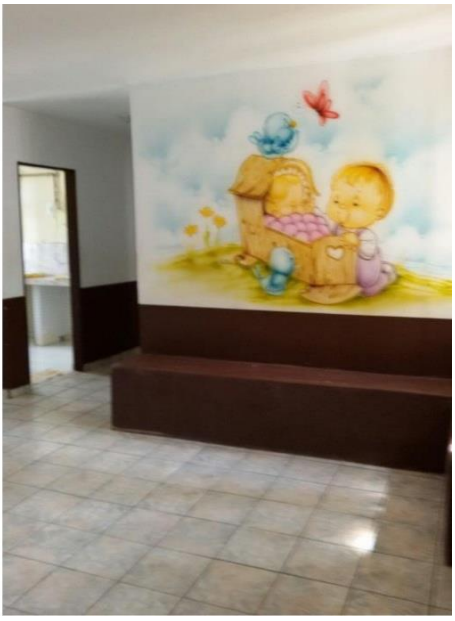
Após a ala da saúde, a aluna visitou a ala onde as presas realizam atividades, oficinas e estudos. Algumas grávidas estão participando das aulas e atividade. Elas têm acesso a estudos básicos, trabalhos e oficinas de produção manual, além de salão de beleza e um mini mercado. As mães possuem acesso a um serviço realizado por uma instituição voluntária que uma vez na semana leva lanches, ensina cuidados com o bebê e faz uma montagem de materiais para o enxoval junto com as mães, como fraldas e cueiros.

Por fim, a aluna foi até a ala de gestantes e lactantes. As gestantes ficam em um local mais arejado e com acesso a dieta indicada por médico (acesso à frutas e comidas com mais nutrientes), assim como as mães com bebês, que também têm seu espaço próprio.

No local das crianças há um espaço de convivência com televisão e DVD com vídeos infantis, um local para sentar e paredes decorativas com desenhos. Ao lado, tem um banheiro (foi informado que há água quente) com chuveiros, pias e vasos.

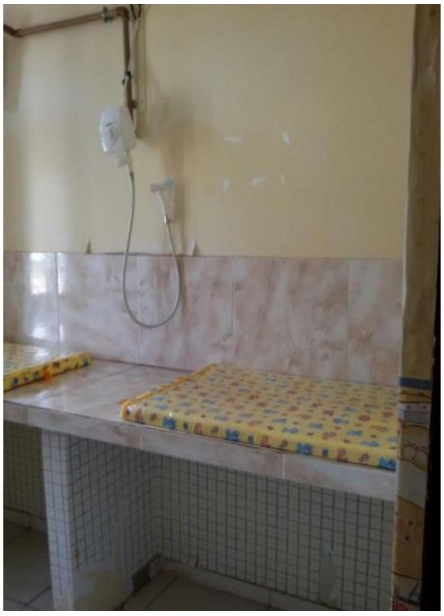
Figura 1 e 2: Centro de convivência da Penitenciária Feminina do Distrito federal.





Mais a frente há um local para higiene dos bebês, com trocador, banheiras, um chuveiro com mangueira e uma pia. Esse local as mães utilizam conjuntamente.

Figura 3, 4 e 5: Local de Higiene dos bebês na ala de maternidade.



Por último, na ala materna, há os quartos individuais para cada mãe e filho, com um berço e uma cama, produtos de higiene pessoal e várias roupas e utensílios para a criança, cada um possui seu quarto e objetos pessoais. Ainda possui uma babá (detenta que trabalha na ala) que auxilia nas atividades diárias, ajudando as mães na higiene do ambiente e cuidando do neném quando a mãe precisa se ausentar.

Figura 6 e 7 Quarto das lactantes - com cama, berço e prateleiras.

Em relação ao enxoval (fraudas, roupas, produtos de higiene e itens para bebê) são a maioria doados por instituições voluntárias ou são cedidos pela família da presa, além dos objetos que elas produzem para o enxoval no projeto já citado.

Hoje elas possuem alguns bebês-conforto, banheiras e trocadores, fraudas descartáveis, roupas e até fórmula de leite quando necessário. Além disso, a penitenciária pretende montar uma brinquedoteca, com brinquedos específicos para

a idade e que possam estimular os bebês, já receberam poltronas de amamentação e outros itens para compor essa brinquedoteca que está sendo projetada.

Figura 8 e 9: bebês-conforto cedidos por doação.

Figura 10, 11 e 12: enxoval e utensílios dos bebês.

As crianças ficam todo o tempo com suas genitoras na ala, e só saem para o banho de sol durante 3 horas por dia, durante o qual, elas ficam no pátio junto com as presas.

Após a visita das alas do presídio a autora teve a oportunidade de realizar entrevistas com três detentas, para discorrer o presente relatório e garantir o anonimato serão utilizados nomes fictícios, a primeira será chamada de “Ana”, a segunda de “Maria” e a terceira de “Joana”. A entrevista foi realizada por questionário previamente elaborado pela autora e cada mulher submetida às perguntas assinou um termo de consentimento livre e esclarecido que explicava: a natureza e objetivo da pesquisa, os procedimentos, os riscos e benefícios, o direito de participação ou recusa, e a confidencialidade.

Ana foi a primeira a ser entrevistada e afirmou que foi presa por descumprir uma ordem do juiz para comparecimento. Ela disse que engravidou na rua e foi presa um dia antes do parto, lembrou que no dia do parto o presídio a encaminhou ao hospital e que o parto foi tranquilo e bom, porém estava muito preocupada com relação à prisão e como seria seu futuro com o bebê. Ana possui mais 2 filhos que estão morando com a mãe dela e as visitas que ela recebe é somente deles três, utilizou a expressão “quando dá elas vêm me ver”.

Ao ser questionada sobre os genitores dos filhos ela afirmou que o pai das duas primeiras crianças não manteve mais nenhum contato, porque Ana não quis permanecer em um relacionamento com ele, o homem tinha envolvimento com as drogas. O genitor do recém-nascido que ela cuida na prisão também está preso. Ana disse que ele sabia da gravidez, mas que eles perderam o contato por conta da prisão.

Ana acha horrível ter que ficar com seu bebê na prisão, e em sua fala ressaltou que a criança não deve pagar pelos erros que ela cometeu. Afirmou que se sente muito triste e mal por ver a criança passar um tempo com ela na prisão e que o ideal seria poder cuidar do bebê em outro ambiente que não fosse aquele, pois lá possui muito barulho e não é tranquilo. Ana ainda disse que acredita que o tempo na prisão pode influenciar na personalidade da criança, pois a criança dela, mesmo com

dois meses já observa as grades e presta atenção no que está ao redor. Ela disse ter medo do futuro, mas acredita que assim como os outros filhos que estão fora, essa nova criança terá uma boa vida com estudos e com atitudes corretas através da educação que será oferecida por ela e pela família. Ana afirmou que não quer permitir que nenhum filho passe pelo que ela passou ou faça o que ela fez.

O dia-a-dia de Ana começa cedo, ela acorda por volta das cinco da manhã, toma banho, faz os procedimentos prisionais de assinar presença, toma café e depois passa para os cuidados do bebê (banho e amamentação), o restante do dia passa com a criança. O bebê de Ana está registrado e vacinado e sempre que necessário e possível vai até a consulta com o pediatra.

Ana colocou como ponto positivo do ambiente prisional em que vive, os suprimentos da criança (roupas e fraudas) que são fornecidos pelo estabelecimento e o atendimento que recebe das agentes, além de poder amamentar seu bebê e passar o tempo todo com seu filho, sem restrição de tempo. Como ponto negativo ela afirma que queria estar em casa cuidando dos filhos.

Em relação à separação Ana está tranquila, pois acredita que sairá antes do bebê completar 6 meses, porém ela disse que já ouviu falar de crianças que ficam até mais do que esse tempo (o máximo que ela viu foi 10 meses). Se tivesse que se separar Ana entregaria a guarda para a mãe, assim como os outros filhos, porém afirma que se houvesse esse momento ela iria sofrer muito e teria o sentimento que o bebê está sentindo falta da mãe. Ela disse que outras mães que estão prestes a separar dos filhos vivem chorando e sofrendo com o momento futuro e até conversam com os bebês tentando explicar a situação e curtir cada momento.

Ana disse ter conhecimento do HC coletivo proferido pelo STF esse ano, e acredita que foi uma boa medida, ainda afirmou que está ansiosa pela aplicação da nova decisão mesmo já estando de saída. Ana contou que uma advogada explicou a decisão para todas as presas na situação de gestante ou lactante.

A segunda a ser entrevistada foi Maria, informou que está presa por homicídio, mas ainda não foi julgada. Maria já veio gestante para o presídio e na hora do parto foi encaminhada para o hospital público. Ressaltou que realizou pré-natal no presídio, teve um parto tranquilo e foi bem atendida, ela possui outros 2 filhos que estão com a mãe e amiga. Maria recebe visitas da família (esposo, mãe, filho e pai) que tem contato e relação com seu novo bebê.

Em relação à convivência do bebê com a mãe ela afirmou que é importante tanto para ela como para seu filho, mas que para o bebê o presídio é um ambiente péssimo e que ainda não tem noção se isso influenciará ou não no futuro da criança.

Maria ressaltou que um ponto positivo do presídio é ter o bebê junto a ela e também elogiou a gerência da ala de maternidade por ter posições humanas e oferecer um bom atendimento. Ela afirmou que recebe os medicamentos e consultas para o filho, porém não imediatamente quando precisa: "só após um tempo é que tem acesso".

No momento de separação, aos 6 meses, o bebê ficará com o pai, Maria acha que será muito bom para seu bebê, porém ela afirmou que o vínculo dela com a criança será totalmente cortado. A criança nunca saiu do presídio, só para realizar consultas, e só sairá quando for o momento de separação aos 6 meses.

Maria afirmou ter conhecimento da decisão dada pelo STF esse ano, que deferiu a prisão domiciliar às mães se forem cumpridos os requisitos. Ela disse que para ela seria maravilhoso poder receber o benefício e cuidar de seu bebê em casa com um tempo mais de qualidade e com uma convivência mais saudável. Porém, segundo os requisitos do STF, Maria não poderá receber o benefício por conta do delito que está respondendo.

A última detenta a ser entrevistada foi Joana, que ainda está gestante. Joana foi presa há cinco meses e descobriu que estava grávida na prisão, ela já possui outros três filhos que são cuidados pela avó materna, ela afirmou que sempre recebe visita da mãe, da irmã e dos filhos. Ao ser questionada sobre o genitor do bebê que

ela está esperando, ela respondeu que acha que ele não tem conhecimento da gravidez. A informação foi enviada por ela através de uma carta entregue à sogra, porém ela não obteve resposta e não sabe se ele teve acesso à carta, pois acredita que ele também está preso.

Joana ressaltou a importância de ter contato com o bebê na primeira parte da vida, mas disse ter receio, pois o ambiente prisional é ruim, com muito barulho e sem a higiene necessária, além de privar a criança, afirmou ainda que mesmo a criança convivendo sem a mãe seria melhor que ela não ficasse no presídio.

O pré-natal de Joana e as consultas necessárias são realizados no presídio e ela afirmou que um ponto positivo é as grávidas possuírem acesso a uma alimentação diferenciada e acesso aos serviços de saúde.

Em relação à separação quando a criança completa 6 meses ela afirmou que é horrível tanto para mãe quanto para o bebê, pois se distanciam completamente após um período que ficavam 24 horas juntos. Porém, ela disse estar menos preocupada, pois a mãe dela irá ficar com o bebê quando for o momento de separação e o bebê dela não irá para o abrigo como acontece com alguns.

Em relação ao HC Coletivo proferido pelo STF em fevereiro deste ano, Joana ressaltou ter conhecimento, porém não acredita que "irá acontecer". Ela afirmou que seria ótimo para ela e para seu bebê, mas deu uma resposta curiosa: "seria muito bom para mim, mas outras mulheres iam fugir após ganhar o benefício, e ainda tem algumas lá no pátio que já pensam em engravidar novamente, ou para cometer mais crime ou para sair da prisão".

Após as entrevistas com as três detentas, a autora teve a oportunidade de realizar uma entrevista com a diretora da Penitenciária Feminina do DF, Deuselita Pereira Martins, tendo a oportunidade de ouvir uma outra visão a respeito do tema.

De início, a diretora afirmou que acredita não ser o ideal a convivência da criança e mãe no presídio, porém afirmou que o Distrito Federal oferece uma estrutura melhor do que outros estados, com espaço separado para as gestantes e

lactantes. Ela ressaltou que para melhorar, o banho de sol, além de ser separado, devia ser de livre acesso para as crianças e mães, com brinquedoteca e uma estrutura melhor, pois o desenvolvimento da criança seria mais positivo.

Como a realidade do Brasil não é tão favorável, Deuselita ressaltou que essas mulheres estão em situação melhor do que muitos brasileiros, pois a Penitenciária garante acesso à saúde e a uma alimentação diferenciada. Ela já presenciou situações de mulheres serem presas em estágio avançado de gravidez e nunca ter realizado um exame de pré-natal, só recebendo os cuidados após efetuada a prisão.

O risco para criança não seria em relação à integridade física. Para a diretora, o emocional e o cognitivo que são afetados, pois a criança não é estimulada, não presencia diversidade de cores e sons, além de não possuir um bom exemplo, o ambiente não é favorável para o desenvolvimento. Quanto mais a criança fica no sistema prisional, mais é afetada: ela começa a repetir os gestos das mães e das outras presas, pois são as referências delas.

A capacidade da ala de maternidade é de 11 vagas para mães e bebês. No dia da visita, 9 vagas eram ocupadas por genitoras e filhos (2 em prisão provisória, 5 condenadas que estão em regime fechado e 2 condenadas que estão no regime semiaberto). Já na ala das gestantes possui 24 vagas, atualmente, cerca de 15 gestantes convivem no ambiente (11 em prisão provisória, 2 em regime semiaberto e 2 em regime fechado), sendo que só uma engravidou no presídio no dia de visita íntima e outra que engravidou no horário em que exerce trabalho. Todas as outras já vieram gestantes. Constata-se que no Distrito Federal a ala de maternidade não está superlotada: cada gestante possui seu espaço com cama e cada lactante fica em um pequeno quarto com cama e berço.

Em relação ao HC Coletivo, a Diretora acredita que não irá resolver o problema. Além disso, afirmou estar preocupada, pois, após a decisão, o número de presas na condição de gestação ou lactante dobrou. Ela compartilhou a falta de preocupação de algumas mães com os filhos, e podem estar assumindo crimes ou até mesmo cometendo delitos e engravidando sem se preocupar com a criança que está

sendo gerada, só com o intuito de receber a medida da prisão domiciliar caso ocorra a prisão.

Deuselita contou que a rotina das mães e filhos ocorre dentro da ala especial: elas têm acesso à televisão e DVD, possuem acompanhamento de grupos terapêuticos e oficinas, além do banho de sol durante 3 horas do dia. As crianças não possuem nenhum tipo de passeio fora da penitenciária, sem contato com mundo exterior e sem contato com outros parentes (só mantem contato com os que fazem visita), além disso, a diretora afirmou que em relação a lazer, aprendizado e educação, o infante é prejudicado, pois não tem acesso a outras atividades, dependendo totalmente da mãe.

O genitor costuma abandonar os filhos que estão no presídio, quando -não raras vezes- o pai também está preso, sem ter contato nenhum com a criança e algumas vezes não possui nem conhecimento de que gerou um bebê. Com isso, percebe-se que o vínculo com o genitor paterno é exceção.

A Diretora abordou que, em relação ao pré-natal, são acompanhadas por médicos dentro da penitenciária (quando necessário vão ao hospital), realizando cerca de nove consultas durante a gestação (através da rede cegonha, feita pelo Ministério da Saúde) e possuem acesso a vacinas para genitoras e filhos. Já em relação aos partos, a diretora afirmou que nenhum é feito nas instalações do presídio, que são realizados na rede pública e que as presas possuem prioridade no atendimento.

A Deuselita reiterou que a criança deve deixar o presídio com 6 meses, mas sempre há as exceções. A amamentação é exclusiva até os 4 meses do bebê, e ao chegar nos 4 meses as mães são orientadas pelo pediatra a começar a realizar a introdução alimentar e o desmame para a saída do bebê. O procedimento de separação é acompanhado pelo assistente social, que procura algum interessado da família para solicitar a guarda provisória na vara da infância e só com essa guarda a criança sai e fica com o familiar; nos casos que não possuem interessados para cuidar da criança, o conselho tutelar é chamado (a princípio também tenta buscar

algum parente) e não havendo ninguém para pegar, a Vara da infância determina a internação da criança em um abrigo do estado.

No momento que a autora colocou o tema do HC 143.641 do STF, a Diretora lembrou que o problema é social e público, pois as mães muitas vezes não têm condições e nem mesmo interesse em cuidar do bebê. Ela afirmou que não é preconceito, mas sim a realidade que não quer ser vista pela sociedade, e o problema deveria ser resolvido de forma mais pensada. A diretora citou histórias de mães que ganhavam saídas com os filhos e voltavam sem a criança pois tinha dado ou vendido na rodoviária, e ainda tem aquelas que são dependentes químicas e não tem condições nem tratamento e acabam sendo reincidentes em vários crimes.

O ideal seria a sociedade abrir os olhos para o problema e refletir sobre a incidência da mulher no mundo do crime, além de tentar buscar soluções para os dependentes químicos. As tornozeleiras eletrônicas colocadas em três mulheres na PFDF foram todas violadas, sendo o problema muito mais grave do que estão tratando.

A diretora ainda se permitiu colocar uma crítica e uma reflexão, pois as decisões tomadas nos tribunais hoje estão muito mais com o intuito de aparecer na mídia do que solucionar problemas estruturais, sendo decisões eminentemente políticas. Se for analisar a casa dessas detentas, elas não possuem acesso à saúde, à cama, à alimentação balanceada (sendo 4 por dia), como é a realidade de muitos brasileiros. E conclui imaginando como seria criar um filho nas condições que as detentas viviam antes de chegar na prisão.

Em casos excepcionais Deuselita afirmou que pode sim ser positivo a decisão, pois existem mães que se preocupam e que possuem condições estruturais, físicas e emocionais. Mas ela acredita que a suspensão da pena seria uma medida muito mais positiva, com monitoramento e condições a serem cumpridas.

A diretora concluiu que os requisitos estabelecidos no HC Coletivo geram pouca influência e pouco impacto na realidade prisional. No DF, por exemplo,

nenhuma lactante se enquadra nos requisitos do *Habeas Corpus*. A diretora afirmou que poucas serão beneficiadas e a repercussão na mídia foi muito grande para o reflexo que a decisão terá.

Ao final da visita, a autora constatou que a realidade do Distrito Federal é diferente de alguns outros estados brasileiros, pois a estrutura, o acesso à saúde e a alimentação são considerados bons na PFDF.

Porém, mesmo com os pontos positivos do presídio feminino da capital, é indiscutível que o ambiente prisional não é ideal para as crianças. Como foi citado, o barulho, a higiene, o lazer, o acesso à sociedade e aos familiares, entre outros pontos negativos, fazem com que o presídio prejudique o desenvolvimento infantil e emocional.

Não pode ser levado em conta o padrão do Distrito Federal para todo o país, pois é evidente que não são todos os presídios do Brasil que possuem essa estrutura.

6 CONCLUSÃO

A monografia apresentou a proteção da primeira infância dos filhos de presas, que convivem dentro do sistema prisional na primeira fase da vida, além de abordar a recente Lei 13.257/16 e o histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo 143.641.

Na perspectiva dessa pesquisa buscou embasamento teórico de várias áreas para a importância da primeira infância, e foi constatado que esse período da vida é extremamente importante para a saúde do indivíduo, para a socialização e cultura, para a educação e desenvolvimento cognitivo e para o emocional e a personalidade futura do indivíduo. O sistema prisional não consegue garantir esse desenvolvimento completo para a criança, e muitas vezes a primeira infância não é garantida com boa qualidade e como a lei e os princípios do direito ordenam.

O objetivo era constatar os direitos e princípios previstos para a primeira infância dentro do sistema prisional, com análises teóricas e práticas.

Foi observado que a Lei 13257/16 trouxe vários direitos e buscou garantir a aplicação dos princípios constitucionais e internacionais, como a prioridade absoluta, proteção integral, o melhor interesse da criança e a garantia da conivência familiar, e ainda as regras de Bangkok das Nações Unidas. Essa lei, conhecida como o Estatuto da Primeira Infância, acarretou mudanças legais e reflexões para o tema das crianças que passam um período da vida com suas genitoras no sistema prisional, verificou-se que a visão legal e de vários doutrinadores é proteger o máximo a criança e garantir seus direitos sem permitir que o sistema prisional interfira no seu desenvolvimento.

O HC 143.641 do STF teve o intuito de aplicar a medida prevista no Estatuto da Primeira Infância, que confere prisão domiciliar para as presas preventivas gestantes e mães de crianças que possuem até 12 anos, os reflexos dessa decisão ainda são imprecisos por ser recente, porém, foi constatado e abordado por alguns especialistas o aumento do número de mulheres presas nessas condições após a decisão.

Mesmo com os reflexos negativos é inegável a importância dessa aplicação do STF, pois busca reduzir os abusos e excessos da prisão, levando em consideração que as mulheres são vulneráveis e possuem uma figura significante no tráfico (atuando como "mulas"). As mulheres são parte essencial no crescimento e desenvolvimento de uma criança e os filhos de genitoras presas acabam vivenciando os reflexos da prisão.

Ademais, constatou-se que grande parte dos filhos são abandonados pelo pai, ou até mesmo, o genitor não tem conhecimento de que gerou uma criança. Essas crianças, que estão dentro da prisão, em sua maioria não possuem contato com familiares e com a sociedade fora da prisão, e ao sair após o período permitido para ficar com a mãe, ocorre uma perda do vínculo materno e a criança é obrigada a se adaptar em um ambiente nunca conhecido ou mesmo visitado.

No Brasil, mais de 2000 crianças vivem hoje nessa situação carcerária acompanhando e recebendo os cuidados da genitora, esse número elevado demonstra o tamanho da importância do tema para o direito e para a sociedade. Essas crianças

não recebem os cuidados e direitos adequados, sendo que há uma lei que ampara e traz as garantias para essa fase da vida

Verificou-se que as decisões proferidas no judiciário para garantir os direitos da Lei 13.257/16 são seletivas e, em sua maioria, deferem medidas diversas da prisão para as mulheres com maior poder aquisitivo ou mais instruídas, já aquelas que não possuem essas condições não conseguem recorrer ao judiciário e garantir os direitos das crianças. Essa é mais uma das vantagens do HC coletivo do STF, pois busca aplicar os mesmos requisitos e exceções para todas as mulheres e crianças.

No Distrito Federal, ao visitar a Penitenciária Feminina, a autora encontrou uma diferente realidade prisional, pois a capital consegue oferecer alguns direitos para as crianças que ali permanecem, como saúde, alimentação, vacinas e utensílios básicos, além do espaço sem superlotação para lactantes e gestantes. Porém, também há os pontos negativos, como a falta de lazer e saídas para as crianças, o que impede no desenvolvimento cognitivo e emocional, além disso, percebe-se que o ambiente prisional não é adequado para uma criança, o barulho, a higiene e a convivência dentro de uma cela por muitas horas no dia fazem com que a criança seja afetada pela pena da mãe refletindo na vida e no crescimento saudável.

O presídio do Distrito Federal não deve ser levado em consideração como exemplo para o tema, pois no Brasil, a maioria dos ambientes carcerários não conseguem garantir o que a capital federal garante, tendo um ambiente muito menos favorável para as crianças.

Por outro lado, na visita e entrevistas realizadas pela autora, constatou-se que muitas mulheres e crianças vivem em condições muito piores fora da prisão, pois não tem acesso à saúde, alimentação e nem política do estado para solucionar os problemas sociais, alguns exemplos são as genitoras dependentes químicas, as que não realizam pré-natal nem consultas com as crianças, a falta de moradia adequada, entre outros. Esses problemas devem ser observados pela sociedade, pelo estado e pelo judiciário, para poder tomar decisões e realizar políticas públicas da melhor forma.

REFERÊNCIAS

ARQUIMEDES, Carlos. *Alterações do CPP promovidas pela Lei nº 13.257/2016*. 2016. Disponível em: <https://carlosarquimedes.jusbrasil.com.br/artigos/316637129/alteracoes-do-cpp-promovidas-pela-lei-n-13257-2016>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BARBOSA, Gleyciane Rodrigues dos Santos. A convivência da criança e do adolescente com os genitores privados de liberdade: uma análise à luz do paradigma da proteção integral. 2015. Brasília. Pesquisa de monografia em Direito - UniCEUB.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 6998/13.* Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=6048 3 6>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e 0f53c44.pdf>. Acesso em: 17 Jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mai 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017

BRASIL: *Lei nº 8069 de 13 de junho de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 18 mai 2017.

BRASIL. *LEI Nº 13.257 de 8 de março de 2016.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 143.641 STF. 2º Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=143641 &classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRITTO, Pia Rabello PhD et al. *Social protection programs and early childhood development:* Unexplored potential. Australia: Plan International Australia. 2013.. Disponível em: <http://childstudycenter.yale.edu/fcpb/research/publications/Yale%20Plan%20Social%20Protection%20Study_FINAL_173191_28959_v1.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Aplicação do Estatuto da primeira infância*. 2016. Disponível em: <https://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/aplicacao-do-estatuto-da-primeira-infancia/>. Acesso em: 14 ago. 2017.

CARACIOLA, Andrea Boari e outros. *Estatuto da Criança e do Adolescente:* estudos em comemoração aos 20 anos. São Paulo: LTR. 2010.

CARVALHO, Marcus Renato de. *Saúde e Cuidados na Primeira Infância*: nossa prioridade. 2014. Disponível em:<http://www.aleitamento.com/noticias/conteudo.asp?cod=1891>. Acesso em: 27 ago. 2017.

CERNEKA, Heidi Ann. *Regras de Bangkok*: Está na hora de fazê-las valer! Grupo de Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/As-Regras-de-Bangkok-ibccrim.pdf>. Acesso em: 10 Nov 2017.

CHENCINSKI, Yechiel Moises. *Por que a primeira infância é importante?* até os seis anos a criança se desenvolve emocionalmente, exigindo atenção dos pais. 2010. Disponível em: <http://www.minhavida.com.br/saude/materias/11558-por-que-a-primeira-infancia-e-importante>. Acesso em: 14 ago. 2017.

CRÓ, Maria de Lourdes. *O Desenvolvimento Pessoal e Social da Criança em Contexto De Creche versus Prática Profissional dos Educadores de Infância*. 2016. Disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/o-desenvolvimento-pessoal-e-social-da-crian%C3%A7a-em-contexto-cr%C3%B3>. Acesso em: 26 ago. 2017.

ESTUDOS mostram importância da primeira infância para qualidade de vida. *Isto É*. 2016. Disponível em: <https://istoe.com.br/estudos-mostram-importancia-da-primeira-infancia-para-qualidade-de-vida/>. Acesso em: 15 ago. 2017.

FALCÃO, Márcio. Cidade teve recorde de prisão de mulheres depois de decisão do STF, diz promotor. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/cidade-teve-recorde-de-prisao-de-mulheres-depois-de-decisao-do-stf-diz-procurador-27022018>. Acesso em: 05 fev. 2018

FARIA, Ana Lúcia Goulart. *Políticas de regulação, pesquisa e pedagogia na educação infantil, primeira etapa da educação básica*. Disponível em:< http://www.redalyc.org/html/873/87313714014/>. Acesso em: 27 ago. 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da Criança e do Adolescente*. 5º Ed. 2011. São Paulo: Rideel.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Marco Legal da Primeira Infância-Lei 13257 de 08 de março de 2016.* Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.

MARQUES, Ana Amélia Fernandes. *Aspectos e limites do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil:* uma análise à luz dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral à criança e ao adolescente. 2011. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2128/1/Ana%20Amelia%20Fernandes%20Marques.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2017

OLIVEIRA, Heloisa Helena de. *Criança e Adolescente são prioridades na Constituição Brasileira.* 2013. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunistas/crianca-e-adolescente-e-prioridade-na-constituicao-brasileira/>. Acesso em: 02 nov. 2017

OLIVEIRA, Tory. Eloisa Machado: “é injusto deixar uma mulher parir presa”. 2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/eloisa-machado-e-injusto-deixar-uma-mulher-parir-presa>. Acesso em: 04 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos das Crianças*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 28 de mai de 2017

PLAISENCE, Eric. Para *uma sociologia da primeira infância*. Abril 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v25n86/v25n86a11>. Acesso em: 14 ago. 2017.

ROMANI, Sylvia de Azevedo Mello e LIRA, Pedro Israel Cabral de. *Fatores determinantes do crescimento infantil.* Revista Brasileira de saúde materno infantil. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292004000100002>. Acesso em: 27 ago. 2017.

ROSSI, Roberto de. *Direitos da criança e educação:* Construindo e ressignificando a cidadania na infância. Londrina. 2008. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestredu/images/stories/downloads/dissertacoes/2008/2008%20-%20ROSSI,%20Roberto%20de.pdf> . Acesso em: 15 ago. 2017.

SOUZA, Felipe de. Psicologia do Desenvolvimento: A Primeira Infância. Disponível em: <http://www.psicologiamsn.com/2012/04/psicologia-desenvolvimento-primeira.html>. Acesso em: 27 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente*. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em: 27 fev. 2018.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude.* Âmbito Jurídico, Rio Grande, V.14, n. 94, 2011. Disponível em: <http://www.escoladeconselhospara.com.br/upload/arq_arquivo/1477.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2017.

ANEXO A[99] - TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO ENTREGUE

À DIRETORA E AS DETENTAS DA PENITENCIÁRIA FEMININA DO DISTRITO FEDERAL

"CRIANÇAS NO SISTEMA PRISIONAL: PROTEÇÃO À PRIMEIRA INFÂNCIA DOS FILHOS DE MULHERES SUBMETIDAS À PRISÃO"

Instituição da pesquisadora: UniCEUB

Pesquisadora: Bruna Larissa Pontes da Silva

Orientadora: Raquel Tiveron.

[99] BARBOSA, Gleyciane Rodrigues dos Santos. A convivência da criança e do adolescente com os genitores privados de liberdade: uma análise à luz do paradigma da proteção integral. 2015. Brasília. Pesquisa de monografia em Direito - UniCEUB. p.67

Você está sendo convidada a participar do projeto de pesquisa acima citado.

O documento abaixo contém todas as informações necessárias sobre a pesquisa que estamos realizando. Sua colaboração neste estudo será de muita importância para nós, mas se desistir a qualquer momento, isso não causará nenhum prejuízo. O nome deste documento que você está lendo é Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

Antes de decidir se deseja participar (de livre e espontânea vontade) você deverá ler e compreender todo o conteúdo. Ao final, caso decida participar, você será solicitado a assiná-lo. Antes de assinar faça perguntas sobre tudo o que não tiver entendido bem. A equipe deste estudo responderá às suas perguntas a qualquer momento (antes, durante e após o estudo).

Natureza e objetivos do estudo:

O objetivo específico deste estudo é aprofundar o conhecimento sobre a proteção do interesse das crianças que nascem ou permanecem com as mães durante o período da primeira infância no ambiente prisional. Verificando a aplicação da lei 13257/16 (Estatuto da Primeira Infância), da decisão recente do STF no HC coletivo 143.651 e dos princípios e fundamentos constitucionais que versam sobre a proteção da criança;

Você está sendo convidado a participar em virtude da necessidade de informações sobre o tema.

Procedimentos do estudo:

Sua participação consiste em fornecer informações acerca da convivência e da vida das crianças que estão acompanhando suas genitoras no ambiente prisional durante a primeira infância;

O procedimento é por meio de questionário, **que pode ser gravado**, desde que tenha sua anuência, assegurando o anonimato;

Não haverá nenhuma outra forma de envolvimento ou comprometimento neste estudo;

A pesquisa será realizada na Penitenciária Feminina do Distrito Federal, localizada na Granja Luis Fernando, Área Especial n. 02, Setor Leste do Gama, Gama – DF, CEP 72.460-000.

Riscos e benefícios

Este estudo possui baixo risco que é inerente do procedimento de resposta ao questionário;

Caso esse procedimento possa gerar algum tipo de constrangimento você não precisa realizá-lo;

Sua participação poderá ajudar no maior conhecimento da pesquisadora sobre a proteção do interesse das crianças nascidas ou criadas no ambiente prisional.

Participação, recusa e direito de se retirar do estudo

Sua participação é voluntária. Você não terá nenhum prejuízo se não quiser participar;

Você poderá se retirar desta pesquisa a qualquer momento, bastando para isso entrar em contato com a pesquisadora responsável; Conforme previsto pelas normas brasileiras de pesquisa com a participação de seres humanos você não receberá nenhum tipo de compensação financeira pela sua participação neste estudo.

Confidencialidade

Seus dados serão manuseados somente pela pesquisadora e não será permitido o acesso a outras pessoas; O material com as suas informações (questionário e a gravação) ficará guardado sob a responsabilidade da Bruna Larissa Pontes da Silva com a garantia de manutenção do sigilo e confidencialidade; Os resultados deste trabalho poderão ser apresentados em encontros ou revistas científicas, entretanto,

ele mostrará apenas os resultados obtidos como um todo, sem revelar seu nome, instituição a qual pertence ou qualquer informação que esteja relacionada com sua privacidade.

Eu_____

RG _____, após receber uma explicação completa dos objetivos do estudo e dos procedimentos envolvidos concordo voluntariamente em fazer parte deste estudo.

Este Termo de Consentimento encontra-se impresso em duas vias, sendo que uma cópia ficará com a pesquisadora, e a outra será fornecida a senhora.

Brasília, 09 de março de 2018.

_____

Participante

_____

Bruna Larissa Pontes da Silva

Endereço da Responsável pela Pesquisa:

Instituição de Ensino: Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Telefones p/contato: (61) 982238552

ANEXO B: CERTIDÃO DE COMPARECIMENTO NA SESSÃO DA SEGUNDA

TURMA DO STF NO JULGAMENTO DO HC: 143.64

Supremo Tribunal Federal

SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico, para os devidos fins, que a estudante de Direito do UNICEUB – Centro Universitário de Brasília – BRUNA LARISSA P. DA SILVA, matrícula 21369651, compareceu a este Tribunal, no dia 20 de fevereiro de 2018, tendo assistido à sessão ordinária perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que se realizou no horário de 14h às 18h.

Brasília, 20 de fevereiro de 2018.

RAVENA SIQUEIRA
Secretária

S T F 102.002

APÊNDICE A: QUESÍTOS PARA PESQUISA DE CAMPO REALIZADA NO PRESÍDIO FEMININO DO DISTRITO FEDERAL

A) PERGUNTAS PARA DIRETORA DO PRESÍDIO:

1- A penitenciária feminina do DF garante a convivência da criança e do adolescente com as mães privadas de liberdade? Qual a visão do estabelecimento?

2- A convivência no ambiente prisional coloca em risco a segurança ou integridade física da criança?

3- Quantas presidiárias exercem a maternidade na prisão atualmente no estabelecimento? Quantas crianças? Qual a capacidade? Onde dormem?

4- Como é a rotina das crianças?

5- Como funcionam os atendimentos de saúde (pediatria, odontologia, nutrição, vacinas...)?

6- Com quantos anos a criança deve deixar o presídio? Como funciona a separação quando a criança deve deixar o presídio?

7- Os partos são realizados no presídio?

8- As crianças tem acesso a algum tipo de educação, aprendizagem ou atividade de lazer?

9- Qual a incidência de saídas para passeio?

10- Existe vínculo da criança com os parentes de fora e o genitor paterno?

11- Qual a opinião da doutora em relação ao HC coletivo pronunciado pelo STF 143.641? o presídio já está tomando alguma providência em relação à decisão?

12- De acordo com a visão do presídio e a atual situação, a doutora vê algum ponto positivo na decisão? E negativo?

B) PERGUNTAS PARA AS GENITORAS:

1- Qual o crime cometido? Quanto tempo de pena?

2- Você já veio gestante ou engravidou na prisão?

3- Quantos filhos possui? (que permanecem no presídio e que estão fora)

4- Possui familiares que a visitam? Tem contato com o(s) pai(s) do(s) filho(s)?

5- Você considera importante ter o direito de convivência com o filho nos primeiros momentos de vida da criança?

6- Você acredita que a convivência dentro do presídio pode influenciar na personalidade e no futuro da criança?

7- Você aprova a maneira que o estabelecimento conduz o dia a dia das crianças e das mães?

8- Quais os pontos negativos e positivos de ter a convivência com o filho aqui no presídio?

9- Como foi o parto? Na prisão ou fora?

10- Como funciona a separação quando a criança deve deixar o presídio?

11- As crianças tem acesso a algum tipo de educação, aprendizagem ou atividade de lazer?

12- Existe vínculo da criança com os parentes de fora e o genitor paterno?

13- Se a criança não pudesse ficar aqui, quem estaria cuidando? Quem cuida dos seus filhos que não estão aqui com você (caso tenha mais algum filho)? E quem vai cuidar quando for o momento da separação após o tempo que é permitido o bebê permanecer com a mãe?

14- Você já tem conhecimento do HC coletivo do STF? Que deu beneficio da prisão domiciliar? Qual sua opinião?

15- Você acredita que esse benefício pode ser negativo ou positivo?

APÊNDICE B – CARTA DE APRESENTAÇÃO ENVIADA À PENITENCIÁRIA FEMININA DO DISTRITO FEDERAL

Carta de apresentação:

Assunto: Solicitação para desenvolvimento de pesquisa empírica.

A\C: Direção da Penitenciária Feminina do Distrito Federal.

Por essa carta apresento-lhe o projeto de pesquisa a respeito da proteção do interesse das crianças que vivem com as genitoras no ambiente prisional com base no Estatuto da Primeira Infância. Desenvolvido em face da monografia a ser apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel no curso de

Direito da faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

O trabalho está sendo feito pela Aluna Bruna Larissa Pontes da Silva e orientada pela professora Raquel Tiveron, tendo o objetivo de realizar pesquisas, fazer entrevistas e coletar dados na ala infantil do presídio.

O método utilizado será entrevistas por meio de questionários previamente elaborados, e se possível fotos do ambiente que vivem as crianças. As pessoas envolvidas no projeto serão a diretora do estabelecimento, as mães que cumprem pena no presídio e permanecem com seus filhos nos primeiros anos de vida e a aluna mencionada (sob a supervisão de sua orientadora).

É importante ressaltar que a pesquisa será confidencial, com a preservação do nome, imagem e voz das participantes, além do não envolvimento das crianças que vivem no local ou que já passaram por lá.

A faculdade e a professora orientadora declaram que a aluna está devidamente matriculada na instituição de ensino, e que as pesquisas realizadas no local serão de grande importância e valor para o trabalho realizado pela aluna, enriquecendo e auxiliando na análise das teorias dogmáticas e legais, comparando com a prática no Distrito Federal.

Subscrevemo-nos, agradecendo desde já, a colaboração dos senhores(as) para o desenvolvimento desta monografia e colocamos à disposição para eventuais esclarecimentos.

_____

Raquel Tiveron (Professora e orientadora da aluna).

_____

Bruna Larissa Pontes da Silva (Aluna e pesquisadora do tema mencionado).

Ciências Criminais

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: SUA APLICABILIDADE NOS CRIMES DE FURTO SIMPLES

Eline Vieira dos Santos

RESUMO

Essa pesquisa tem como propósito realizar uma análise sobre a incidência do princípio da insignificância. Vamos abordar os princípios interligados ao tema e posições doutrinárias referentes ao princípio da insignificância por intermédio de um estudo e analise ao Direito Penal. A adoção desse princípio como tese de defesa do acusado, principalmente relacionado aos crimes de furto simples. Para realizar esse trabalho, inicialmente houve pesquisa bibliográfica para dar sustentação doutrinária a concepção e definição do Princípio da Insignificância, desde o seu primórdio até a atualidade, pois não há nenhuma ordenação legal sobre esse princípio, pois é uma idealização jurisprudencial e doutrinária que faz parte do sistema normativo pátrio. Em continuidade a visão dos Tribunais Superiores sobre a insignificância e o reincidente. Enfim serão mencionados os vetores criados pelo STF para utilização do referente princípio e a percepção pelo STF como do STJ relacionados ao princípio da insignificância no furto simples.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Aplicação. Furto. Jurisprudência.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho ora apresentado visa demonstrar a aplicação do princípio da insignificância nos delitos de furto simples no ordenamento penal brasileiro. Pretende demonstrar o quanto a ação do “furto” se torna irrelevante a ponto de não causar nenhum dano ou ameaça a própria vítima ou a sociedade, portanto faz jus ao agente o benefício do mencionado princípio.

Escolhi esse tema em uma aula de criminologia ministrada pelo professor Edson Soares. O mesmo citou um caso de furto famélico, onde um pai de família foi preso por furtar 2 pacotes de arroz e mencionou que nesse episódio poderia ser usado a benesse do princípio da insignificância. Naquele momento concordei com o professor e tive o mesmo pensamento como uma pessoa poderia ser presa por furtar um pacote de arroz? Não que ficaria impune, mas concordo que há outros meios além da pena de prisão, como a pena alternativa, por exemplo ou a própria absolvição por tratar-se de um estado de necessidade, matar a própria fome.

Mesmo que esse princípio não possua previsão legal no Código Penal, no ordenamento jurídico esse tema é considerado de imensa importância, pois é vastamente admitido nessa esfera jurídica, porém sua utilização e aplicação nesse âmbito, ainda se faz insuficiente e conflituosa, ocasionada falta de proteção e regularidade jurídica.

Devido não ser um princípio nítido e evidente na legislação penal comum, é muito complexo localizar fundamentos de aplicação que permitam o tratamento democrático e justo aos casos tratados pela jurisdição, bem como achar a estabilidade para impedir a instabilidade jurídica.

Portanto, com propósito peculiar procurou-se no primeiro capítulo, demonstrar a definição do princípio da insignificância como surgiu sua origem e seu momento histórico no meio jurídico. Sua correlação com outros princípios constitucionais do direito penal, explicando cada um deles.

No segundo capítulo, realizou-se uma pesquisa sobre o tipo penal furto, distinção entre furto simples e privilegiado. A visão dos tribunais superiores sobre o reincidente no delito de furto e a aplicação do princípio da insignificância ao mesmo.

Algumas críticas ao princípio da insignificância como a ausência de previsão legal, previsão legislativa residual e resposta jurídica, porém foram mencionadas as razões das quais nenhumas dessas críticas merecem prosperar.

Nesse desfecho no último capítulo, menciona-se acerca do acórdão HC 84.412 que define os quatros vetores instituídos pelo STF para aferição do princípio da insignificância. Esse acórdão alinha vetores que simultaneamente encontrados, absolveriam o agente pelo ato atípico praticado, aplicando dessa forma o princípio da insignificância.

Analisa como os doutrinadores do STF e do STJ depreendem sobre este princípio, bem como vem utilizando-o nos casos reais, principalmente em relação aos crimes de furto simples.

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Nesse primeiro capítulo compreender-se-á sobre a teoria formal e material da tipicidade penal. Como surgiu a origem, momento histórico, definição do princípio da insignificância e o entendimento de alguns autores sobre ele, incluindo sobre a sua concretização judicial.

Uma breve explanação de como tal princípio está sendo usufruído pela jurisprudência, doutrina pátria e pelos tribunais. Depreender a correlação e ligação do princípio da insignificância com vários outros princípios do Direito penal. Em síntese são os princípios da igualdade, liberdade, fragmentariedade, proporcionalidade, legalidade, intervenção mínima ou subsidiariedade e adequação social.

2.1 Da concepção formal e material da tipicidade penal

O crime, para aqueles que adotam o seu conceito analítico, é composto pelo fato típico, pela ilicitude e pela culpabilidade. Para que se possa falar em fato típico é preciso, ainda que se reconheça a presença dos seguintes elementos:

a. Conduta (dolosa ou culposa- comissiva ou omissiva);
b. Resultado;
c. Nexo de causalidade (entre a conduta e o resultado);

d. Tipicidade (formal e conglobante). (GRECO, 2015, p. 112).

Conforme, bem especifica a tipicidade formal, Gomes (2004, p.66):

> "O fato é considerado típico, do ponto de vista meramente formal, quando adequado à letra da lei, ou seja, ao tipo legal do crime, que é a descrição do conjunto dos requisitos linguísticos, literais ou gramaticais fundamentadores de determinada forma de ofensa ao bem jurídico".
>
> Nesse mesmo entendimento é notável que não havendo qualquer um dos elementos citados anteriormente como a conduta voluntária, o resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação do fato à letra da lei a tipicidade formal será inexistente e o fato considerado atípico. (GOMES, 2010, p. 73).

Contudo, se perfaz que para a configuração da tipicidade penal deverá existir tanto a tipicidade formal como a material, pois uma complementa a outra.

Define-se de forma simplória a tipicidade penal como sendo certas condutas, pelo legislador já pré-determinadas que são declaradas prejudiciais a lei penal e aos bens jurídicos tutelados pelo Estado. O objetivo da tipicidade material é analisar a relevância do bem jurídico e observar se o mesmo foi eventualmente lesionado, atingido, prejudicado ou não.

E o que seriam esses bens jurídicos? Como bem caracteriza Roxin:

> Concretamente, e em relação com o nosso tema, tal significa que em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições. (ROXIN, 2004 apud LEMOS, 2014, p. 34-35).

Na mesma obra enuncia três critérios para se alcançar um conceito de bem jurídico classificados, respectivamente:

> Deve se adequar a realidade: quando falamos de bem jurídico, falamos da relação correta entre Direito e vida, de uma ponte firme em direção aos "verdadeiros" bens das pessoas de hoje.

> Isso exige uma integração inteligente no sistema de bens jurídicos das condições de vida da moderna socialização, sobretudo de interesses universais.
>
> Deveria ser seletivo e nítido: trata-se dos limites à intervenção na liberdade de atuação humana, quer dizer de um conceito protetor da liberdade, pelo que exige diferenciações precisas dos objetos.
>
> Dever ser compreensível, facilitando o controle democrático do legislador. (HASSEMER, 2007 apud LEMOS, 2014 p. 43-44).

Assim a respeito da concepção material da tipicidade penal:

> A tutela penal de um bem jurídico é efetivada pela criação de tipos penais, que descrevem abstratamente as condutas proibidas, e das quais todos devem se abster, sob pena de sofrerem uma sanção criminal. Assim, o tipo penal encerra a punição estatal prevista para a conduta lesiva ao bem tutelado, bem como possui uma função de garantia ao possibilitar o prévio conhecimento da conduta proibida e os limites da pena cominada para sua prática. (SILVA, 2011, p. 84).

Depreende-se que todo ato que não prejudique de maneira material o bem jurídico deverá ser extinto do hemisfério da lei criminal em virtude da sua ausência de importância ao direito penal. Sendo assim nota-se que o objetivo do Princípio da Insignificância é criar um abismo entre a aplicação da lei criminal das atitudes típicas consideradas, penalmente sem valor.

Ademais no mesmo entendimento de Gomes (2010, p. 75)

> O fato que produz um resultado jurídico insignificante (uma lesão de pouca importância ao bem jurídico), como por exemplo um furto de R$25.00 é formalmente típico (preenche os quatros requisitos formais: conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação típica formal), mas não materialmente típico (porque lhe falta justamente a presença do requisito material consistente na desaprovação do resultado). Essa formulação doutrinária (que chamamos de teoria constitucionalista do delito). Sendo atualmente a mais adequada para explicar como o fato de pouca monta torna-se atípico.

Pode-se firmar assim que crime é um fato típico, ilícito e culpável, portanto na falta de qualquer um desses elementos, inexiste o crime e havendo atipicidade na conduta do agente, não há crime.

2.2 Origem e evolução histórica

Em relação às divergências sobre sua origem, nota-se que o atual modelo do princípio da insignificância foi formulado, em 1964 por Claus Roxin, sob a ótica de que o princípio paira no entendimento maior de que é inaceitável um delito sem afronta. Acerca do tema, explica José Henrique Guaracy Rebêlo:

> Para Roxin, há necessidade de atualizar a função maior da lei penal, valorizando-se adequadamente a sua natureza fragmentária, de forma que se estenda dentro do âmbito da punibilidade somente o que seja indispensável para a efetivação do bem jurídico. Através desse princípio geral do direito, permite-se, na maioria dos tipos, excluir desde logo danos de pouca importância. Diz, ainda, que hoje em dia há de se partir da asserção de que uma conduta somente pode ser proibida com uma pena quando resulta de todo incompatível com os pressupostos de uma vida pacífica, livre e materialmente assegurada. O moderno Direito Penal não se vincula a uma imoralidade da conduta, senão ao seu potencial de dano social; vale dizer, à sua incompatibilidade com as regras de uma próspera vida em comum. (ROXIN, 1988 apud REBÊLO, 2000, p. 30).

Na doutrina há divergências sobre a origem do princípio da insignificância, muitos autores compreendem que se originou no Direito Romano; já outros, como será exposto a seguir, tem o entendimento contrário a essa visão. Há duas correntes de entendimento em relação ao aparecimento do princípio da insignificância a primeira corrente proclama a sua existência no Direito Romano antigo. (SILVA, 2011, p. 94).

Muitos autores se associam a essa primeira corrente de pensamento como afirma Ackel Filho:

> Que no tocante à origem, não se pode negar que o princípio já vigorava no Direito romano, onde o preitor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo minima non curat pretor. (ACKEL FILHO, 1988 apud LOPES, 1997, p. 37).

Nesse mesmo pensamento explica-se o referido axioma do Direito Romano:

> A mencionada máxima jurídica, anônima, da Idade Média, eventualmente usada na forma mínimis non curat praetor,

> significa que um magistrado (sentido de praetor em latim medieval) deve desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis. (REBÊLO, 2000, p. 31).

Nesse sentido já se subentende que o magistrado romano não devia preocupar-se com casos que não ensejavam maior significado, somente com aqueles que poderiam afetar, danificar ou prejudicar a ordem e a tranquilidade social.

> A segunda corrente doutrinária que nega a origem Romana do Princípio da Insignificância pode ser dividida em duas vertentes de entendimento, que tem respectivamente como representantes Mauricio Ribeiro Lopes, de um lado, e José Luis Guzmán Dalbora, de outro. (SILVA, 2011, p. 95).

Destarte, alguns doutrinadores, como Maurício Antônio Ribeiro Lopes, estão em discordância com esse consenso, pois compreendem que o surgimento do princípio da insignificância não pode ser concedido ao direito romano, pois entende que ele não foi evoluindo sob a perspectiva do Direito Público, mas sim do Direito Privado. (LOPES, 1997, p. 38).

"Conclui-se que Ribeiro Lopes entende que o Princípio da Insignificância teve sua origem histórica no pensamento jurídico dos jusfilosóficos iluministas, e não no Direito Romano" (SILVA, 2011, p. 96).

> A máxima mínima non curat praetor, nesta forma ou em qualquer outra semelhante, não se encontra no Corpus Juris Civilis, bem como, em qualquer outra fonte romana mais antiga das que vieram a luz modernamente sob os auspícios da jurisprudência erudita dos séculos XV-XVI. Afastando a origem romana do princípio da insignificância ao demonstrar que a máxima mínima non curatpraetor em seu sentido atual era virtualmente desconhecida no Direito Romano antigo. (DALBORA, 1996 apud SILVA, 2011, p. 96, 97).

Contudo, também é afirmado por Greco (2011, p.99):

> Em que pese haver divergência doutrinária quanto às origens do princípio da insignificância, havendo quem afirme que ele já vigorava no direito romano, a "criminalidade de bagatela" surge na Europa, como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial. Após a segunda grande guerra, houve um notável aumento dos delitos de caráter patrimonial e econômico, quase todos marcados pela característica de consistirem em

> subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária de "criminalidade de bagatela".

Depreende-se que mesmo vários autores tendo o entendimento de que o princípio da insignificância surgiu do Direito Romano maior parte da doutrina imputa sua concepção e caracterização a Claus Roxin.

2.3 Conceito

Compreende-se que o princípio da insignificância aparece como uma maneira de impedir que ínfimas ações, consideradas ilícitas, porém inaptas a prejudicar o bem protegido pela lei, sejam penalizadas com a rigidez e dureza do Direito Penal.

O princípio da insignificância foi desenvolvido por doutrina e não pela legislação codificada ou extravagante foi tecnicamente formulado por Claus Roxin:

> Que propôs a restritiva interpretação aos tipos penais, com a supressão da conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos aos interesses sociais; contudo o legislador não possui envergadura para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas a bens jurídicos, deixando claro que a secularização já não é tão somente um fenômeno teórico, mas sim uma realidade, pois a punição pelo imoral já, de há muito tempo é descabida. (ROXIN, 1998 apud SILVA, 2009).

O princípio da insignificância constitui, portanto, na visão de Queiroz (2011, p. 57):

> Um instrumento por cujo meio o juiz, em razão da manifesta desproporção entre crime e castigo, reconhece o caráter não criminoso de um fato que, embora formalmente típico, não constitui uma lesão digna de proteção penal, por não traduzir uma violação realmente importante ao bem jurídico tutelado.

Na mesma compreensão sobre o mencionado princípio:

> O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma

> socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. (MAÑAS, 1994, p.81).

Para uma análise e aprofundamento melhor do assunto é essencial algumas explicações conceitos, opiniões, comparações e até mesmo algumas inconsistências levantadas por alguns autores referentes ao tema abordado sendo assim, define infração bagatelar ou crime insignificante Gomes (2010, p.21):

> Expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras, palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso.

Por intermédio da investigação realizada sabe-se que o Direito penal não deve preocupar-se com crimes considerados sem relevância e que não causem nenhum dano, perigo ou mal tanto para a sociedade como para a vítima.

Da mesma forma compreende a respeito da insignificância:

> Em defesa que o fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente considerado como insignificante. (GOMES, 2010, p.21).

Sobre essa mesma posição e entendimento de que os casos irrelevantes, ou seja, quando não oferecem perigo à sociedade e ao bem jurídico não deve ser tratado pelo Direito penal atua Silva (2009):

> O Princípio da Insignificância é uma forma excludente da tipicidade impedindo a configuração do Injusto Penal. O Direito Penal não se ocupa de todos aqueles comportamentos antijurídicos que decorrem das relações sociais, mas, tão somente daqueles mais molestadores e lesivos para os bens jurídicos. Ademais disso, só se conhece e sanciona nos fatos quando houver falhado todos os demais meios de controle formais ou informais.

O chamado princípio da insignificância na visão de Rodríguez (2010, p. 93):

> Deriva da exclusiva proteção de bens jurídicos. Vale dizer que o Direito Penal não se deve ocupar de atos que, ainda que formalmente puníveis, não tenham minimamente colocado em risco bens jurídicos. Cita como exemplo de crime de bagatela

> o caso de um caboclo que furta pouca quantidade de milho da plantação de um fazendeiro, para consumo próprio, ou alguma cana de açúcar para alimentar seu cavalo, durante a viagem.

Compreende que o conceito do princípio da insignificância é o de que o ato exercido pelo agente não prejudique o valor tutelado pela lei, pois assim não será necessária a sanção penal, pois juridicamente falando isso deduz que não há delito ou crime.

> Que a tipicidade penal exige que a ofensa aos bens jurídicos protegidos tenha alguma gravidade, pois nem toda ofensa a bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Assim, pelo princípio da insignificância, também chamado de princípio da bagatela por autores como Klaus Tiedemann, deve haver uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta a ser punida e a intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material, razão pela qual se deve afastar prontamente a tipicidade penal, porque não houve lesão ao bem jurídico protegido. (BITENCOURT, 2014, p. 60).

No caso do tema abordado, trata-se de crimes referentes ao furto simples, sendo assim são ilícitos cometidos sem violência ou ameaças e sem qualquer teor de lesão a pessoa ou ao bem jurídico tutelado pelo estado. Por isso nos casos de crimes de furtos simples é defeso ao infrator o uso do princípio da insignificância, garantindo o seu direito à liberdade.

2.4 Da concretização judicial

"O judiciário realizou a concretização do princípio da insignificância no sentido de transformá-lo numa norma de decisão com normatividade concreta aplicável na solução de casos concretos" (SILVA, 2011, p. 145).

"A nossa jurisprudência há tempos reconheceu e aplica o princípio da insignificância em matéria criminal para excluir as condutas sem poder ofensivo ao bem jurídico tutelado da incidência do Direito Penal" (SILVA, 2011, p. 145).

Conforme dispõe Gomes (2010, p.32):

> Nessa problemática como os magistrados e membros do Ministério Público poderão reconhecer a aplicação do Princípio da Insignificância como legal? Devem reconhecer o princípio da insignificância sim, pois mesmo não tendo base legal explícita, o ordenamento jurídico brasileiro, também é composto por regras e princípios que funcionam como base na nossa legislação.

Não seria inoportuno salientar que, em pesquisas jurisprudenciais:

> O princípio da insignificância vem sendo utilizado pelos tribunais superiores em todos os tipos de delito (formais/materiais, de dano/de perigo, dolosos/culposos) como instrumento de interpretação restritiva da norma penal, alcançando a descriminação de condutas que, conquanto aparentemente típicas, não lesam de forma significativa um bem juridicamente tutelado. (SILVA, 2009).

Os tribunais têm admitido o princípio da insignificância nos crimes de furto, quando o valor da coisa subtraída é irrisório. Nesse sentido, o seguinte julgado:

> HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES. RES FURTIVA: 2 SABONETES E 2 CONDICIONADORES AVALIADOS EM R$ 23,00. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.
>
> PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR ATÍPICA A CONDUTA PRATICADA, COM O CONSEQUENTE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.
>
> O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado.
>
> Verificada a excludente de aplicação da pena, por motivo de política criminal, é imprescindível que a sua aplicação se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a ausência total de periculosidade social da ação; (c) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo

> Pretório Excelso (HC 84.412/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 19.04.2004).
>
> Tem-se que o valor dos bens furtados pelo paciente, além de ser ínfimo, não afetou de forma expressiva o patrimônio da vítima, razão pela qual incide na espécie o princípio da insignificância, reconhecendo-se a inexistência do crime de furto pela exclusão da tipicidade material.
>
> Ordem concedida para, aplicando o princípio da insignificância, declarar atípica a conduta praticada, com o consequente trancamento da Ação Penal, em conformidade com o parecer ministerial. (STJ. Habeas Corpus. HC: 188675 SP 5ª Turma Pacientes: Filipi Cesáreo Navarro. Impetrante: Clarissa Portas Baptista da Luz Defensoria Pública. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento 22.03.2011).

Durante muitos anos não se tinha uma doutrina (nem jurisprudência) bem definida sobre os requisitos válidos para a incidência do princípio da insignificância. Depois de vários julgados, hoje já se pode dizer que o STF, em linhas gerais, acolhe os seguintes vetores:

> a. Mínima ofensividade da conduta;
> b. Nenhuma periculosidade social da ação;
> c. Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
> d. Inexpressividade da lesão jurídica provocada. (GOMES, 2010, p. 22).

Tais requisitos são claramente tautológicos na opinião de Queiroz (2011, p. 59):

> Porque, se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma reprovação; e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculos.

Em concordância com a mesma ideia de Luiz Flávio Gomes, quando expressa que o legislador brasileiro deve agir imediatamente sobre o assunto, utilizando o princípio da insignificância para quem comete delitos insignificantes:

> Para eliminar qualquer dúvida, seria ótimo o legislador brasileiro cuidar do tema, com urgência, fixando as regras pertinentes e mais sensatas possíveis, destacando-se, dentre elas, a possibilidade de se advertir (admoestar) o agente e, até mesmo, quando o caso, e impor algumas obrigações alternativas para quem prática fatos insignificantes: pedido de desculpa, reparação civil dos danos, devolução de objetos, eventual prestação de serviços à comunidade (por poucos dias), pagamento de cestas básicas, prestação pecuniária em favor da vítima ou de entidades sociais, afastamento de cargo público ou da profissão ou da função por tempo bastante restrito etc. (GOMES, 2010, p.45).

Portanto conclui-se com Silva (2011, p.149):

> A concretização judicial do princípio da Insignificância resgatou-lhe a ordem jurídica pressuposta e o positivou numa norma de decisão com normatividade concreta, autorizando, assim, sua invocação na solução de casos concretos em que ocorra uma conduta penalmente insignificante.

Por isso que o intuito do tema escolhido é a defesa da aplicação do princípio da insignificância em favor do infrator que comete o crime de furto simples, pois esse tipo de ilícito se enquadra perfeitamente nas análises citadas, devido causar pouquíssimo ou praticamente nenhum dano ao bem jurídico quanto à insignificância do objeto do furto.

2.5 Princípio da Insignificância: fundamentos e sua relação com os princípios do direito penal

"Os princípios são o começo de tudo, proposições superiores e anteriores às normas, que traçam vetores direcionais para os atos do legislador, do administrador e do aplicador da lei ao caso concreto". (PRADO, 2006, p. 3).

"Constituem o fundamento, o alicerce, a base de um sistema, e condicionam as estruturas subsequentes, garantindo-lhes validade". (PRADO, 2006, p. 3).

Mesmo não havendo previsão legal no ordenamento jurídico atual em relação ao princípio da insignificância ele tem abrigo constitucional e vincula-se a diversos princípios fundamentais, como serão apresentados a seguir. Os seus fundamentos jurídicos que são os princípios da igualdade, liberdade, fragmentariedade e

proporcionalidade e sua ligação com outros princípios, resumindo-se ao da legalidade, intervenção mínima ou subsidiariedade e adequação social.

2.5.1 Princípio da Igualdade

O princípio da insignificância possui alicerce no princípio da igualdade, pois ele atua para uma análise íntegra e imparcial do direito.

> Deve à atividade legislativa, desta forma, ser orientada pela racionalidade, uma vez que cabe ao legislador valorar racionalmente as diferenças e semelhanças entre os fatos a serem disciplinados, de modo que os resultados desta ponderação demonstrem-se coerentes. (GOMES, 2003, p.67).

Como bem define o Princípio da Igualdade Silva (2011 p. 126,128)

Foi adotado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, caput, ao estabelecer a igualdade de aptidão, ou igualdade de possibilidades virtuais, que pode ser reconhecida pela expressão "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Esse aspecto formal da igualdade significa que todo cidadão tem direito a tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios estabelecidos pela ordem constitucional. Para evitar que a igualdade perante a lei leve a injustiças em razão das desigualdades materiais, o intérprete penal deve adicionar ao Princípio da igualdade um conteúdo material para a sua concreta efetivação. Assim, deve levar em consideração o desigual grau de ofensividade das condutas típicas praticadas, realizando, portanto, um juízo crítico sobre a utilidade e justiça de apenar-se determinada conduta insignificante, sob pena de provocar um mal maior que o próprio delito praticado.

Assim entende-se que a utilização do princípio da insignificância em atos penais considerados sem extrema importância, possui base no princípio da igualdade, que efetuado de forma material impede que o autor tenha sua pena maior que o nível de reprovação do ato considerado típico.

2.5.2 Princípio da Liberdade

A aplicabilidade do princípio da insignificância impede que o autor de ações penais irrelevantes tenha o seu direito a liberdade, injustamente prejudicado.

A respeito do Princípio da liberdade, conforme afirma Silva (2011, p. 130):

> Sendo, pois, a liberdade um dos princípios basilares do Estado de direito democrático e da sociedade brasileira (por força do preâmbulo e art.3° da Constituição), o Princípio da Insignificância atende à necessidade de se reduzir a incidência de medidas constritivas sobre a liberdade individual, já que, muitas vezes, a pena, mormente a de prisão, mostra-se desproporcionalmente mais prejudicial que o delito cometido.

2.5.3 Princípio da Fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade é uma integração do princípio da intervenção mínima, onde o objetivo deste é a proteção dos bens jurídicos relevantes a vida individual e social do indivíduo. Sendo a função do princípio da fragmentariedade a punição de quem prejudica esse bem de forma grave, severa e preocupante.

O princípio da fragmentariedade no pensamento de Rebêlo (2000, p. 22):

> Trata-se do desfecho do princípio da legalidade e da intervenção mínima. Significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas aos bens jurídicos, mas tão somente aquelas mais graves e danosas, incidentes sobre os bens mais relevantes.

No mesmo entendimento dispõe Silva (2011, p.130):

> O Princípio da Fragmentariedade que apenas as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos merecem sanção criminal, serve de fundamento para o Princípio da Insignificância, por quanto este só permite a apenação de condutas típicas que materialmente lesionam o bem atacado.

Depreende-se pelo princípio da fragmentariedade que somente, quando os bens mais importantes forem realmente lesionados de forma extremamente ameaçadora e severa fará jus a pena criminosa e deverá ser punido o agente causador do dano.

2.5.4 Princípio da Proporcionalidade

"Compreende por esse princípio que a pena deve ser proporcional à gravidade da infração. Quanto mais grave o delito maior deverá ser a pena aplicada e vice-versa". (GOMES; ANTONIO, 2007, p.722).

A origem histórica do princípio da proporcionalidade como exemplifica Gomes (2003, p. 40):

> A noção de que deve existir uma medida de proporcionalidade no estabelecimento dos delitos e das penas não é recente, uma vez que já vinha expressa na antiga máxima poena debet commensurari delicto, além de constituir de forma significativa o conteúdo da lei do talião. No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pel doutrina do direito administrativo.

A teoria da proporcionalidade, também denominada de princípio da proibição em excesso, "determina que a pena não possa ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor". (JESUS, 2010 p. 53).

Acerca do princípio da proporcionalidade, dispõe Queiroz (2011, p.51):

> Hoje o mais importante princípio de todo o direito e, em particular, do direito penal. Pode-se mesmo dizer que tudo em direito penal é uma questão de proporcionalidade, desde a sua existência, passando pelos conceitos de erro de tipo, de legitima defesa, de coação irresistível, incluindo toda a controvérsia em derredor da responsabilidade penal da pessoa jurídica, até chegar as causas de extinção de punibilidade, pois o que se discute é, em última análise, em todos esses casos, a necessidade, adequação, proporcionalidade, enfim, da intervenção jurídico-penal.
>
> A aplicação do princípio da insignificância materializa a necessidade de proporcionalidade que permeia a ordem jurídica, uma vez que a incidência da sanção criminal, quando desproporcional ao dano provocado pela conduta penalmente insignificante, viola o ideal de proporcionalidade imanente ao sistema jurídico do Estado de direito. (SILVA, 2011, p.135).

Com a mesma visão e entendimento sobre esse princípio compreende Gomes (2003, p.59):

> Encontra-se entre as normas superiores do ordenamento jurídico, de nível constitucional, razão pela qual norteia toda a atividade penal, seja no âmbito legislativo, seja na aplicação da lei aos casos concretos. A proporcionalidade apresenta uma importância estruturante em todo o sistema jurídico, atuando, especificamente, por meio de mandado de otimização no sentido de que os imperativos de necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos e limitem as intervenções estatais no âmbito das esferas individuais o fato de ser reconhecido também o poder do Estado de limitar os direitos individuais não invalida os subprincípios componentes da proporcionalidade, mas apenas estabelece os limites até onde podem atuar.

2.5.5 Princípio da Legalidade

Como se vive em um país que é regido pela democracia. "O princípio da legalidade caracteriza a segurança política de que nenhuma pessoa será sujeitada ao poder de punição do estado, se não com fulcro em leis formais que sejam prole da conformidade democrática". (BITENCOURT, 2014, p. 51).

"O Princípio da legalidade, tendo em vista sua concepção como garantia individual, pode ser visto sob quatro funções fundamentais, como serão expostas a seguir" (REBÊLO, 2000 p. 30).

"Por isso Lopes dispõe em sua obra, que primordialmente sobreveio um consenso firmado em nullum crimen nulla poena sine lege praevia, assegurando os princípios da anterioridade e irretroatividade da lei penal". (LOPES, 1997).

"Lex praevia significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade" (REBÊLO, 2000 p. 15).

> Assim o princípio da legalidade vem insculpido no Artigo 5º inciso XXXIX da nossa Constituição Federal "Não há crime, nem pena, sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", onde se encontra tal direito. (GRECO, 2015, p. 144).

Posteriormente surge o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica dispõe que: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” localizada no Artigo 5º inciso XL da Constituição Federal

> Surgem os princípios baseados em nullum crimen nulla poena sine lege scriptae em nullum crimem nulla poena sine lege stricta, determina a ausência de crime e pena sem lei escrita e estrita, proibindo-se o emprego da analogia para criar figuras delituosas ou justificar, fundamentar ou agravar penas. (LOPES, 1997, p. 41).

“Em seguida, surgiu a definição de nullum crimen nulla poena sine lege certa, o princípio da determinação ou taxatividade, impondo que a lei penal deve ser de acesso a todos, compreensível e precisa”. (LOPES, 1997, p. 41).

Enfim, “a concepção do *nullum crimen nulla poena sine iuria*, ou seja, sem danos sem causar um mal que represente a gravidade esperada para incidência da pena criminal”. (LOPES, 1997, p. 41).

Depreende-se que o autor Mauricio Antônio Ribeiro Lopes conclui que o princípio da insignificância está ligado ao princípio da legalidade penal, criado pelos jusfilósofos do iluminismo e pelo direito natural.

Ademais, explica Gomes (1999, p.64):

> Desde a Época das Luzes (século XVIII), compreende-se que o princípio da legalidade possui suas exigências formais e materiais. Do ponto de vista formal, a lei tem que emanar do Poder competente para elaborá-la, isto é, o legislativo, seguindo rigorosamente o procedimento previsto na constituição; do ponto de vista material, a lei tem que ser justa (proporcionalidade) e atender às exigências da taxatividade. Em síntese, para se observar o princípio da legalidade não basta editar uma norma. Há que atender aos requisitos acima mencionados.

Assim acerca do princípio da legalidade define Bittencourt (2014, p.51):

> A elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

Sendo assim a ação inadequada ou ilegal deverá ser estabelecida pela lei de maneira clara e limpa. A lei ser de fácil entendimento e acessível buscando sempre os meios mais justos para que o indivíduo não seja prejudicado.

2.5.6 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da legalidade impõe barreiras as decisões do judiciário, mas infelizmente não impossibilita o Estado de criar indignas, desumanas e humilhantes penas. Nota-se, então a obrigação de exterminar a autonomia legislativa em relação às condenatórias penas. (BITENCOURT, 2014, p. 53).

Por isso também, surge a necessidade do princípio da intervenção mínima que será explicado agora. Será analisado e demonstrado que o princípio da intervenção mínima se encontra totalmente relacionado aos princípios de subsidiariedade e fragmentariedade no direito penal.

"Há relação de subsidiariedade entre vários tipos penais quanto a norma penal, visa proteger um mesmo bem jurídico, descreve graus distintos de violação, uma é auxiliar subsidiaria da outra, dita principal". (QUEIROZ, 2011, p. 93,94).

Como depreende o autor em relação ao princípio da intervenção mínima:

> Estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos *bens jurídicos* relevantes para os indivíduos e para a sociedade, bens imprescindíveis à convivência pacífica dos homens e que não podem ser protegidos de outra forma. É medida de orientação e limitação do poder punitivo estatal. (REBÊLO, 2000, p. 18).

Ademais o princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, segundo afirma Bittencourt (2014, p.54):

> Orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem

> suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Sendo assim, conforme a análise o princípio da intervenção mínima deve ser analisado sob dois enfoques diferentes, a saber:

> Ab initio, devendo ser entendido como um princípio de analise abstrata, que serve de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas;
>
> Evidencia a chamada natureza subsidiaria do Direito Penal, devendo ser encarado como a *ultima ratio* da intervenção do Estado. (GRECO, 2011, p. 75).

Ademais, se faz nítido que no primeiro foco o papel e dever do direito penal é amparar e proteger os bens mais essenciais e indispensáveis a convivência em sociedade, bens de caráter individual como a vida, liberdade, dignidade e honra e no âmbito coletivo o meio ambiente e a saúde pública, por exemplo.

Diante de tudo que foi explicito anteriormente, depreende-se que os princípios se enlaçam e solidificam-se uns com os outros se tornando mais fortes e resistentes à medida que evoluem.

2.5.7 Princípio da Adequação Social

A definição e formulação desse princípio são consideradas como indefinidas, tornando-se um exagero de conjuntos de ideias em relação a seu uso. No entanto é nítido que a adequação social é de suma relevância na hermenêutica da conformidade de um fato concreto a um tipo penal.

Conceito do princípio da adequação social nas palavras de Bittencourt (2014, p. 60):

> A consideração de uma conduta como adequada para a produção de um resultado não é, suficiente para decidir sobre a relevância típica do comportamento, pois toda conduta pode ser perigosa em algum sentido e pode, em abstrato, ser apta a

> produzir algum resultado típico. Esse obstáculo não constitui, um motivo para o completo abandono da orientação da adequação social, pois, quando do estudo da tipicidade, ele é de utilidade como primeiro filtro de restrição dos riscos juridicamente relevantes.

Sendo assim a despeito da adequação social como depreende Queiroz (2011, p. 52-53):

> Se a finalidade do direito penal é a prevenção de comportamentos socialmente lesivos para proteger os bens jurídicos, então sua intervenção pressupõe uma relação lógica de adequação entre meio (direito penal) e fim (prevenção de delitos). Assim uma vez verificada a inutilidade ou inadequação da norma penal, deve-se proceder descriminalização pura e simples ou a despenalização.

Sobre o referente princípio, compreende Greco (2011, p. 96):

> Encontra-se o legislador, na qualidade de pesquisador e selecionador das condutas ofensivas aos bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, impedido de criar tipos penais incriminadores que proíbam condutas que já estejam perfeitamente aceitas e toleradas por essa mesma sociedade, pois, caso contrário, estaria, na verdade, compelindo a população a cometer crimes, uma vez que, estando a sociedade acostumada a praticar determinados comportamentos, não mudaria a sua normal maneira de ser pelo simples fato do surgimento de uma lei penal que não teve a sensibilidade para discernir condutas inadequadas socialmente daquelas outras que não são toleradas pela sociedade.

"Enfim, o princípio da adequação social será de grande valia para que não sejam proibidas, impostas ou mesmo mantidas condutas que estejam perfeitamente já assimiladas pela sociedade". (GRECO, 2011, p. 97).

> Dessa forma, o princípio da adequação social, conjugado com os princípios da intervenção mínima e da lesividade, abre a possibilidade ao legislador da criação da figura típica, do mesmo modo que como o reverso de uma mesma moeda, o alerta para a necessidade de revogação dos tipos penais que não mais preveem comportamentos inadequados socialmente, servindo, ainda, como importante instrumento de análise e interpretação das figuras típicas. (GRECO, 2011, p. 98).

Na definição anteriormente mencionada, podem-se incluir alguns comportamentos que antigamente eram reprováveis no convívio em sociedade,

condutas tidas como imorais e criminosas para melhor exemplificar são elas o adultério e o incesto entre adultos, mas que atualmente não são considerados como crimes.

Ressalta-se, que não existem divergências na aceitação dos princípios mesmo com distinções entre eles. De maneira nítida, se adéquam e se completam a concepção material do tipo.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O CRIME DE FURTO

Nesse capitulo estudar-se-á a definição e consumação do crime de furto, distinção entre furto simples e privilegiado. Como tem sido aplicado o princípio da insignificância pelos tribunais e jurisprudência em relação ao furto e ao reincidente. A aplicação do princípio ao reincidente pelo STJ e a atual tendência de aceitação jurisprudencial do STF em utilizar o Princípio da insignificância em favor do acusado, mesmo nos casos de reincidência.

3.1 Tipo penal: furto simples

O objetivo de pesquisa sobre esse delito, além de explicá-lo demonstrar-se-á que é um crime que acontece sem violência e grave ameaça a pessoa.

“Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa". Artigo 155 do Código Penal Brasileiro:

> A ação é subtrair, que significa tirar às escondidas. Discute-se acerca da necessidade de valor da coisa alheia subtraída. Para alguns, basta que tenha valor efetivo ou de utilidade. A posição predominante entende pela obrigatoriedade de valor econômico. A coisa móvel subtraída deve ser alheia. O bem desprotegido não autoriza o agente a desapossá-lo do dono. Coisa abandonada, em situação em que resta clara a renúncia do proprietário, descaracteriza o crime de furto. Trata-se de crime comum, não se exigindo nenhuma qualidade especial do agente. Da mesma forma qualquer pessoa que detenha a posse do bem pode figurar como vítima. (PORTO; CARNEIRO, 2009, 37).

1º – A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

2º – Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

3º – Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. (PORTO; CARNEIRO, 2009, p. 37-38).

Portanto, pode-se concluir também que o furto é quando se pega algo de alguém, indiretamente sem causar nenhuma grave ameaça ou ofensa a pessoa considerada como vítima. Sendo assim se a ação delitiva não prejudica o bem jurídico protegido, ocorre uma infração de bagatela, havendo atipicidade nessa infração, requer a incidência do princípio da insignificância.

Para aplicação do princípio da insignificância no §2º, o criminoso deve ser primário e deve ser de pequeno valor a coisa furtada. Quais são as regras para definir o que seria valor irrisório ou pequeno valor?

Pesquisando no dicionário ver-se-á que o significado de insignificante é aquilo que não tem valor nem importância; desprezível; muito pequeno; minúsculo, diminuto. Considerando-se o mesmo sentido da palavra bagatela.

Tentando solucionar esta questão, a jurisprudência vem estabelecendo contornos próprios para este princípio a fim de que os casos sejam uniformemente dirimidos; A título de ilustração, confira-se o julgado cuja ementa é abaixo transcrita:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE
>
> FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIMINUTO VALOR. RESTITUIÇÃO À VÍTIMA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A
>
> REITERAÇÃO DELITIVA. AGRAVO PROVIDO.

> Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.
>
> A reiteração delitiva tem sido compreendida como obstáculo inicial à tese da insignificância, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal.
>
> Em razão da coisa que se tentou furtar (dois cosméticos), seu diminuto valor (R$ 8,38 - oito reais e trinta e oito centavos), com restituição à vítima, estabelecimento comercial, admite-se a insignificância, excepcionando-se a condição de reiteração delitiva do agente.
>
> Agravo regimental provido. (STJ. Agravo regimental no recurso especial. Agrg no Resp 1377789 Sexta turma. Agravante: Paulo Henrique Lima de Souza. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Relator Ministro Nefi Cordeiro. Julgamento 07 de outubro de 2014)

A jurisprudência é instável em relação ao valor e usa como suporte o salário-mínimo:

> PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, "CAPUT") DE CINCO BARRAS DE CHOCOLATE - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R$ 20,00 (EQUIVALENTE A 4,3%DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA
>
> CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR. (STF. Habeas Corpus 98152 MG. 2ª Turma. Pacientes: Diogo da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Celso de Mello. Publicação DJe 04/06/2009).
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO EM DETRIMENTO DE PESSOA FÍSICA. RES FURTIVA AVALIADA EM VALOR SUPERIOR A 40% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCADOSFATOS.

> PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima doDireito Penal, a fim de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta do agente; ausência total de periculosidade social da ação; ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.
>
> 2. A subtração de res furtiva avaliadaem valor superior a 40% do salário mínimo vigente à época dos fatos não pode .....ser considerada insignificante.
>
> Agravo regimental não provido. (STJ. Agravo regimental no recurso especial. Agrg no Resp1459658 Sexta turma. Agravante: Fabiano de Oliveira Teixeira. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Minas Gerais, 05 de março de 2015).

Nota-se nesses exemplos citados a subjetividade jurisprudencial em relação ao pequeno valor da coisa. No primeiro modelo o STF acata o princípio da insignificância pelo valor ser equivalente a 4.3% do salário mínimo vigente da época do fato quantia de R$ 20.00. Já no segundo caso o STJ devido o valor ser superior a 40% do salário mínimo na época não acata tal princípio.

Na opinião de Luis Regis Prado a solução para traçar alguma distinção entre o furto de objetos de valor irrisório e o de objetos de valor patrimonial considerável seria a seguinte:

> Para solucionar de forma mais equitativa hipótese como a do furto de objeto de valor ínfimo, melhor seria estabelecer-se na própria descrição do tipo legal de delito o limite *mínimo* para a sua configuração. A fixação de uma quantia em dinheiro na própria descrição típica acarretaria automaticamente a atipicidade das condutas que não se ajustassem ao limite mínimo exigido. Assim, este último não oscilaria ao arbítrio do julgador, mas seria de aplicação para todos os casos que não atingissem o patamar mínimo para a configuração do desvalor do resultado típico. (PRADO, 2006 p. 149-150).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça possui o entendimento de que o crime de furto se consuma quando, findada a ilicitude, ocorre a mudança da posse do bem furtado, mesmo se houver perseguição rápida e restituição da res furtiva. (TJDF, 2016).

De fato, basta que o agente exerça a posse do bem, ainda que por um breve período, não se exigindo que aquela seja mansa e pacífica, nem mesmo que o bem saia da esfera de vigilância da vítima ou de terceiros. Nesse sentido:

> [...] 2 - O furto se consuma com a simples inversão da posse do bem, não se exigindo seja ela mansa e pacífica, restando incabível a desclassificação para o crime tentado se a consumação restou provada. [...] (Acórdão n.950188, 20140310343780APR, Relator: NILSONIDE FREITAS, Revisor: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 23/06/2016, publicado no DJE: 28/06/2016. Pág: 145/153) (grifo nosso).
>
> [...] 3 De acordo com a teoria da "amotio" ou "apprehensio", adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, o momento de consumação do crime de furto se perfaz quando a coisa alheia sai da esfera de disponibilidade do ofendido, ou seja, a posse de quem detinha a coisa é substituída pela posse do agente, em verdadeira inversão ilícita, ainda que por curto espaço de tempo. Ademais, o fato de existir câmeras de monitoramento no local não impede a consumação do delito. [...] (Acórdão n.940146, 20151410052219APR, Relator: SILVANIO BARBOSADOS SANTOS,
>
> Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 05/05/2016, publicado no DJE: 17/05/2016. Pág: 124/137) (grifo nosso).

3.2 Distinções entre furto simples e furto privilegiado

A doutrina chama essa modalidade prevista no parágrafo segundo do artigo 155 do Código Penal de furto privilegiado.

2º – Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. (PORTO; CARNEIRO, 2009, p. 38).

Sendo assim de que forma o legislador poderá eliminar a dúvida entre furto privilegiado e furto simples para devida aplicação do princípio? Conforme bem diferencia furto simples de furto privilegiado:

> No furto privilegiado, a subtração de coisa de pequeno valor leva à caracterização da tipicidade. Portanto, haverá crime, ainda que o agente seja beneficiado na fase de aplicação da pena. Já na subtração de coisa de valor ínfimo ou irrisório, sequer haverá tipicidade, em razão do princípio da insignificância. Isto porque o caráter subsidiário do direito penal impede que este se ocupe de lesões manifestamente irrisórias, deixando a intervenção do ordenamento jurídico para outros ramos do direito. (REISS, 2017).

"Com base em tais considerações, está realizada a distinção entre furto privilegiado de pequeno valor e a subtração de bagatela de valor insignificante ou irrisório, bem como a diferença nos efeitos de cada um dos institutos". (REISS, 2017).

Segue um recurso de apelação, furto simples e de pequeno valor, onde foi reconhecido a figura do furto privilegiado e o princípio da insignificância:

> APELAÇÃO. FURTO SIMPLES.ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA COM APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA. RECURSO MINISTERIAL BUSCANDO A REFORMA DA SENTENÇA MONOCRÁTICA, COM O PROSSEGUIMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> O réu/apelante foi denunciado por infração ao artigo 155, caput do Código Penal, por ter supostamente subtraído duas caixas de bombons das Lojas Americanas. Insurge-se o órgão do Ministério Público, contra a sentença absolutória, aduzindo, em síntese, que a aplicação do referido princípio é excepcional e exige uma valoração probatória, no decorrer de regular instrução criminal, argumentando que deveria ser analisada a existência de condenações anteriores pela prática de crimes contra o patrimônio. Aduz, ainda que o Código Penal brasileiro prevê a figura do furto privilegiado, prevista no § 2º do art. 155 do C.P., aplicável aos casos de furtos de bens de pequeno valor.
>
> No que concerne ao reconhecimento do princípio da insignificância (ou bagatela), segundo entendimento do E. STF

> "este incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais." (Tribunal de Justiça. Apelação. Apl 27574424201/ RJ, Relator Des. Elizabete Alves de Aguiar. Apelante: Denis Fernando Francisco Apelado: Ministério Público. Julgamento em 07/10/2015).

Em furtos de pequeno valor, o sujeito não chega a ser indiciado ou acusado, muitas vezes é sumariamente absolvido, não sendo aplicada a ele a pena privilegiada. Atualmente devido à aplicação do princípio da insignificância o furto privilegiado está em desuso.

3.3 Princípio da insignificância no crime de furto simples

Compreende-se que para a aplicação do princípio da insignificância se faz jus que o crime de furto não seja cometido com violência ou grave ameaça tanto para vitima como para a sociedade e o objeto deve ser de pequeno valor e restituído ao proprietário e quando se retira a tipicidade material da ação absolve o acusado. Sendo assim surge outro questionamento seria toda tentativa de furto uma infração bagatelar? (GOMES, 2010, p. 26):

> Não são todas as tentativas de furto consideradas como infração bagatelar, necessariamente, pois o que cabe considerar, para aplicação do princípio da insignificância, não é o dano físico (o resultado naturalístico), sim a lesão jurídica ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido. Quem furta uma melancia causa um dano ínfimo e a lesão ao bem jurídico (correspondente) também é insignificante. Quem tenta furtar um cofre onde se guarda um milhão de reais, não causa nenhum dano físico (o cofre e o dinheiro permanecem íntegros), mas o perigo para o bem jurídico não pode ser considerado pouco. O risco que ocorreu o bem jurídico altamente significativo é deveras relevante (GOMES, 2010, p. 26).

Nos exemplos citados anteriormente em relação ao furto da melancia caberia nitidamente a utilização do princípio da insignificância, pois o dano foi mínimo e a

lesão ao bem jurídico irrelevante já se comparado ao furto do cofre de um milhão de reais não há como haver a incidência do princípio da insignificância, pois fortíssima foi a ameaça ao bem jurídico e o prejuízo nitidamente visível.

Ficaria impune o autor do crime de furto ou do fato insignificante?

> Não ficaria impune, o fato insignificante não constitui um ilícito penal, mas é um ilícito. Deve recair sobre seu autor todas as sanções cabíveis: civis (indenização), trabalhistas (despedida do empregado, quando o caso), sociais (admoestação), administrativas e etc. O que não se justifica é a aplicação do Direito penal (em fatos absolutamente destituídos de significado penal). (GOMES, 2010, p. 32).

3.4 Princípio da insignificância no furto cometido pelo reincidente

Reincidência como definiu o legislador, ocorre "quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior" (Art. 63 do CP).

O Código Penal, em seu art. 64, para efeito de reincidência

I - Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova de suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. (BRASIL, 2017).

Considerado reincidente específico, quando após uma condenação penal transitada em julgado por um determinado delito, o sujeito comete outra vez o mesmo crime ou reincidente genérico, quando pratica uma transgressão distinta da que fora anteriormente condenado. (YAROCHEWSKY, 2005, p.27-72).

Sobre a reincidência criminal na visão sociológica, Segundo Durkheim (1999, p. 69-72):

> Dependesse a vida do imaginário das pessoas não existiria crime, criminoso, pena e muito menos reincidência criminal. Contudo, a realidade é bem diferente do que se deseja e até se sonha. O crime constitui fenômeno normal da sociedade, sendo impossível que esta exista e dele esteja isenta. Ao dizer

> que o crime é normal o autor refere-se a essa normalidade no sentido de que, assim como a dor, também o crime não é desejado e, portanto, há empenho da sociedade (reforço do sentimento coletivo) em reprimi-lo e evitá-lo.

No caso de aplicação do referente princípio aos casos de reincidência concordo com o esclarecimento dado pelo autor Luiz Flávio Gomes, que cada indivíduo deve ser analisado e julgado pelo ato que comete naquele momento e todas as circunstâncias ali cabíveis e não pelo ilícito que já cometeu e muitas vezes já até pagou ou já cumpriu pena por ele:

> O sujeito, ainda que reincidente, que atira um pedaço de papel amassado contra um ônibus, não deve nunca ser punido penalmente (por que seu fato é atípico) (leia-se: infração bagatelar própria: princípio da insignificância). E o que dizer de um ladrão reincidente, que furta um palito de fósforo? Do mesmo modo, cuida-se de fato atípico. Lógico que contra ele algumas medidas preventivas devem ser tomadas para que o fato não venha a se repetir (fiscalização mais próxima do agente, aviso a potencias vítimas, uso de câmeras etc.), mas de modo algum (por força do princípio da intervenção mínima) é o Direito penal o instrumento a ser utilizado (GOMES, 2010, p. 24).

Segue um caso julgado pelo TJDFT, onde mesmo o réu sendo reincidente foi acatado o princípio da insignificância, sendo analisadas todas as circunstâncias em que ocorreu o fato:

> APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES. SUBTRAÇÃO DE PANOS DE PRATO EM SUPERMERCADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDENCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.O acusado foi preso em flagrante após subtrair vinte e cinco panos de prato de um supermercado, avaliados no valor total de R$ 92,25 (noventa e dois reais e vinte e cinco centavos). Detido, não resistiu à prisão e justificou que havia subtraído tais mercadorias para revendê-las e prover o sustento de sua família. Os bens foram restituídos intactos à vítima.
>
> O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do "Habeas Corpus" nº 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, passou a adotar o entendimento de que o princípio da insignificância tem como vetores: "a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada".

> A reincidência, por si só, não veda a aplicação do princípio da insignificância. A condenação ostentada pelo réu refere-se ao delito de furto, ou seja, não apresenta relevante gravidade, pois praticado sem violência ou grave ameaça, ademais, revela-se episódio isolado na vida do réu e foi praticado há mais de 7 (sete) anos.
>
> 3.Recurso provido. (Tribunal de Justiça Do Distrito Federal e Territórios. Apelação. Apl 1010071235 DF, Relator Des. Silvanio Barbosa Dos Santos. Apelante: Carlos Eduardo de Jesus Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios Julgamento em 09/02/2017)

Ademais, nota-se que no caso citado: foram furtados apenas panos de prato, sendo o valor desses produtos ínfimo, foram reestabelecidos à vítima não ocasionando perda ou prejuízo ao Supermercado. Não houve nenhuma agressão ao bem jurídico protegido; a única condenação que o réu possui foi por um crime de furto, episódio ocorrido em 2009, ou seja, delito praticado sem grave ameaça ou violência.

Conclui-se que pela falta de tipicidade material da ação do agente, o relato do furto mencionado, mesmo o réu sendo caracterizado como reincidente permite a aplicação do princípio da insignificância.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, que na sua grande maioria, possui o entendimento de que a reincidência não é fundamento idôneo a justificar a não aplicação do princípio da insignificância. Neste sentido, confiram-se os precedentes da 5ª turma que em regra não aplica o referente princípio aos reincidentes e o da 6ª Turma que aplica:

> A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso. Precedentes. (...) (HC 349.105/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).
>
> CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PEQUENO VALOR DA COISA FURTADA. REINCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO PROVIDO.

A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor.

A verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado.

Hipótese em que o bem subtraído possui importância reduzida, devendo ser ressaltada a condição econômica do sujeito passivo, pessoa jurídica, que recuperou o bem furtado, inexistindo, portanto, percussão social ou econômica.

Não obstante o valor da res furtiva não ser parâmetro único à aplicação do princípio da insignificância, as circunstâncias e o resultado do crime em questão demonstram a ausência de relevância penal da conduta, razão pela qual deve se considerar a hipótese de delito de bagatela.

O entendimento pacificado desta Corte é orientado no sentido de que as circunstâncias de caráter pessoal, tais como a reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal.

Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (STJ. Recurso Especial. Resp 1.192.264 Quinta turma. Recorrente: Carlos Alberto Nery. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Gilson Dipp. Minas Gerais, 01, de março de 2011).

HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. DOIS BOTIJÕES DE GÁS. BENS RECUPERADOS. VALOR ESTIMADO: R$ 64,00. PRINCÍPIO

DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. CONSTRANGIMENO ILEGAL. RECONHECIMENTO. EXISTÊNCIA DE REINCIDÊNCIA. CONDIÇÃO PESSOAL DESFAVORÁVEL. EMPECILHO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

O princípio da insignificância é aplicável em hipóteses em que o comportamento, apesar de formalmente típico, não ocasiona - no plano material - perturbação social. Tal exame, nos crimes patrimoniais, passa pela apreciação do reduzido valor da coisa e da capacidade econômica da vítima. No caso, subtraiu-se um

> botijão de gás de uma construção, tendo sido a res recuperada, não acarretando repercussão alguma no patrimônio da vítima.
>
> Reconhece-se, então, o caráter bagatelar do comportamento imputado, não havendo falar em afetação do bem jurídico patrimônio.
>
> Não é empecilho à aplicação do princípio da insignificância a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência, ações penais em curso ou mesmo o fato de o furto ser qualificado (concurso de agentes e rompimento de obstáculo), a teor de pronunciamentos das duas Turmas componentes da Terceira Seção.
>
> Ordem concedida para, reconhecendo a atipicidade material, cassar a sentença condenatória e trancar a ação penal. (STJ. Habeas Corpus. HC: 191.524. 6ª Turma Pacientes: Gilbejan Ferreira da Silva e Ana Paula Lima. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento 17.03.2011).

Existem divergências jurisprudenciais em relação a aplicação do princípio da insignificância quanto ao reincidente. Nos exemplos citados, anteriormente, analisou-se tanto o TJDFT como o STJ em julgados recentes sendo a favor da incidência do princípio da insignificância ao reincidente.

No próximo exemplo que será mencionado não foi acolhido o princípio da insignificância ao reincidente pelo STF, porém a maioria dos magistrados entendeu que a reincidência por si só não impede que o juiz do caso, prontamente já enseje pela insignificância penal da conduta, pois se faz necessário observar todas as circunstâncias do caso concreto. Não absolveram o réu, mas abrandaram o regime de semiaberto para aberto.

> PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES.
>
> REINCIDÊNCIA.
>
> A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo
>
> (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

> Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.
>
> No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena.
>
> Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente. (STF. Habeas Corpus 123.108. Paciente: José Robson Alves. Impetrante: Defensoria Publicada União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Roberto Barroso. Publicação DJe 29.01.2016)

Já no próximo julgado que será mencionado o STF reforma a decisão do STJ aplicando o princípio da insignificância no furto de um celular avaliado no valor de R$ 90.00, mesmo o réu sendo reincidente genérico:

> PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 155, CAPUT, COMBINADO COM O ART. 61, I E ART. 65, III, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. POSSE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO. ART. 16 DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA
>
> I - O paciente foi condenado pela prática do crime descrito no art. 155, caput, combinado com o art. 61, I, e art. 65, III, todos do Código Penal, pelo furto de aparelho celular, avaliado em R$ 90,00 (noventa reais).
>
> - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação de certos requisitos, de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.
>
> III - Assim, ainda que conste nos autos registro de uma única condenação anterior pela prática do delito de posse de

> entorpecentes para uso próprio, previsto no art. 16 da Lei 6.368/1976, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal ao caso concreto, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Possibilidade da aplicação do princípio da insignificância. Precedente.
>
> IV - Ordem concedida para trancar a ação penal. (STF. Habeas Corpus 138.697. 2ª Turma Pacientes: Fernando Lucílio da Costa. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento 16.05.2017).

O STF proibia a utilização do princípio ao réu reincidente específico, (quando o réu comete novamente o mesmo crime) até o ano de 2015. Nota-se nitidamente que a propensão jurisprudencial do STF é a aceitação do princípio da insignificância ao reincidente como o STJ já se dispôs na sua adoção. (ORTEGA, 2015)

Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se desencontram em vários sentidos, quando se trata do reconhecimento e da aplicabilidade do princípio da insignificância em relação ao reincidente.

3.5 Críticas ao princípio da insignificância

Membros do Ministério Público e alguns magistrados não concordam em aplicar o princípio da insignificância nas suas sentenças e julgamentos, por razões, ainda controversas e passiveis de discussões. O que tem ocasionado vários processos irrelevantes na justiça e crescimento descontrolado no sistema penitenciário.

A seguir serão relatadas algumas criticas feita ao princípio da insignificância e expostas às razões e os motivos que as mesmas não devem prosperar.

3.5.1 Ausência de previsão legal

Sendo o referente princípio, somente uma criação doutrinária sem previsão legal torna-se uma das criticas que se faz ao emprego do princípio da insignificância, o que acaba produzindo uma insegurança jurídica.

Porém, essa crítica não tem base, pois não é por não estar positivado que o princípio em questão extinguirá sua efetividade ou todas as suas particularidades e obrigações.

Ressalta-se que as fontes do Direito não se limitam a normas expressas. Como conceitua o postulado: "premissa ética extraída da legislação, do ordenamento jurídico". (MIRABETE, 2011, p.47).

Ademais na mesma compreensão de Mirabete e Fabbrini (2013, p. 102):

> "A excludente de tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está incerta na lei brasileira, mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não contra legem".
>
> No mesmo entendimento, admite observar que a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, parágrafo 2º, Os direitos e garantis expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Menciona a utilização da analogia in bonam partem. Ademais sobre o assunto, Lopes relata; "... O emprego da analogia *in bonam partem no Direito* Penal decorre da adoção de direito não expresso pela Carta, mas reconhecível através de seu sistema". (LOPES, 2000, p. 175).

O mesmo autor, a respeito desse tema, esclarece:

> Nem todos os princípios mesmo os constitucionais estão expressos nos documentos jurídicos de que se extraem. Há princípios que são normativos e outros que não são, mas não há especial transcendência de uns sobre os outros, quaisquer que sejam eles. A norma é indiciária no princípio, mas não conteudística obrigatória deste. Até mesmo o princípio constitucional da legalidade quem diria poderia ser inferido no sistema vigente, não sendo necessário nem mesmo a sua normação para que pudesse ser reconhecido e, sobretudo, aplicado. (LOPES, 2000, p. 71).

Compreende-se que tanto o princípio da insignificância como qualquer outro princípio não se obrigam a estar expressamente na lei.

3.5.2 Ausência de previsão legislativa residual

O Código Penal Brasileiro prevê, em alguns casos (como art.155§ 2º e art.170), figuras privilegiadas ou causas de diminuição de pena, considerando como fundamento o pequeno valor da coisa ou do prejuízo da vitima. Alguns autores entendem, então, que o princípio da insignificância estaria implicitamente impedido de ser invocado, considerando lesão de pequeno valor como sinônimo de insignificante. (AZEVEDO, 2018).

Em um sistema penal em que dispõe expressamente uma causa de diminuição da pena (como no §2º do art. 155 do CP), aplicar o princípio da insignificância seria afastar a aplicação normativa. (FERNANDES, 2007 p.156-177).

3.5.3 Ausência de resposta jurídica

A falta de resposta estatal ou jurídica às lesões de direito ao absolver uma pessoa que cometeu um delito, pode criar um sentimento de descrença perante o judiciário, falta de proteção na sociedade. Dando origem a práticas de vingança, por exemplo, de se realizar "justiça com as próprias mãos" validando delitos costumeiros do agente, que se sentirá encorajado a cometer novos delitos crendo sempre em uma nova absolvição.

Segundo a lição de Lopes (2000, p. 180):

> Parece-me tolo o argumento, posto que se está diante de uma lesão ou violação insignificante a um direito, assim, no campo da proporcionalidade, a reação que poderia ser gerada por essa satisfação de um sentimento pessoal de justiça também resulta de despicienda importância.

Assim o crime sendo sem importância a resposta ao mesmo, também o será. O objetivo em aplicar o princípio da insignificância não é impedir a ação do Estado muito menos causar uma sensação de impunidade social, mas solucionar os obstáculos na mesma proporcionalidade dos ilícitos.

4 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ

O próximo capitulo discorre como os doutrinadores e magistrados dos tribunais superiores compreendem este princípio, bem como vem aplicando-o nos casos concretos, principalmente em relação aos crimes de furto simples. A definição dos quatros vetores instituídos pelo STF para aferição do princípio da insignificância.

Observa-se que nem o Supremo Tribunal Federal muito menos o Superior Tribunal de Justiça, alicerçaram jurisprudência definitiva ou absoluta sobre o princípio da insignificância, promovendo dessa forma mais discussões contestações e polêmicas sobre o referido assunto.

4.1 Jurisprudências do STF nos crimes de furto simples

O princípio *da insignificância*, ou da *bagatela*, não está previsto em lei, e a jurisprudência tardou em reconhecer sua legitimidade como critério de interpretação. (BOTTINI, 2011)

> A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema disponível na jurisprudência digitalizada foi exarada em 1988, no Recurso em Habeas Corpus 66.869/PR, onde o relator, ministro Aldir Passarinho, afastou a tipicidade de lesões corporais em acidente de trânsito pela pequena afetação do bem jurídico.
>
> Dez anos depois, o STF voltou a aplicar o princípio da insignificância em crime contra a administração pública (HC 77.003-4). Naquela ocasião, o Ministro Marco Aurélio reconheceu a insignificância da contratação de servidor sem concurso público por curto período de tempo. Interessante notar que as primeiras decisões sobre insignificância reconheceram sua aplicação em âmbitos que mais tarde seriam rechaçados pelo próprio STF: em casos de violência (ainda que culposa) e em crimes contra a administração pública. (BOTTINI, 2011)

Adentrando mais ao assunto exposto no ano de 2004 o STF *reconhece a* insignificância em crime de furto através do julgado (HC 84.412-0/SP,) como

exposto a seguir e definem os quatro pilares para sua aplicação através do Ministro Celso de Mello:

> PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO- CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.
>
> O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente,
>
> a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes não represente, por

> isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.
>
> (STF. 2ª Turma. Habeas Corpus 84.412. Paciente: Bill Cleiton Cristovão. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ementa: [...]. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento: 19.10.2004).
>
> O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. O STF, inclusive, criou esses critérios que foram adicionados à mera aferição, no caso concreto, da tipicidade material, dizendo que para a incidência do princípio da insignificância, deve ser relevado o valor do objeto furtado a não ocorrência de violência na hora do furto e os quatros aspectos objetivos do fato, citados no julgado anterior. (GRECO, 2011, p.105).

Mesmo que seja extremamente complicado analisar separadamente todos esses quatro vetores, pois são muito semelhantes, tentar-se-á explicar resumidamente a função de cada um deles.

4.1.1 Mínima ofensividade da conduta

Uma ação para ser considerada ofensiva deve indicar características perigosas e prejudiciais para a sociedade e ao bem jurídico. No instante que a ação é considerada ínfima com baixo nível de ofensividade o fato começa a ter caráter irrelevante em relação o bem jurídico.

> Versa o princípio da ofensividade que não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio. O princípio da ofensividade orienta tanto ao legislador, que não deve criminalizar condutas que não ofendam bens jurídicos, quanto o juiz, que deve verificar no caso concreto se houve lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma. Exemplo: Cite-se o caso do "furto de uso", onde uma pessoa subtraí coisa alheia móvel para uso momentâneo, sem a intenção de se apropriar dela. Por não representar uma efetiva ofensa ao patrimônio alheio (bem jurídico protegido), a conduta daquele que subtrai uma coisa alheia móvel (um carro ou uma moto, digamos) apenas para uso, restituindo-a ao seu dono posteriormente, em perfeitas condições, não configura crime de furto. (AGUIAR, 2018)

O estudo da mínima ofensividade da conduta leva em consideração o valor do bem material, mas não somente a valoração econômica, como sentimental do objeto para a pessoa lesada.

4.1.2 Nenhuma periculosidade social da ação

O preceito da mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social do ato, também retrata a falta de valor da ação. Esse quesito examina ações que não sejam em hipótese alguma, prejudiciais ou que causem riscos para a sociedade.

> A ausência de dano social em sentido material, ou a função geral do direito, ou sobretudo o princípio da proporcionalidade (ou proibição de excesso, constituiriam, assim, outras razoes (fundamentos), da não incidência do Direito Penal diante dos fatos nímios, não transcendentes, que não contam com entidade suficiente para motivar qualquer castigo penal, ou inclusive para fazer incidir a lei penal. (GOMES, 2013 p. 82)

4.1.3 Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento

Assim como os requisitos anteriores o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, também considera a falta de valor da ação. Analisa a situação pessoal do vitimado.

A interpretação do STF do que seria o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento:

> HABEAS CORPUS. FURTO. MILITAR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.
>
> A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando não só o valor do dano decorrente do crime, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada.

> O elevado valor do bem furtado, avaliado acima do salário mínimo da época dos fatos, e a alta reprovabilidade da conduta do militar que se aproveita do ambiente da caserna para subtrair aparelho celular de um colega de farda inviabilizam, na hipótese, a aplicação do princípio da bagatela. Precedentes.
>
> Aos militares cabe a guarda da lei e da ordem, competindo-lhes o papel de guardiões da estabilidade, a serviço do direito e da paz social, razão pela qual deles se espera conduta exemplar para o restante da sociedade, o que não se verificou na espécie.
>
> Ordem denegada. (STF. Habeas Corpus 123393/DF. 1ª Turma. Paciente: Sebastião Pereira de Aguiar Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Rosa Weber, Julgamento: 19.11.2014)

4.1.4 Inexpressividade da lesão jurídica provocada

Esse último requisito relaciona-se a examinar o quanto a ação do agente ofendeu o bem jurídico do prejudicado. O Supremo Tribunal Federal em relação a esse quesito também aplica as condições socioeconômicas presentes no período do fato.

Como bem define sobre a inexpressividade da lesão jurídica provocada, Nucci (2013, p. 515):

> A inexpressividade da lesão jurídica ocasionada relaciona-se ao ínfimo valor da coisa, sendo necessário, portanto verificar a proporção da lesão deve ser em face da vítima, sendo inconcebível tornar penalmente punível, por exemplo, a subtração de um bem de valor minúsculo, que a vítima possui somente por um valor sentimental. In casu, a dor moral causada poderia perfeitamente ser apurada na esfera civil, e não na penal, pois esta não deve se ocupar desse tipo de reparação.
>
> O Supremo Tribunal Federal sustenta que o postulado da insignificância é de suma importância, inclusive como medida de política criminal, na medida em que contribui para um processo de descarcerização e descongestionamento da justiça penal. Assim, deve ser dada ao Direito Penal uma visão mais humanitária, e de forma com que a aplicação do princípio não sugira a ideia da impunidade. (STF. Habeas Corpus 104787/RJ. Partes: Ewerton de Paula Caetano, Paulo Roberto Queiroz Pinheiro Junior, Defensoria Pública da União,

> Defensor Público Geral Federal, Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ayres Brito. Julgamento 26.10.2010)

Segue um julgado pelo STF, onde foi aplicado o princípio da insignificância referente ao delito de furto simples:

> HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO.PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. CONTUMÁCIA DE INFRAÇÕES PENAIS CUJO BEM JURÍDICO TUTELADO NÃO É O PATRIMÔNIO. DESCONSIDERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.
>
> Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado "princípio da insignificância" e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social.
>
> Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que "a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa" (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal.
>
> > Trata-se de furto de um engradado que continha vinte e três garrafas vazias de cerveja e seis cascos de refrigerante, também vazios, bens que foram avaliados em R$ 16,00 e restituídos à vítima. Consideradas tais circunstâncias, é inegável a presença dos vetores que autorizam a incidência do princípio da insignificância.
> > § À luz da teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo do princípio da insignificância.

§ Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, na parte em que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância e absolveu o paciente pelo delito de furto. (STF. Habeas Corpus 114723/MG. 2ª Turma Paciente: Fabiana Barbosa Martins Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento 06.05.2014).

4.2 Jurisprudência do STJ nos crimes de furto simples

Anteriormente pelo STJ havia sido fixado o parâmetro de danos até R$ 100 para reconhecimento da atipicidade material. Mas as Turmas de direito penal chegaram à conclusão de que o valor do bem, por si só, ainda que pequeno, deve ser conjugado com as demais circunstâncias do fato, voltando-se os olhos para as condições subjetivas do próprio acusado, de modo a evitar que o postulado beneficie criminosos habituais. (FERNANDES, 2013).

Também é possível encontrar precedentes que, em razão da reincidência do acusado ou de seus péssimos antecedentes, negam a aplicação do princípio. Tem-se rejeitado, ainda, a incidência da bagatela nos crimes cometidos com violência ou ameaça à pessoa, a exemplo do roubo, bem como nos casos de tráfico de drogas, ainda que de pequena quantidade. Em regra, não se reconhece a bagatela nos crimes contra a administração pública. (FERNANDES, 2013).

"O STJ registra aumento substancial dos recursos e habeas corpus sobre esse tema. Difícil presenciar alguma sessão de julgamento das Turmas criminais que não examine essa matéria observa Og Fernandes" (2013).

> Ele considera isso benéfico, por um lado, pois resultará inevitavelmente em um amadurecimento sobre os institutos penais, deixando a prisão e a persecução criminal para as hipóteses realmente necessárias. De outro lado, entretanto, o ministro defende que é preciso tomar cuidado: Estamos bem atentos para que o princípio não caia em aviltamento e descrédito. (FERNANDES, 2013).

O princípio da insignificância é bem recebido pela jurisprudência do STJ em relação aos crimes de furto simples, segue o julgado:

> HABEAS CORPUS. FURTO. COISA DE ÍNFIMO VALOR, NÃO

> DEMONSTRAÇÃO DEREPROVABILIDADE SUFICIENTE.
>
> PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. RECONHECIMENTO.
>
> Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como
>
> (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004).
>
> É insignificante a conduta de tentar furtar bens alheios avaliados em ínfimos R$ 3,30 (três reais e trinta centavos), não havendo, em tal caso, como reconhecer a tipicidade material do comportamento imputado, que não mostra afetação do bem jurídico.
>
> Impetração não conhecida, mas concedida a ordem ex officio para trancar a ação penal. (STJ. Habeas Corpus. HC 317.754. Paciente: Alexandre Ferreira de Olivieira. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ 10.03.2015).

Nessa analise, conclui-se que a aplicação do princípio da insignificância no furto simples tem sido bem aceito tanto pela jurisprudência do STF como a do STJ, quando no caso há de forma notória os quatro parâmetros estabelecidos pelo STF, quando o valor do bem é ínfimo e não há violência e grave ameaça à vítima, porém ainda não existe definição especifica dessas Cortes para analisar de forma mais igualitária os casos referentes a esse princípio.

4.3 Pontos de compreensão entre o STF e STJ

O princípio da insignificância no crime de roubo é muito pacífico, a maioria dos magistrados e doutrinadores compreende que não é possível a sua aplicação, pois o roubo prejudica os bens, honestidade física a liberdade e autonomia da pessoa humana. (ALVES, 2012)

Ao inverso dos julgados demonstrados nos capítulos anteriores relacionados ao delito de furto simples. No crime de roubo a jurisprudência é de comum acordo em não aceitar o principio da insignificância, no momento em que ocorre a agressão, brutalidade ou grave coação a vítima, mesmo o valor do objeto sendo irrisório, pois se baseia não somente no bem material, mas na defesa da integridade e dignidade da pessoa. A seguir um exemplo do crime de roubo, onde foi negado o princípio da insignificância.

> HABEAS CORPUS. PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DE ROUBO PARA FURTO: IMPOSSIBILIDADE. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA: DISTINÇÃO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE ROUBO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA:
>
> O crime de roubo abrange a subtração da coisa e a violência ou ameaça à vítima. Daí a impossibilidade de desclassificação para o crime de furto.
>
> Tem-se por consumado o crime de roubo quando, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da coisa subtraída, ainda que retomada logo em seguida. Situação distinta é a veiculada no HC n. 88.259, em que o paciente subtraiu um passe de ônibus, utilizando-se de arma de brinquedo. Considerou-se a particularidade consubstanciada na circunstância de ter sido ele o tempo todo monitorado por policiais que se encontravam no local do crime. Inaplicabilidade desse precedente ao caso ora examinado, em que o paciente teve a posse dos bens subtraídos, ainda que por pouco tempo.
>
> A Segunda Turma desta Corte afirmou entendimento no sentido de ser "inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo (art. 157, CP), por se tratar de crime complexo, no qual o tipo penal tem como elemento constitutivo o fato de que a subtração de coisa móvel alheia ocorra 'mediante grave ameaça ou violência à pessoa', a demonstrar que visa proteger

> não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal". Ordem denegada. (STF. Habeas Corpus 98152 MG. 2ª Turma. Pacientes: Diogo da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 19.05.2009).

Outro ponto harmonioso entre os tribunais superiores para utilização do princípio é a respeito do furto famélico.

> Quanto ao furto famélico há jurisprudência no sentido de justificar o fato praticado por quem, em estado de extrema penúria, é impelido pela fome e pela necessidade de se alimentar ou alimentar a sua família. A saída jurídica para tal hipótese é excluir a antijuridicidade do fato por estar encoberto pelo estado de necessidade. Sem o requisito da antijuridicidade não há que se falar em delito. (GOMES; SOUSA, 2010).

Segue um exemplo de furto famélico que ocorreu na cidade de Santa Maria, Distrito Federal no ano de 2015:

> Comovidos com a história de um homem que havia sido preso em Santa Maria (DF) por furtar carne de um supermercado, policiais civis da 20ª Delegacia de Polícia (Gama Oeste) resolveram pagar a fiança e comprar alimentos e produtos de higiene pessoal para ele e sua família. Desempregado há três meses, o eletricista Mário Ferreira Lima, 47, que mora com o filho de 12 anos, tentou furtar 2 quilos de carne por volta das 16h de quarta-feira (13) em um supermercado, quando foi preso em flagrante. Segundo Lima, sua única renda atual é os R$ 70 mensais que recebe do programa Bolsa Família.
>
> O recurso ainda não tinha sido depositado na conta dele e, segundo seu relato, só havia R$ 20 dentro da carteira. "Coloquei as carnes dentro da bolsa e passei no caixa queijo, mortadela e pães, porém, funcionários do local perceberam e chamaram a polícia. Fiz isso em um momento de desespero. Estava havia dois dias sem comer", conta. (BRIZOLA, 2015)

Para evitar que homens, como Mário Ferreira e outros pais e mães de família que com o intuito de saciar a própria fome e a de seus filhos, seja preso por meses ou anos é que surge a aplicação do princípio da insignificância, pois no furto famélico não há de se falar em violência ou grave ameaça à vítima ou dano ao bem jurídico protegido.

> APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO RECONHECIMENTO DO

> FURTO FAMÉLICO - POSSIBILIDADE - ESTADO DE NECESSIDADE COMPROVADO - ABSOLVIÇÃO.
>
> Resta caracterizado o furto famélico quando o agente pratica o delito com intuito exclusivo de saciar a sua fome ou de terceiro, quando não possuía outros meios para fazê-lo, agindo em situação nítida emergência.
>
> A situação de extrema penúria material do réu e de sua família à época do crime, com privação de elemento básico e essencial à sobrevivência, justifica, no presente caso, o reconhecimento da excludente de ilicitude do estado de necessidade.
>
> Decisão: deram provimento ao recuso. (Tribunal de Justiça. Apelação. Apl 10694150043776001/ MG, Relator. Des. Catta Preta. Apelante: Clayton Leopoldino Assalin Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Julgamento em 11/09/2017).

Segue a resolução de um julgado pelo Supremo Tribunal Federal, referente ao furto famélico, onde foi aceito o princípio da insignificância:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. TENTATIVA DE FURTO. ART. 155, (CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CP). REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. FURTO FAMÉLICO. ESTADO DE NECESSIDADE X INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. SITUAÇÃO DE NECESSIDADE PRESUMIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.
>
> A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais.
>
> O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade.

> In casu, a) a paciente foi presa em flagrante e, ao final da instrução, foi condenada à pena de 4 (quatro) meses de reclusão pela suposta prática do delito previsto no art. 155, caput, c/c o art. 14, II, do Código Penal (tentativa de furto), pois, tentou subtrair 1 (um) pacote de fraldas, avaliado em R$ 45,00 (quarenta e cinco reais) de um estabelecimento comercial. b) A atipicidade da conduta está configurada pela aplicabilidade do princípio da bagatela e por estar caracterizado, mutatis mutandis, o furto famélico, diante do estado de necessidade presumido evidenciado pelas circunstâncias do caso.
>
> O furto famélico subsiste com o princípio da insignificância, posto não integrarem binômio inseparável. É possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico.
>
> Os fatos, no Direito Penal, devem ser analisados sob o ângulo da efetividade e da proporcionalidade da Justiça Criminal. Na visão do saudoso Professor Heleno Cláudio Fragoso, alguns fatos devem escapar da esfera do Direito Penal e serem analisados no campo da assistência social, em suas palavras, preconizava que "não queria um direito penal melhor, mas que queria algo melhor do que o Direito penal".
>
> A competência desta Corte para a apreciação de habeas corpus contra ato do Superior Tribunal de Justiça (CRFB, artigo 102, inciso I, alínea "i") somente se inaugura com a prolação de decisão do colegiado, salvo as hipóteses de exceção à Súmula nº 691 do STF, sendo descabida a flexibilização desta norma, máxime por tratar-se de matéria de direito estrito, que não pode ser ampliada via interpretação para alcançar autoridades – no caso, membros de Tribunais Superiores – cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo.
>
> Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal, em razão da atipicidade da conduta da paciente. (STF. Habeas Corpus 119672/SP. 1ª Turma Paciente: Roberto Remaclo Rodrigues Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zawaski. Julgamento 26.08.2014).

Exemplo de furto famélico julgado pelo STJ e aplicado o princípio da insignificância:

> Já ao caso do morador de rua que arrombou um táxi para furtar moedas que somavam R$ 12, a bagatela foi aplicada. O dono, que tinha se afastado rapidamente do veículo, conseguiu pegar o ladrão.

> No debate, os ministros apontaram que ele danificou o carro e, sendo um táxi, o conserto impediu temporariamente o trabalho do proprietário. Por outro lado, o morador de rua afirmou que iria comprar comida com o dinheiro.

O ministro Og Fernandes, que votou pelo trancamento da ação, lembrou que muito antes do princípio da insignificância já havia a figura do furto famélico, que não é crime porque a pessoa age em estado de extrema necessidade desde que não haja violência. E isso é válido não apenas em furtos voltados para saciar a fome. Vale também para subtração de remédio ou de um cobertor em dias frios, por exemplo. (FERNANDES, 2013).

Ademais com todas as informações ora mencionadas é nítido o entendimento do STF como do STJ a favor do princípio de bagatela aos casos referentes ao furto famélico, pois são relativos a situações de intensa escassez e penúria do agente, onde o mesmo furta em um momento de agonia para mitigar a própria fome.

5 CONCLUSÃO

Essa pesquisa fez uma reflexão com base na doutrina a respeito do princípio da bagatela ou insignificância, com o propósito de comprovar que o Direito Penal deve agir apenas quando há afronta ao bem jurídico tutelado e o ato prejudica a ordem e a paz social. Sendo assim, a ação ilícita não configuraria a tipicidade material, mesmo que supostamente atenda a descrição do tipo formal. Portanto, presente a atipicidade material da ação, a decorrência jurídica é sua descriminalização.

Mesmo que esse princípio não esteja expressamente previsto na lei, assente na doutrina e na jurisprudência. Por isso, constantemente não tem sido admitido por alguns magistrados. Contudo o sistema normativo não se concentra somente no que está objetivado. Compreende-se que o Direito é um elo de fundamentos e normas; portanto, a sociedade, como o legislador, não pode considerar apenas o que está previsto em lei.

A devida percepção de princípios, como a insignificância e a intervenção mínima, por exemplo, pode colaborar para o progresso e melhoria de um Direito Penal que busca conter atos criminosos e impede a superlotação penitenciária. Reforçando a ideia que o Direito Penal é a ultima ratio, ou seja, deve ser o ultimo recurso na esfera do Direito para se obter um resultado.

Infelizmente, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, não sistematizam suas decisões com base no princípio da insignificância, principalmente, quando o réu é reincidente. Esses Tribunais, também não definem claramente suas convicções.

Mediante as criticas e tentando firmar um método para aplicação do princípio, o Supremo Tribunal Federal criou os vetores de origem objetiva: mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, baixo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica. Esses os vetores utilizados pelos tribunais. No entanto, infelizmente, esses critérios não foram suficientes para que o mencionado princípio na prática fosse utilizado de maneira mais exata e imparcial.

Observa-se que as Cortes Superiores se contradizem em vários sentidos quando se refere à verificação e aplicação do princípio da insignificância. Porém, em relação ao furto simples, sem violência ou grave ameaça à vítima, quando o valor do bem é irrisório e o réu é primário, tem sido aceito pela jurisprudência, e também se acata no chamado furto famélico. Porém, no crime de roubo, a jurisprudência é unânime em não aceitar o princípio da insignificância.

Conclui-se, pois, que os Tribunais Superiores precisam melhor planejar e elaborar os fundamentos e regras para utilização do princípio da insignificância, com o objetivo de assegurar as sentenças com maior clareza e consistência de argumentos utilizados por juízes e tribunais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. **Princípio da Ofensividade** Disponível em: https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333123759/principio-da-ofensividade. Acesso em: 6 mar. 2018.

ALVES, Marcelo Gambi. **Divergências jurisprudenciais entre o STF e STJ na aplicação do princípio da insignificância**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,divergencias-jurisprudenciais-entre-o-stf-e-stj-na-aplicacao-do-principio-da-insignificancia>. Acesso em: 10 mar. 2018.

AZEVEDO, André Boiani e. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Disponívelem:<http://www.azevedo.adv.br/lermais_materias.php?cd_materias=51.> Acesso em: 7 mar. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de direito penal**: parte geral 20. ed.

São Paulo: Saraiva, 2014. v.1.

BOTTINI. Pierpaolo Cruz. **Princípio da insignificância é um tema em construção**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 98152**. 2ª Turma. Pacientes: Diogo da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 19, de maiode2009.Disponívelem:<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4124253/habeas-corpus-hc-98152-mg> Acesso em: 10 de out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 138.697**. 2ª Turma. Pacientes: Fernando Lucílio da Costa. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski.Brasília,16, de maio de 2017. Disponível em: <https://d2f17dr7ourrh3. cloudfront.net/wpcontent/uploads/2017/05/HC-138697.pdf. > Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 123.108**. Paciente: José Robson Alves. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 29, de janeiro de 2016.Disponívelem:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf > Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 123393**. 1ª Turma. Paciente: Sebastião Pereira de Aguiar Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 19, de outubro de 2014. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprud encia/25260353/habeas-corpus-hc 123393-df-stf> Acesso em 01 de fev de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 104787**. 2ª Turma. Partes: Ewerton de Paula Caetano, Paulo Roberto Queiroz Pinheiro Junior, Defensoria Pública da União, Defensor Público Geral Federal, Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ayres Brito. Brasília, 26, de outubro de 2010. Disponívelem<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736631/habeas-corpus-hc-104787-rj?ref=juris-tabs> Acesso em 10 de fev.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **HC 84.412**. 2ª Turma. Paciente: Bill Cleiton Cristovão. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 19, de novembro de 2004. Disponível em <www.stf.jus.gov.br> Acesso em 02 de fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 114723**. 2ª Turma Paciente: Fabiana Barbosa Martins Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília,06,demaiode2014.Disponívelemhttps://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudenci a/25342188/habeas-corpus-hc-114723-mg-stf.Acesso em 01 de fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 119672**. 1ª Turma Paciente: Roberto Remaclo Rodrugues Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zawaski. Brasília,26, de outubro de 2014. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprud encia/25110963/habeas-corpus-hc-119672-sp-stf > Acesso em 01 de fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial. **Agrg no Resp 1377789** 6ª turma. Agravante: Paulo Henrique Lima de Souza. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Relator Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 07, de outubro de 2014.Disponívelem:<https://stj.jusbrasil.com.b r/jurisprudencia/153371805/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1377789-mg-2013-0127099-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial. **Agrg no Resp1459658** 6ª turma. Agravante: Fabiano de Oliveira Teixeira. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília,05, de março de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178411962/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1459658-...>.Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC: 188675** 5ª Turma Pacientes: Filipi Cesáreo Navarro. Impetrante: Clarissa Portas Baptista da Luz Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 22, de marçode2011.Disponívelem:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18786219/habeas-corpus-hc-188675-sp-2010-0197976-0>. Acesso em: 05 nov. 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC 191.524**. Pacientes: Gilbejan Ferreira da Silva e Ana Paula Lima. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 17, de março de2011.Disponívelem:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18786633/hab eas-corpus-hc-191524-sp-2010-0219378-3/inteiro-teor-18786634?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 nov.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC: 412828**. Paciente: Gustavo Cavalcanti Vilas Boas Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 24, de outubro de 2017. Disponívelem>http://www.portaljustica.com.br/acordao/2074359>ehttps://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492314836/habeas-corpus-hc-412828-rj-2017-0205692-9. Acesso em: 20 nov.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC:317.754**. Paciente: Alexandre Ferreira de Olivieira. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 10, de março de 2015.Disponívelem:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178645321/habeascorpus-hc-317754-sp-2015-0043812-0?ref=juris-tabs< Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp 1198358** 5ª Turma. Recorrido: Marcelo Mattos de Souza. Recorrente: Ministério Público do Estado Do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, 01, de março de 2011. Disponível em: <https: //stj .jusbrasil. com. br/jurisprudência /18490419/recursoespecialresp1198358-rs-2010-0110443-9/inteiro-teor-18490420?ref=juris-tabs >. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp 1.192.264** 5ª turma. Recorrente: Carlos Alberto Nery. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, 01, de março de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18490423/recurso-especial-resp-1192264-mg-2010-0078621-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação. **Apl 27574424201**, Relator Des. Elizabete Alves de Aguiar. Apelante: Denis Fernando Francisco Apelado: Ministério Público. Rio de Janeiro 07/10/2015. Disponível em: <https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/243831886/apelacao-apl-27574424201481900 01-rj-02757442420148190001>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação. **Apl 10694150043776001**, Relator. Des. Catta Preta. Apelante: Clayton Leopoldino Assalin Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais, 11, de setembro de 2017. Disponívelem:<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/497270336/apelacao - criminal-apr-10694150043776001-mg >. Acesso em: 03 mar.2018.

_____. Tribunal de Justiça Do Distrito Federal e Territórios. Apelação. **Apl 0310343780**. Relator Des. Nilsoni de Freitas. Apelante: Mauricio de Andrade Quintanilha Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 23, de junho de 2016. Disponível em:<http://www.arquivojudicial. com/processo/cwbydkfIo/<. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça Do Distrito Federal e Territórios. Apelação. **Apl 1410077548**. Relator Des. Humberto Ulhöa. Apelante: Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 02, de junho de 2016. Disponível em:<http://www.arquivojudicial.com/processo/cwbydkfIo/<. Acesso em: 28 set.2017

_____. Tribunal de Justiça Do Distrito Federal e Territórios. Apelação**. Apl 1010071235**. Relator Des. Silvanio Barbosa Dos Santos. Apelante: Carlos Eduardo de Jesus Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios Brasília, 09, de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diari os/documentos/429683064/andamento-do-processo-n-2015-10-1-007123-5-13-02-2017-do-tjdf?ref=topic_feed<.Acesso em: 28 set. 2017.

BRIZOLA, Everaldo. **Comovidos policiais pagam fiança de ladrão e fazem compras para ele no df**. Disponívelem:>https://everaldobrizola.jusbrasil.com.br/ar tigos/188586901/comovidos-policiais-pagam-fianca-de-ladrao-e-fazem-compras-para-ele-no-df<. Acesso em 15 de Mar.2018.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Trad. Paulo Neves.

São Paulo: Editora Martins fontes, 2007.

FERNANDES, Luciana. **Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal?** Breves lineamentos sobre a função do direito penal. Revista Brasileira de Ciências criminais. IBCCRIM, v-15, n.69, p.156-177. Nov/Dez. 2007.

FERNANDES, og. **Aplicação principio insignificância ainda desafia ministrosstj**.RevistaConsultorJurídico.2013.Disponívelem:<https://www.conjur.com.br/2013-mai-12/aplicacao-principio-insignificancia-ainda-desafia-ministros-stj>Acesso em: 9 mar.2018.

GOMES, Luiz Flávio. ANTONIO, García-Pablos de Molina. **Direito penal: parte geral:** volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito penal:** parte geral: teoria constitucionalista do delito. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Penas e medidas alternativas à prisão** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. v.1.

_____. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**, 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v.1.

_____. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Desempregado e furto famélico**. Disponível em: http://www.lfg.com.br. Acesso 15 mar.2018.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 6. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio. **Direito penal: Parte Geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMOS, Bruno Espiñeira. **Discussões atuais de Direito Penal**: relato de uma breve experiência na Alemanha, 2014.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise a luz da Lei 9.099/95: Juizados especiais penais e da jurisprudência atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997; v.2

_____. **Principio da Insignificância no Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAÑAS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal.** 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.1

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4.ed. São Paulo: RT, 2003.

ORTEGA, Flávia. **Como os tribunais superiores tem se posicionado acerca do princípio da insignificância ao reincidente**. Disponível em: https: //draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/318479065/como-os-tribunais superiores-tem-se-posicionado-acerca-do-principio-da-insignificancia-ao-reincidente. Acesso em: 31 out.2017.

PORTO, Roberto, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Direito penal: parte especial.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PRADO, Luis Regis Prado **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 6. ed Revista dos Tribunais, São Paulo: 2006. V.1

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral** 7.ed. Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 2011.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância**: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey 2000.

REISS, Michel Wencland, **Do furto de pequeno valor e da subtração de bagatela**.Disponívelem:http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23647/Acess o em 25 set.2017

RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro**: lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Carlos Sallet de Almeida *e*. **Aplicação do princípio da insignificância, um processo hermenêutico?** Disponível em:<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/>. Acesso 28 set. 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005

O SISTEMA PENITENCIÁRIO E A NÃO EFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO NO PRESÍDIO DA PAPUDA

Ingrid Soares Neres

RESUMO

O presente trabalho monográfico buscou analisar a relação existente entre a legislação penal brasileira e dos acordos internacionais no que concerne a execução da pena e a possibilidade de ressocialização. Para tanto, considerou questões vinculadas a saúde, educação e trabalho na perspectiva dos princípios constitucionais penais, como a dignidade da pessoa humana, legalidade, pessoalidade, individualização da pena, e humanidade. Foi considerado também as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidades conhecida como Regras de Tóquio, sendo confrontadas com a realidade vivida no presídio da papuda como demonstra os dados da CPI do Sistema Carcerário do DF e os dados do Conselho Nacional de Justiça. Na metodologia foi utilizada uma abordagem exploratória com revisão bibliográfica a partir da doutrina e a jurisprudência com pesquisa documental em relatórios da CPI do Sistema Carcerário e o relatório de inspeções preliminares nos presídios do Distrito Federal elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. Por fim a pesquisa destaca as iniciativas do Portal de Oportunidades do Projeto Começar de Novo e da metodologia APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados que tem contribuído decisivamente para a eficácia da ressocialização.

Palavras-Chave: Princípios Constitucionais Penais, Ressocialização, Regras de Tóquio.

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo maior demonstrar as divergências existente entre as teorias, prevista na Lei de Execução Penal e na Constituição Federal, em relação a pratica, no qual vivem os detentos na papuda. Nessa lógica, considera as questões relacionadas a saúde, educação e trabalho na papuda. Assim, buscou identificar as problemáticas do sistema carcerário para os detentos e para a sociedade, demonstrar que o cárcere é ineficaz no âmbito da ressocialização, bem como identificar formas alternativas para punir os condenados e consequentemente evitar a superlotação nos presídios.

O problema de pesquisa está relacionado com o sistema penitenciário (papuda), que por sua precariedade não atinge o objetivo previsto na Constituição, nem na Lei de Execução Penal. Visto que o presídio esta em condição desumana e degradante, falta de higiene, falta de acompanhamento médico, doenças que se espalham entre os detentos, falta de assistência jurídica entre outros. Portanto, a pesquisa parte da compreensão que cabe ao Estado o poder e dever de punir aqueles que não obedecem às normas, entretanto, além disso, tem o dever de oferecer a eles a reintegração na sociedade.

No entanto, a sociedade entende que a finalidade da pena é simplesmente punir para que o acusado não venha mais cometer o mesmo erro ou que fique isolado socialmente, no entanto, esquecem do lado reeducativo e ressocializante que a pena deveria oferecer. Assim, o trabalho busca analisar os fundamentos do direito penal considerando os diversos princípios constitucionais, Tratado Internacional de Direitos Humanos e o impacto desses princípios tanto na Lei de Execuções Penais como no Código Penal.

Em seguida trata se da necessidade do cumprimento da Lei de Execuções Penais na Papuda - Presídio do Distrito Federal, a partir dos dados constantes na CPI do sistema carcerário do DF, bem como do Conselho Nacional de Justiça e da Comissão de Direitos Humanos da OAB/DF, demonstrado a realidade do sistema

penitenciário e suas problemáticas, como a superlotação, trabalho interno, falta de educação, falta de assistência médica, conseqüentemente, a proliferação de doenças, a precariedade na estrutura do sistema, e a ineficácia da pena privativa de liberdade na ressocialização.

Metodologicamente o trabalho fez uma abordagem exploratória com revisão bibliográfica considerando a doutrina e a jurisprudência relacionadas ao tema tratado, bem como uma pesquisa documental em relatórios da CPI do Sistema Carcerário, e o relatório de inspeções preliminares nos presídios do Distrito Federal elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal.

O presente trabalho monográfico foi organizado na seguinte lógica:

O primeiro capítulo tratou da legislação prisional considerando princípios constitucionais penais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, legalidade, pessoalidade, individualização da pena, e humanidade. Em seguida fez uma aproximação teórica quanto aos contornos da execução da pena contida da Lei de Execução Penal, considerando as questões relativas a alimentação, vestuário, assistência à saúde, jurídica, religiosa, e educacional e a questão da preparação para o trabalho. Foi considerado também no primeiro capítulo as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidades conhecida como Regras de Tóquio, sendo que essas diversas temáticas foram confrontadas com os dados da CPI do Sistema Carcerário do DF e com os dados do Conselho Nacional de Justiça.

O segundo capítulo se voltou para a saúde, educação e trabalho no presídio da Papuda de forma a fazer a contraposição com a previsão legal, demonstrando a realidade e propondo melhorias na Execução da Pena no Presídio da Papuda.

2 LEGISLAÇÃO PRISIONAL

O presente capítulo tem por objetivo estabelecer um escopo legal a partir do texto constitucional, da Lei de Execução Penal, e do Código Penal quanto aos

direitos dos presos tendo por foco a questão prisional e a ressocialização. Para tanto, considera os princípios e das garantias individuais como parâmetros para a interpretação e aplicação adequada das normas penais e seu desdobramento na legislação infraconstitucional.

A política penitenciária brasileira tem como órgão elaborados de suas diretrizes o Conselho Nacional de Política Criminal (CNPCP) e como órgãos executor o Departamento Nacional de Política Penitenciária (DEPEN) que foi criado com fundamento no art. 71 da Lei n° 7.210 - Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984.

Segundo os dados obtido no relatório de Gestão do Conselho Nacional de Justiça de 2017 o sistema prisional brasileiro é o quarto do mundo em número de pessoas, após Estados Unidos da América (2.228.424), China (1.657.812) e Rússia (673.818)[1]. O relatório de abril do Geopresídios, indica 877.580 pessoas em cumprimento de pena[2], sendo que 27.950 pessoas estão encarceradas em delegacias e 579.423 em estabelecimentos penais. Destes, 250.213 são provisórios, 250.094 são condenados em cumprimento de pena em regime fechado, 89.639 são condenados em cumprimento de pena em regime semiaberto, 15.036 condenados em cumprimento de pena em regime aberto, 2.497 cumprem medida de segurança sob a forma de internação e 360 sob a forma de tratamento ambulatorial.[3]

Embora o quantitativo de pessoas privadas de liberdade no Brasil seja superior a seiscentos mil pessoas, o sistema penitenciário só possui 376.669 vagas, sendo que a taxa de encarceramento nacional é 300 presos para cada cem mil

[1] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório de Gestão Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF.http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdfAcesso em 20.10.2017

[2] Ibidem

[3] Depen (http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal)

habitantes no país. De acordo com o relatório de gestão do CNJ mais de dois terços das unidades prisionais têm ocupação superior a 100%.[4]

2.1 Constituição Federal - Princípios

Fundamental para a compreensão da questão prisional e dos direitos dos encarcerados a análise dos Princípios Constitucionais. De acordo com Nebeti[5] " a execução penal deve respeitar os direitos fundamentais que, em decorrência da Constituição Federal, são assegurados aos presos".

2.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 traz o seguinte dispositivo[6]:

> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos
>
> Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de
>
> Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> *III – a dignidade da pessoa humana;*
>
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V – o pluralismo jurídico.

Portanto, já no inciso III do art. 1º se tem o princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade humana é o Princípio basilar e informativo no

[4] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório de Gestão Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF.http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdfAcesso em 20.10.2017

[5] NEBETI, Sidnei Agostinho. Execução penal. São Paulo: Saraiva, 1996. p.59.

[6] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 10 de setembro de 2017.

entendimento do Estado Democrático de Direito e dele derivam diversos outros princípios dentre eles se tem: legalidade, insignificância, humanidade, intervenção mínima. [7]

O Direito Penal transcende a perspectiva de instrumento de punibilidade do Estado, ele busca inibir práticas criminosas e ordenar a vida em sociedade. Assim, mesmo alguém que tenha cometido um crime tem assegurado seus direitos[8]. No artigo 5º, inciso III e XLIX, do mesmo diploma está escrito:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> - Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Logo, o inciso III trata da tortura, do tratamento desumano ou degradante e no inciso XLIX do art. 5º, se tem assegurado o respeito a integridade física e moral dos presos. No inciso VII se tem assegurado o direito a assistência religiosa "é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva"

2.1.2. Princípio da Legalidade

O Princípio da legalidade tem sua origem na Magna charta libertatum, e foi reproduzida na Bill of Rights (1774), na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Constituição Francesa (1791). Esse Princípio tem uma perspectiva política de garantia individual contra os abusos estatais, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF).

[7] CAPEZ, Fernando Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 21. ed. — São Paulo: Saraiva, 2017. p.27
[8] CAPEZ, Fernando Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 215. ed. — São Paulo: Saraiva, 2015. p.27

O princípio da legalidade tem previsão nos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal[9] e 1º do Código Penal "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" e nele está inserido os princípios da reserva legal, que estabelece por meio da a existência do crime e a pena, e o Princípio da anterioridade, que estabelece que a lei esteja vigorando quando da prática da infração penal.[10]

No Princípio da reserva legal se estabelece a fonte primária do Direito Penal que é a lei, oriunda do processo legislativo do Congresso Nacional. Portanto, somente o Estado pode descrever crimes e atribuir penas. Já no princípio da anterioridade se tem a exigência de lei que descreva a conduta e que alcança os atos praticados após sua entrada em vigor.[11]

2.1.3. Princípio da retroatividade da lei penal benéfica

No artigo 5º da Constituição Federal, inciso XL: "A lei penal não retroagirá, salvo se para beneficiar o réu". Nesses termos o art. 2º do Código de Processo Penal[12], estabelece que a incidência deve ocorrer de forma imediata até nos processos que estão em andamento. No conflito de leis penais no tempo se aplica a irretroatividade da lei penal, de forma a assegurar a segurança jurídica na perspectiva do status libertatis e dos princípios da legalidade e da anterioridade das leis penais.

Assim, leciona Cezar Roberto Bitencourt:[13]

> (...) Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança e nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da

[9] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 10 de setembro de 2017

[10] BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum** Saraiva. Ed. Saraiva, 2017.

[11] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[12] BRASIL. Código de Processo Penal. **Vade Mecum** Saraiva. Ed. Saraiva, 2017.

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. 11ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, pág.18.

> anterioridade da lei, consagrado no art. 1º. do Código Penal e no art. 5º., inc. XXXIX, da Constituição Federal.

A irretroatividade, tem por fundamento ideias oriundas do Iluminismo, e decorreu da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. No entanto, o princípio da irretroatividade foi absorvido pelo princípio da legalidade, decorrente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

2.1.4. Princípio da Pessoalidade ou da responsabilidade penal

No inciso XLV, artigo 5º da Constituição Federal afirma que: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado(...)". Assim, se tem a extinção da punibilidade quando o agente morre. Esse princípio também é denominado princípio da intranscendência ou intransmissibilidade da pena, em que a ação penal fica restrita ao autor ou autores e coautores do delito.[14]

Essa lógica é aplicada tanto para a pena privativa de liberdade, como a pena de multa, pois em ambos os casos a punibilidade estaria passando da pessoa do condenado. Assim, somente nas ações cíveis se tem a obrigação de reparação que é transmitida aos herdeiros dentro da herança recebida.[15]

2.1.5 Princípio da Individualização da Pena

A Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XLVI, dispõe que: "a lei regulará a individualização da pena". Portanto, a pena fica circunscrita a pessoa do condenado, logo, não há responsabilização criminal para alguém que não tenha cometido ou colaborado com o resultado desse crime. Assim no artigo 5º desta, inciso XLV

[14] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 10 de setembro de 2017.

[15] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

afirma: “a sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou partícipe do fato punível. ”[16]

Assim, leciona Cezar Roberto Bitencourt:[17]

> (...) Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança e nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1º. do Código Penal e no art. 5º., inc. XXXIX, da Constituição Federal.

A irretroatividade, tem por fundamento ideias oriundas do Iluminismo, e decorreu da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. No entanto, o princípio da irretroatividade foi absorvido pelo princípio da legalidade, decorrente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

2.1.6 Princípio da Pessoalidade ou da responsabilidade penal

No inciso XLV, artigo 5º da Constituição Federal afirma que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado(...)”. Assim, se tem a extinção da punibilidade quando o agente morre. Esse princípio também é denominado princípio da intranscendência ou intransmissibilidade da pena, em que a ação penal fica restrita ao autor ou autores e coautores do delito.[14]

Essa lógica é aplicada tanto para a pena privativa de liberdade, como a pena de multa, pois em ambos os casos a punibilidade estaria passando da pessoa do condenado. Assim, somente nas ações cíveis se tem a obrigação de reparação que é transmitida aos herdeiros dentro da herança recebida.[18]

---

[16] DOTTI, Renné Ariel. **Curso de direito Penal**: parte geral. 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[17] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

[18] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 10 de setembro de 2017.

2.1.7 Princípio da Individualização da Pena

A Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XLVI, dispõe que: "a lei regulará a individualização da pena". Portanto, a pena fica circunscrita a pessoa do condenado, logo, não há responsabilização criminal para alguém que não tenha cometido ou colaborado com o resultado desse crime. Assim no artigo 5º desta, inciso XLV afirma: "a sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou partícipe do fato punível."[19]

Como leciona Zaffaroni; Pierangeli,[20] "a pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado" O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, estabelece que a regulamentação da individualização da pena será feita por lei que deve prescrever tipos de restrição de liberdade, como: perda de bens, de multa, de prestação social alternativa, e de suspensão ou interdição de direitos. Portanto, o texto constitucional busca por meio da individualização da pena uma adaptação considerando as características e necessidades do condenado.[21]

> "A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida".[22]

Em obediência ao preceito contido no art. 5º do texto constitucional20 a LEP21 estabelece em seu artigo 5° que os condenados serão classificados segundo

[19] NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

[20] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 10 de setembro de 2017.

[21] BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.**Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil],** Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 maio 2017

[22] CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal**: para concursos: Salvador, JusPODIVM, 2012

os seus antecedentes e personalidade, sendo que o artigo 6° estabelece que a classificação deve ser construída por Comissão Técnica de Classificação – CTC que elaborará um programa individualizador da Pena Privativa de Liberdade (PPL). Assim, a CTC deve ser presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 chefes de serviço, 1 psiquiatra, 1 psicólogo e 1 assistente social em conformidade com o art. 7° da Lei de Execuções Penais. De acordo com o art 8º da Lei de Execuções Penais o condenado em Pena Privativa de Liberdade em regime fechado deve ser submetido a exame criminológico, sendo possível que esse mesmo procedimento seja aplicado ao regime semiaberto.

A ideia de individualização tem por foco a ressocialização em que se considera os antecedentes e a personalidade do sentenciado, vida familiar e social, capacidade laborativa, informações obtidas na Comissão Técnica de Classificação e que fundamenta o "programa individualizador da pena privativa de liberdade" visando a melhor forma de reintegração à sociedade22. Nessa compreensão a Lei 13.167/15 alterou o art. 84 da LEP, estabelecendo critérios de separação de presos.

> "§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:
>
> I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;
>
> - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
>
> III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.
>
> § 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;
>
> II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
>
> III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
>
> IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.

> § 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio. ”

O propósito da individualização da pena é considerar as características do apenado e a pena imposta para que seja possível a reintegração social.[23]

2.1.8 Princípio da Humanidade

A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O Brasil ratificou os pactos das Nações Unidas e a Convenção Americana de Direitos Humanos, e encontrava-se vinculado juridicamente à Declaração Universal e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, aprovada pela IX Conferência Interamericana.[24]

Dentre os princípios da Declaração Universal tem-se: o princípio de igualdade de todos perante a lei e a dignidade da pessoa de todo ser humano (incisos I e II); b) o direito à vida, à segurança pessoa e à liberdade (inciso III); c) a vedação de que alguém se veja arbitrariamente preso, detido ou exilado (inciso IX); d) o princípio da legalidade; e) o princípio da humanidade (inciso V). Segundo Mesquita Júnior[25] pelo princípio da humanização da pena, a execução penal deve estar alinhada aos parâmetros de humanidade reconhecidos internacionalmente, assegurando a dignidade humana ao condenado.

Em decorrência do Princípio da Humanidade, ficam banidos as penas cruéis, como a pena de morte, prisão perpétua, tortura, maus tratos. De igual forma, surge para o Estado a obrigação de criar infraestrutura para uma adequada execução penal, visando impedir a degradação e a dessocialização dos condenados. No Brasil, o princípio é reconhecido no art. 5º inciso III – proibição de tortura ou tratamento

[23] CAPEZ, Fernando. **Execução Penal Simplificado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.27.
[24] REBELO, Jose Henrique Guaracy. **Princípio da Insignificância**: Interpretação Jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p 19
[25] MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática; São Paulo: Atlas, 2014. p.29

cruel ou degradante, inciso XLVI – individualização da pena; inciso XLVII – proibição de penas cruéis, perpétua e de morte.[26]

Como pode ser visto nesse tópico, o texto constitucional traz uma série de direitos fundamentais e de princípios aplicáveis ao Direito Penal, dentre alguns se tem os princípios da legalidade, da igualdade, da humanidade, da individualização da pena. Assim, se tem o contorno do arbítrio estatal, restringindo a ação do legislador e do aplicador do direito. Concluiu-se que os princípios penais buscam dar resolutividade a penas desumanas edegradantes, que transcendem aos objetivos da pena, que visam basicamente a prevenção e ressocialização.

2.2 Lei de Execuções Penais

A protetividade à integridade moral do condenado na aplicação e execução da pena está contida no Pacto de São José ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo o art. 5° do texto constitucional estabelece que ninguém será submetido a tratamento degradante. Assim, a Lei de Execuções Penais[27] traz imposições quanto ao respeito a integridade moral dos detentos, com vistas a reintegração social. Nessa mesma compreensão o art. 38 do Código Penal estabelece que: "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se as autoridades o respeito à sua integridade fisica e moral".

No processo de ressocialização é fundamental que sejam assegurarados ao preso o atendimento de suas necessidades. Assim, o Estado está obrigado a oferecer, direta ou indiretamente, assistência material envolvendo à saúde, assistência jurídica, educacional e religiosa. Portanto, é preciso o fornecimento de estrutura, material e imaterial, para que o preso retorne ao convívio da sociedade. Buscando assegurar

[26] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 10 de setembro de 2017

[27] BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.**Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil],** Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

essas garantias jurídicas, a Lei n° 7210/1984 estabeleceu as Regras Mínimas do Preso no Brasil, atribuindo no artigo 41 os seguintes direitos ao preso:

> Art. 41. Constituem direitos do preso:
>
> I - alimentação suficiente e vestuário;
>
> - atribuição de trabalho e sua remuneração: III- previdência social;
>
> IV - constituição de pecúlio;
>
> V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, VI- o descanso e a recreação;
>
> VII - exercícios das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena: assistência material, à saúde, jurídica. Educacional. Social e religiosa;
>
> VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo.

2.2.1 Alimentação e Vestuário

O direito a alimentação e vestuários está contido no artigo 41, inciso I da Lei de Execução Penal[28], que diz: "Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário". Para Mirabete[29]

> A assistência material, segundo a lei, consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas aos presos e internados. Um dos direitos do preso, aliás, é a alimentação suficiente e vestuário, que corre a cargo do Estado (art. 41, I, da LEP), ainda que se permita às vezes, o envio de pacotes de comida do exterior, principalmente em ocasiões especiais ou nos dias reservados às visitas.

Os artigos 12 e 13 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 estabelecem que:

> Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas

[28] BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.**Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil],** Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

[29] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210. 9.ed. São Paulo, Atlas, 2006 p. 68.

> necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Portanto, nos horários previstos o Estado tem que forneceralimentação ao apenado em conformidade com as necessidades humanas. Tal entendimento decorre na incapacidade do preso prover sua alimentação. A questão da alimentação nos presídios tem sido um problema nos presídios pois por vezes ou é insuficiente ou de baixa qualidade e que comumente tem gerado problemas disciplinares nos estabelecimentos prisionais.[30]

2.2.2. Assistência à Saúde

O artigo 14 da Lei de Execução Penais[31] assegura ao preso o atendimento médico, farmacêutico e odontológico, tal direito encontra respaldo tanto no texto constitucional como no Princípio da dignidade humana. Portanto, esse direito é uma obrigação.

> Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.
>
> § 1º (vetado)
>
> §2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

Assim, é importante também destacar que os estabelecimentos penais tenham equipamentos e instrumentos para atendimentos emergenciais. Portanto, os presídios devem ter instalações médicas-sanitárias com equipamentos e medicação necessária,

[30] MATTOS, Renata Soares Bonavides. **Direitos dos presidiários e suas violações**. São Paulo: Método, 2001. p. 54.

[31] BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil],** Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

para que os profissionais de saúde realizem ações de prevenções e curativas, atendendo assim as exigências das normas sanitárias e de higiene nas prisões.[32]

A lei estabelece que o apenado também precisa de atendimento especializado como cardiologia, e no caso das apenadas de ginecologista, especialistas como psiquiatras, oftalmologista e outros. Nessa mesma lógica se faz necessário exames doenças pulmonares, cardíacas e venéreas.[33]

Assim, o atendimento especializado não é privilégio, mas um direito para todas as pessoas, inclusive aquelas que estão encarceradas. No entanto, se já existem carência de profissionais em hospitais e postos de saúde, para atendimento a população, nos estabelecimentos penais os que existem são precarizados. É comum soluções mediadoras pela ausência de aparelhos e medicamentos e insuficiência de profissionais na área de saúde, e são tomadas medidas para amenizar a dor. Alguns presos que precisam de tratamento como é o caso de tuberculosos que em razão do contágio são simplesmente isolados.

Portanto, os problemas de saúde que a população enfrenta diariamente também ocorrem nos presídios, no entanto, o cidadão comum não se encontra enclausurado e pode buscar alternativas de saúde, já o preso não tem essa alternativa e fica sujeito ao atendimento oferecido pelo estabelecimento prisional.

2.2.3. Assistência Jurídica e Religiosa

O acesso a justiça é um direito do preso e é realizado por meio da Assistência Jurídica, que deve ser obrigatório por mandamento constitucional. O preso tem direito a um defensor que pode ser indicado por ele ou por um Juiz, nas diversas

[32] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210. 9.ed. São Paulo, Atlas, 2006 p. 72.
[33] ROSA, Antonio José Miguel Feu, **Execução Penal**, 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

fases do processo, excetuando o inquérito policial que é unilateral e não se estabelece o contraditório.[34]

A Assistência Jurídica tem previsão no Artigo 15 da LEP[35] é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para contratar um advogado e buscar seus direitos como a obtenção da progressão da pena e de direitos existentes no regime prisional. No entanto, no caso brasileiro se tem a superlotação com presos que já poderiam estar em liberdade.

> Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.
>
> Art. 16. As unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais.

A inércia da assistência jurídica nos estabelecimentos penais, impossibilita diversos casos de livramento condicional, progressão de regime, saída temporária, que permitiriam que o preso fosse reintegrado a sociedade. Assim, se tem entre os encarcerados o sentimento de injustiça que repercute no comportamento do preso e dificulta a ressocialização.

Além da Assistência Jurídica o preso deve ter a Assistência Religiosa na perspectiva da livre manifestação religiosa que tem forte influência no processo ressocializador do apenado. A liberdade de escolha religiosa encontra respaldo no texto constitucional, sendo necessário o cadastramento das entidades religiosas nos estabelecimentos a penais. Os pedidos são apreciados pela Divisão Assistencial que faz a compatibilização das datas no calendário.[36]

> Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

---

[34] ROSA, Antonio José Miguel Feu, **Execução Penal**, 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

[35] BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.**Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil],** Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

[36] ROSA, Antonio José Miguel Feu, **Execução Penal**, 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

> § 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.
>
> 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

A assistência religiosa é fundamental no processo de ressocialização do condenado e do internado, pois atua em valores morais que podem impactar de forma efetiva na conduta do preso, e é um direito fundamental do homem.[37]

2.2.4 Entrevista Pessoal e Reservada com o Advogado

O direito do preso de conversar com seu advogado tem previsão no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica e é tido como uma "garantia judicial" o "direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor. "[38]

Por meio da entrevista com a defesa se tem assegurado o contraditório e a ampla defesa, sendo que o direito de defesa tem proteção legal. O preso tem direito a entrevista pessoal e reservada com o advogado (art. 41, IX). Como se pode depreender do HC 130.894/SP o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou sobre o assunto:

> "1. Conforme atestado pela autoridade administrativa competente, ao paciente foi assegurada a sua entrevista de forma reservada e pessoal com o seu causídico constituído, cuja comunicação foi estabelecida por meio de interfone, livre de interferência de qualquer agente biológico, ou seja, respeitando-se a privacidade e sigilo que são inerentes ao exercício da advocacia.
>
> E, ainda que assim não fosse, depreende-se que o paciente se entrevistou reservada e pessoalmente com o seu causídico por ocasião da realização do seu interrogatório, circunstância que afasta do alegado constrangimento ilegal. Precedentes.

[37] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.p. 32

[38] CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 07.10.2017.

Ordem denegada. ”

2.2.5. Assistência Educacional

Em levantamento feito pelas administrações dos estabelecimentos prisionais no ano de 2012, ficou comprovado que quanto mais o detento estuda, menos ele necessita de remédios de controle emocional por estar ocupando a mente, e também diminui a reincidência, visto que dificilmente voltam a cometer delitos. Porém, é pouco o número de detentos que tem acesso à educação. A LEP[39] prevê a obrigatoriedade do ensino de 1º grau a todos os presos, integrado ao ensino estatal. Dessa forma, o diploma terá ampla validade inclusive fora da prisão.[40]

> Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.
>
> Art. 18. O ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa.
>
> Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.
>
> Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados. Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

O direito a educação é uma garantia constitucional e alcança os presos, sendo a educação um dos melhores instrumentos para a reinserção do preso na sociedade, bem como a ampliação de consciência quanto aos seus direitos e deveres. No caso do ensino

[39] BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.**Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil],** Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 maio 2017

[40] BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.**Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil],** Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 maio 2017

fundamental é obrigatório e gratuito, e deve ser assegurado nas unidades prisionais.

2.2.6 Trabalho

O art. 126 da Lei de Execução Penal estabelece que "o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena". Assim, o sistema penal brasileiro adota o entendimento de que para três dias trabalhados se tem a diminuição de um dia da pena do condenado:

> **Art. 126** - O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.
>
> **1º** - A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.

Portanto, com o incentivo à remição se tem a redução do ócio dentro dos presídios e a possibilidade de ressocialização do preso. No entanto, no caso de alguma falta grave o preso perde o direito à remição, como destaca Júlio Fabbrini Mirabete:[41]

> (...) nos termos em que é regulada a remição, a inexistência de punição por falta grave é um dos requisitos exigidos para que o condenado mantenha o benefício da redução da pena. Praticando falta grave, o condenado deixa de ter direito a remição, assim como, por exemplo,
>
> Se revoga o sursis ou livramento condicional quando o condenado pratica novo crime ou sofre condenação durante o período de prova (fixado ou prorrogado). Assim, o abatimento da pena em face da remição não se constitui em direito adquirido protegido por mandado constitucional; é condicional, ou seja, pode ser revogado na hipótese de falta grave.

Cabe, ao magistrado responsável pela execução penal, avaliar o cabimento da remição. No entanto, o sistema não tem capacidade suficiente para oferecer essa

[41] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210. 9.ed. São Paulo, Atlas, 2004 p.491.

oportunidade a todos os detentos. Portanto, é um procedimento que visa à efetiva aplicação da pena ou da medida de segurança estabelecida em sentença. Nessa compreensão é um processo autônomo regulado pela lei execução penal nº 7.210/84.

No processo penal a execução penal é um novo processo com caráter jurisdicional e administrativo e visa a efetivação das disposições de sentença ou de decisão criminal, tendo por foco a integração social do condenado e do internado. Como se pode depreender no transcorrer do capítulo a lei de execução penal traz diversas garantias aos apenados, em razão da observância dos princípios constitucionais.

2.3 Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade

O Brasil é um dos países que mais encarcera no mundo e ainda tem uma curva ascendente, dentro de um sofisticado aparato repressivo e de um modelo legislativo punitivista. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o sistema prisional brasileiro é marcadamente uma modalidade de castigo, os presídios em ruinas, com superlotação, falta de higiene, e alimentação precarizada. Portanto, com nenhum compromisso com a não-reincidência.

Por esses e tantos outros motivos se faz necessário a ressignificação da lógica prisional que basicamente aplicada aos menos favorecidos e socioeconomicamente marginalizados. Numa tentativa de oferecer respostas prisionais a problemas sociais. Os dados do INFOPEN do Ministério da Justiça, evidenciam que a população prisional é composta por excluídos socialmente. Apesar de investimentos e construção de estratégicas o universo das execuções penais inclusivas socialmente não tem alcançado o protagonismo desejado, com um forte viés de segregação.

Nesse entendimento as Nações Unidas têm elaborado e divulgado ações de fortalecimento para a humanização da justiça criminal e a protetividade dos direitos humanos. Dentre elas se tem as Regras de Tóquio, que visa a consolidação de princípios para a construção de um sistema humanizado na aplicação da pena.

Visando a humanização da pena o Conselho Nacional de Justiça tem busca a divulgação das Regras de Bangkok, Regras de Mandela, e as Regras de Tóquio, como tratados internacionais de direitos humanos para o enfrentamento da idéia do superencarceramento com medidas de melhoria na ação jurisdicional.

2.3.1 Princípios e objetivos

Assim, as Regras Mínimas Padrão são princípios básicos que visam assegurar garantias mínimas aos indivíduos encarcerados, com a promoção e envolvimento da coletividade na justiça criminal, em específico no tratamento dos infratores, considerando as questões políticas, econômicas, sociais e culturais. Portanto, se busca o equilíbrio entre os direitos do infrator e das vitimas com foco na prevenção do crime.[42]

As Regras Mínimas Padrão colocam a necessidade pelos Estados-Membros de desenvolvimento de sistemas jurídicos medidas que reduzam o encarceramento com a racionalização de políticas de justiça criminal, tendo em vista os direitos humanos, a justiça social e a ressocialização dos infratores.

2.3.2 Abrangência das medidas não privativas de liberdade

Quanto a abrangência as Regras Mínimas Padrão buscam todos os indivíduos sujeitos a acusação, julgamento ou execução de sentença, nos diversos momentos da justiça criminal. Portanto, esse regramento deve ser aplicado independentemente de raça, cor, sexo, idade, idioma, religião, posicionamento político, nacionalidade.

As medidas não privativas devem ser diversas, de maneira a permitir a flexibilização, a personalidade e os antecedentes do infrator, assegurando a flexibilidade e a protetividade da sociedade, indo desde a fase do pré-julgamento até as da fase pós-sentença, com a aplicação coerente da pena. Assim, as medidas não

[42] ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1

privativas de liberdade devem ser monitoradas com atenção, e avaliada sistematicamente, sob a lógica da intervenção mínima, com esforços para à isenção de pena e à descriminalização.[43]

2.3.3 Garantias jurídicas

Quanto as garantias jurídicas é preciso que a adoção, definição e aplicação de medidas não privativas de liberdade estejam definidas em lei, a partir de critérios estabelecidos considerando a natureza e a gravidade da infração, os antecedentes do infrator, e o propósito da condenação.

A autoridade judiciária por meio da discricionariedade em todos os momentos do processo buscando o uso de medidas não privativas de liberdade, sendo que o infrator pode apresentar à autoridade judiciária, ou autoridade competente, petição ou reclamação a violação de seus direitos individuais na aplicação de medidas não privativas de liberdade.

As medidas não privativas de liberdade devem observar os direitos do homem no plano internacional, sem o envolvimento com experimentações médicas ou psicológicas no infrator, bem como risco físico ou mental, observando sempre a proteção da dignidade do infrator. Na aplicação das medidas não privativas de liberdade, os direitos do infrator não podem sofrer restrições quanto ao que foi definido pela autoridade. Também deve ser respeitada a privacidade do infrator, de sua família, sendo que os registros pessoais do infrator são confidenciais e vedados a terceiros, sendo passíveis de acesso a pessoas autorizada na tramitação do caso.[44]

[43] ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1

[44] ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1.

2.3.4 Cláusula de proteção

A interpretação das Regras deve consideras as Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Reclusos, das Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Pequim), do Conjunto de Princípios para a Proteção de todos os Indivíduos Sujeitos a qualquer Forma de Detenção ou Prisão, bem como de tratados e instrumentos e padrões a respeito dos direitos humanos internacionais.[45]

Conforme a compatibilidade do sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros órgãos da justiça criminal caso não esteja envolvido à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas, na fase que antecede o julgamento pode arquivar o procedimento. Assim, para a retirada ou adequação é preciso o estabelecimento de critérios. A Regra Mínima Padrão traz o entendimento que a prisão preventiva é um último recurso nos procedimentos penais, considerando o inquérito, à infração presumida e à protetividade da sociedade e da vítima.[46]

Quanto a prisão pré-julgamento deve ter um tempo relativamente curto, e utilizada para o alcance dos objetivos, obedecendo o respeito à dignidade da pessoa, cabendo a infrator recorrer a autoridade judiciária.

2.3.5 Estágio de processo e condenação - Relatórios de inquéritos sociais

No estágio de processo e condenação a autoridade judiciária pode utilizar um relatório constando dados do meio social do infrator e informações e recomendações relacionadas a fixação da pena. Portanto, esses relatórios precisam ser objetivos e imparciais. Quanto ao uso das medidas não privativas de liberdade, a autoridades

[45] ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1
[46] ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1

deve considerar a possibilidade de reabilitação do infrator, a protetividade da sociedade e o interesse da vítima, sendo que podem adotar as seguintes medidas:

> Sanções verbais, como a censura, a repreensão e a advertência;
>
> Acompanhamento em liberdade antes da decisão do tribunal;
>
> Penas privativas de direitos;
>
> Sanções econômicas e pecuniárias, como multas e multas diárias;
>
> Ordem de confisco ou apreensão;
>
> Ordem de restituição à vítima ou indenização desta;
>
> Condenação suspensa ou suspensão da pena;
>
> Regime de experiência e vigilância judiciária;
>
> Imposição de prestação de serviços à comunidade;
>
> Envio a um estabelecimento aberto;
>
> Prisão domiciliar;
>
> Qualquer outra forma de tratamento não institucional;
>
> Uma combinação destas medidas.
>
> IV. Estágio de aplicação das penas[47]

2.3.6 Disposições sobre a aplicação das penas

Quanto as possibilidades disponíveis para as autoridades quanto a medidas para evitar a pena e reintegrar o infrator a sociedade. Na fase após a condenação se tem:

> Autorizações de saída e processo de reinserção;
>
> Libertação para trabalho ou educação;
>
> Libertação condicional, de diversas formas;
>
> Remissão da pena;
>
> Indulto.[48]

[47] ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1.

[48] ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1

Assim, as medidas não privativas de liberdade devem ser estimuladas e sempre buscando a redução da reincidência e permitindo a reintegração do infrator na sociedade. A supervisão deve ser realizada por autoridade competente, com um tratamento adequado ao infrator visando a correção. Também os infratores devem ter assistência psicológica, social e material e oportunidades de fortalecimento de vínculos sociais com vistas a reintegração.

Na aplicação da medida não privativa de liberdade devem ser práticas e precisas visando a reintegração social do infrator, devendo ser explicada verbalmente e por escrito, os direitos e obrigações na aplicação da pena e em caso de progresso do infrator a autoridade pode modificar a pena considerando a legislação. Assim, é preciso o desenvolvimento de terapia de grupo, programas e tratamento especializado, sempre realizados com especialistas com formação e experiência, considerando o "histórico, a personalidade, as aptidões, a inteligência e os valores do infrator e, especialmente, as circunstâncias que o conduziram à infração".[49]

2.3.7 Disciplina e desrespeito às condições do tratamento

As alterações ou revogação da medida não privativa de liberdade é decidida por autoridade competente, após considerar os relatos do supervisor encarregado a respeito da ação do infrator, sendo que quanto ocorrer o fracasso na medida não privativa de liberdade não se deve impor necessariamente uma medida de prisão. Caso seja necessária a revogação da medida não privativa de liberdade, deve-se buscar uma solução adequada, sendo que a prisão ou detenção deve ter previsão legal.

[49] ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1

2.3.8 Pessoal - Recrutamento e Treinamento

A política de recrutamento de acordo com as Regras Mínimas Padrão deve ser de acordo com as políticas nacionais e no recrutamento, não pode ocorrer discriminação raça, cor, sexo, idade, idioma, religião, opiniões políticas ou outras.[50]

A aplicação das medidas não privativas de liberdade deve ser feita por pessoas qualificadas com formação adequada e experiências definidas. O objetivo é a manutenção de pessoal qualificado para atuação qualificada em serviço, com melhoria na capacitação e carreira ajustada.

No processo de treinamento se tem a formação quanto as responsabilidades e reabilitação do infrator, no que concerne a direitos e da necessidade de cooperação e coordenação, quanto a natureza das medidas não privativas de liberdade, com manutenção e aprimoramento dos conhecimentos e das qualificações.

2.3.9 Voluntários e outros recursos da comunidade

As Regras Mínimas Padrão também estimulam a participação da sociedade no reforço afetivos e sociais dos infratores de medidas não privativas de liberdade, inclusive com o apoio da administração da justiça criminal. Essa lógica se estende aos órgãos governamentais, o setor privado e o público em geral.

É importante também a construção de um processo de conscientização por meio de conferências, seminários, simpósios quanto a necessidade de participação da sociedade, inclusive com o uso de meios de comunicação de massa visando à integração social dos infratores.

No recrutamento dos voluntários é importante considerar as aptidões e o acompanhamento e treinamento e apoio e conselho das autoridades competentes. Quando em suas atividades os voluntários devem ter seguros quanto a acidentes e

[50] ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1

ferimentos, bem como a responsabilização pública no exercício de seus deveres, inclusive com reembolsos de pelas despesas.

2.3.10 Pesquisa, planejamento, elaboração e avaliação das políticas

No que diz respeito ao planejamento e avaliação de políticas públicas existe um esforço coletivo de entidades públicas e privadas, que buscam por meio de pesquisa melhorar a situação dos infratores em meio aberto. Essas estratégias são feitas via sistema de justiça criminal com o uso de coleta e análise de dados estatísticos visando a implantação de um tratamento mais humanos e não institucionalizado aos infratores.

Assim, os programas buscam uma planificação e uma aplicação sistemática com avaliações regulares buscando a eficiência, eficácia e efetividade nas medidas não privativas de liberdade. Internacionalmente existe a urgência em promoção da cooperação científica via pesquisa, treinamento, assistência e troca de experiência comparativas e humanizadoras.

2.4 Dados da CPI do Sistema Carcerário - Distrito Federal

A Comissão Parlamentar de Inquérito foi criada com o objetivo de investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, considerando os aspectos relacionados a superlotação, custos sociais e econômicos, encarcerados que cumpriram pena indevidamente, violência, corrupção, crime organizado, com o fim de buscar soluções para o cumprimento em conformidade com a Lei de Execução Penal – LEP.[51]

No caso específico do Distrito Federal o relatório detectou que em 2009 havia 7.752 presos para 5.835 vagas, portanto um déficit de 1.917 e uma superlotação de 21%. Nesse período existiam 1.300 mandados de prisão a serem cumpridos, sendo

[51] BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384)

que a população carcerária era controlada por 800 agentes penitenciários. O custo mensal de cada preso era de R$ 1.500,00, sendo que a alimentação era terceirizada ao custo de R$ 10,00 por preso e são realizadas três refeições por dia.[52]

Segundo o relatório da CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito, em 2009 Complexo Penitenciário da Papuda tinha a capacidade para 5.000, no entanto abrigava 7.682 presos, sendo que 2.000 presos cumpriam penas provisórias e 5.682 sentenciados. Deste total 39,9% trabalham ou estudam. Um dos problemas enfrentados na época de acordo com o relatório era a assistência jurídica em razão da falta de Defensores Públicos. Na época havia 04 defensores para todo o sistema penitenciário. As visitas aos presos ocorrem nas quartas e quintas-feiras, sendo que cerca de 5.500 visitantes são revistados. A última rebelião ocorreu em 2001 e são raras.[53]

O GPOE - Grupo de Operações Penitências Especiais no ano em que foi feito o relatório possuía 137 agentes para a segurança dos presídios, sendo que em 2007, o GPOE realizou 26.000 escoltas de presos à Justiça. No transcorrer da visita feita pela Comissão verificou-se a existência de uma marcenaria e padaria em que são feitos pães para o consumo dos presos.[54]

Também foram visitados o Centro de Internamento e Reeducação (CIR) e a Penitenciária do Distrito Federal II (PDF II), onde se verificou uma arquitetura prisional moderna e razoável, com um controle adequado dos presos e de acesso dos visitantes. No entanto, existiam dois blocos, com vagas para 500 presos que estavam desocupados, mas que de acordo com o diretor não havia agentes suficientes para vigiar os presos. Nesse sentido também existia no presídio uma área de 600 hectares,

[52] BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384)
[53] Ibidem.
[54] Ibidem.

que poderia ser utilizada para produção de alimentos, mas que também não estava sendo utilizada por falta de agentes penitenciários.[55]

No relatório final após a visita em 62 estabelecimentos prisionais em 17 Estados e o Distrito Federal, foi verificado o descumprimento e desrespeito às normas internacionais, ao texto constitucional e a Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal quanto aos direitos dos presos. Dentre os aspectos que merecem destaque se tem: deficiência de assistência jurídica; superlotação; assistência médica, farmacêutica, psicológica, odontológica e social deficitária; maus-tratos generalizados com os presos; irregularidades nos contratos de prestação de obras, serviços e fornecimento de alimentação; deficiência humana e material do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública; falta de política de apoio aos egressos; e ausência de um controle social quanto a gestão do sistema penitenciário.[56]

No entanto, o mais gravoso detectado pela CPI do sistema carcerário foi a omissão e conivência do Poder Público com organizações criminosas, que interferem diretamente na gestão dos presídios.

2.5 Dados do CNJ – Conselho Nacional de Justiça

De acordo com o diagnóstico produzido pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF, em 2014 a população no sistema prisional é de 563.526 presos, sendo que a capacidade do sistema é de 357.219 vagas, portanto um déficit de 206.307 vagas.[57]

[55] Ibidem.
[56] BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384)
[57] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF.Brasília/DF, junho de 2014

Nesse período 147.939 presos estavam em prisão domiciliar e o número de mandados abertos era de 373.991. Quando se considera o número de pessoas presas + o cumprimento de mandados de Prisão em abertos se tem 1.085.454 presos, portanto, um déficit de 728.235.[58]

No presente capítulo foi realizada uma retrospectiva dos princípios penais contidos na Constituição Federal como: dignidade da pessoa humana, legalidade, retroatividade da lei mais benéfica, pessoalidade, individualização da pena, humanidade, associando a previsão legal contida na Lei de Execuções Penais. Ao término do capítulo são descritos dados obtidos na CPI do Sistema Carcerário e do Conselho Nacional de Justiça com o objetivo de construir uma visão mais clara da gestão prisional no Brasil.

3 SAÚDE, EDUCAÇÃO E TRABALHO NO PRESÍDIO DA PAPUDA

O presente capítulo tem por finalidade contextualizar o sistema penitenciário do Distrito Federal, bem como realizar uma abordagem dos aspectos relativos a saúde, educação e trabalhos de ressocialização na Papuda tem por eixo de análise os princípios constitucionais e a Lei de Execução Penal.

O Sistema Penitenciário do Distrito Federal é constituído pelo Complexo Penitenciário da Papuda, que compreende o Centro de Internamento e Reeducação – CIR, Centro de Detenção Provisória – CDP (porta de entrada do Sistema Penitenciário do DF), Penitenciária do Distrito Federal – PDF I (presos em regime fechado) e PDF II (foi criada para abrigar presos em regime fechado, mas em razão do déficit de vagas para presos em regime semiaberto, tem acolhido esse regime. Também estão custodiados presos em regime fechado. Fora do Complexo da Papuda, se tem o Centro de Progressão Penitenciária – CPP e Penitenciária Feminina

[58] Ibidem.

do Distrito Federal – PFDF (com presas provisória, condenadas, regimes fechado e semiaberto, tem uma Ala de Tratamento Psiquiátrico.[59]

3.1 Saúde

A Penitenciária do Distrito Federal (PDF) foi criada em 2001, possui atualmente 04 blocos para presos em regime fechado, com capacidade para 1548 presos, sendo que um deles de Segurança Máxima. A PDF-I abriga nos (D, E, F e G), 3.154 internos, em regime fechado, com alta periculosidade em razão da gravidade dos crimes praticados. Nos blocos é reservado local para encontros íntimos, banho de sol e atividades contidas na Lei de Execução Penal.[60] De acordo com o relatório de inspeção realizada pela Comissão de Direitos Humanos da OAB/DF em 24.01.2014 a PDF-I era ocupada por 3.154 internos sendo que a previsão aera de 1.584 internos, com um quantitativo de 248, servidores, o que dificulta atividades de banho de sol diário, trabalho nas oficinas e salas de aulas, e escolta para os serviços de saúde.[61]

Na área da Saúde, a PDF-I tem 01 (uma) equipe e meia, que é composta por médico clínico, enfermeiro, dentista, auxiliar de enfermagem, psicólogo, assistente social e terapeuta ocupacional.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, recomenda a assistência de equipe multidisciplinar de saúde. No PDF 1 a assistência básica aos

[59] RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf. Acesso em 25 de out 2017.

[60] RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf. Acesso em 25 de out 2017.

[61] RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf. Acesso em 25 de out 2017

internos está subordinada à GEAIT – Gerência de Assistência Social da Penitenciária.[62]

Tabela 1 - Atendimentos e Consultas 2011 -2014

Procedimentos	2011	2012	2013	2014
Atendimentos	70.902	91.738	152.974	198.590
Consultas Médicas	14.673	18.539	16.875	12.070
Consultas Odontológicas	5.560	5.632	5.595	3.477
Outras especialidades	17.536	20.367	27.768	9.599
Vacinas	27.903	21.853	37.737	19.336
Exames	1.475	3.600	2.939	2.219
Projeto Acolhimento	0	2.352	5.449	10.474

Fonte: GESSP

O Complexo da PAPUDA em São Sebastião tem 04 USP – Unidades de Saúde Prisional, sendo que o presídio feminino e ATP – Ala de Atendimento Psiquiátrico no Gama tem 02 duas USP e Centro de Progressão Penitenciária no S.I.A/Guara tem 01 USP.

[62] RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf. Acesso em 25 de out 2017

Tabela 2 - Cobertura de Equipes 2004

USP	Capacidade	Lotação	Nº Equipes/ tipo Exist.	Nº Equipes MS
CDP	1212	3.124	01 tipo III e 01 tipo II	03 tipo III
PDF I	1584	3.238	01 tipo III e 01 tipo II	03 tipo III
PDF II	1464	3.250	01 tipo III e 01 tipo II	03 tipo III
CIR	793	1.863	01 tipo III e 01 tipo II	02 tipo III
CPP	1816	1.573	01 tipo II *AS	01 tipo III 01 tipo II
DCCP	120	79		01 tipo I
PFDF	432	657	01 tipo III	01 tipo III
ATP	110	101	01 tipo II	01 tipo II
Total	7.531	13.885	05 tipo III 06 tipo II	11 tipo III, 02 tipo II e 01 tipo I

Fonte: GESSP

3.2 Educação

Os estabelecimentos prisionais do Distrito Federal (CIR, CDP, PDF I e PDF II) tem parcela significativa de presos em regime fechado. Assim, se torna importante ações educativas e produtivas visando a ressocialização e a qualificação profissional.

O PDF I possui doze salas de aula e oferece estudo presencial, com carência de professores apesar da existência de um convênio entre a Secretaria de Educação, SESIPE e a FUNAP. São ministrados ensino fundamental, ensino médio e profissionalizante a FUNAP gerencia o processo que é desenvolvido em ciclos de aprendizado em conformidade com o EJA – Ensino de Jovens e Adultos. Existe também uma biblioteca com livros das diversas áreas do conhecimento que são emprestados aos presos.[63]

[63] RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf. Acesso em 25 de out 2017

A Lei de Execuções Penais estabelece em seu art. 83 que o estabelecimento penal deve contar com recursos para dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva, sendo que os condenados que cumprem a pena em regime fechado ou semiaberto podem remir parte da pena por trabalhar ou estudar. Nesse entendimento os alunos no âmbito prisional que escolhem por assistir aulas para diminuir tempo de reclusão.

O artigo 126 da Lei de Execuções Penais em seu segundo parágrafo determina que tanto ensino à distância quanto presencial serão certificados por autoridade competentee de acordo com o parágrafo 4º, caso ocorra algum acidente com o preso que o impossibilite de continuar a estudar ou trabalhar, a remição não cessa. [64]

Quanto a remissão da pena em função das horas de estudo, o artigo 126, parágrafo 5º, será acrescido de 1/3 no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento de pena, quando certificada pelo órgão competente do sistema de educação. Na papuda, o órgão certificador é a Secretaria de Educação do Distrito Federal. O artigo 126 de acordo com a Lei n° 12.433, de 2011 a contagem de tempo ocorre da seguinte maneira: [65]

> "I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)
>
> - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)" (BRASIL, 2011)

De acordo com o artigo 129 da Lei de Execuções Penais cabe a autoridade administrativa deve encaminhar mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que trabalham ou estudam, em dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles. Caso o

[64] AGUIAR, Andressa Larissa de Araujo. O Professor da Papuda A Motivação Para o Ensino Prisional no DF. Brasília: Unb, 2015

[65] AGUIAR, Andressa Larissa de Araujo. O Professor da Papuda A Motivação Para o Ensino Prisional no DF. Brasília: Unb, 2015

condenado estude fora do estabelecimento penal deve comprovar mensalmente, via declaração da unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar.[66]

Como na papuda não tem escola prisional, os professores são cedidos pela secretaria de educação do Distrito Federal. O artigo 21, estabelece a exigência de uma biblioteca, para os reclusos, com livros instrutivos, recreativos e didático, visando a finalidade educativa e produtiva, previsto no artigo 28 da lei.[67]

O artigo 83, traz a previsão que o estabelecimento penal, deve ter dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva, bem como instalação para estágio de estudantes universitários renumerado, em conformidade com a (Lei nº 9.046, de 1995). No entanto, na Papuda não existe esse espaço. Assim, somente os alunos em regime semiaberto consegue cursar essa modalidade de ensino. Não é oferecido nenhum curso de graduação à distância e as aulas no Complexo Penitenciário são basicamente de nível fundamental e médio, em forma de EJA.

O artigo 152, traz a previsão de cursos e palestras, e atividades educativas, sendo que nos casos violência doméstica contra a mulher, o juiz pode determinar a participação do agressor nos programas de recuperação e reeducação.

3.3 Trabalho

A Lei de Execução Penal estabelece ao condenado à pena privativa de liberdade a exigência do trabalho, no entanto, as limitações físicas e humanas impossibilitam a realização do trabalho pelos presidiários. Na PDF a reintegração social para a educação e o trabalho ocorrem em 2 oficinas geridas pela FUNAP, e envolve 50 presos em atividades e costura industrial e serigrafia. Também foi

[66] AGUIAR, Andressa Larissa de Araujo. **O Professor da Papuda** A Motivação Para o Ensino Prisional no DF. Brasília: Unb, 2015

[67] AGUIAR, Andressa Larissa de Araujo. **O Professor da Papuda** A Motivação Para o Ensino Prisional no DF. Brasília: Unb, 2015

inaugurada uma padaria que tem uma capacidade de produção de 80.000 pães por dia.[68]

A Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso do Distrito Federal (FUNAP/DF), foi criada em 1986 por meio da Lei 7.533 e hierarquicamente está subordinada à Secretaria de Segurança Pública e Paz Social (SSP/DF). Sua missão é "contribuir para inclusão e reintegração social das pessoas presas e egressas do sistema prisional, desenvolvendo seus potenciais como indivíduos, cidadãos e profissionais".

Nessa perspectiva desenvolve ações e programas de capacitação aos apenados, e oportunidades de trabalho por meio de convênios com empresas públicas e privadas. No processo de profissionalização do preso a FUNAP tem atuado junto ao Pronatec Prisional e parcerias com o Sistema S, como SENAI, SENAC e SEBRAE.[69]

Os trabalhos desenvolvidos pela Funap são realizados nas oficinas de profissionalização, no Centro de Internamento e Reeducação (CIR-Papuda), para os internos em regime fechado, nas áreas de marcenaria, corte e costura, panificação, mecânica, serralheria e com atividades agrícolas na Fazenda Papuda. Já na atividade externa se tem a concessão do benefício para o trabalho externo - semiaberto - e em regime aberto, em que a Funap faz a intermediação da mão de obra dos apenados.[70]

A Lei de Execução Penal é, de grande qualidade em termos humanitários, no entanto sua aplicação não ocorre em conformidade com o texto legal e isso decorre da precariedade das condições em que se encontram as penitenciárias brasileiras, e também o Complexo Penitenciário da Papuda. A realidade dos presídios é de

[68] RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf. Acesso em 25 de out 2017

[69] http://www.funap.df.gov.br/programas-e-servicos/sobre-a-funapdf.html. Acesso em 10.11.2017.

[70] http://www.funap.df.gov.br/programas-e-servicos/sobre-a-funapdf.html. Acesso em 10.11.2017.

superlotação, insalubres, e uma população carcerária em sua maior parcela de baixa renda.[71]

Para que a pena cumpra seus objetivos, é preciso que seja oferecida condições para que o processo de execução penal alcance os objetivos da ressocialização aos presos na Papuda, considerando questões como a proporcionalidade da pena, dignidade da pessoa humana terminando sendo esvaziadas sem alcançar a eficácia na prática e produzindo reincidência criminológica.

A Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso do Distrito Federal (FUNAP/DF), foi criada em 1986 por meio da Lei 7.533 e hierarquicamente está subordinada à Secretaria de Segurança Pública e Paz Social (SSP/DF). Sua missão é "contribuir para inclusão e reintegração social das pessoas presas e egressas do sistema prisional, desenvolvendo seus potenciais como indivíduos, cidadãos e profissionais".

3.4 A Realidade do Distrito Federal sob a perspectiva dos princípios constitucionais penais, a lei de execução penal e as Regras de Tóquio

No presente tópico é possível perceber que apesar da clareza constitucional com respeito aos princípios como dignidade da pessoa humana e humanização da pena, ampliados na Lei de Execução Penais e amparada pelas diversas normas internacionais como é o caso das Regras de Tóquio é possível perceber um grande distanciamento do que as normas dizem daquilo que é praticado nos presídios do Distrito Federal.

O sistema prisional do Distrito Federal abriga atualmente 15.840 detentos, considerando o Complexo da Papuda, o Centro de Progressão Penitenciária, a Penitenciária Feminina e a Ala de Tratamento Psiquiátrico. A maior parte dos presos estão concentrados no Complexo Penitenciário da Papuda que é composto pelas seguintes unidades prisionais: Centro de Detenção Provisória – CDP; Centro de

[71] DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 135

Internamento e Reeducação – CIR; Penitenciárias do Distrito Federal, unidades I e II.[72]

No cenário nacional e local o sistema prisional é precário e incompleto, com lotação superior aos limites de sua capacidade, tanto em estrutura instalada como efetivo de pessoal, o que traz comprometimento a dinâmica prisional e a ressocialização do apenado. O problema no efetivo de pessoa compromete direitos como o banho de sol; o aumento do número de internos nas oficinas e salas de aulas; bem como a escolta para atendimentos médicos.

No PDF-I também conhecido como cascavel existem celas que eram para ser ocupadas por 2 (dois) presos e atualmente comportam de 04 (quatro) a 08 (oito), e nas celas coletivas com 08 (oito) leitos são ocupados por 18 internos. Embora a penitenciária tenha instalações em boas condições com espaço para banho de sol e visitação, as celas estão bastante precarizadas higienicamente e com excesso de presos.

Existem quartos para encontros íntimos e, duas salas para contato com advogados. As salas de aula e oficinas de trabalho artesanal e industrial, não tem funcionado pela falta de recursos humanos e materiais, sendo que apenas três oficinas de trabalho estão em funcionamento: serigrafia, artesanato e costura, com pouco mais de cinquenta detentos, que participam dessas atividades e recebem remuneração o que é um número muito pequeno. A manutenção das oficinas fica a cargo da Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso – FUNAP.

Existe também no presídio o trabalho voluntario de limpeza e conservação em que os dias de trabalho são usados para a remissão da pena. Na questão educacional o PDF I, se tem o oferecimento do estudo presencial, mas nem todas as salas estão em pleno funcionamento em razão da carência de professores, que são

[72] RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf. Acesso em 25 de out 2017

disponibilizados a partir do convênio entre a Secretaria de Educação, SESIPE e a FUNAP.

Existem cursos à distância no período noturno, que são pagos pelos presos a instituição particular conveniada com a FUNAP/SESIPE. No geral menos de 10% dos presos desenvolvem atividades educacionais ou laborais, o que impactam de alguma forma na ressocialização.

De acordo com a Resolução nº 3, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a recomendação é uma equipe multidisciplinar de saúde para cada 600 presos, o que não tem ocorrido nos presídios do DF. Atualmente são fornecidas três refeições diárias aos internos: café da manhã, almoço e jantar, e a cozinha industrial está localizada no complexo a uma empresa contratada por processo licitatório. As queixas mais comuns dos presos quanto as condições da execução da pena são:[73]

> As quentinhas do almoço e jantar estão sendo entregues, quase que diariamente, azedas, sendo que muitas vezes os agentes obrigam os presos a consumi-la;
>
> O banho de sol tem durado apenas 25 minutos, sendo que deveriam ter a duração de 2 horas;
>
> O atendimento médico e odontológico tem sido precário. Vários presos já solicitaram o atendimento há mais de um mês e não foram atendidos. Alguns relataram que estão com dor de dente, também, há mais de mês;
>
> Os banheiros das visitas estão entupidos há meses;
>
> Os visitantes, principalmente mulheres, tem sido submetidas a grande constrangimento por parte dos agentes penitenciários;
>
> As luzes das celas, segundo os presos, permanecem desligadas, tendo eles relatados que foram ligadas apenas pela presença da Comissão da OAB.
>
> Alguns presos se queixaram de estarem cumprindo pena a mais do que lhe foi imposta, inclusive alguns mostraram documentos da Vara de Execuções Penais que, ao que consta,

[73] RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf. Acesso em 25 de out 2017

> deveriam ter alcançado o livramento condicional em setembro de 2013;
>
> Há mais de ano que conversaram com os Defensores Públicos, mas eles não mais retornaram e a maioria não tem conhecimento de quanto tempo deverão ficar naquele estabelecimento, principalmente os presos que não recebem visitas;
>
> Superlotação de celas: aquelas com capacidade para 08 internos, hoje estão ocupadas por cerca de 14 a 20 internos; no Bloco G, na ala de presos de alta periculosidade, as celas com capacidade para 2 internos, estão ocupadas por 5 e até 8 apenados;
>
> Os presos do Bloco G, da ala da alta periculosidade, se queixaram de que o banho de sol ocorre a cada 15 dias, sendo que não extrapola 20 minutos;
>
> Cada cela recebe um rolo de papel higiênico e uma pasta de dente que deve durar 01 (um) mês;
>
> Os preços da cantina, segundo os internos, estão muito altos, a exemplo de um pacote de biscoito pequeno que custa R$ 5,00 (cinco reais); um todinho custa R$ 5,00 (cinco reais); e um litro de leite custa R$ 10,00 (dez reais).

Na PDF-II se tem superlotação e a visitação ocorre nas quartas-feiras com 1.200 visitas e quintas-feiras com 1.000 visitantes, no horário das 9h às 15h, sendo que as senhas começam a ser distribuídas às 6h30min.

Esse horário dificulta as visitas e consequentemente a ressocialização dos presos, mas se fossem transferidos para o final de semana não haveria espaço no pátio e nem tampouco agentes suficientes para garantir a segurança. A questão da exiguidade de agentes também tem impactado no funcionamento das oficinas no convênio com a FUNAP.

A alimentação também foi criticada pela sua péssima qualidade e na área da saúde o ambulatório médico e odontológico ficam ociosos por falta de escolta para conduzir os presos para ao atendimento e que não existe equipes para casos urgentes

necessitando levar o preso ao hospital público. No ano de 2013[74] ocorreram 16 mil atendimentos, e incluíram:

- Alergias (como asma)
- Tuberculose
- Dermatites
- Hemorroidas
- Problemas ortopédicos
- Questões gástricas
- Hipertensão arterial
- DSTs

No caso dos problemas respiratórios, tuberculose e dermatites são decorrentes da insalubridade nas celas em razão da higiene e espaço. Internos apresentavam feridas pelo corpo e micoses, além de problemas estomacais e renal em decorrência da alimentação. Quanto a hipertensão arterial e as questões gástricas decorrem da baixa qualidade da alimentação. Nos atendimentos psicológicos o espaço é inadequado por não fornecer privacidade.

No atendimento odontológico o relatório evidencia casos de detentos com problemas dentários graves que impossibilitavam inclusive de se alimentar adequadamente. Foram encontrados casos de presos que ficavam sem banho de sol e que dormiam no chão, sem colchão. Também foi identificado no relatório à falta de assistência jurídica, e a ausência de Defensores Públicos nas unidades, na prática o que existe são visitas esporádicas.[75]

No CIR também conhecido como papuda para internos do regime semiaberto, após a inauguração da PDF-I, que passou a receber os presos de maior

[74] RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf. Acesso em 25 de out 2017

[75] RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf. Acesso em 25 de out 2017

periculosidade. O quadro é de superlotação, deficiência no quantitativo de servidores, violando assim tanto os direitos humanos dos presos como dos próprios agentes carcerários. As instalações são antigas com pouco investimento público, o que tem gerado infiltrações nas paredes, transbordamento de esgotos em algumas celas e corredores. Também foi comunicado no transcorrer da visita a freqüente a falta d'água e quedas de energia.

No CIR tem uma Ala Especial, destinada a ex-policiais, possui seis oficinas para trabalho e capacitação profissional, como panificação, marcenaria, alfaiataria, serralheria, oficina mecânica, atividade agrícola, mas poucos presos participam gerando uma ociosidade grande.

A lógica carcerária é de punibilidade e não da ressocialização. A alimentação é terceirizada com contratos realizados pela Administração Pública com empresas privadas e muitas vezes são executados de forma desleixada. Na capacitação profissional as possibilidades dos apenados é bastante restrita e sofrem grande marginalização para serem aceitos no mercado de trabalho. Poucos são os empresários que aceitam ex-presidiários em seus quadros e quando o fazem terminam explorando pela condição mais frágil.[76]

Portanto, o problema não está na legislação mas no cumprimento dela em específico o que diz respeito a políticas públicas. Portanto, a complexidade da ressocialização é grande pois o encarcerado geralmente tem pouca escolaridade e formação profissional, fica um período significativo encarcerado, isolado do convívio familiar e social o que dificulta sobremaneira uma recolocação no mercado.[77]

Assim, o processo de ressocialização deve ter inicio já na condição de apenado com uma estrutura educacional adequadas, atendimento médico e

[76] CAPELETI, Célia Regina. Trabalho prisional: da previsão legal à realidade carcerária brasileira. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3071, 28 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20512>. Acesso em: 23 fev. 2018.

[77] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSTELATO, Telma Aparecida. **Inclusão social dos ex-detentos**: a alegria do retorno à sociedade versus a dificuldade de ressocialização. Argumenta: Revista do programa de mestrado em ciência jurídica da UENP. Jacarézinho: 2009.

odontológico, com condições dignas de cumprimento da pena e um preparo junto a sociedade para a reabsorção desse ex-presidiário que depois que cumpriu sua pena não tem nenhum débito mais com a sociedade e deve ser reintegrado ao convívio social.[78]

3.5 A proposta para uma melhor execução da pena

No transcorrer da pesquisa fica evidente a necessidade de melhorias estruturantes no sistema prisional para que os princípios constitucionais e as disposições contidas nos tratados internacionais de direitos humanos sejam aplicadas em relação aos presos. Dentre as necessidades percebidas se tem a necessidade de ampliação de vagas no sistema associadas, as questões higiênicas, laborais, e sanitárias conforme determinam as normas.

Assim, se faz necessária a alocação e execução dos recursos orçamentos federais e estaduais, associados ao cumprimento de planos e metas em conformidade com o Programa Nacional de Direitos Humanos, de maneira a adequar o Sistema Prisional do DF.

Acompanhamento aos presos com AIDS e portadores de HIV. No plano alimentar, é urgente uma alimentação adequada para os presos evitando assim os desvios de alimentos e a corrupção administrativa principalmente nas cantinas. Portanto, o acompanhamento nutricional dos alimentos no que concerne as condições de consumo.

Em outro plano é fundamental a assistência jurídica efetiva e gratuita nas diversas etapas do processo para que os presos possam usufruir dos benefícios contidos na Lei de Execução Penal, inclusive no que se relaciona a redução de penas, indultos, e visitas familiares, etc.

Separação dos detentos que estão em prisão preventiva dos presos condenados que devem ser organizados por tipo e gravidade do delito e a idade dos

[78] FALCONI, Romeu. **Sistema presidial**: reinserção social? São Paulo: Ícone, 2017

reclusos, bem como a presteza no atendimento judicial aos réus não condenados e a oportunização do cumprimento alternativo de pena de forma a evitar o encarceramento e contribuir para a ressocialização.

Por fim é importantíssimo um trabalho envolvendo programas educacionais, e de capacitação para a profissionalização do apenado e convênios e acordos tanto com a iniciativa pública, como a iniciativa privada para a absorção desses presos no mercado de trabalho e consequentemente favorecer o convívio em sociedade.

A melhoria da execução da pena passa necessariamente por políticas públicas que valorizem o sistema prisional, mitigando à violência interna nos presídios, abusos sexuais, e a violência física e moral. Assim, de acordo com Falconi[79] as políticas públicas devem nortear suas ações no respeito à dignidade do homem, com foco na capacitação educacional e profissional, assistência jurídica ao condenado, melhoria substantiva nos serviços de saúde e melhoria nas instalações e na gestão dos presídios, além da aplicação da pena privativa de liberdade nos casos extremos.

No ambiente externo prisional é preciso a preparação do mercado de trabalho para recepcionar o ex-apenado, de forma que se evite a reincidência pois ao revelar seu passado criminoso encontra obstáculo na conquista de emprego e quando descoberto posteriormente passam a ser vitima de suspeitas em razão de compreensões negativas.[80]

Uma das iniciativas louváveis foi a realizada pelo CNJ- Conselho Nacional de Justiça com o Projeto Começar de Novo manifesto na Resolução n. 96 de outubro de 2009 que visa a promover a cidadania, por meio de mutirões carcerários para o enfrentamento de prisões irregulares nas prisões. A Resolução busca também a sistematização de ações para a reinserção social de presos, e egressos do sistema carcerário e de cumprimento de medidas e penas alternativas. Portanto, é um conjunto de ações educativas, de capacitação profissional visando a reinserção no mercado de trabalho, por meio da Rede de Reinserção Social, envolvendo os órgãos

[79] FALCONI, Romeu. **Sistema presidial**: reinserção social? São Paulo: Ícone, 2017
[80] PASTORE, José. **Trabalho para ex-infratores**. São Paulo: Saraiva, 2011.

do Poder Judiciário, as entidades públicas e privadas, Conselhos Comunitários, universidades e instituições de ensino fundamental, médio e técnico profissionalizante.

A Resolução n.96 em seu art. 4 prevê a criação do Portal de Oportunidades do Projeto Começar de Novo, contido no sítio no Conselho Nacional de Justiça, e tem o cadastro das entidades participantes da Rede de Inserção Social, cursos, trabalhos, bolsas e estágios. Também a resolução traz o fomento, coordenação e fiscalização de projetos de capacitação profissional, planejamento e coordenação de mutirões carcerários e inspeções em estabelecimentos penais, incluindo Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, bem como o estimulo a instalação de unidades de assistência jurídica voluntária aos internos e egressos.

Outra iniciativa importante no processo é a metodologia APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados que tem por finalidade a humanização da execução penal. A APAC é uma entidade civil, sem fins lucrativos, e busca à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, de forma auxiliar ao Poder Judiciário e Executivo, assim utiliza como estratégia a disciplina, o trabalho e o comprometimento da família do sentenciado.[81] Portanto, a APAC busca a humanização das prisões, buscando evitar a reincidência no crime, proporcionando os meios para a reintegração social. O modelo de APAC teve início em São José dos Campos (SP) em 1972, atualmente atua tanto nacionalmente como internacionalmente, sendo que no Brasil possui aproximadamente 100 unidades e no exterior na Alemanha, Argentina, Bolívia, Bulgária, Chile, Cingapura, Costa Rica, El Salvador, Equador, Eslováquia, Estados Unidos, Inglaterra e País de Gales, Latvia, México, Moldovia, Nova Zelândia e Noruega, tendo o reconhecimento da Prison Fellowship International (PFI), que atua como órgão consultivo da

[81] FERREIRA, Valdeci. **Método APAC**: sistematização de processos. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Programa Novos Rumos, 2016.

Organização das Nações Unidas (ONU), na lógica de uma Organização Não Governamental na humanização da execução penal.[82]

A APAC é inovadora e ressocializadora, com participação da comunidade por meio do voluntariado, com ausência de armas, e a recuperação ocorre por meio da religião via "assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica, oferecidos por voluntários". Com cursos supletivos e profissionais, além de oferecer assistência à vítima e os seus familiars;[83]

4 CONCLUSÃO

O objetivo maior da presente monografia foi demonstrar os desencontros a previsão legal e a prática, existente no presídio da papuda, no que diz respeito a saúde, educação e trabalho. No transcorrer do trabalho verificou-se a ineficácia no âmbito da ressocialização e a necessidade de ações para mitigar a superlotação nos presídios.

A questão prisional tem se tornado um problema crítico, e muitas com forte interferências de facções criminosas. A superlotação, com a precarização do atendimento aos presos termina por gerar o quadro de tortura e afronta tanto ao texto constitucional como aos tratados internacionais de direitos humanos. O gravoso é que a lógica do encarceramento ainda prevalece, apesar das audiências de custódia, pois a reincidência criminal é muito grande.

Apesar da legislação penal abarcar princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a humanização da pena, sendo que esses e outros princípios também são albergados pela Lei de Execução Penal e pela Regras Mínimas Padrão das Nações Unidades conhecida como Regras de Tóquio, os diversos relatórios analisados evidenciam o distanciamento do que foi legislado do

[82] FARIA, Ana Paula. **APAC:** Um Modelo de Humanização do Sistema Penitenciário. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9296. Acesso em 20.03.2018.

[83] FARIA, Ana Paula. **APAC:** Um Modelo de Humanização do Sistema Penitenciário. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9296. Acesso em 20.03.2018.

que existe efetivamente dentro das unidades prisionais. Esse distanciamento decorre do baixo investimento na construção de presídios, no reparo dos já existentes, na logística de alimentação e de equipamentos de saúde e na falta de pessoal.

Os contratos para oferecimento de alimentação nos presídios são milionários e a previsão em 2019 é que chegue a R$ 200 milhões para o oferecimento de quatro refeições diárias a 15.311 presos. Comumente falta carne e legumes, e pouca variedade, se tem feijão com carunchos e mal preparados, o que provoca diarreia e intoxicação alimentar. Assim, para driblar esse quadro o preso recorre as cantinas que terminam gerando negociatas entre os presos e suas lideranças.

Portanto, no momento da execução da pena no presídio as necessidades básicas não são atendidas, e essa lógica avança no processo formativo e na capacitação dos presos, impossibilitando a aquisição de competência para o exercício de uma profissão.

Por isso, ações como a do Portal de Oportunidades do Projeto Começar de Novo e a metodologia APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados são iniciativas importantes para ressocialização, pois elas envolvem a ação e contribuição da comunidade e das famílias dos apenados e uma perspectiva de acolhimento.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Andressa Larissa de Araújo. **O Professor da Papuda**: a Motivação Para o Ensino Prisional no DF. Brasília: Unb, 2015.

BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum Saraiva.** Ed. Saraiva, 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Vade Mecum Saraiva**. Ed. Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Acesso em: 10 de set. de 2017.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei de Execução Penal: Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal, – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008. 121 p. – (Série Legislação; n. 11).

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário.CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384).

CAPELETI, Célia Regina. **Trabalho prisional**: da previsão legal à realidade carcerária brasileira. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3071, 28 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20512>. Acesso em: 23 fev. 2018.

CAPEZ, Fernando **Curso de direito penal,** volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011. p.27.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil**. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF.Brasília/DF, junho de 2014.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em 07 out. 2017.

DOTTI, Renné Ariel. **Curso de direito Penal**: parte geral. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FALCONI, Romeu. **Reabilitação criminal**. São Paulo: Ícone, 1995.

FALCONI, Romeu. **Sistema presidial**: reinserção social? São Paulo: Ícone, 1998.

FRAGOSO, Heleno. CATÃO, Yolanda. SUSSEKIND. Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense. 1980.

MATTOS, Renata Soares Bonavides. **Direitos dos presidiários e suas violações**. São Paulo: Método, 2001.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de execução penal**: teoria e prática; São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210. 9.ed. São Paulo, Atlas, 2004.

NEBETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ONU. **Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf.> Acesso em 15 de fev 2018.

PASTORE, José. **Trabalho para ex-infratores**. São Paulo: Saraiva, 2011.

REBELO, Jose Henrique Guaracy. **Princípio da Insignificância**: Interpretação Jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OAB. **RELATÓRIO DE INSPEÇÕES PRELIMINARES NOS PRESÍDIOS DO DISTRITO FEDERAL**. Elaborado pelas Comissões de Ciências Criminais e Segurança Pública e de Direitos Humanos da OAB do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140404-03.pdf.> Acesso em 25 de out 2017.

ROSA, Antonio José Miguel Feu, **Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSTELATO, Telma Aparecida. Inclusão social dos ex-detentos: a alegria do retorno à sociedade versus a dificuldade de ressocialização. **Argumenta**: Revista do programa de mestrado em ciência jurídica da UENP, Jacarézinho, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Ciências
Criminais

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL UMA ANÁLISE DA COMPLEXIDADE DO FENÔMENO E SEUS DESAFIOS A PARTIR DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Isabela Santos Ferreira

RESUMO

O tráfico de pessoas para fins de exploração sexual consiste em um crime multifacetado, atingindo largas dimensões na esfera global. Fatores como a desigualdade socioeconômica, o desemprego, a pobreza e a falta de expectativa de melhoria nas condições de vida influenciam substancialmente para que muitas pessoas, especialmente mulheres, saiam de seu país de origem vislumbrando um futuro mais promissor no exterior. No entanto, ao chegarem ao destino esperado, deparam-se com uma realidade bem distinta da almejada com base em falsas promessas feitas pelos agentes das complexas redes criminosas, que se articulam de acordo com as necessidades do mercado em busca do lucro. As mulheres são aliciadas, exploradas, agredidas, e, em situações extremas, mortas, caracterizando-se uma forte afronta aos direitos humanos estabelecidos internacionalmente. Diante desse contexto, a presente monografia tem como escopo tratar a evolução histórica do crime no Brasil e expor os aspectos e características mais marcantes dessa espécie de traficância, em especial a questão da vulnerabilidade da mulher. O trabalho dedicar-se-á a delinear o perfil do ilícito na legislação penal pátria, com especial enfoque na violação aos direitos humanos. Nesse sentido, pretende-se estudar as políticas públicas internas contra o tráfico que devem coadunar-se com os preceitos constantes em documentos estabelecidos no âmbito internacional. A partir da explanação sobre os mecanismos de enfrentamento, buscar-se-á delinear as fragilidades da máquina estatal no combate e prevenção do delito, bem como os desafios para se alcançar resultados eficientes baseados nos pilares da prevenção, da repressão e da punição. Por derradeiro, objetiva-se analisar entendimentos jurisprudenciais emanados pelos Tribunais Regionais Federais.

Palavras-chave: Tráfico Internacional de Pessoas. Exploração Sexual. Direitos Humanos. Código Penal. Lei nº 13.344/2006. Políticas Públicas. Desafios. Enfrentamento. Jurisprudência.

1 INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas consiste em um fenômeno complexo e crescente, que transpõe as fronteiras do globo, movimentando um mercado altamente lucrativo, perdendo somente para o tráfico de drogas e de armas quanto a rentabilidade. Nessa espécie criminosa o ser humano é reduzido à condição de meio para auferir vantagem econômica por meio de atividades como o trabalho escravo, a remoção de órgãos e a exploração sexual, sendo esta última modalidade de tráfico a qual ocupar-se-á a presente monografia.

Essa atividade criminosa reflete um cenário de profundas distorções históricas e das relações dos homens entre si e com questões morais. Sendo assim, o presente trabalho tem o objetivo de expor a problemática do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual como um crime que atinge a dignidade sexual e afronta diretamente a liberdade do indivíduo, em especial a mulher, principal vítima do tráfico internacional para fins sexuais. Assim, impende estudar as questões que desembocam no maior aliciamento feminino.

O anseio de pesquisar o tema foi fomentado pelo fato de a questão do tráfico mostrar-se relevante não somente no âmbito jurídico, como também para a sociedade em geral. Nesse sentido, em que pese a degradação e os efeitos negativos desencadeados pelo crime em comento, é notório que o fenômeno não tem a devida visibilidade e não é encarado pelos atores sociais com a importância que merece.

Apesar de os dados e estatísticas referentes ao tráfico internacional de pessoas não serem precisos e não revelarem o real cenário do problema a nível mundial, os números mais recentes a que se tem acesso revelam uma situação alarmante. À vista disso, pode-se inferir que as ações de prevenção, responsabilização dos autores, atenção e proteção às vítimas do tráfico; as legislações específicas de tutela e punição; bem como demais políticas públicas ora vigentes, não têm sido

satisfatoriamente eficientes no combate ao tráfico e na reinserção adequada das vítimas no seio social.

A justificativa para o presente trabalho reside também na necessidade de se proteger os direitos humanos internacionalmente sedimentados e que são violados com a atividade de traficância, em especial a dignidade da pessoa humana. Neste norte, é de notável interesse que se conheça as políticas públicas e ações estatais direcionadas a combater o tráfico de pessoas de forma geral, e em especial, o de exploração sexual, a fim de estudá-las sob um olhar crítico e construtivo, vislumbrando delinear formas de execução eficazes e bem estruturadas na luta contra a referida problemática.

Ante o exposto, objetivando apresentar as principais características que envolvem o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e a legislação a ela concernente, a presente monografia foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo dedica-se a abordar a evolução histórica do fenômeno do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, a construção desse conceito ao longo das civilizações, as fases de execução do ilícito, o perfil das vítimas e dos aliciadores, com enfoque nos fatores que influenciam a ocorrência do tráfico para exploração sexual, em especial na questão atinente à situação de vulnerabilidade das vítimas, que são mulheres em sua maioria.

O segundo capítulo, por sua vez, dedica-se a compreensão da incidência legal do delito no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do estudo da norma penal incriminadora, a fim de observar as recentes inovações legislativas e os seus respectivos efeitos legais.

O capítulo preocupa-se ainda em estudar a questão dos direitos humanos e seus instrumentos de proteção, os quais são violados na execução do crime, juntamente com as ações e programas desenvolvidos pelo Estado no amparo às vítimas do tráfico para fins de exploração sexual, apoiados na Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Por derradeiro, o terceiro capítulo propõe-se a apresentar a jurisprudência proveniente dos Tribunais Regionais Federais pátrios concernente ao tema, analisando as decisões emitidas pelos órgãos julgadores de segunda instância para entender alguns aspectos pertinentes à matéria, a fim de estabelecer uma comparação com a realidade legislativa atual, bem como com as falhas do sistema de combate e punição do delito.

2 TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

O tráfico de seres humanos consiste em um fenômeno milenar, que ocorre desde os primórdios da história, de variadas formas. As práticas de tráfico transformaram-se em ferramentas modernas de escravidão e exploração, em que o homem é colocado como mero produto para a obtenção de lucro. Representa, portanto, uma das piores mazelas da sociedade contemporânea, revelando um cenário atroz relacionado a diversos aspectos socioeconômicos, históricos e culturais.

Preliminarmente, frente à relevância do fenômeno em tela, faz-se mister expor definições conceituais e tecer explanações sobre características marcantes do tráfico de pessoas.

O Decreto nº 4.388, de 2002, que institui o Tribunal Penal Internacional, por meio do Estatuto Internacional de Roma, faz insertar uma proteção de grande amplitude relativa aos crimes contra a humanidade, tais como a escravidão sexual, a prostituição forçada e demais crimes na seara sexual. O Decreto dispõe em seu artigo 7º, § 2º, "c" que:

> Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa,

> incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.[1]

Algumas são as definições acerca do tráfico de pessoas, a mais acertada e considerada no âmbito internacional está presente no Protocolo Adicional da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, também conhecido como Protocolo de Palermo, o qual surgiu ante a significância e complexidade do cenário do tráfico de pessoas.

O Protocolo, adotado em Nova York em 15 de dezembro de 2000 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004, define o tráfico de pessoas como:

> O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.[2]

O referido documento constitui um instrumento primordial para o enfrentamento do comércio de pessoas. Devido à complexidade das causas do tráfico de pessoas para exploração sexual, pode-se inferir que a edição de leis e a ratificação de tratados não são medidas suficientes para combater a prática do delito, contudo, é notável a importância que tais institutos têm para viabilizar o cumprimento dos três

[1] BRASIL. *Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

[2] BRASIL. *Decreto 5.017, de 12 de março de 2004*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm.>. Acesso em: 14 set. 2017.

principais eixos de atuação a serem adotados pelos países nesta questão, quais sejam: prevenção, repressão e atendimento às vítimas.[3]

O tráfico de seres humanos é uma prática criminosa multifacetada, de abrangência transnacional, que compreende a violação aos direitos do homem, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, estabelecendo-se, dentre as diversas mazelas contemporâneas da sociedade internacional, como uma das mais graves.[4]

Organizações criminosas com alto poder de articulação exploram o ser humano em um negócio com ampla magnitude financeira, de baixos riscos e lucros bilionários, o qual configura-se com o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de uma pessoa por meio de força, coerção ou fraude, com o objetivo de explorá-la, por meio da prostituição ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravidão, servidão ou a remoção de órgãos, de acordo com o supracitado Protocolo de Palermo.[5]

As práticas ilícitas relacionadas ao tráfico tornaram-se ferramentas modernas de escravidão, de violência e cerceamento de liberdades e vidas, tanto é assim, que, atualmente este crime é considerado uma das atividades criminosas mais rentáveis do mundo, segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), os quais incluem o tráfico de seres humanos como a terceira atividade criminosa mais lucrativa do globo, perdendo apenas para o tráfico de armas de fogo e para o tráfico de drogas.[6]

---

[3] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

[4] SILVA NETO, Augusto Rolim da. *O tráfico internacional de pessoas em face aos direitos humanos e ao direito internacional*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43950/o-trafico-internacional-de-pessoas-em-face-aos-direitos-humanos-e-ao-direito-internacional>. Acesso em: 14 set. 2017.

[5] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

[6] BRASIL. Secretaria Internacional do Trabalho. *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. ed. Brasília OIT, 2006. p. 13

A valer, o potencial lesivo do tráfico de pessoas não emerge somente do considerável número de vítimas, outrossim, das inúmeras práticas criminosas que estão associadas ao tráfico, revelando situações de violação aos direitos humanos. O crime do tráfico, muito frequentemente, envolve privação de liberdade, exploração, violência, retenção e falsificação de documentos de identidade, homicídio, estupro, tortura psicológica e física, sequestro com cárcere privado, formação de quadrilha, corrupção passiva, concussão, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, estelionato, lesões corporais, maus-tratos, entre demais crimes.

Aspectos como a exclusão social, a ruptura familiar, a precarização do trabalho, o desconhecimento de direitos, a baixa escolaridade, a crescente demanda pela procura de serviços sexuais, a tecnologia empregada no marketing e propaganda dos serviços oferecidos, e a falta da devida fiscalização, influenciam em larga escala a acentuação da problemática.[7]

Ressalta-se que as origens do crime em tela não residem apenas nas questões socioeconômicas e estruturais, tendo em vista que outros aspectos também devem ser considerados determinantes para a ocorrência do crime. As raízes do tráfico encontram-se mais na existência da demanda pela exploração de seres humanos, que fomenta um ativo e lucrativo mercado consumidor das vítimas de exploração sexual, do que nas características das vítimas.[8]

A postergação do crime se dá muito em virtude da omissão do Estado quanto ao combate à violência de gênero, e a negligência em relação aos fatores socioeconômicos e as inócuas políticas públicas de melhoramento da condição do nível social da população em geral no Brasil.

2.1 Evolução histórica do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual

[7] BRASIL. Secretaria Internacional do Trabalho. *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. ed. Brasília OIT, 2006. p. 15

[8] BRASIL. Secretaria Internacional do Trabalho. *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. 2. ed. Brasília OIT, 2006. p. 15.

Historicamente, o Brasil é marcado negativamente pelo tráfico internacional de pessoas e pela exploração sexual. No que se refere a essa questão tão problemática, é oportuno que se esboce a origem do tráfico de pessoas para a exploração sexual no Brasil, o qual delineou-se a partir do tráfico de escravos negros. Hodiernamente, o tráfico internacional de pessoas, que está diretamente relacionado à prática da prostituição, está sendo referenciado como uma das principais formas de escravidão moderna.

Desde a época colonial o país é conhecido pelo tráfico de escravas negras, muitas das quais eram obrigadas a prestar serviços sexuais a seus senhores e a se prostituírem. Findo o tráfico negreiro, escravas brancas foram trazidas ao país para serem exploradas sexualmente. Atualmente, o Brasil, de importador, passou a se destacar, notadamente, como exportador de escravos sexuais na esfera internacional.[9]

A escravidão surgiu nos primórdios da história, quando os povos vencidos eram escravizados pelos vencedores, muito anteriormente ao surgimento do tráfico negreiro, desde então, muitas civilizações fazem uso do trabalho escravo e exploram tal mão-de-obra em diversos campos, inclusive o sexual. Comparativamente, a diferença primordial entre o tráfico de pessoas contemporâneo e o tráfico negreiro dos séculos XVI a XIX no Brasil, reside no fato de que este último não era considerado ilegal.[10]

O liame existente entre as duas práticas tratadas está presente no domínio de um superior em relação àquele que é tido como vulnerável e na utilização da traficância como forma de impulsionar o mercado de exploração humana.

A violação sexual das mulheres negras não se restringia apenas à casa dos senhores, mas estendia-se também às senzalas, mesmo que de maneira menos expressiva. Àquela época, em que pese tivessem sido comprovados casos de

[9] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55

[10] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55

estupros por parte dos senhores, estes não sofriam punição em nenhum âmbito pelo Poder Judiciário.[11]

Ao passo que as escravas negras não recebiam nenhum tipo de amparo judicial. Em sua obra, Rodrigues apresenta um caso representativo, analisado por Janaína Paschoal, o da escrava Honorata, que, segundo a autora

> Embora comprovadamente estuprada por seu senhor quando tinha cerca de 12 anos de idade, não houve por parte do Poder Judiciário qualquer tipo de punição. O juiz da primeira instância pronunciou o acusado, porém a Relação de Pernambuco, com o voto do Desembargador Freitas Henriques, anulou o feito *ab initio*, alegando desde questões formais, como a proibição de a escrava dar seu depoimento em juízo sem ser representada pelo senhor, até a razão absurda de que não poderia haver crime de estupro contra uma escrava, uma vez que o tipo penal exigiria duas pessoas livres.[12]

No que concerne a este tema, a obra "O Abolicionista", de Joaquim Nabuco, preceitua que os senhores empregavam suas escravas neste ofício e recebiam os lucros oriundos da exploração sem que perdessem a propriedade sobre elas.[13]

Nesse contexto, a partir do século XIX, começaram a surgir propostas de ações de liberdade, elaboradas por advogados abolicionistas com o objetivo de coibir a prática exploratória. As propostas eram fundamentadas com cerne no argumento do direito romano de que o direito do senhor à propriedade não poderia configurar ofensa à lei e ao costume. Concluindo assim que, o fato de forçar escravas a se prostituírem, consistiria em justificativa para a perda da propriedade.[14]

Em 1988, depois de um século do advento da Lei Áurea, que aboliu a escravatura no Brasil, era de se esperar que a sociedade evoluísse no sentido de deixar no passado o cenário atroz de exploração sexual. Aqui, na teoria isto ocorreu,

---

[11] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.
[12] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.
[13] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.
[14] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

o Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966, promulgou a Convenção sobre Escravatura, de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953, e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, de 1956, na qual o seu artigo 2º determina que os Estados signatários se comprometam a impedir e a reprimir o tráfico de escravos e a promover a abolição completa da escravidão sob todas as suas formas.

Também trata da matéria a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que estabelece no artigo 4º que ninguém será mantido em escravidão ou servidão, e que a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas. Destaca-se ainda o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, que no artigo 6º proíbe a escravidão e a servidão, assim como o tráfico de escravos e de mulheres. Salienta-se, contudo, que, na prática, tem-se uma situação bem diferente do que foi formalizado: em pleno século XXI, homens e mulheres continuam sendo traficados, escravizados e explorados sexualmente.[15]

Findo o tráfico negreiro no Brasil, a exploração sexual de mulheres adquire uma nova caracterização durante o século XIX e o início do século XX, nesse contexto, em palavras da autora Thaís de Camargo Rodrigues, "a mulher transformou-se em produto de exportação da Europa para outros continentes".[16]

No continente americano as mulheres eram aliciadas de diversas formas, como ainda acontece nos tempos atuais. Muitas assinavam contrato com seus exploradores, os quais eram constituídos de maneira a torná-las devedoras para o resto de suas vidas, aqui, faz-se uma analogia com a chamada escravidão por dívida.[17]

Nesse âmbito, os Estados, inclusive o Brasil, reuniram-se para debater a questão em tela e elaborar acordos internacionais com o intuito de prevenir e punir o

[15] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.
[16] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.
[17] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60

crime tratado, considerando-se o crescente movimento do tráfico internacional de mulheres para a prostituição e os grandes fluxos migratórios. Alguns acordos foram assinados, entre eles a Convenção Internacional relativa à Repressão do Tráfico de Escravas Brancas, promulgada no Brasil.[18]

Entre outros acordos, cabe assinalar que, em 1934, promulgou-se no Brasil a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças. Sob o baluarte da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1950, foi assinada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que, de acordo com a autora, "foi a primeira a reconhecer que qualquer pessoa poderia ser vítima do crime de tráfico internacional de pessoas".

Observa-se uma evolução no que se refere à legislação internacional sobre a matéria ao longo do século XX. Constata-se que houve um alargamento em relação ao objeto de proteção, que anteriormente destinava-se apenas às escravas brancas, estendendo-se para "mulheres e crianças" e, posteriormente, para "seres humanos". É notória também a mudança em relação ao tratamento dispensado à vítima do tráfico, que passou a não ser tratada como criminosa, sendo reconhecida a necessidade de oferecer-lhe proteção e apoio.[19]

No que se refere ao aspecto da abrangência, atualmente o foco não se restringe apenas à prostituição, mas consiste na proteção de toda e qualquer forma de exploração, seja ela no campo sexual, laboral ou de remoção de órgãos, acarretada pelo tráfico internacional.[20]

A despeito do passar do tempo, a exploração na sociedade contemporânea ainda carrega semelhanças em relação ao tráfico de outrora, tais como: caráter

[18] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62
[19] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.
[20] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

transnacional, vítimas vulneráveis, engodo durante o aliciamento, situação de escravidão por dívida no local de destino, por exemplo.[21]

Em uma análise geral, pode-se sublinhar que a globalização, os avanços tecnológicos, a revolução nos meios de comunicação e de transporte, tornaram o tráfico de pessoas uma atividade ainda mais lucrativa[22]. Esse negócio é possível graças à estruturação do crime organizado, com o qual tem estreita ligação, associado muitas vezes à corrupção de instituições e corporações importantes no contexto de combate e fiscalização a esse crime. Nessa esteira, sustenta Damásio de Jesus:

> [...] A exploração sexual fornece a base de sustentação logística e simbólica do agenciamento de mulheres e crianças para o tráfico. A exploração sexual oferece o ambiente propício para a inserção no mundo da ilegalidade, da falsificação de documentos, da corrupção de policiais e da sujeição de pessoas.[23]

Não há estatísticas confiáveis suficientes acerca do tráfico de pessoas para se afirmar os números e as características relacionadas ao crime, contudo, a partir da observação dos dados de diversas fontes a que se tem acesso, constata-se que o tráfico de pessoas movimenta valores exorbitantes, envolve milhares de pessoas em todo o globo e ostenta um cenário arrasador.

Nessa perspectiva, as fontes de pesquisa são consonantes quanto ao fato de as mulheres e meninas representarem a maioria esmagadora quando se trata da exploração sexual. A cultura patriarcal e o machismo, que subjugam e objetificam o corpo feminino, sustentam, ao longo dos anos, a violência contra a mulher, permitindo a impunidade do agressor no âmbito do Poder Judiciário e colocando a mulher em uma posição desemparada, suscetível a exploração.

---

[21] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

[22] RAMINA, Larissa. Tráfico internacional de pessoas: subproduto da globalização. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Coluna/Trafico-internacional-de-pessoas-subproduto-da-globalizacao/28833>. Acesso em: 14 out. 2017.

[23] JESUS, Damásio E. de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças* – Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003. p.126.

2.2 Distinção entre tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e tráfico de migrantes ilegais

O tráfico de pessoas é um fenômeno mundial que envolve a maior parte das nações do globo, sendo muito abrangente em relação às suas causas fomentadoras, como a pobreza, a falta de acesso à educação, o desemprego, os conflitos bélicos, os desastres naturais, a discriminação de gênero, religiosa ou étnica, entre muitos outros fatores, que, ao serem ramificados, percebe-se que há uma multiplicidade de questões a eles interligados.[24]

Nesse sentido, é imperioso propor que se faça uma distinção entre as expressões tráfico de pessoas para fim de exploração sexual e tráfico de migrantes ilegais, vislumbrando evitar interpretações equivocadas.[25]

A partir da diferenciação da matéria tratada em dois Protocolos adicionais Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, é possível sanar as confusões em torno das conotações das expressões supracitadas[26]. O artigo 3º do Protocolo promulgado pelo Decreto nº 5.016, de 2004, define o tráfico de migrantes, nos termos de Rodrigues, como "a promoção com o objetivo de obter, diretamente ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente".[27]

Feitas tais elucidações, é possível estabelecer distinções entre o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e o tráfico de migrantes. A começar pelo objetivo, que no tráfico de pessoas é a exploração, a objetificação da pessoa traficada, pela qual o traficante almeja obter lucros; no tráfico de migrantes, a

[24] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.
[25] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.
[26] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69
[27] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

finalidade é tão somente promover a entrada de forma ilegal em determinado país por meio de recompensa financeira.[28]

Considerando-se a finalidade do tráfico, é identificável a vítima para cada circunstância, no tráfico de pessoas é a pessoa traficada e no de migrantes ilegais é o próprio Estado, que tem sua legislação violada por traficante e traficado, neste último caso, o migrante é o "objeto" do tráfico, conforme o Protocolo relativo ao combate ao tráfico de migrantes. No que toca à renda proveniente dos diferentes tráficos, no tráfico de pessoas é contínua, mediante a exploração, por outro lado, no tráfico de migrantes, o lucro é advindo de apenas uma transação.[29]

Caso o imigrante ilegal seja vítima de outros crimes durante o processo migratório, tais como estupro ou roubo, esses delitos não representam a exploração na forma convencionada no Protocolo de Palermo. Notabiliza-se ainda que, caso o tráfico para exploração apresente características do contrabando de migrantes, tais como falsificação de documentos e entrada ilícita, podendo induzir a erro quanto à consideração do tipo de tráfico, a distinção deve ser feita por meio da avaliação da finalidade, do intento maior do tráfico, que em relação ao tráfico de pessoas é sempre a exploração.

No que tange ao consentimento, no contrabando de migrantes a pessoa contrabandeada tem ciência do que está contratando e concorda com isto. No tráfico de pessoas com fim de exploração sexual, na maioria das vezes a vítima é coagida ou investida em erro, geralmente com promessas originais de contratação em outras atividades, apresentando assim um consentimento viciado.[30]

O pagamento consiste em outro diferencial. No tráfico de migrantes, o valor referente às despesas da viagem e aos "serviços" do traficante são acertados previamente. Já no tráfico de pessoas, o valor expendido na viagem é, geralmente,

[28] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71-72
[29] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71-72.
[30] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73.

cobrado após a chegada no destino final, a um preço muito alto, colocando assim o traficado em posição de sujeição diante do traficante por conta da dívida criada.[31]

2.3 Vulnerabilidade, abordagem e aliciamento das vítimas

Os responsáveis designados para o aliciamento de pessoas a serem exploradas sexualmente buscam identificar, em um primeiro momento, os pontos de maior vulnerabilidade no seio social, inserindo-se em estratos nos quais sejam mais visíveis os problemas socioeconômicos, vislumbrando, assim, encontrar pessoas mais suscetíveis a interessarem-se pela migração internacional.

Posto isso, a rede do tráfico se delineia de modo a aproximar-se de alvos mais tentados a ceder às propostas migratórias, que, ao menos inicialmente, costumam mostrar-se convidativas e atraentes.

Faz-se mister salientar que os principais fatores de vulnerabilidade que propiciam a ambiência para que o tráfico de pessoas possa perpetuar-se não estão adstritos única e exclusivamente a questões de cunho econômico e social. Contudo, evidente que as condições impostas por tais fatores, como a busca por melhores oportunidades de trabalho para o sustento próprio e da família, figuram entre as motivações preponderantes que acabam por levar pessoas a acreditarem em falsas promessas que, posteriormente, revelam-se como situações exploratórias e atentatórias à dignidade humana.[32]

Observa-se que, em virtude de a condição precária das vítimas ser um dos fatores determinantes para o aliciamento das vítimas, países subdesenvolvidos, como o Brasil, que, no geral apresentam graves desigualdades sociais e econômicas, são os principais exportadores de pessoas traficadas.

Nesse cenário, aspectos culturais e políticos também reforçam a ambiência propiciadora para a ocorrência do crime em tela, em tal meandro destaca-se: a

[31] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 74.
[32] RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

demanda por serviços sexuais; a cultura patriarcal e machista; a desigualdade de raça e gênero; políticas migratórias restritivas que impõem óbices à migração regular; a corrupção, entre outros aspectos.[33]

Ainda nesse âmbito, sustenta-se que as motivações podem revelar-se mais complexas e subjetivas, como a vontade de conhecer o exterior e explorar novas culturas, o desejo de aprender uma nova língua, a ânsia em transformar o corpo, a necessidade de afastar-se de uma realidade de violação de direitos, tais como a violência doméstica, a homofobia e o abuso sexual intrafamiliar.

O tráfico aproveita-se dos sonhos, das ambições, das necessidades do ser humano, inserindo-se nos espaços em que restam poucas alternativas com uma promessa que parece plausível e aceitável. As vítimas são atraídas pelo desejo capitalista de prosperidade, arriscando-se em busca de uma pretensa vida melhor que seja adversa à realidade pobre em que estão inseridas, por vezes miserável e com poucas expectativas de mudança.[34]

Neste norte, prelecionam Maria Lúcia Leal e Maria de Fátima Leal, coordenadoras da Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial (PESTRAF):

> O tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual é determinado, por um lado, pelas relações contraditórias entre capital e trabalho, e por outro, pelas relações culturais que sustentam uma ideologia classista e patriarcal, que reduz estes segmentos a um processo histórico de subalternidade e de violação de direitos.[35]

[33] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF: Relatório Nacional – Brasil. Brasília: CECRIA, 2002. p. 66.

[34] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF: Relatório Nacional – Brasil. Brasília: CECRIA, 2002. p. 57.

[35] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF: Relatório Nacional – Brasil. Brasília: CECRIA, 2002. p. 52.

No que se refere à configuração do delito, as abordagens iniciais desenrolam-se de diversas maneiras, desde anúncios no rádio, em meios eletrônicos, como por intermédio de falsas agências de modelos, até por meios aparentemente inocentes, como a entrega de brinquedos para meninas das periferias.

Os aliciadores costumam relacionar-se com as vítimas, de forma que, por meio da proposta de viagem ao exterior, possam oferecer justamente aquilo que lhes falta ou que elas vislumbrem de forma especial, tornando, assim, as ofertas tentadoras. Essas figuras buscam aproximar-se dos alvos com um tipo de contato que vise estabelecer um vínculo de confiança que permita o desenvolvimento de negociações e tratativas promissoras, chegando a um exercício de poder sobre as vítimas.[36]

Os aliciadores têm utilizado como estratégia escolher algumas de suas próprias vítimas para servirem de exemplo e inspiração às futuras pessoas a serem traficadas, com o intuito de demonstrar a elas que é possível conquistar o que almejam. A possibilidade de auferir montante razoável de dinheiro em um curto período de tempo acaba figurando como um atrativo às pessoas abordadas para aceitarem as propostas de trabalho no exterior.[37]

As ofertas realizadas usualmente abrangem, além do trabalho, a cobertura das demais despesas necessárias com a viagem e com a pretensa ocupação, tais como a documentação, o visto do país onde se pretende acomodar, tratamentos estéticos e novas vestimentas.[38]

As redes do tráfico funcionam com a participação de diversas pessoas que desempenham diferentes funções. As organizações criminosas, costumeiramente,

[36] MARTINS, Felipe Antunes. *Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual*: breves considerações. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/trafico-internacional-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual-breves-consideracoes/>. Acesso em: 14 set. 2017

[37] MARTINS, Felipe Antunes. *Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual*: breves considerações. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/trafico-internacional-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual-breves-consideracoes/>. Acesso em: 14 set. 2017

[38] SANTOS, Afonso Mendes dos. *Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual, o crime do Século XXI*. Disponível em: <https://drafonsomendes.jusbrasil.com.br/artigos/178786659/trafico-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual-o-crime-do-seculo-xxi>. Acesso em: 14 set. 2017

escondem-se sob as fachadas de empresas comerciais regulares voltadas para a área do turismo, do transporte, do entretenimento, da indústria cultural e pornográfica, da moda, das agências de serviços de massagem, de acompanhante, dentre outros ramos que facilitem a prática do tráfico para fins de exploração sexual. Os referidos setores de atuação são elegidos porque se relacionam de alguma forma com a sexualidade, ou porque o perfil do público destes ramos é coincidente com o alvo do tráfico.[39]

Nesse ponto, é oportuno frisar que não necessariamente há a participação de um agente estranho que age com o intuito de ludibriar a pessoa a ser explorada. Em muitos casos os aliciadores são pessoas próximas, como familiares, amigos e colegas das vítimas.[40]

Por vezes, uma família ou um membro específico de alguma família, que, porventura, encontre-se em situação hipossuficiente e carente de recursos, conduz um outro membro do seio familiar aos traficantes para ser explorado sexualmente no exterior, mediante a promessa do pagamento de uma contraprestação ou recompensa à própria família, o que, por óbvio, na maioria das vezes não acontece.

2.4 Perfis das vítimas e dos aliciadores

As pesquisas e os dados estatísticos sobre o tema revelam que as principais vítimas do tráfico internacional de pessoas para exploração sexual são mulheres adolescentes e travestis, o que corrobora o caráter de crianças, vulnerabilidade como sendo determinante para o aliciamento

No Brasil, a maior parte das vítimas dessa espécie de tráfico são mulheres negras, entre 15 e 25 anos[41], com pouca instrução e com escassas oportunidades de

[39] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. *Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF*: Relatório Nacional – Brasil. Brasília: CECRIA, 2002. p. 57-63.

[40] MARTINS, Felipe Antunes. *Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual*: breves considerações. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/trafico-internacional-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual-breves-consideracoes/>. Acesso em: 14 set. 2017.

[41] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. *Pesquisa Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial* Brasília: CECRIA, 2002. p. 64.

trabalho, circunstâncias que, como já explicitado, acabam por tornar as pessoas mais suscetíveis a serem conduzidas à exploração sexual internacional.

Os aliciadores têm como principal público alvo mulheres jovens, no início da fase adulta, com baixo grau de escolaridade, preferencialmente solteiras e carentes de oportunidades para ascensão social. Essas preferências se dão pois, via de regra, esse perfil de mulher possui maior disponibilidade de viajar, de se ausentar, além de se deixarem enganar com maior facilidade.[42]

As vítimas estão geralmente inseridas em atividades laborais referentes à prestação de serviços domésticos (empregadas domésticas, diaristas, zeladoras) e do comércio em geral (balconistas, garçonetes, auxiliar de serviços gerais).[43]

As traficadas costumam habitar espaços urbanos periféricos com carência de saneamento, transporte e demais serviços públicos, também residem com algum familiar, sendo que muitas delas têm filhos. A maior parte das vítimas reside em municípios interioranos com baixo índice de desenvolvimento humano, sendo que as vítimas provenientes de grandes centros urbanos ocupam áreas suburbanas ou periféricas.[44]

Algumas organizações criminosas atuantes procuram, por intermédio de seus aliciadores, algumas características mais específicas em suas vítimas, como algum talento artístico, etnia diferenciada, entre outras particularidades, tendo em vista que o valor eventualmente pago por essas pessoas pode ser consideravelmente superior em comparação às demais.[45]

Essas vítimas costumam ser aliciadas por meio de promessas sedutoras para a obtenção de grandes lucros por intermédio do exercício da prostituição em lugares

[42] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. *Pesquisa Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial* Brasília: CECRIA, 2002. p. 64-66.
[43] BRASIL. Secretaria Internacional do Trabalho. *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. Brasília: OIT, 2006. p. 25.
[44] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. *Pesquisa Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial* Brasília: CECRIA, 2002. p. 61.
[45] COLARES, Marcos. *I diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos*: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2004.

com clientes de maior poder aquisitivo, desconhecendo as reais condições de trabalho e pretensões dos aliciadores. Todavia, ao chegarem ao destino deparam-se com um contexto muito diferente do que havia sido pactuado.

Expõe-se abaixo trecho de uma reportagem publicada no ano de 2008, que trata exatamente de um caso de exploração com essa peculiaridade.

> Ao contrário da maioria dos casos em que há um aliciamento com falsas promessas de trabalho, as brasileiras desta quadrilha viajavam a Madri sabendo que trabalhariam na prostituição. Mas desconheciam o sistema que os policiais espanhóis descreveram como "regime de escravidão". Quando fechavam acordo com a organização, recebiam passaporte, dinheiro e instruções para passar pela imigração do aeroporto de Madri como turistas. No desembarque, elas eram levadas em táxis comuns até o prostíbulo sabendo que a dívida com os chefes era de 3 mil euros (aproximadamente R$ 9 mil).[46]

Efetuadas as tratativas entre os agentes e os traficados, as vítimas partem rumo ao país no exterior, iniciando uma trajetória que idealizaram ser uma etapa promissora de suas vidas, sem imaginar a árdua e amarga realidade que lhes espera. Ao chegarem ao país estrangeiro têm, além de suas expectativas frustradas, suas liberdades ceifadas e suas dignidades feridas.

Com o ingresso na cidade, deparam-se com o inesperado. No geral as vítimas têm seus passaportes e outros documentos confiscados pelos agentes, que a partir de então serão seus verdadeiros algozes, os quais lhes revelam que terão de arcar com todo o custo referente ao transporte até o exterior e com as demais despesas inicialmente pagas pelas organizações, inclusive com eventual cobrança de juros que os agentes entendem conveniente exigir.

As vítimas são levadas para casas noturnas e outros ambientes do tipo em que são obrigadas a se prostituir ou a exercer outras ocupações relativas a atividades eróticas, tornando-se escravas de um sistema internacional de exploração sexual da pessoa humana.

[46] INFANTE, Anelise. *Grupo acusado de escravizar prostitutas brasileiras é preso em Madri*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/bbc/2008/12/475092-grupo-acusado-de-escravizar-prostitutas-brasileiras-e-preso-em-madri.shtml>. Acesso em: 24 out. 2017.

Abaixo, apresenta-se um trecho de reportagem que trata sobre um caso de brasileiras e tailandesas obrigadas a se prostituir para pagar dívidas com traficantes.

> A polícia holandesa anunciou nesta quarta-feira que prendeu três pessoas suspeitas de terem forçado quatro mulheres brasileiras e tailandesas a se prostituir em hotéis nos arredores de Leyde, no oeste da Holanda. A investigação, iniciada em novembro de 2007, "revelou que as quatro mulheres estavam em vários hotéis das imediações de Leyde, onde eram forçadas a se prostituir", segundo a nota. Os suspeitos exigiam supostamente 20 mil euros das mulheres por tê-las ajudado a entrar ilegalmente em território holandês. "Deviam pagar essa dívida se prostituindo", afirmou a polícia.[47]

Registra-se ainda que, correntemente, as vítimas são mantidas em cárcere privado, sob permanente vigilância e ameaça, em caso de desobediência e tentativa de fuga, por exemplo. As ameaças inclusive são extensivas às famílias que estão no país de origem.

No geral, as traficadas vivem na clandestinidade, em condições subumanas, têm má alimentação, habitam e trabalham em ambientes insalubres e hostis, com estrutura física e estado de higiene inadequados, tendo que dividir dormitórios com várias pessoas.[48]

As mulheres laboram muitas horas por dia no mercado do sexo, não podendo recusar clientes, sendo muitas vezes submetidas ao uso abusivo de drogas e álcool para permanecerem despertas e conseguirem cumprir a rotina exaustiva a que são submetidas. Algumas são obrigadas a fazer uso de drogas dentro dos quartos para que os clientes comprem as substâncias ilícitas e as consuma junto delas, o que alimenta o tráfico de drogas, que muitas vezes é uma atividade praticada em concomitância com o tráfico de pessoas pela mesma organização criminosa.[49]

---

[47] DGABC. *Polícia holandesa prende três pessoas envolvidas em prostituição de brasileiras e tailandesas.* Disponível em: <http://www.dgabc.com.br/Noticia/262924/policia-holandesa-prende-tres-pessoas-envolvidas-em-prostituicao-de-brasileiras-e-tailandesas>. Acesso em: 29 out. 2017.

[48] JESUS, Damásio de. *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças* – Brasil. Aspectos Regionais e Nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 109.

[49] BARBOSA, Cíntia Yara Silva. Significado e abrangência do "novo" crime de tráfico internacional de pessoas: perspectiva a partir das políticas públicas e da compreensão doutrinária e jurisprudencial. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-

Soma-se a toda essa conjuntura o fato de sofrerem preconceito e discriminação por parte dos clientes e dos donos dos estabelecimentos. Outrossim sofrem depreciações, violência física e psicológica, torturas, coações, estupros, entre outros atos atentatórios à pessoa humana.

Em relação ao aliciamento do público masculino, que representa uma parcela ínfima frente a esmagadora maioria de traficadas do sexo feminino, pode-se destacar o futebol, o qual tem sido atrativo para aliciar jovens homens para a exploração no exterior. Falsas promessas de contratos esportivos milionários e o ingresso em times europeus de renome constituem engodo utilizado para se praticar o tráfico humano.

Os homens do Brasil e de países da África são os principais alvos dessa prática, devido à qualidade futebolística e ao elevado nível de pobreza existente nesses países. Nesse sentido, o ex-jogador de futebol e representante da organização não governamental francesa Culture Foot Solidaire, que presta assistência a jovens jogadores abandonados por supostos agentes, enuncia sobre a forma que os agentes atuam:

> Esses falsos agentes se oferecem para providenciar transporte e contratos na Europa a garotos que creem que poderão ter bons resultados no futebol europeu e ser vendidos a algum clube por uma boa soma de dinheiro.[50]

Na conjuntura do mercado do sexo, tanto o perfil do aliciador como o da pessoa explorada estão diretamente relacionados às exigências do mercado de tráfico para fins sexuais, isto é, quem define os referidos perfis são as próprias exigências mercadológicas, a demanda (consumidor).[51]

---

pessoas/significado-e-abrangencia-do-novo-crime-de-trafico-internacional-de-pessoas-perspectivado-a-partir-das-politicas-publicas-e-da-compreensao-doutrinaria-e-jurisprudencial-cintia-barbosa>. Acesso em: 29 out. 2017

[50] BIZZOTO, Márcia. *Futebol é usado para tráfico humano na Europa, diz estudo*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/03/070314_futebolimigracaomb.shtml>. Acesso em: 28 out. 2017

[51] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF: Relatório Nacional – Brasil. Brasília: CECRIA, 2002

Em contraposição às descrições das vítimas, em que os homens constituem minoria, estes possuem contribuição expressiva nas atividades de aliciar e traficar pessoas, principalmente no que se refere ao tráfico grupal, em que um grupo de pessoas é traficado juntamente.

A presença feminina como aliciadora é significativa apenas nos casos de traficância isolada, por não suscitar maiores suspeitas, devido ao elevado grau de confiabilidade depositado por uma mulher em outra, e também pelo fato de a mulher poder mostrar-se como exemplo de quem mudou-se para outro exterior e logrou êxito.[52]

Diferentemente também do que se constatou ao examinar as peculiaridades das vítimas, a faixa etária média dos aliciadores no Brasil é maior, com idades compreendidas entre 20 e 50 anos[53]. No que tange ao grau de escolaridade, que no caso das vítimas são, em sua maior parte, baixos ou inexistentes, a maioria dos aliciadores possui formação em nível médio e até mesmo superior. Tal predomínio guarda relação com o fato de o tráfico ser, ordinariamente, financiado por grandes empresários.

Na rede complexa do tráfico internacional de pessoas para a exploração sexual o aliciador é o membro que induz as vítimas a saírem de seu país de origem rumo a outros países, iludindo-as com promessas de ascender economicamente. Geralmente desempenham, em concomitância com o aliciamento, outras atividades.

A maior parte dos envolvidos no tráfico exerce atividade empresarial em negócios variados, como salão de beleza e agência de turismo. Muitos são empresários do ramo do entretenimento, como proprietários de boates, casas de show, bares e outros estabelecimentos que fazem parte da rede de favorecimento do tráfico de pessoas.

---

[52] COLARES, Marcos. I diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2004. p. 31

[53] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF: Relatório Nacional – Brasil. Brasília: CECRIA, 2002. p. 63

Depreende-se que o tráfico internacional de pessoas constitui um negócio que demanda altos montantes de recursos financeiros, motivo pelo qual apenas um pequeno contingente de acusados desenvolve atividades profissionais menos lucrativas, sendo estes, majoritariamente, intermediários, não financiadores da operação.[54]

Dentre os financiadores da atividade de traficância destacam-se algumas figuras pertencentes à elite econômica, ocupando cargos na política, no funcionalismo público, ligados à área de justiça e segurança[55]. Esse perfil dificulta a repressão ao tráfico, haja vista que muitos não atraem suspeitas sobre si.

3 INCIDÊNCIA DO ILÍCITO NA LEGISLAÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

3.1 A Lei nº 13.344, de 2016

O advento da Lei nº 13.344, de 2016, a Lei do Tráfico de Pessoas, publicada em 7 de outubro de 2016, trouxe inovações consideráveis para a tipificação penal do fenômeno no Brasil. A matéria já era disciplinada amplamente na esfera internacional, como no Protocolo Adicional à Convenção da Nações Unidas contra o Crime Organizado relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto nº 5.017, de 2004.[56]

Não obstante o compromisso assumido pelo Brasil em órbita internacional, antes da recente inovação legislativa, o ordenamento jurídico nacional reprimia criminalmente apenas o tráfico de pessoas em sua forma de exploração sexual, com as figuras incriminadoras presentes nos artigos 231 e 231-A, ambos do Código Penal.

---

[54] COLARES, Marcos. I diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2004. p. 33

[55] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF: Relatório Nacional – Brasil. Brasília: CECRIA, 2002. p. 63

[56] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Lei de tráfico de pessoas traz avanços e causa perplexidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-trafico-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 fev. 2018

Sob a perspectiva dos documentos internacionais que o Brasil era signatário, denota-se que a proteção conferida por esses artigos era insuficiente, haja vista que o comércio de pessoas abarca um espectro bem maior, incluindo outros tipos de exploração, além da exploração sexual.[57]

Esse cenário alterou-se com a edição da nova lei, de modo que o Brasil, que estava em mora com a comunidade internacional, estabelece mecanismos mais eficientes de prevenção e repressão do tráfico de pessoas.

Isto posto, com o intuito de adequar o Código Penal do Brasil à legislação internacional, a Lei nº 13.344, de 2016, revogou formalmente os artigos 231 e 231-A, ambos previstos no Título VI – dos crimes contra a liberdade sexual, migrando-os para novo tipo penal, de maior amplitude, previsto no artigo 149-A, do Código Penal, presente no Título I – dos crimes contra a pessoa – Capítulo IV – dos crimes contra a liberdade individual, abarcando, além da finalidade de exploração sexual, a remoção de órgãos, trabalho em condições análogas à de escravo, servidão e adoção, o que representa avanço inquestionável no combate ao tráfico de pessoas.[58]

É imperioso constatar que o referido diploma legal, acompanhando o que dispõe os tratados de direitos humanos, ampliou o âmbito de proteção, assentando-se nos três eixos estabelecidos no Protocolo de Palermo, prevenção, repressão e assistência à vítima.

Antes, a Lei nº 11.106, de 2005, dentre outras modificações, já havia alterado o artigo 231, do Código Penal, por meio da ampliação da tutela penal ao sexo masculino, que passou a considerar ambos os sexos, feminino e masculino, como possíveis sujeitos passivos do crime de tráfico internacional de pessoas para fins sexuais, respeitando, assim, a determinação da igualdade de gêneros presente na Constituição Federal Brasileira.

---

[57] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Tráfico de Pessoas: Lei 13.344/2016 comentada por artigos. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 11

[58] DE CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. *Lei de tráfico de pessoas traz avanços e causa perplexidade*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-trafico-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 fev. 2018.

3.2 A norma penal incriminadora

Para o estudo do crime de tráfico de pessoas vale transcrever o *caput*, os respectivos incisos e o preceito sancionador do artigo 149-A:

> Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> I - Remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> - Submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> IV - Adoção ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
> V - exploração sexual. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> § 1o A pena é aumentada de um terço até a metade se: (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> I - O crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> - O crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> IV - A vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)
>
> § 2o A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)[59]

[59] BRASIL. Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

Deve ser esclarecido que não se molda abolitio criminis na inovação em tela, tendo em vista que não houve a supressão material do fato criminoso, mas tão somente a revogação formal do tipo penal. Na realidade, incide neste caso o princípio da continuidade normativo-típica, pois a conduta continua sendo definida como crime, muito embora tenha havido a alteração topográfica do tipo penal.[60]

Com a introdução do artigo 149-A, do Código Penal, que ampliou as finalidades do tráfico de pessoas, a pena cominada para o crime, quando praticado dentro do território nacional, passou a ser de reclusão de quatro a oito anos e multa, mantendo-se o afastamento de aplicação de quaisquer dos benefícios da Lei nº 9.099, de 1995, não sendo cabível, portanto, a suspensão condicional do processo.

A pena prevista é mais gravosa do que a estabelecida anteriormente para os crimes dos artigos 231 e 231-A, do Código Penal, ora revogados pela Lei nº 13.344, de 2016, as quais eram respectivamente de reclusão de 3 a 8 anos e de reclusão de 2 a 6 anos. Assim, em se tratando de lex gravior, lei posterior mais gravosa, não pode retroagir para prejudicar a situação do réu.[61]

No que tange à conduta, o artigo 149-A, do Código Penal descreve um crime de ação múltipla, conteúdo variado ou tipo misto alternativo, contemplando vários núcleos verbais: agenciar, aliciar, recrutar, transferir, comprar, alojar ou acolher. Cumpre esclarecer que, se o agente realizar mais de um verbo no mesmo contexto fático, ainda que consiga realizar todos os previstos no tipo, terá cometido crime único em obediência ao princípio da alternatividade, não ensejando novos crimes.

O crime tipificado no supracitado artigo trata-se de uma infração penal comum, em que o sujeito ativo e o sujeito passivo do crime podem ser qualquer pessoa. Eventual condição especial de algum dos sujeitos pode justificar aumentos de pena.

---

[60] PUREZA, Diego Luiz Victório. *Crime do tráfico de pessoas após a lei nº 13.344/2016*. Disponível em: <http://blog.projetoexamedeordem.com.br/o-crime-de-trafico-de-pessoas-apos-a-lei-no-13-3442016/>. Acesso em: 15 fev. 2018.

[61] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Lei de tráfico de pessoas traz avanços e causa perplexidade*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-trafico-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 fev. 2018.

Em relação ao tráfico internacional de pessoas, ao invés de figura criminosa autônoma, o legislador o instituiu como causa de aumento de pena, tendo considerado como majorante apenas a retirada da vítima do país, olvidando-se de sua colocação no território nacional.

Dentro da figura incriminadora há condutas que denotam permanência, tais como transportar e alojar, casos em que a consumação se prolonga no tempo. Como elemento subjetivo do tipo, demanda-se a finalidade especial, a exploração sexual, a remoção de órgãos, o trabalho escravo, a servidão ou a adoção ilegal.

Ao contrário do que estava previsto nos crimes dos artigos 231 e 231-A, nos quais a violência ou fraude era considerada majorante, no crime de tráfico de pessoas do artigo 149-A, esses meios passam a constituir a própria norma penal. O dissentimento figura como requisito do crime, ao passo que o consentimento válido do ofendido é causa de exclusão da tipicidade da conduta, não atuando como causa supralegal de exclusão da ilicitude.[62]

Não se considera válida a concordância de pessoa vulnerável, compreendida como o menor de 18 anos. O conceito de vulnerável para esse fim é o que está relacionado no artigo 218-B, do Código Penal, o qual cuida da proteção do menor de 18 anos contra a exploração sexual.

Assim, se não pode haver consentimento do menor de 18 anos na sua exploração sexual, por conseguinte este também não pode assentir validamente para o seu tráfico com outras finalidades. Tal entendimento está em conformidade com o compromisso internacional assumido pelo Brasil, que especificamente remete a essa idade.[63]

---

[62] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Lei de tráfico de pessoas traz avanços e causa perplexidade*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-trafico-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 fev. 2018.

[63] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Lei de tráfico de pessoas traz avanços e causa perplexidade*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-trafico-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 fev. 2018

Em contramão ao que preceitua o Protocolo de Palermo, a Lei nº 13.344, de 2016, não listou o pagamento de benefícios como meio de execução do crime, assim, ao menos em tese, seria lícito o tráfico de pessoas mediante contraprestação aceita pelo indivíduo, embora seja difícil essa situação delinear-se sem abuso ou fraude.[64]

Uma característica que merece ser pontuada é o caráter subjetivo do crime, constituído pelo dolo ou vontade consciente de praticar a ação tipificada como tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Sobre esse ponto, Damásio de Jesus preleciona:

> O delito de tráfico de mulheres somente pode ser praticado de forma dolosa. O dolo pode ser direito (o agente quis o resultado – art. 18, I, primeira parte, do Código Penal) ou indireto (o agente assume o risco de produzir o resultado – art. 18, I, última parte, do Código Penal).78 Não se exige, para configuração do delito, que o agente aja com o intuito de a mulher vir a prostituir-se, bastando que tenha conhecimento de que o deslocamento está sendo realizado com essa intenção. Com isso se alarga a possibilidade de incidência do tipo penal. Sendo o propósito de prostituição totalmente desconhecido do agente, haverá erro de tipo.[65]

Para o crime do artigo 149-A não há previsão de conduta culposa. No que se refere à conduta dolosa, esta se dá por dolo específico, de acordo com uma das finalidades arroladas nos incisos I a V do referido artigo do Código Penal.[66]

> I-remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo;
>
> II-submissão a trabalho em condições análogas à de escravo;
>
> III-submissão a qualquer tipo de servidão;
>
> IV-adoção ilegal;
>
> V-exploração sexual.[67]

---

[64] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Lei de tráfico de pessoas traz avanços e causa perplexidade*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-trafico-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 fev. 2018

[65] JESUS, Damásio E. de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças* – Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 99.

[66] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Tráfico de pessoas (art. 149 A CP)*. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/417396015/trafico-de-pessoas-artigo-149-a-cp>. Acesso em: 18 fev. 2018

As majorantes definidas no parágrafo 1º do referido artigo 149-A incidem no caso de (a) crime cometido por funcionário público, (b) contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência, (c) prevalência de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função, (d) retirada da vítima do território nacional. No parágrafo 2º está inserido o tráfico de pessoas minorado para o agente primário que não integra organização criminosa.

O crime de tráfico de pessoas, apesar de não ser hediondo ou equiparado, é atingido por uma restrição relativa a essa categoria de crimes, tendo sido incluído no rol de infrações penais que recaem no regime extraordinário do livramento condicional, tendo requisito temporal mais severo, o cumprimento de mais de 2/3 da pena, para a obtenção do livramento, previsto no artigo 83, V, do Código Penal.[68]

Em todos os dolos específicos arrolados nos incisos enumerados é possível que exista concurso material com outros crimes caso a finalidade pretendida para o tráfico de pessoas se perfaça. Conclui-se, então, que a consecução do fim específico do tráfico de pessoas não configura mero exaurimento do crime.

Neste enfoque, na hipótese do inciso I, caso haja efetiva remoção, poderá haver, concomitantemente, a incidência, em concurso material, dos crimes previstos na Lei nº 9.434, de 1997 (Lei de Transplantes). No que diz respeito aos incisos II e III, incide também o concurso material com o crime de "redução à condição análoga de escravo", previsto no artigo 149, do Código Penal. No inciso IV, poderá configurar-se crime contra o estado de filiação, na mesma modalidade de concurso, com previsão nos artigos 241 a 243, do mesmo diploma legal.

---

[67] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Lei de tráfico de pessoas traz avanços e causa perplexidade*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-trafico-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 fev. 2018

[68] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Lei de tráfico de pessoas traz avanços e causa perplexidade*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-trafico-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 fev. 2018

Quanto ao inciso V, observa-se a possibilidade de concurso material com os artigos 227 a 230, do Código Penal ou, dependendo da condição da vítima, se vulnerável, por exemplo, com os artigos 218 a 218 – B, do Código Penal. Figura ainda a possibilidade de ocorrência de outras infrações, tais como o crime de estupro (artigo 213, do Código Penal) e o de estupro de vulnerável (artigo 217 – A, do Código Penal).

Poderá haver ainda a incidência, em concurso material, de outras modalidades criminosas como, por exemplo, sequestro ou cárcere privado (artigo 148, do Código Penal), constrangimento ilegal (artigo 146, do Código Penal), fraude de lei sobre estrangeiros (artigo 309, parágrafo único, do Código Penal) ou reingresso de estrangeiro expulso (artigo 338, do Código Penal).

Sendo crime formal – ou de consumação antecipada –, o tráfico de pessoas se consuma com a simples prática de um dos verbos presentes no caput, desde que com o emprego de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, bem como uma das finalidades previstas em algum dos respectivos incisos, não se exigindo o alcance do resultado naturalístico previsto no tipo, que, caso seja alcançado, consubstanciará em mero exaurimento do crime, a ser analisado quando da fixação da pena base. Pune-se a periculosidade da ação.

Para a configuração do crime de tráfico de pessoas é necessário que o consentimento da vítima seja ao menos inválido, ou seja, caso a vítima consinta validamente para que o agente a trafique – comento nos casos de tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual – o consentimento do sujeito passivo constitui uma excludente de tipicidade.[69]

O elemento subjetivo do crime em estudo é o dolo e, conforme apontam os incisos do art. 149-A, exige-se o dolo específico, concretizado na expressão "com a finalidade de: (I) remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; (II) submetê-la a

[69] PUREZA, Diego Luiz Victório. *Crime do tráfico de pessoas após a lei nº 13.344/2016*. 2016. Disponível em: <http://blog.projetoexamedeordem.com.br/o-crime-de-trafico-de-pessoas-apos-a-lei-no-13-3442016/>. Acesso em: 15 fev. 2018.

trabalho em condições análogas à de escravo; (III) submetê-la a qualquer tipo de servidão; (IV) adoção ilegal; ou (V) exploração sexual". Logo, é seguro concluir que a figura criminosa ora estudada não admite a modalidade culposa.

O procedimento aplicável ao delito é o ordinário. A competência para o julgamento é, via de regra, da Justiça Comum Estadual. No caso de tráfico internacional de pessoas, a competência pertence à Justiça Comum Federal, como preceitua o artigo 109, V, da Constituição Federal. A ação é penal pública incondicionada. Por ser crime plurissubsistente, possibilitando o fracionamento do iter criminis, cabe a forma tentada ao delito.[70]

3.3 Uma questão de direitos humanos

O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual caracteriza-se como um crime contra a humanidade, em vista disso, a pesquisa do tema em questão perpassa, obrigatoriamente, pelo estudo dos direitos humanos. A situação de traficância atinge seriamente os princípios básicos de direitos humanos, quais sejam: a vida, a liberdade e a dignidade.[71]

Toda pessoa é sujeito dos direitos humanos, que são universais, inalienáveis, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. Compreendem-se como direitos inerentes aos indivíduos pela própria condição humana, independentemente de sexo, gênero, raça, etnia, classe social ou nacionalidade, não dependem também da relação destes com determinado estado, sendo oponíveis inclusive contra este, quando concebidos e assegurados constitucionalmente.

Os princípios de direitos humanos estão inseridos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948. Com este advento, consagrou-se internacionalmente um conjunto de valores considerados

[70] PUREZA, Diego Luiz Victório. Crime do tráfico de pessoas após a lei nº 13.344/2016. 2016. Disponível em: <http://blog.projetoexamedeordem.com.br/o-crime-de-trafico-de-pessoas-apos-a-lei-no-13-3442016/>. Acesso em: 15 fev. 2018.

[71] TORRES, Hédel de Andrade. Tráfico de Mulheres: Exploração Sexual: Liberdade à Venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012. p. 53-54.

essenciais, objetivando regular a atividade humana, assim como balizar a atuação dos Estados no que se refere às legislações, julgamentos e políticas públicas.[72]

O direito à vida é o bem maior a ser protegido; o direito à liberdade reflete a busca do cidadão frente ao Estado, sendo Direito Fundamental na legislação pátria; o direito à dignidade humana protege a honra, a imagem, a liberdade de consciência e de culto religioso do indivíduo, impedindo o tratamento desumano ou degradante, a tortura, as penas cruéis, o trabalho forçado e a escravidão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo IV, afirma a proibição absoluta da escravidão e do tráfico de escravos: "ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas". E no artigo III: "todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal".

A vida é o bem de maior valor para o ser humano, sendo tutelado juridicamente na essência de todos os ordenamentos. A tutela à vida encontra-se no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o qual em seu artigo 6º dispõe que: "o direito à vida é inerente à pessoa humana". Na Constituição Federal, no artigo 5º, caput, garante-se o direito à vida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Nesse âmbito, o Estado tem a obrigação de cuidar do indivíduo que não tenha recursos e/ou que seja incapaz de obtê-los, bem como a de prestação dos serviços adequados que busquem garantir um mínimo de dignidade da vida humana.[73]

Nessa perspectiva de proteção aos direitos humanos, encontra-se a necessidade de tutela da pessoa humana, especialmente a mulher, como titular de direitos e garantias fundamentais, com vistas a garantir-lhe a própria vida frente a situação de vulnerabilidade caracterizada pela exploração indevida do corpo.

---

[72] CAMPOS, Amini Haddad; CÔRREA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos Humanos das Mulheres*. Curitiba: Juruá, 2009.

[73] TORRES, Hédel de Andrade. *Tráfico de Mulheres*: Exploração Sexual: Liberdade à Venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012. p. 56.

A Iiberdade figura como um valor social, constituindo-se como um direito da pessoa humana. Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão a liberdade está inserida como um dos direitos naturais imprescritíveis ao homem, juntamente com a propriedade, a segurança e a resistência à pressão. Os direitos de liberdade, no âmbito de classificação dos direitos fundamentais, podem ser divididos em quatro grupos diferentes: direitos individuais, direitos sociais, direitos econômicos e direitos politicos.[74]

A dignidade da pessoa humana consiste em um princípio jurídico fundamental, que origina preceitos como: respeito à integridade física e psíquica das pessoas; considerações pelos pressupostos mínimos para o exercício da vida e respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária. É um princípio abarcado pelo texto constitucional, que prevê um direito protetivo do indivíduo frente ao Estado e frente aos demais indivíduos.

A dignidade está relacionada ao trabalho, ao passo que para a sua efetivação exige-se também o respeito às condições mínimas de vida[75]. Destarte, denota-se a grave violação à dignidade da pessoa humana sofrida pelas vítimas do tráfico internacional para fins de exploração sexual, tendo em vista as deploráveis condições de vida e trabalho a que são submetidas.

Nesse contexto, cabe salientar que as mulheres são a parte mais atingida no que tange às violações sofridas na condição de traficada para fins de exploração sexual. Os direitos das mulheres foram conquistados por meio de muita luta e tensões ao longo dos séculos, as conquistas femininas por igualdade de direitos entre os gêneros cooperaram substancialmente para a formação de uma sensibilidade

[74] TORRES, Hédel de Andrade. *Tráfico de Mulheres*: Exploração Sexual: Liberdade à Venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012. p. 59-61

[75] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, n. 797. p. 91-100. 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/33189/35927>. Acesso em: 15 fev. 2018

política e institucional que possibilitou a criação de alguns instrumentos e mecanismos internacionais para a garantia de seus direitos humanos.[76]

Neste prisma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos inaugurou o reconhecimento da condição de igualdade entre homem e mulher. Acompanhando o que preceitua a Declaração, a ONU tem desenvolvido medidas que objetivam coibir as violências e discriminações contra as mulheres, muitas das quais foram ratificadas ou aderidas pelo Brasil.

Destaca-se a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, aprovada em 1979 pela ONU, a qual representou o primeiro instrumento internacional voltado para os direitos humanos das mulheres, estabelecendo ações para eliminar a discriminação contra elas.[77]

3.4 Políticas públicas de enfrentamento ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual

O Brasil tem apresentado avanços no que se refere ao enfrentamento do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Na esfera internacional, merece destaque a ratificação da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional e seus Protocolos contra o Tráfico de Pessoas, como o Protocolo de Palermo e o Protocolo Adicional Contra o Tráfico de Migrantes por Via Terrestre Marítima e Aérea, os quais constituem instrumentos de combate a esse tipo de crime perante a comunidade internacional por intermédio de ações nas áreas legislativa, política e de cooperação que possibilitem a instauração de medidas para solucionar a problemática.[78]

No âmbito nacional, a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, instituída pelo Decreto nº 5.948, de 2006, e o I Plano Nacional de

[76] TORRES, Hédel de Andrade. *Tráfico de Mulheres*: Exploração Sexual: Liberdade à Venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012. p. 64.
[77] TORRES, Hédel de Andrade. *Tráfico de Mulheres*: Exploração Sexual: Liberdade à Venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012. p. 66.
[78] TORRES, Hédel de Andrade. *Tráfico de Mulheres*: Exploração Sexual: Liberdade à Venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012. p. 145.

Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (I PNETP), aprovado pelo Decreto nº 6.347, de 2004) destacam-se na promoção e proteção dos direitos das vítimas de tráfico de pessoas.

A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas objetiva estabelecer princípios, diretrizes e ações de prevenção e repressão ao tráfico de pessoas e de atendimento às vítimas. O I PNETP visava prevenir e reprimir o tráfico, responsabilizar os seus autores e garantir atendimento às vítimas. Em junho de 2011, foi instituído um Grupo de Trabalho Interministerial para a elaboração de proposta do II Plano Nacional de enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.[79]

A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas foi elaborada com a participação de órgãos do governo, do Ministério Público e de representantes da sociedade civil, representando uma orientação importante para as políticas públicas do Estado brasileiro no enfrentamento ao tráfico de pessoas, em especial para fins de exploração sexual, em três eixos principais, já mencionados neste trabalho: prevenção ao tráfico de pessoas, repressão ao tráfico, responsabilização de seus autores e atenção às vítimas.

A Política tem como finalidade primordial delinear diretrizes, princípios e ações no enfrentamento ao tráfico de pessoas. Essa política deu enfoque aos princípios da dignidade da pessoa humana, à garantia da cidadania e dos demais direitos humanos, assim como à proteção e assistência às vítimas. Incentivou também a cooperação internacional, a articulação com entidades nacionais e internacionais, a estruturação de redes de enfrentamento, englobando todas as esferas do governo e da sociedade civil e a garantia de acesso amplo às informações e comunicação entre o Estado, a sociedade e os diferentes meios de comunicação sobre o tema.

[79] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 118.

Esse instrumento, além de se atentar às questões coercitivas e relacionadas à prevenção, também se preocupa com a coadunação da legislação interna aos acordos internacionais dos quais o Brasil é parte. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o artigo 2º da Política Nacional define o tráfico de pessoas em conformidade com o Protocolo de Palermo.

A política pauta suas ações numa junção com outros temas que se relacionam com o tráfico de pessoas, tais como o combate ao trabalho escravo, situação migratória, discriminação de mulheres, problemas sociais, assistência social.

O escopo do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP) é dar real concretude e efetividade às ações que formam a Política Nacional nos seus três eixos de atuação, estabelecendo propostas e prazos definidos, responsáveis pela execução das ações previstas. Foi elaborado por um Grupo de Trabalho Ministerial (GTI), com baluarte em outros cinco Planos Nacionais que tratam de assuntos relacionados ao enfrentamento do tráfico de pessoas.

O PNETP estrutura-se em onze prioridades destinadas ao enfrentamento do problema. Ampara-se no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças e em outras Convenções que reconhecem os direitos humanos na seara internacional. O Plano coaduna-se também com Tratados e iniciativas desenvolvidas no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e da Organização dos Estados Americanos (OEA).

3.5 Desafios para o enfrentamento do tráfico internacional para fins sexuais

Os planos, programas e mecanismos para o enfrentamento ao tráfico de pessoas devem ser balizados nos parâmetros e nas perspectivas de direitos humanos e de gênero, considerando-se as responsabilidades e deveres dos Estados, fomentando-se a participação da sociedade civil, em especial das pessoas traficadas,

na elaboração e implementação das políticas públicas, numa abordagem multidisciplinar, que comunica diversos setores.[80]

Tendo em consideração que o tráfico de pessoas é causa e consequência de graves violações a direitos, os parâmetros de direitos humanos estabelecidos internacionalmente devem pautar a elaboração e a implementação das medidas contra o tráfico de pessoas, assim como devem desempenhar função importante no que concerne ao monitoramento e à avaliação dos efeitos de planos e ações de enfrentamento ao crime em comento.

Destarte, é fundamental que as medidas de prevenção sejam baseadas no reconhecimento de que o tráfico de pessoas é causado pela ausência e falha da proteção efetiva aos direitos fundamentais, que são baseados nos princípios dos direitos humanos, como o direito ao trabalho, a qualidade adequada de vida e a liberdade de locomoção.[81]

Nesse meandro, merecem atenção dos órgãos estatais as políticas destinadas à melhora na qualidade e no acesso à educação, em todos os níveis, o fortalecimento econômico para gerar mais empregos e propiciar maior seguridade social, entre outras medidas que, a curto e a longo prazo, formem um país com indivíduos que tenham suas necessidades básicas atendidas e seus direitos assegurados e, assim, estejam menos vulneráveis à situação de traficância.

A prevenção do tráfico de pessoas revela-se como a ferramenta mais eficaz para o seu enfrentamento. Nesse âmbito, a intenção principal é diminuir a vulnerabilidade de determinados grupos sociais[82], para tanto, deve fundar-se na avaliação precisa dos fatores que tornam as pessoas mais vulneráveis ao tráfico, bem

[80] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 129.

[81] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 120.

[82] RODRIGUES, Thaís de Camargo. O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e a questão do consentimento. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

como em medidas que garantam a proteção dos direitos humanos de potenciais vítimas, considerando-se todas as circunstâncias e fases do crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.[83]

Por meio do estudo pormenorizado das vulnerabilidades propiciadoras da situação de traficância, os Estados podem engendrar políticas públicas eficientes para minimizá-las dentro do seio social e combater as causas estruturais do problema, podendo, assim, diminuir a potencialidade de vítimas a serem traficadas.[84]

Ainda no tocante à prevenção do tráfico, uma das medidas a serem tomadas é o fortalecimento da fiscalização e da regulação de empresas, em especial agências de recrutamento de trabalhadores e de turismo e estabelecimentos da indústria do entretenimento e do sexo.[85]

O tráfico de pessoas é um problema complexo, que afeta grupos sociais distintos de maneiras variadas. Assim, nas políticas públicas de enfrentamento ao crime, o indivíduo deve ser tratado na medida de suas diferenças. Nesse cenário, as estratégias de prevenção e repressão ao tráfico, bem como as medidas de proteção e assistência às vítimas precisam estar em adequação com as peculiaridades e particularidades de cada pessoa, seja quanto a idade, gênero, etnia ou condição social, com destaque para as mulheres e as crianças dentre as categorias vulneráveis.[86]

É fundamental que se identifique corretamente a vítima do tráfico para receber assistência e apoio adequados com o intuito de reparar as violações sofridas.

---

[83] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.p. 120.

[84] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.p. 120.

[85] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.p. 121.

[86] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.p. 109.

Nesse sentido, é crucial que se tenha a compreensão correta da definição de tráfico de pessoas e dos elementos essenciais e ações concernentes a essa definição para a identificação acertada das pessoas traficadas, distinguindo-se o tráfico de pessoas de ocorrências como migração irregular, pessoas em clandestinidade e pessoas não traficadas em condição de exploração.

Os Estados precisam ter cautela para que as vítimas não sejam simplesmente tratadas como criminosas, sendo por vezes presas e deportadas, sem oportunidade de se identificarem e receberem a devida assistência, além de não poderem colaborar de forma efetiva com as investigações sobre a rede do tráfico.[87]

Salienta-se ainda a importância de se consultar as vítimas do crime em uma rede de colaboração constituída por atores estatais e não estatais. Por tratar-se de um crime organizado, constituído por indivíduos inseridos em variadas esferas sociais, o enfrentamento ao tráfico de pessoas exige que os atores envolvidos nas políticas públicas de prevenção, repressão e proteção às vítimas estruturem-se e atuem de forma coordenada e articulada.

A política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas deve englobar o tráfico interno e externo, conjugando a cooperação e articulação internacional, tanto no âmbito global quanto no regional.[88]

Outrossim, para a adequada prevenção, monitoramento e avaliação da política de enfrentamento do tráfico é necessário que se tenha um sistema de coleta e produção de dados e estatísticas acerca de toda a situação de traficância, o que, ao longo da elaboração deste trabalho, verificou-se falho, com números incertos.[89]

---

[87] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 122.

[88] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 128.

[89] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 121.

Um sistema eficiente de coleta, que contenha dados confiáveis, periódicos e desagregados, propicia a obtenção de informações fidedignas para o planejamento e a implementação de estratégias de prevenção e enfrentamento ao tráfico[90]. É de suma importância que se faça um levantamento preciso da situação do tráfico de pessoas no país, elencando as causas, os efeitos, os alcances e as vítimas.

Esse mapeamento é fundamental para a atuação estatal nos três eixos de enfrentamento do delito, e, para tanto, faz-se necessário o envolvimento de organismos internacionais, instituições públicas, judiciários e de organismos da sociedade civil, tais como universidades[91]. Ademais é preciso desenvolver instrumentos para o monitoramento e a avaliação da efetividade da prevenção.[92]

No tocante à recuperação das vítimas do tráfico para a exploração sexual, esse processo complexo demanda tempo e apoio altamente especializado. As vítimas traficadas devem ser protegidas contra a retaliação do tráfico, como também contra a revitimização por parte do governo, inserindo-se nessa seara o próprio sistema judicial.[93]

As pessoas traficadas precisam receber tratamentos físicos e psicológicos de profissionais capacitados, com o intuito de que as consequências trágicas e os traumas adquiridos sejam ao menos atenuados, caso não seja possível saná-los. É crucial também que sejam estimulados programas de treinamento, capacitação e

[90] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 121.
[91] RODRIGUES, Thaís de Camargo. O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e a questão do consentimento. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 151.
[92] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 121.
[93] PEARSON, Elaine. *Direitos Humanos e tráfico de pessoas*: um manual. Rio de Janeiro: Aliança Global contra o tráfico de mulheres (GAATW), 2006. p. 72

sensibilização de todos os agentes que, potencialmente ou de forma eventual, tenham contato com as pessoas vitimadas ou com as possíveis vítimas.[94]

As políticas públicas devem tratar da reabilitação social das vítimas do tráfico, preparando-as psicologicamente e propiciando a reintegração ao seio social. Nesta perspectiva, salienta-se que o governo do país de destino e o do país de origem devem atuar de forma conjunta.

O país de destino deve propiciar condições adequadas para a vítima residir temporariamente em seu território, oferecendo moradia, segurança e acesso a serviços de saúde. Ao passo que o país de origem deve proporcionar segurança às vítimas, assistência para o retorno ao seio social e indicação de programas de suporte, os quais devem incluir educação e treinamento para o mercado de trabalho, com o escopo de minimizar os problemas enfrentados na reintegração na sociedade.[95]

Tanto no que tange à prevenção, como no que se refere à punição dos agentes do tráfico, é fulcral que seja estabelecida uma conscientização popular acerca da questão. É necessário criar um ambiente de cooperação social livre de preconceitos, que propicie a realização de denúncias[96], no qual as vítimas não sejam estigmatizadas de forma pejorativa, no qual a mulher seja valorizada e tenha seus direitos assegurados, igualdade no acesso a oportunidades e na posição social.

Ante o exposto, é essencial o fortalecimento e a ampliação de ações de conscientização pública, as quais podem englobar desde campanhas educativas, distribuição de material informativo junto a passaportes, circulação de cartazes em ambientes de grande circulação e em locais como aeroportos, superintendências da Polícia Federal, como também a circulação de informação escolas e em programas

[94] RODRIGUES, Thaís de Camargo. O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e a questão do consentimento. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 153

[95] JESUS, Damásio de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças:* Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 201

[96] RODRIGUES, Thaís de Camargo. O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e a questão do consentimento. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 155.

de rádio e televisão. No que se refere às denúncias, é preciso que haja um robustecimento dos serviços e maior divulgação das maneiras de efetuá-las.[97]

A cooperação para o enfrentamento do tráfico de pessoas, mencionada em diversos instrumentos internacionais para a realização de pesquisas e estudos, informação e alerta da população sobre determinados temas, treinamento e capacitação, desenvolvimento de instrumentos normativos e diretrizes, captação de recursos, entre outros aspectos, figura como um dos propósitos do Protocolo de Palermo, com previsão no seu artigo 2º.

Deve-se criar uma verdadeira rede de atuação, que trabalhe de forma séria, comprometida, com o objetivo de desmantelar as complexas e articuladas organizações criminosas, geralmente as grandes responsáveis pela exploração sexual. A cooperação dos organismos internacionais precisa aliar-se a esforços regionais e sub-regionais, assim como a cooperação na esfera nacional e interna, entre o Estado e a sociedade civil e o setor privado.[98]

Por derradeiro, faz-se mister que os Estados identifiquem e busquem implementar adequadamente, adaptando às respectivas conjunturas nacionais, as práticas exitosas no âmbito internacional no enfrentamento ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.[99]

4 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

A jurisprudência pode ser entendida como o conjunto de decisões uniformes e constantes proferidas pelos juízes e tribunais sobre uma determinada matéria jurídica

[97] RODRIGUES, Thaís de Camargo. O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e a questão do consentimento. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 155-156.

[98] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 127.

[99] ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 127.

para a solução judicial de conflitos, envolvendo casos semelhantes[100]. Constitui-se, assim, uma fonte direta e imediata do direito.

Segundo Miguel Reale, jurisprudência significa "a forma de revelação do direito que se processa por meio do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais"[101]. Em sentido amplo, pode-se dizer que a jurisprudência também atua como ferramenta de atualização das disposições legais, tornando-as compatíveis com a evolução do direito e da sociedade.[102]

Na construção deste trabalho, mostrou-se pertinente a análise jurisprudencial acerca do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, com enfoque nos julgados mais recentes dos Tribunais Regionais Federais. O maior número de julgados acerca do tema foi encontrado no TRF da 1ª Região.

Apesar da ausência de estatísticas confiáveis e precisas sobre o crime em questão, é consensual a existência de um montante significativo de pessoas traficadas para fins de exploração sexual em todo o mundo. Em contrapartida, como primeiras impressões, observou-se esparsas as manifestações dos órgãos julgadores acerca do tema, o que corrobora a tese de que a maioria dos casos de tráfico sequer chegam ao conhecimento das autoridades competentes.

A partir da análise de julgados dos Tribunais Regionais Federais, foi possível constatar que alguns sujeitos acusados da prática do crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual foram absolvidos com base no fundamento de ausência absoluta de prova documental para a condenação. A prova testemunhal por si só, que em diversos casos é a única prova existente, em certas decisões não foi considerada suficiente para se manter uma condenação para os acusados da prática do crime em tela.

---

[100] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Papel da jurisprudência precisa de mais debate científico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-23/gustavo-garcia-papel-jurisprudencia-debate>. Acesso em: 17 mar. 2018.

[101] REALE, Miguel, 1978 apud CARVALHO, Luís Camargo Pinto de. Jurisprudências. Disponível em <http://www.professoramorim.com.br/amorim/texto.asp?id=414>. Acesso em: 17 de março de 2018.

[102] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Papel da jurisprudência precisa de mais debate científico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-23/gustavo-garcia-papel-jurisprudencia-debate>. Acesso em: 17 mar. 2018

O tráfico de pessoas para a exploração sexual é um delito de difícil elucidação por conta de sua própria natureza. Sendo assim, em que pese parte dos julgados analisados tenha absolvido os acusados devido à ausência de prova documental e/ou pericial para a condenação, pôde-se encontrar decisões condenatórias baseadas unicamente nesse tipo de prova, que, como já exposto, muitas vezes é a única constante nos autos. Evidencia-se uma das decisões neste norte:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. ART. 231 DO CÓDIGO PENAL NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 11.106/2005. APELAÇÕES DAACUSAÇÃO E DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA E EXCESSO NA DOSIMETRIA DA PENA. IMPROCEDÊNCIA CONFIGURAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO. INSUFICIÊNCIA DOCONJUNTO PROBATÓRIO. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. 1. Comete o crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, tipificado pelo art. 231 do CP - na redação anterior à Lei n. 11.106/2005 - em vigor à época dos fatos narrados na denúncia (ano de 2002) o agente que "promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa que vá exercê-la no estrangeiro". **2. O crime de tráfico de pessoas é delito de especial gravidade e de difícil elucidação por força de sua própria natureza, ante os obstáculos enfrentados para a investigação internacional da rede criminosa e a dificuldade de identificação, localização e cooperação das vítimas. A prova testemunhal não é menos legítima que as demais, mormente quando as narrativas se mostram coerentes e verossímeis e se trata de crime complexo e de difícil comprovação por meios documentais. Depoimentos de testemunhas e vítimas que indicam, de forma suficiente, a materialidade e a autoria do réu.** 3. A condenação no crime de quadrilha o bando (art. 288 do CP, na redação anterior) demanda a comprovação da participação de, no mínimo, quatro pessoas, em caráter estável, o que não se pode presumir. Ante a insuficiência das provas nos autos da configuração do crime, deve ser mantida a absolvição. 4. A dosimetria da pena se submete a certa discricionariedade judicial, cabendo revisão apenas diante de ilegalidade, evidente disparidade ou arbitrariedade, o que não acontece no caso. Fixação da pena-base acima do mínimo legal após análise fundamentada das circunstâncias judiciais. Incidência

> da agravante do art. 62, IV, e da continuidade delitiva. Pena definitiva proporcional e adequada às circunstâncias do crime praticado. 5. Apelação não provida[103]. (grifo nosso).

Nesse âmbito, ergue-se o questionamento acerca das falhas existentes em sede de investigação, onde se dá a colheita e averiguação de provas. Por se tratar de um crime complexo, com muitos atores bem articulados envolvidos na sua preparação e execução, a conduta tipificada no artigo 149-A, do Código Penal acaba, muitas vezes, não deixando vestígios a serem encontrados pelas autoridades para se constituir provas que sustentem a condenação dos acusados.

Devido ao cunho transnacional do crime, as investigações tornam-se ainda mais difíceis e suscetíveis a falhas e incoerências. Assim sendo, é de fundamental importância que, como já explicitado, os Estados do globo atuem em conjunto, de maneira organizada e cooperativa, com responsabilidade partilhada, por meio de padrões estabelecidos internacionalmente, desde o primeiro momento em que houver a suspeita da ocorrência da situação de traficância.

Aqui, destaca-se jurisprudência do TRF da 1ª região, na qual a Corte manteve a absolvição do acusado por praticar tráfico internacional de seres humanos para exploração sexual, na forma do artigo 386, VII, do Código Penal, com fundamento na ausência de prova suficiente de autoria para o decreto condenatório:

> PROCESSO PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES. ARTIGO 231 DO CÓDIGO PENAL NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 11105/2005. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, VII, DO CPP. SENTENÇA MANTIDA. 1. Comete o crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, tipificado pelo art. 231 do CP - na redação anterior à Lei n. 11.106/2005 - em vigor à época dos fatos narrados na denúncia (ano de 2004) o agente que "promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de saída de pessoa exercê-la no estrangeiro. "2. Ausência absoluta de prova documental a

[103] BRASIL. Tribunal Regional Federal – 3ª Região. Apelação Criminal. Terceira Turma. Relator: Desembargador Federal Ney Bello. 16 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 18 mar. 2018.

> apontar que as supostas vítimas ingressaram em território estrangeiro (Portugal), como narrado na peça acusatória. Prova testemunhal frágil para supedanear a condenação, dada a sua inconsistência e contradição. 3. Temerário impor a pretendida condenação por mera probabilidade, uma vez que a irrefutabilidade da prova aliada à certeza da autoria é um binômio necessário e indissociável para um decreto condenatório. Não havendo prova suficiente de que as rés promoveram a saída das supostas vítimas para o estrangeiro para exercerem a prostituição, a absolvição é medida que se impõe (art. 386, VII, do Código Penal). 4. Apelação não provida. (grifo nosso).[104]

Nesse contexto, cabe analisar singularmente a situação da vítima, que se encontra vulnerável do início ao fim do processo do tráfico. Comumente, as mulheres, principais vítimas de exploração sexual, tornam-se emocionalmente frágeis, podendo apresentar problemas psíquicos, tais como síndrome pós-traumática, dissociação, desligamento e até mesmo identificação com o traficante.[105]

Os estados psicológicos da vítima podem prejudicar a investigação desse tipo penal. Habitualmente, a traficada, em virtude do abalo emocional, por medo ou por vergonha, não é capaz de auxiliar na investigação, e, mesmo quando disposta a colaborar com a justiça, por vezes o próprio estado prejudica os esclarecimentos prestados e a confirmação da autoria dos fatos.

Nesse sentido, destaca-se a ementa exposta acima, na qual o julgador considerou a prova testemunhal frágil para alicerçar uma condenação, argumentando que a prova era inconsistente e contraditória. Assim, é importante que a materialidade do delito seja comprovada por meios técnicos, tendo em vista que a

[104] BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Apelação Criminal. Terceira Turma. Relator: Desembargadora Federal Monica Sifuentes. 27 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 18 mar. 2018

[105] LUCHT, Daniela Pereira. *Investigação no tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*. 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/investigacao-no-trafico-internacional-de-pessoas-para-exploracao-sexual/>. Acesso em: 18 mar. 2018

própria vítima pode não reconhecer sua condição, sendo que muitas das traficadas se culpam e se martirizam por terem aceitado a proposta migratória.[106]

Sob tal aspecto, o preconceito contra o passado da vítima e a situação em que ela se encontra no exterior, costumeiramente recebendo tratamento de imigrante ilegal, sendo revitimada, acarretam prejuízos às investigações policiais e, por conseguinte, às eventuais prisões e condenações judiciais dos algozes do tráfico.[107]

O tráfico internacional de pessoas com fins de exploração sexual, em razão de suas características, tem na obtenção de provas uma de suas maiores dificuldades. Não é suficiente que se proceda à prisão dos que praticam o tráfico de pessoas, mas é necessário que o conjunto probatório seja consistente para a comprovação do delito e a consequente manutenção da prisão dos envolvidos. A obtenção de provas, nesse caso, é seriamente comprometida se não for realizada no período que precede o processo penal, o da investigação policial.[108]

A investigação policial iniciada precocemente e realizada de maneira adequada pelos agentes é primordial para a prevenção e punição do tráfico internacional. Assim, um maior número de policiais per capita possibilita maior atendimento às solicitações investigativas desse tipo de tráfico, haja vista que quanto menor o corpo policial, a tendência é que crimes considerados mais importantes, em virtude de aspectos culturais e políticos, recebam maior prioridade de investigação.[109]

[106] LUCHT, Daniela Pereira. *Investigação no tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*. 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/investigacao-no-trafico-internacional-de-pessoas-para-exploracao-sexual/>. Acesso em: 18 mar. 2018

[107] LUCHT, Daniela Pereira. *Investigação no tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*. 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/investigacao-no-trafico-internacional-de-pessoas-para-exploracao-sexual/>. Acesso em: 18 mar. 2018

[108] LUCHT, Daniela Pereira. *Investigação no tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*. 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/investigacao-no-trafico-internacional-de-pessoas-para-exploracao-sexual/>. Acesso em: 18 mar. 2018

[109] LUCHT, Daniela Pereira. *Investigação no tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*. 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/investigacao-no-trafico-internacional-de-pessoas-para-exploracao-sexual/>. Acesso em: 18 mar. 2018

Nesse sentido, a negligência dos agentes públicos quanto à importância dada ao crime do tráfico internacional para fins de exploração sexual contribui para que os integrantes da rede criminosa não sejam punidos, como se confirma com a análise jurisprudencial.

O tráfico de pessoas socialmente não é tratado com a devida atenção e preocupação na maioria dos países, nos quais crimes como o homicídio e o tráfico de drogas recebem atendimento prioritário, o que desemboca em investigações falhas, que, por sua vez, levam à absolvição por insuficiência de provas e com fulcro no princípio do in dubio pro reu.[110]

Acrescenta-se que um maior número de policias do sexo feminino atuando nessa especialidade colaboraria para que a tratativa com as vítimas mulheres se desenvolvesse de forma menos constrangedora, o que também é um fator positivo para a investigação[111]. A investigação policial realizada de maneira eficiente possibilita a formação de um maior arcabouço probatório para se pleitear a condenação dos traficantes.

Ainda nesse panorama, a falta de preparação dos agentes públicos para tratar de questões relativas a violações de direitos humanos, somada à corrupção e a burocracia estatal acabam por tornar pouco eficiente a atuação do Estado e a punição dos criminosos.[112]

Quanto à questão do consentimento da vítima, constatou-se, a partir do exame da jurisprudência mais recente dos Tribunais Regionais Federais, uma mudança no entendimento majoritário das cortes. O novo entendimento jurisprudencial é pautado no reconhecimento da abolitio criminis em virtude da inovação trazida pela Lei nº

[110] LUCHT, Daniela Pereira. *Investigação no tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*. 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/investigacao-no-trafico-internacional-de-pessoas-para-exploracao-sexual/>. Acesso em: 18 mar. 2018

[111] LUCHT, Daniela Pereira. *Investigação no tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*. 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/investigacao-no-trafico-internacional-de-pessoas-para-exploracao-sexual/>. Acesso em: 18 mar. 2018

[112] LUCHT, Daniela Pereira. *Investigação no tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*. 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/investigacao-no-trafico-internacional-de-pessoas-para-exploracao-sexual/>. Acesso em: 18 mar. 2018

13.344, de 2016, com a consequente reforma de algumas sentenças proferidas em primeira instância que acompanhavam a jurisprudência balizada nas leis anteriores.

A Lei nº 12.015, de 2009, estabelecia que o consentimento da vítima era irrelevante para a configuração do delito, sendo que a violência, a grave ameaça e a fraude eram circunstâncias qualificadoras das condutas descritas no caput do revogado artigo 231, do Código Penal.

Com o advento da Lei nº 13.344, de 2016, tais circunstâncias – e agora também as figuras da coação e do abuso – passaram a constituir elementares do crime tipificado no artigo 149-A, do Código Penal. Destarte, uma vez verificado o consentimento válido da pessoa traficada, sem a presença de nenhuma das circunstâncias elementares do tipo, denota-se a atipicidade da conduta.

Nesta baila, destaca-se a ementa de uma absolvição recente em sede de apelação perante o TRF da 3ª Região:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. ARTIGO 231 CAPUT DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 11.106/2005. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 13.344/2016. VIOLÊNCIA, GRAVE AMEAÇA E FRAUDE QUE FIGURAVAM NA FORMA QUALIFICADA DO REVOGADO ARTIGO 231-A DO CP, PASSAM A CONSTITUIR CIRCUSTÂNCIAS ELEMENTARES DO ARTIGO 149-A DO CP. ABOLITIO CRIMINIS CONFIGURADA COM RELAÇÃO À FIGURA SIMPLES DO REVOGADO ARTIGO 231-A DO CP, NA REDAÇÃO DA LEI 11.106/2005. 1. Apelação interposta pela Defesa contra sentença que condenou a ré como incursa no artigo 231, caput, do Código Penal à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 13 dias-multa. 2. Os fatos ocorreram em 30/03/2007, e a sentença foi proferida em 24/11/2015. O crime imputado à ré foi o de tráfico internacional de pessoas, previsto no artigo 231, caput, do Código Penal, que à época dos fatos descritos na denúncia vigorava com a redação dada pela Lei 11.106/2005 (antes de sua alteração pela Lei 12.015/2009). 3. Posteriormente à sentença, sobreveio a Lei 13.344/2016 que expressamente revogou os artigos 231 e 231-A do Código Penal e introduziu no mesmo diploma normativo o artigo 149-A, que estabeleceu nova tipologia para o tráfico de pessoas. 4. Houve revogação formal do tipo penal, com a inserção

imediata de tipo inovador (alteração topográfica normativa), sem efetiva supressão do fato criminoso, ocorrendo, portanto, continuidade normativo-típica, porém somente em parte. **5. Na vigência da Lei 11.106/2005 o emprego de violência, grave ameaça ou fraude consistia qualificadora das condutas descritas no caput do artigo 231 do Código Penal. Logo, na vigência dessa lei, o entendimento jurisprudencial, inclusive adotado na r. sentença apelada e por este Relator, era amplamente majoritário no sentido de que o consentimento da vítima era irrelevante para a configuração do delito previsto no caput. 6. Contudo, na nova redação do artigo 149-A do CP dada pela Lei 13.344/2016, a violência, a grave ameaça e a fraude - e agora também as figuras da coação e o abuso - estão incluídas como circunstâncias elementares do novo tipo penal, de modo que, se elas não ocorrem, não se configura a tipicidade da conduta. Equivale dizer, especialmente com relação ao crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, de que se cuida nos autos, que uma vez verificada a existência de consentimento válido, sem qualquer vício, resta afastada a tipicidade da conduta. 7. Assim, quanto ao crime de tráfico de pessoas previsto no artigo 231, caput, do CP na redação da Lei 11.106/2005, para o qual o consentimento da vítima era irrelevante penal, ocorreu abolitio criminis. A continuidade normativo-típica ocorreu apenas parcialmente, com relação ao artigo 231 na sua figura qualificada do §2º, com emprego de violência, grave ameaça ou fraude, ou seja, atuações do agente que acarretem vício ao consentimento da vítima.** 8. A alteração legislativa interna veio promover no âmbito do Direito Penal uma adequação aos preceitos estabelecidos pelo Protocolo Adicional Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, promulgado pelo Decreto 5.017/2004. 9. A nova legislação amplia o bem jurídico tutelado, que antes era reservado à prostituição, alcançando agora a figura mais abrangente da exploração sexual, além de outras hipóteses anteriormente não previstas (remoção de órgãos, etc.), bem como incrementando as descrições das condutas criminalizadas no tipo alternativo misto, de modo a recrudescer o combate a referidos atos. 10. Além dessa ampliação, e também em atendimento ao espírito do Protocolo mencionado, a nova legislação limita a proteção ao bem jurídico tutelado aos casos em que há, de alguma forma, vício de consentimento. 11. A contrario sensu, se o consentimento é válido, ou seja, se ele foi deduzido sem grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, não - ao menos na hipótese de exploração sexual, de que se cuida nos autos - não se configura o crime. 12. No caso dos autos, basta o exame da denúncia para se verificar que não há nenhuma referência a

> algum tipo de grave ameaça, violência ou fraude, bastando para se concluir pela abolitio criminis. Não bastasse isso, durante a instrução processual, confirmou-se que realmente todas as mulheres que estavam prestes a embarcar para o exterior tinham dado o seu total consentimento, bem como possuíam plena consciência em relação ao propósito da viagem, sendo que uma delas, inclusive, iria pela segunda vez exercer a prostituição na Espanha, agenciada novamente pela corré. 13. Absolvição em razão da ocorrência de abolitio criminis pela superveniência da Lei 13.344/2016, prejudicada a apelação.[113] (grifo nosso).

Ainda sob a perspectiva da análise dos precedentes de Tribunais Regionais Federais pátrios, percebe-se a habitualidade em que o crime do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual é cometido em concurso com outros crimes, tais como o rufianismo, a redução a condição análoga a de escravo e a manutenção de casas de prostituição, conforme julgado a seguir:

> PENAL.MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO (CP, ART. 229). RUFIANISMO (CP, ART. 230). REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO (CP, ART. 149) E TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA O FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL (CP, ART. 231). MATERIALIDADE E AUTORIA DOS CRIMES DE MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO E REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, NO CASO, DOS CRIMES DE MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO E RUFIANISMO. INAPLICABILIDADE. CRIMES DISTINTOS E CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, DO AUMENTO DAS PENAS PELA CONTINUIDADE DELITIVA COM BASE NA QUANTIDADE DE MULHERES PROSTITUÍDAS E EM SITUAÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVAS. RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO. APELAÇÃO DO MPF PROVIDA. 1. Prova da materialidade e autoria delitivas dos réus pela prática dos crimes de manutenção de casa de prostituição (CP, art. 229) e redução a condição análoga à de escravo (CP, art. 149). Condenações mantidas. 2. Mediante mais de uma ação os réus praticaram crimes distintos e autônomos, manter casa de prostituição e rufianismo, o que afasta a aplicação do princípio da consunção (STJ, HC n.

[113] BRASIL. Tribunal Regional Federal – 3ª Região. Apelação Criminal. ACR 66930. Primeira Turma. Relator: Juiz Convocado Márcio Mesquita. 19 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 18 mar. 2018

> 2012/0071139-1/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06.08.15). 3. No tocante ao crime previsto no artigo 231 do Código Penal (com a redação anterior a nova Lei n. 13.344/16), prosperam as alegações da acusação no sentido de que os ora apelados também devem ser condenados pela prática desse delito. 4. Tendo os réus, mediante mais de uma ação, praticado 2 (dois) crimes distintos e autônomos, consistentes em tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual (CP, art. 231, caput e § 1º) e rufianismo, tirando proveito da prostituição alheia (CP, art. 230), de rigor a reforma parcial da sentença para também condenar os apelados pelas práticas desses dois delitos. 5. Dosimetria. Manutenção de casa de prostituição (CP, art. 229) e situação análoga a de escravo (CP, art. 149). Mantidas as penas-bases dos réus um pouco acima do mínimo legal em razão de uma circunstância judicial desfavorável aos acusados. 6. Afastamento, de ofício, do aumento pela continuidade delitiva entre os crimes previstos nos artigos 229 e 149, ambos do Código Penal, com base na quantidade de mulheres prostituídas, exploradas e em situação análoga a de escravas. Inexistência de nexo temporal entre tais aliciamentos para fins de exploração sexual. 7. Considerando o cúmulo material (CP, art. 69), procedida a somatória das penas revistas, bem como das ora fixadas (manutenção de casa de prostituição, redução a situação análoga a de escravo, rufianismo e tráfico internacional para fim de exploração sexual), que totalizam 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa. Mantido o arbitramento do dia-multa tal como estabelecido na sentença. 8. Quanto ao regime de cumprimento da pena deve ser o fechado pela quantidade da pena ora aplicada (CP, art. 33, § 2º, a). Logo, também não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, tal como pretendido pela defesa (art. 44, II e § 3º, do Código Penal). 9. Recurso da defesa desprovido. Apelação do MPF provida. (grifo nosso).[114]

Por meio do estudo das jurisprudências mais recentes dos Tribunais Regionais Federais pátrios, em especial dos dois últimos anos, pode-se inferir que o Poder Judiciário tem se preocupado em reprimir o crime do tráfico internacional para fins sexuais. Nessa esfera, destaca-se que o teor das decisões em segunda instância é limitado pelos elementos processuais aos quais os órgãos julgadores têm acesso.

[114] BRASIL. Tribunal Regional Federal – 3ª Região. Apelação Criminal. ACR 69444. Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow. 13 de março de 2017. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Verifica-se que os Tribunais Regionais Federais vêm justificando suas decisões em fundamentos legais, com fulcro em princípios constitucionais, como a presunção de inocência, atentando-se para as provas constantes nos autos.

Mediante a análise dos precedentes também foi possível se confirmar o que já havia sido constatado na pesquisa, o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual está comumente associado a prática de outros delitos, tipificados em títulos diversos do Código Penal, entre os quais elenca-se: a falsificação de documentos, o rufianismo e a manutenção de casas de prostituição.

Observou-se também que parte significativa dos julgados do último ano têm sido no sentido de absolver réus condenados em primeira instância em razão da recente inovação legislativa que alterou a relevância do consentimento da vítima do tráfico, o qual passou a ser considerado válido, desde que não estejam presentes nenhuma das figuras elementares do tipo do novo dispositivo legal (artigo 149-A, do Código Penal), quais sejam: grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho de pesquisa evidenciou-se que a história dialoga com a contemporaneidade no que se refere ao tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual. Ao passo que a globalização tem incrementado e criado novas facetas do crime, ainda persiste a real essência do tráfico de pessoas, oriunda de estruturas cravadas no passado, como a cultura machista e patriarcal, que propiciou a prática da violência contra a mulher, parcela mais significativa das vítimas desse crime.

Nesse âmbito, fatores socioeconômicos e culturais desempenham papel determinante no aliciamento das pessoas traficadas. A maior vulnerabilidade das vítimas constitui condição e causa primordial da exploração, a qual deriva de aspectos como: pobreza, falta de acesso à educação, desigualdade de gênero e escassez de empregos.

O tráfico internacional para exploração sexual consiste em um delito crítico, que viola diretamente direitos humanos consolidados na esfera internacional e largamente defendidos pela Organização das Nações Unidas. As vítimas da traficância têm a liberdade tolhida, a dignidade humana ferida, e, algumas, a própria vida ceifada.

Os órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos preocupam-se com essa modalidade de traficância, desenvolvendo documentos e políticas que visam minimizá-la. Contudo, na realidade prática e cotidiana, muitas vezes o crime não recebe a devida importância dos agentes públicos e dos cidadãos, sendo negligenciado por estes.

No tocante aos direitos humanos, prepondera-se a questão da discriminação de gênero, a qual contribui para a coisificação do ser humano e para o desenvolvimento do tráfico de pessoas. Nesse sentido, deve haver uma verdadeira mudança de paradigma social em todo o mundo, para tanto, ações educativas de conscientização podem contribuir para o alcance de um resultado positivo.

Conclui-se, portanto, que todos os tipos de atuação para reprimir a situação de traficância devem escorar-se na perspectiva dos direitos humanos, em coadunação com os acordos firmados pelo Brasil, em especial o Protocolo de Palermo, que define os principais eixos de enfrentamento do crime em tela: prevenção, punição e proteção das vítimas, e com as diretrizes estabelecidas pela Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

A ratificação do referido Protocolo pelo Brasil e a tentativa de adequar a legislação interna aos preceitos internacionais acerca do tema, fez com que o Código Penal sofresse mudanças importantes nos dispositivos tipificadores do tráfico de pessoas.

A mais recente inovação, advinda da Lei nº 13.344, de 2016, passou a abarcar no tipo penal, além da finalidade de exploração sexual, a remoção de órgãos,

trabalho em condições análogas à de escravo, servidão e adoção, significando um avanço no combate ao tráfico de pessoas.

Por tratar-se de um crime complexo tanto em sua forma de execução, como em suas raízes e causas, que estão intimamente ligadas às relações dos seres humanos entre si e com a maneira em que cada indivíduo está inserido no seio social, o alicerce jurídico como um todo, e o ordenamento penal em particular não são suficientes para a consolidação de transformações sociais substantivas que possam sanar de vez o problema do tráfico para fins de exploração sexual.

Frente o exposto, o combate a essa espécie de crime transnacional deve se dar em várias frentes, atuantes de forma conjunta e coordenada, por meio da execução de políticas públicas bem estruturadas a partir da coleta precisa de dados, da identificação correta do delito e da adequação às peculiaridades de cada vítima de maneira singular, em uma verdadeira rede internacional cooperativa.

O cerne para o enfrentamento do tráfico tanto no que se refere à prevenção, que é o principal instrumento para a luta contra o crime, como também no referente à repressão, está no cuidado e atenção dos atores estatais e não estatais com a vítima. Desde o estudo das vulnerabilidades desencadeadas por conjunturas socioeconômicas e culturais, a fim de minimizá-las, até o tratamento dado à pessoa explorada, com o intuito de reinseri-la satisfatoriamente no convívio social.

Nesse meandro, apesar de a legislação brasileira não punir a prostituta, ainda subsiste uma punição de cunho moral, que acarreta preconceito e cria estigmas negativos por parte da sociedade, afetando as investigações da situação de traficância, e fomentando um possível regresso da vítima à condição de explorada.

É primordial que a vítima do tráfico seja reconhecida como tal, tratar a vítima como criminosa ou imigrante ilegal é prejudicial até mesmo para o encaminhamento proveitoso da elucidação do delito e o consequente desmantelamento das complexas organizações criminosas.

Na análise de julgados dos Tribunais Regionais pátrios, confirmou-se a complexidade e o caráter multifacetado do crime, o qual se relaciona com outros ilícitos penais. Pode-se inferir também que o teor das decisões destes órgãos julgadores estão vinculadas às provas dos autos, daí emerge a importância da investigação séria e cuidadosa, com a participação da vítima, propiciada pelo incentivo às denúncias e por meio da fiscalização criteriosa dos agentes públicos.

Por intermédio do amparo adequado às vítimas, desde o início das investigações criminais, pode-se viabilizar a constituição de elementos mais contundentes para se pleitear a condenação dos traficantes na esfera judicial e a desarticulação das organizações criminosas que, muitas vezes, atuam em outros crimes de caráter transnacional, como o tráfico de drogas e de armas.

Destarte, conclui-se que a sociedade e o Estado ocupam papel primordial no combate ao tráfico. As ações e políticas públicas baseadas nos direitos humanos e na cooperação internacional são essenciais para o cumprimento dos eixos de enfrentamento do problema, no entanto, para que logrem o êxito almejado, urge que os preconceitos, discriminações e desigualdades sejam extirpados do seio social.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). Secretaria Nacional de Justiça. *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais, n. 797. p. 91-100. 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/33189/35927>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BARBOSA, Cíntia Yara Silva. *Significado e abrangência do "novo" crime de tráfico internacional de pessoas*: perspectivado a partir das políticas públicas e da compreensão doutrinária e jurisprudencial. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/significado-e-abrangencia-do-novo-crime-de-trafico-internacional-de-

pessoas-perspectivado-a-partir-das-politicas-publicas-e-da-compreensao-doutrinaria-e-jurisprudencial-cintia-barbosa>. Acesso em: 29 out. 2017.

BIZZOTO, Márcia. *Futebol é usado para tráfico humano na Europa, diz estudo*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/03/070314_futebolimigracaomb.shtml>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. *Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

BRASIL. *Decreto 5.017, de 12 de março de 2004*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

BRASIL. Secretaria Internacional do Trabalho. *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. 2. ed. Brasília OIT, 2006.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Tráfico de pessoas (art. 149 A CP)*. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/417396015/trafico-de-pessoas-artigo-149-a-cp>. Acesso em: 18 fev. 2018.

CAMPOS, Amini Haddad; CÔRREA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos Humanos das Mulheres*. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Luís Camargo Pinto de. Jurisprudências. Disponível em: <http://www.professoramorim.com.br/amorim/texto.asp?id=414>. Acesso em: 17 de março de 2018.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Lei de tráfico de pessoas traz avanços e causa perplexidade. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-trafico-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 fev. 2018.

COLARES, Marcos. *I diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de* Pessoas: Lei 13.344/2016 comentada por artigos. Salvador: Juspodivm, 2017.

DGABC. *Polícia holandesa prende três pessoas envolvidas em prostituição de brasileiras e tailandesas*. Disponível em: <http://www.dgabc.com.br/Noticia/262924/policia-holandesa-prende-tres-pessoas-envolvidas-em-prostituicao-de-brasileiras-e-tailandesas>. Acesso em: 29 out. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Papel da jurisprudência precisa de mais debate científico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-23/gustavo-garcia-papel-jurisprudencia-debate>. Acesso em: 17 mar. 2018.

INFANTE, Anelise. *Grupo acusado de escravizar prostitutas brasileiras é preso em Madri*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/bbc/2008/12/475092-grupo-acusado-de-escravizar-prostitutas-brasileiras-e-preso-em-madri.shtml>. Acesso em: 24 out. 2017.

JESUS, Damásio E. de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças* – Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF: Relatório Nacional – Brasil – Brasília: CECRIA, 2002.

LUCHT, Daniela Pereira. *Investigação no tráfico internacional de pessoas para exploração sexual*. 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/investigacao-no-trafico-internacional-de-pessoas-para-exploracao-sexual/>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MARTINS, Felipe Antunes. *Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual*: breves considerações. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/trafico-internacional-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual-breves-consideracoes/>. Acesso em: 14 set. 2017.

PEARSON, Elaine. *Direitos Humanos e tráfico de pessoas*: um manual. Rio de Janeiro: Aliança Global contra o tráfico de mulheres (GAATW), 2006.

PUREZA, Diego Luiz Victório. *Crime do tráfico de pessoas após a lei nº 13.344/2016, 2016*. Disponível em: <http://blog.projetoexamedeordem.com.br/o-crime-de-trafico-de-pessoas-apos-a-lei-no-13-3442016/>. Acesso em: 15 fev. 2018.

RAMINA, Larissa. *Tráfico internacional de pessoas*: subproduto da globalização. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Coluna/Trafico-internacional-de-pessoas-subproduto-da-globalizacao/28833>. Acesso em: 14 out. 2017.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. *O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e a questão do consentimento*. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. *Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Afonso Mendes dos. *Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual, o crime do Século XXI*. Disponível em: <https://drafonsomendes.jusbrasil.com.br/artigos/178786659/trafico-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual-o-crime-do-seculo-xxi>. Acesso em: 14 set. 2017.

SILVA NETO, Augusto Rolim da. *O tráfico internacional de pessoas em face aos direitos humanos e ao direito internacional*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43950/o-trafico-internacional-de-pessoas-em-face-aos-direitos-humanos-e-ao-direito-internacional>. Acesso em: 14 set. 2017.

TORRES, Hédel de Andrade. *Tráfico de Mulheres*: Exploração Sexual: Liberdade à Venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012.

Ciências Criminais

A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA: RECONSTRUINDO SEU NEGLIGENCIADO CARÁTER EXCEPCIONAL

Isabella Lopes de Menezes

RESUMO

A presente pesquisa visa expor em que medida o deturpar da aplicabilidade excepcional da prisão preventiva, somado à operação seletiva das instituições de controle social e à precariedade do sistema carcerário pátrio, acabam por dissuadir o crime de forma ineficaz e proporcionar inúmeras violações às garantias constitucionais em favor dos acusados no Brasil. Para tanto, discorrer-se-á, primeiramente, sobre a evolução histórica da pena do cárcere; segundamente, será exposta, num enfoque criminológico, a falibilidade do sistema carcerário nacional e sua atuação positiva na construção da carreira desviante do recluso; e, por fim, sobre a inobservância dos liames legais por parte do judiciário pátrio e a consequente tutela deficitária das garantias constitucionais dos acusados. Toda a exposição argumentativa visa descontruir a ingênua esperança social depositada no cárcere como meio eficaz de prevenção e repressão de desvios, ao passo que objetiva adequar aos preceitos constitucionais o instituto da prisão preventiva, resgatando seu uso subsidiário à situações de reconhecida necessidade, à luz do princípio da presunção de não culpabilidade e da estrita legalidade, com o fim único de impedir eminente prejuízo à instrução penal.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Garantias Constitucionais. Presunção de Não Culpabilidade. Criminologia. Panorama carcerário.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vive um encarceramento crescente. Conforme dados do ICPS[1], entre 1990 e 2014, houve um crescimento de 575% da população carcerária brasileira. Com referência ao mesmo lapso temporal, tem-se que o aumento dos custodiados é 7 vezes superior ao crescimento demográfico no país. As penitenciárias nacionais, em regra, estão em estado de superlotação e carecem de estruturas adequadas que garantam o mínimo de dignidade aos presos.

Outrossim, conforme dados da DEPEN[2], a taxa de reincidência no Brasil aproxima-se de 70%. Portanto, é inevitável, frente ao cenário nacional, desmistificar a grande esperança depositada no cárcere como meio retributivo e preventivo eficaz de desvios.

patente, pelas pesquisas sociais e criminológicas que serão aduzidas, que a pena privativa de liberdade pátria é, de fato, contraditória em seus meios e fins, pois visa a emenda do recluso ao comportamento conforme e seu retorno ao corpo social, ao passo que reforça seus valores negativos - impondo-o a rotinas de ócio e clausura em celas superlotadas, com manutenções e prestações precárias de saúde, higiene e alimentação - promovendo o isolamento do capturado a relações interpessoais regidas por um código de valores distinto do socialmente legitimado, impulsionando-o, portanto, à carreira delitiva.

Ocorre que parcela causal deste caótico panorama penitenciário pátrio está no desvirtuar da finalidade constitucional da prisão preventiva em seu uso recorrente e vulgarizado. A referida medida cautelar teve como desprezado o seu caráter excepcional e subsidiário, que visava, estritamente, vincular o acusado ao processo

[1] Internacional Centre For Prison Studies – ICPS. Disponível em www.prisonstudies.org. Acesso em: 20/05/2017

[2] Reincidência Criminal no Brasil. Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica) - Pg 13. Disponível em: <http://www.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf> Acesso em: 06/03/2018

penal e garantir a regular execução da instrução criminal, e passou a ser aplicada como antecipação da pena dos considerados socialmente indesejáveis, figurando verdadeira teratologia jurídica.

Conforme o relatório da IFOPEN, cerca de 41% dos encarcerados do Brasil são presos provisórios, que não exerceram seu contraditório e aguardam julgamento.[3] As raízes da relativização das diretrizes legais, e consequente aplicação irrestrita e discricionária do instituto da prisão preventiva, tem correlação direta com o desvirtuar da jurisdição pelos aplicadores da lei. Explica-se.

Jurisdição, segundo Montesquieu (1689-1755), é uma das manifestações de soberania do Estado que confere poder ao juiz de aplicar a norma pré-constituída ao caso concreto, isto é, poder de identificar o fenômeno da subsunção normativa ao fato jurídico. Assim sendo, reserva-se ao juiz uma função de ser inanimado, cuja incumbência restrita e rígida é a de ser a boca que pronuncia as palavras da lei.[4]

Ocorre que o Brasil está dentre os 20 países com o maior índice de criminalidade no mundo. As taxas de mortes violentas nos principais centros urbanos brasileiros superam as de países que vivem cenários de guerra formalmente declarada ou conflitos armados.[5]

Diante de tal quadro de violência generalizada, os juízes flexibilizaram reiteradamente a interpretação dos dispositivos legais de modo conveniente aos seus critérios particulares de justiça ao caso concreto, desvirtuando a atribuição da jurisdição, com o intuito de concretizá-la como meio de atuação complementar na otimização da segurança pública.

---

[3] Levantamento Nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – 2014. Disponível em < http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em 11/03/2018

[4] MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis, 9ª edição*. Saraiva, 11/2007. Pg 58.

[5] Fórum brasileiro de segurança pública (FBSP). Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/ acesso em: 04/05/2017

O cenário denota a evidente tração existente entre a sede de justiça e de contenção da criminalidade com a legalidade estrita e a segurança jurídica quanto às garantias constitucionais pátrias, pressupostos do Estado de Direito.

Isto posto, a presente pesquisa visa o resgate das diretrizes legais e da essência constitucional excepcional do instituto da prisão preventiva, denunciando como o seu uso recorrente e deturpado ofende os princípios basilares do processo penal, sobretudo, a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF), visando que a lei não se degrade a meros enunciados abstratos e contornáveis, incapazes de regular e estabilizar expectativas jurídicas no mundo fático.

2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO FINALÍSTICA E HISTÓRICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Estudar o Direito é, necessariamente, estudar o homem e o corpo social ao qual ele pertence num determinado momento histórico.

Sabe-se que o ser humano somente se realiza plenamente quando convive com seus semelhantes. Entretanto, a convivência, apesar de necessária, não se mostra harmônica ou linear, pois as liberdades de atuação e os interesses humanos chocam-se e postulam por regulações que viabilizem a paz social, a serem implementadas tanto pelo direito quanto pelas instituições de controle social (formais/informais).

Assim surge o ordenamento jurídico como um complexo de normas que balizam e regulam a vida em sociedade, dispondo de diversos instrumentos dissuasivos a serem aplicados aos indivíduos que, com seu comportamento, ofendem ou lesionam interesses e direitos de outrem, públicos ou privados.[6]

> A geração atual, nascidas na era dos Estados de Direito, depara-se com uma pena já muito difundida, dentre a imensa gama de sanções estatais: a pena de prisão.

[6] SIRVINSKAS, Luís Paulo. Introdução ao Estudo do Direito Penal, 1ª edição. Saraiva. Pg – 14

A pena privativa de liberdade é a mais gravosa do ordenamento pátrio. O uso desta sanção é justificado em ultima ratio, pelo discurso da proteção aos bens jurídicos mais relevantes como a vida, a integridade física e a liberdade, por ser considerada como uma repressão proporcional aos valores e direitos mais expressivos do contrato social que tenham sido maculados.

Porém, o discurso de isolamento e privação de liberdade não é uma prática dissuasiva inovadora, sendo resultado de uma longa evolução histórica que abarcou distintas finalidades, preceitos e justificativas para se ver legitimada.

Acerca do tema, importa-nos estudar a historicidade de tal instituto penal para que melhor compreendamos nossa herança de senso punitivo na utilização do cárcere. Afinal, conforme afirmam Ortega y Gasset, os homens não têm natureza, têm história, sendo que o passado, a experiência anterior, deságua e forma o presente, pois somos hoje a consequência do que já havíamos sido.[7]

Há de se ter em mente, como disse Bittencourt, que "a origem da pena, todos recordam, é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens".[8]

Assim sendo, propõe-se um estudo que reúna as metodologias prisionais historicamente reconhecidas, de forma cronologicamente comparativa.

2.1 Antiguidade

Nos primeiros agrupamentos humanos a reprimenda mais grave que se tinha era o exílio, por ser a vida social, à época, o bem mais precioso e essencial de um singular.

Em meio à pluralidade existente de tribos e clãs, suas constantes guerras, e os recursos naturais escassos, a expulsão de um indivíduo do seu grupo familiar determinava a sua vulnerabilidade e perda de identidade.

[7] REALE, Miguel Jr., Teoria do delito, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 16
[8] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 27.

A pena de exílio era denominada 'perda da paz', assim chamada por impossibilitar a sobrevivência do exilado diante de qualquer dos impiedosos e inevitáveis fenômenos hostis da natureza, agressões de animais selvagens ou dificuldades diversas na colheita de alimentos.[9]

A história da pena revela que nas sociedades mais primitivas, a partir doa anos dez mil antes de cristo, os meios de controle social eram norteados pelos tabus e totens sociais que imprimiam pena um contorno místico. Neste momento histórico, eram as noções religiosas de sagrado e profano que orientavam a vida grupal e o bem mais precioso era a dimensão do pós-vida, isto é, a aceitação divina.[10]

Em eventual descumprimento dos tabus impostos, as punições, que tinham caráter coletivo, eram decididas pelos chefes religiosos, considerados autoridades investidas por Deus, aos quais era deferido o poder de castigar em nome dos súditos, sendo as penalidades aplicadas até mesmo às coisas, aos animais e aos cadáveres, sem qualquer critério de proporcionalidade.

Ademais, as reprimendas eram executadas publicamente para alertar a todos os integrantes do corpo social sobre qual seria seu destino caso infringissem a moral religiosa. [11]

Deste modo, gradualmente, o exílio tornou-se anacrônico, dando lugar à pena pública, perpetrada pelos costumes e balizas da lei de Talião, substituindo-se a mera expulsão do infrator pela sua morte, mutilação, banimento temporário e, em casos mais brandos, perda de bens pessoais.[12]

Dentre as penas comumente empregadas, havia as denominadas 'inflamantes', que tinham uma finalidade expiatória, ou seja, eram penas que

[9] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg – 31.
[10] SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito Penal, 1ª edição*. Saraiva. Pg – 15
[11] SIRVINSKAS, Luís Paulo. Introdução ao Estudo do Direito Penal, 1ª edição. Saraiva. .Pg – 15.
[12] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais, 1998. Pg 31.

visavam extinguir o pecado do pecador. Portanto, a prisão ora empregada era uma espécie de antessala de suplícios.[13]

Portanto, à época, o cárcere serviu somente aos objetivos de contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente e garantir a execução das penas que lhe haviam sido impostas, ou seja, o aprisionamento não era utilizado como expressão autônoma de sanção, sendo apenas instrumento que se infligia no interesse de depósito do transgressor para que este aguardasse a sua execução pública.[14]

Tal modalidade aplicacional da restrição de liberdade para confinamento dos acusados antes da decisão e execução da sanção foi a única empregada, através de jaulas e cercas, também nas civilizações incas e astecas.[15]

Ademais, tanto a civilização helênica como a romana desconheceram a privação da liberdade como pena. A prisão tinha o fim único de custódia, conforme expressa o dizer de Ulpiano no Digesto Romano[16]: "Carcerenin ad continendos homines non ad puniendos haberit debit"[17] (a prisão serve não para o castigo dos homens, mas para a sua custódia).

Em assente esclarecimento, aduziu Carrara que na França, até o advento do Código Penal de 1791, a detenção não era tida como pena, mas exclusivamente

[13] SIRVINSKAS, Luís Paulo. Introdução ao Estudo do Direito Penal, 1ª edição. Saraiva. Pg – 18.
[14] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 28.
[15] NEUMAN, Elias. *Evolución de la pena privativa de liberdad y regímenes penitenciários*, Editora Pannedille, Buenos Aires, 1971. Op. Cit. Pg- 20. Ladislao Thot, 'Ciência penitenciaria'. Revista de identificación y Ciencias Penales, La Plata, 1936, p. 19 et seq. Mario Puga, Los incas, Sociedad y Estado, México, 1955, p. 109, cit. Por Elías Neuman.
[16] Dá-se o nome de Digesto de Justiniano para a reunião, seleção de decisões e textos célebres de jurisconsultos romanos do período clássico em um só local, a fim de guardá-los para a posteridade e preservar-lhes a autenticidade. Compõem o Digesto obras de juristas da República e do Alto Império, em um total de 39 juristas diferentes, distribuídos por 50 volumes, um terço dos quais correspondem à produção de Ulpiano." (RESENDE, Roberta.LaudaLegal"DigestodeJustiniano". Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/LaudaLegal/41,MI158400,61044-Digesto+de+Justiniano>. Acesso em: 15.09.2017.)
[17] DIGESTO, liv. 1º, tit. 48, cap. 9º

como um meio para impedir a fuga do réu, garantindo a futura consumação punitiva.[18]

Não se pode ignorar que em ambas as civilizações supracitadas também se implementava a prisão em modalidade de sanção privada, cedendo aos credores o direito-poder de reter os devedores até que estes quitassem as suas dívidas. Isto é, o devedor ficava à mercê do credor, como seu escravo ou adjudicado, a fim de garantir o crédito.[19]

O local de aprisionamento e reclusão do escravizado por dívida era chamado ergastulum e se situava na casa do credor, destinando-se à moradia e descanso do devedor, o que muito se distancia da aplicabilidade contemporânea da pena de detenção física.

Sendo assim, mesmo que os helênicos e romanos se utilizassem do instituto da prisão, é evidente que este tinha o caráter único de reservatório domiciliar compulsório dos chamados "escravos do trabalho", para garantir o pagamento de uma dívida por meio de sua força de labor gratuita, não se aproximando da aplicabilidade do cárcere como penalidade em si.

Com a queda do Império Romano em 476 d.C. e com a invasão da Europa pelos denominados povos bárbaros, encerra-se o período da antiguidade e iniciam-se os tempos da Idade Média.

2.2 Idade Média

A lei penal dos tempos medievais tinha como fim a demonstração de poder que pudesse provocar o medo coletivo, colocando os governados à mercê do arbítrio e discricionariedade dos detentores de poder.

[18] CARRARA, Francesco. Programma del corso di diritto criminale. Parte Geral. Volume II. Ed. Libraria Fratelli Camemelli, Florença. 1924. Pg 20

[19] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg 32.

Na Idade Média, em semelhança à Antiguidade, vigoravam as penas cruéis e degradantes. Aos infratores restava o confinamento e o esquecimento em calabouços úmidos e subterrâneos, no aguardar das penas finais.

A pena pública revestida de espetáculo visava exercer um efeito intimidativo junto à massa social, reafirmando as consequências de certos comportamentos categorizados como indesejáveis, na esperança de prevenir novos delitos e desobediências.[20]

As penas implementadas eram as de amputação de membros, extirpação de olhos, queima de indivíduos ainda vivos e de morte. A execução divulgada aos olhos populares era um verdadeiro evento de divertimento social, que satisfazia a multidão, ávida de distrações bárbaras, com altíssimas doses de sofrimento alheio, denunciando um sistema punitivo desumano e ineficaz, sob a influência penitencial canônica.[21]

Há, porém, relatos adstritos ao referido período histórico que indicam o aparecimento efêmero da prisão. Do exame, Cuello Calón cita um édito de Luitprando, Rei dos lombardos (712-744), que dispunha que os juízes de cada cidade deveriam construir um cárcere com o propósito de prender eventuais ladrões pelo tempo de um a dois anos. Callón também relata uma capitular de Carlos Magno (813) que estabelecia a possibilidade de os delinquentes serem recolhidos à prisão por ordem do Rei, por tempo indeterminado, até que se corrigissem.[22]

A palavra 'corrigir' ora utilizada é indício da origem histórica da esperança depositada na privação de liberdade para o fim de emenda, adequação e recuperação dos que haviam agido de modo desconforme aos valores socialmente preponderantes.

---

[20] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg 34.

[21] SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito Penal, 1ª edição*. Saraiva. Pg - 24.

[22] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg 33. Ob. Cit. CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. Ed. Bosch, Barcelona. 1958. T.I, Pg-300-301.

Merece destaque que, conforme adverte Cuello Calón, as fontes de pesquisa oriundas dos séculos XI e XII, a despeito dos exemplos supramencionados, indicam o caráter ainda raro da imposição de privação de liberdade como sanção autônoma.[23]

Em meio ao panorama monarquista global, a Igreja Católica, em sua ascensão bélica, patrimonial e política pela Europa, era o polo central de influência da época, tendo protagonizado o direito ordálico (juízos de Deus) até o fim do século VII, que preconizava leis de inspiração divina, consideradas absolutas e incontestáveis.

No direito ordálico, o auferir da culpa ou inocência do imputado ocorria por meio de torturas, afogamentos, fogo, ferretes candentes, e diversas outras chamadas "provas" que visavam extrair do acusado uma confissão.

Tinha-se como evidência maior da maldade de um indivíduo o fato de este ser abandonado por Deus, manifesto na sua eventual incapacidade de superar as provas aos quais seria submetido, fazendo-o, automaticamente, merecedor do castigo.

Caso as "provas" fossem favoráveis ao imputado, isto é, não revertessem em uma confissão, este era considerado inocente, e se lhe fossem desfavoráveis, consubstanciavam na sua condenação e execução imediatas. Por óbvio, como consequência de tais práticas, havia um elevado índice de erros condenatórios.[24]

Foi nessa época que surgiram e se difundiram as prisões do Estado e as prisões eclesiásticas.

Prisão de Estado somente poderiam ser recolhidos os inimigos dos reis ou senhores feudais, chamados "inimigos do poder", que tivessem cometido alguma das modalidades de traição, e os adversários políticos reais ou senhoriais. [25]

[23] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg 33.
[24] SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito Penal, 1ª edição*. Saraiva. Pg – 25.
[25] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 32.

Os exemplos mais populares de cárceres da época são a Torre de Londres, a Bastilha, de Paris, Los Plomos, e a Ponte dos Suspiros, no Palácio Ducal de Veneza.[26]

Já nas prisões eclesiásticas as penas destinavam-se aos clérigos e fiéis rebeldes que tivessem cometido algum tipo de infração. Em atendimento ao senso de caridade e redenção da igreja, o internamento prisional tinha o fim de penitência e meditação. Recolhiam-se os infratores em uma ala dos mosteiros para que se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção.

Em síntese, o delito era visto como expressão do pecado e cumprir as penitências era o meio único de o delinquente redimir a sua alma e se reaproximar de Deus. Neste sentido, implementou-se o cárcere como instrumento espiritual do castigo, à luz do Direito Canônico, na crença de que a alma do homem se depuraria do pecado pelo sofrimento e pela solidão.[27]

Estima-se que no vértice da luta do catolicismo contra as manifestações de heresia, a prisão passou a ter uma aplicação mais recorrente, mantida intacta a sua natureza e finalidade expurgatória. Na inquisição de Tolouse (1246-1248), de um total de 192 sentenças condenatórias, 149 foram de reclusão e das 636 decisões proferidas por Bernardo Gui (1308-1322), inquisidor da Ordem Dominicana, 300 foram de encarceramento. [28]

Precisamente do vocábulo "penitência", de estreita vinculação com o direito canônico, surgiram as palavras "penitenciário" e "penitenciária", que expõe a noção de pena medicinal, nas quais a reclusão visava induzir o pecador a arrepender-se de suas faltas e emendar-se, pela compreensão consciente e interior da gravidade de suas ações.

---

[26] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 32.

[27] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg 33.

[28] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg 33. Ob. Cit. COSTA ANTUNES, Ruy da. Problemática da pena. Editora Mousinho. Recife. 1958. P. 151.

Tal pensamento evidenciava-se desde os antigos dizeres de Santo Agostinho (354 - 430), em sua obra "A cidade de Deus", na qual afirmava que o castigo não deve orientar-se à destruição do culpado, mas ao seu melhoramento.[29]

De toda a Idade Média, apesar das penas discricionárias e cruéis, merece destaque uma sequela positiva da influência penitencial canônica: o senso de correção do delinquente e a procura da reabilitação do recluso, constituindo um antecedente indiscutível da prisão moderna.[30]

A última parte da Idade Média foi um período tumultuado, envolvendo a Guerra dos Cem Anos (1337–1453), travada entre Inglaterra e França, e a epidemia bubônica da Peste Negra, a qual matou cerca de um terço da população europeia entre 1347 e 1351, marcando o fim do período histórico.

2.3 A Idade Moderna

Durante os séculos XVI e XVII, a pobreza se estendeu por toda a Europa e às suas vítimas fora dada uma única saída para sua mínima subsistência: o delinquir.

As custosas guerras religiosas em combate às heresias haviam ceifado a Europa de suas riquezas, causando a devastação de vários países e a crise das formas feudais de vida, e do sistema agrário de mercado, estimando-se que no ano de 1556 os miseráveis e pedintes de esmola correspondiam a ¼ da população.[31]

Os pobres e famintos migraram para os conglomerados urbanos e foram alvo de diversas represálias punitivas por parte dos parlamentos locais, que variavam de trabalhos forçados nos encanamentos dos esgotos da cidade a expulsões e açoites em praça pública e até mesmo execuções, sanções estas eivadas de qualquer êxito em

[29] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 35.
[30] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 35.
[31] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 37.

dissuadir as constantes práticas de roubo e de assassinato, que cresciam em níveis alarmantes.[32]

Perdurou nas sociedades da Idade Moderna uma crise na seguridade dos agrupamentos públicos. A miséria regava o constante status de caos social e era preciso que as cidades, por seu governo local, se munissem de meios de defender-se deste perigo social.

Por razões de política criminal era evidente que, ante tanta delinquência, a pena de morte não era uma solução adequada, pois sua aplicação corresponderia a uma erradicação populacional em massa.

Além disso, era sabido que a miséria dos delinquentes era maior que a sua má vontade. Nessa perspectiva, restou claro que a imposição de penas corporais e executórias, provadas ineficazes pelo pensamento jurídico reformador que surgia, não conteria os delitos nem o agravamento das tensões sociais ora existentes.

Os agrupamentos de marginalizados e pedintes ameaçavam, com sua massa crescente, dominar o poder do Estado. Não mais se travava uma guerra ideológica pela hegemonia de poderio de um reino ou crença. A problemática atual abarcava um novo ônus estatal: o de lidar com a miséria dos famintos nativos que povoavam as cidades, vítimas dos efeitos colaterais das guerras feitas em nome de Deus e das disputas de território e poder em nome da hegemonia monárquica.

Neste cenário de desintegração do meio de vida feudal, e, em aurora ao capitalismo, ainda disforme, ergueram-se diversos autores que expuseram um novo modo de se pensar o trabalho humano, inaugurando um pensamento jurídico reformador que concebeu a perda da liberdade como fórmula que aliava a segurança comunitária ao respeito à dignidade humana.

Um deles foi Thomas More (1478-1535), catedrático de Direito e diplomata do rei Henrique VIII, que aduziu em sua obra "Utopia" seu estranhamento particular

[32] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 37

com a lógica ora prevalecente de penalidade social, posicionando-se contrário à preferência por sanções executórias em detrimento da punição de reclusão e labor gratuito que poderia imputar-se ao indivíduo que delinquiu.[33]

Thomas acreditava que, no contexto ora vivenciado pela Europa, a pena de morte era incapaz de inibir os agentes dos crescentes roubos, defendendo que não seria a gravidade da sanção que os deteria de roubar, pois os resultados, tanto da fome extrema quanto da prática criminosa, lhe seriam comuns. Neste sentido, propôs que o Estado melhor garantisse a existência de todos os membros da sociedade, a fim de que ninguém se visse na necessidade de roubar primeiro e de morrer depois.

O referido humanista concluiu que a principal causa da miséria pública residiria no número excessivo de ociosos aristocratas que se nutriam gananciosamente do suor e do trabalho dos socialmente mais desfavorecidos, que eram abandonados nas horas de necessidade e doença, passando a mendigar ou a roubar. Propunha, portanto, que cada integrante social fosse estimulado a exercer sua liberdade laboral, sendo justamente recompensado pela porção de seu trabalho e, sendo faltoso com a lei, fosse aquele corrigido de toda ignorância, orgulho e preguiça. [34]

Em suas premissas finais sobre a pena, Thomas conclui que uma repressão estatal de excelência seria aquela que conciliasse a justiça com a utilidade pública, vislumbrando um sistema penitenciário no qual os reclusos trabalhassem em prol da sociedade que os mantém.[35]

De modo complementar, surge o protestantismo em 1517, trazendo visibilidade às teses e escritos de João Calvino (1509-1564), reformista cristão, que

[33] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg 33. Ob. Cit. COSTA ANTUNES, Ruy da. Problemática da pena. Editora Mousinho. Recife. 1958. Pg 152.

[34] FÉLIX, Luciene. Um recorte da Utopia de Thomas More. 2016. Fonte http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/um-recorte-da-utopia-de-thomas-more/16309 Acesso em 17/09/2017.

[35] FÉLIX, Luciene. Um recorte da Utopia de Thomas More. 2016. Fonte http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/um-recorte-da-utopia-de-thomas-more/16309 Acesso em 17/09/2017

entendia não poder tratar de teologia sem se ater, também, aos aspectos e problemáticas sociais da época.[36]

Calvino buscou resgatar o real sentido do trabalho humano, tido como maldição em sua época, pela interpretação exercida pela Igreja do texto de Genesis 3:17-19[37]. Por entender que no meio social sempre haveria desigualdades e crimes, o reformista defendeu, à luz dos textos bíblicos cristãos, principalmente o de Efésios 4:28[38], que o trabalho é um mandamento e uma benção divina que possibilita a todos os homens utilizar-se de suas vocações para a glória de Deus e para o benefício da sociedade.

Os escritos de Calvino propunham a todos uma a dignificação social através do trabalho, para que os indivíduos pudessem alcançar uma vida frugal de moderação, para que se precavessem de épocas de penúria e tivessem possibilidade de ajudar seu próximo em qualquer necessidade material.

De modo conexo, a obra do monge beneditino Jean Mabilhon (1632 – 1707), Reflexions sur les prisons desonrd res religieux, reagia contra o isolamento absoluto proposto pela penitência do século XVI, defendendo notáveis reformas quanto ao trabalho, à higiene e à regulamentação de visitas, que iniciaram um processo de grande revisão em torno da essência e dos fins perseguidos pela pena.[39]

A obra do monge beneditino impressionou vivamente a Europa e muitos estados católicos procederam à construção de estabelecimentos-modelo conforme suas orientações visionárias. Por repercussão, em Veneza (1760), institutos análogos

[36] CASTRO E SOUZA, Maurício de. A Ética de Calvino Quanto ao Trabalho. Fonte <editorarevistas.mackenzie.br/index.php/cr/article/download/2609/2944>. Acesso em 17/09/2017.

[37] Bíblia Cristã *Online*. Genesis 3:17-19 "E a Adão disse: Porquanto destes ouvidos à voz de tua mulher, e comeste da árvore de que te ordenei, dizendo: Não comerás dela, maldita é a terra por causa de ti; com dor comerás dela todos os dias da tua vida. Espinhos, e cardos também, te produzirá; e comerás a erva do campo. No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado; porquanto és pó e em pó te tornarás." (Fonte – Bíblia Cristã *Online*. Disponível em <http://bibliaportugues.com/ephesians/4-28.htm>. Acesso em 17/09/2017.).

[38] Bíblia Cristã *Online*. Efésios 4:28 "Aquele que furtava, não furte mais; antes trabalhe, fazendo com as mãos o que é bom, para que tenha o que repartir com o que tem necessidade.". Fonte <http://bibliaportugues.com/ephesians/4-28.htm>. Acesso em 17/09/2017.

[39] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg 36

foram criados na proporção em que o movimento alcançava os Países Baixos, onde o Magistrado Vilain XIV mandou erigir o célebre presídio de Gnas, para ofertar trabalho dos reclusos durante o dia e manter seu isolamento apenas à noite.[40]

Neste cenário da segunda metade do século XVI, repleto de mudanças nas estruturas sociais e econômicas por força dos descobrimentos marítimos, da expansão colonial das potências europeias e do progresso das operações comerciais, iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados, em substituição aos açoites, ao desterro e à execução.[41]

Neste prisma, foram inauguradas as chamadas houses of corrections ou bridwells, que eram instituições carcerárias com a suposta finalidade de emendar os delinquentes por meio do trabalho, do ensino religioso e da disciplina, visando desestimular a população às práticas de vadiagem e ócio, reforçando o discurso da função preventiva geral da pena.

Importa destacar que os modelos punitivos, mesmo pautando-se nas teses sociais inovadoras sobre o trabalho humano, não se diversificam na prática por um propósito idealista nobre, mas sim com o fim real de evitar que se desperdiçasse mão de obra potencial, visando controlar e regular a sua utilização de acordo com as necessidades de valoração do capital. Isto é, diante da perspectiva capitalista ascendente, conclui-se por mais lucrativa do que a imposição da pena capital, a exploração do braço presidiário para a execução de muitos trabalhos.

Neste contexto, a finalidade subsidiária das instituições carcerárias era a de conseguir com que o preso, com as suas atividades laborais, concentradas no ramo têxtil, pudesse alcançar alguma vantagem econômica para financiamento próprio. [42]

---

[40] ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg 36

[41] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 38

[42] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 39.

Tal modelo prisional foi importado e implementado em toda a Europa, pela conveniência econômica da exploração da força de trabalho dos reclusos. Exemplo disso foi a aplicação das cruéis penas de galés, em que os presos eram acorrentados e submetidos ao trabalho forçado de remo ininterrupto, sob ameaça de açoites, a serviço das Galés militares.

Portanto, as casas de trabalho ou de correção da época, embora destinadas a tratar pequenas delinquências, sendo as faltas mais graves tratadas pelas penas capitais, já assinalam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna.[43]

Nota-se que as penas, ao longo dos séculos, tiveram o fim central de atender as conveniências da coletividade e do Estado. Além disso, é evidente que a punição para o delinquente sempre se voltava para privá-lo dos bens culturais mais relevantes.

Na antiguidade, o convívio grupal, através do exílio; Na Idade Média, a pós vida e a aceitação divina, através de penas expurgatórias e capitais; e na Idade Moderna, se estendendo aos dias de hoje, a tão preciosa liberdade, apregoada pelo iluminismo e o capitalismo, ceifada por meio do encarceramento.

Em síntese, existem várias causas que concorrem para o surgimento da prisão como pena autônoma. Dentre as mais importantes estão: a valorização da liberdade como bem maior do homem, tornando sua privação, por óbvio, o pior dos castigos; a crise da pena de morte, pois os transtornos e mudanças socioeconômicas de pobreza extrema no século XVI, acabaram desprestigiando tal sanção, fazendo que não mais respondesse aos anseios de justiça social; O advento da lógica capitalista de mercado que, impulsionada pela reforma protestante, fez que a prisão, antes de ter o sentido medicinal que lhe fora atribuído, tivesse o escopo de racionalizar e explorar a mão-de-obra dos reclusos.[44]

[43] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 39.
[44] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010. Pg – 48-49.

Ora, até mesmo o modelo inicial de cárcere, pensado como pena autônoma, fora projetado como um meio garantidor da desenvoltura laboral e autossubsistência do recluso.

Do modelo carcerário pioneiro aos modelos que se sucederam, somados aos marcos históricos de avanço e positivação das garantias individuais e coletivas, a esperança lógica seria a de um inevitável avanço na desenvoltura da prisão e na consciência social sobre o cárcere.

Porém, em verdade, o que se verifica é um retrocesso que inaugura uma era sombria de esquecimento e negligência aos capturados pelo sistema penal, que traria a qualquer historiador, catedrático ou criminologista do século XVII, um inevitável sentimento híbrido de horror e espanto. A realidade do cárcere brasileiro é medonha e distante de qualquer utilidade social ou preventiva do delito, fato este que será abordado nos capítulos subsequentes.

Buscando evitar o empobrecimento da temática abordada, precisei a necessidade de não munir esta pesquisa apenas de observações e dados escritos por sujeitos, apesar de brilhantes, distantes da realidade carcerária do Brasil, razão pela qual busquei entrevistar ex-reclusos do sistema penitenciário nacional que pudessem acrescentar pessoalidade à narrativa.

No dia 31/08/2017, pude colher o depoimento do Senhor Ricardo Andrade, ex-recluso, que permaneceu 10 anos encarcerado no complexo penitenciário da papuda (2002-2012). Em uma síntese sobre as experiências que viveu na unidade prisional, Ricardo relatou que permanecia o dia inteiro em ócio, trancado dentro de uma cela superlotada, sujeito a condições degradantes de higiene e de saúde, com fácil acesso à diversas drogas, mais comumente a merla e o cigarro, das quais tornou-se dependente, pois se tornaram seu escape da degradante realidade carcerária.

Esse segue sendo apenas um dos diversos relatos conhecidos e das diversas situações prisionais aviltantes que serão aduzidas, evidenciando o cárcere moderno

brasileiro como sendo completamente nulo de logística para providenciar aos reclusos tanto o ensino quanto a possibilidade de exercer um ofício/trabalho para seu sustento imediato e futura reinserção social, denunciando a flagrante involução do atual sistema prisional em relação ao que propunham os modelos iniciais de cárcere.

3 CONTRADIÇÕES E FRAGILIDADES DO DISCURSO RESSOCIALIZADOR À LUZ DO PANORAMA CARCERÁRIO NACIONAL

> Eles estão do outro lado do muro, enjaulados, sujos, amontoados. Tão iguais, porém tão diferentes dos integrantes da sociedade que outrora pertenceram; foi ela também responsável por condená-los a esse estado de exílio, rejeição, esquecimento. Para uns, representam a pior face do ser humano: o desrespeitoso, o contraventor, o desviante, o errado; e por isso é preferível não os ver, não os tocar ou os ouvir. Porém, até quando os muros suportarão e calarão suas duras vidas?
>
> (Fábio Lobosco Silva)

Quanto à precariedade estrutural e funcional, há um discurso difundido de que o sistema prisional brasileiro está falido. Não há novidade em dizer que as cadeias brasileiras são universidades do crime, incapazes de exercer uma contra motivação justa aos delitos e de recuperar socialmente qualquer indivíduo egresso.

Os empecilhos para transformar a dita realidade estão na mínima mobilização e comoção social quanto ao fato de os recolhidos à prisão serem submetidos a existências degradantes e inconcebíveis. A sociedade, em geral, lida com um autor de um crime como se este fosse apenas um incorrigível, uma eterna ameaça à garantia dos direitos individuais alheios.

Visto desta forma, aquele que é alcançado pelas instâncias de controle social é taxado como delinquente, e passa a ser visto como alguém que desmerece ter direitos e um tratamento humanizado. Rotulado como inimigo do povo, o capturado tem sua dignidade relativizada e sua aviltante realidade ignorada pela seletiva empatia social.

A gênese deste do desinteresse social quanto ao encarcerado vem da disseminação de ideologias de fácil digestão e rasa reflexão que promulgam posturas acríticas de revanchismo social, responsáveis por incutir na mentalidade social que é motivo de orgulho a priorização de qualquer outro setor público em detrimento do sistema penitenciário.[45]

As pautas carcerárias são assunto quase proibido. A figura do interno torna-se distante e indesejada. Seu isolamento soa como alívio e suas reivindicações tomam a forma de pleitos de uma espécie perigosa e distinta.

Este desincumbir social quanto às responsabilidades do mundo carcerário também tem raízes nos dogmas técnicos relacionados ao direito de punir. Isto é, ao conferir ao Estado o monopólio legitimo da violência e o *jus puniendi*, sob conhecidos prenúncios de resolução da violência através de políticas repressoras e segregantes, a sociedade se sente desobrigada de dar aos problemas carcerários qualquer atenção.

Seja para validar os enunciados colacionados, seja para expor a exata dimensão da problemática, far-se-á uma breve abordagem crítica, acrescentando um enfoque criminológico, às finalidades declaradas da pena e à esperança social depositada no cárcere, permeada pela exposição de diversos caracteres da realidade penitenciária brasileira segundo as informações disponibilizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional, conforme os dados do relatório prisional de 2015.[46]

[45] Lobosco Silva, Fábio. Gigante em ruínas: Um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCRIM volume 123. Editora Revista Dos Tribunais LTDA. Setembro/2016. Pg 362.
[46] Ibidem. Pg 363.

3.1 A precariedade estrutural dos presídios nacionais e sua incongruência com as diretrizes positivadas na Lei de Execução Penal (LEP)

Há na LEP diversos notáveis preceitos da pena, como a incumbência estatal pela promoção harmônica da integração social dos condenados e dos internados[47], o assegurar de todos os seus demais direitos não restringidos em sentença penal[48] (como o direito ao trabalho[49], integridade física e moral[50] e à visita regulamentada), assegurada a prestação de assistência[51] saúde (incluindo atendimento médico, farmacêutico e odontológico)[52], assistência material (fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas)[53], assistência jurídica (destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado, para que tenham acesso a um defensor público)[54], assistência educacional (formação profissional do preso e do internado)[55], assistência religiosa

[47] LEP (lei 7.210) Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[48] LEP (lei 7.210) Art. 3º "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018

[49] LEP (lei 7.210) Art. 28. "O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[50] LEP (lei 7.210) Art. 40 – "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[51] LEP (lei 7.210) Art. 10. "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[52] LEP (lei 7.210) Art. 14. "A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[53] LEP (lei 7.210) Art. 12. "A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018

[54] LEP (lei 7.210) Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[55] LEP (lei 7.210) Art. 17. "A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018

(permitindo aos reclusos a liberdade de culto e posse de livros de instrução religiosa[56]) e assistência social (que vise amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade[57])[58] a todos os reclusos, bem como os demais direitos elencados no artigo 41 do referido diploma legal[59].

Porém, conforme se demonstrará, a realidade carcerária brasileira é tão distante do regulamentado que torna os preceitos legais supramencionados meros enunciados fantasiosos, claramente eivados de efetivo poder de atuação no mundo fático. De acordo com dados do ICPS60, o Brasil é o quarto país que mais encarcera no mundo, ficando atrás apenas dos EUA, China e Rússia. Outrossim, é gravemente progressivo o número de custodiados no Brasil, que de 2008 a 2014 apresentou o maior crescimento mundial (33%) nas taxas de aprisionamento.

Ainda conforme o ICPS61, entre 1990 e 2014, houve um crescimento de 575% da população carcerária brasileira, sendo possível afirmar que, desde 2000, o crescimento representa 7% ao ano. Com referência ao mesmo lapso temporal, tem-se

[56] LEP (lei 7.210) Art. 24. "A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. § 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos. § 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[57] LEP (lei 7.210) Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[58] LEP (lei 7.210) Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[59] LEP (lei 7.210) Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018

que o aumento dos custodiados é 7 vezes superior ao crescimento demográfico no país.

Porém, conforme se demonstrará, a realidade carcerária brasileira é tão distante do regulamentado que torna os preceitos legais supramencionados meros enunciados fantasiosos, claramente eivados de efetivo poder de atuação no mundo fático. De acordo com dados do ICPS[60], o Brasil é o quarto país que mais encarcera no mundo, ficando atrás apenas dos EUA, China e Rússia. Outrossim, é gravemente progressivo o número de custodiados no Brasil, que de 2008 a 2014 apresentou o maior crescimento mundial (33%) nas taxas de aprisionamento.

Ainda conforme o ICPS[61], entre 1990 e 2014, houve um crescimento de 575% da população carcerária brasileira, sendo possível afirmar que, desde 2000, o crescimento representa 7% ao ano. Com referência ao mesmo lapso temporal, tem-se que o aumento dos custodiados é 7 vezes superior ao crescimento demográfico no país.[62]

Além disso, todos os estados da Federação operam em regime de superlotação. Conforme dados disponibilizados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)[63], nota-se que em junho de 2014 a população carcerária atingiu o número de 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um) internos, havendo, no entanto, apenas 376.669 (trezentas e setenta e seis mil, seiscentas e sessenta e nove) vagas - um déficit, portanto, de 231.062 (duzentas e trinta e um mil, seiscentas e duas) vagas.

Para melhor dimensionarmos a questão, em média nacional, num espaço destinado a custodiar 10 presos, existem 16 encarcerados. Este é o verídico *status*

[60] Internacional Centre For PrisonStudies – ICPS. Disponível emwww.prisonstudies.org . Acesso em: 20/05/2017.
[61] Ibidem.
[62] Lobosco Silva, Fábio. Gigante em ruínas: Um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCRIM volume 123. Editora Revista Dos Tribunais LTDA. Setembro/2016. Pg 364.
[63] BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014 – Departamento Penitenciário Nacional- Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: www.portal.mj.gov/data . Acesso em: 19/05/2017

dos cárceres nacionais, em flagrante desacordo com o instituído na LEP[64], distanciando-se de qualquer senso de humanidade.

Dado ao inchaço populacional de custodiados já verificado, apesar de metade das unidades se destinarem a presos provisórios, 84% delas também albergam condenados. Das prisões destinadas ao regime fechado, 80% também albergam indivíduos de outros regimes. Em suma, 8 em casa 10 unidades custodiam pessoas de diversos tipos de regime ou natureza de prisão.[65]

Essa mistura entre indivíduos de diversos perfis criminológicos, graus de periculosidade e situações processuais distintas não só frustra os objetivos e ditames da LEP[66] como favorece formas indesejáveis de contato entre os grupos carcerários, facilitando a disseminação de ideologias pautadas pela ilegalidade e a captação de membros para facções criminosas.[67]

---

[64] LEP (lei 7.210) Art. 85. "O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[65] Lobosco Silva, Fábio. Gigante em ruínas: Um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCRIM volume 123. Editora Revista Dos Tribunais LTDA. Setembro/2016. Pg 367.

[66] LEP (lei 7.210) Art. 84. "O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II; § 2° O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada. § 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: ; I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III; § 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[67] LEP (lei 7.210) Art. 84. "O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: ; I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II; § 2° O preso que, ao tempo do fato, era

Além disso, 36% das unidades prisionais brasileiras foram adaptadas, isto é, não foram originalmente concebidas para custodiar indivíduos segundo os critérios da LEP[68], apresentando um alarmante déficit estrutural, trazendo aos custodiados situações de vivência, dignidade e higiene catastróficas.[69]

Dispõe o INFOPEN[70] que em 49% das unidades concebidas como estabelecimento penal há módulos de saúde, em 58% delas há módulo de educação e em 30% delas há oficinas de trabalho, enquanto que dentre as unidades adaptadas, somente 22% têm módulo de saúde, apenas 40% têm módulo de educação e tão somente 17% têm oficinas de trabalho.

Apesar da assistência à saúde do preso estar prevista no artigo 14 da LEP, e a despeito da instituída Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), a qual buscava assegurar que cada unidade prisional fosse um ponto integrante do SUS, 63% dos estabelecimentos ainda não possuem módulo de saúde.[71]

---

funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada. § 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: ; I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III; § 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[68] LEP (lei 7.210) Art. 88. "O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados)." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

[69] Lobosco Silva, Fábio. Gigante em ruínas: Um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCRIM volume 123. Editora Revista Dos Tribunais LTDA. Setembro/2016. Pg 368.

[70] BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014 – Departamento Penitenciário Nacional- Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: www.portal.mj.gov/data . Acesso em: 19/05/2017.

[71] Lobosco Silva, Fábio. Gigante em ruínas: Um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCRIM volume 123. Editora Revista Dos Tribunais LTDA. Setembro/2016. Pg 371.

Outrossim, constatou-se que em 2014 apenas 10,7% da população carcerária desempenhava alguma atividade educacional, sendo que 48% das unidades não possuem salas de aula, e apenas 32% dos estabelecimentos possuem bibliotecas.[72]

Ademais, segundo dados do INFOPEN, em 2014, apenas 16% do total da população carcerária exercia algum tipo de atividade laboral, sendo que 72% destes exercem atividades internas, enquanto apenas 28% realizam atividades externas.

A partir dos dados carcerários mencionados, é saliente que a pena de prisão extrapola os seus preceitos finalísticos de privação de liberdade. A experiência do encarceramento nacional

permeada de efeitos negativos em escala praticamente global: a qualidade dúbia dos alimentos oferecidos aos reclusos; as celas superlotadas nas quais os internos permanecem em estado de constrição, clausura e ócio; o atendimento médico deficitário; e o relacionamento maniqueísta e tensionado estabelecido entre o recluso e os profissionais do presídio e entre os próprios internos, canalizando nestes uma intensa pressão psicológica com consequências interiormente devastadoras, que se perpetuam com o seu reingresso social, lesionando a coletividade como um todo.[73]

As sequelas de uma estrutura física deficiente e de uma organização precária são sentidas psicológica e corporalmente pelos presos. São diversos os relatos de tentativa de suicídio, estresse, referências a pensamentos negativos recorrentes, sentimentos de raiva, rancor e vingança, conforme os relatos e dados recolhidos por

[72] Lobosco Silva, Fábio. Gigante em ruínas: Um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCRIM volume 123. Editora Revista Dos Tribunais LTDA. Setembro/2016. Pg 372

[73] MARINHO, Fernanda Campos. Jovens Egressos do Sistema Socioeducativo: Desafios à Ressocialização. Disponível em <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38608.pdf> Acesso em 01.11.2017. Pg – 102

Estevam, Coutinho e Araújo no ano de 2009, em sua pesquisa sobre os danos psicológicos do encarceramento, principalmente entre os jovens.[74]

O fato é que existe um abismo entre os fins formalmente declarados da pena privativa de liberdade e sua realidade aplicacional desumana e ineficaz, sendo que a raiz da ineficiência extrapola a precariedade estrutural das penitenciárias nacionais e aponta para incongruências sociais entre meio e finalidade.

Isto é, por mais que as diretrizes jurídicas que regulam o encarceramento no Brasil sejam aparentemente louváveis, pautadas na ideologia da defesa social, e apresentem um conteúdo de caráter humanitário com o fim de recuperação e ressocialização do indivíduo recluso, são impregnadas por contradições sociológicas que impulsionam e legitimam a cíclica marginalização, supressão de direitos e rotulação social dos capturados pelo sistema penal.

Para melhor se visualizar as nuanças entre a aparência afável e condolente e as incongruências conceituais do discurso que legitima a punição pelo cárcere no Brasil, é necessário compreender, mesmo que de modo sintético, os princípios basilares da ideologia da defesa social e suas respectivas inconsistências, em uma análise precípua e breve do seu percurso histórico de consolidação ideológica.

3.2 Preceitos criminológicos gerais que orientam a Ideologia da Defesa Social

Sabe-se que para a criminalidade não há um método de controle homogêneo, isto é, ainda diante de comportamentos delituosos semelhantes, cada país opta por ferramentas distintas de cerceamento e combate ao crime. Tais ferramentas são reconhecidas por meio da criminologia, que segundo Edwin H. Sutherland[75], é uma

[74] Estevam, I. D; Coutinho, M. D. P. D. L & Araújo, L. F. D. (2009). Os desafios da prática socioeducativa de privação de liberdade em adolescentes em conflito com a Lei: Ressocialização ou exclusão social? Disponível em <file:///C:/Users/kukaf/Downloads/Dialnet-OsDesafiosDaPraticaSocioeducativaDePrivacaoDeLiber-5161488.pdf> Acesso em: 01.11.2017. p. 64-72.

[75] SUTHERLAND, Edwin H. Apud FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. Criminologia Integrada. 2a ed. São Paulo: Ed. revista dos Tribunais, 2002. P.26.

ciência interdisciplinar que estuda o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente, sua conduta delituosa e a maneira de ressocializa-lo.

Importa destacar que a criminalidade não é uma temática da qual os estudos sociológicos e jurídicos se encarregaram de exaurir. A complexidade que reside nos diversos pilares que sustém a ordem social de uma coletividade e a urgência por otimizar os métodos socialmente pacificadores, incluindo-se os repressivos e/ou preventivos do delito, foram dilemas sempre presentes na história das civilizações.

Por esta razão é essencial assimilar o processo histórico das construções conceituais sociológicas e jurídico-científicas que foram introjetados no direito penal e compuseram a criminologia, a fim de possibilitar a percepção da origem, mesmo que fragmentada, da herança latente que promove a forma de nos portarmos hoje diante da análise do fenômeno do desvio e das causas da criminalidade.

Sendo assim, à luz da construção histórica dos conceitos e correntes criminológicas aduzidas na obra de Alessandro Baratta (1933-2002), tem-se a exordial Escola Clássica, formulada no final do século XVIII, que reconhece o delito como um fenômeno jurídico, que decorre necessariamente da violação de um direito justificado no contratualismo[76], preconizando que o delito resultaria de uma ação movida pelo livre arbítrio do delinquente, num ato não-condicionado de sua vontade[77] e aduzindo a pena como instrumento legal para defender a sociedade do crime, sendo forma de contra motivação deste, reforçando o almejado efeito penal dissuasivo[78] [79]

[76] O Contratualismo é uma classe abrangente de teorias que crê que a ordem social se forma num contrato implícito entre membros de uma determinada sociedade que abrem mão de certos direitos em prol de um governo ou soberano, ao qual atribuem autoridade, igualmente sobre todos, reconhecendo que deste emana um conjunto de regras comuns que balizam as condutas interpessoais.

[77] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.39.

[78] A palavra “dissuasivo” tem sentido oposto às concepções de persuasivo ou estimulante, sendo o efeito dissuasivo da pena aquele que faz com que o delinquente mude seu direcionamento desviante, para um direcionamento em conformidade às normas sociais postas.

[79] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.31.

Na ideologia clássica, os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram balizados pela necessidade ou utilidade da pena, e pelo princípio da legalidade. [80]

Neste sentido, a visão clássica crê que a pena é sempre merecida pelo infrator, porque opera restituindo o mal ao indivíduo que transgrida uma norma social. Destina-se, portanto, à reposição do status quo ante através da reposição, indenização ou da restituição.[81]

Cesare Bonesana Beccaria (1738-1794), um dos filósofos nucleares da tradição penal italiana, na qual se consolidou a teoria clássica, mescla à criminologia um enfoque liberal e iluminista de Estado de direito com seu tratado "Dei delitti e dele pene" (1764), baseando-se no princípio utilitarista e contratualista[82], que trouxe a formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena.[83]

Para Beccaria, a base da justiça humana seria a utilidade comum[84]; deste conceito emerge a necessidade de manter-se unidos os interesses particulares, superando suas colisões e oposições que, desenfreadas, caracterizariam o estado de natureza.[85]

Neste sentido, Beccaria acredita ser essencial a existência de um contrato social que preceitue o limite lógico de todo sacrifício da liberdade individual como

[80] Ibidem. Pg.31.

[81] MENEZES, Cristiano. Instituto Marconi. NOÇÕES DE CRIMINOLOGIA. Pg 8-9. Disponível em http://www.academia.edu/5830920/NO%C3%87%C3%95ES_DE_CRIMINOLOGIA_Professor_Cristiano_Men ezes_Instituto_Marconi Acesso em: 19/08/2017.

[82] O Contratualismo é uma classe abrangente de teorias que crê que a ordem social se forma num contrato implícito entre membros de uma determinada sociedade que abrem mão de certos direitos em prol de um governo ou soberano, ao qual atribuem autoridade, igualmente sobre todos, reconhecendo que deste emana um conjunto de regras comuns que balizam as condutas interpessoais.

[83] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.33.

[84] O princípio da utilidade comum deriva da concepção utilitarista do direito, o qual atribui a este a missão de proporcionar a máxima felicidade social, isto é, atribui ao direito a finalidade de manutenção da felicidade do maior número de indivíduos possível.

[85] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.33.

sendo o da defesa da coexistência dos interesses individualizados no estado civil, isto é, a manutenção dos interesses coletivos e do bem comum.[86]

Sendo assim, os componentes de uma sociedade colocam uma porção de sua liberdade individual em depósito público, e a soma das porções individuais em depósito de cada indivíduo formam a legitimação da autoridade estatal, e sua consequente faculdade de punir. As penas que ultrapassassem a necessidade de conservar saudável o depósito do interesse coletivo, seriam injustas por natureza.

Tal concepção finalística de prevenção da pena trouxe à tona a teoria da defesa social, na qual a pena seria somente um contra estímulo ao delito, e por meio de seu efeito dissuasivo, iria salvaguardar os direitos dos demais indivíduos integrantes da coletividade, isto é, evitaria que a delinquência se repetisse de modo desenfreado.

Consonante, é a visão de Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), que preceitua que "Se depois do primeiro delito existisse uma certeza moral de que não ocorreria nenhum outro, a sociedade não teria direito algum de puni-lo [o delinquente]"[87]

Do mesmo modo propõe Francesco Carrara (1805-1888), ao dispor que a função da pena não seria a de retribuição, nem a de reeducação, mas sim a eliminação do perigo social que sobreviria da impunidade do delito. A emenda do delinquente poderia vir a ser um resultado acessório e desejável da pena, mas não era o seu escopo essencial, nem o critério para a sua medida.[88]

Ademais, no século XIX, a Escola Positivista inaugura a criminologia como disciplina por intentá-la como um universo de discurso autônomo, tendo por objeto não o delito propriamente, mas o homem delinquente, como clinicamente

[86] Ibidem. p. 33.
[87] STAUB, Alexander F H. [1971]. Der vebrecher und sein Richter, in psychoanalyse und justiz. Organizado por Alexander Mitscherlich, Frankfurt a.M. pg 388.
[88] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.37.

observável. Os positivistas visaram individualizar sinais antropológicos da criminalidade e preceituar o crime como realidade ontológica pré-constituída, dispondo da pena como meio para intervir sobre o sujeito delinquente, modificando-o, emendando-o.[89]

O paradigma etiológico[90] que permeia a criminologia positivista e que tem por finalidade individualizar medidas de correcionalismo do delinquente, permanece dentro da sociologia jurídica contemporânea.

Mesmo com profundas diversidades de pressupostos em relação à Escola Clássica, esta e os positivistas partilham ideais comuns em relação a finalidade da pena como sendo a de dissuadir os possíveis autores de quaisquer delitos, tendo um ponto finalístico comum que as permeia: a ideologia da defesa social.[91]

O conteúdo da ideologia da defesa social é constituído por diversos princípios: o da legitimidade, o qual atribui ao Estado a função de expressão da sociedade, portanto lhe atribui legitimidade para reprimir a criminalidade, condenando o comportamento do desviante e reafirmando o valor das normas sociais; o princípio da culpabilidade, que conceitua o delito como a expressão de uma atitude interior reprovável, por ser contrário aos valores sociais implícitos ou positivados; o princípio do bem e do mal preceitua que o delito é um dano para a sociedade, e o seu atuante é um elemento disfuncional do sistema social, portanto a sociedade constituída é, pois, o bem, e o desvio criminal, o mal; princípio da prevenção, estabelecendo que a sanção tem a função de criar uma justa e adequada contra motivação ao comportamento criminoso, não devendo ser meramente retributiva, mas sim preventiva do delito; princípio da igualdade, prevendo a igualdade de todos diante da lei penal e a consequente reação penal aplicada indistinta e impessoalmente aos autores dos delitos; e o princípio do interesse social e do delito natural, preceituando que o núcleo central dos delitos codificados nas

[89] Ibidem. Pg.29-30.
[90] A busca pela explicação científica para o fenômeno desviante, chamado de crime.
[91] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.39-40.

civilizações mais diversas representam ofensas comuns a interesses fundamentais, isto é, condições essenciais à existência qualquer sociedade.[92]

3.2.1 O Princípio da Legitimidade e a Teoria Psicanalítica da Normalidade do Desvio

A posteriori, surgem as teorias sociológicas contemporâneas sobre a criminalidade, criticando os princípios pilares da ideologia da defesa social. Dentre estas, estão as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva, que desconstroem o princípio da legitimidade. [93]

Conforme Sigmund Freud (1854-1939), um dos precursores da filosofia psicanalista, toda mente humana seria formada por duas facetas do inconsciente: a primeira seria o *superego*, isto é, o componente moral da psique que levaria em consideração as normas éticas existentes e indissociáveis do consciente humano, chamadas *ego*, e seria gatilho do senso de responsabilidade; a outra chamar-se-ia *id*, sendo regida pelo prazer e agindo apenas a partir de estímulos instintivos do sujeito, o que lhe atribui a característica de amoral e irreflexiva.[94]

Sendo assim, para Freud, a repressão dos instintos delituosos pela ação do superego não os destrói, apenas deixa com que se sedimentem no inconsciente do sujeito, despertando neste um sentimento de culpa e uma tendência à confissão. Nesse ponto, o comportamento delituoso seria a forma precisa de o indivíduo superar o sentimento de culpa e realizar a confissão tão desejada de sua verdadeira natureza, sendo o delito, portanto, fator socialmente inerradicável.[95]

---

[92] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.42-43.

[93] Ibidem. Pg.49.

[94] Resumo da Psicanálise de Freud <http://psicoativo.com/2016/05/resumo-id-ego-e-superego.html.> Acesso em 24/03/2017.

[95] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.50.

Neste sentido, Freud acredita que o comportamento desviante seja a inclinação interna de todo indivíduo de modo que, no enfoque psicossocial atribuído à reação punitiva, é tido como mística a pretensão racionalizante da pena apresentada pelo princípio da legitimidade sob o qual se baseia a ideologia da defesa social.

Isto se dá porque, para as teorias psicanalíticas, como define Theodor Reik (1888-1969), a reação penal ao comportamento criminoso não tem a função de circunscrever a criminalidade, e sim a de aplicar mecanismos psicológicos para satisfação da necessidade de punição da sociedade que se impele a ações proibidas, em sua inconsciente identificação com o delinquente, revelando o caráter preventivo geral da pena.[96]

Portanto, para as teorias psicanalíticas, o efeito dissuasivo da pena se funda sobre a identidade dos impulsos proibidos, tanto do delinquente efetivo, quanto da sociedade em si, para contrabalançar a pressão dos impulsos reprimidos, isto é, para agir como defesa e reforço da atuação do superego.[97]

É vital aduzir tal tema para que se possa perceber a delinquência como uma decorrência natural da vida em sociedade, não justificando sua impunidade, mas trazendo para esta um olhar crítico que ultrapasse o senso comum de elevada virtude e superioridade que comumente há entre os indivíduos não capturados pelas instâncias de controle social, em detrimento dos já condenados.

Ademais, importa pensar a pena como sendo um mecanismo psicológico que busca satisfazer a necessidade de punição da sociedade, por ter esta, sem exceções, um oculto entusiasmo em face das ações proibidas.

Em síntese, a legitimidade para punir um delito não se pauta somente pela necessidade de reafirmar os valores sociais ao infrator, mas também pela urgência em exercer uma contra motivação de alcance geral que vise esmorecer o desejo de

[96] Ibidem. Pg.51.
[97] Ibidem. Pg.53.

agir em desconformidade com a lei, que reside em cada indivíduo que compõe o corpo social, estabilizando as expectativas de conduta.

O que a conjuntura prisional brasileira nos revela é a unânime sensação de fracasso, não pela falta de captura dos infratores – pois como já abordado, o Brasil é um dos países em que mais se prende no mundo – mas por sua baixíssima capacidade de coibição dos comportamentos desconformes, visto que, conforme dados da DEPEN[98] coletados no ano de 2001, a taxa de reincidência no Brasil chegou a 70%, tendo a pesquisa considerado para fins conceituais de reincidência penitenciária os presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.

Tal cenário nos leva, inevitavelmente, a duvidar das margens de alcance correcional da pena privativa de liberdade, expondo-a como incapaz de atingir as finalidades de prevenção do delito, tanto em relação ao infrator (prevenção especial) quanto em relação ao tecido social (prevenção geral). Mas como se verá, isso é apenas o ponto inaugural de inconsistência da teoria da defesa social que baliza a aplicação de sanções penais no Brasil.

3.2.2 O Princípio do Bem e do Mal e a Subcultura Delinquencial.

Adiante em sua obra, Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Alessandro Baratta (1933-2002) expõe a teoria estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade de David Emile Durkheim (1858-1917).

A referida teoria nega o princípio do bem e do mal do qual se vale a ideologia da defesa social, na medida em que afirma que o desvio é um fenômeno normal de toda estrutura social, isto é, encontra-se ligado às condições de qualquer vida coletiva.

[98] Reincidência Criminal no Brasil. Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica) - Pg 13. Disponível em: <http://www.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf> Acesso em: 06/03/2018

Sendo assim, as causas do desvio não devem ser pesquisadas segundo fatores bioantropológicos – como propõe o positivismo – pois considerar o crime como doença social significaria admitir que a doença não é algo acidental, mas constituição fundamental do ser vivente, por não existir sociedade alguma na qual não exista o fenômeno da criminalidade.[99]

Portando, para Emile Durkheim, o delito integra qualquer sociedade sã enquanto elemento funcional, isto é, próprio de sua fisiologia, não indicando uma patologia da vida social. O delito em si seria negativo para a existência e desenvolvimento sociais apenas no caso de ocorrências sistêmicas e excedentes que ensejassem um estado alarmante de desorganização social, no qual o sistema de regras e valores de conduta perdesse seu valor, enquanto um novo sistema ainda não teria se afirmado. Chama-se o descrito caos de ausência de qualquer sistema regulamentador de condutas sociais de "anomia".[100]

Valendo-se das obras de Durkheim, Robert Merton (1910-2003) desenvolveu a Teoria Funcionalista da Anomia, interpretando o desvio como produto da estrutura social, por ter esta não somente uma atuação repressiva, mas, sobretudo, estimulante sobre o comportamento individual. Explica-se.[101]

Para Merton, os mecanismos de transmissão da estrutura social para as motivações do comportamento conforme e do comportamento desviante são da mesma natureza. Isto é, observando-se o contexto em que se encontram os indivíduos na estrutura social, verifica-se que seus comportamentos singulares são tanto conformistas quanto desviantes, a depender do referencial valorativo sob o qual se analisa. Portanto, numa sociedade de estirpes sociais, o bem e o mau não seriam conceitos permeados de constância e delineamentos definitivos.

[99] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.59-60.
[100] Ibidem. Pg.60.
[101] Ibidem. Pg.62.

Neste ponto de vista, a Teoria Funcionalista reporta o desvio a uma possível contradição entre estrutura social e cultura, descontruindo o cunho maniqueísta adotado para análise do desvio, negando, portanto, o princípio do bem e do mal que sustém a defesa social.

O conceito de cultura se traduz pelo conjunto de representações axiológicas comuns que regulam o comportamento dos membros de uma sociedade ou grupo social. Melhor dizendo, cultura é o que define tanto as metas compartilhadas de sucesso, que motivam o comportamento individual, quanto os meios legítimos para alcançá-las.[102]

Já a estrutura social seria aquela que oferece aos indivíduos, em graus diversos, especialmente com base na sua posição nos diversos estratos sociais, a possibilidade de acesso às modalidades e aos meios legítimos para alcançar as metas propostas pela cultura.[103]

Neste enfoque, segundo Merton, a origem do comportamento desviante estaria na desproporção que pode existir entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos para alcança-los que estariam à disposição do indivíduo.[104]

Traçando uma relação entre a teoria estrutural-funcionalista, em sua busca pela gênese do desvio, Richard. A. Cloward (1926-2001) e Lloyd E. Ohlin (1918-2008), desenvolvem a Teoria das Subculturas, que se propõe a estudar como a subcultura delinquencial se comunica aos delinquentes principiantes, expondo o problema estrutural em aberto da disparidade de chances de que dispõe os indivíduos de servir-se de meios legítimos para alcançar os fins culturais almejados por sua secção social.

[102] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.62-63.
[103] Ibidem. Pg.63.
[104] Ibidem. Pg.63.

Do exame, a estratificação social seria a origem da subcultura nas sociedades industriais. Tal cultura paralela, originada nos estratos mais baixos da sociedade, seria a responsável por desenvolver normas e modelos de comportamentos desviantes daqueles característicos dos estratos médios.[105]

Portanto, a constituição de subculturas criminais seria a reação de minorias desfavorecidas na tentativa de se reorientarem dentro da sociedade, diante das reduzidas possibilidades legítimas de agir a sua disposição.

Dessa forma, Cloward expõe a teoria mertoniana da anomia, entendendo que a redução de índices delitivos estaria na melhor distribuição social das oportunidades de acesso aos meios legítimos de realização cultural, trazendo os marginalizados mais para perto dos valores compartilhados.[106]

Tais ponderações se mostram muito plausíveis num país de tamanha estratificação social como o Brasil, onde, em 2016, se apurou que 52,2 milhões de habitantes viviam abaixo da linha de pobreza, o que representa um quarto (25,4%) da população naquele ano. A estimativa consta na "Síntese de Indicadores Sociais 2017", do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a partir da nova métrica de pobreza do Banco Mundial, que delimita em US$ 5,5 por dia per capita.[107]

A teoria das subculturas mostra-se crível a partir do delineamento do perfil dos custodiados nacionais. Quanto ao quesito etário, tem-se que 56% dos internos estão abaixo dos 30 anos de idade, enquanto que, de acordo com o censo do IBGE de 2010, tal faixa etária compõe apenas 21,5% da população nacional.[108]

---

[105] Ibidem. Pg.70.

[106] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.73-74

[107] Síntese de Indicadores Sociais (SIS) IBGE – 2017 – Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?&t=downloads> Acesso em: 06/03/2018.

[108] Síntese de Indicadores Sociais (SIS) IBGE – 2017 – Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?&t=downloads> Acesso em: 06/03/2018.

Quanto ao quesito étnico, os dados oficiais atestam que 67% da população carcerária é composta por negros e pardos, enquanto é de 51% o índice de negros e pardos que compõe a população nacional.[109]

Quanto ao quesito de escolaridade, dados do IBGE dizem que 32% da população brasileira completou o ensino médio, enquanto, segundo dados da INFOPEN, apenas 8% dos internos tem igual grau de instrução. Dados oficiais denunciam que apenas 2% dos internos alcançaram o ensino superior, e que 68% da população carcerária é composta por indivíduos que compõe graus mínimos de escolaridade: dos analfabetos até os de ensino fundamental incompleto.[110]

Os dados colacionados revelam o perfil do interno brasileiro como fruto e reflexo da pobreza nacional, por heranças históricas de tratamento étnico desigual e pela seletividade das instâncias de controle social, servindo, portanto, de argumentos empíricos para o auferir concreto da influência exercida pelas subculturas sobre os indivíduos constituintes de estratos sociais mais baixos.

Na entrevista para fins acadêmicos ora mencionada, a qual realizei juntamente com uma colega de curso (Rebeca Ferreira) e um pastor (Geraldo Júnior), amigo do entrevistado, no dia 31/08/2017, na Assembleia de Deus do Núcleo Bandeirante (conteúdo integral no apêndice), o Senhor Ricardo Andrade, que esteve recluso por quase uma década na Penitenciária da Papuda/DF, respondeu o que se segue quanto à sua trajetória de vida:

> REBECA: O senhor ficou quanto tempo preso?
>
> RICARDO ANDRADE: 11 (onze) anos. 9 (nove) anos em regime fechado e 2 (dois) anos domiciliar, em casa.
>
> REBECA: Isso aqui tudo na papuda?
>
> RICARDO ANDRADE: Um tempo na papuda e outro em Valparaíso.
>
> REBECA: O senhor tinha quantos anos quando foi preso?

[109] Lobosco Silva, Fábio. Gigante em ruínas: Um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCRIM volume 123. Editora Revista Dos Tribunais LTDA. Setembro/2016. Pg 366.
[110] Ibidem. Pg 366.

RICARDO ANDRADE: 20 anos.

REBECA: Qual foi o crime?

RICARDO ANDRADE: Tentativa de homicídio.

REBECA: Antes do encarceramento, como que era a vida do senhor? Como o senhor se sentia em relação ao senhor mesmo? Quais eram as suas perspectivas? Grau de escolaridade? RICARDO ANDRADE: Eu fiz até a oitava série e ali ficou. Não tinha mais aquele foco de voltar aos estudos, pois você acaba ficando um pouco antissocial (referindo-se à vida de crime e vadiagem). Fica sem querer se envolver com a sociedade.

REBECA: O que levou o senhor a entrar no mundo da criminalidade? Houve outros crimes? RICARDO ANDRADE: Foi desde a infância. Cresci em colégio interno e teve aquele convívio com pessoas que já tenham se envolvido com essa vida. Colégio interno, casa de recuperação também.

REBECA: Então o senhor já tinha ido para a casa de recuperação?

RICARDO ANDRADE: Passei com 15 anos. Não tinha crack em Brasília, era merla. Depois o crack substituiu, e aí foi uma das primeiras drogas que me afundei. Com 14 – 15 anos. REBECA: Então o senhor começou nas drogas? RICARDO ANDRADE: Isso.

REBECA: Entendi. O senhor tinha alguma perspectiva de vida? Isso antes do encarceramento.

RICARDO ANDRADE: Não, eu não tinha perspectiva de vida assim. Pra mim eu vivia o presente. Pra mim a qualquer momento eu podia morrer, pelo fato de como a gente vive (referindo-se à vida no crime), todo fim de semana morre um amigo, um conhecido. A gente começa baixo. Roubando padaria, mercado, açougue, o que for. Então a gente perde muito amigo. Tem segurança no mercado. Então a gente já esperava que em qualquer momento poderia morrer. Então se eu ganhasse ali 5 mil reais, vamos fazer uma festa agora, comprar droga, viver o hoje. Amanhã, a gente sai e toma outro rumo. Isso era aos 16 anos, primeiro com roubos. Começa com mercadinhos e você vai aprendendo.

REBECA: Entendi. Então o senhor começou bem cedo e foi por conta de companhia, né?

Era roubo à mão armada ou era furto na calada da noite?

RICARDO ANDRADE: Bem no início era só furto. Ai com 15 anos fui fazer meu primeiro assalto e fui preso. Aí eu fiquei meio traumatizado (risos). Aí apanhei o dia todo. Fui levado

pro CAJE na asa norte. Eu passei a noite usando drogas no guará e roubei uma senhora indo pro trabalho com a bolsa e sai na bicicleta correndo. Aí os policiais me pegaram e foi o dia todo apanhando.

ISABELLA: Eu ia perguntar a motivação. Era muito por causa da droga? Por causa de consumir?

RICARDO ANDRADE: Era pra poder manter.

PASTOR GERALDO: Basicamente a desestruturação familiar. Hoje o CAJE não existe mais. Eu fazia trabalhos lá. 80% dos meninos que conversávamos ali não têm pai ou mãe. Ou então, os pais estão presos. O caso do Andrade é diferente. Ele tem uma mãe.

RICARDO ANDRADE: fui criado depois dos 12 anos com ela. Eu cresci em colégio interno, com mãe de criação.

(...)

REBECA: Então o senhor (Andrade) acha que o que levou o senhor a se enveredar por esse caminho foi uma questão familiar?

RICARDO ANDRADE: Com certeza. A origem, né.

ISABELLA: O senhor diria que as noções de sucesso pessoal partilhados pelo grupo, noções de valores do grupo, também contribuíam nas suas práticas de crime? Ser conhecido por essas práticas. O senhor acha que essas noções de sucesso ou reconhecimento impulsionaram o senhor?

RICARDO ANDRADE: Sim. Impulsionaram. Aqui é uma comunidade, né. Se alguém mata outro, vai ficar conhecido. Reconhecido como o assassino. Aí vai ter o temor.

PASTOR GERALDO: Isso aí já é outro estágio, quando a pessoa está numa vida de criminalidade. Aí ele vai criando no mundo da criminalidade aquele certo respeito. ISABELLA: Aqui seria além da desestruturação familiar. Vai de encontro com essas metas alternativas, como se fossem paralelas. Aquilo que as pessoas buscam como noção de vida, segurança e sucesso, certo?

PASTOR GERALDO: depois da desestruturação familiar vem a revolta. A revolta de não ter um pai, a revolta de olhar pela janela, ver uma família estruturada e você não ter. Você vê um menininho com um tênis bom e você não ter, aí ele fala: “vou roubar. Vou ter. Mamãe não pode me dar”. Aí vem um traficante e vai aliciar. Vai falar: " posso te dar o tênis. Vai lá e leva a droga.”. Ai quando ele é preso ele entra para a escola do crime. Porque o cárcere você está ali preso por um roubo de celular junto com um homicida, e ele já planeja um assalto

> maior. E você já participa nessa quadrilha. RICARDO ANDRADE: é uma faculdade do crime.
>
> (...)
>
> REBECA: Fazendo uma breve explanação do que aprendemos na faculdade, que é lindo: as finalidades da pena têm o objetivo de prevenir, punir e ressocializar. O que o senhor acha disso?
>
> RICARDO ANDRADE: Punir fisicamente você está sendo punido. Mas o psicológico é totalmente corrompido. Tem quem entra por Maria da penha, pois brigou com a mulher. Vai sair diferente. Coisas que ele nunca viu na vida vai ver ali. Aquele que cometeu um pequeno furto, por exemplo, de uma furadeira do pedreiro vizinho, vai sair da cadeia já com outra cabeça. Como assaltante. Eu entrei ali como meio criminoso. E com 6 anos eu tive o primeiro benefício, que é o galpão, e que é pior que o presídio. Esse galpão é conhecido como quartel general do crime. Você sai pra trabalhar e volta pra dormir. O que eu me deparei é que me tornei uma pessoa fria. Se tivesse um assalto, com duas viaturas e um guardinha armado, eu pensava que eu poderia enfrentar sozinho. Não precisava de comparsas. (De lá) você volta com a arma e tudo. A prisão me fez uma pessoa fria. Isso assim, antes. Porque aí vem o amor de Deus. Pois eu tinha perdido o amor. Você sai de lá assassino, rancoroso, sem medo de voltar pra lá de novo.

Pode-se notar que a vivência de Ricardo expõe as raízes de êxito na disseminação da subcultura delinquencial: em primeiro lugar, assim como ele, grande parte dos jovens que se envolve na vida do crime não possui referencial moral familiar, facilitando o seu internalizar do código de vida desviante; Além disso, grande parte dos jovens imersos na vida de práticas delitivas está à margem da sociedade, não possuindo acesso à educação ou dignidade material, estando, portanto, periféricos aos meios legítimos para conquistar as metas de sucesso socialmente compartilhadas, enquanto simultaneamente imersos em convívios apelativos ao crime.

Em uma pesquisa de enfoque sociológico, Fernanda Campos Marinho, profissional especializada em psicologia social, teceu a análise da categoria *Influência dos Pares* em menores infratores, evidenciando que o envolvimento dos

jovens no universo infracional se dava, em grande parte, a partir do convívio com pares também envolvidos.[111]

Em análise das redes sociais formadas, a referida pesquisa nos evidencia que a realidade relacional dos internos anterior à internação era marcadamente influenciada pela cultura dos grupos, com a afirmação de valores desviantes e práticas permeadas de normalidade consumativa, opostas às diretrizes morais socialmente instituídas.[112]

Ademais, conforme aduz a psicologia, a transmissão de padrões de conduta se opera pela provisão dos chamados modelos comportamentais, pelos quais os seres humanos uniformizam seus pensamentos e comportamentos segundo exemplos funcionais de seus pares, e, dentro da unidade prisional, esses modelos tendem a ser limitados. [113]

Uma vez que os internos convivem várias horas juntos, presos no mesmo ambiente, a intensidade desta experiência pode favorecer a influência de uns sobre os outros, sendo um ambiente tendente à padronização e à propagação de modelos comportamentais desconformes.[114]

À luz do exposto, é manifesta a influência psicológica, moral e ético-valorativa, direta ou indireta, que os reclusos em cárcere e os indivíduos entregues à vida delinquencial têm acerca dos que compõe seu convívio interpessoal.[115]

Conclui-se, não por uma faceta fatalista de envolvimento com práticas infracionais, mas por uma tese que preceitua que a associação de um indivíduo com

[111] MARINHO, Fernanda Campos. Jovens Egressos do Sistema Socioeducativo: Desafios à Ressocialização. Disponível em <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38608.pdf> Acesso em 01.11.2017. Pg – 127.
[112] Ibidem. Pg – 127.
[113] MARINHO, Fernanda Campos. Jovens Egressos do Sistema Socioeducativo: Desafios à Ressocialização. Disponível em <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38608.pdf> Acesso em 01.11.2017. Pg – 103.
[114] Ibidem. Pg – 106.
[115] Ibidem. Pg – 127.

certos grupos de pares colabora para disseminar a prática delinquencial, coerente com o apontado pela teoria das subculturas ora abordada.[116]

3.2.3 O Princípio da Culpabilidade e a Desigualdade de Acesso aos Meios Legítimos de Realização Cultural

Acerca do exposto, complementarmente ao abordado, Edwin Hardin Sutherland (1883-1950) acrescenta ponderações preconizando que dentro do quadro das subculturas criminais formadas pela estratificação social surge uma evidente relatividade do sistema de valores penalmente tutelados, e uma consequente negação do princípio da culpabilidade, pilar da ideologia da defesa social. Explica-se.

O princípio da culpabilidade se mostra desmentido quando a concepção de delito extrapola o conceito tradicional que lhe é atribuído de atitude contrária aos valores e normas sociais gerais e compartilhadas.[117]

Com a estratificação social, surgem normas e valores específicos (não-compartilhados) nos diversos grupos de subcultura existentes, alternativos à moral "oficial" institucionalizada. Diante disso, não há a possibilidade pura e real de escolha do indivíduo entre qual sistema de valores aderir.

Conforme Sutherland, as condições sociais, estruturas e mecanismos de comunicação e de aprendizagem determinam o pertencimento dos indivíduos a alguma subcultura específica, diante da transmissão de valores, normas, modelos de comportamento e técnicas de realização, mesmo que ilegítimos, que serão internalizados e reproduzidos como verdade fim.

---

[116] MARINHO, Fernanda Campos. Jovens Egressos do Sistema Socioeducativo: Desafios à Ressocialização. Disponível em <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38608.pdf> Acesso em 01.11.2017. Pg – 128.

[117] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.74-75.

Tal percepção da relativização cultural dos subgrupos expõe a falta de uniformidade na assimilação dos valores tutelados pelo direito. Desta forma, coloca-se em crise a linha artificial de discriminação assinalada entre atitude conformista (positiva) e atitude desviante (reprovável), demonstrando o caráter limitado e acrítico da suposição de que a responsabilidade penal de um indivíduo reside na valoração bifurcada de seus atos espontâneos, tidos como ou lineares ou contrários ao sistema institucional de valores.[118]

Portanto, a teoria das subculturas se propõe também a demonstrar que os mecanismos de aprendizagem e de interiorização de regras e modelos de comportamentos base da delinquência e das carreiras criminosas não diferem dos mecanismos de socialização através dos quais se explica o comportamento socialmente instituído como normal ou adequado.[119]

Por demonstrarem certa desconformidade com a teoria das subculturas de Sutherland, considerando-a frágil e generalista, Gresham Sykes (1922-2010) e David Matza (1930) tecem àquela uma correção, na medida em que percebem que a oposição das subculturas aos valores vigentes não é integral.[120]

Por mais que exista um desnível e uma estratificação social, esta não é absoluta. Sendo assim, mesmo as subculturas se constroem no interior da sociedade, e não de modo completamente isolado desta. Tal fato torna os indivíduos marginalizados alvos de mecanismos de socialização paralelos não tão específicos e exclusivos a ponto de não lhes permitir interiorizar valores e normas colocados na base do comportamento conformista.

Sendo assim, Sykes e Matza acrescentam o fato de que o jovem delinquente reconhece, ao menos parcialmente, a ordem social dominante, na medida em que

[118] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.73-75.
[119] Ibidem. Pg.76.
[120] Ibidem Pg.79-80

manifesta até mesmo sentimento de culpa e de vergonha pela violação das leis positivadas.

Evita-se, assim, interpretações derivadas da análise de Sutherland que defendam a exclusão da responsabilidade penal, apresentando o delinquente não como sujeito ativo e consciente, mas como vítimas incontornáveis da marginalização e dos valores distintos propagados pelas subculturas.

Do mesmo modo, desconstrói-se qualquer eventual negação da ilicitude, na medida em que Sutherland propõe a valoração dos bens jurídicos penalmente tutelados como meros "comportamentos proibidos" e não imorais, assumindo como igualmente válidos e legítimos os sistemas morais diversos de cada subcultura que compõe o estrato social.

Tal contraste proposto por Sykes e Matza foi essencial, pois assegurou a convivência da teoria de Sutherland com o direito positivo cujo ofício é o de estabilizar as expectativas de conduta sociais pela instituição de um código de conduta a partir de pontos nevrálgicos comuns que orientem o convívio interpessoal. [121]

Não se trata, portanto, de uma previsão comportamental fatalista, mas do reconhecimento da influência apelativa dos diversos códigos morais existentes, fortalecidos pela estratificação social, que destoam dos valores socialmente preponderantes e positivados, invalidando o preceito de que a punição se legitima por ser o comportamento desviante contrário a uma moral preponderante, absoluta, reconhecida e apreendida por todos os indivíduos integrantes do tecido social.

[121] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.81.

3.2.4 O Princípio da Prevenção e o Processo de Rotulação Social

De modo posterior, surge um paradigma criminológico alternativo: a teoria do Labelling Approach, ou enfoque da reação social, que elabora a negação do princípio do fim ou da prevenção dado pela ideologia da defesa social.

O princípio da prevenção trouxe o preceito de que a pena não teria um fim em si mesma, mas seria um meio para se efetivar a prevenção do cometimento de novas infrações. Em sede de categorização na teoria da prevenção, subdividiu-se em dois os efeitos almejados da pena: a prevenção geral e a prevenção especial.[122]

Entende-se por prevenção geral o efeito da pena que afirma os valores conformes a todos os indivíduos do tecido social, produzindo nestes um consenso de condutas lícitas e uma confiabilidade na atuação repressiva do sistema punitivo sobre os praticantes de comportamentos desconformes (corrente positiva), desempenhando um efeito intimidatório geral em toda comunidade (corrente negativa). Por fim, por prevenção especial entende-se o efeito da pena que atinge o infrator, impondo-lhe uma contra motivação sancionatória na esperança de coibir o comportamento indesejado (corrente negativa) e de ressocializar o penalizado, emendando-o aos comportamentos socialmente conformes (corrente positiva).[123]

As teorias da reação social inovaram sua direção de pesquisa na medida em que partiram da consideração de que não se pode compreender a criminalidade caso não se estude a ação do sistema penal, considerado das normas abstratas às instâncias oficiais de controle social, que definem o crime e contra ele reagem.

Tal enfoque se deu pois o status social de delinquente, atribuído a um transgressor da lei, pressupõe o efeito da reação das instâncias oficiais de controle social diante do delito. Em síntese, caso um indivíduo tenha realizado um

[122] Ibidem. Pg.85.
[123] BALDISSARELLA, Francine Lúcia Buffon. Teoria da prevenção especial. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9013 >. Acesso em 09/03/2018.

comportamento igualmente punível e não seja alcançado por tais instâncias de controle, não irá adquirir esse status, e, assim sendo, não será tratado pela sociedade como tal.[124]

Portanto, com a consciência crítica em face da definição do próprio objeto da investigação criminológica, para a teoria do Labelling, a reação das instâncias oficiais de controle social é constitutiva em face da criminalidade. Evidente que tal reação é seletiva e direcionada a fiscalizar indivíduos que se encaixem em um padrão previamente construído, demonstrando seu caráter imparcial e estigmatizante.

Nesse sentido, a teoria da reação social se vale do interacionismo simbólico, que não mais se ocupa em questionar sobre "quem é criminoso?", mas promove uma investigação a respeito de quem é definido socialmente como desviante e que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo.[125]

Segundo o interacionismo simbólico, a ação seria o comportamento ao qual se atribui um sentido ou um significado social, que se produz segundo dois fatores: as normas sociais gerais (éticas ou jurídicas), também chamadas surface rules ou general rules; e as práticas interpretativas (interpretatives procedures) que determinam a interpretação e a aplicação das normas gerais em situações particulares.

Sabendo que a coordenação dos comportamentos em relação a certas normas não se efetua de maneira automática, mas rigidamente direcionada e seletiva, surge o conceito das práticas interpretativas. Estas seriam um código paralelo e não-escrito

[124] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.85-86.
[125] Ibidem. Pg.86-87

que atua direcionando parcialmente o processo de imputação de responsabilidade e de atribuição de etiquetas de criminalidade.[126]

Tal fenômeno melhor se conceitua como a construção de uma jurisprudência (know how) policial, isto é, uma composição de premissas decisórias que norteiam as instituições de controle social, dando-lhes um horizonte hermenêutico de sentido que orienta sua rotina cognitiva a reprimir certos crimes e certo perfil de autores.

Ora, tal jurisprudência policial se verifica em âmbito nacional pela constatação, segundo dados já arrolados da INFOPEN, de que o perfil do custodiado nacional segue, preponderantemente, como sendo o do indivíduo do sexo masculino, jovem, negro ou pardo, de baixa escolaridade.

Conforme preceitua a teoria do Labelling Approach, a aplicação direcionada da etiqueta de "criminoso" ao desviante primário tem poder de gerar neste um estigma que será internalizado com certa fatalidade, iniciando em seu âmago a formação de uma identidade desviante, também chamada de "desvio secundário".

Portanto, a atuação direcionada das instituições de controle social acaba por reforçar a reincidência do comportamento criminoso em razão da distribuição de rótulos no espaço amostral de indivíduos que correspondam ao know how policial de “desviantes em potencial”, ao invés de coibir e prevenir o crime conforme prescreve a crença do princípio da prevenção, apresentado pela ideologia da defesa social.

Sendo assim, a intervenção do sistema penal, especialmente as penas privativas de liberdade, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente, determinam, em muitos casos, uma consolidação da identidade desviante do capturado e seu ingresso em uma carreira criminosa.[127]

Conforme as pesquisas da Psicóloga Fernanda Campos, conscientes da sua posição na instituição, muitos dos internos buscam estratégias para se diferenciar da

[126] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.88-89
[127] Ibidem. Pg.90

massa na qual se encontram imersos para otimizar suas condições de reinserção social. Alguns se utilizam de boa comunicação ou da religião para alicerçar sua identidade e se evadir dos rótulos, mas não é fácil fugir ao estereótipo de "bandido" e à desconfiança social perpetrada pelo cárcere para que o indivíduo resgate seu status de ser humano, deixando para trás o de ser indesejável, e possa ter igual acesso a meios legítimos para uma vida digna.[128]

Na oportunidade da entrevista ora mencionada com o Sr. Ricardo, antigo egresso do sistema penitenciário estadual do DF, pude constatar os seguintes fatos:

> REBECA: O senhor (Andrade) se sentia indigno diante da sociedade, enquanto preso? Como o senhor se sentia em relação às pessoas fora da prisão?
>
> RICARDO ANDRADE: Eu era um criminoso. Me sentia assim (enquanto preso): "quando eu sair daqui algo eu terei que fazer. Alguém vai pagar. A sociedade vai pagar de alguma forma. Ou no tráfico, ou no roubo." (pensava). Não pensava em voltar pra a sociedade. Eu me enquadrava como criminoso. Eu era criminoso, né.
>
> REBECA: O senhor não pensava em sair e fazer uma faculdade, por exemplo?
>
> RICARDO ANDRADE: Não, não.
>
> PASTOR GERALDO: Não, porque ele não conhecia ninguém que o orientasse e falasse que havia uma segunda opção. Não, a rede de amigos dele era só de 155,157. Ele estava inserido naquele meio.
>
> RICARDO ANDRADE: A mente está fechada naquilo ali.
>
> PASTOR GERALDO: É por isso que o trabalho da igreja é fisgar e mostrar o outro caminho. "Eu quero ser seu amigo, vamos andar juntos". Diga- me com quem andas e direi quem tu és. ISABELLA: O senhor diria que assimilou para si o rótulo de "delinquente" depois que foi preso?
>
> RICARDO ANDRADE: Com certeza. Tem uma frase que (se) lança no final do processo
>
> que diz "e lance o nome do réu no rol dos culpados". Ali decretou, já era. Sou criminoso.

[128] MARINHO, Fernanda Campos. Jovens Egressos do Sistema Socioeducativo: Desafios à Ressocialização. Disponível em: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38608.pdf Acesso em: 01.11.2017. Pg – 103.

Saindo dali, só o crime que me espera.

(...)

ISABELLA: Então o senhor diria que a fé te trouxe a convicção de que a sua vida sempre teve um propósito? Isso quebrou com aquilo que tinha sido atribuído a você? Te trouxe uma nova missão de vida?

RICARDO ANDRADE: Isso. De fazer uma missão e levar a palavra do SENHOR. Embora eu não soubesse como fazer isso, comecei a ler a bíblia e livros. Aprendi aos pouquinhos como evangelizar. Eu me chamava "nego mola". Aí eu falei "nego mola morreu, agora sou apóstolo Andrade" (risos). Fiquei dois meses pedindo pra ser chamado de apóstolo. É que foi um sobrenatural tão grande, que eu me comparei ao apóstolo Paulo. Até hoje sou muito fã do apostolo Paulo. Pois Deus o chamou pelo nome, "Saulo, Saulo".

REBECA: Então o senhor trocou o nome? Pois lá dentro tinha um apelido, mas após sua

conversão, teve uma mudança até no nome?

RICARDO ANDRADE: É.

PASTOR GERALDO: Quando há a conversão, a primeira coisa que os meninos querem é

que aquele velho nome/apelido seja enterrado e os chamem pelo nome mesmo. Ricardo

Andrade. O "mola" morreu.

(...)

REBECA: Antes o senhor delinquia, era "inimigo da sociedade". Agora, quais as mudanças na sua vida?

RICARDO ANDRADE: Em 2013 eu saí, acabei minha pena total. Eu entrei na igreja. Falei que tinha saído no dia anterior da prisão e era obreiro lá na cadeia. Então eu já entrei num grupo de oração.

REBECA: E foi bem aceito pela igreja?

RICARDO ANDRADE: Sim! Fui bem aceito. Geralmente o pessoal da igreja tem essa visão de acreditar no milagre. Só acredita quem crer num milagre. Fisicamente, você não acredita. Minha família está aos poucos acreditando. Pois cada dia que passa, eu tenho que provar pra mim mesmo e as pessoas vão vendo através dos frutos (atitudes). Eu tinha parado na oitava série. Aí me formei na escola, arrumei um emprego em uma faculdade. Tudo dentro da igreja. (...)

> RICARDO ANDRADE: Deus é tão bom que mudou até gíria, forma de falar, de andar...
>
> então nem acreditam que eu passei pela cadeia.
>
> (...)
>
> RICARDO ANDRADE: A pessoa dentro da igreja que me arrumou trabalho. Que me
>
> indicou.
>
> (...)
>
> RICARDO ANDRADE: Teve um trabalho, que o gerente (membro da igreja) reuniu os funcionários e falou sobre minha prisão. Todos o acharam louco. Pois era um emprego que mexia com dinheiro. O pessoal ficou meio tenso. No decorrer do tempo, eu acabei ficando como gerente. Então passava muito dinheiro por mim. Eu acabei tendo um cargo de confiança. Mesmo diante do lugar que eu vim.

O fato de ter sido condenado pelas instâncias de controle social gera desdobramentos psicológicos muito prejudiciais para o indivíduo já encarcerado, que passa a ser considerado um ente disfuncional e imperdoável da sociedade, passando a ser visto, não mais como um cidadão, mas um "integrante do rol dos culpados", nas palavras do Sr. Ricardo.

Aufere-se da vivência do entrevistado a faceta prática do poder de atuação que o estigma da condenação primária tem sobre o indivíduo egresso no cárcere. O descrédito social e familiar e o contato único com outros presos, que propagam ainda mais os valores desviantes, traz ao recluso uma referência de incentivo comportamental veemente, desconforme e contra legem, que acaba delineando sua autopercepção e senso grupal de pertencimento.

Percebe-se, portanto, como é incauta a lógica carcerária do princípio da prevenção, que se propõe a emendar indivíduos desviantes aos comportamentos socialmente positivos, e para tanto, isola-os da sociedade, logo, de qualquer influência do comportamento conforme. Basta o raciocínio se munir de uma pequena amostra de bom senso para que se conclua que tal estratégia de prevenção não soa muito coerente.

notória, portanto, a necessidade de o recluso conquistar uma credibilidade, acolhimento e o enraizamento de uma identidade positiva que prime sobre o estigma social que lhe fora imposto, para que o ora rotulado reúna as condições de dignidade e meios legítimos de subsistência para não voltar a delinquir.

Por todo exposto, arremata-se o tema da prevenção com a conclusão de que é necessária a construção de um olhar crítico sobre a atuação direcionada das instâncias de controle social para que se verifique que a pena em geral, com destaque ao cárcere em âmbito nacional, não tem atingido o almejado escopo da prevenção de reincidência delitiva sobre a amostra de capturados, mas tem, de fato, obstaculizado a sua reinserção social e eventual chance no aprendizado e reprodução de comportamentos conformes.

3.2.5 O Princípio da Igualdade e os Crimes Próprios de Diferentes Estratos Sociais (Labelling Approach)

À luz da fundamentação teórica trazida pela Labelling Approach, Sutherland teceu uma análise da distribuição da criminalidade nos vários estratos sociais existentes na Alemanha em

meados de 1949, pelo estudo dos crimes de colarinho branco[129] em contraste com crimes comuns, concluindo por negar o princípio da igualdade que invocava a defesa social. Explica-se.[130]

Sutherland demonstrou a escassa medida em que a criminalidade de colarinho branco era perseguida, escapando das formas mais refinadas das malhas largas da lei. Atribui-se este fenômeno aos efeitos sociais, tais como o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas e a ausência de

[129] "**Colarinho branco**" é um termo informal que se refere a um profissional que desempenha serviços predominantemente intelectuais de administração e gerência, próprios de estratos sociais superiores, opondo-se ao termo "colarinho azul", cujo trabalho requer emprego de mão-de-obra física.

[130] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. Pg.101.

um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição dos autores desta categoria infracional, como existe para infrações típicas dos estratos mais desfavorecidos.[131]

Mesmo não havendo novidade em se dizer que a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, mas uma incidência prática generalista na totalidade dos estratos sociais, ela tem sido um fenômeno forjadamente concentrado nos estratos socialmente inferiores.[132]

Numa síntese sobre as raízes das premissas de orientação social que atribuem a um indivíduo o status de suspeito ou possível infrator, Everett Hughes (1897-1983) aduz uma analogia exemplificativa, conforme a realidade norte-americana: Caso um indivíduo vá ao médico, logicamente, deverá supor que será atendido por uma profissional que recebeu formação e qualificação de nível superior numa faculdade de medicina, suposição esta que traduz o status principal (condição sine qua non), e, em seguida, o paciente analisará o status auxiliar, conforme os critérios de normalidade construídos dentro de seu espaço amostral de vivência, supondo, portanto, que o médico que o atender será um indivíduo branco e integrante de classe média. O não preenchimento do status auxiliar causaria no indivíduo certa estranheza e um possível receio interior em se submeter a um profissional que não tenha as características premeditadas conforme os seus delineados padrões mentais.[133]

Tal dinâmica de rotulações ocorre, igualmente, na esfera criminal. A título de exemplificação do que (infelizmente) ocorre na realidade brasileira, o status principal que se espera de um indivíduo recluso é o de que este tenha praticado um fato típico, ilícito e culpável, e o status secundário traduz a expectativa social de que o infrator pertença a uma classe socioeconômica inferiorizada, seja desprovido de educação de qualidade, viva uma desestrutura familiar e seja da etnia negra ou parda.

---

[131] Ibidem. Pg.102-103.
[132] Ibidem. Pg.106.
[133] HUGHES, Everett C. *Dilemmas and contradictions of status - The American Journal of Sociology*. Vol. 50. 1945. p. 353–359.

Deste modo, o fato de os autores de crimes próprios de camadas sociais superiores, em grande parte, não corresponderem ao status secundário socialmente construído de infrator, implica na falta de conotações específicas para orientação das agências oficiais para o combate à criminalidade de colarinho branco, fazendo com que esta seja precariamente investigada.

Em razão disso, os crimes de colarinho branco têm uma representação estatística muito inferior às suas reais ocorrências, de modo comparativo com os crimes comuns, mais frequentes nas populações de baixa renda, cujos indivíduos abordados como possíveis suspeitos já tem rostos, palavreado e vestimenta previamente delineados.

Isto posto, Sutherland, sob a análise dos delitos oficialmente registrados pelas instâncias de controle social, considerando a sua disparidade com as infrações integrantes da cifra oculta[134], verifica um imenso contraste quantitativo de incidências captadas quanto à prática de crimes mais recorrentes entre as camadas de certo prestígio social e as camadas sociais inferiores, averiguando, portanto que não eram perseguidos com igual avidez.

Deste modo, os autores que cometem crimes próprios das camadas sociais prestigiadas não são capturados pelo sistema penal com igual recorrência, não por menos incidências delitivas, mas por inferior foco e perseguição dados àqueles pelas instituições de controle social, não se sujeitando, portanto, ao processo ora explanado de rotulação que impulsiona a carreira delitiva.

Em síntese, o sistema que se legitima a combater o comportamento desconforme, em certo grau, é responsável por retroalimentar a criminalidade dos capturados que encaixem no perfil de possível infrator que prepondera na jurisprudência das instituições de controle social, sugerindo, assim, um falso quadro da distribuição da criminalidade nos grupos sociais.

[134] Delitos da cifra oculta representam aqueles crimes não detectados, perseguidos ou computados pelo sistema punitivo de uma comunidade, isto é, são as práticas criminosas que não compõe os registros e estatísticas das instâncias oficiais de controle social.

Num enfoque sociológico, explica-se o tratamento menos estigmatizante dado aos praticantes dos crimes de colarinho branco, a partir do momento em que se identifica o rótulo de desviante como consequência da falha em obedecer às regras do grupo, sendo este um critério transportável, a depender do código moral do agrupamento em questão, responsável por traduzir o que lhes seria reprovável.

A problemática central ocupa-se da penumbra moral, cultura das altas classes, que existe quanto à reprovabilidade de condutas que, mesmo que penalmente tipificadas, envolvam alguma espécie de caixa-dois, propina, corrupção, fraude ou qualquer ação ilícita que resulte em vantagens monetárias.

Neste sentido, transcreve-se um depoimento colido por Sutherland de um indivíduo recém egresso no mundo dos negócios:

> "Algumas vezes me senti revoltado e queria parar, mas me lembrava de que não tivera muitas chances de encontrar uma empresa correta. Eu sabia que o jogo estava podre, mas tinha que ser jogado - é a lei da selva ou algo parecido. [...] A única coisa que me pareceu entranha foi que todas as pessoas estavam orgulhosas da sua capacidade de enganar os consumidores. Elas se vangloriavam de sua desonestidade e eram admirados por seus amigos e inimigos de acordo com sua capacidade de fechar negócios desonestos: isto era chamado de perspicácia. [...] ficou difícil eu me distinguir dos meus companheiros. Se eu tivesse me acusado de desonestidade, teria negado a acusação, mas com um pouco menos de veemência do que meus colegas homens de negócio, pois havia aprendido um código de comportamento diferenciado"[135]

Tais premissas delineadas na Alemanha do século XX, se mostram muito verídicas se transportadas para a atual realidade brasileira. De fato, os crimes próprios de camadas sociais mais altas, envolvendo desvios milionários de dinheiro, suborno e corrupção, não tem igual efeito de censura ou estigma social que os crimes próprios de camadas sociais inferiores, nem penas tão rigorosas.

[135] SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 354.

Conforme dados da INFOPEN de 2014[136], em uma análise da distribuição de crimes entre os registros pátrios dos custodiados, tem-se que cerca de um em cada dez corresponde ao crime furto, sendo o crime de tráfico de entorpecentes (com prevalência da retenção das denominadas "mulas do tráfico"[137]) o de maior incidência, respondendo por 27% dos crimes informados, seguido do roubo, com 21%. Já o homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3%. Além disso, numa média nacional, aproximadamente oito, em cada dez reclusos estudaram, no máximo, até o ensino fundamental.

Conclui-se que o perfil do custodiado brasileiro é predominantemente composto de colarinhos azuis, isto é, de indivíduos que efetuam trabalhos predominantemente braçais, que não se qualificam para os cargos nem especificidades de acesso elementares para a consumação de crimes de colarinho branco, sendo este perfil o mais visado conforme as instituições oficiais de controle social e repressão criminal.

3.3 Desmentindo a esperança depositada no cárcere

Por todo o exposto, importa esclarecer que não há o intuito de defesa de qualquer corrente abolicionista, que vise a extinção da pena do cárcere e do direito penal em si, mas há um enfoque crítico que visa ponderar se, no atual panorama nacional, o aclamado cárcere seria a melhor via para se alcançar a justiça, recuperando e punindo os identificados desviantes, e promovendo a manutenção da paz na comunidade nacional.

Ora, todos os dados carcerários e pesquisas criminológicas expostas demonstram que a pena do cárcere deve ser considerada em um panorama que abarque as suas reais decorrências e impactos, a longo e curto prazo, para o recluso e para a o corpo social, que extrapolam as diretrizes legais e principiológicas

[136] Levantamento Nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – 2014. Disponível em < http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em 11/03/2018.

[137] Denominam-se "mulas do tráfico", num dizer popular, os indivíduos aliciados pelo tráfico por desamparo financeiro que realizam o transporte da droga por pequenas quantias.

simplistas atuais, difundidas tão acriticamente entre leigos e juristas que compõe o judiciário nacional.

Como testemunho dos impactos psicológicos do cárcere, transcreve-se um trecho da entrevista com o Sr. Ricardo:

> REBECA: Como era o seu dia a dia na prisão? E cela? Era cheia?
>
> RICARDO ANDRADE: Era. O máximo que eu já fiquei era com 120 (cento e vinte) pessoas. Já teve no caso de cela para 4 (quatro) pessoas e estavam 15 (quinze), 16 (dezesseis), 18 (dezoito) pessoas. Numa das últimas que eu estive, em 2013, a cela era pra 10 pessoas, mas tinham 35. Aí eu fui o último a entrar e não tinha lugar pra sentar. Cada cama tinha uns 3 homens. Tudo quanto é classe: o trombadinha, o estelionatário... tudo lá. ISABELLA: O senhor tinha acesso a algum atendimento médico lá?
>
> RICARDO ANDRADE: Tinha. Lá tem. Precário, mas tem.
>
> REBECA: Alimentação, como era? O senhor tinha todas as refeições?
>
> RICARDO ANDRADE: Café, almoço e janta. Só a qualidade que não tinha.
>
> ISABELLA: Você sentia a comida azeda as vezes?
>
> RICARDO ANDRADE: Sentia. Várias vezes.
>
> REBECA: Qual era o tratamento dos agentes penitenciários em relação ao senhor e aos demais presos? Era frio?
>
> RICARDO ANDRADE: Vai da pessoa. Tem alguns que eram educados e outros não. Eu já fui varia vezes pro castigo, por tratar mal e tentar fugir. Eu pensava "Já estou aqui. A pena do homicídio é prevista pra uns 20 (vinte) anos, a tentativa era 10 (dez) anos. Eu vou ficar uns 10 anos preso. E você quer me tratar mal?". A gente discutia. Mas nada fisicamente.
>
> PASTOR GERALDO: Na verdade o agente prisional trabalha num lugar oprimido, pesado. O local que tem rato, barata. Ele sofrendo ameaça, ouvindo vários palavrões... então ele trabalha no vermelho, na tensão. Se não estiver com o psicológico bem, acaba descontando a raiva (...).
>
> ISABELA: Você (Ricardo) diria que sentia por parte dos agentes (penitenciários) há uma interiorização desses jargões sociais como "bandido bom é bandido morto", "delinquente", "lugar de safado é na cadeia". Você sentiu um cenário de revanchismo enquanto esteve lá?

> RICARDO ANDRADE: Sim. Ali te ajuda a te alimentar o ódio. Eu, que fiquei 10 anos preso (sei). (É) de você sair e ver um policial e querer matá-lo. Eu nem conheço, mas vou matar ele pois fiquei 10 anos alimentando ódio. É uma bomba-relógio.
>
> PASTOR GERALDO: Sem contar que a família dos presos, em geral, é esculachada com uma revista vexatória. Uma mãe, que tem que ficar nua e agachar. Essa revista vexatória faz com que a família já entre e diga "olha, eu fui humilhada lá em cima, fizeram isso comigo.". Eu já vi inúmeras vezes coisas acontecerem, coisas terríveis, que trazem um pânico e esse pânico é levado para o preso que está ali e traz revolta. [...]
>
> RICARDO ANDRADE: Num momento em que eu não estava usando droga, fumando maconha, tomando comprimido pra dormir pra passar o tempo (rohypnol e outros) e (usando) cigarro, eu pegava a bíblia para ler. Aí, com 5 (cinco) anos preso, já revoltado com a vida, teve uma confusão na cela. E arma lá é faca. Eu aprendi que para me defender, tinha que arrumar uma faca. Comprar ou tirar de um ferro. Quem tem uma faca é o cara. Aí teve uma briga, eu ia matar eles ou eles me matavam. E nos 5 anos preso, os amigos já esquecem, a família também... só sobra a mãe. Então várias vezes, minha mãe entrava chorando por ter sido humilhada. Já era idosa, 60 (sessenta) anos. Isso me trazia revolta. Afinal, eu era filho único e trazia esse sofrimento para minha mãe. Quando foi numa dessas noites de briga, em 2007, eu comecei a falar com Deus. "Deus, eu estou cansado. Já estou há 5 (cinco) anos preso.". Ali na cela tinham 16 (dezesseis) pessoas e eu fui ao banheiro, me ajoelhei e comecei a chorar, o que é algo que você não vê muito: pessoas chorando. Pois, o amor (dos presos) acaba e se transforma em ódio. Todos os dias eu era alimentado com (depoimentos) "eu matei tantos", "eu roubei isso". Todo dia eu acordava e no café da manhã outro (preso) contava dos testemunhos do mal. Aí nesse dia eu fui ao banheiro e comecei a chorar igual criança. Ninguém viu. Liguei a água e comecei a chorar falando que já não aguentava mais (...).

Fato é que o cenário prisional pátrio se mostra completamente contraditório ao ideal ressocializador ou preventivo do delito. A cotidiana exposição dos internos à violência e condições degradantes perpetradas nas prisões pode levá-los a perceber o mundo como local ameaçador, trazendo a acentuação dos sentimentos de vingança

e de dominação, além da valorização da violência como meio adequado à solução de problemas.[138]

Quanto ao tema, há de se destacar: não há admissibilidade de pena de morte, ou prisão perpétua no acervo legislativo pátrio. Sendo assim, todos os indivíduos egressos um dia terão sua liberdade devolvida. Todos aqueles outrora isolados num ambiente repugnante de violência, sem condições dignas de saúde, alimentação e educação, habituados à intermitência do ócio ao uso de drogas, um dia serão reinseridos no corpo social.

A depender do nível de afetação psicológica ocasionada por dilatados períodos de convívios bárbaros e tratamentos animalescos, os egressos no sistema penal serão, inevitavelmente, desabastecidos de sua humanidade, resultando em entes socialmente disfuncionais, e seu retorno será ainda mais devastador para a coletividade que o sentenciou.

Portanto, não há como otimizar a pacificação nacional caso o cárcere não seja visto a partir de suas consequências e desdobramentos psicológicos e sociais. Prender por prender não é solução. O cárcere é, de fato, um instrumento válido de reprimenda estatal, desde que munido das ideais condições para reeducação do recluso, que, em âmbito nacional, apesar de exaustivamente positivadas, se apresentam como flagrantemente deficitárias.

Ainda assim, os brasileiros em geral, atuantes ou não do direito, têm depositado uma esperança desmerecida na pena de prisão como se esta fosse, por si só, uma solução que reuniria satisfatoriamente a faceta punitiva e preventiva do delito e o efeito de emenda do agente desviante, que seria presumidamente conduzido à ressocialização, isto é, à internalização adequada os valores socialmente preponderantes.

[138] MARINHO, Fernanda Campos. Jovens Egressos do Sistema Socioeducativo: Desafios à Ressocialização. Disponível em <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38608.pdf> Acesso em 01.11.2017. Pg – 106

A crescente criminalidade no Brasil, aliada à crença de que a justiça se efetiva pelo mero aprisionamento do indivíduo, trouxe desdobramentos funcionais um tanto relapsos quanto à observância das garantias constitucionais dos penalmente indiciados, tornando a sanção penal do cárcere, principalmente o preventivo, um instituto de aplicação muito recorrente, certas vezes infundada e irregular, como se verá.

4 RESGATANDO AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E O FIM CONSTITUTIVO EXCEPCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA.

Conforme dados disponibilizados pela INFOPEN[139], o Brasil exibe a quinta maior taxa de presos sem condenação[140], isto é, do total de pessoas privadas de liberdade no Brasil, aproximadamente quatro entre dez (41%) estão presas sem ainda terem sido julgadas. Em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população de presos provisórios, com 222.190 (duzentos e vinte e duas mil cento e noventa) pessoas.

Sabe-se que para assegurar a desenvoltura de qualquer discurso racional é necessário que se parta de uma conjunção ou acordo conceitual. Portanto, para tratar da problemática suscitada, importa discorrer sobre alguns conceitos preliminares quanto à pena de prisão e as garantias constitucionais do penalmente indiciado.

4.1 O princípio constitucional da Presunção de Não Culpabilidade

A Constituição Federal de 1988 contém inúmeras regras que afetam o processo penal. O exame atento dos princípios e das garantias constitucionais do processo justifica-se pois em nosso ordenamento jurídico a Carta Magna é a Lei Fundamental, sendo hierarquicamente superior a todos os demais atos normativos,

[139] BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014 – Departamento Penitenciário Nacional- Ministério da Justiça, 2014. Pg 20. Disponível em http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf. Acesso em: 12/03/2018

[140] A taxa de presos sem condenação indica qual porcentagem da população prisional é composta por presos provisórios

figurando, portanto, como um conjunto de autênticas limitações ao exercício da pretensão punitiva estatal.

As garantias constitucionais são vínculos normativos idôneos a assegurar efetividade aos direitos subjetivos, isto é, são mecanismos que, porquanto positivados e regimentais, são direcionados a assegurar a máxima correspondência entre a normatividade e a efetividade da tutela dos direitos.[141]

Sendo assim, a aplicação das normas de processo penal, assim como de todos os demais diplomas legais, encontra fundamento último na regra constitucional. Por esta razão, aduzir-se-á a origem histórica de incorporação nacional e o sentido doutrinário e jurisprudencial do postulado constitucional da presunção de não culpabilidade, de sorte a extrair toda a força normativa que neste repousa, a fim de possibilitar o suscitar das insubsistências de toda e qualquer inteligência contrária aos seus ditames.

O pioneiro diploma legal a positivar o referido princípio foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que dispunha em seu art. 9º:

> "Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei."[142]

O princípio da presunção de inocência contido na DDHC referia-se ao tratamento do acusado no curso do processo, impondo que este deveria ser considerado inocente até o pronunciamento judicial que decidisse por condená-lo.

Ademais, o enunciado posto traduziu diversas limitações ao ius puniendi estatal, em suas pretensões restritivas aos direitos individuais, em especial, às

[141] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: RT,2006, p. 21.

[142] BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2014. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9- 1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 14/03/2018.

medidas cautelares durante a fase instrutória, tais como a prisão preventiva sem prazo certo e a aplicação de quaisquer formas de antecipação de pena.

Foi por esta garantia que se inaugurou uma nova era no processo penal, na qual as diretrizes do direito do autor[143] foram pospostas pelos preceitos do direito penal do fato[144], e o processo inquisitório deu lugar ao processo penal acusatório, com uma fase preliminar escrita, secreta e inquisitória e uma outra fase instrutória, dotada de oralidade, publicidade e contraditório.[145]

O segundo diploma legal a abordar o princípio em análise foi a Carta Magna Italiana em seu art. 27.2, que instituiu que ninguém poderia ser considerado culpado até o trânsito em julgado de condenação definitiva, por meio da qual o princípio da presunção de não culpabilidade alcançou o *status* de cerne fundamental do processo e de pressuposto de todas as demais garantias processuais penais.[146]

A terceira previsão legal decorreu do art. 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, editada como medida de reação às violações de direitos humanos causadas pela segunda grande guerra (1939 – 1945).

Os avanços ora positivados trouxeram linhas diretivas ao processo penal moderno, preconizando que caberia à acusação o ônus probatório do fato tido por criminoso e da culpabilidade do acusado, vedando que este fosse forçado a produzir provas contra si mesmo e garantindo o seu direito ao silêncio, dispondo, por fim, que, em caso de dúvida em juízo, dever-se-ia proferir a absolvição do réu, em consonância com o *in dubio pro reo*.

[143] Ótica jurídica que penaliza o suposto autor de um crime pelo o que ele é. Nesta perspectiva, os fatos pretéritos da vida do investigado são suscitados para definir sua índole, a fim de medir a gravidade de uma pena justa e adequada e de definir o grau de probabilidade do acusado ter sido o autor dos fatos.

[144] Preceito norteador de imputação penal que pune o sujeito que delinquiu conforme sua prática individualizada, não se reportando, para tanto, ao descrito em seu histórico ou antecedentes criminais.

[145] VARALDA, Renato Barão. Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 19-21.

[146] VARALDA, Renato Barão. Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 19-21

De modo ulterior, a presunção de não culpabilidade foi consolidada como uma garantia fundamental assegurada na Constituição Brasileira de 1988[147], que em seu art. 5º, inciso LVII, assim estipulou:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

A CF/88 foi imensamente progressista por ter sido a primeira Carta Política pátria a abordar os objetivos fundamentais do Estado, orientando, assim, a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério da ordem de valores do sistema de direitos fundamentais, elencados, em grande parte, no artigo 5°.[148]

Conforme conceitua a doutrina, o princípio da presunção de não culpabilidade aduz que a culpa do réu, pressuposto da execução da pena, apenas se forma no momento da condenação irrecorrível.

Sendo assim, não se cuida de afirmar, a priori, a inocência do acusado, pois, se assim fosse, sequer haveria persecução penal. O referido princípio cuida apenas de presumir a inocência do acusado e de explicitar o momento a partir do qual a culpa do réu acerta-se em definitivo, instituindo que é Nulla Poena Sine Culpa.

Ademais, a presunção de não culpabilidade tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa, impondo um

[147] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16/03/2018.

[148] CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 13.

óbice à autoincriminação, de modo complementar aos preceitos do direito ao silêncio do acusado (5.º, LXIII, CF[149]).

Portanto, a desconstituição da presumida inocência (estado natural de todo ser humano) deve-se operar pela atuação do Estado-acusação em evidenciar, com provas fundamentadas e suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.[150]

Isto posto, a presunção de inocência se integra ao princípio da prevalência do interesse do réu (in dubio pro reo), garantindo que, em caso de dúvida do julgador, deverá prevalecer o estado de inocência do acusado, impondo-se a sua absolvição.[151]

Isso se dá pois, como aduz Norberto Bobbio, o Estado de direito tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odiosas na esfera penal, que, a saber, é utilizada em ultima ratio para a tutela dos bens jurídicos tidos por mais essenciais.[152]

Sendo assim, no âmbito do direito penal, em que se intenta tutelar a liberdade do cidadão contra proibições indeterminadas e condenações arbitrárias, as garantias constitucionais apontam para a estrita legalidade dos delitos e para a verdade formal de sua investigação processual.

Para tanto, há uma explícita separação e autonomia do órgão julgador quanto ao órgão acusador, garantindo ao réu um julgamento guiado por juiz previamente investido de jurisdição, desinteressado na causa e que esteja, a todo tempo, equidistante das partes.

Jurisdição, segundo Montesquieu (1689-1755), é uma das manifestações de soberania do Estado que confere poder ao juiz de aplicar a norma pré-constituída ao

[149] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16/03/2018.
[150] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 33.
[151] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 33.
[152] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 7.

caso concreto, isto é, poder de identificar o fenômeno da subsunção normativa ao fato jurídico. Assim sendo, reserva-se ao juiz uma função de ser inanimado, cuja incumbência restrita e rígida é a de ser a boca que pronuncia as palavras da lei.[153]

Destarte, as disciplinas constitucionais sobre o processo judicial estabelecem regras de observância obrigatória que se sobrepõe à lei ordinária e, à vista disso, o julgador deverá interpretar a lei processual a partir da constituição, e não o contrário. Deve-se dar à lei ordinária uma interpretação em conformidade com a constituição, e não deve reduzir-se a interpretação constitucional para encaixar à aplicação conveniente de uma lei ordinária.

Isto posto, adotar uma postura crítica ao direito posto é tarefa prioritária do aplicador do direito, devendo este perseguir não só o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, como pautas mínimas que dizem respeito às regras processuais, mas também sua efetiva realização e proteção, para que o poder punitivo estatal não se materialize de forma desmedida, porquanto está em jogo a tutela do direito de liberdade, bem jurídico objeto de especial proteção.

Para tanto, há que se distinguir a validade formal das normas jurídicas de sua validade substancial. O aplicador do direito, atento a esta distinção, deverá descrever a diferença observada entre o que o direito é (efetividade) e o que o direito deve ser (normatividade) no interior de um ordenamento jurídico.

Por todo exposto, tem-se que o princípio da presunção de não culpabilidade confirma a excepcionalidade e a necessariedade das medidas cautelares de prisão, pois apenas presume a inocência do acusado, ao passo que também as limita, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública.

A partir disso, deve-se evitar a vulgarização das prisões provisórias, pois muitas delas terminam por representar uma nítida – e indevida – antecipação de pena, lesando a presunção de inocência.[154]

[153] MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis, 9ª edição*. Saraiva, 11/2007. Pg 58.

Para melhor compreensão do tema, eis o exame das espécies de prisão, em especial a preventiva, e dos seus pressupostos de aplicação.

4.2 Das espécies de pena de prisão cautelar.

Por prisão entende-se qualquer privação da liberdade que obste o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, as prisões provisórias e cautelares, reguladas no Código de Processo Penal e tidas enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena, reguladas pelo Código Penal.[155]

Preceitua o art. 5.º, LXI, da Constituição Federal[156] que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. Isto é, via de regra, a prisão deve basear-se em decisão de magistrado competente, escrita e devidamente motivada (art. 283, caput, CPP[157]), ou necessita decorrer de flagrante delito.

É impositivo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada por juiz de direito. O art. 5.º, LXV da CF[158] estipula que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.[159]

Ademais, mesmo a prisão decretada por magistrado fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização dos instrumentos cabíveis, entre eles o habeas corpus.

---

[154] NUCCI, Guilherme Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição. Forense, 01/2017. Pg 33.
[155] NUCCI, Guilherme Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição. Forense, 01/2017. Pg 537.
[156] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16/03/2018.
[157] BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 18/03/2018.
[158] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16/03/2018.
[159]

Do exame, preconiza o artigo 5º, LXVIII da CF que conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.[160]

A saber, são seis as espécies das denominadas prisões processuais cautelares: a) prisão temporária[161]; b) prisão em flagrante[162]; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; f) condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia.[163] [164]

---

[160] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 540.

[161] A prisão temporária é uma modalidade de prisão cautelar, prevista na Lei 7.960/89, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal, em duas principais hipótese de admissão: 1.ª) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, associando-se ao fato de haver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2.º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1.º e 2.º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1.º e 2.º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1.º, 2.º, e 3.º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º); i) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285); j) quadrilha ou bando [associação criminosa] (art. 288), todos do Código Penal; l) genocídio (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 2.889, de 10.1956), em qualquer de suas formas típicas; m) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976 [substituído pelo art. 33 da Lei 11.343/2006]); n) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986); o) crimes previstos na Lei de Terrorismo (Lei 13.260/2016); p) e todos os demais crimes hediondos ou equiparados previstos na lei 8.072/90; 2.ª) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, desde que em combinação com os crimes descritos. O prazo da prisão temporária será, como regra, de cinco dias, podendo ser prorrogado por outros cinco, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2.º, caput, da Lei 7.960/89). Quando se tratar de crimes hediondos e equiparados, o prazo sobe para 30 dias, prorrogáveis por outros 30 (art. 2.º, § 4.º, da Lei 8.072/90). (NUCCI, Guilherme Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição. Forense, 01/2017. Pg 548.)

[162] Prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal. Tem como fundamento o fato de poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. A análise do magistrado será posterior, com o recebimento do auto de prisão em flagrante, que resultará nas seguintes medidas (art. 310, CPP): a) relaxamento da prisão, caso ilegal; b) conversão da prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP e se forem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP; c) concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança. (NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 551.).

[163] É tida como modalidade de prisão, pois, conforme a Lei 1.579/52, quem é conduzido coercitivamente pode ser algemado e colocado em cela até que seja ouvido pela autoridade competente.

[164] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 537.

4.2.1 Da Prisão Preventiva

Trataremos, especificamente, da prisão preventiva, tida como meio de constrição à liberdade do indiciado ou réu que pode se materializar como medida cautelar, quando indispensável a preservar a utilidade do provimento de mérito, ou como meio de defesa social, quando sua adoção se mostrar indispensável à tutela da incolumidade do tecido social, não podendo, em qualquer hipótese, servir como meio de se antecipar futura e incerta sanção penal.

Á luz do artigo 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, em razão de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação, ou mediante representação da autoridade policial, podendo o juiz decretá-la de ofício, desde que no curso da ação penal.[165]

A prisão preventiva possui alguns pressupostos: a natureza da infração, visto que alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos; a probabilidade de condenação do réu ou indiciado; e o perigo na demora, referindo-se à possível lesividade da liberdade do agente; e o controle jurisdicional prévio.[166]

Em síntese, para que a prisão preventiva seja decretada, deve-se cumular qualquer dos requisitos do artigo 312 (periculum libertatis), desde que haja indícios suficientes de materialidade e autoria (fumus comissi delicti), com um dos requisitos objetivos elencados no artigo 313.

Em todos os casos, devem haver provas suficientes de materialidade e autoria do investigado ou réu. Define-se por materialidade, a prova da existência do crime, ou a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência do evento típico. Já por indício suficiente de

[165] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 570.
[166] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 574.

autoria, entende-se como sendo a suspeita fundada e sólida de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal, não se exigindo prova plena da culpa, por sê-la inviável num juízo meramente cautelar.[167]

O artigo 313 do Código de Processo Penal[168] especifica os requisitos objetivos de admissibilidade da preventiva, autorizando-a quando o caso revelar um crime doloso (descartando crimes culposos ou contravenções penais) punido com pena de prisão máxima abstrata superior a quatro anos (inciso I), quando o acusado tiver sido condenado de modo definitivo por outro delito doloso, ressalvado o prazo depurador do art. 64, I, do Código Penal[169] (afastando o reincidente em crime culposo e o indivíduo condenado, em definitivo, por delito doloso que pratica crime culposo posterior) (inciso II), bem como se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (inciso III). Pode-se, ainda, decretar a preventiva quando houver dúvida quanto à identidade civil do suspeito ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Nesta hipótese, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra causa justificar a manutenção da prisão cautelar (art. 313, parágrafo único).[170]

Deste modo, o suscitar de qualquer das hipóteses de decretação da preventiva elencadas no art. 312 do CPP[171] - quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou o asseverar a aplicação da lei

[167] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 574.

[168] BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 18/03/2018.

[169] Dentre a anterior condenação e a atual não pode ter decorrido o período de cinco anos. (Código Penal, DECRETO-LEI Nº 2.848, 07/12/1940. "Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;(...)". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 19/03/2018.).

[170] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 579.

[171] BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 18/03/2018.

penal - imprescinde da demonstração da cautelaridade da medida, isto é, sua imprescindibilidade para assegurar a utilidade de eventual sentença penal condenatória.[172]

A garantia da ordem pública é a hipótese mais ampla, abstrata e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Ocorre ante a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade por eventual abalo ocasionado pela prática de um delito considerado grave, de particular repercussão negativa e traumática, que possa fomentar sentimento de impunidade e insegurança sociais.

Em síntese, a garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais estão a gravidade concreta da infração, sua respectiva repercussão social e a periculosidade do agente. Há outros dois elementos capazes de figurar abalo à ordem pública que vêm sendo considerados pela jurisprudência, quais sejam: a particular execução do crime, referindo-se a delitos premeditados meticulosamente, com percurso criminoso complexo ou utilização de extrema crueldade; e o envolvimento do suspeito com organização criminosa.[173]

Em qualquer caso, cabe ao juiz verificar todos os pontos de afetação da ordem pública, buscando encontrar, pelo menos, um binômio válido para que assim possa decretar a preventiva.[174] Ocorre que tais fatores têm significação um tanto vaga e abstrata, dando margem a decretações arbitrárias da prisão preventiva, que desrespeitam os preceitos constitucionais do processo penal.

A gravidade concreta da infração, repousa na reprovabilidade majorada diante das particularidades executórias do delito em análise, que se repute grave – de regra, todos os que envolvem violência ou grave ameaça à pessoa – e se associe à intranquilidade populacional. A gravidade deve dizer respeito ao caso concreto, não

[172] BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Presunção de Não Culpabilidade e Prisão Cautelar. CJF. Centro de Estudos Judiciários. Seminário Internacional de Combate à Impunidade. 2005. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/combate/MarcusViniciusReisBastos.doc> Acesso em: 20/03/2018.

[173] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 576.

[174] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017.

bastando invocar a gravidade abstrata da conduta, visto que já reconhecida para legitimar a regulação típica do fato, em ultima ratio, pelo Direito Penal, sob pena de incorrer o julgador em flagrante bis in idem e constrição ilegal do acusado.[175] Por esta razão, os crimes hediondos e equiparados não devem provocar a automática decretação de prisão preventiva.[176]

A respeito da repercussão social, há de se pontuar que a mera divulgação que o delito alcança nos meios de comunicação – escrito ou falado – não corresponde, por si só, como apuração do abalo à ordem pública, pois diversas vezes há estardalhaço indevido nas notícias veiculadas sobre um determinado crime, apesar de inexistir abalo social real que legitime a preventiva.[177]

Outra faceta de apuração de eventual abalo à ordem pública é a periculosidade (probabilidade de tornar a cometer delitos) demonstrada pelo indiciado ou réu, apurada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução do crime.

Destarte, há uma clara inclinação da lei em subsumir-se a entendimentos contrários às garantias constitucionais de presunção de inocência, pois efetuar a prisão processual de um indivíduo com base em suas condenações pretéritas, apenas explicita o viés tão combatido do direito do autor, no qual pune-se o suspeito, antecipadamente, por quem ele é, e não pelo que verdadeiramente praticou.

Sendo assim, a dita periculosidade do indivíduo não é suficiente, em termos constitucionais, para legitimar a prisão preventiva, devendo ser válida apenas quando em união necessária com outros fatores aventados.

---

[175] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 575.
[176] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 576.
[177] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 575.

Quanto à garantia da ordem econômica, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de grande abalo à situação econômico-financeira de uma instituição pública ou privada, permaneça em liberdade. [178]

Assim, na hipótese de crimes que ensejem desfalque às instituições financeiras, com evidente abalo à credibilidade da justiça, impõe-se a observância dos mesmos elementos já descritos como capazes de figurar o abalo à ordem pública (gravidade do delito; repercussão social; periculosidade do agente; particular modo de execução; envolvimento com organização criminosa), para que se figure a hipótese de decretação da preventiva.

Ademais, dispõe o art. 30 da Lei 7.492/86 sobre um critério particular para a caracterização do abalo à ordem econômica, aduzindo que, sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva do acusado da prática de crime contra o sistema financeiro nacional poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada, o que explicita que, em delitos contra a ordem econômico-financeira, torna-se relevante a extensão do dano provocado pelo criminoso.[179]

Outrossim, a prisão preventiva do acusado também poderá ser decretada com base na conveniência da instrução criminal, que visa garantir o devido processo legal, no seu aspecto procedimental.[180]

Deste modo, qualquer óbice na busca da verdade real provocado pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal e a efetiva colheita de provas como a ameaça de testemunhas, da vítima, do promotor ou do juiz e a destruição de evidências do crime - são motivos que autorizam a prisão preventiva.

---

[178] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 577.
[179] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg. 577.
[180] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 577.

Por fim, a prisão preventiva pode ser decretada a fim de propiciar a regular aplicação da lei penal, isto é, visando assegurar a finalidade útil do processo penal, no que concerne ao ius puniedi estatal, para que a sanção devida seja aplicada a quem é considerado autor de infração penal.

Configura-se tal hipótese nos casos em que o investigado age em desfavor do processo, tendo por finalidade evitar que o direito de punir se consolide. Neste prisma, deve o julgador captar a magnitude do caso concreto, a fim de optar entre a decretação de medida cautelar alternativa ou da prisão preventiva como medida suficiente, pois consta que a garantia da aplicação da lei penal é, igualmente, requisito para a aplicação de medidas cautelares (art. 282, I, CPP). Portanto, a decretação da prisão preventiva, sob este fundamento, é subsidiária, apenas incidindo quando as medidas cautelares, menos gravosas ao réu, se provarem insuficientes.[181]

Importa destacar que, à luz da exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF[182], c/c 315 CPP[183]), todas as hipóteses legais ora expostas devem ser suscitadas pelo julgador de modo justificado e motivado, para que se autorize a decretação da prisão preventiva.

Entende-se como deficitária e, portanto, inadmissível, a fundamentação judicial que apenas reproduz os termos legais, invocando-os de maneira infundada, pois deverá o julgador sempre especificar em quais fatos se baseou para extrair tal conclusão.[184]

Por conseguinte, caso o julgador não justifique objetiva e satisfatoriamente o apelo a uma das hipóteses da prisão preventiva, terá o investigado/réu direito à

[181] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 578.
[182] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16/03/2018
[183] BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 18/03/2018.
[184] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 579.

liberdade provisória (Constituição Federal, art. 5º, LVII e LXVI)[185], e eventual prisão será tida como constrangimento ilegal.

Outrossim, o artigo 314 do CPP[186] aduz circunstâncias que afastam a aplicação da preventiva, enumerando as hipóteses de exclusão da ilicitude (art. 23 do Código Penal), quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal. Assim sendo, caso o julgador verifique, pelas provas juntadas aos autos, fortes indícios de que o agente praticou o fato mediante qualquer das hipóteses, não decretará, de modo algum, a prisão cautelar.

Quanto ao quesito temporário da preventiva, inexiste um prazo legal que estipule a sua duração máxima. Entretanto, sua execução deverá respeitar a razoabilidade de duração, sem transpor os limites da efetiva necessidade para a instrução do feito, não podendo se prolongar indefinidamente, por culpa do juiz ou por atos procrastinatórios do órgão acusatório, sob pena de figurar como constrangimento ilegal.[187]

A duração razoável da prisão preventiva tem se guiado pelos prazos estabelecidos pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, quais sejam: de 90 dias, para a conclusão da formação da culpa no júri (art. 412, CPP); de 60 dias, para a designação da audiência de instrução e julgamento no procedimento ordinário (art. 400, caput, CPP[188]); e de 30 dias, para a designação de audiência de instrução e julgamento no procedimento sumário (art. 531, CPP).

Ocorre que, conforme dados colacionados em 2014 pela INFOPEN, a maioria dos presos provisórios está detida por prazo superior à duração razoável do processo

[185] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16/03/2018.
[186] BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 18/03/2018.
[187] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 571.
[188] BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 18/03/2018

(60% estão custodiados há mais de 90 dias)[189]. Ademais, dados disponibilizados em 2017 pelo CNJ indicam que o tempo médio da prisão provisória dos custodiados nacionais tem variado de 172 dias a 974 dias.[190]

Os prazos supramencionados para a conclusão dos atos de instrução são impróprios, não há, portanto, qualquer sanção se forem descumpridos, não significando, porém, que ultrapassá-los, sem motivo razoável, possa manter o acusado preso indefinidamente.[191]

Há de se observar o critério da justa medida da razoabilidade. Define-se razoável a prisão cautelar cujo tempo de duração é o menor possível em face dos concretos elementos extraídos do processo, tais como: a complexidade da causa; o número de réus; o número de processos em andamento na Vara ou no Tribunal, que ocasiona o eventual inchaço de pautas; a atuação do juiz, em seu dever de dinamicidade para presidir a instrução; e a atuação das partes, quanto à observância ou procrastinação dos prazos legais.[192]

A razoabilidade é, portanto, o extrato dos fatores supramencionados, devendo ser apurada em cada caso concreto. Não havendo nada que atue como óbice ao regular andamento processual, deve-se haver um trâmite célere, seguindo-se os prazos legais, sob pena de figurar constrangimento ilegal.

Ademais, nos casos de incidência da prisão cautelar, deve-se respeitar a proporcionalidade, critério correlato, para que o tempo de segregação provisória não se torne o indevido cumprimento antecipado da pena. Por proporcional entende-se a

---

189. Levantamento Nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – 2014. Disponível em < http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em 11/03/2018.

190 Levantamento Nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – 2014. Disponível em < http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em 11/03/2018.

191. NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 571.

192 NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 572.

prisão cautelar cujo período de duração não excede os limites da pena mínima prevista para o delito.

Outrossim, as modificações introduzidas no CPP[193] pela Lei n° 12.403/2011 elencaram a prisão preventiva dentre as demais medidas cautelares processuais, estabelecendo no parágrafo 6º do artigo 282 que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Por medida cautelar entende-se quaisquer imposições restritivas da liberdade de um indivíduo penalmente processado, elencadas no artigo 319 do CPP, que sejam diversas da prisão, quais sejam: o comparecimento periódico em juízo, conforme as condições imperativas postas pelo magistrado, para justificar e esclarecer suas atividades; a proibição de acesso e frequência a certos lugares quando, em nexo ao fato, para evitar a reiteração criminosa; a vedação de manter contato com certa pessoa, quando indicarem as circunstâncias do fato; a vedação de se ausentar da Comarca, quando a permanência seja necessária ou conveniente ao processo ou à investigação; o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, desde que o investigado ou réu tenha residência e trabalho fixos; a suspensão da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, se houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; a internação provisória do réu, em hipóteses de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, se, havendo risco de reiteração, os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável; a fiança, quando a infração admitir, para vincular o réu ou indiciado ao processo e evitar sua eventual obstrução, em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e, por fim, a monitoração eletrônica, realizada por tornozeleiras com GPS que monitoram a localização do réu, conforme as diretrizes judiciais dadas ao caso concreto.

De modo anterior às inovações trazidas pela lei n° 12.403/2011, as medidas cautelares já eram conhecidas em outros institutos como condição para o

[193] BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 18/03/2018

cumprimento da pena no regime aberto, gozo de suspensão condicional ou livramento condicional, e como pena alternativa ao cárcere. Porém, as novas medidas em matéria processual apontam para a aplicação das mesmas medidas restritivas à liberdade como forma de contornar a decretação da prisão preventiva. Assim, em lugar da prisão cautelar, pode-se determinar o recolhimento domiciliar do acusado, desde que compatível com o caso concreto.[194]

4.2.2 Do caráter excepcional da prisão preventiva

Por todo o exposto, a inteligência constitucional aduz que a prisão no curso da persecução penal é medida de exceção e, assim sendo, deve ser interpretada restritivamente.

As medidas cautelares têm legitimidade de incidência quando visam garantir o provimento jurisdicional e vincular, satisfatoriamente, o réu ou indiciado ao processo, o que permite concluir ser a prisão preventiva uma medida cautelar de natureza subsidiária, sendo que sua decretação está condicionada ao juízo de necessidade (imprescindibilidade) e adequação (pertinência), dependendo da manifesta e fundamentada insuficiência das medidas cautelares menos gravosas (CPP art. 282, I e II c/c §§ 4º e 6º).[195]

Por conseguinte, a excepcionalidade da custódia processual recomenda a máxima cautela em sua concessão, de sorte a se evitar situações em que o agravo ao direito de liberdade se revele injurídico. [196]

Isto posto, nas hipóteses em que restam absolvidos cidadãos submetidos a qualquer das modalidades de prisão processual, não há como reparar o dano

---

[194] NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição*. Forense, 01/2017. Pg 586.

[195] BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 18/03/2018.

[196] BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Presunção de Não Culpabilidade e Prisão Cautelar. CJF. Centro de Estudos Judiciários. Seminário Internacional de Combate à Impunidade. 2005. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/combate/MarcusViniciusReisBastos.doc> Acesso em: 20/03/2018.

imposto. Eis que é materialmente impossível o retorno ao status quo ante (tempo passado em privação de liberdade não pode ser restituído).[197]

Conforme demonstra a pesquisa do CNJ quanto ao encarceramento pátrio, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação. Significa dizer que, em média nacional, quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e, portanto, condenados.[198]

Os dados colacionados expõem a recorrência e vulgarização da medida cautelar da prisão preventiva, em âmbito nacional, denunciando a deficiência em sua aplicabilidade, que prossegue eivada de avaliação quanto à adequação e à proporcionalidade, sem qualquer resguardo à natureza subsidiária desta em relação às demais medidas cautelares.

Essa tendência, além de desrespeitar os preceitos constitucionais da presunção da não culpabilidade, contribui para a superlotação dos estabelecimentos prisionais, elevando os custos destinados à manutenção do sistema penitenciário, e, ainda, expõe um grande número de indivíduos às consequências do aprisionamento, já minuciosamente aduzidas em ambos os aspectos, prático e teórico.

Como já advertia Giuseppe Bettiol (1907-1982), "se é verdade que o Direito Penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos dos delinquentes"[199]

[197] BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Presunção de Não Culpabilidade e Prisão Cautelar. CJF. Centro de Estudos Judiciários. Seminário Internacional de Combate à Impunidade. 2005. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/combate/MarcusViniciusReisBastos.doc> Acesso em: 20/03/2018.

[198] Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais – CNJ – 2017- Pg 19. http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> Acesso em 19/03/2018.

[199] BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra, Coimbra Ed., 1967

5 CONCLUSÃO

Eis que os textos infraconstitucionais devem ser interpretados conforme os pressupostos pétreos das garantias constitucionais. Deste modo, deverá o julgador reconhecer a subsunção de uma norma ao caso concreto através de uma interpretação sistemática e hierarquicamente valorativa do direito posto.

Quanto à prisão preventiva, há de se frisar o seu caráter excepcional frente ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII). Diante disso, a sua aplicabilidade terá sempre interpretação restritiva, devendo lastrear-se rigidamente a todos os critérios aduzidos em lei, por ser esta a medida cautelar mais gravosa ao réu do ordenamento jurídico.

Entretanto, observa-se que, em âmbito nacional, a prisão preventiva assumiu contornos de uma medida exemplar, ganhando tal detenção processual a finalidade teratológica de antecipar a pena do acusado, mesmo diante de uma condenação que figura como fato futuro e incerto.

Tal praxe procedimental de encarceramento em massa revela uma simples e trágica constatação: há uma evidente tração entre a sede do Estado por punir e refrear a crescente criminalidade nacional e a observância da estrita legalidade imposta na execução do processo penal.

De modo infeliz, mas não irremediável, o Brasil está dentre os 20 países com o maior índice de criminalidade no mundo. As taxas de mortes violentas nos principais centros urbanos brasileiros superam as de países que vivem cenários de guerra formalmente declarada ou conflitos armados.[200] Ademais, o Brasil reúne em seu território 12% do total de homicídios globais, tendo 59.627 homicídios sido

[200] Fórum brasileiro de segurança pública (FBSP)/disponível em http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/ acesso em: 04/05/2017

registrados pelo IPEA no ano de 2014, equivalente a 163 mortes por dia – sete mortes por hora.[201]

Resta claro que os juízes, ao vislumbrar a disciplina excepcional da prisão preventiva e, ainda assim, optar por aplica-la de modo vertiginoso, admitem, antes de tudo, a insuficiência do Estado no combate à criminalidade.

Entretanto, o papel do direito posto é o de estabilizar as expectativas sociais, trazendo limites e balizas para a atuação estatal, a fim de salvaguardar os direitos individuais. Isto posto, o juiz deverá portar-se como mero aplicador da lei, não podendo, mesmo diante de circunstâncias que lhe despertem o sentimento de injustiça e imoralidade, dar à lei interpretação diversa (restritiva ou ampliada), mais conveniente ao seu veredicto pessoal ao caso concreto.

A inobservância das regras processuais e constitucionais abala, inevitavelmente, o (suposto) governo das leis pátrio, pressuposto do Estado de Direito brasileiro, trazendo descrédito às instituições estatais e insegurança jurídica a todos os cidadãos.

Isto posto, apesar de a prisão de um suposto criminoso, tornando-o inócuo e socialmente isolado, tranquilizar a coletividade, é evidente que a atribuição da jurisdição não é a complementar a atuação do Estado na segurança pública.

Tal pretensão de deslindar a criminalidade e de tutelar a segurança dos cidadãos através do uso banal da prisão preventiva, revela a maneira pueril com a qual muitos atuantes do direito têm pensado o mundo, e acaba por fragilizar as garantias legais dos indivíduos pertencentes ao pacto social.

patente que a prisão, seja qual for a modalidade, tendo por base a atual e sucateada realidade carcerária brasileira, promove ostensivas violações psicológicas e físicas ao recluso, que aos poucos se desagrega de sua humanidade, resultando em

[201] Atlas da Violência 2016/ disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finaliz ado.pdf/ acesso em: 04/05/2017

um cidadão disfuncional e marginalizado, que, possivelmente optará pela reiteração delitiva.

Por todo exposto, é primordial que se vislumbre o seguinte fato: o cárcere não é uma fórmula axiomática de reeducação de um delinquente. A criminalidade é um fenômeno complexo que não se remedia pelo mero isolamento.

Se é assim, outra não pode ser a conclusão senão aquela que afirme tal incidência vulgarizada e recorrente da prisão preventiva como incompatível com o texto constitucional, visto que a medida cautelar penal só se justifica enquanto guarde pertinência com a proteção do resultado útil do processo em si.[202]

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ruy da Costa. Problemática da pena. Editora Mousinho. Recife. 1958.

ARIEL DOTTI, René. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição Editora Revista dos Tribunais. 1998.

Atlas da Violência 2016/ disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violenci a_2016_finalizado.pdf/ acesso em: 04/05/2017.

BALDISSARELLA, Francine Lúcia Buffon. Teoria da prevenção especial. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9013>. Acesso em 09/03/2018;

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Presunção de Não Culpabilidade e Prisão Cautelar. CJF. Centro de Estudos Judiciários. Seminário Internacional de Combate à Impunidade. 2005. Disponível em

[202] BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Presunção de Não Culpabilidade e Prisão Cautelar. CJF. Centro de Estudos Judiciários. Seminário Internacional de Combate à Impunidade. 2005. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/combate/MarcusViniciusReisBastos.doc> Acesso em: 20/03/2018

<http://www.cjf.jus.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/combate/MarcusViniciusReisBastos.doc.> Acesso em: 20/03/2018.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 14/03/2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas, 4ª edição. Saraiva, 09/2010.

BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra, Coimbra Ed., 1967.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 18/03/2018. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16/03/2018.

BRASIL. LEP (lei 7.210 - Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 03/03/2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 07/05/2017.

CARRARA, Francesco. Programma del corso di diritto criminale. Parte Geral. Volume II. Ed. Libraria Fratelli Camemelli, Florença. 1924.

CASTRO E SOUZA, Maurício de. A Ética de Calvino Quanto ao Trabalho. Fonte: <editorarevistas.mackenzie.br/index.php/cr/article/download/2609/2944>. Acesso em 17/09/2017.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 13.

Crime in the United States. Disponível em: https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2015/crime-in-the-u.s.-2015/offenses-known-to-law-enforcement/violent-crime. Acesso em: 06/05/2017.

D. Maltz, Michael. Bridgind Gaps in Police Crime Data. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=3Gixn1mjmEQC&oi=fnd&pg=PP8&dq=+CRIME+data+MASSACHUSETTS+pdf&ots=ZvPfFfcUWk&sig=KbZHGBZjislZ-Rmuu0qUYZjgstE#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 06/05/2017

ESTEVAM, I. D; Coutinho, M. D. P. D. L & Araújo, L. F. D. (2009). Os desafios da prática socioeducativa de privação de liberdade em adolescentes em conflito com a Lei: Ressocialização ou exclusão social? Disponível em <file:///C:/Users/kukaf/Downloads/Dialnet-OsDesafiosDaPraticaSocioeducativaDePrivacaoDeLiber-5161488.pdf> Acesso em: 01.11.2017.

FÉLIX, Luciene. Um recorte da Utopia de Thomas More. 2016.Fonte http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/um-recorte-da-utopia-de-thomas-more/16309 Acesso em 17/09/2017.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Fórum brasileiro de segurança pública (FBSP)/ disponível em http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/ acesso em: 04/05/2017.

HUGHES, Everett C. Dilemmas and contradictions of status - The American Journal of Sociology. Volume 50. 1945.

IHERING, Rudolf Von. "A Luta pelo Direito"(Der Kampf um's Recht). 1872. Tradução por João Vasconcelos, São Paulo: Forense, 2006. Internacional Centre For Prison Studies – ICPS. Disponível emwww.prisonstudies.org . Acesso em: 20/05/2017.

Livro de Efésios. Bíblia Cristã Online. Disponível em <http://bibliaportugues.com/ephesians/4-28.htm>. Acesso em 17/09/2017.

Livro de Genesis. Bíblia Cristã Online. Disponível em https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/3/17-19. Acesso em 17/09/2017.

Lobosco Silva, Fábio. Gigante em ruínas: Um assombroso panorama do sistema carcerário nacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. RBCCRIM volume 123. Editora Revista Dos Tribunais LTDA. Setembro/2016 Levantamento Nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – 2014. Disponível em

<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em 11/03/2018.

Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais – CNJ – 2017
http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> Acesso em 19/03/2018.

MARINHO, Fernanda Campos. Jovens Egressos do Sistema Socioeducativo: Desafios à Ressocialização. Disponível em: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38608.pdf Acesso em 01.11.2017

MENEZES, Cristiano. Instituto Marconi. NOÇÕES DE CRIMINOLOGIA. Pg 8-9. Disponível em: http://www.academia.edu/5830920/NO%C3%87%C3%95ES_DE_CRIMINOLOGIA_Professor_Cristiano_Menezes_Instituto_Marconi Acesso em: 19/08/2017.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, 9ª edição. Saraiva, 11/2007.

NEUMAN, Elias. *Evolución de la pena privativa de liberdad y regímenes penitenciários*, Editora Pannedille, Buenos Aires, 1971. Op. Cit. Pg- 20. LadislaoThot, 'Ciência penitenciaria'. Revista de identificación y Ciencias Penales, La Plata, 1936, p. 19 et seq. Mario Puga, Los incas, Sociedad y Estado, México, 1955, p. 109, cit. Por Elías Neuman.

NUCCI, Guilherme Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 14ª edição. Forense, 01/2017.

REALE, Miguel Jr., Teoria do delito, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Reincidência Criminal no Brasil. Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica) - Pg 13. Disponível em <http://www.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf> Acesso em: 06/03/2018.

RESENDE, Roberta. Lauda Legal "Digesto de Justiniano".Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/LaudaLegal/41,MI158400,61044-Digesto+de+Justiniano>. Acesso em 15.09.2017.

Síntese de Indicadores Sociais (SIS) IBGE – 2017 – Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?&t=downloads> Acesso em: 06/03/2018; SIRVINSKAS, Luís Paulo. Introdução ao Estudo do Direito Penal, 1ª edição. Saraiva.

STAUB, Alexander F H. [1971] *Der vebrecher und sein Richter, in psychoanalyse und justiz.* Organizado por *Alexander Mitscherlich, Frankfurt a.M.*

SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. Apud FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. Criminologia Integrada. 2a ed. São Paulo: Ed. revista dos Tribunais, 2002. P.26.

VARALDA, Renato Barão. Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

Violent Crime Rate By State. Disponível em <http://www.worldatlas.com/articles/the-most-dangerous- states-in-the-u-s.html>. Acesso em: 06/05/2017.

APÊNDICE

Entrevista realizada no dia 31/08/2017 na igreja assembleia de Deus do Núcleo Bandeirante/DF.

Presentes: Rebeca Ferreira, Isabella Lopes, Ricardo Andrade e Pastor Geraldo Júnior.

REBECA: O senhor ficou quanto tempo preso?

RICARDO ANDRADE: 11 (onze) anos. 9 (nove) anos em regime fechado e 2 (dois) anos domiciliar, em casa.

REBECA: Isso aqui tudo na papuda?

RICARDO ANDRADE: Um tempo na papuda e outro em Valparaíso.

REBECA: O senhor tinha quantos anos quando foi preso?

RICARDO ANDRADE: 20 anos.

REBECA: Qual foi o crime?

RICARDO ANDRADE: Tentativa de homicídio.

REBECA: Antes do encarceramento, como que era a vida do senhor? Como o senhor se sentia em relação ao senhor mesmo? Quais eram as suas perspectivas? Grau de escolaridade?

RICARDO ANDRADE: Eu fiz até a oitava série e ali ficou. Não tinha mais aquele foco de voltar aos estudos. Pois você acaba ficando um pouco antissocial. Fica sem querer se envolver com a sociedade.

REBECA: O que levou o senhor a entrar no mundo da criminalidade? Houve outros crimes?

RICARDO ANDRADE: Foi desde a infância. Cresci em colégio interno e teve aquele convívio com pessoas que já tenham se envolvido com essa vida. Colégio interno, casa de recuperação também.

REBECA: Então o senhor já tinha ido para a casa de recuperação?

RICARDO ANDRADE: Passei com 15 anos. Não tinha crack em Brasília, era merla. Depois o crack substituiu. Ai foi uma das primeiras drogas que me afundei. Com 14 – 15 anos.

REBECA: Então o senhor começou nas drogas?

RICARDO ANDRADE: Isso.

REBECA: Entendi. O senhor tinha alguma perspectiva de vida? Isso antes do encarceramento.

RICARDO ANDRADE: Não, eu não tinha perspectiva de vida assim. Pra mim eu vivia o presente. Pra mim a qualquer momento eu podia morrer, pelo fato de como a gente vive. Todo fim de semana morre um amigo, um conhecido. A gente começa baixo. Roubando padaria, mercado, açougue, o que for. Então, a gente perde muito amigo. Tem segurança no mercado, então a gente já esperava que em qualquer momento poderia morrer. Então, se eu ganhasse ali 5 mil reais, (pensava) vamos fazer uma festa agora, comprar droga. Viver o hoje. Amanhã, a gente sai e toma

outro rumo. Isso era aos 16 anos, primeiro com roubos. Começa com mercadinhos e você vai aprendendo.

REBECA: Entendi. Então o senhor começou bem cedo e foi por conta de companhia, né? Era roubo à mão armada ou era furto na calada da noite?

RICARDO ANDRADE: Bem no início era só furto. Aí com 15 anos fui fazer meu primeiro assalto e fui preso. Aí eu fiquei meio traumatizado (risos). Aí apanhei o dia todo. Fui levado pro CAJE na asa norte. Eu passei a noite usando drogas no guará e roubei uma senhora indo pro trabalho com a bolsa e sai na bicicleta correndo. Aí os policiais me pegaram e foi o dia todo apanhando.

ISABELLA: Eu ia perguntar a motivação. Era muito por causa da droga? Por causa do consumir?

RICARDO ANDRADE: Era pra poder manter.

PASTOR GERALDO: Basicamente a desestruturação familiar. Hoje o CAJE não existe mais. Eu fazia trabalhos lá. 80% dos meninos que conversávamos ali, não têm pai ou mãe, ou então os pais estão presos. O caso do Andrade é diferente. Ele tem uma mãe.

RICARDO ANDRADE: Fui criado depois de 12 anos com ela. Eu cresci em colégio interno, com mãe de criação.

PASTOR GERALDO: Viu? A desestruturação familiar. Se você for ver, é o núcleo do problema de cada um. Por exemplo. Uma vez nós fomos ao Rio de Janeiro e eu fui na comunidade da rocinha, e lá eu conversei com o "Nem", que era o traficante dono da rocinha. Eu tive a curiosidade de perguntar porque ele entrou na vida do tráfico, e ele falou "olha, eu precisei de dinheiro para o tratamento da minha filha e o Estado e os hospitais não tinham remédio e tudo, aí eu comecei a trabalhar no tráfico, onde eu tive um dinheiro fácil. E no contexto fui apanhando dinheiro e depois não tinha como sair.". Às vezes é um miolo onde você anda, onde a pessoa convive. Lá no CAJE mesmo os meninos não tinham uma educação. É só ver, nas escolas públicas os alunos fazem o que querem. Na minha época mesmo, tenho 37

anos, a gente respeitava professor. Hoje, não se respeita mais professor. É aluno batendo no professor. Então, é uma falta de estruturação familiar e falta de os pais cobrando os filhos. Hoje os pais deixam os filhos fazerem o que quiserem [...]. Hoje eu tenho aqui na igreja o Daniel, o pai dele dava tudo pra ele. E esse dar tudo pra ele o transformou num playboyzinho mala. Querer andar com arma, querer andar na boca de fumo, usar drogas. O pai dava tudo, mas nunca tinha tempo de chegar pro filho e falar "filho, está tudo bem?". Então grande parte dos jovens rebeldes começa com a desestruturação familiar [...]

REBECA: Então o senhor (Andrade) acha que o que levou o senhor a se enveredar por esse caminho foi uma questão familiar?

RICARDO ANDRADE: Com certeza. A origem né.

ISABELLA: O senhor diria que as metas ou noções de sucesso pessoal partilhados pelo grupo, noções de valores do grupo te levaram à pratica de crimes? Ser conhecido por essas práticas. O senhor acha que essas noções de sucesso impulsionaram o senhor?

RICARDO ANDRADE: Sim. Impulsionaram. Aqui é uma comunidade né. Se alguém mata outro, vai ficar conhecido. Reconhecido como o assassino. Aí vai ter o temor.

PASTOR GERALDO: Isso aí já é outro estágio, quando a pessoa está numa vida de criminalidade. Aí ele vai criando no mundo da criminalidade aquele certo respeito.

ISABELLA: Metas paralelas à sociedade. Enquanto metas sociais, o pai quer que o filho se forme. Isso é a meta partilhada. Aqui o problema seria além da desestruturação familiar. Essas metas alternativas e o que as pessoas buscam como noção de vida, segurança e sucesso.

PASTOR GERALDO: Depois da desestruturação familiar vem a revolta. A revolta de não ter um pai. A revolta de olhar pela janela e ver uma família estruturada e você não ter. Você ver um menininho com um tênis bom e você não ter. O menino já pensa "Vou roubar. Vou ter. mamãe não pode me dar". Aí vem um traficante e vai

aliciar. Vai falar “posso te dar o tênis. Vai lá e leva a droga.”. Aí quando ele é preso ele entra para a escola do crime. Porque o cárcere você está ali preso por um roubo de celular junto com um homicida, e ele já planeja um assalto maior e assim você já participa dessa quadrilha.

RICARDO ANDRADE: É uma faculdade do crime.

REBECA: O que o senhor acha disso, nesses 9 anos que esteve lá dentro, fazendo uma breve explanação do que aprendemos na faculdade que é lindo: que a pena tem o objetivo de prevenir, punir e ressocializar?

RICARDO ANDRADE: Punir fisicamente você está sendo punido. Mas o psicológico é totalmente corrompido. Tem quem entra por Maria da penha, pois brigou com a mulher. Vai sair diferente. Coisas que ele nunca viu na vida vai ver ali. Aquele que cometeu um pequeno furto, por exemplo de uma furadeira do pedreiro vizinho. Ele vai sair da cadeia já com outra cabeça. Como assaltante. Eu entrei ali como meio criminoso. E com 6 (seis) anos eu tive o primeiro benefício, o galpão, que é pior que o presídio. Esse galpão é conhecido como quartel general do crime. Você sai pra trabalhar e volta. O que eu me deparei é que me tornei uma pessoa fria. Se tivesse uma oportunidade de assalto e eu visse duas viaturas e um guardinha armado, eu pesava que eu poderia enfrentar sozinho. Não precisava de comparsas. Voltaria com a arma e tudo. A prisão me fez pessoa fria. Isso assim, antes, porque aí veio o amor de Deus. Eu tinha perdido o amor. Você sai de lá assassino, rancoroso, sem medo de voltar pra lá de novo.

REBECA: Como era o seu dia a dia na prisão? E cela? era cheia?

RICARDO ANDRADE: Era. O máximo que eu já fiquei era com 120 (cento e vinte) pessoas. Já teve no caso de cela para 4 (quatro) pessoas e estavam 15 (quinze), 16 (dezesseis), 18 (dezoito) pessoas. Numa das últimas que eu estive, em 2013, a cela era pra 10 pessoas, mas tinham 35. Aí eu fui o último a entrar e não tinha lugar pra sentar. Cada cama tinha uns 3 homens. Tudo quanto é classe: o trombadinha, o estelionatário... tudo lá.

ISABELLA: O senhor tinha acesso a algum atendimento médico lá?

RICARDO ANDRADE: Tinha. Lá tem. Precário, mas tem.

REBECA: Alimentação, como era? O senhor tinha todas as refeições?

RICARDO ANDRADE: Café, almoço e janta. Só a qualidade que não tinha.

ISABELA: Você sentia a comida azeda as vezes?

RICARDO ANDRADE: Sentia. Várias vezes.

REBECA: Qual era o tratamento dos agentes penitenciários em relação ao senhor e aos demais presos? Era frio?

RICARDO ANDRADE: Vai da pessoa. Tem alguns que eram educados e outros não. Eu já fui varia vezes pro castigo, por tratar mal. Eu pensava "Já estou aqui. A pena do homicídio é prevista pra uns 20 (vinte) anos, a tentativa era 10 (dez) anos. Eu vou ficar uns 10 anos preso. E você quer me tratar mal?". A gente discutia. Mas nada fisicamente.

PASTOR GERALDO: Na verdade o agente prisional trabalha num lugar oprimido, pesado. O local que tem rato, barata. Ele sofrendo ameaça, ouvindo vários palavrões... então ele trabalha no vermelho, na tensão. Então o profissional que trabalha ali, se não estiver com o psicológico bem, acaba descontando a raiva. Os agentes penitenciários que estão ali, em maioria, não tem o preparo pelo Estado, curso de formação ou técnico. São pessoas que passaram no concurso público e já são lançadas sem um treinamento mais afundo. Por exemplo, os sócios-educativos que foram nomeados e um mês depois já estavam trabalhando. Mulheres sem experiência. Então tem que ser pessoas com experiência. Não só quem precisa de um emprego. Você está trabalhando em um lugar perigoso, pois ali pode ter uma rebelião e a pessoa coloca sua vida em risco. Antigamente tinham os policiais. Esses sim tinham preparo, pois tem curso de formação e tudo. Tinha um presidio lá o SIR, da papuda que era lotado com policiais civis. Até pra nós, que somos religiosos, o tratamento é diferente. São pessoas mais bem preparadas. O que falta para os agentes

mesmo é o preparo, não só psicológico, mas de todos os lados, porque queira ou não, estão trabalhando em ambiente muito pesado.

ISABELA: Você (Ricardo) diria que sentia por parte dos agentes (penitenciários) há uma interiorização desses jargões sociais como "bandido bom é bandido morto", "delinquente", "lugar de safado é na cadeia". Um cenário de revanchismo enquanto esteve lá?

RICARDO ANDRADE: Ali te ajuda a te alimentar o ódio. Eu, que fiquei 10 anos preso (sei). (É) de você sair e ver um policial e querer matá-lo. Eu nem conheço, mas vou matar ele pois fiquei 10 anos alimentando ódio. É uma bomba-relógio.

PASTOR GERALDO: Sem contar que a família dos presos, em geral, é esculachada com uma revista vexatória. Uma mãe, que tem que ficar nua e agachar. Essa revista vexatória faz com que a família já entre e diga "olha, eu fui humilhada lá em cima, fizeram isso comigo.". Eu já vi inúmeras vezes coisas acontecerem, coisas terríveis, que trazem um pânico e esse pânico é levado para o preso que está ali e traz revolta. Até pra mim, que sou religioso. Eles já chegaram pra mim e falaram "Por que é que você não vai trazer palavra pra vítimas? Por que preso tem que se lascar, tem que morrer. Não tem jeito pra eles não!". Aí eu já pegava a bíblia e mostrava outra coisa. A bíblia me fala outra coisa. Em romanos 8 (oito) diz "E conhecereis a verdade e ela vos libertará". E eu mostro para eles Ezequiel 7:23, quem construiu uma cadeia? O próprio Deus. A bíblia diz "Faze uma cadeia, porque a terra está cheia de crimes de sangue, e a cidade está cheia de violência." Mas o mesmo Deus que mandou construir uma cadeia, mandou visitar o preso. Onde ele fala: "estive preso e não foste me ver". Então a igreja tem como função visitar o preso. Na nossa igreja a minha função não e só pastorear uma igreja, e sim ir a um hospital, a uma Cracolândia, ir numa boca de fumo, ir dentro do cárcere levar a palavra para o encarcerado. Eu acredito na recuperação de um encarcerado. Eu acredito que através do poder da palavra de Deus vai sim haver uma mudança. Eu tenho aqui comigo na igreja, ele não está aqui hoje pois está no galpão, um jovem que não tem pai ou mãe, se perdeu na criminalidade, e teve os irmãos mortos. E eu sou a família dele. Ele me

chama de pai, pastor. Porque ele não tem a quem recorrer. E ele fala pra mim: "Pastor, se não fosse a tua palavra, o teu carinho, ia ter uma revolta dentro de mim. Ia ter uma vingança dentro de mim. De correr atrás de quem matou meus pais.". Mas eu mostrei a ele outro lado e disse a ele "pode contar comigo, ainda que você não tenha seu pai ou sua mãe, Jesus é seu pai e mãe.".

REBECA: O senhor leu esse versículo a respeito da prisão. Qual que é o seu pensamento sobre a prisão? O senhor acha que ela deveria ser abolida?

PASTOR GERALDO: Não. Tinha que ter. Eu não compactuo com coisa errada. Tem que ser preso mesmo, tem que pagar, tem que ficar muito tempo preso mesmo. Eu só não concordo com maus tratos com familiares. Por exemplo, eu fui o idealizador (de um projeto) aqui em Brasília. Em 2015, eu consegui implantar a senha online. Eu, uma simples pessoa, não tenho CNPJ, não sou ninguém importante. Apenas um simples pastor que ia dentro do cárcere, via as famílias ali dormindo numa fila por 24 horas antes de dar o horário da visita. Crianças, velho, debaixo de chuva. Eu filmava e olhava as crianças pequenas 3 horas da manhã numa fila e aquilo me doía. Como que o Estado não fez nada? Como o Estado não fazia nada? As pessoas abandonadas ali. Aquelas famílias. Mães pagando. Quem mais sofre não é o preso, mas a família. "Poxa! Às vezes eu não tive tempo de cuidar do meu filho. Estava trabalhando, era Diarista e agora ele aprontou e eu tenho que visitar ele. Agora tenho que tirar um dia!" e outra, a visita é durante a semana. É vergonhoso para você sair mais cedo pra quem trabalha, pra poder visitar o filho preso.

RICARDO ANDRADE: Muitos são demitidos.

PASTOR GERALDO: Quando fala que está com filho preso, as pessoas têm medo. Não querem se aproximar. Acham que vão ter algum problema. Eu consegui então, tirando fotos. Apresentei (tudo) na câmara legislativa e provoquei uma audiência pública. Ali chamaram todos os interessados da época, secretário de segurança pública, SESIP, diretores do presidio... Eu mostrei ali vídeos e fotos "olha o descaso do governo e Estado com essas famílias". Mostrei que no Goiás tem o "vaptvupt",

que é onde você entrava na internet, pegava a senha e visitava o preso na hora marcada. No DF não! Tinha que dormir numa fila, dava 8 horas da manhã, abria o portão, (as famílias) tinham que sair correndo 1-4km até o presidio. As famílias tinham que correr pra pegar uma senha e esperar tudo de novo. Graças a Deus foi implantada, através dessa audiência pública, a senha online. Hoje, você faz o cadastro na SESIP e o familiar pega a senha e você já entra no horário marcado tudo certinho. Então o que falta hoje é o Estado fazer planos. Por exemplo, botar pra trabalhar. Fica ali um monte de homem fumando cigarro, sem ter o que fazer. (Falta) colocar oficinas... A FUNAPE aqui tá muito abandonada. Não faz projetos bacanas com incentivo às empresas pra colocar esses homens pra quebrar pedra, pra arrumar carteira escolares, costurar, pra fazer alguma coisa. Se tiver empresas parceiras, com o incentivo do governo vai ajudar muito na ressocialização desses presos. Pois eles ficam o dia todo ali sem fazer nada. (Andrade acena concordando com tudo). Só ficam conversando, maquinando. Tem uns que chegam pra mim quando eu peço o currículo e falam "Eu só sei roubar, matar e destruir. Eu nunca tive uma profissão. Minha carteira de trabalho é branca.". Aí eu tenho que encaminhar para um mercado de trabalho, mas como vou fazer isso? Se ao menos tivesse ali o Estado investindo na qualificação, no estudo, colocando regras no presidio, como, por exemplo: vocês vão acordar cedo, trabalhar, farão assim... mas não. O Estado não faz. Chegando lá, tem cantina, cigarro, tem tudo ali. Eles passam o dia ali sentados, tomando sol, fazem caminhada. Tinha que botar (eles) pra fazer alguma coisa.

RICARDO ANDRADE: Já era pra cortar isso aí. O cigarro.

REBECA: Tem cigarro pra vender lá dentro?

RICARDO ANDRADE: Sim. Vende cigarro lá.

REBECA: O senhor (Andrade) se sentia indigno diante da sociedade, enquanto preso? Como o senhor se sentia em relação as pessoas fora da prisão?

RICARDO ANDRADE: Eu era um criminoso. Me sentia assim "Quando eu sair daqui terei que fazer algo. Alguém vai pagar. A sociedade vai pagar de alguma

forma, no tráfico ou no roubo.”. Não pensava em voltar pra sociedade. Eu me enquadrava como criminoso. Eu era criminoso né.

REBECA: O senhor não pensava em sair e fazer uma faculdade, por exemplo?

RICARDO ANDRADE: Não, não.

PASTOR GERALDO: Não, porque ele não tinha conhecia ninguém que o orientasse e falasse que havia uma segunda opção. A rede de amigos dele eram 155,157. Ele estava inserido naquele meio.

RICARDO ANDRADE: A mente está fechada naquilo ali.

PASTOR GERALDO: É por isso que o trabalho da igreja é fisgar e mostrar o outro caminho. “Eu quero ser seu amigo, vamos andar juntos,”. Diga-me com quem tu andas e direi quem tu és.

ISABELLA: O senhor diria que assimilou para si o rótulo de “delinquente” depois que foi preso?

RICARDO ANDRADE: Com certeza. Tem uma frase lançada no final do processo que diz “e lance o nome do réu no rol dos culpados”. Ali decretou, já era. Sou criminoso. Saindo dali, só o crime que espera.

REBECA: E o que o senhor pensa sobre a pena de prisão? O senhor acha que deve existir? Deveriam ter outras medidas? O senhor acha que resolve?

RICARDO ANDRADE: eu cometi um erro, tive que pagar. Mas que vá resolver, não.

REBECA: O senhor falou sobre todas essas questões familiares, crimes, prisão... qual foi o ponto de virada? O que é que mudou?

RICARDO ANDRADE: Jesus. Deus.

REBECA: O senhor encontrou com Jesus fora da prisão?

RICARDO ANDRADE: Não. Foi dentro da prisão.

REBECA: Quem que te falou sobre ele?

RICARDO ANDRADE: Como o pastor Geraldo, tem alguns da igreja que fazem trabalho prisional. Tanto no Goiás, quanto no DF. Tem alguns que entram lá dentro, alguns pela grade... sempre levam louvores, palavra de Deus. Eles deixavam bíblias. Eu louvo muito a Deus pois lá sempre tinham bíblias. Então, num momento em que eu não estava usando droga, fumando maconha, tomando comprimido pra dormir pra passar o tempo (*rohypnol* e outros) e (usando) cigarro, eu pegava a bíblia para ler. Aí, com 5 anos preso, já revoltado com a vida, teve uma confusão na cela. E arma lá é faca. Eu aprendi, que para me defender, tinha que arrumar uma faca. Comprar ou tirar de um ferro. Quem tem uma faca é o cara. Aí teve uma briga, eu ia matar eles ou eles me matavam. E nos 5 anos preso, os amigos já esquecem, a família também... só sobra a mãe. Então várias vezes, minha mãe entrava chorando por ter sido humilhada. Já era idosa, 60 anos. Isso me trazia revolta. Afinal, eu era filho único e trazia esse sofrimento para minha mãe. Quando foi numa dessas noites de briga, em 2007, eu comecei a falar com Deus. "Deus, eu estou cansado. Já estou há 5 anos preso.". Ali na cela tinham 16 (dezesseis) pessoas e eu fui ao banheiro, me ajoelhei e comecei a chorar, o que é algo que você não vê muito, pessoas chorando, pois o amor (dos presos) acaba e se transforma em ódio. Todos os dias eu era alimentado com (depoimentos) "eu matei tantos", "eu roubei isso". Todo dia eu acordava e no café da manhã outro (preso) contava dos testemunhos do mal. Aí nesse dia eu fui ao banheiro e comecei a chorar igual criança. Ninguém viu. Liguei a água e comecei a chorar e falando que já não aguentava mais. Naquele momento algo sobrenatural aconteceu na minha vida. Houve uma conversão na minha vida ali naquele banheiro. E eu já saí dali uma nova pessoa.

ISABELLA: Sobre esse momento de marco ao encontrar Deus e a fé. Você (Ricardo) diria que mexeu com os alicerces da identidade que você mesmo atribuía a si, de "delinquente" "criminoso", "incorrigível", de pessoa que nasceu para o crime. Você acha que isso mudou dentro de você? Você acha que a fé deu um "reset"?

RICARDO ANDRADE: Foi a fé e o sobrenatural. Às vezes a gente não consegue descrever, pois é um milagre. Não tem como explicar. Foi como, por exemplo, um morto ressuscitar.

ISABELLA: Como você explicaria essa mudança na sua identidade? O que você sentiu? Você era o que e passou a ser o que?

RICARDO ANDRADE: É como as palavras de um milagre de Jesus: da água pro vinho. Mas no meu caso foi do vinho pra água [risos]. Aí nessa mesma noite eu peguei a bíblia e Deus falou comigo. Em Isaías 49 do versículo 1 (um) ao 7 (sete): “Escutem-me, vocês, ilhas; ouçam, vocês, nações distantes: Antes de eu nascer o Senhor me chamou; desde o meu nascimento ele fez menção de meu nome. Ele fez de minha boca uma espada afiada, na sombra de sua mão ele me escondeu; ele me tornou uma flecha polida e escondeu-me na sua aljava. Ele me disse: "Você é meu servo, Israel, em quem mostrarei o meu esplendor". Mas eu disse: "Tenho me afadigado sem qualquer propósito; tenho gasto minha força em vão e para nada. Contudo, o que me é devido está na mão do Senhor, e a minha recompensa está com o meu Deus". E agora o Senhor diz, aquele que me formou no ventre para ser o seu servo para trazer de volta Jacó e reunir Israel a ele mesmo, pois sou honrado aos olhos do Senhor, e o meu Deus tem sido a minha força; ele diz: "É coisa pequena demais para você ser meu servo para restaurar as tribos de Jacó e trazer de volta aqueles de Israel que eu guardei. Também farei de você uma luz para os gentios, para que você leve a minha salvação até aos confins da terra". Assim diz o Senhor, o Redentor e o Santo de Israel, àquele que foi desprezado e detestado pela nação, ao servo de governantes: "Reis o verão e se levantarão, líderes verão e se encurvarão, por causa do Senhor, que é fiel, o Santo de Israel, que o escolheu". Aí foi como se Deus já estivesse falando comigo que me escolheu no ventre da minha mãe. Eu comecei a entender que ele sempre me protegeu. Ele colocou em mim que eu era o seu servo. Foi algo sobrenatural. Eu não sabia nada de Deus e comecei a ler a bíblia e aprender sobre ela. Nos primeiros 5 anos eu tentava fugir e ia pro castigo. Tentava fazer buraco e nunca conseguia. Aí quando eu aceitei a palavra, aceitei a fé, eles me

transferiram de cela. Aí vieram umas pessoas que eram assaltantes de banco e me convidaram para fugir com eles. Mas eu disse que não iria, pois já estava com Deus. Em 1 mês eles trouxeram umas serras e por volta das 23 (vinte e três) horas eles foram embora, deixando o buraco aberto.

ISABELLA: E você não foi?

RICARDO ANDRADE: Não fui. Todos estavam esperando eu ir. O pessoal que não acreditava em Deus me disse que acreditava que eu ia. Mas eu falei. Eu realmente me converti.

ISABELLA: Então o senhor diria que a fé te trouxe a convicção de que a sua vida sempre teve um propósito? Isso quebrou com aquilo que tinha sido atribuído a você? Te trouxe uma nova missão de vida?

RICARDO ANDRADE: Isso. De fazer uma missão e levar a palavra do Senhor. Embora eu não soubesse como fazer isso, comecei a ler a bíblia e outros livros. Aprendi aos pouquinhos como evangelizar. Eu me chamava "nego mola". Aí eu falei "nego mola morreu, agora apóstolo Andrade" [risos]. Fiquei dois meses pedindo pra ser chamado de apóstolo. É que foi um sobrenatural tão grande, que eu me comparei ao apóstolo Paulo. Até hoje sou muito fã do apostolo Paulo. Pois Deus o chamou pelo nome, "Saulo, Saulo".

REBECA: Então o senhor trocou o nome? Pois lá dentro tinha um apelido, mas após sua conversão, teve uma mudança até no nome?

RICARDO ANDRADE: É.

PASTOR GERALDO: Quando há a conversão, a primeira coisa que os meninos querem é que aquele velho nome/apelido seja enterrado e o chamem pelo nome mesmo. Ricardo Andrade. O mola morreu.

REBECA: E onde vocês (Pastor e Ricardo) se conheceram?

PASTOR GERALDO: Na realidade eu o conheci aqui na comunidade. Um traficante aqui veio e falou: "pastor, tem aqui um rapaz que eu conheço que dava

muito trabalho. E agora ele está na igreja. Eu queria que o senhor conhecesse o trabalho dele. Aí me entregou o CD dele, contando o testemunho. Aí o convidei pra vir aqui na igreja dar o testemunho dele e aí foi um grande amor.

RICARDO ANDRADE: É um mesmo ministério, né. De amar os encarcerados.

REBECA: Então o senhor (Ricardo) continua indo aos presídios para pregar?

PASTOR GERALDO: Não no DF, pois quem é ex regresso não pode entrar. Pois eles entendem que se você já foi preso ou tiver um parente preso, você vai levar alguma informação. Por isso tem poucos religiosos que fazem esse trabalho, pois há muita burocracia para entrarmos lá.

REBECA: Antes o senhor delinquia, era "inimigo da sociedade". Agora, quais as mudanças na sua vida?

RICARDO ANDRADE: Em 2013 eu saí, acabei minha pena total. Eu entrei na igreja. Falei que tinha saído no dia anterior da prisão e era obreiro lá na cadeia. Então eu já entrei num grupo de oração.

REBECA: E foi bem aceito pela igreja?

RICARDO ANDRADE: Sim! Fui bem aceito. Geralmente o pessoal da igreja tem essa visão de acreditar no milagre. Só acredita quem crer num milagre. Fisicamente você não acredita. Minha família está aos poucos acreditando. Pois cada dia que passa, eu tenho que provar pra mim mesmo e as pessoas vão vendo através dos frutos (atitudes). Eu tinha parado na oitava série. Aí me formei na escola, arrumei um emprego em uma faculdade. Tudo dentro da igreja.

[...]

RICARDO ANDRADE: Deus é tão bom que mudou até gíria, forma de falar, de andar... então nem acreditam que eu passei pela cadeia.

[...]

RICARDO ANDRADE: Uma pessoa dentro da igreja que me arrumou trabalho. Que me indicou. [...]

RICARDO ANDRADE: Teve um trabalho que o gerente reuniu os funcionários e falou sobre minha prisão. Todos o acharam louco, pois (o meu cargo) era um emprego que mexia com dinheiro. O pessoal ficou meio tenso. No decorrer do tempo, eu acabei ficando como gerente. Então passava muito dinheiro por mim. Eu acabei tendo um cargo de confiança. Mesmo diante do lugar que eu vim.

REBECA: Pastor, por que o senhor se dedica a pessoas "irrecuperáveis"?

PASTOR GERALDO: Pois a própria bíblia fala, jesus fala "estive nu e não me vestisse, estava enfermo e não visitaste, estava preso e não fostes me ver.". Aí os discípulos perguntaram "quando aconteceram essas coisas?" e ele respondeu "Se aos meus pequeninos que vocês deixaram de fazer essas coisas, deixaram de fazer comigo". O jesus que eu prego veio para salvar o que está perdido. A prostituta, o drogado, o traficante, o presidiário... Eu vivo esse evangelho de salvar aquele que está perdido, então onde que eu vou buscar almas para Cristo? Onde (elas) estiverem. Numa boca de fumo, no cárcere...

[...]

PASTOR GERALDO: Meu culto é dentro do pátio. Eu me misturo com os presos. Coloco uma roupa toda branca pra poder entrar e levar a palavra. O que me motiva é fazer o ide de Cristo. Levar a palavra do Senhor. Em João 8:32 diz "e conhecereis a verdade e ela vos libertará". Eu tenho um número (médio) que a cada 10 presidiários, pra 3 nós conseguimos mostrar um novo caminho. E a minha maior alegria é poder ver homens que outrora roubavam, traficavam, aprontavam, hoje casados e direitos. Ele (Ricardo) está casado, está com a vida estruturada. Eu estou dando a minha contribuição. Outros homens que chegam para mim e falam "Poxa pastor, obrigado por acreditar em mim". Isso aí é meu maior prazer: ajudar.

REBECA: E o senhor tem medo?

PASTOR GERALDO: Não. Pois quando você aceita jesus verdadeiramente a bíblia diz que não cai uma folha (de uma árvore) que não seja da permissão de Deus. Então eu não tenho medo. Na verdade, eles que têm medo de mim. Não porque eu sou brabo ou alguma coisa, mas eles têm medo pelo que está dentro de mim, que é o Espirito Santo. Quando você tem uma certeza do Deus que você serve, você pode fazer coisas que nem imagina. Hoje eu vou a uma boca de fumo e prego a palavra e todos ali me respeitam. Não porque eu sou o pastor, mas porque eles me veem como um homem de Deus. Quando você é um cristão verdadeiro, você pode entrar em qualquer lugar, seja lá qual for, pois você sabe que o Deus que você serve é maior que qualquer um que ali está. E se Deus me chamou, ele é comigo. Eu nunca tive medo. Já participei de rebelião, 18 mortos, 3 decapitados. O secretário de segurança perguntou pra mim qual era o curso de segurança que eu tinha. Eu falei que aquele que está comigo é maior que aquele que está com eles. Então, eu sei em quem eu tenho crido. Sei quem é o Deus que eu sirvo. E outra que no presidio o pastor, padre, seja lá o religioso que for, que vai levar a palavra de Deus é respeitado. Não é isso Andrade?

RICARDO ANDRADE: Há uma conduta de não ter nem briga no dia de culto religioso.

PASTOR GERALDO: Até se estiver sem camisa, eles colocam. Se falam palavrão, no dia eles não falam. Isso pois há um código de ética lá dentro. “O pastor chegou”. Então eles respeitam muito. Pois se não respeitarem, depois são castigados entre eles com surra ou até com more, pois desrespeitaram um homem de Deus.

Ciências Criminais

FALSAS MEMÓRIAS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

Jackyen Rambel Oliveira da Silva

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade discutir as falsas memórias no âmbito do processo penal e os riscos que este fenômeno apresenta para o deslinde do processo. As falsas memórias podem decorrer tanto na oitiva da vítima quanto no depoimento da testemunha, uma vez que surge a partir de recordações e memórias de fatos que muitas vezes podem não ter ocorrido. A prova testemunhal e o depoimento da vítima, podem estar longe da veracidade dos fatos, isso porque podem estar contaminadas com sugestionabilidades alheias a sua vontade, não podendo ser considerada erro, mentira ou falso testemunho. Foi adotada a metodologia de pesquisas através de livros específicos que relatam as falsas memórias, sites, jurisprudências, livros e revistas. A análise do tema permitiu identificar a falibilidade da memória, bem como o dano que pode causar ao processo caso o fenômeno esteja presente, uma vez que a memória humana é complexa o suficiente para gerar elementos de convicção que na verdade nunca existiram, podendo ser contaminada a qualquer momento. Por este motivo, será abordado no presente estudo casos que apresentam este fenômeno e o passo inicial para o controle deste problema nos depoimentos.

Palavras-chave: Prova testemunhal. Falsas Memórias. Depoimento sem dano.

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo abordar o fenômeno das falsas memórias no âmbito do processo penal, tanto no contexto da prova testemunhal, quanto no depoimento de vítimas, tendo em vista que as vítimas, bem como as testemunhas, utilizam a sua memória para relatar os acontecimentos, valendo-se de

suas lembranças em relação ao fato, dessa forma, ocorre a reconstrução do fato a partir da memória.

O tema é importante porque expõe estudos quanto à formação das falsas memórias, apresentando os danos que podem ser causados caso o depoimento ou testemunho esteja infestado com as falsas memórias, observado casos que foram constatados a presença de falsas memórias, no âmbito internacional e nacional.

No primeiro capítulo, será abordada a prova no processo penal, expondo o seu conceito, espécies, características, objetivos, princípios gerais, sistema de avaliação, sistemas processuais e os meios de prova. A partir do tópico sobre os meios de prova, será abordado com mais ênfase a prova testemunhal, que tem sido a espécie de prova mais utilizada no âmbito processual, por este motivo, torna-se um ponto importante no estudo, tendo em vista o seu valor probatório, a influência que exerce na decisão do juiz e os danos que podem decorrer caso o testemunho tenha sido sujeito a alguma forma de sugestionabilidade, essas questões abriram as portas para o estudo científico das falsas no processo penal.

No segundo capítulo, em razão da falibilidade da memória humana, de forma imprescindível, será destacado o fenômeno das falsas memórias, suas características, evolução histórica e como são formadas, uma vez que inúmeros fatores comprometem a memória, podendo ser contaminada por questionamento tendenciosos e sugestivos.

As falsas memórias, infelizmente, são bastante semelhantes à memória verdadeira, uma vez que a vítima ou testemunha, acredita fielmente no que está relatando, entretanto, na realidade, não ocorreu. Essas recordações não podem ser entendidas como mentira, erro ou falso testemunho, pois para a testemunha, é a mais pura verdade. Ocorre que pode ter ocorrido a sugestionabilidade em seu testemunho, de forma externa (por outras pessoas) ou de forma interna (por seu inconsciente).

Conforme observado no tópico do efeito das falsas memórias no processo penal, será apreciado o caso ocorrido nos Estados Unidos com a Norte-Americana

Beth Rutherford, que denunciou o seu pai por estupro após realizar sessões de terapia que a levaram a crer que o crime havia sido cometido.

Neste cenário, será abordado também o caso ocorrido no Brasil em 1994, conhecido como escola base em São Paulo, que gerou uma denúncia contra a escola por supostas orgias sexuais realizadas entre os responsáveis pela escola, corpo discente e o corpo docente, com base em relatos de uma criança de 04 anos.

Neste seguimento, há o caso de uma criança que relatou ter sido estuprada diversas vezes, entretanto, após exames médicos a virgindade da criança foi constatada, sendo que o depoimento da criança estava recheado de detalhes bem imaginários, implantados após sugestionabilidades externas decorrentes do seu convívio familiar.

Para tanto, no último tópico do presente estudo, será abordada a nova Lei nº 13.431/17, que tem por finalidade proporcionar um depoimento sem dano, que consiste na aplicação de uma metodologia diferenciada de escuta de crianças e adolescentes na Justiça, em um ambiente reservado e que seja mais adequado ao seu universo. O testemunho é colhido por um profissional especializados, em um ambiente lúdico e sem interrupções, deixando a criança livre para relatar qualquer fato. A conversa é gravada e assistida ao vivo na sala de audiência pelo juiz e demais partes do processo, como procuradores e advogados da defesa, por exemplo. A criança tem ciência de que está sendo gravada, informação que é transmitida de acordo com a sua capacidade de compreensão.

2 PROVA NO PROCESSO PENAL

Neste capitulo será tratada a prova no processo penal, abordando o seu conceito, objeto, princípios, sistema de avaliação, sistemas processuais e os meios de prova, com a devida ênfase na prova testemunhal, com a finalidade de estabelecer entendimentos a respeito do que é considerada prova no nosso ordenamento jurídico, podendo assim, permitir uma compreensão mais clara sobre a validade dos meios de prova utilizados durante a aplicação da lei penal.

2.1 Conceito

A palavra prova origina-se do latim -probatio-, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar -probare-, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar[1], forma na qual poderá ser demonstrado a veracidade das alegações.

Neste sentido, a prova no processo penal tem por finalidade o convencimento do magistrado, visando demonstrar a exatidão das informações apresentadas no processo, sobre a análise do devido processo legal. Com isso, "pode-se dizer, assim, que a prova tem por finalidade permitir que o julgador conheça os fatos sobre os quais fará incidir o direito".[2]

Portanto, conforme o art. 155 do Código de Processo Penal:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.[3]

Por este motivo, a busca pela verdade dos fatos é estritamente necessária, uma vez que a decisão será fundamentada com base nos fatos e provas apresentadas, portanto, devem demonstrar a realidade dos fatos, para que assim o seu veredito seja justo.

A prova demonstra a realidade de forma lógica, uma vez que os instrumentos legalmente previstos utilizados para a obtenção da prova, buscam gerar, no espírito

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.
[2] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[3] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

do julgador, a veracidade dos fatos alegado e, por consequência, acaba formando a sua convicção quanto ao que é real ou não.[4]

Portanto, a prova junto aos outros meios de prova, de certa forma, pode oferecer uma certeza processual, a qual encara-se com uma certa dose de relativismo, pois está repleta de conteúdo histórico, que tem por objetivo auxiliar o juiz durante o processo.[5]

2.2 Objeto

O objeto da prova são as alegações, fatos e circunstâncias referentes ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser apresentados perante ao juiz para o devido deslinde do processo.[6]

Portanto, os fatos alegados pelas partes, são merecedores de demonstração, ou seja, de adequação à realidade. Em regra, não se faz prova de preceitos legais, pois se deve presumir o conhecimento do magistrado.[7]

O juiz deve adquirir o conhecimento necessário para que assim resolva o litígio, logo, torna-se o objeto da prova, que abrange não somente o fato delituoso, mas também, todas as circunstâncias subjetivas e objetivas que influenciam a responsabilidade penal e a fixação da pena, bem como a imposição de medida de segurança.[8]

Neste sentido, para Lima:

> "Costuma-se dizer que o objeto da prova são os fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial. A nosso ver, contudo, o objeto da prova

[4] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.
[5] CASTRO, V.L; NASCIMENTO M. E. P. **As provas no processo penal**. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14733>. Acesso em: 06 mar. 2018
[6] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. Saraiva, 2011, p. 344.
[7] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.
[8] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 237.

> não são os fatos, pois jamais será possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu. Na verdade, o objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. São as asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação judicial".[9]

Desta forma, não serão objeto de prova os fatos notórios (conhecimento público geral), os fatos axiomáticos (verdades axiomáticas do mundo do conhecimento), os fatos inúteis (aqueles que não interessam à decisão da causa, sejam eles verdadeiros ou falsos) e as presunções legais (afirmação feita pela lei de que um fato é existente ou verdadeiro, independente de prova).[10]

A finalidade da prova é tentar ao máximo demonstrar com veracidade os fatos alegados, para que assim seja instaurada uma verdade processual, tendo em vista que no direito penal rege o princípio da intervenção mínima, sendo a sanção penal a última opção a ser adotada.

Dessa forma, resta evidente que o objetivo principal da prova no processo penal é convencer o juiz acerca da veracidade dos fatos alegados, para que assim possa haver um veredicto fundamentado da sua decisão sobre a relação jurídica processual discutida.

2.3 Princípios Gerais Da Prova

Serão abordados os princípios gerais da prova no processo penal, que visam introduzir de forma ética e moral as condutas a serem adotadas no procedimento probatório, tendo em vista que os tipos penais surgem de acordo com a proibição de comportamentos que de certa forma lesionem ou exponham a perigo o bem jurídico.[11]

Neste sentido, conforme pontua Tavares:

---

[9] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 582.
[10] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 583.
[11] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (Arts. 1º ao 120). 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 75.

> "A referência a valores concretos não significa identificar o bem jurídico com o objeto material (objeto da ação). O bem jurídico pode ser tanto aspectos materiais quanto ideais, o que não desnatura seu conteúdo concreto. Ao legislador impõe-se que tenha sempre em mente esse caráter concreto, como critério vinculante da seleção de crimes, isto porque a identificação do bem jurídico só se torna possível quando conferido na relação social em que se manifesta. Aí é que entra o conceito moderno de bem jurídico, como delimitação à tarefa de identificação dos dados reais que o compõem, como fato natural, bem como orientação para a sua criação pelo Direito. O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico de valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social".[12]

Entre os princípios há o princípio da comunhão das provas, que esclarecer que a partir do momento em que são produzidas, deixam a pertencer a qualquer das partes que a introduziram no processo, da mesma maneira, as provas introduzidas não pertencem exclusivamente ao juiz, não sendo, portanto, invocável somente pela parte que a produziu. Neste sentido, poderá ser utilizada por qualquer das partes.[13]

Quanto ao princípio da autorresponsabilidade das partes, trata-se simplesmente das consequências assumidas pelas partes por sua atividade ou inatividade probatória, podendo ser invertido ao ônus da prova.

Em relação ao princípio da oralidade, a finalidade é dar prioridade a fala ao invés da palavra escrita, sem que essa perca sua importância, ou seja, excluída. Derivando deste princípio, o princípio da concentração e o princípio do imeatismo.

Ademais, no âmbito processual penal, é adotada a mais ampla liberdade probatória, seja quanto ao momento ou tema da prova, seja quanto aos meios de prova que podem ser utilizados. Considerando os princípios da busca da verdade e da liberdade probatória".[14]

---

[12] TAVARES, Juarez, 2003 apud CUNHA, Rogério Sanches, 2017, p. 75.
[13] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 637
[14] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 637

Insta ressaltar também o Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, princípio respaldado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, que dispõe: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".[15]

Neste pensamento, pontua Rangel:

> "A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato e, consequentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição, já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados)"[16]

No que se refere ao princípio do livre convencimento motivado, previsto no ordenamento jurídico, permite ao juiz que forme livremente sua convicção com base nas provas produzidas em contraditório judicial, não devendo levar apenas em consideração as informações trazidas no inquérito, por isso, é necessário à sua fundamentação em relação à sua decisão.

Neste sentido, Menezes Direito dispõe que:

> "Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova"[17]

---

[15] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 198**8. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

[16] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 345

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus. RHC 91.691/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523349>. Acesso em: 05 abr. 2008

Por sua vez, há também o sistema da livre convicção, que concentra a força da avaliação na figura do juiz, permitindo a livre valoração ou a íntima convicção do magistrado, tornando-se assim um método mais flexível[18]. Por outro lado, não quer dizer que a livre apreciação da prova significa a formação de uma livre convicção, uma vez que a convicção do julgador deve basear-se nas provas coletadas, pois a análise e a significância do conjunto probatório são desprendidas de freios e limites subjetivamente impostos. Portanto, o juiz possui liberdade para examinar e atribuir valores às provas, mas está atrelado a elas quanto à construção do seu convencimento em relação ao deslinde da causa. E, por isso, é imprescindível que o juiz fundamente a sua decisão, expondo as razões pelas quais chegou ao veredicto absolutório ou condenatório.[19]

Por conseguinte, tendo em vista a necessidade de demonstração da veracidade dos fatos apresentados ao processo, é na fase instrutória que serão apurados quais fatos são reais ou falsos, para que dessa forma seja produzido o convencimento do juiz em relação à verdade processual, portanto, "essa demonstração a respeito da veracidade ou falsidade da imputação, que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a prova"[20]

Entretanto, apesar da busca pela verdade real, "verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão"[21]

2.4 Sistema de avaliação

A finalidade das provas é o convencimento do julgador, sendo composto por inúmeros fatores e elementos, que, individualmente considerados, serão considerados para o veredicto. Portanto, é natural estimar-se um valor a cada uma

[18] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27
[19] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.
[20] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 453
[21] LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 576

delas, de modo a equilibrar as mais importantes em detrimento das menos relevantes. Por outro lado, há métodos para a ponderação desse equilíbrio, valendo-se o juiz de recursos totalmente flexíveis, parcialmente vinculados e completamente adstritos.[22]

O sistema de avaliação da prova divide-se em três sistemas, dentre eles o sistema da íntima convicção do magistrado, que também é conhecido como sistema da certeza moral do juiz ou da livre convicção, sendo o juiz livre para apreciar as provas e valorar conforme a sua percepção, inclusive aquelas que não se encontram nos autos, não sendo obrigado a fundamentar seu convencimento. Dessa forma, o sistema permite ao magistrado que avalie a prova com ampla liberdade, decidindo ao final do processo de modo a aplicar o direito objetivo de acordo com sua livre convicção, não estando obrigado a fundamentar sua conclusão, portanto, em tese, o juiz poderá julgar com base na prova dos autos, sem a prova dos autos, e até mesmo contra a prova dos autos"[23]

Há também o sistema da prova legal, que conforme é o método mais limitado, ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. Nesta época, era possível considerar nula a força probatória de um único testemunho. No mais, ainda há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exige determinada forma para a produção de alguma prova"[24]

Por fim, mas não menos importante, o sistema adotado no nosso ordenamento jurídico, o sistema do convencimento motivado (persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova), que demonstra a ampla liberdade do magistrado quando trata-se de valoração das provas constantes dos autos, que legal e

[22] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27

[23] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 603.

[24] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

abstratamente, possuem o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar a sua decisão[25], pois, "lhe permite avaliar o conjunto probatório em sua magnitude e extrair da prova a sua essência, transcendendo ao formalismo castrador do sistema da certeza legal. Não existe hierarquia entre as provas, cabendo ao juiz imprimir na decisão o grau de importância das provas produzidas"[26]

Neste sentido, pode-se dizer que a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas sim, que precisa antes de sua decisão analisar todas as possibilidades de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável[27].

2.5 Sistemas processuais penais

Neste tópico serão abordados os sistemas processuais penais e suas principais características, tratando sobre o modelo adotado no ordenamento jurídico.

O estudo dos sistemas processuais penais na atualidade deve garantir a imparcialidade do julgador, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo legal, tudo isso à luz da Constituição. Os sistemas processuais asseguram a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo que o acusado seja tratado dignamente e com respeito, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal".[28]

2.5.1 Sistema acusatório

O sistema acusatório é o modelo no qual separa as funções de acusar, defender e julgar, "caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se

[25] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2015, p. 605
[26] TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Bahia: JusPODIVM, 2009, p. 329
[27] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 249.
[28] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27.

acusação e defesa em igualdade de condições e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial".[29]

Tradicionalmente, como principais características do processo acusatório, encontramos a oralidade e a publicidade, nele se aplicando o princípio da presunção de inocência. Portanto, em regra, o acusado deveria permanecer solto durante o processo. Dessa forma, em diversas etapas do Direito Romano, o sistema acusatório foi escrito e sigiloso.[30]

Neste sentido, Tourinho Filho expõe os seguintes conceitos:

> "No processo penal acusatório, que campeou na Índia, entre os atenienses e entre os romanos, notadamente durante o período republicano, e que, presentemente, com as alterações ditadas pela evolução, vigora em muitas legislações, inclusive na nossa, existem, como traços profundamente marcantes: a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadoras e acusada em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (ne procedat judex ex officio); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois 'non debet licere actori, quod reo non permittitu'; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.
>
> A defesa e o contraditório em qualquer processo judicial significam o equilíbrio de armas entre as partes e, além de direito fundamental da pessoa, representam a garantia da imparcialidade da magistratura e o controle externo de seus atos"[31]

Em relação à iniciativa probatória, o juiz não pode determinar de ofício a produção de provas, tendo em vista que cabe as partes apresentá-las, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado, preservando assim a sua imparcialidade.

---

[29] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 114.
[30] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Editora JusPODIVM, 2015, p. 40
[31] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 34.

Por isso, sob o ponto de vista probatório, espera-se que o juiz adote uma posição de imparcialidade quanto à reconstrução dos fatos. Ainda que se admita que o juiz tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes.[32]

Neste sentido, constata Lopes:

> "O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantia da imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos) e efetivação do contraditório. A posição do julgador é fundada no ne procedat iudez e officio, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz".[33]

Portanto, o sistema acusatório conforme observado garante ao acusado o direito ao contraditório e ampla defesa, permitindo a imparcialidade do juiz ao pronunciar o seu veredicto.

2.5.2 Sistema inquisitório

O sistema inquisitorial, tem como principal característica o fato de que apenas uma pessoa (juiz inquisidor) assume o papel de acusar, defender e julgar. Entretanto, essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente sua imparcialidade. Portanto, há um nítido conflito entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado

[32] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Editora JusPODIVM, 2015, p. 40.
[33] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27.

psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento.[34]

Neste sentido, o sistema inquisitório torna-se incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresentando inúmeras imperfeições. Tendo em vista que são poucas as garantias de imparcialidade e objetivamente por serem psicologicamente incompatíveis.[35]

Em razão da concentração de poder nas mãos do juiz, não há no sistema inquisitório o contraditório, o qual não seria possível, em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa.[36]

Isto posto, corrobora Giacomolli:

> "Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos.
>
> O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura dos acusados e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatório, seja durante a instrução processual".[37]

Desta forma, a evidente diferença entre o sistema inquisitorial e o sistema acusatório é a posição dos sujeitos processuais (função de acusar, defender e julgar) e a gestão da prova. Em relação ao modelo acusatório, este reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo tão somente às partes a produção das provas, sempre observado os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais.[38]

---

[34] LIMA, Renato Brasileiro**. Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 40.
[35] MARQUES, Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 70.
[36] LIMA, Renato Brasileiro**. Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 40.
[37] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 90
[38] LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 40.

2.5.3 Sistema misto

O sistema misto nasceu com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória.[39]

Neste sentido, é entendido que o sistema brasileiro adota o sistema misto, conforme dispõe Lima:

> "Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório".[40]

No mais, conforme entendimento de grande parte da doutrina, o processo penal brasileiro ainda é classificado como um sistema misto, ou seja, inquisitório na primeira fase (inquérito) e acusatório na fase processual.[41]

2.6 Meios de prova

Os meios de prova no processo penal, dividem-se basicamente de duas formas: provas diretas (as que se unem, sem qualquer intermediário, ao fato objetivado) e provas indiretas (as que necessitam de interposto fator, elemento ou situação para atingir o fato almejado), assim no "processo penal, admitem-se as provas diretas e as indiretas para qualquer fim: condenar ou absolver".[42]

Dentre os meios de prova, podemos contar com o interrogatório (previsto nos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal), que é a prática na qual o acusado é

[39] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27
[40] LIMA, Renato Brasileiro**. Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 40.
[41] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27
[42] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 34

ouvido sobre a imputação a ele dirigida, sendo tanto meio de prova quanto meio de defesa. Caso admitido como meio de prova, o juiz perguntará ao acusado livremente, respeitando os princípios gerais.[43]

Há também a confissão (prevista nos arts. 197 a 200 do Código de Processo Penal), "no âmbito do processo penal, pode ser traduzida como a declaração voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia".[44]

Neste sentido, está presente as declarações do ofendido (previsto no art. 201 do Código de Processo Penal), sendo a oitiva do ofendido realizada sempre que possível, pois com suas declarações poderão ser acrescentadas informações importantes ao processo quanto às circunstâncias da infração, conhecimento sobre a autoria do fato e as provas que podem ser acostadas ao processo para convicção do magistrado, sendo questionado sobre o próprio crime, com todas as circunstâncias e determinantes; depois, sobre a quem atribui a autoria e, por fim, sobre as provas que possa indicar, cabendo ao juiz determinar a sua produção, por meio de diligências, caso entenda necessário.[45]

Neste seguimento, existe a perícia (prevista nos arts. 158 a 185 do Código de Processo Penal), que é o exame realizado por profissional com conhecimentos técnicos, a fim de auxiliar o magistrado na formação da sua convicção. A sua principal característica é a formulação de um juízo de valor, um julgamento técnico, ou a avaliação de um fato, elementos que importam na afirmativa de que, indiscutivelmente, tem o seu conteúdo subjetivo, o que contraria todas as outras provas, pois estas são apenas objetivas.[46]

---

[43] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 97

[44] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113

[45] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 149

[46] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 192.

Sendo também meio de prova os indícios (previsto no art. 239 do Código de Processo Penal), que conforme a definição legal, é toda circunstância conhecida e provada, no qual, mediante indução lógica, conclui-se a existência um fato. Entretanto, é necessário expor as consequências possíveis quando há irregularidades no momento de sua produção. Pois, "eventuais vícios quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual[47]", considerando que o meio de prova é a forma na qual os elementos são introduzidos no processo, vale ressaltar que poderá ser considerada inadmissível no processo caso viole as regras para a sua obtenção, sendo amparado pela Constituição Federal em seu Art. 5º, LVI.

Neste sentido, o Art. 157 do Código de Processo Penal, allude que: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".[48]

Posto isto, conforme dispõe NUCCI:

> "Os meios ilícitos abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito".[49]

Contudo, há possibilidade de exceção quando se trata do conflito entre a prova ilícita e a inocência do réu. Neste único caso, continua a ser utilizado o critério da proporcionalidade, devendo, se necessário, utilizar a prova ilícita para garantir a absolvição do acusado, independentemente das medidas que possam ser tomadas contra a parte que obteve a prova ilícita.[50]

---

[47] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 578.

[48] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

[49] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2008, p. 389, 390

[50] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 50.

Elencado como meio de prova, há o reconhecimento de pessoas e coisas (previsto nos arts. 226 a 228 do Código de Processo Penal), é meio processual de prova, sendo acima de tudo formal "pelo qual alguém é chamado para verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa que lhe é mostrada com outra que viu no passado".[51]

A acareação (prevista nos arts. 229 a 230 do Código de Processo Penal), "consiste no ato processual de natureza probatória e pelo qual duas ou mais pessoas são colocadas em confronto, frente a frente, para que elucidem pontos controvertidos de seus depoimentos e de natureza relevante para solução da causa".[52]

Os documentos (previsto nos arts. 231 a 238 do Código de Processo Penal). "Pode-se defini-lo, assim, como toda a peça escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de relevância jurídica".[53]

E por último, as testemunhas (previstas nos arts. 202 a 225 do Código de Processo Penal), que são pessoas alheias à relação jurídica processual, que de forma conhecida podem narrar fatos novos ao processo. Em razão de ser o tema principal do presente estudo, merece abordagem em tópico separado.

2.6.1 Prova testemunhal

Este tópico é o ponto chave para entendimento do tema abordado, tendo em vista que é a partir dele ocorre o fenômeno das falsas memórias em relação ao lapso temporal entre o fato e o testemunho.

A prova testemunhal está prevista em nosso ordenamento jurídico através dos arts. 202 a 225 do Código de Processo Penal, por sua vez, a definição da prova

[51] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 231.
[52] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 231.
[53] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 706.

testemunhal é a comunicação oral de pessoas alheias à relação processual que presenciaram o fato discutido judicialmente, dessa forma, "testemunha é a pessoa que toma conhecimento de um fato juridicamente relevante, sendo apta a confirmar a veracidade do ocorrido, sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade".[54]

Dessa forma, o testemunho ocorrerá na presença da autoridade judiciária, sendo que as perguntas serão formuladas entre as partes, podendo o juiz, realizar questionamentos acerca de suas dúvidas ou lacunas que tenham ficado após os testemunhos, a fim de impedir as incertezas e como forma de complementação do depoimento.

Neste sentido, conforme o Código de Processo Penal: "o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito".[55]

Entretanto, deve-se observar que a prova testemunhal é um meio de prova frágil, que pode sofrer influências externas e prejudicar o processo. Pois, tanto o acusado quando o ofendido irá procurar narrar os fatos da sua maneira, e, assim, suas declarações devem ser aceitas com reservas. Portanto, nenhuma testemunha, nem culta, nem analfabeta, irá escapar das influências dos fatores circunstanciais ou das motivações pessoais. Sendo, sem exceção, movida por simpatias ou antipatias, interesses econômicos ou afetivos e ainda impulsionada por complexos que têm origem em sua infância"[56]

Conforme dispõe ROQUE:

> "As perguntas formuladas, seja pelo magistrado, pela acusação ou defesa, por si, já configuram elementos causadores de nervosismo no depoente, pelo simples fato de ser questionado. Além disso, sabe-se que, muitas vezes, a forma de realização das perguntas se dá em tom interrogador, quando não acusador, procurando a Defesa, em nome da tutela dos

[54] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 187

[55] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018

[56] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 275, 277.

> interesses do réu, fazer com que a vítima, depoente, caia em contradição ou não se mostre tão firme".[57]

Portanto, "a prova testemunhal, embora seja a mais comum no âmbito do processo penal, é a mais falha das provas, mesmo quando a testemunha demonstre a maior correção e seriedade possível".[58]

Em razão da sua credibilidade, a prova testemunhal não pode ter um peso tão grande em um processo, sendo que não muitas vezes o testemunho é falho, não necessariamente por intenção de quem o presta, mas também por situações alheias a sua vontade.

Neste sentido corrobora Seger:

> "Seja por ser integralmente subjetiva, seja por ser facilmente manipulável, a prova testemunhal tem natureza extremamente frágil, sendo o que melhor caracteriza as lembranças a que alude o relato testemunhal a sua particularidade porosa e permeável, haja vista que delas podem fugir, com certa facilidade, imagens e informações, bem como podem surgir os mesmos elementos, de uma origem incerta, para se correlacionar com os fatos (ou objetos) percebidos no momento em que esteve a testemunha diante da cena de um – suposto – crime".[59]

Cabe ressaltar ainda que a prova testemunhal é de indiscutível valor probatório, entretanto, deve-se ter noção de que a mente humana é incapaz de reproduz fielmente um acontecimento ou um fato pretérito. Portanto, é comum que durante o depoimento, momento diante da solenidade do ato e com a presença das autoridades do poder judiciário, o nervosismo tome conta da testemunha, o que

---

[57] ROQUE, Emy Karla Yamamoto. **A Justiça Frente ao Abuso Sexual Infantil:** Análise Crítica ao Depoimento Sem Dano e Métodos Alternativos Correlatos. 2010. 151 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. p. 70. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6986/DMPPJ%20-%20EMY%20KARLA%20YAMAMOTO%20ROQUE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 mar. 2018

[58] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 157.

[59] SEGER, Mariana da Fonseca. **Prova Testemunhal e Processo Penal:** A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. 2012. 23 p. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2012. p. 4,5. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

facilita sobremaneira a imprecisão de informações. Desta forma o magistrado deve ter muito cuidado na apreciação da prova para discernir entre pequenas indiferenças do depoimento, fruto do nervosismo natural do ato, indiferenças que comprometam seu valor probatório".[60]

Por sua vez, insta ressaltar a fragilidade da mente humana, tanto em razão do tempo, quanto em relação a influência emocional sobre as lembranças dos fatos narrados, neste sentido Nucci dispõe que:

> "É essencial que o magistrado tome as cautelas devidas para interpretar e valorar um depoimento, conferindo-lhe ou não credibilidade, crendo tratar-se de uma narração verdadeira ou falsa, enfim, analisando-o com precisão. Pode dar-se a situação do fato-objeto do testemunho não ser memorável, razão pela qual a pessoa que o presenciou, no contexto da memória naturalmente seletiva que possui o ser humano, afaste-o, relegando-o a um segundo plano. Por isso, nem sempre a testemunha que vacila ao responder às indagações feitas pelo juiz, omitindo situações relevantes, está agindo de má-fé. Por outro lado, em se tratando de fato digno de registro na memória, é possível que a testemunha esteja sendo fiel e sincera ao narrá-lo, embora entre em contradição e ofereça respostas desconexas. Não está mentindo, mas realmente não se recorda, por variadas razões, do que houve".[61]

No entanto, em razão da influência direta existente entre o transcurso do tempo, a memória e a possibilidade de contaminação da prova penal, a decorrência inevitável é de que a duração do intervalo de tempo entre o fato delituoso e as declarações das vítimas e das testemunhas é diretamente proporcional à possibilidade de haver esquecimentos e/ou influências externas na memória do depoente.[62]

---

[60] NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 413.

[61] NUCCI, Guilherme de Souza. **A credibilidade da prova testemunhal no processo penal**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14901,71043-A+credibilidade+da+prova+testemunhal+no+processo+penal>. Acesso em: 07 nov. 17.

[62] SEGER, Mariana da Fonseca. **Prova Testemunhal e Processo Penal:** A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. 2012. 23 p. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2012. p. 11. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018

Nessa perspectiva, diante das diversas falhas que a prova testemunhal pode acostar ao processo, não faz sentido a condenação com base unicamente nestes depoimentos, "mesmo porque uma condenação é um verdadeiro estigma, atingindo a honra e a estima da pessoa".[63]

Portanto, "em sendo a testemunha o principal meio de prova, pelo menos duas questões devem ser suscitadas. A primeira delas diz respeito a objetividade do depoimento e a segunda à forma com que é colhida no processo penal brasileiro".[64]

2.6.1.1 Definição

A palavra "testemunha" vem de testibus, que significa dar fé da veracidade de um fato. Testemunha é toda pessoa que presencia um determinado fato, ou dele tem conhecimento, e é chamada a juízo a fim de depor desinteressadamente sobre o que souber a seu respeito.[65]

Neste sentido, a palavra testemunha, "designa-se o indivíduo chamado a depor segundo sua experiência pessoal, sobre a natureza e a existência de um fato".[66]

Nesta perspectiva, está previsto no artigo 203 do Código de Processo Penal que:

> "A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade".[67]

---

[63] TOURINHO FILHO, Francisco da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 599

[64] DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 72

[65] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13

[66] MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 231

[67] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018

Em outro sentido, demonstra que a testemunha deverá narrar acerca dos fatos de forma sincera e verdadeira, correndo o risco de responder pelo crime de falso testemunho caso não discorra com veracidade.

Portanto, cabe ressaltar que a parte deverá prestar compromisso ou juramento de dizer a verdade. É exatamente a fórmula encontrada pela lei para estabelecer a diferença entre testemunha (pessoa obrigada a narrar a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho) e outros declarantes, que podem prestar informações ao juiz, embora sem o dever de narrar fielmente a verdade (compromisso).[68]

Entretanto, se faz necessário estabelecer que, conforme Lopes Jr:

> "Na sistemática do Código de Processo Penal, vítima (ofendido) não é considerada testemunha, tanto que merece tratamento diferenciado. A vítima não presta compromisso de dizer a verdade e tampouco pode ser responsabilizada pelo delito de falso testemunho (mas sim pelo crime de denunciação caluniosa, artigo 339 do Código Penal, conforme o caso). Também não é computada no limite numérico de testemunhas, de modo que, se estivermos diante de um delito apenado com detenção, poderão ser arroladas (como regra) até cinco testemunhas pela acusação e igual quantidade pela defesa. A vítima não pode negar-se a comparecer para depor, sob pena de condução (inclusive na fase policial). [...] Tampouco pode invocar "direito de silêncio", pois essa é uma garantia que apenas o imputado possui. [...] O ponto mais problemático é, sem dúvida, o valor probatório da palavra da vítima. Deve-se considerar, inicialmente, que a vítima está contaminada pelo "caso penal", pois dele fez parte. [...] Logo, apenas a palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório [...]. No entanto, a jurisprudência brasileira tem feito duas ressalvas: crimes contra o patrimônio, cometidos com violência ou grave ameaça, e crimes sexuais. Nesses casos, considerando que tais crimes são praticados – majoritariamente – às escondidas, na mais absoluta clandestinidade, pouco resta em termos de prova do que a palavra da vítima".[69]

[68] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 18

[69] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, p. 633, 636.

Cabe ressaltar que determinadas pessoas podem ficar isentas da obrigação de depor e, consequentemente, de falar a verdade do que sabem a respeito de fatos relevantes ao processo. São indivíduos vinculados intimamente ao réu (ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado, o irmão e o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado), dos quais não se pode exigir o esforço sobre-humano de lesarem a quem amam, podendo ser incluído também a pessoa que viva em união estável com o réu.[70]

Todavia, conforme dispõe Nucci:

"Há uma ressalva na parte final do art. 206 do CPP, consiste na impossibilidade de se obter ou de se integrar a prova do fato (imputação principal) e de suas circunstâncias (tipo derivado, além de agravantes e atenuantes) de outro modo, senão ouvindo tais pessoas. Ilustrando, é possível que um crime tenha sido cometido no seio familiar, como ocorre com várias modalidades de delitos passionais, tendo sido presenciado pelo filho do réu, que matou sua esposa. A única pessoa a conhecer detalhes do ocorrido é o descendente, razão pela qual o juiz não lhe permitirá a escusa de ser inquirido. Tal pessoa, no entanto, não será ouvida sob o compromisso de dizer a verdade, mas como mero informante (art. 208). Se insistir em calar-se, deve ser processado por desobediência. Não cabe o falso testemunho, pois o filho do réu é informante e não testemunha".[71]

Ademais, o Código de Processo Penal ao preceituar que "toda pessoa poderá ser testemunha"[72], neste sentido, está englobando apenas as pessoas físicas (humanas), não fazendo valer o testemunho de pessoas jurídicas. Na atualidade, pode o magistrado condenar ou absolver o réu com base em apenas um testemunho, desde que reforçado com as demais provas acostadas aos autos.

[70] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 190.
[71] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 191.
[72] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

Por outro lado, caso sejam arroladas várias testemunhas ao processo e seus depoimentos carecerem de credibilidade, poderá não ser suficiente para convencimento do juízo para condenação.

2.6.1.2 Classificação das testemunhas

Em relação a classificação das testemunhas, doutrinariamente, podem ser classificadas em diretas, indiretas, próprias, impróprias, numerárias, informantes e referidas.

As testemunhas diretas são aquelas que falam sobre um fato que presenciaram, reproduzindo experiência própria, enquanto as indiretas depõem sobre conhecimentos obtidos por terceiros, as que transmitem por ouvir dizer.[73]

Quanto às as testemunhas próprias e impróprias, infere-se também que elas depõem sobre fatos dos quais tiveram notícia, sejam tais ocorrências objetos principais ou secundários do processo. Assim, não merecem ser chamadas de próprias (adequadas, exatas, convenientes ou autênticas) e impróprias (inadequadas, inexatas, inconvenientes ou não autênticas).[74]

Quanto à denominada testemunha numerária é aquela que faz parte do número legal constante do rol apresentado por qualquer das partes. Não se deve vincular a denominação numerária ao compromisso legal previsto no art. 203 do Código de Processo Penal.[75]

Quanto as testemunhas informantes, não prestam o compromisso de dizer a verdade, portanto caso seja falso o testemunho não irá responder pelo delito. Por não

[73] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 160
[74] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 188
[75] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 188

prestarem compromisso, não entram no limite numérico das testemunhas, não sendo computadas.[76]

Por fim, as denominadas testemunhas referidas, são aquelas pessoas que foram mencionadas, referidas por outras testemunhas que declararam no seu depoimento a sua existência. Portanto, não irão constar no rol de testemunhas originário. Por terem sido citadas, o juiz poderá ouvi-las, para melhor esclarecimento do fato, sendo a critério do juiz a valoração da necessidade e pertinência de ouvir a testemunha referida. Entretanto, há que se analisar cada caso, pois através do depoimento da testemunha originária pode-se ter noção da importância ou não da oitiva da pessoa referida".[77]

2.6.1.3 Caracteres do testemunho

A prova testemunhal no campo penal tem três características: oralidade, objetividade e retrospectividade.[78]

Portanto, deverá o depoimento ser prestado na forma oral, conforme dispõe o art. 204, caput, Código de Processo Penal. Constituindo uma forma precisa de avaliação, observando a sinceridade da vítima e a reconstituição dos fatos. Não há possibilidade de o depoimento ser por escrito, tendo em vista a sua impessoalidade, sendo que impossibilita o magistrado de averiguar a sua fidelidade aos fatos, bem como inviabiliza as perguntas das partes e, com isso, fere o princípio do contraditório.[79]

Neste sentido, conforme dispõe Lima, há algumas exceções no testemunho:

> "Apesar de a regra ser a oralidade, o próprio CPP prevê algumas exceções: 1) De acordo com o art. 221, § 1º, do CPP, certas autoridades poderão optar pela prestação de

[76] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 256
[77] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 256
[78] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 161
[79] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 195

> depoimentos por escrito: nesse caso, para que seja preservado o contraditório e a ampla defesa, as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício; 2) Em se tratando de depoente mudo, surdo ou surdo-mudo, sua oitiva será realizada da seguinte forma (CPP, art. 223, parágrafo único, c/c art. 192): ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente; ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito; ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas. Nesses casos, se o depoente não souber ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo".[80]

Quanto à retrospectividade do testemunho, cabe-se ressaltar que o fato delituoso é sempre um fato passado, é história. Portanto, a testemunha estará narrando na data da oitiva um fato presenciado no passado, a partir da memória (com todo peso de contaminação e fantasia que isso acarreta), numa narrativa retrospectiva. A atividade do juiz é recognitiva (conhece através do conhecimento de outro) e o papel da testemunha é o de narrador da historicidade do crime. Por isso, não há possibilidade de existir função prospectiva legítima no testemunho, pois seu olhar só está autorizado quando voltado ao passado.[81]

Em relação a característica objetiva, "a testemunha fala apenas sobre fatos percebidos por seus sentidos e objeto da demanda, sem emitir sua opinião pessoal".[82]

Conforme aponta Lopes Jr.:

> "A objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (art. 213 do CPP), é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos a cada indivíduo, e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico (memória). E essa variação é ainda influenciada conforme a recordação seja espontânea ou solicitada, principalmente diante da complexidade fática que envolve o ato de testemunhar em

[80] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 680
[81] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 257
[82] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 162

> juízo, fortissimamente marcado pelo ritual judiciário e sua simbologia. As palavras que saem desse manipuladíssimo processo mental, não raras vezes, estão em absoluta dissonância com o fato histórico".[83]

Neste sentido, está claro que a testemunha não se define pelo seu depoimento, mas do que é em si mesma, na sua qualidade de ser humano, sujeita a inúmeros fatores que entram na sua formação. Por este motivo, as influências internas ou externas fazem de si um agente da verdade ou um elemento pernicioso e confuso na engrenagem processual.[84]

Portanto, em regra geral, tão somente as narrativas de fatos que caíram sob seus sentidos; como exceção admitem-se restritivamente a opinião pessoal, desde que necessária para descrição do fato.[85]

2.6.1.4 Críticas em geral

A prova testemunhal é um dos meios de prova mais utilizado no processo penal brasileiro e, infelizmente, o mais perigoso em razão da sua alta condição de ser manipulável e pouco confiável[86]. Portanto, em razão da credibilidade do testemunho, a falibilidade da cognição humana deve receber uma atenção especial, por ser o objeto do estudo.

Neste seguimento, "a falibilidade cerca todos os atos humanos, de tal maneira e resultante de tantas causas que a processualística pode ser exata na sua estrutura, mas nunca na certeza daquilo que dela resulta em matéria de prova".[87]

Isto posto, é necessário que a testemunha busque na sua memória, as lembranças dos fatos a ela questionados, para que assim auxilie o magistrado na

[83] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 257
[84] ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1946, p. 54
[85] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 162
[86] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016
[87] ALTAVILA, Jayme. **A Testemunha na História e no Direito**. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1967, p. 163

formação da sua convicção, relatando durante o depoimento tudo o que ouviu, viu ou ambos. Ocorre que, a mente humana, está suscetível a erros, mesmo que não haja vontade em omitir ou mentir sobre determinados fatos, muitas vezes somos enganados através de nossas próprias memórias, tendo em vista diversos fatores que podem atrapalhar as condições da memória, o grau de sugestionabilidade e as emoções quanto à percepção dos acontecimentos, resultando assim no fenômeno das Falsas Memórias.

Entretanto, por mais que as testemunhas demonstrem equilíbrio, prudência e integridade, não há como estabelecer se aquilo que está sendo ditto isento de qualquer interesse ou paixão[88], por isso, é de suma importância a filtragem dos depoimentos.

Consequentemente, "isso dá uma dimensão do que é possível criar em termos de falsas memórias e das graves consequências penais e processuais que elas podem gerar".[89]

Portanto, a credibilidade da prova testemunhal dependerá do contexto probatório e de quanto convenceu o magistrado, tendo em vista que, desde o abandono da taxa probatória, nenhuma prova tem valor específico. Através da motivação da decisão haverá um controle se de fato o depoimento contribuiu ou não para o veredicto.[90]

A prova testemunhal conforme abordada é muito frágil, por mais que a testemunha não queira mentir ou omitir, muitas vezes, em razão das circunstâncias acaba ocorrendo o erro sobre os fatos, isso não quer dizer que é um falso testemunho ou mentira, e sim, sugestionabilidade em seu testemunho, podendo ser tanto interno quanto externo.

[88] DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 73.
[89] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 261
[90] DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 73

3 FALSAS MEMÓRIAS (FM)

Inicialmente, cabe ressaltar que o fenômeno das falsas memórias consiste em recordações de situações que na verdade não ocorreram, ou não ocorreram da forma relatada pela vítima ou testemunha, desencadeando dessa forma o processo.[91]

Portanto, este capítulo tem por objetivo o estudo do fenômeno das falsas memórias no contexto jurídico.

3.1 Evolução teórico-científica

O termo "Falsas Memórias" começou a ser conceituado a partir de pesquisas pioneiras realizadas em alguns países europeus no final do século XIX beirando o início do século XX, em razão de um caso ocorrido em Paris, onde Louis, um senhor de 34 anos, apresentava recordações de acontecimentos que não haviam ocorrido. Por este motivo, o caso passou a ser estudado por psicólogos e psiquiatras, levando Theodule Ribot - psicólogo francês -, em 1881, a utilizar pela primeira vez o termo "falsas lembranças".[92]

Além disso, o estudo dos erros da memória, foi abordado por Freud, no início do século XX, ao revisar sua teoria da repressão, que trata sobre as memórias esquecidas relativas à eventos traumáticos da infância, que podem emergir em algum momento da vida adulta, através e sonhos ou sintomas psicopatológicos. Entretanto, Freud aponta que essas lembranças poderiam não ser necessariamente verdadeiras, podendo não ser lembranças de algo que ocorreu, e sim, um desejo primitivo ou fantasia da infância, sendo, portanto, as falsas recordações.[93]

Todavia, conforme pontua Lilian Stein:

---

[91] ÁVILA, Gustavo Noronha. **Psicologia do testemunho**: as falsas memórias no Processo Penal. 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/10/psicologia-do-testemunho-as-falsas-memorias-no-processo-penal/> Acesso em: 20 mar. 2018

[92] STEIN, Lilian M; et. al. **Falsas Memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 20

[93] STEIN, Lilian M; et. al. **Falsas Memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 20.

> "Os primeiros estudos específicos sobre as FM versavam sobre as características de sugestionabilidade da memória, ou seja, a incorporação e a recordação de informações falsas, sejam de origem interna ou externa, que o indivíduo lembra como sendo verdadeiras. Essas pesquisas sobre a sugestão na memória conduzidas por Alfred Binet (1900), na França. Uma das importantes contribuições deste pesquisador foi categorizar a sugestão na memória em dois tipos: autossugerida (isto é, aquela que é fruto dos processos internos do indivíduo) e deliberadamente sugerida (isto é, aquela que provém do ambiente). As distorções mnemônicas advindas desses dois processos foram posteriormente denominadas de FM espontâneas e sugeridas"[94].

Portanto, se faz necessária a contextualização do fenômeno das falsas memórias, para melhor conceituar suas alterações no âmbito penal.

3.2 Formação das falsas memórias

A lembrança de um acontecimento representa segurança em relação à sua memória, demonstrando a certeza na sua existência e nos acontecimentos diários, tendo a certeza de que ocorreram, não há convicção sem memória, sendo assim, "a ideia mais assustadora é que aquilo em que nós acreditamos com todo nosso coração pode não ser necessariamente a verdade".[95]

Portanto, as atuais dúvidas referentes à habilidade de crianças e adultos – sejam eles depoentes como vítimas de abuso físico (ou sexual) ou como testemunhas oculares de crimes e contravenções em geral – de relatar fielmente os fatos vividos têm aberto as portas para o estudo científico das falsas memórias, que constituem, resumidamente, um fenômeno cujo efeito demonstrar que alguns eventos, na realidade, podem não ter ocorrido.[96]

A título exemplificativo:

---

[94] STEIN, Lilian M; et. al. **Falsas Memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 23.

[95] LOFTUS, Elisabeth F., 1996 apud STEIN, Lilian M; et. al. **Falsas Memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 21.

[96] STEIN, Lilian M.; PERGHER, Giovanni K. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722001000200010>. Acesso em: 20 mar. 2018

> "Os estudos de Binet foram replicados por Stern (1910) na Alemanha. Em uma de suas primeiras pesquisas sobre memória, mostrou aos participantes uma figura por um certo tempo e, logo após, a memória para esta figura foi testada por meio de recordação livre. Então foi solicitado aos participantes que respondessem perguntas sobre informações que estavam na figura e sobre outras que não estavam. Os resultados do estudo corroboraram aqueles obtidos por Binet, mostrando que os participantes de 7 a 18 anos, que tiveram suas memórias acessadas por recordação livre, foram os que produziram menos erros. Já as perguntas com sugestão de falsa informação produziram mais erros".[97]

Logo, estudos como esses levaram a conclusão que a memória pode sofrer distorções, tanto fruto de processos internos quanto externos. Assim, as falsas memórias que passaram a ser classificadas conforme a origem do processo de falsificação da memória, sendo denominadas como falsas memórias espontâneas e sugeridas.[98]

As falsas memórias espontâneas são resultantes de distorções internas ao sujeito. Portanto, essas condições, também denominadas de autossugeridas, ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem a interferência de uma fonte externa à pessoa. Neste caso, uma inferência ou interpretação pode passar a ser lembrada como parte da informação original e comprometer a fidedignidade do que é recuperado.[99]

No que tange as falsas memórias sugeridas, elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original. Assim, a falsa memória, sugerida ou espontânea, é um fenômeno de base

[97] STEIN, Lilian M; et. al. **Falsas Memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 23.
[98] STEIN, Lilian M; et. al. **Falsas Memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 25.
[99] STEIN, Lilian M; et. al. **Falsas Memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 25

mnemônica, ou seja, uma lembrança, e não de base social, como uma mentira ou simulação por pressão social.[100]

Portanto, "cada vez que recordamos, interpretamos e agregamos ou suprimimos dados, daí por que, na recuperação da memória de um evento, distorções endógenas ou exógenas se produzirão".[101]

Logo, em tese, a partir da interferência de terceiros que induzem ao erro ou até mesmo recriações por parte do próprio indivíduo, os mecanismos da mente humana que trabalham na manutenção da memória, podem acabar refletido na formação do fenômeno das Falsas Memórias.

Neste contexto, observa-se que "aquilo que é armazenado na memória pode ser modificado, pela aquisição de informação nova, interferente, assim como episódios posteriores de recapitulação e evocação".[102]

Entretanto, cumpre ressaltar que nem sempre a memória pode sofrer alterações. A partir de estudos, foi revelado que as pessoas mais sugestíveis de distorção memorial, são as crianças, tendo em vista a tendência das crianças de corresponder às expectativas, e aquelas pessoas que sofreram grandes traumas. Sem dúvida, muitas vezes são questões relacionadas entre emoção e memória. Sendo assim, poderá, por exemplo, ser o formador das falsas memórias, o juiz, o policial, os pais, os professores, os especialistas e os meios de comunicação, que funcionam em geral como fontes de informação creditáveis e uma sugestão falsa destes, induzida intencional ou acidentalmente, pode levar à formação de uma memória falsa.[103]

---

[100] STEIN, Lilian M; et. al. **Falsas Memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 26.

[101] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 8. ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, p. 665.

[102] SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória**: da mente às moléculas. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 98.

[103] STEIN, Lilian M.; PERGHER, Giovanni K. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722001000200010>. Acesso em: 20 mar. 2018

Neste sentido, conforme Lopes Jr.:

> "As falsas memórias diferenciam-se (sic) da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou a vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo"[104]

Além disso, a sugestionabilidade em relação a memória pode ser um risco no que tange aos depoimentos de vítimas e testemunhas, tendo em vista que poderá não corresponder com a verdade os fatos informados.

No mais, conforme diversos experimentos, foi possível demonstrar que é possível implantar uma falsa memória de um evento que nunca ocorreu, podendo não só mudar detalhes de uma memória, mas sim, criar inteiramente uma falsa memória. O perigo está naquilo chamado de inflação da imaginação, em que, através de interrogatórios ou terapias, utiliza-se de exercícios imagéticos para encorajar os praticantes a imaginar eventos infantis como forma de recuperar memórias supostamente escondidas. As consequências de tais técnicas são trágicas. A confusão sobre a origem da informação é um poderoso indutor da criação de falsas memórias,

[104] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, p. 658.

e isso ocorre quando falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras como conteúdo das sugestões recebidas de outros.[105]

Ademais, sobre os perigos da sugestionabilidade, devem ser observadas com cautelas as perguntas tendenciosas que podem acabar levando as testemunhas a fazerem identificações erradas, tendo em vista que algumas técnicas terapêuticas podem acabar sendo sugestivas, ajudando a criar as falsas lembranças. Neste sentido, há os interrogatórios agressivos de crianças pequenas que podem resultar em lembranças distorcidas de supostos abusos por professores e por adultos. As consequências para os indivíduos envolvidos em casos como esses são muito sérias e, portanto, a compreensão e o combate à sugestionabilidade são importantes tanto para evitar problemas sociais e jurídicos".[106]

Portanto, as Falsas Memórias por mais que pareçam mentiras formuladas pelos sujeitos, são apenas distorções de fatos que muitas vezes tiveram interferências externas ou acontecimentos traumáticos que contribuíram com o erro na formação de uma memória, podendo ser de forma espontânea ou sugerida.

3.3 Efeito das falsas memórias no processo penal

O presente capítulo abordará fatos históricos das falsas memórias no âmbito do processo penal. Em estudo de campo, não foi possível presenciar as falsas memórias, tendo em vista que a sua formação muitas vezes necessita de um lapso temporal entre o fato e o depoimento da vítima ou testemunha, ou até mesmo de influências internas ou externas no testemunho.

Contudo, foi instaura a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, que tem por objeto evitar o dano no depoimento infantil, a sistemática utilizada poderá combater a influência externa em depoimentos infantis.

---

[105] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, p. 659-660

[106] SCHACTER, Daniel. **Os Sete Pecados da Memória**: Como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 143.

3.3.1 Beth Rutherford

Beth Rutherford buscou terapia por motivos de ansiedade e estresse. Já nas primeiras sessões, a terapeuta perguntou a ela se alguma vez havia sido abusada sexualmente quando criança, ao que Beth respondeu, perplexa, que não. A terapeuta explicou que havia uma lista de sintomas de abuso sexual, e que Beth se encaixava em vários deles.[107]

O poder da sugestão da terapeuta era grande, logo Beth começou a relatar os sonhos que tinha com seu pai. A terapeuta afirmava que os sonhos eram, na realidade, memórias e a análise destes reforçava sua suspeita de abuso sexual.[108]

Beth questionava o motivo para ela não se lembrar de nada daquilo e a terapeuta lhe dizia que reprimir aquelas lembranças fora a única maneira de conseguir sobreviver, já que eram muito dolorosas.[109]

Mas, daquele momento em diante, Beth só seria uma pessoa completa se recuperasse todas as memórias e as trabalhasse para então elaborá-las de maneira sadia.[110]

Outra técnica utilizada pela terapeuta era desqualificar e distorcer todas as lembranças boas da infância de Beth. Por exemplo, ela dizia que o incentivo dos pais de Beth para que ela fosse bem na escola era apenas uma forma de se sentirem menos culpados pelo que haviam lhe causado.[111]

---

[107] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 246.
[108] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 246
[109] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 246.
[110] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 247.
[111] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 247.

Após algum tempo, Beth começou a acreditar que tinha memórias erradas de sua infância e que a visão da terapeuta era a correta, pois lhe foi dito que pessoas com histórico de abuso tendem a distorcer a realidade.[112]

Após as sessões de hipnose, a terapeuta relatava para Beth os eventos de abuso que ela havia contado durante o transe. Havia momentos em que Beth chegava até mesmo a sentir dor física decorrente da recordação de um determinado episódio de abuso. Foi assim que ela passou a acreditar que havia sido abusada sexualmente pelo pai (com cumplicidade da mãe) e engravidado duas vezes no período dos seus 7 aos 14 anos.[113]

Um grande laço emocional se formou entre Beth e a terapeuta e então Beth foi convencida de que deveria denunciar seus pais e se afastar da família Assim ela procedeu, passando muitos meses distante da família, bem como da terapia, até começar a ter "sentimentos estranhos".[114]

Beth começou a achar que havia algo errado com aquelas lembranças de abuso e ao retomar contato com seus pais, gradualmente foi convencendo-se de que as memórias de abuso haviam sido implantadas pela terapeuta.[115]

Realizou-se um exame pericial no qual ficou provado que Beth era virgem e que nunca havia engravidado.[116]

Este é apenas um exemplo de um estudo indicando o quanto as aplicações de certas técnicas em terapia podem ser sugestivas e capazes de induzir as falsas

[112] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 240.
[113] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 240
[114] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 240
[115] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 240
[116] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 240

memórias. Até mesmo um terapeuta bem orientado e treinado pode incorrer em erros e influências negativamente a vida de seu paciente.[117]

Esse fato, "no âmbito jurídico, configura-se uma situação complicada para os juízes, visto que possuem a responsabilidade de tomar uma decisão imediata sobre algo tão delicado e que, pela sua peculiaridade, mobiliza sobremaneira as pessoas".[118]

O histórico mostra que a palavra da vítima tem um papel determinante na maioria dos processos de crimes contra a liberdade sexual, já que em muitos casos o seu testemunho é a única "prova" de incriminação do réu. No entanto, sabe-se que esse testemunho pode não estar refletindo a realidade.[119]

3.3.2 Falsas memórias no contexto brasileiro

Inicialmente, cabe relatar o caso ocorrido em 1994 no Brasil, conhecido como Escola Base em São Paulo, mesmo não estudado suficientemente, há o paradigma do caso, que, para além de demonstrar o despreparo naquela época da polícia judiciária, mencionou na agenda pública a discussão sobre o papel da mídia, sua postura ética, moral e irresponsável, bem como o interesse na violência e no medo.[120]

Ocorre que duas mães denunciaram que os donos da Escola de Educação Infantil Base, organizam orgias sexuais que eram participadas por seus. Uma das mães disse que seu filho de 4 anos de idade teria relatado os acontecimentos e que havia tirado fotos em uma cama redonda, e que uma mulher adulta teria se deitado nua sobre ele e lhe beijado.[121]

---

[117] STEIN, Lilian M. et. al. Falsas **Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 241
[118] STEIN, Lilian M. et. al. Falsas **Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 241
[119] STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 241
[120] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263
[121] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263

A fantasia inicial toma contornos de rede de pedofilia e, após um laudo não conclusivo sobre a violência sexual que o menino teria sofrido (depois ficou demonstrado que tudo não passou de problemas intestinais), é expedido um mandado de busca e apreensão que foi cumprido com irresponsável publicidade por parte da polícia. Era o início de uma longa tragédia a que foram submetidos os donos da escola infantil.

Logo, a notícia correu o País e foi explorada de forma inconsequente por parte dos meios de comunicação, aterrorizando todos os espectadores, uma vez que, em um país onde a cultura do medo é alimentada diariamente, a possibilidade de que crianças estejam sendo vítimas de abuso sexual na escola é o ápice do horror.[122]

Com isso, após todas as divulgações, chegou ao extremo em 31 de março, quando um telejornal de penetração nacional noticiou o consumo de drogas e a possibilidade de contágio com o vírus da Aids, as manchetes sensacionalistas inundavam o País.[123]

Conforme recordado, exibiam títulos como: "Kombi era motel na escolinha do sexo", "Perua escolar levava crianças para orgia no maternal do sexo" e "Exame procura a Aids nos alunos da escolinha do sexo". A revista Veja publicou em 6 de abril: "Uma escola de horrores".[124]

No decorrer dos fatos, por fim, em junho de 1994, após o delegado ter sido afastado, o inquérito policial foi arquivado, pois nada foi constatado. Ações de indenização contra o Estado de São Paulo (pela absurda atuação policial) e também contra diversos jornais e emissoras de televisão ainda tramitam nos tribunais superiors.[125]

Neste sentido, diante dos graves erros cometidos pela polícia e pelos principais meios de comunicação do País, há indícios da implantação de falsas

[122] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263
[123] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263
[124] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263
[125] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263

memórias nas duas crianças e também a manipulação dos depoimentos. Tendo em vista a forma na qual os depoimentos foram conduzidos, uma verdadeira indução ali operada. Sendo que as perguntas eram fechadas e induziam as respostas, quase sempre dadas pela criança através de monossílabos ou, ainda, respostas que consistiam na mera repetição da própria pergunta.[126]

Naquele contexto, onde a indução era constante, e a pressão imensa, é evidente que as duas crianças procuravam corresponder às expectativas criadas pelos adultos e pelo contexto. A forma na qual foi conduzida investigação policial foi desastrosa, serviu como um conjunto de exercícios atraentes para alimentar as supostas vítimas em razão da manipulação e imaginação das crianças e até das duas mães (sendo que uma delas era a principal fonte de tudo). Portanto, infelizmente, após todo o processo, é evidente que as consequências foram trágicas.[127]

> Em outro processo, Embargos Infringentes nº 70016395915[128], julgado pelo 3º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes Nº 70016395915, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 25/03/2008), no qual o réu foi acusado pelo delito de estupro, reiteradas vezes, após o depoimento de uma criança, foi realizado o exame de que constatou a virgindade da vítima, a investigação foi direcionada ao antigo delito de atentado violento ao pudor.[129]

Em juízo, a vítima descreveu a "cobra" colocada pelo réu em sua vagina, dando diversos detalhes dos fatos, sendo sustentado ainda que o réu havia cortado a "cobra" em pedacinhos e preparado um risoto para ela comer. Após criteriosa análise de todo o contexto fático no qual se inseriu a acusação, conclui o tribunal pela

[126] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263
[127] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263
[128] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes. **Embargos Infringentes nº 70016395915**. Terceiro Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Min. Luís Gonzaga da Silva Moura. Porto Alegre. 25 mar. 2008. Disponível em:< http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70016395915&num_processo=70016395915&codEmenta=2290470&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 mar. 2018
[129] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 264.

inveracidade da imputação, tendo o réu – por maioria – sido absolvido. É um caso que demonstra, claramente, a existência de falsa memória infantile.[130]

Entretanto, a menina vivia em um ambiente de promiscuidade sexual, frequentando boates, em razão da sua genitora se dedicar à prostituição. Daí advieram os estímulos erotizados inadequados à sua idade que acabaram contribuindo para a falsificação da memória.[131]

Portanto, o depoimento deve ser tomado com grande cautela, para que imputações como e com a maior amplitude possível, trazer toda a complexidade do crime e das circunstâncias em que ele ocorreu para dentro do processo. Vejamos o inteiro teor do acórdão:

Portanto, diante dos casos narrados, o depoimento deve ser analisado com muita cautela, especialmente nos crimes contra a liberdade sexual, dando ênfase aos crimes nos quais não existem prova concreta do fato, que principal prova constante nos autos, é o seu testemunho.

Essa cautela quanto à "rainha das provas" não visa desprestigiar a palavra da vítima, mas sim, evitar que um erro ocorra no processo, condenando o acusado a pena privativa de liberdade, apenas com o depoimento da vítima ou testemunha.

Neste contexto, deve-se pormenorizar os fatos e caso o testemunho seja a única prova, que seja realizado com a cautela necessária, utilizando, por exemplo a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, que será abordada no próximo tópico.

3.3.3 Uma análise da Lei 13.431/2017. Essa lei é capaz de reduzir o problema das falsas memórias?

O sistema do "depoimento sem dano" surgiu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por volta do ano de 2003, por iniciativa do Desembargador, José Antônio Daltoé Cezar, conforme explica:

[130] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 264.
[131] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 264.

> "Trata-se de, na ocasião dos depoimentos das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, retirá-las do ambiente formal da sala de audiências e transferi-las para sala especificamente projetada para tal fim, devendo esta estar devidamente ligada, por vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, réu, e serventuários da justiça, os quais também podem interagir durante o depoimento.
>
> Assim, é possível realizar esses depoimentos de forma mais tranquila e profissional em ambiente mais receptivo, com a intervenção de técnicos previamente preparados para tal tarefa, evitando, dessa forma, perguntas inapropriadas, impertinentes, agressivas e desconectadas não só do objeto do processo, mas principalmente das condições pessoais do depoente".[132]

A sistemática consistia na oitiva judicial de crianças e adolescentes que foram supostamente vítimas de crimes contra a dignidade sexual por meio de um procedimento especial, no qual a criança ou o adolescente fica em uma sala reservada, sendo o testemunho colhido por um técnico (psicólogo ou assistente social), que faz as perguntas de forma indireta, por meio de uma conversa em tom mais informal e gradual, à medida que vai se estabelecendo uma relação de confiança entre ele e a vítima. Neste compasso, o juiz, Ministério Público, Réu e o Advogado/Defensor Público acompanham, em tempo real, o depoimento em outra sala por meio de um sistema audiovisual que está gravando a conversa do técnico com a vítima.[133]

Essa técnica começou a ser implantada após o reconhecimento de que crianças e adolescentes não deveriam ser submetidos a mesma forma de depoimento em juízo que os adultos, uma vez que o desenvolvimento é totalmente diferente, podendo causar graves danos à criança ou adolescente caso a oitiva continuasse sendo realizada na forma tradicional, não tendo, portanto, uma boa qualidade para contribuir no convencimento do juiz.

---

[132] CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano:** uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 61.

[133] **EM QUE consiste o "Depoimento sem Dano"? Sua utilização configura nulidade por cerceamento de defesa?** 2015. Disponível em: < http://www.dizerodireito.com.br/2015/04/em-que-consiste-o-depoimento-sem-dano.html> Acesso em: 02 abr. 2018

Esse modelo de depoimento especial passou a ser obrigatório com a Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017[134], sendo adotado amplamente pelos juízes com base na Recomendação n. 33, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A nova lei estabelece, ao que tudo indica, gera uma segurança nos depoimentos de crianças e adolescentes, sendo proveitosa para o processo penal, pois terá mais qualidade e credibilidade pela forma na qual foi colhida.

No entanto, a lei gera apenas um depoimento especial para crianças e adolescentes, o grande desafio é buscar uma sistemática que auxilie no depoimento da vítima adulta que sofreu eventos traumáticos ou violência, pois, conforme observado no caso da Beth Rutherford, não só a criança ou adolescente sofre com a sugestionabilidade do testemunho.

4 CONCLUSÃO

A presente monografia tinha por objetivo analisar as falsas memórias que decorrem da prova testemunhal, em razão da alta sugestionabilidade no testemunho, principalmente no depoimento infantil.

Portanto, no primeiro capítulo, concluiu-se que a prova busca oferecer uma certeza processual, auxiliando o juiz durante o processo. Sendo a prova testemunhal considerada por alguns doutrinadores como a "rainha das provas", entretanto, conforme disposto no presente estudo, o testemunho é suscetível a diversas falhas, tendo em vista a influência direta existente entre o transcurso do tempo, a memória e a possibilidade de contaminação da prova penal, com possibilidades de esquecimentos e influências externas na memória da vítima ou testemunha.

No segundo capítulo, ponto chave do estudo, concluiu-se que as falsas memórias consistem na recordação de situações que podem ou não ter ocorrido, tendo em vista a segurança quanto à memória sobre a lembrança de fatos ocorridos.

[134] BRASIL. Lei n. 13.431, de 04 de abril de 2017. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13431-4-abril-2017-784569-publicacaooriginal-152306-pl.html>. Acesso em: 05 abr. 2018

Uma vez que a memória pode sofre distorções, tanto por questões internas quanto externas.

Conforme observado no relato dos casos apresentados no âmbito internacional e nacional, bem como a presença de falsas memórias em adultos quanto em crianças. Podendo ser exposto novamente que as falsas memórias não podem se confundir com mentiras, pois como já visto, decorrem de recordações, lembranças ou memórias de algo que pode nunca ter acontecido ou acontecido de maneira totalmente diversa.

A partir de estudos, foi revelado que as pessoas mais suscetíveis de distorção memorial, são as crianças e adolescentes, por este motivo, por ser uma alteração bem recente no nosso ordenamento jurídico, foi abordada a lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que visa introduzir uma nova sistemática no momento da colheita do testemunho, com vistas a garantir um "depoimento sem dano".

A lei tem por iniciativa sistematizar um depoimento especial para crianças e adolescentes que foram vítimas de violência ou abuso sexual, em um ambiente mais lúdico e confortável, permitindo ao depoente que relate livremente qualquer fato.

Entretanto, a alteração prevê apenas o depoimento especial para crianças, não sendo utilizado para adultos, continuando assim com a sistemática atual. Porém, a sugestionabilidade em depoimentos de pessoas adultas, ocorrem tanto quanto nos depoimentos de criança, uma vez que adultos também estão sujeitos a abusos sexuais e episódios traumáticos.

A atual forma de oitiva gera um pouco de desconforto para as pessoas que já sofreram tanto com os fatos, além disso o depoimento muitas vezes é realizado em ambientes não tão agradáveis com abordagens que não auxiliam o depoente em suas recordações, uma vez que pode gerar incertezas, medos e sugestionabilidade.

Neste mesmo sentido estão as testemunhas, que prestam depoimento perante ao juízo e, conforme o decorrer da análise, a importância do tema se confirmou, tendo em vista que algumas vezes, diante das circunstâncias presentes no processo,

os depoimentos não podem ser considerados uma mentira, erro ou falso testemunho, pois, o testemunho poderá estar na verdade, diante do fenômeno das falsas memórias.

Essa sistemática compromete o processo penal, tendo em vista que muitas vezes o processo depende dos depoimentos, mas pode ser que alguns testemunhos estejam sob a influência de sentimentos favoráveis ou até mesmo desfavoráveis contra o réu.

Portanto, após o estudo, o testemunho e o depoimento da vítima poderiam ser realizados na presença de um profissional, com perguntas que não sugestionem qualquer dúvida que a pessoa possa ser levada a ter, abordando com atenção o sentimento e os detalhes dos fatos expostos perante o profissional.

A lei 13.431, poderia ser utilizada para colheita do depoimento de adultos, com as suas devidas alterações, uma vez que o desenvolvimento é diferente, mas a técnica auxiliaria em uma melhora na convicção do magistrado, com reduzido erro na aplicação de sanções penais.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme. **A Testemunha na História e no Direito**. São Paulo:

Edições Melhoramentos, 1967.

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1946.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Gustavo Noronha. **Psicologia do testemunho**: as falsas memórias no Processo Penal. 2016. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/10/psicologia-do-testemunho-as-falsas-memorias-no-processo-penal/>. Acesso em: 20 mar. 2018

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 198**8. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.431, de 04 de abril de 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13431-4-abril-2017-784569-publicacaooriginal-152306-pl.html>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus. RHC 91.691/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523349>. Acesso em: 05 abr. 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. Saraiva, 2011.

CASTRO, V.L; NASCIMENTO M. E. P. **As provas no processo penal**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14733>. Acesso em: 06 mar. 2018.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano:** uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (Arts. 1º ao 120). 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

EM QUE consiste o "Depoimento sem Dano"? Sua utilização configura nulidade por cerceamento de defesa? 2015. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/04/em-que-consiste-o-depoimento-sem-dano.html> Acesso em: 02 abr. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro**. Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

LOFTUS, Elisabeth F., 1996 apud STEIN, Lilian M; et. al. **Falsas Memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: ARTMED, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011.

MARQUES, Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. São Paulo: Bookseller, 1997.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A credibilidade da prova testemunhal no processo penal**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14901,71043-A+credibilidade+da+prova+testemunhal+no+processo+penal>. Acesso em: 07 nov. 17.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes. **Embargos Infringentes nº 70016395915**. Terceiro Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Min. Luís Gonzaga da Silva Moura. Porto Alegre. 25 mar. 2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70016395915&num_processo=70016395915&codEmenta=2290470&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ROQUE, Emy Karla Yamamoto. **A Justiça Frente ao Abuso Sexual Infantil:** Análise Crítica ao Depoimento Sem Dano e Métodos Alternativos Correlatos. 2010. 151 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. p. 70. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6986/DMPPJ%20-%20EMY%20KARLA%20YAMAMOTO%20ROQUE.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 mar. 2018.

SCHACTER, Daniel. **Os Sete Pecados da Memória**: Como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

SEGER, Mariana da Fonseca. **Prova Testemunhal e Processo Penal:** A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. 2012. 23 p. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2012. p. 4,5. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

SEGER, Mariana da Fonseca. **Prova Testemunhal e Processo Penal:** A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. 2012. 23 p. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2012. p. 11. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória**: da mente às moléculas. Porto Alegre: Artmed, 2003.

STEIN, Lilian M. et. al. **Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ARTMED, 2010.

STEIN, Lilian M.; PERGHER, Giovanni K. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722001000200010>. Acesso em: 20 mar. 2018.

TAVARES, Juarez, 2003 apud CUNHA, Rogério Sanches, 2017.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Bahia: JusPODIVM, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Francisco da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Ciências Criminais

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO NO CASO RAFAEL BRAGA

Jéssica das Virgens Moura

RESUMO

Trata-se de uma monografia de conclusão de curso cujo o tema é: O Direito Penal do Inimigo e a seletividade do sistema penal brasileiro no caso Rafael Braga. A presente monografia busca analisar como a seletividade do sistema penal brasileiro se amolda ao Direito Penal do Inimigo. A polêmica envolvendo a pesquisa realizada está no fato do Brasil, apesar de ter uma constituição garantista (CF de 1988), ser um país extremamente racista. O artigo 5° da Constituição Federal de 1988 aduz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Contudo, essa igualdade é meramente formal, ou seja, nem sempre é assegurada como igualdade material. O caso Rafael Braga evidencia uma seletividade racista do sistema penal brasileiro, que insiste em retirar direitos dos jovens pobres e negros, os quais são julgados não pelos atos que cometem, mas pelo seu tom de pele e bairro onde residem. Tal fato escancara uma estrutura racista, em que o crime nem sempre partirá de uma realidade empírica, mas de uma criação abstrata que foca nas camadas mais estigmatizadas da sociedade, atuando como uma ferramenta de higienização, segregação de direitos e oportunidades de pessoas como Rafael. O Direito Penal do Inimigo corrobora para com essa seletividade penal, uma vez que busca a separação dos indivíduos, e, ao se associar com o racismo e as práticas racistas do sistema de justiça criminal, produz histórias como a de Rafael. Por fim, para realizar esta pesquisa, além de fontes bibliográficas, foram consultadas matérias jornalísticas, em especial aquelas produzidas por sites/ órgãos e profissionais que denunciaram o caso e sua face seletista, racista e criminalizadora.

Palavras-chave: Caso Rafael Braga. Direito Penal do Inimigo. Garantismo penal. Racismo estrutural. Seletividade do sistema penal brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

O direito penal tem sido buscado como um instrumento de vingança em que a sociedade deposita seu ódio, mascarado de discurso contra impunidade, sobre aqueles que detém as características de inimigo. Essa busca se reflete no poder responsável pela elaboração das leis, resultando no endurecimento das normas e na relativização de garantias penais, configurando-se na verdadeira impunidade, dos atos que caracterizam o abuso punitivo.

O presente trabalho tem por objetivo demostrar que esse pensamento maximalista do direito penal tende a legitimar teorias como a do Direito Penal do Inimigo. Tal teoria milita pela supressão de garantias fundamentais como o contraditório, a ampla defesa, devido processo legal e de modo geral, defende um tratamento diferenciado aos cidadãos.

Para enxergar de forma concreta esse abuso estatal, o caso Rafael Braga foi escolhido para ser analisado, pois nele foi possível vislumbrar toda falha desse sistema não garantista. Isso porque Rafael, por duas vezes, viu sua liberdade sendo tirada de forma violenta e arbitrária. Além disso, o caso em comento escancara a realidade de um sistema penal racista que seleciona — em sua maioria — jovens negros de classe social desfavorecida, os quais compõem a maioria da massa carcerária brasileira.

No 1º capitulo, será apresentado o caso Rafael Braga, a forma como se deram as duas prisões (por terrorismo e por tráfico de drogas) e a repercussão pública do caso a partir de matérias jornalísticas produzidas por sites/órgãos e profissionais que denunciaram a seletividade penal e a arbitrariedade do caso. No 2º capítulo, será abordada a Teoria do Direito Penal do Inimigo, suas principais críticas e a Teoria do Garantismo Penal como uma alternativa racional e eficaz à primeira. No 3º capítulo, será discutida a materialização do Direito Penal do Inimigo na seletividade do sistema penal, o recorte de raça e classe social no caso Rafael Braga. Os principais autores utilizados são: Günter Jakobs, Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo

Batista, Aury Lopes Junior, pessoas como Djamila Ribeira e Nathália Oliveira que militam pela causa negra, movimentos negros como mães de maio que comumente denunciam os abusos que a população negra sofre por parte do sistema penal, contribuíram para concretude do presente trabalho.

2 CASO RAFAEL BRAGA

Rafael Braga Vieira, jovem rapaz negro de família nordestina, pobre e numerosa. Nasceu na cidade do Rio de Janeiro, contudo, viveu parte de sua vida na cidade de Aracaju no estado de Sergipe. Ao retornar a sua cidade natal, com o sonho de ajudar no sustento de sua família, passou a exercer a função de catador de latinhas pelas ruas cariocas. (VIERA, 2017).

Tem o rosto de milhões de brasileiros que estão à mercê da falta de oportunidade, dos estigmas sociais e de um sistema penal seletista e racista. A sua história não se remete a um fato isolado, ela apenas escancara o cotidiano das pessoas de pele negra e classe social desfavorecida.

Rafael é a face que representa o descaso por parte do Poder Judiciário e por parte da sociedade brasileira quando se cala diante das injustiças promovidas por preconceitos raciais e econômicos. Assim como disse Martin Luther King: “o que é preocupante não é o grito dos maus. É o silêncio dos bons”. (AZEVEDO, 2017).

A dura trajetória de Rafael foi marcada em 2013, período em que milhares de brasileiros foram às ruas em protesto, devido à grande insatisfação mediante o aumento das passagens dos transportes públicos e com a priorização da realização de grandes eventos esportivos como a Copa do Mundo e as Olimpíadas em detrimento de serviços públicos mais relevantes. (VIEIRA, 2017)

Os ânimos estavam à flor da pele, tanto dos militantes que lutavam pelo seu direito à uma vida digna, quanto da polícia que repreendia os manifestantes com balas de borracha, gás lacrimogêneo e pancadaria. Diante desse cenário, os protestos passaram a ser criminalizados. A partir disso, os manifestantes passaram a lutar,

também, por seus direitos de protesto e, assim, exercerem sua liberdade de expressão. (VIEIRA, 2017)

Ao final disso, Rafael passou a ser o principal personagem dessa trama, mesmo que não tenha levantado nenhuma bandeira ou reivindicado qualquer uma das exigências em pauta. A sua vida foi esfacelada desde então, escancarando a nós a seletividade e o racismo institucional do poder judiciário, em que seu único pecado foi ser negro e pobre.

2.1 Da condenação por terrorismo

No dia 20 de junho de 2013, época em que eclodiram as manifestações, Rafael Braga conta que retornou no fim daquela noite ao velho casarão abandonado onde depositava todos os materiais que conseguia garimpar durante um dia de trabalho. Ele afirmou, ainda, que, ao chegar ao local, encontrou duas garrafas de plástico com conteúdos distintos, sendo uma de cloro e a outra de desinfetante. (RIBEIRO,2017).

Logo após deixar o local portando tais produtos em mãos, os quais levaria para sua tia, Rafael foi abordado por policiais da 5ª Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA) que fica em frente ao casarão em que o mesmo utilizava como depósito. Os referidos recolheram os produtos das mãos de Rafael, sem que o mesmo tenha oferecido resistência, deram-lhe um tapa em seu rosto e o levaram, posteriormente, à delegacia. (RIBEIRO, 2017).

Após ser conduzido, Rafael descreve que foi encaminhado a um pequeno quarto na delegacia. Enquanto era submetido ao processo de coleta de digitais, Rafael notou que uma das garrafas, anteriormente lacradas, estava com o conteúdo pela metade e com um pedaço de estopa em sua boca, formando um pavio. Os agentes o indagaram se o desinfetante (pinho sol) e o cloro (água sanitária) não seria utilizados para produção de coquetéis molotov, arma química inflamável normalmente utilizada em conflitos civis (protestos e guerrilhas urbanas) composta por gasolina, ácido sulfúrico e cloreto de potássio. (RIBEIRO, 2017).

Após a acusação, Rafael indagou que aquela situação era injusta, pois nem mesmo sabia o que era um coquetel molotov e afirmou que era inocente. Segundo ele, nenhum dos presentes acreditaram em sua afirmação. Afinal, quem ligaria para sua versão? O jovem era apenas mais um corpo negro e sem valor para aquelas pessoas. (RIBEIRO, 2017).

O Ministério Público e a Polícia Civil sustentaram que o material apreendido era inflamável e que Rafael tinha "desígnio" de utilizá-los para a fabricação de coquetel molotov. Porém, o laudo técnico do processo judicial emitido pelo Esquadrão antibombas da Polícia Civil chegou à conclusão de que a produção do coquetel, a partir dos produtos em questão, era quimicamente impossível — o que era óbvio. (RIBEIRO, 2017).

Mesmo sendo um rapaz trabalhador, Rafael foi condenado à prisão por porte de pinho sol e cloro, com base, tão somente, em depoimento policial que afirmava que o mesmo tinha a intenção de fabricar o referido coquetel para usar nas manifestações. Manifestações essas, das quais Rafael sequer participava.

Rafael Braga é o primeiro e único, das chamadas jornadas de junho, sentenciado e condenado a cinco anos de prisão por porte de artefatos explosivos enquanto outros manifestantes presos — em sua maioria, brancos e de classe média — foram soltos logo em seguida para responder o julgamento em liberdade. (VIEIRA,2017).

Vejamos a fundamentação do magistrado Guilherme Schilling Pollo Duarte, na sentença que condenou Rafael Braga:

> Trata-se de ação penal na qual se imputa ao acusado a prática de porte de aparato incendiário ou explosivo, já que nos termos da denúncia foi detido em um dia de manifestações populares em prol das melhorias dos serviços públicos, na posse de dois artefatos incendiários em suas mãos, contendo substância inflamável com pedaços de panos presos em seu bocal, na forma de ´coquetel molotov´. Finda a instrução criminal, e diante do substrato probatório carreado nos autos, fiquei convencido de que a imputação veiculada na denúncia merece integral acolhimento. Com efeito, em se tratando de

prisão em flagrante de características bastante comuns, a aferição da materialidade e autoria do delito não demandam maiores indagações. A materialidade restou comprovada de forma inequívoca pelo Registro de Ocorrência de fls. 05/05v., pelo auto de apreensão de fls. 21, pelo laudo técnico de exame do material acostado às fls. 70/72, e pelo relato das testemunhas, em Juízo, descrevendo e pormenorizando toda a dinâmica delitiva. A autoria, por sua vez, pôde ser haurida do seguro reconhecimento do acusado em Juízo, pelos dois policiais civis que efetuaram a prisão, bem como da versão apresentada pelo réu em seu interrogatório, indicando que era realmente ele quem portava as garrafas, não deixando a menor dúvida, em face da clareza e segurança das provas, de que foi o réu quem praticou o crime, nos termos da denúncia. Em princípio, ressalte-se que as testemunhas são pessoas idôneas, isentas e não têm qualquer interesse pessoal em incriminar o réu. Nessa perspectiva, o policial civil EDUARDO NOGUEIRA VIEITOS, narrou em Juízo (fls. 80/81), a dinâmica dos fatos de forma coesa e firme, tal como se extrai do excerto abaixo destacado: ´(...) que são verdadeiros os fatos narrados; que o depoente é policial civil lotado na DECAV; que gostaria de retificar, apenas, que o local indicado na denúncia não era propriamente um estabelecimento comercial, e sim uma loja abandonada; que a porta do estabelecimento estava arrombada; que observou quando o réu ora presente entrou naquela loja com uma mochila e em seguida saiu com dois frascos em suas mãos; que em virtude das manifestações havia muita gente na rua, mas o réu era o único com frascos na mão; que naquela data a DECAV foi atingida por uma granada de gás lacrimogêneo lançada pela própria PMERJ; que dessa forma, fica claro que a Polícia Militar precisou intervir naquela manifestação; que o réu não soube explicar o que estava fazendo com os frascos em suas mãos; (...) que a loja indicada na denúncia já estava abandonada antes da data dos fatos e foi arrombada aproximadamente duas semanas antes dos fatos; que as duas garrafas encontradas com o réu tinham um estopim no gargalo, qual seja, um pano do tipo flanela, alaranjado; que ambas as garrafas eram de plástico; que em toda rua, e precisamente no local da prisão havia uma grande concentração de pessoas e um ´corre-corre´; que o incendiamento daqueles artefatos seria capaz de colocar em risco as demais pessoas; (...) Corroborando a narrativa em destaque, temos o depoimento do também policial civil ERICK DUARTE CORREIA (contido na mídia juntada às fls. 92). Esta testemunha narrou os fatos de forma idêntica a de seu colega da coorporação [sic], acrescentando, ainda, que os aparatos encontrados com o réu aparentavam ser garrafas de ´coquetel molotov´. A negativa dos fatos, pelo acusado, quando de seu interrogatório (também na mídia de fls. 92), mostrou-se dissociada dos demais elementos de prova, e

> evidenciam unicamente uma tentativa desesperada de esquivar-se das imputações formuladas pelo Parquet, numa clara manifestação do exercício da autodefesa. Atente-se que o réu declarou uma versão pueril e inverossímil, no sentido de que teria encontrado as duas garrafas lacradas - uma segundo ele contendo ´Pinho Sol´ e a outra ´água sanitária´ - ambas em uma loja abandonada, e resolveu tirá-las dali. Vale destacar que as circunstâncias em que ocorreu a prisão, ou seja, enquanto ocorria uma enorme manifestação popular, com concentração aproximada de 300 mil pessoas na Avenida Presidente Vargas, conforme amplamente divulgado na mídia, e no mesmo dia em que ocorreu confronto com as Forças Policiais, deixam claro que o intento do réu não seria outro senão o de proceder ao incêndio de qualquer objeto ou pessoas. O laudo técnico nº 267/13, tendo como objeto o exame do material (fls. 70/72) atesta que uma das garrafas tinha ´mínima aptidão para funcionar como coquetel molotov´. No mesmo documento o i. Perito prossegue informando em sua conclusão (item 04) que ´o etanol encontrado dentro de uma das garrafas pode ser utilizado como combustível em incêndios, com capacidade para causar danos materiais, lesões corporais e o evento morte´, delineando assim a potencialidade lesiva de ao menos um dos artefatos. Assim, comprovados os fatos típicos, não havendo causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, impõe-se o decreto condenatório na forma da denúncia. CONCLUSÃO: Isso posto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para CONDENAR o réu RAFAEL BRAGA VIEIRA, qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 16, parágrafo único, inciso III da Lei 10.826/03. [sic].

Rafael permaneceu preso por mais de dois anos e foi liberado em dezembro de 2015 para cumprir o restante da pena em regime aberto. Após ser solto, o escritório de advocacia, responsável por sua defesa, o contratou para desempenhar a função de serviços gerais, dando-o a oportunidade de, assim, realizar seu sonho de menino que era auxiliar seus pais na mantença da família. (VIEIRA, 2017).

É evidente a seleção de jovens negros por parte da polícia e do judiciário. A pergunta que deve ser feita acerca da prisão de Rafael por porte de pinho sol e cloro é: se fosse um jovem de pele branca, o mesmo seria abordado, preso pela polícia e condenado pelo Estado pelo simples fato de estar próximo a uma manifestação carregando consigo produtos de limpeza?

2.2 Da condenação por tráfico de drogas

Dizem que um raio não cai no mesmo lugar mais de uma vez, no caso do Rafael Braga não foi bem assim. Com menos de um mês fora do cárcere, sem ao menos ter respirado os ares da liberdade, foi preso novamente em 12 janeiro de 2016, por volta das nove horas, supostamente flagrado na posse de 0,6g de maconha, 9,3g de cocaína e um rojão. No momento da apreensão utilizava uma tornozeleira eletrônica, pois estava em liberdade condicional. Ou seja, uma presa fácil para a etiqueta de traficante. (JUSTIFICANDO, 2017).

Rafael conta ter sido abordado de forma violenta pelos agentes da polícia enquanto ia da casa de sua mãe até uma padaria próxima — no interior da Comunidade Vila Cruzeiro, no bairro da Penha, cidade do Rio de Janeiro —, segundo ele, os policiais o ameaçaram e afirmaram que caso o mesmo não prestasse as devidas informações sobre os traficantes daquela localidade, seria submetido a um flagrante forjado e até mesmo violência sexual. (JUSTIFICANDO, 2017).

Evelyn Bárbara, vizinha de Rafael, durante testemunho dado à justiça, asseverou que viu o mesmo sendo abordado sozinho e sem objetos nas mãos. Garantiu, ainda, que Rafael foi agredido e arrastado até um local que dificultava sua visão. (JUSTIFICANDO, 2017).

Entretanto, segundo o magistrado Ricardo Coronha:

> [...] as declarações da testemunha Evelyn Barbara, arrolada pela Defesa do réu, visavam tão somente eximir as responsabilidades criminais do acusado RAFAEL BRAGA em razão de seus laços com a família do mesmo e por conhecê-lo ‘por muitos anos’ como vizinho.

Rafael negou todas as acusações e afirmou que o material apreendido foi, na verdade, plantado pelos policiais com objetivo de servir como alicerce incriminatório. (JUSTIFICANDO,2017).

Em abril de 2017, a sentença determinou que o depoimento de Rafael não era contundente e que a vizinha só queria livrá-lo da cadeia. Levando em conta, deste modo, somente o depoimento dos policiais. (JUSTIFICANDO, 2017).

De acordo com o site Justificando (2017), o policial militar Victor Hugo Lago, em depoimento, disse que:

> Encontraram Rafael Braga Vieira segurando um saco plástico contendo material semelhante a entorpecente e um morteiro de fogos de artifício. Que Rafael, após perceber a aproximação dos policiais militares, ainda tentou se livrar do referido material que estava em sua posse, jogando-o no chão.

O magistrado Ricardo Coronha, responsável pela decisão que condenou Rafael Braga ao crime de tráfico, disse que:

> [...] Nos depoimentos policiais acima mencionados, nada há que elida a veracidade das declarações feitas pelos agentes públicos que lograram prender o acusado em flagrante delito. Não há nos autos qualquer motivo para se olvidar da palavra dos policiais, eis que agentes devidamente investidos pelo Estado, cuja credibilidade de seus depoimentos é reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Os testemunhos dos policiais acima referidos foram apresentados de forma coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor, já estando superada a alegação de que uma sentença condenatória não pode se basear neste tipo de prova.

Veja-se o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Segundo a página Campanha pela Liberdade de Rafael Braga (2017), a Audiência de Instrução, que foi dividida em três dias, durante os meses de abril, maio e junho, contou com os depoimentos dos policiais envolvidos, testemunhas de defesa e o próprio Rafael. De acordo com a página, durante os depoimentos das testemunhas de acusação, os policiais entraram em contradição entre si e com o depoimento feito durante o momento do auto de prisão.

Ainda de acordo com a página Campanha pela liberdade de Rafael Braga, o Instituto de defensores dos Direitos Humanos (DDH) solicitou, no decorrer das audiências, cinco diligências: o GPS da tornozeleira (que Rafael usou durante o regime aberto); nomes do engenheiro e empresa de engenharia que fizeram a denúncia acerca de ponto de tráfico na região em que supostamente foi flagrado na posse de drogas; imagens da câmera externa da viatura; imagens da câmera interna da viatura; e imagens da câmera da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP).Contudo, o juiz negou todas as diligências não dando, assim, oportunidade à ampla defesa e contraditório (efetivo) para a defesa de Rafael. Além de, ter ignorado a testemunha Evelyn (testemunha de defesa) e condenando-o com base, apenas, no depoimento dos policiais.

Com isso, Rafael Braga foi então condenado a mais de 11 anos de prisão por tráfico e associação para o tráfico com base exclusivamente no depoimento dos policiais que o prenderam. Vejamos o dispositivo da sentença dada pelo magistrado Coronha:

> Ex positis, julgo procedente a denúncia para condenar como ora CONDENO o réu RAFAEL BRAGA VIEIRA, como incurso nas sanções dos artigos art. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 69 do CP, às penas de 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 1.687 (um mil seiscentos e oitenta e sete) dias-multa, à razão unitária mínima.

Conforme o Instituto Humanitas Usinos (2017), a defesa de Rafael recorreu da sentença de 20 de abril, que foi confirmada no último dia 8 de agosto pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) com o indeferimento do habeas corpus (n° 0029991-26.2017.8.19.000).

De acordo com o site Justificando (2017), no Habeas Corpus, os advogados pontuaram que Rafael Braga tem bons antecedentes, pois trabalhava de forma lícita como funcionário de auxílios gerais no escritório de advocacia João Tancredo, possuía residência fixa comprovada, negou a acusação sofrida insistindo que ocorrido se tratava de um flagrante forjado, foi acusado de associação para o tráfico

de drogas, evidenciando — deste modo — uma grande contradição no testemunho acusatório, no momento em que foi preso não portava nenhuma espécie de arma, além, de possuir uma testemunha ocular, garantindo sua inocência, não foi aberto nenhum processo de apuração sobre a possível associação a que Rafael pudesse fazer parte, fora o fato da ínfima quantidade apreendida e atribuída a ele. Entretanto, mesmo com a série robusta de argumentos apresentados, a maioria dos desembargadores optaram, por dois votos, mantê-lo sob custódia do Estado.

No tempo em que o julgamento aguardava recurso, a defesa alegou que Rafael havia contraído tuberculose depois de passar um ano sem atendimento médico, reclamando de tosse. (LUCHETE, 2017).

De acordo com o site do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rogério Schietti, ministro do STJ, concedeu o habeas corpus (n° 415.508) a Rafael e o transferiu para prisão domiciliar. De acordo com o ministro, a tuberculose foi comprovada tendo em vista que o réu vivia em uma situação degradante no Instituto Alfredo Tranjan, pertencente ao Complexo Penitenciário de Bangu. Schietti afirmou ainda que, de acordo com a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, o complexo registrou lotação de 350% de sua capacidade em fevereiro deste ano. O local tem, ainda, sujeira "expressiva" e apresenta carência de medicamentos simples.

O intenso quadro de superlotação carcerária, a falta de profissionais capacitados e as péssimas condições de higiene potencializam a propagação da tuberculose, em razão da sua transmissão, geralmente, ser por via aérea. (LUCHETE, 2017).

Ainda que a jurisprudência do STJ seja desfavorável à permissão de liminar em HC quando o pedido ainda não foi julgado por tribunal inferior, em órgão colegiado, o relator viu "coação ilegal" suficiente para afastar a regra. (LUCHETE, 2017).

De acordo com Luchete (2017), o ministro, para fundamentar sua decisão, aduziu:

> O quadro grotesco de violações aos direitos e às garantias fundamentais alcança distinto patamar em hipóteses que, como a de Rafael Braga Vieira, tratam de indivíduos que satisfazem o perfil corriqueiro dos encarcerados no país: negros, jovens, de baixa renda e escolaridade. [...] indivíduos que, além do encarceramento em massa que cotidianamente desafia a batalha histórica contra o preconceito no País, enfrentam insalubres condições de sobrevivência

Utilizando como parâmetro o acórdão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, o ministro Rogério Schietti aduziu que a decisão vale durante o tratamento. (LUCHETE, 2017).

2.3 A repercussão pública do caso

É importante ressaltar a opinião da sociedade sobre o caso, pois a visibilidade do debate sobre a igualdade racial em um país onde ainda existe a negação do racismo, se faz necessária. A repercussão do caso evidencia uma pequena evolução na luta contra o preconceito racial — uma questão a ser combatida, mas que para isso deve ser encarada de frente.

Diante de tais fatos, é imprescindível falar sobre o racismo estrutural, que é um dos principais problemas que assolam os jovens negros desse país, pois muitos deles acabam perdendo a vida em virtude desse câncer social.

Segundo os dados de 2014 do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o Brasil possui a 4º maior população carcerária do mundo, com um número total de 622.202 presos, dois quais 61,6% são negros (pretos e pardos). O que elucida a seletividade do sistema penal, um instrumento utilizado como forma de segregação de direitos e extermínio da população negra.

É notório que o caso Rafael Braga gerou muita revolta. Muitos movimentos sociais em todo país se mobilizaram e denunciaram o racismo e a seletividade do sistema penal brasileiro. O caso é polêmico e bastante criticado e, sobre ele Djamila Ribeiro declarou que:

> O caso de Rafael Braga é a prova do projeto ideológico do Estado brasileiro de super encarceramento e autoritarismo. A sentença demonstra que existe um tribunal racial com o objetivo de criminalizar pessoas negras, uma vez que palavras de policiais absolutamente questionáveis por todos os pontos de vista prevalecem sobre a de Rafael e da testemunha ocular. O que fundamenta essa diferença de credibilidade é o racismo. (JUSTIFICANDO, 2017)

Em suas redes sociais, pontuando como uma voz especialista e técnica, o Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e advogado criminalista Antônio Pedro Melchior asseverou que "a prática de tratar os agentes envolvidos na prisão como testemunhas do fato é errada sob todos os aspectos em que se analise". (JUSTIFICANDO, 2017).

Ainda de acordo com o site Justificando (2017), Melchior esclarece que:

> [...] conceitualmente, em português ligeiro, as testemunhas são, pessoas desinteressadas' que, a priori, não estão comprometidas com o resultado do julgamento (ressalvas pessoais à parte). Policiais que prenderam o imputado [no caso, Rafael Braga] em flagrante ou atuaram na investigação tem interesse em defender a legalidade da própria atuação, o que é mais ou menos óbvio. Não são testemunhas por isto. [...] não possuem qualidade suficiente para oferecer um conhecimento seguro sobre os enunciados fáticos e, portanto, não servem ao objetivo de chegarmos em uma decisão em que seja justificável aceitar que determinado fato ocorreu. Não pode servir para condenar uma pessoa

Na fase de individualização da pena, o magistrado considerou de forma dupla a reincidência pela condenação por terrorismo. Em sentença, a reincidência foi aplicada tanto para aumentar a pena base, quanto para majorar a segunda fase. (JUSTIFICANDO, 2017).

De acordo com o site Justificando (2017), a professora Aline Passos ironizou nas suas redes sociais:

> Se um aluno meu faz uma dosimetria da pena que cita reincidência na primeira fase e na segunda fase do cálculo, eu zero a questão, mas aparentemente, o juiz Ricardo Coronha Pinheiro, que fez a dosimetria da estúpida condenação do Rafael Braga, pulou Teoria da Pena na graduação.

Em nota, segundo o site Justificando (2017), o DDH, responsável pela defesa técnica de Rafael desde dezembro de 2013, demostrou sua indignação quanto a sentença, pois de acordo com o Instituto a sentença viola a presunção de inocência, criminaliza a pobreza e corrobora com a estigmatização de um jovem sem recursos, negro e oriundo de favela.

Em decorrência do caso, quatro dias após a condenação por tráfico e associação ao tráfico de drogas, vários movimentos sociais, em especial setores do movimento negro de São Paulo e grupos que debatem questões pertinentes à segurança pública e sistema prisional, formaram em São Paulo uma manifestação para exigir a imediata liberação de Rafael Braga. Cerca de 500 pessoas marcharam até o escritório da Presidência da República em SP, que fica próximo da esquina da Avenida Paulista com a rua Augusta. A caminhada durou pouco mais de duas horas para ser efetivada. (SANZ, 2017).

Segundo Sanz (2017), Débora Silva, militante do grupo Mães de Maio — organização de mães que reivindica verdade e justiça para os assassinatos de seus filhos em uma chacina, no ano 2006, ocasionada por PM'S em São Paulo, diante do surgimento dos confrontos entre o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Estado — em relato acalorado, afirmou que:

> Como podemos ver um avião com centenas de quilos de pasta base não ter dono e uma porçãozinha pequena de droga como a que implantaram no Rafael Braga fazer o juiz vê-lo como traficante? Só o racismo explica uma coisa dessa. Isso é inaceitável. [...]

De acordo com Sanz (2017), Débora relata, ainda, a atuação de sua organização em torno do caso Rafael Braga e as dificuldades de Adriana, mãe do mesmo:

> Conheço a mãe do Rafael através da campanha pela liberdade dele, desde que foi preso nas manifestações de 2013. Estivemos na Cinelândia no Rio de Janeiro com ela e a dissemos que estamos lado a lado nessa luta. O filho dela também é meu filho. Ela se emocionou com isso e o pessoal do Rio está fazendo uma campanha para arrecadar doações para ela, pois está numa situação muito ruim, não consegue

> nem trabalhar devido ao que está acontecendo com o filho. Adriana é como se fosse uma irmã pra mim, é mais uma mãe vítima desse sistema opressor que é o judiciário. (sic).

Conforme Sanz (2017), Débora lastima a condição de confiabilidade e aval jurídico que gozam os agentes da Polícia Militar, em casos em que só exista o depoimento policial, e afere que tão somente uma mudança desse paradigma (encarceramento em massa) poderá trazer alguma saída para essa realidade enfrentada pela juventude negra. Vejamos o que diz Débora:

> Se o Judiciário tivesse um outro olhar e não aceitasse que a PM fosse testemunha de si mesma não teríamos tantas cadeias e cemitérios abarrotados de jovens. A postura do Judiciário precisa mudar, a reforma do judiciário é necessária para o bem da nação, pois o judiciário não está cumprindo seu papel, está fazendo apenas o peso da balança; e a balança só pende para um lado, que é contra os pobres e negros das favelas e periferias.

Luka Franca, integrante da Marcha das Mulheres Negras de São Paulo, indagou que a sentença que condenou Rafael Braga ao crime de tráfico de drogas foi um "baque gigantesco". (SANZ, 2017). Luka declarou ainda que:

> O movimento já vinha acompanhando o caso do Rafael Braga desde 2013 e quando sai essa sentença e você olha para toda a história, pode ver o quanto isto é uma perseguição. Ele estava fora da cadeia, com um conselheiro, eles sabiam onde ele estava e montaram uma cilada para o Rafael. E nisso veio o juiz e lhe deu uma sentença de 11 anos sem lembrar que o crime que ele fora condenado pela primeira vez é um crime inexistente. Ou seja, é uma sequência de absurdos que só tem uma explicação: o sistema racista está nos dizendo aos negros onde é o nosso lugar se estivermos na hora errada no lugar errado ou se estivermos usando a nossa voz para falar alguma coisa que esse sistema não quer que seja dita. [...] tem uma coisa simbólica aí. Nessa semana que saiu a sentença do Rafael fazem algumas semanas que tivemos três mortes de meninas negras e periféricas no Rio de Janeiro, atingidas por balas perdidas que saíram de armas policiais. Isso diz muito sobre o Brasil. O nosso país ainda não soube enfrentar com responsabilidade a questão do racismo, ficou refém do mito da democracia racial, e não vem enfrentando essa questão, apenas recrudescendo. É o plano da Casa Grande: nos prenderam e mataram lá atrás e continuam prendendo e matando hoje.

De acordo com Melo (2017), para a socióloga Nathalia Oliveira — coordenadora da Iniciativa Negra por Uma Nova Política sobre Drogas (INNPD) — em entrevista a Carta Capital, a Lei de Drogas brasileira é um máquina de controle social das periferias. De acordo com a mesma:

> As pessoas são condenadas pelo CEP de onde moram, pela cor da pele e pelo testemunho do policial. Basta a cena: sujeito periférico, de cor preta. Se a polícia disser que ele é traficante com base em um objeto forjado, essa tese será facilmente aceita pela Justiça. É uma lei que dá muita liberdade para o policial e para o juiz.

Segundo Melo (2017), em resposta à Carta Capital sobre o que representa a condenação de Rafael a uma pena de mais de 11 anos de prisão, a socióloga Nathalia aduziu que:

> Eu acho que é uma resposta simbólica de um campo conservador do Judiciário, como quem diz: 'quanto mais vocês se mobilizarem para defender essas pessoas, mais dura será a nossa resposta'. Querem desencorajar a mobilização das organizações de direitos humanos em relação a este caso.

Nathalia, ainda, em resposta às perguntas: "De que forma a guerra às drogas atinge os moradores das periferias e os negros?" e "Você diria que o objetivo do sistema é exatamente esse, o de criminalizar os negros?", feitas pela Carta Capital afirmou que:

> Os crimes pelos quais os moradores das favelas respondem estão geralmente relacionados ao tráfico de drogas. É como se o tráfico estivesse restrito às regiões pobres do Brasil, quando na verdade a gente sabe que o consumo de drogas atinge todas as camadas sociais.
>
> (...) É um instrumento de controle social das periferias. Aos olhos da sociedade e do Judiciário, qualquer periferia é uma região de tráfico, e é isso que está sendo reforçado todos os dias na televisão e nos meios de comunicação. A arbitrariedade da lei permite que todo mundo seja preso como traficante, inclusive quem não é sequer usuário.
>
> (...) A Lei de Drogas também tem poucos critérios de diferenciação (entre usuários e traficantes), então se a pessoa é negra e pobre e está portando uma quantidade de droga, essa pessoa é traficante.

> Dificilmente ela vai ser vista como usuário. Qualquer usuário na periferia tem medo de ser associado ao tráfico, porque isso é muito comum. É como se o olhar do juiz estivesse treinado para olhar para o sujeito que se encontra nessa situação como traficante. Está na periferia e tem droga? É traficante. É uma Justiça que reforça a segregação racial no Brasil. [..] Eu acho que existe uma parcela grande do Judiciário que acha que promover Justiça significa condenar pessoas ao regime fechado. Os juízes operam nessa lógica e proferem sentenças a cada 15 minutos, muitas vezes sem refletir sobre o caso, sem fazer uma análise. Os casos são pouco investigados, não há interesse em investigar, e as condenações são automáticas, mas ninguém problematiza a questão. Isso é omissão. Historicamente, o próprio sistema capitalista se estruturou nessa opressão dos corpos negros, que eram tratados como mercadoria. Enquanto a gente não tratar os negros como sujeitos de direitos em todos os países que utilizaram mão-de-obra escrava, eles automaticamente estarão vulneráveis à pobreza e à informalidade do trabalho e, por consequência, vulneráveis ao sistema de Justiça.

De acordo com Melo (2017), questionada sobre a influência da tornozeleira eletrônica usada por Rafael, no momento da prisão, a socióloga Nathalia, em resposta à Carta Capital, asseverou que:

> A tornozeleira eletrônica tem servido para identificar quem a polícia pode abordar, e tudo isso reforça a narrativa de que um criminoso é irrecuperável. É a pena social perpétua. Mesmo antes da tornozeleira, quando os policiais abordavam alguém que já havia tido passagem pelo sistema de Justiça, a tendência era a pessoa reincidir, seja por um flagrante forjado ou outra coisa. O pensamento do policial é: 'você não é santo'. Então qualquer pessoa que tem passagem torce para nunca ser abordada pela polícia.

Conforme Melo (2017), ao ser questionada pela Carta Capital, sobre qual é a mudança mais urgente no Brasil (no que diz respeito às políticas de drogas e ao encarceramento em massa), a socióloga aduziu que:

> O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) divulgou recentemente um caderno com 16 medidas imediatas para reduzir o encarceramento no Brasil. Dessas 16 medidas, eu citaria como prioridade a proposta de não permitir condenações baseadas exclusivamente na palavra dos agentes de segurança, dos policiais, que são os responsáveis pela prisão do suspeito. Também é necessário que o tráfico de drogas não seja considerado crime hediondo. O fato de ser

> hediondo faz com que parte da pena tenha que ser cumprida em regime fechado, e isso faz com que muitos juízes já decidam pelas prisões provisórias.

De acordo com o site Justificando (2017), a libertação de Rafael Braga é uma exigência dos movimentos negros. O julgamento parcial tem sido intensamente criticado nas redes sociais e em vários seguimentos da sociedade.

Ainda segundo o site Justificando, durante o 23° Seminário Internacional de Ciências Criminais, que ocorreu em agosto deste ano, o ministro Rogerio Schietti Machado Cruz disse estar preocupado com um regime que "contradiz sua função", que não cumpre a "duração razoável da prisão preventiva" e transforma o garantismo penal em uma plena "utopia". O mesmo diz se envergonhar por votar, sucessivas vezes, contra a concessão de HC.

Diante o exposto, cabe a indagação de qual seria a função do Processo Penal. De acordo com Neves (2014), o sistema processual penal que deve prevalecer em um Estado Democrático de Direito é aquele que está em harmonia com a Constituição Federal e busca salvaguardar os direitos fundamentais do acusado, que demonstra que o processo deve ser o equilibro do poder de punir do Estado.

Desse modo, conclui-se que a função do Processo Penal é assegurar os direitos e as garantias do acusado. Seria o Processo Penal um instrumento de proteção garantido ao cidadão em razão dos abusos punitivos do Estado? Rafael Braga se amolda como inimigo — de acordo com a teoria de Günther Jakobs — para o sistema penal brasileiro?

O caso em tela traz à tona várias reflexões necessárias, tais como: a seletividade do sistema penal brasileiro — em que o preconceito racial eclode como fator "X" para o etiquetamento em massa de jovens negros moradores de regiões periféricas — e a incompatibilidade do Código de Processo Penal com Constituição de 1988 (que parte do pressuposto garantista, que visa a efetivação dos direitos fundamentais).

3 DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi elaborada no ano de 1985 por Günter Jakobs. Essa, busca a separação dos indivíduos em cidadãos e não cidadãos, em que o primeiro tem suas garantias respeitadas e o segundo, por ser uma fonte de perigo ao Estado, tem suas garantias suprimidas e não é considerado como pessoa de direito. (JAKOBS, 2010).

Em sua primeira abordagem, Jakobs buscou tratar o tema de forma ampla e, apenas, descritiva, preocupando-se apenas em expor a ideia da teoria, trazendo, até mesmo, algumas críticas. Entretanto, posteriormente em 1999, passou a concentrá-la em função de crimes mais relevantes, como aqueles praticados contra os bens jurídicos individuais (atos de terrorismo). (MÉLIA, 2010; MORAES, 2010; PRITTWITZ,2004).

3.1 Do direito penal do inimigo e suas principais críticas

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria que valida a separação dos indivíduos em duas categorias. A primeira categoria seria a dos cidadãos — considerados como pessoas —, ou seja, os que oferecem garantias de cumprimento das leis. A segunda categoria seria a dos inimigos — considerados como "não pessoas" —, isto é, os que não guardam o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, a Teoria em questão legitima a supressão das garantias dos "inimigos", com o fundamento no contrato social de Rousseau. Logo, pelo fato de representarem uma ameaça constante ao Estado, deveriam ser neutralizados.

De acordo com Jakobs (2010), existem dois direitos penais: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O primeiro seria destinado aos cidadãos (que são considerados como pessoas). Já o segundo, seria destinado aos inimigos ("não pessoas"). Isso porque, de acordo com o autor, os inimigos são indivíduos que não garantem, ao Estado, comportamento moral e adequado. Ou seja, garantias mínimas de comportamento aceitável, pois não respeitam o ordenamento jurídico.

Por esse motivo, são taxados como fontes de perigo para as sociedades, em virtude disso, devem ser combatidos.

Para Günter, a teoria é válida em virtude da manutenção do direito de segurança dos cidadãos e da necessidade de manter conservada a autoridade do Estado, que na maioria das vezes é posta à prova pelos inimigos. (JAKOBS, 2010).

Todavia, é imprescindível questionar-se se a construção teórica possui fundamento para ser introduzida na realidade de países democráticos, uma vez que, a mesma, entra em choque com o paradigma do Estado Democrático de Direito. (MÉLIA, 2010; MORAES, 2010; PRITTWITZ, 2004).

Jakobs entende que o Direito Penal do Inimigo é legítimo em um Estado Democrático de Direito, pois para ele, o ideal de igualdade deve ser suprimido em razão da segurança coletiva. É importante frisar que essa teoria surgiu em um contexto de Estado pós-moderno, em que os riscos atrelados a essa nova realidade poderiam ocasionar uma condição de vulnerabilidade social. (MORAES, 2010).

Jakobs (2010, p. 90) declara:

> O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, contrata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal e prospectiva [...]. Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas [...]. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Para Jakobs (2010), o Direito Penal do Cidadão protege a efetividade da norma jurídica. Já o Direito Penal do Inimigo combate perigos. Ou seja, previne o dano à sociedade, afastando esse estado de insegurança trazido pelo inimigo.

Contudo, de acordo com Zaffaroni (2007), não é possível existir uma distinção entre cidadão (pessoa) e inimigo (não pessoa), porque o Estado não pode afastar os indivíduos de sua condição de pessoa, pois esta característica é uma qualidade intrínseca a todo ser humano.

Ainda de acordo com Zaffaroni (2007, p.18):

> [...] a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o Direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoa) e inimigos (não pessoas) faz-se referência a seres humanos que são privados a certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas [...]

Para Zaffaroni (2007), o tratamento diferenciado empregado aos inimigos, que é defendido por Jakobs, não é legítimo. Isso porque a qualidade de pessoa independe da "graça" do Estado. Não é esse quem dita essa qualidade, pois o homem já nasce com ela (dignidade humana). Todo ser humano tem o direito a ter direitos. É impossível existir uma diferenciação entre cidadão (pessoa) e inimigo (não-pessoa), isso porque o Estado não pode privar os cidadãos à qualidade de ser pessoa, já que tal condição afronta a sua própria natureza de ser humano. Portanto, o direito em ser tratado como cidadão é um direito intrínseco e não um favor do Estado. Segundo Cabette (2012), um Estado que se auto intitule como Constitucional de Direitos Humanos não pode aceitar a existência e aplicabilidade de um mecanismo jurídico como o Direito penal do Inimigo, isso porque, tal estado, entraria em contradição com sua busca quanto ao desenvolvimento e plenitude da dignidade humana.

Entretanto, como justificação de sua teoria, Jakobs (2010) afirma que, em razão de ter burlado o contrato social e, consequentemente, não ser digno da confiança do Estado, o inimigo deve ter seus direitos e garantias reduzidos ou até mesmo suprimidos. Desta forma, o inimigo é, para Jakobs, todo aquele que reincida na prática de delitos ou que cometa crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, ou seja, aquele que é considerado perigoso ou que não consegue provar ao Estado que sua liberdade não é um problema.

É importante ressaltar que o cidadão de Jakobs não é aquele que não comete crimes. Mas é aquele que, embora cometa crimes (com menor relevância social), ofereça garantias de obediência ao ordenamento jurídico, logo é caracterizado como alguém que praticou uma falha e que não delinque de modo reiterado. Ao contrário do inimigo que se auto excluiu, fazendo com que o Estado remova sua caraterística

de pessoa, pois não garante à sociedade o comportamento do homem médio. (JAKOBS, 2010).

Sobre este apontamento, Jakobs (2010, p. 58) teoriza que:

> Assim, a personalidade real, que rege a orientação, não é gerada pelo simples fato de ser postulada, mas sim, ao contrário, devem concorrer também determinadas condições. Por isso, a proposição "no Direito, todo ser humano tem o direito a ser tratado como pessoa" é incompleta. (...) Em consequência, a formulação correta da proposição é a seguinte: "todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como pessoa", e quem não aplicar esta proposição, será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como pessoa. (sic).

De acordo com Jakobs (2003, p. 138), utilizando-se do contrato social de Rosseau, aduz que aquele que quer ser tratado como pessoa deve agir como pessoa (guardar as leis), e se o indivíduo não oferecer como garantia o cumprimento dos mandamentos legais, o direito penal passa a ser uma reação da sociedade ante o ato de um de seus membros para ser uma reação contra um inimigo. E, por essa razão, ações desmedidas — como supressão de garantias penais — são permitidas. De acordo com o que foi acima exposto, do ponto de vista de Jakobs (2003), pode-se concluir que o Estado é um acordo de pessoas (contrato) e a quebra desse se daria por determinadas transgressões contratuais, como, por exemplo, o delito. Ou seja, aqueles que cometem delitos estão transgredindo o acordo contratual, o que os torna inimigos e os fazem perder as garantias que possuíam.

Entretanto, segundo Cabette (2013), Rousseau designou o termo inimigo apenas para os adversários de guerra e não para o contexto amplo como fez Jakobs. Para Rousseau, a guerra é uma relação entre Estados e não entre homens, ou seja, a nomeação de um inimigo seria dada, restritamente, a um Estado.

Jakobs afirma que sua proposição possui um menor alcance em relação a proposta contratualista de Rousseau. Entretanto, Jakobs considera que o implemento de um direito penal diverso, fora dos limites do estado de guerra, é válido, levando em conta, apenas, o grau de perigo que o indivíduo possa representar. Ao contrário

do contratualista que limita esse implemento de forma restrita ao contexto de guerra. (CABETTE, 2013).

Jakobs afirma que sua teoria tem um alcance menor do que a proposta do filosofo contratualista, entretanto, Jakobs admite a aplicação de um direito penal diverso até mesmo fora do estado de guerra, sendo necessária, apenas, a periculosidade do indivíduo, ao passo que, Rousseau reduz esse alcance aos limites da guerra. (CABETTE, 2013).

Jakobs (2005, p. 45), prevendo as possíveis críticas, alude que demonizar o Direito penal do inimigo seria um ato incorreto. Isso porque tal atitude não contribuiria para a resolução do impasse em como tratar o não cidadão (o inimigo). O autor, ainda, utiliza uma ideia kantiana — de que deve existir a separação entre cidadãos com o objetivo de proteção frente aos inimigos — como forma de validar seu argumento.

De acordo com Zaffaroni (2007), Jakobs faz uso de sua teoria com o objetivo de tentar legitimar a forma de tratamento diferenciado ao inimigo deduzida por Hobbes e Kant (antiliberais). Porém, tal fato não é inerente a um Estado democrático de direito, pois, ao contrário do direito do inimigo, o real Estado democrático garante o direito a resistência diante da opressão.

É imprescindível pontuar que no meio jurídico essa teoria conta com um número muito menor de simpatizantes do que de críticos que a rejeitam por força de um Estado Constitucional de Direitos. No âmbito político, em contrapartida, há inúmeros admiradores que recorrem desses elementos do Direito Penal do Inimigo com o objetivo de obter aval em suas proposições políticas. Revestindo-se, dando nova aparência a teoria, de legitimidade ambígua. (CABETTE, 2013). O que nos revela a vulgarização da teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que sua aplicação não alcança só a figura do terrorista — não que o terrorista deva perder suas garantias, ao contrário, seu valor humano é intrínseco, independe de suas condutas —, alcança, de igual forma, outros indivíduos que estão longe dessa perspectiva do terrorismo (Rafael Braga é um exemplo).

É indiscutível que, desde o surgimento do Direito Penal, o caráter punitivo sempre foi um ponto bastante questionável. E, tratando-se do século XXI, a teoria de Jakobs demonstra enorme retrocesso.

A ideia de Jakobs se tornou mais familiar aos estudiosos e profissionais do direito após os ataques terrorista às torres gêmeas em Nova York, EUA. Diante do cenário de medo e em decorrência do aumento das tragédias terroristas, várias pessoas passaram a aceitar a teoria de Jakobs. (MÉLIA, 2010; MORAES, 2010; PRITTWITZ, 2004).

O estado de medo e comoção, a qual se encontrava a sociedade mundial, acabou dando abertura para que a teoria de Jakobs ganhasse legitimação até mesmo em países democráticos, porque o cenário de insegurança se findou na construção do Direito Penal do Risco, o qual se adere aos mecanismos expansivos para o combate à criminalidade organizada, ao terrorismo, ao tráfico de entorpecentes e a corrupção. E com isso, nota-se que esse Direito Penal do Risco foi moldado a partir da ameaça à segurança pública, fazendo com que o ideal de segurança seja sobreposto ao de igualdade. Deste modo, a prevenção social positiva enrijece os valores sociais em prol da manutenção da harmonia social evitando, assim, que essa entre em colapso. (MORAES, 2010).

A ideia do Direito Penal do Inimigo foi concebida a partir da conjetura do funcionalismo sistêmico e a prevenção geral positiva, isto é, a segurança social é elevada ao topo, ao passo que os direitos individuais são colocados reduzidos de forma bastante significativa. (MORAES, 2010).

O funcionalismo é uma teoria demasiadamente pragmática, que afirma que o Direito Penal é uma estrutura que necessita proteger a aplicabilidade e efetividade do sistema social e subsistemas. De acordo com Jakobs, o fato de algumas pessoas descumprirem as leis demostrando, assim, sua deslealdade ao ordenamento jurídico, acaba justificando a separação de indivíduos (cidadão e inimigo). (MORAES, 2010).

Jakobs adere a teoria do funcionalismo sistêmico. O referido aludi que a prevenção geral positiva opera de forma preventiva ao manter a força da aplicação da norma. Isso porque a pena tem missão de tornar válida a mesma. (JAKOBS, 2010).

A teoria de Jokobs coloca o indivíduo mais na seara das responsabilidades do que na seara de direitos. Ou seja, a pessoa para ele é um sujeito que tem responsabilidades para com o Estado. Isso significa que o conceito de pessoa é uma construção social e não algo intrínseco posto pela natureza. Logo, Jakobs aduz que nem todo ser humano é pessoa de direitos. (MORAES, 2010).

É importante ressaltar que, a partir do que foi exposto, a aplicação da política criminal punitiva (Direito Penal do Inimigo) não é capaz de diminuir os índices de criminalidade e, por essa razão, não deve ter credibilidade. (Amaral, 2010; MELIÁ, 2010; ZAFFARONI, 2007).

Infere-se que o Direito Penal do Inimigo se manifesta como uma medida de exceção e, por esse motivo, não possui validade para ser intitulada como Direito Penal. Da mesma forma que a utilização do título Direito Penal do Cidadão é desnecessária, pois todo direito penal é do cidadão, já que esse atua em prol do cidadão, garantindo-lhe a efetivação e proteção dos seus direitos. (MELIÁ, 2010).

Segundo Zaffaroni (2007), as Constituições democráticas preveem o Estado de Exceção em casos de crise, esse controle é limitado pela própria Constituição. Deste modo, não se faz necessário o Direito Penal do Inimigo, porque as Constituições Federais já antecipam instrumentos próprios para casos excepcionais, tais como o estado de sítio e a guerra. O referido autor demonstra a desnecessidade da teoria de Jakobs, em razão de ser uma medida extrema, não podendo ser usada em tempos normais.

Segundo Batista (2004), O Direito Penal é legislado para cumprir e exercer funções concretas dentro e para uma sociedade que se formou de forma determinada. Conforme o autor, não é possível legitimar a teoria do Direito Penal do Inimigo. Isso

porque a teoria se baseia no risco, não podendo, desse modo, aferir a figura do inimigo. Ou seja, em razão da seleção do inimigo ser uma incógnita — não podendo ser aferida com clareza e segurança.

Ainda segundo o autor, o Direito Penal resultante da sociedade de risco pode ser delineado pela exarcebação da criminalização das condutas e por intermédio da multiplicação de novos bens jurídicos coletivos. Com o crescimento dos crimes de perigo — crimes de perigo abstrato que se sobrepõem aos crimes de perigo concreto — os problemas se concentram em como apontar com precisão quem é o verdadeiro inimigo, em que irá taxar essa não pessoa e porque esse irá perder seu status de cidadão. Pois não se pode aferir que o objetivo dessa separação ser em prol da eficiência punitiva. Isso porque o Direito Penal do Risco não combate à criminalidade. (BATISTA, 2004).

Ante ao exposto, ficou clara a ilegitimidade da teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que ela prega uma forma discrepante de tratamento para os cidadãos, se aproximando dos modelos utilizados por Estados Totalitários, já que há a perda de garantias constitucionais dos "não cidadãos", o que contraria os ditames garantistas das constituições democráticas de direito, além, do ideal de efetivação dos direitos defendidos pela Democracia Moderna.

3.2 Do garantismo penal e da crítica de ferrajoli ao direito penal do inimigo

O garantismo penal é uma teoria penal e processual penal desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli. Ela tem por escopo a limitação do poder punitivo estatal, a qual busca reduzir ao máximo este poder e garantir maior liberdade ao cidadão. Esse proposito baseia-se no pensamento iluminista. (NOVELLI, 2014).

Ferrajoli (2010, p. 785-786) conceituando sua teoria aduz:

> Garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema

> cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

O garantismo penal constitui uma teoria jurídica de "validade" e da "efetividade" como espécies diversas não só entre si, mas, de igual modo, pela existência ou "vigor" das normas. Nessa perspectiva, a palavra garantismo indica uma proximidade teórica que mantém afastados o "ser" e o "dever ser" no direito. Também coloca como problemática teórica central a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos e práticos operacionais. Essa desarmonia entre normas "válidas" e "vigentes" e "eficazes" foi chamada de "juspositivismo dogmático" (FERRAJOLI, 2010, P. 786).

Trazendo uma nova definição, a partir da filosofia do direito e da análise da política, Ferrajoli (2010, p. 787) diz:

> Garantismo" designa uma filosófica política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o "ser" e o "dever ser" do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo

Assim, o termo garantismo abarca três diferentes conceitos: o modelo normativo de direito (em que é garantista o sistema penal que garante um Estado de Direito), a teoria jurídica crítica (oposta ao positivismo dogmático que traz a distinção entre normatividade e realidade) e filosófica política (que ordena ao Direito e ao Estado o dever de justificação externa baseada na proteção dos bens e direitos individuais). (FERRAJOLI, 2010).

Diante de inúmeros conceitos acerca da teoria garantista, pode-se resumi-la como uma política criminal em que vigora a mínima intervenção estatal no processo normativo punitivo, fundamentando-se na validade da norma e na sua efetividade. Operando como uma filosofia política externa que confere ao Direito e ao Estado o dever de buscar a finalidade da norma penal. (NOVELLI, 2014).

É importante mencionar que Ferrajoli apresenta sua teoria como um freio ideológico para atuação violenta do Estado ao retirar do cidadão sua liberdade, pois, ao por essa limitação (freio), está buscando a aplicação do direito penal como uma última alternativa. Ou seja, o Estado deve exercer seu poder punitivo como uma ultima ratio. garantindo, desse modo, maximização das garantias e liberdades do cidadão. (NOVELLI, 2014).

O fundamento da teoria garantista se encontra no Estado Democrático de Direito. Essa definição garantista quer dizer: proteção naquilo que está positivado (escrito no ordenamento jurídico), isto é, direitos e deveres conferidos aos cidadãos pelas constituições. (FERRAJOLI, 2010).

De acordo com Ferrajoli (2010), o Garantismo Penal é uma linha ideológica que diverge de teorias que são coniventes com a supressão de garantias penais. Para o autor, o direito penal é um instrumento de defesa contra os abusos do estado e, por essa razão, rejeita a teoria do Direito Penal do Inimigo. Uma vez que essa busca legitimar e ampliar as práticas violentas do Estado contra os indivíduos fugindo de toda a evolução do direito penal que tem por base evolutiva a ampliação das liberdades. Ou seja, o garantismo penal não busca apenas proteger os direitos dos cidadãos, mas, também, limitar o Estado com barreiras garantistas, em razão da estrutura dogmática tradicional do Estado, a qual consiste na faculdade de criar o Direito.

O garantismo penal se configura como uma forma equilibrada entre o poder de punir do Estado e os direitos individuais do cidadão. Caracteriza-se por um minimalismo penal, o qual compreende a necessidade do direito penal, mas, em

contrapartida, entende que há uma relevância maior de impor freios nessa capacidade punitiva.

Esses freios (limitações) se dão a partir de técnicas (axiomas de minimização) que irão ser utilizadas para reduzir o poder estatal que garantirão equilíbrio. Esses axiomas são: Princípio da Retribuição (nulla poene sine crimine), o qual diz que não há pena sem crime; Princípio da Legalidade (nullun crimen sine lege), o qual pressupõe que não há crime sem lei; Princípio da Intervenção mínima (nulla lex poenalis sine necessitate), o qual diz que não há lei penal sem necessidade; Princípio da Ofensividade (nulla necessitas sine injuria), o qual diz que não há necessidade sem injúria, isso quer dizer que não há crime sem que haja uma lesão; Princípio da Materialização do Fato (nulla injuria sine actione) que diz, basicamente, que o direito penal é do fato e não do autor; Princípio da Culpabilidade (nulla actione sine culpa), o qual aduz que não há ação sem culpa, reprovação da conduta, que limita a pena a ser aplicada; Princípio da Jurisdicionalidade (nulla culpa sine judicio), o qual aduz que não há culpa sem sentença, ou seja, um órgão imparcial, diferente do acursatório; Sistema Acusatório (nullum judicium sine acusatione), o qual diz que não há sentença sem acusação, visa a separação do sistema de acusação, defesa e julgamento, o que garante um julgamento imparcial e justo; Princípio do Ônus da Prova (nlla accusatio sine probatione), o qual aduz que não há acusação sem provas e quem alega é quem tem que provar; Princípio da Ampla Defesa (nulla probatio sine defensione), o qual aduz que não há prova sem defesa. (FERRAJOLI, 2010).

Os 10 axiomas, acima citados, são uma forma de equilibrar o poder de punir do Estado por meio de limitações. Isso significa que o mesmo pode exercer seu poder estatal, mas deverá resguardar certas garantias do indivíduo. Ou seja, o cidadão poderá ter sua liberdade restringida. Contudo, antes disso, o Estado deverá zelar pelo cumprimento do devido Processo Legal.

Diante o exposto, é possível vislumbrar a incompatibilidade da teoria do Garantismo Penal com o Direito Penal do Inimigo, pois a primeira é contrária ao direito penal do risco, o qual busca o processo penal e direito penal como meios de

proteção do Estado a despeito das garantias e dos direitos individuais. Já a segunda tem como pilar de sustentação o direito penal do risco, o que para Ferrajoli se configura como uma grande violação do Estado Democrático de Direito, uma vez que relativiza e/ou até mesmo retira as mais essenciais garantias, tais como: ampla defesa, contraditório e presunção de inocência. Ou seja, a garantia de um devido processo legal. (FERRAJOLI, 2010).

3.3 A dignidade humana do inimigo

O princípio da dignidade humana está disposto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, esse é o fundamento do Estado Democrático de Direito. Sobre esse princípio, Ingo Wolfgang SARLET (2002, p. 68) destaca:

> Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

A dignidade humana é algo inerente ao homem, ou seja, é um atributo natural e intrínseco ao ser humano, sendo, apenas, garantindo pelo Direito, uma vez que o Direito não cria o referido princípio, pois sua existência é anterior ao Estado. Isto é, a dignidade humana não é construída pela sociedade, nem é dependente das características do cidadão, é um elemento objetivo e indisponível desse. (BARROSO, 2010, p. 22).

De acordo com Barroso (2010, p. 22), a dignidade humana não pode ser suprimida e não deixa de ser garantida mesmo diante do comportamento indigno do indivíduo, independe, até mesmo, da razão.

Nesse sentido, Reale (1999, p. 210-2014) declara que o homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com sua valia.

Todos os valores do Direito existem em função do homem e não o contrário. Além disso, o autor aduz que a dignidade da pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores e esse não compartilha da ideia de que a essa seja uma construção histórica da sociedade, como defendido por alguns autores. O valor humano é o norte desse princípio, é esse valor que torna os indivíduos dignos mesmo que não tenha uma sociedade organizada ou que o próprio indivíduo não tenha consciência de seu valor humano.

De acordo com Barroso (2010, p. 15-16), Kant discorre que o homem o único ser dotado de razão e, por esse motivo, tem autonomia para discernir o que certo e errado, devendo domar seus instintos e agir de forma correta e idônea. Essa dignidade, característica natural do homem, é fundamentada a partir da autonomia do homem.

Sobre essa premissa kantiana, Barroso (2010, p. 17-18) sustenta que o ser humano é livre e único, não podendo ser coisificado ou ser substituído por outra coisa equivalente. Ou seja, o homem existe como um fim em si mesmo, não como meio para garantir qualquer outra coisa e, por esse motivo, é uma pessoa e deve ser trado como tal, isso limita todo arbítrio do Estado, o qual não poderá reduzir a dignidade humana com o fundamento no interesse público, como pregam as concepções utilitaristas.

Isso implica dizer que, por exemplo, não se pode suprimir garantias penais e processuais do Inimigo para dar uma resposta às pretensões sociais de maior rigor nas punições e redução da criminalidade. Pois o Inimigo, por ser pessoa humana, não pode ser tratado como meio de satisfação desses anseios, contudo, sempre deve ser tratado como fim em si mesmo, seja em face do Estado ou em face de outras pessoas.

Sobre isso podemos afirmar que, até mesmo, o inimigo tem valor intrínseco, devendo, por essa razão, sua condição de pessoa humana ser respeitada. Para que isso ocorra, o Estado Democrático de Direito deve, em sua essência, ser instrumento capaz de afastar qualquer tentativa de desvaloração e coisificação dos indivíduos,

garantindo a todos direitos básicos e necessário como a vida, liberdade, integridade física, reduzindo ao máximo os abusos punitivos do Estado.

Diante do exposto, pode-se concluir que a Teoria do Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que o princípio da dignidade humana é o norte desse Estado de Direito e a referida teoria busca a relativização ou até mesmo a supressão desse princípio fundamental.

4 RAFAEL BRAGA COMO INIMIGO DO DIREITO PENAL

Quando se fala em inimigo do direito penal a primeira coisa que vem cabeça é figura do terrorista, no entanto, o inimigo da perspectiva brasileira se afasta dessa figura e se aproxima da figura do jovem negro, pobre e residente de periferia.

4.1 Rafael Braga, o rosto do inimigo

O caso Rafael Braga é um exemplo real de que teorias como a do Direito Penal do inimigo podem levar a abusos punitivos. É importante ressaltar que a referida teoria não afeta somente as garantias do suposto inimigo, afeta, também, a de todos os outros cidadãos em razão da impossibilidade do Estado em identificar quem é o inimigo. Logo, pode ser utilizada por interesses próprios para crimes como genocídio. (ZAFFARONI, 2007). Por exemplo, os judeus foram vítimas de teorias como essa, em a obra "teologia política" de Carl Schmitt que justifica um Estado de exceção propriamente dito. Essa teoria é bastante polêmica em razão da classificação de amigo e inimigo, em que o amigo eram os alemães e o inimigo os judeus e outras minorias.

É importante esclarecer que o escopo dessa pesquisa não é apoiar a ideia de que a figura do terrorista merece um tratamento excepcional, desumano e privado das mais essenciais garantias. Tendo em vista que, até mesmo, o terrorista, sendo pessoa humana, possui direitos que são inerentes a ele e que não podem ser retirados por quaisquer argumentos.

Sobre isso, (CALLEGARI & DUTRA 2007, p. 439) aduz:

> Por mais grave e desumana que tenham sido a conduta de um infrator, a ninguém, nem ao Estado é permitido tratá-lo como um ser desprovido dos mais elementares direitos. A partir do momento em que permitirmos essa violação com justificação excepcional estaremos abrindo perigoso precedente para que outras restrições venham a ser feitas, sempre com a justificativa de proteção dos cidadãos.

O caso Rafael Braga ficou em evidência em razão das absurdas tentativas do sistema em enquadrá-lo como inimigo. O drama de Rafael ganhou notoriedade quando militantes do movimento negro, especialistas processuais e profissionais das mais diversas áreas, saíram em defesa do mesmo apontando falhas em suas prisões — por porte de "artefatos explosivos" (pinho sol e cloro) e por tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas —, em que constataram parcialidade no processo que o condenou.

A etiqueta de inimigo dada a Rafael Braga ficou clara em sua primeira condenação, pois o mesmo foi o primeiro e único das chamadas de junho sentenciado e condenado a cinco anos de prisão enquanto outras pessoas — em sua maioria, brancas de classe média — foram soltas em seguida para responder ao julgamento em liberdade, o que demonstra a aplicação de um direito penal diverso para Rafael, o qual seja, o direito penal do inimigo, enquanto para as outras pessoas (manifestantes) foi aplicado o direito penal do cidadão. Isso porque Rafael foi o único — mesmo não estando nas manifestações e portando apenas produtos de limpeza (que de acordo com o laudo definitivo da Polícia Civil tinha uma mínima potencialidade explosiva, para não falar zero) — a ser preso e condenado, configurando, assim, uma forma seletiva de tratamento. (VIEIRA,2017).

Mesmo tendo a presunção de inocência como garantia processual e a falta de justa causa a seu favor, Rafael se quer pôde responder ao julgamento em liberdade (o que foi garantido aos manifestantes). Aqui se traduz um direito penal do autor, pois Rafael não foi julgado pelos fatos que supostamente cometeu e sim por ser preto e pobre, uma das principais características para se tornar inimigo do direito penal brasileiro.

Para o Direito Penal do Inimigo é aceitável as garantias de Rafael serem suprimidas, pois o sistema penal brasileiro o vê como um inimigo — acredita que o mesmo não oferece garantias de comportamento moral, por ser uma "ameaça" constante ao Estado, não sendo confiável (por esse motivo não pôde responder ao processo em liberdade ao contrário dos manifestantes).

Veja-se o trecho da sentença que condenou Rafael por terrorismo:

> Trata-se de ação penal na qual se imputa ao acusado a prática de porte de aparato incendiário ou explosivo, já que nos termos da denúncia foi detido em um dia de manifestações populares em prol das melhorias dos serviços públicos, na posse de dois artefatos incendiários em suas mãos, contendo substância inflamável com pedaços de panos presos em seu bocal, na forma de ´coquetel molotov´.

Mesmo tendo o laudo da Polícia Civil ao seu favor, Rafael foi covardemente condenado, houve um processo ambíguo que não respeitou a veracidade dos fatos. Pois o argumento principal da condenação foi que ele utilizou os materiais de limpeza para fabricação de coquetel molotov, mesmo que o laudo apresentado trouxesse resultado diverso desse argumento. Ele foi etiquetado como inimigo pelo simples fato de ter as características criminalizantes que a polícia, eivada de preconceito, insiste em classificar as pessoas.

Não há justificativa processual cabível que possa explicar tal arbitrariedade do Estado, pois Rafael foi preso com produtos de limpeza (pinho sol e água sanitária) e tinha uma prova contundente ao seu favor (laudo da polícia civil). Além disso, declarava-se inocente a todo instante. Ou seja, tudo corroborava a favor do mesmo, o que não corroborou foi o fato de ele está no lugar errado e na hora errada.

De acordo com que foi exposto acima, Djamila Ribeiro aduz que: "O caso de Rafael Braga é a prova do projeto ideológico do Estado brasileiro de super encarceramento e autoritarismo".

Para o sistema penal, a liberdade de Rafael Braga é um risco e por isso suas garantias são relativizadas. A sua periculosidade é medida pela sua cor e classe social. Caso fosse um rapaz branco, bem vestido e portando produtos de limpeza, a

polícia enxergaria o óbvio. Mas, como é um rapaz negro e morador de rua, são criadas as mais mirabolantes destinações aos produtos de limpeza, mostrando, deste modo, o empenho em condena-lo, o apontando-o como inimigo.

Para o inimigo, a suspensão dos direitos, em especial o direito constitucional, já para o cidadão (de acordo com o caso em tela os manifestantes), principalmente se este for branco e de classe média, o tratamento é outro, o Estado é benevolente.

Nas duas condenações, Rafael foi condenado apenas com base em depoimento policial, o que é contrário a Constituição Federal de 1998, pois tal condenação é imparcial. Uma vez que se trata de prática inquisitorial em que tal depoimento é sujeito a vícios e, por essa razão, merecia cautela por parte dos juízes — o que não aconteceu no caso concreto. Vale ressaltar que avaliar somente os depoimentos dos agentes, ocasionou em violação do direito ao princípio da inocência, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, já que Rafael é o elo mais fraco dessa relação e sua única forma de provar sua inocência foi suprimida.

De acordo com a revista Consultor Jurídico (2017):

> Tanto o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) quanto o juiz da Vara de Execução Penal de Manaus, Luís Carlos Valois, em sua tese de doutorado na mesma instituição, verificaram o percentual de 74% de autos de prisão em flagrante sem a palavra de testemunhas que não os policiais envolvidos.

O mais intrigante é que desse número acima exposto, por volta de 91% dos processos decorrentes dessas detenções acabam em condenação, o que demonstra a vulnerabilidade daquele que está sendo acusado somente com base em depoimento policial e o uso desse tipo de prova como regra, que deveria ser a exceção da exceção, pelos magistrados sem o mínimo de cautela. (CONSULTOR JURÍDICO, 2017).

De acordo com o advogado Antonio Pedro Melchior (2017), apenas o depoimento policial para formar o *opinio delicti*:

> viola o processo penal brasileiro, pois testemunhas precisam ser "pessoas desinteressadas com o mérito do julgamento". Policiais que prendem ou atuam na investigação de alguém obviamente não se enquadram nessa definição, interessados que estão na defesa da legalidade e correção da própria ação. Mas essa violação é regra no Brasil, sempre que a repressão se dirige aos pretos e pobres, os marginalizados em geral.

Na condenação por tráficos de drogas, o encaixe do inimigo, também, foi fácil de vislumbrar, pois mais uma vez as garantias de Rafael foram suprimidas, tornando a absolvição do mesmo quase impossível. Com menos de um mês de liberdade, Rafael foi abordado violentamente pela polícia quando estava a caminho da casa de sua mãe até a padaria. Mesmo tendo sua vizinha como testemunha — a qual, em depoimento, afirmou que Rafael no momento da abordagem não estava com nada nas mãos —, foi condenado com base, apenas, no depoimento dos policiais, ainda tendo, em seu favor, uma testemunha ocular.

O depoimento da testemunha não foi levado em consideração, pois segundo o magistrado Ricardo Coronha:

> [...] as declarações da testemunha Evelyn Barbara, arrolada pela Defesa do réu, visavam tão somente eximir as responsabilidades criminais do acusado RAFAEL BRAGA em razão de seus laços com a família do mesmo e por conhecê-lo 'por muitos anos' como vizinho.

O magistrado ainda completou: "[...] Nos depoimentos policiais acima mencionados, nada há que elida a veracidade das declarações feitas pelos agentes públicos que lograram prender o acusado em flagrante delito".

Vejamos o que dispõe o artigo 155 do código de Processo Penal:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei n° 11.690.2008).

O magistrado aduziu que o depoimento policial pode ser usado de forma isolada, pois o posicionamento da jurisprudência e da doutrina é favorável. Porém, é

importante ressaltar que quando há somente o depoimento policial, essa valoração deve ser em caráter excepcional e motivada.

A CF de 1988 contempla em seu artigo 93, IX, a exigência da fundamentação das decisões dos juízes. Veja-se:

> Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

É importante questionar-se que se o depoimento dos agentes que prenderam Rafael Braga fosse suficiente para condená-lo, qual a razão de haver uma ação penal, se é apenas a palavra de Rafael contra dos agentes? Porquanto é nítido que esses são imparciais, já que são interessados em condenar Rafael e, por essa razão, o magistrado deveria, ao valorar a prova, ter a máxima cautela, o que não restou frutífero, pois esse rejeitou a única prova que Rafael tinha a seu favor. É flagrante o desequilíbrio das armas, essa disparidade, em que o elo mais fraco sempre será o acusado, é causa violadora do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

De acordo com o professor Aury Lopes Junior "o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual. " (LOPES JUNIOR, 2010, p. 12).

Ainda de acordo com o professor Aury Lopes "o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais. " (LOPES JUNIOR, 2010, P. 58).

Por que razão o magistrado não considerou a testemunha de defesa de Rafael? Djamila Ribeira ajuda a responder esta indagação, quando afirma que:

> [...] A sentença demonstra que existe um tribunal racial com o objetivo de criminalizar pessoas negras, uma vez que palavras

> de policiais absolutamente questionáveis por todos os pontos de vista prevalecem sobre a de Rafael e da testemunha ocular. O que fundamenta essa diferença de credibilidade é o racismo.

A desproporcionalidade na segundo condenação de Rafael é, também, vislumbrada, pois o mesmo foi condenado a mais de 11 anos de prisão por tráfico e associação para o tráfico por, supostamente, ter sido flagrado na posse de 0,6g de maconha, 9,3g de cocaína e um rojão — quantidade e circunstâncias desfavoráveis para aplicação do artigo 33 da Lei 11.343 (lei de drogas). A pena mínima do tráfico de drogas é de 5 (cinco) anos, as circunstancias do fato permitiria à aplicação da pena no mínimo legal — a pequena quantidade de droga é circunstância favorável mais flagrante, sem contar a insuficiência de provas —, contudo, Rafael recebeu uma pena demasiadamente desproporcional.

Caso Rafael fosse filho de uma desembargadora, branco e de classe média, com uma grande probabilidade ele não seria condenado com uma pena desproporcional (mesmo sendo, a quantidade de drogas, relevante), podendo, inclusive, o crime de tráfico ser desclassificado para o crime de uso (disposto no artigo 28 da mesma Lei).

Caso Rafael Braga fosse reconhecido como cidadão, seria absolvido por falta de provas, O princípio do “in dubio pro reo” seria aplicado. Contudo, Rafael é visto como um inimigo, tido como um ser perigoso para o sistema e sua liberdade é uma afronta à garantia da ordem pública.

Em razão disso, Rafael sofreu todos os abusos do poder punitivo, sem que suas garantias constitucionais e processuais fossem observadas. Isso mostra que justificar posições como de Jakobs é perigoso, principalmente, para aqueles que estão submetidos aos estigmas sociais e morais. (ZAFFARONI,2007).

Rafael sofreu uma violência muito grande por parte do Estado. A sua liberdade foi retirada por meio de um processo dúbio, pois o mesmo foi condenado por ser pobre e negro, ou seja, não se tem outra explicação coerente para prender alguém por porte de cloro, pinho sol e algumas gramas de drogas (uma quantidade

bem menor do que fora encontrada em um helicóptero no Espírito Santo, cujo o processo fora arquivado). Após a análise, o magistrado chegou à conclusão que Rafael cometera crime de associação para o tráfico simplesmente por ser oriundo de favela (ou seja, criminalização da pobreza)

O magistrado agravou a situação de Rafael simplesmente porque ele era morador de favela, e por essa razão, por simples convicção, entendeu que por isso fazia parte de uma associação para o tráfico.

A teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, como demonstrado, não se aplica somente em casos de terrorismos, podendo ser usada como uma ferramenta ideológica que justifica os processos criminalizantes eivados de ódio e preconceito.

4.2 Racismo e sistema de justiça criminal

Pela simples leitura do artigo 5º da Constituição Federal de 88, pode-se dizer que todos são iguais perante a lei. Ou seja, o tratamento é igualitário, independente de classe social, cor, credo, sexo e etc., entretanto, essa igualdade é simplesmente formal, o que nem sempre tem aplicação prática.

Vejamos o que aduz o artigo 5º da Constituição Federal de 88:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte

Os processos de criminalização são altamente seletivos e discriminatórios, esse fato desconstrói a ideia de igualdade, uma vez que o sistema penal brasileiro utiliza como forma de controle social, desde a confecção das leis à sentença que condena, tais processos discriminatórios e seletivos.

No Brasil, as pessoas são condenadas não pelos atos que cometem, mas pelo que são, o que caracteriza um direito penal do autor, que legitima as mais absurdas violações de direitos humanos. Sobre isso lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar:

> além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, encontra-se o novo direito penal de autor que, sob forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento. Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública, com o acrescido inconveniente de presumir dados subjetivos, a partir da afirmação de que a responsabilidade provém de processos de imputação objetiva baseados em expectativas normativas, e não em reais disposições intelectivas internas do sujeito que atua. Esta orientação culmina com o retorno à presunção do dolo, através da chamada normatização, que prescinde da vontade real. (2003, p.133).

O caso de Rafael Braga confirma essa narrativa, a qual seja o etiquetamento de bandido pelas caraterísticas subjetivas, pois nas duas condenações, o conjunto probatório é deficiente e a única justificativa para sua prisão é o racismo, tendo em vista a falta de justa causa para justificar sua prisão e a desproporcionalidade da pena. Além disso, o magistrado Ricardo Coronha, condenou Rafael ao crime de associação para o tráfico de droga pelo simples fato do mesmo morar na favela e entender que se Rafael mora na favela, necessariamente, ele faz parte de alguma associação com fins de traficância. Ou seja, não poderia ser traficante na favela cruzeiro se não fosse por meio de alguma associação criminosa como, por exemplo, o Comando Vermelho. O juiz não tinha provas, mas sim convicções e a lógica da etiqueta do policial que seleciona pelo CEP ou pelo tom de pele.

O lamentável é que uma pessoa foi condenada a mais de 11 anos de prisão, com uma quantidade ínfima de drogas, por causa da convicção do magistrado em entender que todo negro que traga consigo drogas é traficante associado ao tráfico, o que agravou, significativamente, sua pena.

O caso Rafael Braga traz vários questionamentos necessários, uma vez que vivemos na falsa democracia racial brasileira, que diz que os brasileiros vivem em pé de igualdade, o que não é verdade. Isso porque, a polução negra é a que mais

sofre com os processos discriminatórios (desigualdade social, encarceramento em massa da população, falta de oportunidades, racismo etc.).

De acordo com Flauzina (2006), para além da aplicação da pena, o foco do sistema está voltado, em primeiro plano, para o controle, a gerência do modo de vida dos segmentos mais vulneráveis.

Zaffaroni (2001, p. 22-23) explica:

> Na realidade social, o verdadeiro e real poder do sistema penal não é o poder repressor que tem a mediação do órgão judicial. O poder não é mera repressão (não é algo negativo); pelo contrário, seu exercício mais importante é positivo, configurador, sendo, a repressão punitiva apenas um limite ao exercício do poder.

De acordo com o site Carta Capital (2018), segundo os dados atualizados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgados pelo Ministério da Justiça, a população carcerária negra é de 64%. Tais dados elucidam que o judiciário exerce uma forma de seleção penal prejudicial à população negra, a qual é o principal alvo, sofrendo, deste modo, com os processos criminalizantes. Essas informações foram baseadas nos dados de cerca de 493 mil presos em que 72 % da massa carcerária brasileira são negros.

Ainda de acordo com o site Carta Capital (2018), outras pesquisas indicaram a seletividade penal. No ano de 2014, a pesquisa "A aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil" do Ipea, mostrou que o endurecimento da Justiça Criminal com os negros é maior que com os brancos. Porquanto segundo a pesquisa, os brancos têm mais acesso a penas alternativas, já os negros têm maior probabilidade de irem para prisão, não tendo essa "regalia" das medidas diversas da prisão.

Esse estado de exceção não suspende temporariamente os direitos e as garantias dessas pessoas, as violações acontecem o tempo todo e, o que era para ser um estado de exceção, torna-se regra.

De acordo com Flauzina (2006) os dados da vitimização juvenil negra, evidenciam o caráter preciso da instrumentalização do sistema penal na produção do extermínio desse contingente populacional.

De acordo com Zaffaroni, em entrevista ao site Conjur (2009), questionado para que serve o direito penal respondeu:

> A função do Direito Penal, hoje e sempre, é conter o poder punitivo. O poder punitivo não é seletivo do poder jurídico, e sim um fato político, exercido pelas agências do poder punitivo, especialmente a polícia. Não estou falando da Polícia Federal ou da que está na rua e sim de todas as agências policiais, campanhas de inteligência, arquivos secretos, polícia financeira, enfim, agências executivas. Essas agências têm uma contenção jurídica que é o Direito Penal.

O Estado se mantém inerte porque na periferia o que vigora é o estado de exceção, onde Constituição, com todo o ideal de igualdade pregada pelo artigo 5º, não chega. E, aquela mesma polícia, solícita em bairro de rico, chega na periferia com outra face, desconhecendo qualquer direito ou garantia, selecionando jovens, como Rafael, já bastante estigmatizados pela pobreza, pela falta de oportunidade e por todo racismo estrutural que os privam de viver com dignidade ou até mesmo de viver.

Segundo o site Carta Capital (2014):

> Negros são maioria no país e, em disparada, a maior população carcerária. São vítimas de um genocídio perene e banalizado. Vivem em favelas e periferias em condições subumanas. O acesso ao serviço público é ruim. Diariamente, são agredidos pelo Estado de farda e por uma mídia fascista.
>
> Negros e negras sofrem com ataques racistas há gerações. Já passou do momento de acontecer, no mínimo, uma reparação integral. A estigmatização é uma arma muito poderosa, pois fortalece o preconceito, baixa a auto-estima de um povo e minimiza os efeitos de uma diáspora.
>
> Enquanto os efeitos colaterais do racismo institucional aumentam, práticas que transgridem leis e violam direitos humanos parecem não causar indignação e colocam em questão a atuação da justiça quando se trata de negro e pobre. Racistas não prendem racistas a não ser para salvar o próprio racismo.

De acordo com Djamila Ribeiro, em entrevista ao site Combate ao Racismo Ambiental (2016):

> [...] A gente já nasce numa sociedade que tem uma hierarquia de humanidade em que, se você é negro, vai ser tratado de um jeito, se é branco, vai ser tratado de outro. A sociedade já estabelece essas construções para nós e vamos assimilando isso, internalizando e aceitando como verdade. Ninguém nasce odiando ninguém, a gente aprende a odiar. A [filósofa americana] Judith Butler [uma das principais teóricas do feminismo contemporâneo] fala que há vidas que foram construídas para não importar. A vida negra foi construída para não importar, tanto que o assassinato de cinco jovens negros no Rio de Janeiro com 111 tiros, o que é um absurdo, uma atitude terrorista, não causa tanta comoção quanto uma pessoa branca esfaqueada num bairro nobre, porque a vida negra não importa tanto quanto a branca.

Dizer que a polução negra é a que mais sofre com o encarceramento em massa, não significa dizer que só os negros que cometem crimes no Brasil. Demostra, tão somente, que há um foco da policial na população negra e, da mesma forma, em determinados crimes, como aqueles que atentam contra o patrimônio (roubos e furtos). O que nos revela o racismo institucional que atinge a população negra.

De acordo com o professor Silvio Almeida, o racismo institucional opera como um agente regulador na sociedade. O que segundo o mesmo a regulação não são agências que estabelecem regras pactuadas com o mercado. Essa regulação envolve as normas, o direito e, também, as regras ocultas de funcionamento do sistema. O que significa que o racismo é um modo de regulação desigual em uma sociedade de conflito. (REDE BRASIL ATUAL, 2017).

De acordo com o site Rede Brasil Atual, o professor Silvio Almeida esclarece:

> As regras são fundamentais para dar conta de contradições. Notem, a questão não é mal caratismo, é a necessidade de produção de discursos para dar conta dos conflitos e das desigualdades. As pessoas não são iguais, são divididas em classes e grupos sociais. A igualdade só vale para a hora da troca mercantil. Então, precisamos de racionalidade para

> explicar o porquê. No século 19, falavam que o começou a cair. Então vejam, surgiu um discurso mais bonito: o da meritocracia. Então, o que explica a desigualdade (na lógica do capitalismo)? A falta de empenho ou uma determinação cultural"

Silvio, ainda, esclarece que as falhas do sistema prisional, demonstradas por dados, não são resultado de um mal funcionamento do sistema prisional, muito pelo contrário, é o resultado de um ótimo funcionamento. (REDE BRASIL ATUAL, 2017).

O referido autor elucida que esse encarceramento em massa é um planejamento, cumprindo com seus objetivos de higienização da população negra e o alcance desses objetivos, só se dá por meio do sistema de justiça. Ou seja, corroborando para ideia de um poder judiciário racista e seletista.

Ainda sobre isso, Silvio a partir de um olhar crítico do sistema de justiça, que faz parte racismo como agente regulador, diz que:

> Para resumir, não existe como implementar uma política de encarceramento em massa sem a participação de juristas, do poder Judiciário, do Ministério Público. Não existe violência estatal sem que os agentes da Justiça não reproduzam esses padrões que nós identificamos como problemáticos do ponto de vista ético (…) Não se enganem, não existe a possibilidade. Se quisermos retomar a defesa dos direitos humanos, precisamos defender até pessoas que aparentemente são indefensáveis.
>
> [...]
>
> O problema das prisões é sistêmico. Notem, as piores coisas, como golpes de estado e ditaduras não existem sem o juiz, promotor e advogado. Até hoje nenhum golpe no mundo foi isento do poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal participou de todos os golpes no Brasil, incluindo o do ano passado. (REDE BRASIL ATUAL, 2017).

Diante o exposto, é fácil concluir que o encarceramento em massa é um planejamento de sucesso do Estado e conta com aval do sistema de justiça, o qual insiste em dizer que a lei é igual para todos, enquanto jovens negros, assim como Rafael Braga, são presos sem ter o direito ao contraditório e a garantia do devido processo legal.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise sobre o Direito Penal do Inimigo e a seletividade do sistema penal brasileiro no caso Rafael Braga. Foi apresentado o caso, suas peculiaridades e a repercussão pública desse.

No 1º capitulo, foi apresentado o caso de Rafael Braga, a forma como se deram as duas prisões (por terrorismo e por tráfico de drogas) e a repercussão pública do caso a partir de matérias jornalísticas produzidas por sites/órgãos/ e profissionais que denunciaram a seletividade penal e arbitrariedade do caso. Desse capítulo destaca-se a fala da ativista da causa negra, Djamila Ribeiro:

> O caso de Rafael Braga é a prova do projeto ideológico do Estado brasileiro de super encarceramento e autoritarismo. A sentença demonstra que existe um tribunal racial com o objetivo de criminalizar pessoas negras, uma vez que palavras de policiais absolutamente questionáveis por todos os pontos de vista prevalecem sobre a de Rafael e da testemunha ocular. O que fundamenta essa diferença de credibilidade é o racismo

No 2º capítulo, foi abordada a Teoria do Direito Penal do Inimigo, suas principais críticas e a Teoria do Garantismo Penal como uma alternativa à primeira. Sobre esse capítulo ressalta-se Zaffaroni (2007, p. 18):

> [...] a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o Direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoa) e inimigos (não pessoas) faz-se referência a seres humanos que são privados a certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas [...]

O autor defende que o tratamento dado ao inimigo é ilegítimo, uma vez que o direito de ser tratado como pessoa humana é inerente ao cidadão, isto é, esse direito nasce com ele, independe de sua conduta e do Estado

No 3º capítulo, foi discutida a materialização do Direito Penal do Inimigo na seletividade do sistema penal, o recorte de raça e classe social no caso Rafael Braga.

Destaca-se o trecho da revista Carta capital (2014), o qual demonstra a seletividade penal brasileira.

> Negros são maioria no país e, em disparada, a maior população carcerária. São vítimas de um genocídio perene e banalizado. Vivem em favelas e periferias em condições subumanas. O acesso ao serviço público é ruim. Diariamente, são agredidos pelo Estado de farda e por uma mídia fascista.
>
> Negros e negras sofrem com ataques racistas há gerações. Já passou do momento de acontecer, no mínimo, uma reparação integral. A estigmatização é uma arma muito poderosa, pois fortalece o preconceito, baixa a auto-estima de um povo e minimiza os efeitos de uma diáspora.
>
> Enquanto os efeitos colaterais do racismo institucional aumentam, práticas que transgridem leis e violam direitos humanos parecem não causar indignação e colocam em questão a atuação da justiça quando se trata de negro e pobre. Racistas não prendem racistas a não ser para salvar o próprio racismo.

O estudo do tema é muito importante porque o Brasil é um país extremamente racista e utiliza-se do sistema penal como uma máquina de produzir estigmas e retirar direitos, em que a população negra é a mais afetada por esses processos criminalizatórios.

Em virtude desse trabalho, foi possível concluir que o Direito Penal do Inimigo é uma teoria incompatível com o Estado Democrático de Direito e pode ser empregada para legitimar os mais absurdos abusos punitivos, os quais retiram dos cidadãos os mais essenciais direitos pregados pelas constituições garantistas.

Analisando o caso Rafael Braga, percebe-se que Rafael teve os mesmos tratamentos do inimigo da referida teoria, pois em suas duas condenações não foram respeitadas garantias como: contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e devido processo legal. Além disso, as duas circunstâncias do caso apontavam, em razão da falta de justificantes, para aplicação do princípio do in dubio pro reo. Contudo, Rafael foi condenado à uma pena demasiadamente desproporcional por duas vezes.

Dessa forma, restou-se concluir que o Brasil, apesar de ter uma constituição garantista, é um país racista e que adota o direito penal do inimigo, pois seus processos de criminalização são eivados de preconceitos, e atingem, em sua maioria, jovens negros. Esses jovens são as maiores vítimas desse processo de etiquetamento, que os julgam não pelos atos que cometem, mas pelo tom de sua pele e pelo CEP de sua residência. O que elucida que crime não parte, apenas, de uma realidade empírica, mas, de processos altamente seletivos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. *"O que me preocupa não é o grito dos maus, mas o silêncio dos bons*". Veja, 18 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-que-me-preocupa-nao-e-o-grito-dos-maus-mas-o-silencio-dos-bons/>. Acesso em: 9 de set. 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Editora Revan, 3ª ed. Rio de Janeiro, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. *In*: LUIS ROBERTO BARROSO. Sítio oficial do autor. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> acesso em abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 95, 201-225, 270-276, 300, 348-351, 392-397.

BOTELHO JúNIOR, Falkner de Araújo. O direito penal do inimigo e o princípio da dignidade humana: (in)compatíveis?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponívelem: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitu ra&artigo_id=19506&revista_caderno=3>. Acesso em abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: Acesso em: 10 de set. 2017.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. *Direito penal do inimigo e direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 96, v. 862, p. 429 – 442, ago./2007.

CAMPANHA Libertem Rafael Braga, 2013. Disponível em: <https://libertemrafaelbraga.wordpress.com/about/>. Acesso em 5 de out. 2017.

CASTELO BRANCO, Sergio Zoghbi. Garantismo penal. Jus Brasil, 2013. Disponível em: <https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>. Acesso em: 26 de out. 2017.

CONRADO, Hysabella. Emblemático, caso Rafael Braga não choca o Brasil. Justificando, Carta Captial 26 de abril de 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/26/emblematico-caso-rafael-braga-nao-choca-o-brasil/>. Acesso em: 1 de out. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal del inimigo y la disolución del derecho penal*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, n. 19, ano 1. 2007. Disponível em: <http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf. Acesso em: 29 de maio de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 785-786.

FLAUZINA, Ana Luiza. Corpo negro caído no chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. UNB, dissertação de mestrado, 2006.

G1. Ex-morador de rua preso em protesto de 2013 é condenado a 11 anos de prisão por tráfico. G1 Rio, 21 de abril de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/ex-morador-de-rua-preso-em-protesto-de-2013-e-condenado-a-11-anos-de-prisao-por-trafico.ghtml>. Acesso em 3 de out. 2017.

GALLI, Marcelo. "É mentira dizer que a corrupção será derrotada com o Direito Penal". Consultor Jurídico, 01, de setembro de 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul-zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino>. Acesso em: 29 de out. 2017.

INSTITUTO HUMANITAS USINOS. Caso Rafael Braga: e o tal Estado de Direito? IHU, 24 de agosto de 2017. Disponível em: < http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/570977-caso-rafael-braga-e-o-tal-estado-de-direito >. Acesso em 10 de set. 2017.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas 6° ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

JAKOBS, Günther; *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo* / terroristas como pessoas de direito? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org e trad.). Direito penal do Inimigo: noções e críticas: Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

JUSTIFICANDO. Condenação de Rafael Braga gera revolta. Justificando, Carta Capital, 22 de abril de 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/22/condenacao-de-rafael-braga-gera-revolta/>. Acesso em 4 de out. 2017.

JUSTIFICANDO. Leia a íntegra do Habeas Corpus de Rafael Braga que será julgado no TJRJ. Justificando, Carta Capital, 31 de julho de 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/31/leia-integra-do-habeas-corpus-de-rafael-braga-que-sera-julgado-no-tj-rj/>. Acesso em 2 de out. 2017.

LOPES JR., Aury.Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUCHETE, Felipe. Tratamento adequado "Ministro liberta Rafael Braga e aponta quadro grotesco de violações de direitos". Consultor Jurídico, 13 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-13/ministro-liberta-rafael-braga-aponta-quadro-grotesco-violacoes>. Acesso em 6 de out. 2017.

MACEDO, Fernanda; MAGALI, Cabral. Racismo no Brasil: "O crime perfeito". Entrevista com Djamila Ribeiro. Combate Racismo Ambiental, 7 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://racismoambiental.net.br/2016/02/07/racismo-no-brasil-o-crime-perfeito-entrevista-com-djamila-ribeiro/>. Acesso em: 23 de out. 2017

MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: "Direito Penal" do Inimigo? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org e trad.). Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.71-118.

MELCHIOR, Antônio Pedro. Condenar Rafael Braga apenas com base na palavra viola o processo penal brasileiro. Justificando, Carta Capital, 22 de abril de 2017. Disponível em: < http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/22/condenar-rafael-

braga-apenas com-base-na-palavra-policial-viola-o-processo-penal-brasileiro/ >. Acesso em: 7 de out. 2017.

MELO, Débora. Condenado a 11 anos por tráfico, ex catador diz que flagrante foi forjado. Para socióloga Lei de Drogas é "instrumento de controle das periferias". Carta Capital, Sociedade, 26 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/caso-rafael-braga-justica-reforca-a-segregacao-racial-no-brasil>. Acesso em 28 de out. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira "População Carcerária Brasileira Chega a mais de 622 mil detentos". Ministério da Justiça, Governo Federal, 24 junho de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 18 de out. 2017.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal. / Alexandre Rocha Almeida de Moraes. / 1ª ed. (ano 2008), 1ª reimpr. / Curitiba: Juruá, 2010

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A Teoria do Garantismo Penal e o Princípio da Legalidade. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados-MS, 2014. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

NEVES, Luíz Gabriel Batista. A função do processo penal no Estado Democrático de Direito. DIREITO UNIFACS- Debate virtual, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2923>. Acesso em 29 de out. 2017.

OLIVEIRA, Henrique. Rafael Braga com tuberculose: a contradição da lei antidrogas que zela pela saúde pública. Justificando, 5 de setembro de 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/05/rafael-braga-com-tuberculose-contradicao-da-lei-antidrogas-que-zela-pela-saude-publica/>. Acesso em: 22 de set. 2017.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 31 – 45, mar. -abr., 2004.

RIBEIRO, Thaís. Entenda o caso "Rafael Braga". Zona Urbana. 26 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.zonasuburbana.com.br/entenda-o-caso-rafael-braga/>. Acesso em: 23 de set. 2017.

SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, I.W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *In:* Direito Público. Porto Alegre, ano 5, n.19, p. 07-26, jan./fev. 2008.

SANZ, Raphael. Caso Rafael Braga: e o tal Estado de Direito? MTST, 25 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.mtst.org/noticias/caso-rafael-braga-e-o-tal-estado-de-direito/>. Acesso em 13 de out. 2017.

SILVA, Joseh. "O mito da democracia racial no Brasil". Carta Capital, 29 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/speriferia/aranha-e-o-mito-de-que-nao-ha-racismo-no-brasil-4850.html>. Acesso em 10 de out. 2017.

Tribunal de justiça. Rio de Janeiro. Ação Penal, procedimento ordinário n° 0008566-71.2016.8.19.0001 – Tráfico de drogas e condutas afins. Sentença. Autor: Ministério Público, acusado: Rafael Braga.

TJERJ. Sentença, processo n° 0212057-10.2013.8.19.0001, acusado: Rafael Braga. Carta Capital, 04 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/morador-de-rua-e-condenado-a-5-anos-de-prisao-por-carregar-pinho-sol-e-agua-sanitaria-7182.html/sentenca.pdf-9358.html>. Acesso em 26 de set. 2017.

VALERY, Gabriel. 'Encarceramento em massa é a continuidade da segregação racial'. Rede Brasil Atual, 28 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/05/encarceramento-em-massa-e-a-continuidade-da-segregacao-racial>. Acesso em: 3 de dezembro de 2017.

VIEIRA, Sinara Gumieri. Rafael Braga é o símbolo da máquina racista que é o sistema penal. Justificando, Carta Capital, 27 de abril de 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/27/rafael-braga-e-simbolo-da-maquina-racista-que-e-o-sistema-penal/>. Acesso em: 25 de set. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revam

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281

ZAFFARONI, Eugênio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 660 p.

Ciências Criminais

AS ESTRUTURAS DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E OS ASPECTOS PROCESSUAIS SOB UMA ÓTICA CONSTITUCIONAL

Jorge Luis Santos Gonçalves

RESUMO

O presente trabalho visa à exposição da temática do Crime de Lavagem de Dinheiro, que também é conhecido como "branqueamento de capitais", a partir de alguns momentos de seu tipo penal histórico. Pretendeu-se analisar o tipo penal em si, discorrendo sobre sua caracterização e fases, seu posicionamento hierárquico como legislação especial, abordando a problemática de qual seria o bem jurídico tutelado pela lei do tipo penal, demonstrando também as etapas da lavagem de dinheiro, e a ligação intrínseca que o papel da lavagem de dinheiro desempenha nas organizações criminosas atuais. Em face das tremendas inovações dos setores financeiros da sociedade, pretendeu-se a demonstração das competências dos órgãos estatais de combate à lavagem de dinheiro, bem como propôs-se a caracterização de algumas questões processuais penais de alta relevância no tocante ao que a lei, oriunda da política criminal define no procedimento especial a lavagem de dinheiro, aspectos como a inversão do ônus da prova, medidas cautelares, colaboração premiada e sua relação quando confrontados aos direitos constitucionais consagrados de cada indivíduo. Diante deste tratamento especial da lei da lavagem de dinheiro demonstrou-se o impacto que a Lei n. 12.683 de julho de 2012, teve em relação a supressão do rol taxativo de crimes antecedentes, e a posição crítica doutrinária acerca da inserção do dispositivo legislativo.

Palavras-Chave: Lavagem de Dinheiro; Bem jurídico; Criminalização; Crime Antecedente.

1 INTRODUÇÃO

Dada à notoriedade e relevância atual das práticas nas quais se imputa o crime de lavagem de dinheiro, vê-se que tal assunto estampa manchetes diárias de

indiciamento em jornais quase que cotidianamente, dessa forma o debate vêm ganhando cada vez mais espaço no momento atual de nosso país, os processos judiciais oriundos das investigações da polícia federal nos casos do mensalão e da operação Lava-jato, colocaram em discussão a efetividade da legislação que versa sobre o crime de lavagem de dinheiro.

A lavagem de dinheiro é um tipo penal relativamente novo, quando comparado a outros crimes no ordenamento penal mundial, tal prática delituosa é caracterizada em 3 (três) etapas, que definem o conjunto estrutural da lesividade e visam maquiar a imagem de licitude, a recursos provenientes de algum crime antecedente[1]. Embora a legislação de repressão esteja positivada no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei n° 9.613 de 3 de março de 1998, a qual fora modificada pela Lei nº 12,683, de 9 de julho de 2012, vê-se diante de uma observação histórica que possui raízes muito mais profundas no tempo. Tal crime é aperfeiçoado ao longo do tempo mediante constante e acelerada complexidade de ações, as quais sob uma ótica de análise em conjunto, se perceberá a presença da ilegalidade do tipo penal.

No momento atual, o impacto que o crime de lavagem de dinheiro traz aos mercados mundiais é de enorme prejuízo, tendo que vem atingindo cifras estratosféricas a cada ano, estima-se que 5% do PIB mundial esteja intimamente ligado com a lavagem de dinheiro, por ano movimentando entre 800 bilhões a 2 trilhões[2], ademais ao fato de que a lavagem de dinheiro, foi somente eclodir nos últimos 30 anos, o que dificulta mais ainda a ciência penal para a apuração de quanto tal ilícito movimentou na história mundial.

Procurou-se caracterizar a evolução do indivíduo frente aos mercados de capital, ao longo do tempo e a mudança de um paradigma antigo para um bem novo, em razão do capitalismo. Pretendeu-se abordar algumas origens da inserção do tipo

[1] Fases da Lavagem de dinheiro - COAF, disponível em: http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro, acesso em 02/04/2018.

[2] Estimativa da UNODC, divisão das nações unidas para apuração de drogas e crimes,(United Nations Office on Drugs and Crime, disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/campanhas.html, acessado em 03/04/2018.

penal de lavagem de dinheiro, em alguns ordenamentos jurídicos que foram marcos a persecução penal para os tais crimes, tal como o ordenamento dos Estados Unidos e da Itália, que de grande forma influenciaram o pensamento tanto no Brasil quanto em diversos países.

Será abordado também, a caracterização doutrinária relativa às fases do crime de lavagem de dinheiro, com o conceito doutrinário de cada fase mesmo quanto a característica de simultaneidade de tais momentos do crime.

Como ponto de maior relevância na temática, pretendeu-se abordar os aspectos processuais inerentes ao crime de lavagem de dinheiro, e as inovações legislativas que a Lei 12.683/12 trouxe a processualística da lavagem de dinheiro, bem como a questão da supressão de alguns direitos e garantias constitucionais as quais ficam apagadas em meio a este tipo especial.

O presente estudo tem como fontes de doutrina de penalistas modernos, e decisões dos aplicadores do direito, magistrados e doutrinadores a respeito da temática proposta.

Em face desta realidade, para o aplicador do direito penal, conhecer as modalidades de lavagem de dinheiro, bem como suas implicações legais é de suma importância para maior contribuição com a construção do conhecimento penal do Direito no Brasil.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA INSERÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS.

Inicialmente quando se traz a temática do crime de lavagem de dinheiro, a demonstração de como historicamente este ilícito, veio a integrar o rol de práticas reprováveis pelo Estado tem considerável importância. O comportamento dos indivíduos ao longo da evolução do mercado financeiro, muda de tempos em tempos. Diante desta evolução, logo suas práticas reprováveis também estão passíveis de mudanças, devem os mecanismos de combate devem caminhar lado a lado com as inovações ao longo do tempo.

Inicialmente quanto à análise do crime de lavagem de dinheiro, se faz necessário a amostragem da grande relevância que o tipo penal veio tomando nos últimos anos. Neste sentido elucida Carla Veríssimo de Carli, discorrendo acerca do grande contraste de como a origem do crime possa ser antiga, elucida:

> A lavagem de dinheiro é um crime relativamente novo na história das legislações; embora, como prática, seja quase tão antigo quanto a história do homem na terra. Como delito, surgiu apenas há cerca de vinte anos. Nesse curto espaço de tempo, alcançou uma configuração de medidas legislativas, de prevenção, de fiscalização e de repressão nunca antes vista no plano nacional e internacional.[3]

Delimitado tal disparidade de uma conduta que já existia há tempos, com sua recente inserção no ordenamento como prática reprovável, ao se remeter a antiguidade no momento em como se formou o comportamento delituoso da lavagem de dinheiro, atribui-se a alguns momentos históricos, importância significativa para que se entendam as condições nas quais o ilícito veio a ter sua reprovação para a sociedade.

2.1 Noção do indivíduo no mercado de capitais ao longo da história

Durante a história, o conceito de ser humano moderno se rompeu com o da antiguidade, segundo Hall, tal modelo era de uma caracterização de individualidade bastante diversa da atual[4]. Com a chegada da modernidade, o indivíduo passou do status de ser social ao status de "ser soberano", trazendo nova noção de individualismo frente a sociedade, período que remonta aos primeiros momentos do cristianismo. A partir do momento em que qualquer pessoa, independentemente de sua posição social sendo escravo ou não, foi considerada 'filho de Deus', todos passaram a ter o mesmo valor.

[3] DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre, 2006. p 15

[4] HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-Modernidade, p. 27

Conforme preceitua Roman, os seres humanos passaram a se bastar em si próprios[5], em razão do cristianismo, logo com essa nova consideração, a sociedade global, composta por pessoas que se consideram indivíduos, seguiu a mesma linha, o que possibilitou o desenvolvimento das cidades, que por sua vez culminou com o desenvolvimento econômico, passando a vigorar assim as leis de mercado que não obedeciam a posições sociais, mas simplesmente ao fato do ser humano ter capital ou não.

Um fato relativamente ordinário dos dias atuais ilustra essa transição. Ao chegar no mercado e adquirir qualquer produto, a pessoa pode realizar o pagamento utilizando o dinheiro e não precisa identificar-se de qualquer forma ou revelar elementos de sua posição social para então poder realizar este negócio jurídico.

Com a complexidade das relações econômicas nas sociedades modernas, novas formas coletivas e sociais apareceram estimulando mais os desejos, o ego, a felicidade, o bem-estar individualista, do que qualquer outra coisa. Nossa cultura passou a não ser mais dominada pelos imperativos do dever, mas pela felicidade que é alcançada pelo consumo e o capital.

Ao entender como o dinheiro passou a ser o norte da sociedade ocidental, vê-se como cada vez mais os meios convergem para exaltar a sua busca. Tal busca demasiada, é o que se pretende caracterizar como primeira condição elementar para o desdobramento da delinquência aos tipos penais econômicos. Afirma Carla Veríssimo de Carli o papel que o dinheiro desempenha hoje na sociedade moderna:

> A segurança e a tranquilidade que a posse do dinheiro faz sentir, a convicção de possuir com ele o centro de valores, a confiança na onipotência de que ele seja o princípio mais alto explica a afirmação de que o dinheiro é o Deus da época moderna. Assim, podemos compreender como o dinheiro passou a ser o valor supremo na configuração da ideologia da sociedade ocidental.[6]

[5] ROMAN, Joel. "Autonomia e Vulnerabilidade do Indivíduo Moderno". In: A Sociedade em Busca de Valores, p. 39-49

[6] DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre, 2006. p 40

O tipo penal da lavagem de dinheiro pressupõe que se auferiu esse elemento essencial da sociedade, por meios ilícitos. Compreende de forma atípica, uma conduta lesiva que está estruturada frente a um crime que tenha seu cometimento em momento anterior, há que se dizer que é um crime de conduta posterior a um crime antecedente, logo é certo que o agente autor da conduta atue em um primeiro e em um segundo momento delitivo, para que seja configurado o crime.

Esse processo de evolução dos ideais humanos no decorrer da história, com revoluções, guerras e demais eventos aliados ao "supermercado capitalista" que cresce numa velocidade globalizante, cada vez mais intensa, criaram a forma ideal, para que o indivíduo que já está inserido em uma sociedade, que o enxerga como um valor, busque de forma incessante as suas necessidades econômicas e também o que prega o consumismo, incutindo em sua mente necessidades não tão aparentes a primeiro momento.

É de extrema relevância a mudança que o comportamento econômico traz aos indivíduos, pois mediante suas frustrações em suas realizações econômicas, o comportamento ilícito se apresenta como uma opção.

2.2 Considerações históricas introdutórias que contribuíram para a estruturação penalizadora do crime de Lavagem de Dinheiro.

Somente com o advento da problemática social que emergiu na Itália e nos Estados Unidos, que se deu efetivamente o início do que se conhece como lavagem de dinheiro nos moldes atuais, tendo os Estados Unidos ampliado de forma mais desenvolvida legislação a este respeito.

Em ambos os países, com marcos legislativos proibitivos bem consolidados, no caso da Itália pela edição do art. 648 bis no Código Penal Italiano, proveniente do decreto na Lei nº 191 de 18 de maio de 1978, funcionando como normativo que até hoje se serve o direito comparado como referencial, conforme atesta Fábian Caparrós:

> O art. 648-bis de 1978 não só foi o ponto de partida para a política criminal a qual respondem a maioria das reformas penais que, em matéria de lavagem de dinheiro, se tem produzido em diferentes sistemas jurídicos nacionais, como foi também o antecedente jurídico sobre o qual, consciente ou inconscientemente, têm sido construídas muitas das normas repressivas da lei de lavagem de dinheiro em direito comparado.[7]

Remonta-se a origem da problemática de lavagem de dinheiro na Itália em vista da edição do Decreto Lei 59 do ano de 1978, o qual proibia a conduta de substituir valores ou dinheiro, advindos de práticas criminosas, para conferi-los aparência de legalidade, segundo Rogério Aro a motivação da criminalização desta conduta não foi oriunda de uma necessidade social:

> Em 16 de março de 1978, após uma onda de sequestros realizados por grupos mafiosos com finalidade econômica, as Brigadas Vermelhas sequestraram o democrata cristão Aldo Moro, político influente na época – considerado o próximo presidente da Itália. Este fato tomou repercussão internacional. Em maio do mesmo ano, Moro foi assassinado (...)[8]

No caso dos Estados Unidos, o início da tutela legislativa deu-se no início do século XX, pela inserção da "Lei Seca" no ordenamento pátrio americano, originando em decorrência a formação das organizações criminosas que visavam como um dos principais objetivos o comércio ilegal de bebidas, resultando em lucros que posteriormente seriam maquiados como lucros de lavanderias.

Uma das personalidades mais famosas entre chefes do crime à época nos Estados Unidos da América foi Alphonese Capone, que conseguiu erguer uma grande fortuna com as bebidas ilegais sendo somente preso em 1931 por sonegação fiscal.

---

[7] FÁBIAN CAPARRÓS, Eduardo. El Delito de Blanqueo de Capitales. Apud DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 79.

[8] ARO. Rogerio. Lavagem de dinheiro – Origem histórica, conceito, nova legislação e fases. 2013. In Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. p.168. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1467>. Acesso em 01/03/2017

Entretanto, com a queda de Al Capone os outros chefes do crime sentiram a urgência em criar formas para proteger os lucros dos seus negócios e Meyer Lansky foi iniciador de um instrumento que ficou conhecido como offshore, que consistia na remessa do dinheiro para bancos localizados fora do estado americano e de preferência que possuíssem especial regulamentação, ou seja, os denominados "paraísos fiscais".

O tipo penal da lavagem de dinheiro, desde suas raízes históricas e devido a sua pluralidade de condutas quase sempre está atrelado ao crime organizado, conforme enuncia o brilhante jurista Samuel Pantoja Lima:

> Parte fundamental da estratégia das organizações criminosas, a lavagem é sempre um momento delicado que expõe a ilegalidade dos recursos movimentados a autoridades e agentes públicos.[9]

Vê-se o marco histórico posto na américa do Norte e na Itália, como precursores dos dispositivos legislativos que deram base a atuação do combate à Lavagem de dinheiro, possibilitando a outros países referência normativa para a edição de suas próprias legislações.

2.3 As fases da lavagem de dinheiro.

Ademais a estrutura histórica e originária do crime de lavagem, parte importante da discussão acerca do tema, são os processos estruturais de formação do crime em si. A lavagem de dinheiro é um crime que subsiste em virtude de outro ou de contravenção penal, o que lhe gera peculiaridades referentes a sua classificação, o crime perfaz etapas muito bem definidas as quais se seguem:

2.3.1 Ocultação.

Majoritariamente dentro da doutrina penal econômica, se considera que o ilícito penal da lavagem de dinheiro percorre alguns caminhos desde seu início até

[9] LIMA, Samuel Pantoja. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: Uma aplicação das teorias dos jogos e de redes neurais para reconhecimento e descrição de padrões, Florianópolis 2005, p. 90

sua consumação, perfazendo 03 (três) etapas essenciais. A primeira como muito bem elucidada na classificação de PANTOJA determina:

> A primeira etapa de um processo clássico de lavagem é, pois, chamada de conversão ou ocultação. O "lavador" busca esconder a origem ilícita dos seus ativos, na perspectiva de separar física, política e economicamente, o operador do crime organizado empresarial daquele que obteve os recursos adicionais numa operação criminosa antecedente. A operação de lavagem conhecida por smurfing (repartição dos recursos em pequenos lotes ou sob forma de mercadoria, para fim de contrabando) é, possivelmente, o exemplo mais típico dessa primeira ação encadeada, uma vez utilizada como tática para fugir dos limites impostos pelas leis.[10]

Com referência a fase de ocultação, se trata de onde o dinheiro obtido diretamente com a atividade ilegal passa pela primeira fase de transformação, objetivando alcançar a menor visibilidade possível. Por exemplo quando organizações criminosas, produzem grandes quantidades de dinheiro em espécie, um grande quantitativo de pequena moeda, em notas pequenas. Dessa forma necessita-se transformar esse conjunto de capitais em correspondentes quantias mais manejáveis e menos visíveis. Para tanto é utilizado o sistema financeiro, bancos, corretores de bolsas, o mercado de jóias e obras de arte.

2.3.2 Controle

Após este primeiro momento delitivo, a aparência de legitimidade dos recursos, acontece proveniente da dilapidação dos mesmos em um ambiente, que por ser tão subdividido fica bem difícil de ser visualizado, conforme preleciona Tigre Maia:

> A segunda etapa é a dissimulação. Uma vez oculto ou convertido à capital, trata-se agora de fazê-lo parecer legítimo: "disfarçar a origem ilícita e dificultar a reconstrução pelas

[10] LIMA, Samuel Pantoja. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: Uma aplicação das teorias dos jogos e de redes neurais para reconhecimento e descrição de padrões, Florianópolis 2005, p. 90.

> agências estatais de controle e repressão da trilha de papel (paper trail).[11]

Com a posse do dinheiro já manipulado tem início a segunda fase: a fase de controle. Onde a finalidade perfaz o distanciamento maior dos recursos de sua origem. Entretanto o tempo todo o dinheiro é controlado, e para tanto entram em cena uma complexa rede de operações econômico-financeiras, num emaranhado de operações financeiras e negócios jurídicos em grande ou pequena escala. São comuns múltiplas transferências de dinheiro, compensações financeiras, manipulação das bolsas, as remessas aos paraísos fiscais, superfaturação de exportações, etc

2.3.3 Integração

Findas as duas fases anteriores, será o momento no qual o dinheiro deve retornar ao normal circuito econômico, fase de integração. Nesse momento o agente converte a aparência de licitude em capital ilícito, adquirindo propriedades e bens, pagando dívidas, constituindo empresas e estabelecimentos lícitos, financiando atividades de terceiros, concedendo empréstimos, além de inverter parte do capital na prática de novos delitos, aí então está a lavagem propriamente dita, e daí então se atribui o conceito preponderante de lavagem de dinheiro, que é enunciado por vários entendimentos, os quais detém certa uniformidade conceitual, como definem Marcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bonfim:

> Independentemente da definição adotada, a doutrina aponta as seguintes características comuns no processo de lavagem de dinheiro:1) a lavagem é um processo em que somente a partida é perfeitamente identificável, não o ponto final;2) a finalidade desse processo não é somente ocultar ou dissimular a origem delitiva dos bens, direitos e valores, mas igualmente conseguir que eles, já lavados, possam ser utilizados na economia legal.[12]

[11] TIGRE MAIA, R. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999

[12] BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. Lavagem de Dinheiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29.

Nesse mesmo sentido, pontua o COAF (Conselho de Atividades Financeiras), órgão ligado ao Ministério da Fazenda o referido conceito de lavagem de dinheiro:

> O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com freqüência, ocorrem simultaneamente.[13]

Como entendimento quase que uníssono Lilley (2001, p.17) enuncia que a fase posterior de inserção dos recursos, também é parte caracterizadora do conceito de lavagem:

> a lavagem é o método por meio do qual os recursos provenientes do crime são integrados aos sistemas bancários e ao ambiente de negócios do mundo todo.[14]

Ocorre que o processo de criminalidade na lavagem de dinheiro SE consuma na integração, momento final no qual os recursos já assumem aparência legítima, acerca disso PITOMBO se manifesta:

> A etapa final do esquema de lavagem é a integração. Como sugere a expressão, trata-se de viabilizar o emprego aparentemente legítimo dos bens ou valores "no sistema produtivo, por intermédio da criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou pela simples compra de bens: Os mercados financeiro e imobiliário, os leilões de artes e objetos raros são alguns dos setores preferidos pelos lavadores.[15]

Com o advento de vários acontecimentos no cenário atual brasileiro, vemos como o processo de formação ao combate do tipo penal de lavagem de dinheiro surgiu de forma tardia no cenário atual, com as ações mais intensificadas da polícia federal no combate às práticas de lavagem de dinheiro, se teve sem dúvida grandes passos no avanço. Porém até a caracterização das três fases do delito penal, demoram demasiadamente para serem identificadas, enquanto a criminalidade já

[13] Disponível em:http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/sobre-a-lavagem-de-dinheiro, acessado em 02/04/2018

[14] LILLEY, Peter. Lavagem de dinheiro; tradução Eduardo Lasserre. - São Paulo: Futura, 2001

[15] PITOMBO, A. S. A. de M. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

andava a passos largos na execução, que cada vez está a frente dos mecanismos de prevenção que a combatem.

Posta a classificação desta parte da Doutrina, imperioso se faz salientar que o COAF[16] distingue-se nesta classificação, pois considera o primeiro momento como Colocação e não como Ocultação, mas tal diferença é meramente de nomenclatura, não distinguindo pois do sentido da primeira fase.

2.4 O bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro e as medidas punitivas exacerbadas

O bem jurídico é a causa da justificativa, para que o Estado aja na persecução penal das condutas tidas como antijurídicas e culpáveis, fazendo-se assim elemento basilar do tipo penal qualquer que seja, tal primeiro princípio, é de vital importância não só para a análise quanto aos crimes de lavagem de dinheiro, mas aos demais tipos penais.

Desde a formação das garantias penais até o tipo penal da lavagem de dinheiro, se vê um caminho que constrói controvérsias doutrinárias e fomenta muita discussão em seus aspectos conceituais, sendo assim, nota-se a importância extrema da função do direito penal na sociedade, a grande elementar versa que a aplicação da lei penal começa a atuar somente quando outros dispositivos falham. Muitos consideram o Direito Penal neste sentido, como finalista, pois só atua como última alternativa.

Logo, qualquer tipo penal tem que tutelar um bem jurídico relevante a ser protegido, ou seja, sempre atrás de uma normatização se encontrará um bem jurídico bem claro que está a ser tutelado, pelo menos em tese é o que se pretende com toda norma posta.

[16] Fases da Lavagem de dinheiro - COAF, disponível em: http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro, acesso em 02/04/2018

Este princípio mandamental, é de extrema importância, pois se não houvesse definição clara do bem jurídico que é violado frente a conduta criminosa, difícil será definir os limites e sanções penais, logo que não se saiba o que se visa proteger.

No caso concreto do ilícito penal do bem jurídico vulnerado pela lavagem de dinheiro, para receber o aporte do direito penal, deve trazer consigo a afetação na órbita dos direitos fundamentais da pessoa humana, condição necessária para exista um bem jurídico a ser violado ou protegido, é aí que reside toda a problemática da questão.

Inicialmente com a Convenção de Viena, passou a se tutelar como bem jurídico, no crime de lavagem de dinheiro, a saúde pública, pois ficou estabelecido que por ser a lavagem um delito, subsequente ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, e que este violava a saúde pública, a lavagem também passou a ser definida como tal.

Embora essa consideração inicial não seja mais adotada como o bem jurídico que é tutelado, a doutrina nacional se subdivide em diversos entendimentos, não havendo consenso doutrinário acerca de qual seria o bem jurídico ofendido pelo crime de lavagem de dinheiro, teorizam das mais diversas entre as principais que o bem jurídico violado seria: a ordem econômica social, a administração da justiça entre outros.

Ante um grande emaranhado de entendimentos, no bem jurídico que é violado pelo crime de lavagem de dinheiro, chega-se até a falar em pluriofensividade de bens violados, alguns autores, no entanto, visando a resolução do problema sem maiores ponderações, advogam a favor das penas exacerbadas, tal fenômeno por parte de tais doutrinadores emerge de uma cultura que não visa a prevenção de crimes econômicos, mas age de acordo com a problemática posta.

Tal posicionamento não revela a preocupação efetiva que é requerida do profissional do direito, que visa a análise fiel dos fenômenos criminais e procura a

evolução legislativa, diante de uma problemática tão atual, reduzir o problema a expansão normativa seria a solução mais cômoda e menos efetiva a se tomar.

Parece lógico que o crime de lavagem de capitais atinge a administração da justiça, pois, é justamente esse o intuito dos lavadores, de desvincular o dinheiro de sua origem ilícita, ludibriando os mecanismos investigadores do Estado.

Contudo, vale lembrar que não poderia-se prever outra conduta diversa de quem pratica este crime, pois o crime de lavagem é utilizado para alterar a aparência de capitais oriundos de delitos prévios. É nesse sentido a afirmação de André Luís Callegari, o qual assevera que:

> A justiça não pode esperar que os autores dos delitos antecedentes façam a declaração do cometimento dos seus próprios crimes, ou, que declarem que a origem de parte do patrimônio é oriunda de atividade ilícita. Ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo e a administração da justiça e os órgãos encarregados da persecução criminal devem ter o aparelhamento suficiente para a devida persecução penal.[17]

Em parte de alguns entendimentos o que instiga essa grande controvérsia doutrinária é o fato de que também o legislador não colocou o crime de lavagem de dinheiro no Código Penal, assim sendo entende-se que a doutrina também não teria embasamento do maior ordenamento penal para se posicionar

Parte da doutrina também entende como Eros Grau, que a conceituação da ordem econômica, seria um conceito incompatível, quando comparado com o conceito de bem jurídico, vejamos:

> É que a expressão "ordem econômica", ao ser utilizada como termo conceito de fato, para conotar o modo de ser empírico de determinada economia concreta, apresenta essa mesma economia, realidade do mundo do ser, como suficientemente normatizada. Como o vocábulo "ordem", no seu amplo arco de denotações, significa, também, um conjunto ou mesmo um sistema de normas, a realidade do mundo do ser, quando referida pela expressão, é antecipadamente descrita (na síntese

[17] CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro: aspectos penais da lei nº 9.613/98. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.86

> que a expressão encerra) como adequadamente "ordenada", isto é, normatizada e, portanto, regulada.[18]

Colocar o conceito "ordem socioeconômica" a um patamar de bem jurídico afetado pelo crime de lavagem traz questões intrincadas, pois, ao ser identificada como intrinsecamente conectada à estrutura social, a tendência é enxergar a economia voltada para o bem-estar dos indivíduos, o que de fato não é o papel da economia.

De outro lado, teoriza-se que a lavagem de dinheiro protege a Administração da Justiça, pois a finalidade do ilícito seria driblar a investigação estatal, buscando a desvinculação dos ativos de seus respectivos crimes antecedentes.

Diante do conflito das duas vertentes, no intuito de muitas vezes resolver o problema, o legislador entende que é somente necessário tipificar a conduta e exacerbar a pena que aí então estaria tudo resolvido é o que entende CALLEGARI:

> Ocorre, porém, que "uma parcela considerável de legisladores entende que basta tipificar um fato e cominar uma pena exarcebada, para tudo se resolver". Isso porque ainda não se tem no Brasil uma cultura de fiscalizar e reprimir condutas na esfera extrajudicial, especialmente no que se refere aos crimes econômicos. Essa situação, leva a afirmar que "muitas vezes se tem a impressão de que a criação de tipos penais, serve para resolver os problemas que a administração não consegue, é dizer, problemas tributários, fiscais, previdenciários etc.[19]

Contudo, essa forma de legislar, que literalmente "correr atrás do prejuízo", traz grandes dificuldades para a efetiva aplicação da lei penal, mostrando uma grande fragilidade do Direito Penal.

Sabe-se do papel do direito penal como elemento repressivo, não somente aos crimes de lavagem de dinheiro, mas a todos os crimes, este papel tem suas próprias características, até mesmo para o crime de lavagem de dinheiro, se coloca grande foco e destaque ao momento posterior a prática do crime de lavagem de dinheiro,

---

[18] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 58

[19] CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro: aspectos penais da lei nº 9.613/98. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, *p. 17*

conferindo penas exacerbadas e formas de persecução penal que violam princípios constitucionais, como se tal atitude pudesse inibir o agente que pratica a lavagem de dinheiro. Presume-se que faz justamente o inverso, tendo em vista que seus institutos basilares são frágeis e não bem delimitados.

2.5 Relações entre a lavagem de dinheiro e o crime organizado

é inegável a velocidade na qual as organizações criminosas evoluem em suas ações lesivas, pois quando se trata de crimes como o narcotráfico e com os delitos penal-econômicos, deixando suas marcas nas sociedades modernas, contribuindo com ainda mais as diferenças socioeconômicas entre as nações e desequilibrando os mercados financeiros. Diante desse quadro, tanto a comunidade internacional como o legislador brasileiro passaram a demonstrar sua preocupação frente ao tema, empreendendo uma batalha na criação de organismos e forças tarefas internacionais para um efetivo combate desse tipo de criminalidade.

No caso brasileiro, se torna cada vez mais notória, a insuficiência para o combate do crime organizado. Notícias sobre grandes casos de corrupção pública, movimentações ilícitas de capitais, utilização indevida de verbas públicas e fundos de campanhas políticas tornaram-se tão comuns, que chega a ser difícil passar um mês sem tais denúncias. Sem dúvida o fator de insuficiência normativa, representa uma grande causa de favorecimento a criminalidade.

A lavagem de dinheiro desde sua origem, nasceu atrelada ao crime organizado, teorizando acerca disso, da relação às características das organizações criminosas, destaca-se o entendimento de Fausto Martins de Sanctis

> [...] o conceito de crime organizado sempre envolve estrutura complexa e, de certa forma, profissionalizada. Não se trata de apenas de uma organização bem feita, não sendo somente uma organização internacional, mas se caracteriza pela ausência de vítimas individuais e por um determinado modus operandi, com divisão de tarefas, utilização de métodos sofisticados, existência, por vezes, de simbiose com o Poder Público, além

> de alto poder de intimidação (forja clima de medo, fazendo constante apelo à intimidação e à violência).[20]

Já o brilhante jurista Guilherme de Souza Nucci define o crime organizado como:

> Diante disso, a organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes.[21]

Como consequência, observamos o fenômeno da lavagem de dinheiro. Riquezas que não podem ter sua origem comprovada como lícita de pouco ou nada servem, à medida que, a movimentação deste dinheiro atrairia a atenção das autoridades para as atividades ilícitas desenvolvidas. Destarte, estas organizações montam esquemas e, através da execução das fases abordadas anteriormente, garantem aparência de licitude ao dinheiro, mascarando sua verdadeira origem.

Desta forma, pode-se afirmar que o crime de lavagem de dinheiro está intimamente ligado ao crime organizado, constituindo atividade meio deste, à medida que viabiliza a integração de dinheiro ilícito ao sistema econômico e financeiro, conforme demonstrado, passando a financiar as atividades das organizações criminosas.

Pode-se afirmar, inclusive, que esta ligação fica nítida quando analisamos a complexidade envolvida na execução do crime de lavagem de dinheiro, que demanda a existência das características tão complexas quanto por aqueles que o pretendem cometer, próprias destas organizações, supracitadas.

---

[20] SANCTIS, Fausto Martins de. Crime organizado e lavagem de dinheiro. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.8.

[21] NUCCI, Guilherme de Souza Organização criminosa. 2. Ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.13.

2.6 Dos mecanismos de combate à lavagem de dinheiro

Como já exposto anteriormente, apesar do crime de lavagem de dinheiro não ser um ilícito penal novo na sociedade, o seu combate efetivo se deu em momento bastante atrasado na história. Em meados dos anos 80, diante de uma problemática notória no plano internacional, a prevenção e combate à lavagem de dinheiro passou a um patamar de prioridade, visto que sua implementação surtiria efeitos para o combate ao crime organizado e, em especial, ao narcotráfico.

Com a influência da Convenção de Viena, consolidou-se um grande marco histórico para a política no âmbito nacional de combate à lavagem de dinheiro, pois assim como diversos países da comunidade internacional, o Brasil ao ratificar por meio do Decreto 154/1991, passou a empregar maior atenção na repressão a tais crimes, passando inclusive integrar forças internacionais e ampliando seus órgãos de combate no plano interno.

Atualmente com as crescentes pesquisas se nota com cada vez mais espanto, o volume de quantias provenientes do crime organizado, estima o FMI de 2,5% a 5% do PIB (produto interno bruto) de cada país no mundo têm origem ilícita. No Brasil, isso equivale a um montante de 37,5 bilhões a 75 bilhões de reais.[22]

Assim sendo, imperioso se faz destacar atualmente a gama de esforços da persecução estatal frente a tal mal alastrado por toda a sociedade. Já em nossos dias com a crescente criminalidade organizada, os processos e mecanismos de dissimulação e reinserção de quantias financeiras criminosas, passam por processos cada vez mais sofisticados, acerca disso se faz de grande valia a orientação atual do Ministério Público Federal.

> Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que os danos deste delito são dificilmente quantificáveis. A lavagem de dinheiro, por sua própria natureza, está orientada para o sigilo, não se prestando, por isso, a análises estatísticas. Não existem

[22] Estimativa da UNODC, divisão das nações unidas para apuração de drogas e crimes,(United Nations Office on Drugs and Crime, disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/campanhas.html

> estimativas confiáveis sobre a magnitude do problema em nível global, o que não significa que ele não seja grave, e não mereça a atenção de todos os países.[23]

Com a obscuridade de tal ilícito penal, gera grande preocupação em relação a segurança larga escala da ordem econômica atual, que vêm padecendo da ação dos criminosos que incorrem na prática criminosa dos mais diversos delitos, repousa sobre o estado a responsabilidade na fiscalização por vários meios de análise e colaboração da sociedade pública e privada, para melhor eficácia do combate a lavagem de dinheiro. Reside aí então, uma grande preocupação estatal no intuito de combater em condições de igualdade para o enfrentamento deste problema delitivo.

Um dos primeiros amparos estatais frente a tais condutas, é conduzido sob a titularidade do Ministério da Justiça, ao qual repousa o encargo de planejar políticas públicas que visem o combate a lavagem de dinheiro e também a corrupção. Quanto ao plano internacional, se destaca a Cooperação Jurídica Internacional; a gestão da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA); a coordenação da Rede de Laboratórios de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro (LAB-LD) e o Programa Nacional de Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD)

2.6.1 Da atuação do COAF

Durante o período de reformas econômicas realizadas pelo presidente Fernando Henrique Cardoso destaca-se a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), unidade de inteligência criada no âmbito do Ministério da Fazenda pela Lei 9.613/98 (alterada pelas leis 10.701, de 9/7/2003 e 12.683 de 9/7/2012) e com organização e estrutura definidos pelo Decreto 2.799/98, com sede no Distrito Federal

[23] Ministério Público Federal. Quais são os danos que a lavagem de dinheiro provoca? Disponível em: < http://gtld.pgr.mpf.mp.br/lavagem-de-dinheiro/danos/ >, acesso em: 7 abr. 2017.

Trata-se de um órgão administrativo de deliberação coletiva cujo plenário é composto por representantes do Banco Central do Brasil (BCB), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), da Receita Federal do Brasil (RFB), da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), do Departamento de Polícia Federal (DPF), do Ministério das Relações Exteriores (MRE), da Controladoria-Geral da União (CGU), do Ministério da Previdência Social (MPS) e do Ministério da Justiça - Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI).

Grande importância reside no trabalho deste órgão, tendo em vista que funciona como unidade de inteligência financeira nacional, possuindo desdobramentos em suas análises e também parcerias com outros órgãos, ampliando assim sua capacidade de atuação.

Como principais órgãos na persecução a lavagem de dinheiro, destacam-se a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, Secretaria de Previdência Complementar – SPC, Superintendência de seguros privados – SUSEP, Conselho Federal de Corretores de Imóveis – COFECI, Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços – ABECS, Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada – ABRAPP, Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN.

A atividade de combate a lavagem de dinheiro decorre das atribuições do COAF para instaurar processo administrativo e aplicar sanções a quaisquer entidades e pessoas que descumprirem as regras previstas nos arts. 10 e 11 da Lei de Lavagem de Dinheiro.O COAF, todavia, não detém competência investigativa, detém competência para realizar a troca de informações e solicitar a abertura de investigações às autoridades, no caso de que as informações solicitadas ou em decorrência das análises internas, apareçam fortes indícios de operações suspeitas.

Além disso, também tem o poder de requisitar informações cadastrais bancárias e financeiras aos Órgãos da Administração Pública de pessoas envolvidas em atividades suspeitas conforme dispõe o art. 14, §3º. da Lei 9.613/98.

2.6.2 Da atuação do Banco Central

Ademais aos grandes esforços e estratégias dos supracitados programas, importante salientar a grande participação do Banco Central do Brasil, como órgão indispensável na criação de regulamentações junto a organizações financeiras nacionais, cumprindo sua tarefa na agenda estabelecida junto às recomendações do Gafi - Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Financial Action Task Force).

As determinações do Banco Central norteiam as instituições financeiras acerca da melhor maneira de atuação em face de situações potencialmente suspeitas, dentre as regulamentações do Estado no combate a lavagem de dinheiro, por meio das instituições financeiras destacam-se: a Circular nº 3.583/12 a qual determina que instituições financeiras devem ter a cautela necessária na relação de negócio com clientes, ou dar prosseguimento a relação já existente, se não for possível identificá-lo plenamente.

A Instrução normativa esclarece que as políticas e procedimentos internos de controle, implementados pelas instituições financeiras no Brasil, devem ter extensão às suas agências e subsidiárias situadas no exterior, devendo reportar informações ao Banco Central, quando houver entraves na lei estrangeira ser informado que limite esta aplicação.

Já a Circular nº 3.584/12, também importante norteador as instituições financeiras propõe a fiscalização frente a instituições que operem no câmbio nacional, tendo presença no exterior que tais instituições de fato tenham presença física para maior efetiva fiscalização.

2.6.3 Da Atuação do GAFI

O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) surgiu num contexto posterior à Guerra Fria, num momento de supremacia norte-americana com grande

ênfase ao combate do tráfico internacional de drogas, se tornando um órgão responsável pela gestão de combate a lavagem de dinheiro, constituindo-se exemplo de organização internacional que é, ao mesmo tempo, produto desse período de acelerada globalização e componente de sua governança. No contexto posterior ao atentado de 11 de setembro às torres gêmeas, incorporou também a incumbência de combate aos recursos que financiam o terrorismo mundial.

Tendo em vista sua criação em 1989, o GAFI é um organismo elaborador de políticas, na atuação no intuito de promover a vontade política nos países participantes para realizar reformas legislativas e regulatórias nessas áreas. Para cumprir este objetivo, o GAFI publicou uma série de recomendações inerentes a tais objetivos. Tal adoção do GAFI de 40 Recomendações sobre lavagem de dinheiro cumpre fielmente com a própria fundação do organismo.

Na reunião de cúpula de Paris, em julho de 1989, o G-7 defendeu a Convenção de Viena e decidiu criar "força-tarefa" no intento de fazer um levantamento das políticas e da legislação em vigor no mundo voltadas ao combate à lavagem de dinheiro, para elaboração de sugestões de medidas a serem adotadas.

As 40 Recomendações do GAFI são o primeiro instrumento jurídico internacional dedicado com único fito e exclusividade a medidas que devem ser tomadas pelos países para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro A aplicação das Recomendações maximiza os poderes das autoridades que cuidam do assunto, mas, em muitos casos, está diretamente relacionada ao fortalecimento das próprias instituições estatais voltadas para as áreas de regulação, supervisão, inteligência financeira, investigação e persecução criminais.

2.6.4 Da atuação do LAB-LD (Laboratório de Tecnologia contra a lavagem de dinheiro)

Um importante mecanismo do combate ao crime de lavagem de dinheiro é o Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD) o qual foi criado

em obediência ao cumprimento da meta 16 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - Enccla 2006, que previu a necessidade de "implantar laboratório modelo para a aplicação de soluções de análise tecnológica em grandes volumes de informações e para a difusão de estudos sobre as melhores práticas em hardware, software e a adequação de perfis profissionais".

O LAB-LD surgiu no Brasil em 2007, por intermédio de convênio entre o Ministério da Justiça e o Banco do Brasil, dentro da estrutura do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) da atual Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (SNJ).

Um fator preponderante, que motivou a criação do LAB-LD, pelos órgãos participantes da Enccla, tendo em vista que alguns procedimentos investigativos de casos de lavagem de dinheiro ou corrupção os quais envolviam medidas como quebras de sigilo bancário de inúmeras contas, além de sigilos telefônico e fiscal, abrangendo grandes períodos. Ocasionava uma demanda gigantesca de dados que deveria passar por análise, e tais procedimentos eram realizados sem a específica formação técnica para tal.

Com o sucesso do LAB-LD, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, por intermédio do DRCI/SNJ, iniciou em 2009 de forma subsequente a implementação de seu modelo original para outros Órgãos Estaduais e Federais. O agrupamento destes Laboratórios a nível nacional forma a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia (Rede-Lab), com participação em todas as unidades da federação.

Tendo que os crimes de lavagem de dinheiro e de organizações criminosas ocasionam uma extensa quantidade de dados a serem analisados e cruzados, esta é uma circunstância que demanda grande quantidade de tempo dificultando o procedimento, pois quando se têm dados bancários, interceptações telefônicas, tais procedimentos investigativos sem a devida metodologia podem ser infrutíferos, com os recursos necessários tais laboratórios estão munidos de tecnologia por equipamentos e softwares próprios que possibilitam cruzamentos de grandes

volumes de dados em menor tempo, metodologia que permite o aprimoramento da análise e a indicação de novos caminhos para a investigação.

A gama de profissionais qualificados em todas as áreas do conhecimento, permite aos laboratórios grande versatilidade, ademais ao fato de poderem com maior tempo útil concluir procedimentos investigativos, dessa maneira se tornando uma importante ferramenta contra o crime organizado e a lavagem de dinheiro.

Diante de todo o exposto, vê-se que o crime de lavagem de dinheiro é fruto de uma construção que se deu ao longo do tempo, por grandes mudanças nos indivíduos que os levaram a incorrer nesta prática, inegável foi a imensa contribuição que legislações estrangeiras oriundas de marcos históricos deram ao combate à lavagem de dinheiro, como um crime de diversas fases e com um bem jurídico muitas vezes indefinido, se faz altamente necessária a contribuição de órgãos criados pelo Estado visando não somente o Estudo, mas a implementação do políticas criminais de combate à lavagem de dinheiro.

3 LAVAGEM DE DINHEIRO NO ASPECTO MATERIAL E PROCESSUAL

Em vista das implicações doutrinárias acerca do crime de lavagem de dinheiro, parte não menos importante é a matéria legislativa que dispõe de forma material do crime de lavagem de dinheiro, que em nosso ordenamento pátrio não integram a parte de crimes especiais no Código Penal, mas sim positivadas nas disposições da lei nº 9.613/98 e da Lei 12.683/12, constituindo grande arcabouço de diferenças entre os dois dispositivos, cabendo à hermenêutica a devida análise e diferenciação de dois momentos tão particulares na tipificação da criminologia da lavagem de dinheiro.

3.1 As gerações das legislações da lavagem de dinheiro no Brasil

Ao se teorizar acerca dos dispositivos normativos que protegem a sociedade contra o crime de lavagem de dinheiro, no direito comparado, classifica-se em três

gerações de legislações, que se diferem entre si, com referência a taxatividade dos crimes antecedentes ao ilícito de lavagem de dinheiro, quais são:

A classificação de 1ª geração, geralmente está contida nas primeiras leis que incriminavam a conduta da lavagem de capitais e previam apenas o tráfico ilícito de drogas como crime antecedente; São os países que preveem apenas o tráfico de drogas como crime antecedente da lavagem. Recebem a alcunha de primeira geração justamente por serem os primeiros dispositivos legais no mundo a criminalizar a lavagem de dinheiro.

A classificação de 2ª geração aparece no intuito de se coibir a movimentação financeira do produto financeiro de outros delitos de gravidade considerada muito além do tráfico de entorpecentes, havendo uma substancial ampliação do rol de crimes antecedentes, visando uma repressão acentuada, O Brasil figurava como segunda geração até o advento da lei da Lei 12.683/12, quando passou a eliminar o rol taxativo de crimes antecedentes.

Já a 3ª geração, segue uma nova tendência atual das legislações onde, de uma forma muito mais abrangente e moderna, são considerados como crime antecedente todo e qualquer delito. Em outras palavras, a ocultação ou dissimulação dos ganhos obtidos com qualquer infração penal pode configurar lavagem de dinheiro.

3.2 O advento da Lei nº 9.613/98

Muito embora o Brasil com a adesão e ratificação do Decreto nº 154, a Convenção de Viena, em 1991, quando fora obrigado a tomar as medidas estabelecidas para o combate ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro proveniente deste crime, somente se passou a tomar medidas, no âmbito interno, sete anos após, quando em 03 de março de 1998 editou a Lei n. º 9.613, tipificando o crime de lavagem de dinheiro.

Segundo a Exposição de Motivos n. º 692/MJ44, o termo “lavagem de dinheiro” foi assim utilizado pelo legislador brasileiro por se tratar de um vocábulo

que significa limpeza, conduta que caracteriza a transformação do dinheiro sujo em dinheiro limpo e, também, pela natureza da ação praticada. Além disso, considerou o fato de que a expressão "lavagem de dinheiro" ser consagrada no rol de expressões das atividades financeiras e na linguagem popular.

Com a criação da Lei 9.613/98, o crime de lavagem de capitais passou a ser considerado um crime independente, cuja previsão encontra-se, como dito, em Lei Especial, e, portanto, fora do Código Penal, criando dessa forma inicial essa qualidade de figura penal especial, algumas críticas conceituais, para William Terra de Oliveira, esta técnica legislativa inovação na ordem jurídica, possui um lado positivo e outro negativo, veja-se:

> De um lado, está a previsão de um texto legal autônomo que favorece a criação de um espectro punitivo próprio, pretendendo abarcar exaustivamente todo o âmbito da matéria, concentrando em um único diploma a resposta penal e os demais aspectos dela decorrentes. Por outro lado, temos a não inclusão do delito na Parte Especial do Código Penal, contribuindo para a erosão da harmonia legislativa e do sistema punitivo, adotando um modelo político-criminal fragmentado que não respeita o ideal codificador, nem possibilita a sistematização ordenada do universo de condutas sujeitas ao Direito Penal, afetando o processo de interpretação da norma e produzindo duvidosos efeitos da prevenção geral.[24]

Passando à análise da referida lei, perceptível é que no seu primeiro artigo a intenção do legislador de tipificar os diferentes comportamentos típicos, bem como estabelecer as regras especiais sobre a dosimetria da pena, que irão influenciar na quantidade penal. Há uma abordagem individualizada de quais seriam os ilícitos precedentes do delito de lavagem de capitais.

A Lei nº 9.613/1998, que criminaliza a conduta de lavagem de dinheiro dispôs sobre obrigações ligadas à prevenção de lavagem, tinha, como principais características, aquelas típicas das legislações de segunda geração. Trazia uma lista fechada de crimes antecedentes, que não incluía, por exemplo, os crimes de evasão

[24] OLIVEIRA, William Terra de. A Criminalização da Lavagem de Dinheiro (Aspectos Penais da Lei 9.613 de 1.º de março de 1998). Revista Brasileira de Ciências Criminais, a.6, n.23, p. 114, julho-setembro. 1998

fiscal ou crimes econômicos, ou os tradicionais crimes contra o patrimônio, tendo como pena para esse crime de três a dez anos.

3.3 O advento da lei 12.683/12

Com as diversas transformações no cenário econômico brasileiro atual, houve necessidade de algumas alterações na legislação nacional que estabelecia a conduta ilícita da lavagem de dinheiro, dando origem a Lei nº 12.683/12 que além de continuar a coibir o crime de lavagem de capitais, teve como intuito aumentar a atuação de órgãos incumbidos a combater crimes desta espécie, não somente adotando medidas mais atuais, como incorporando temas mundialmente discutidos e consolidou o controle administrativo sobre os setores considerados sensíveis à lavagem de dinheiro.

3.4 Da supressão no rol de crimes antecedentes na Lei 12.683/12.

Com a publicação da lei nº 9.613/1998, que listava um rol de crimes antecedentes para a lavagem de dinheiro fazendo com que o Brasil, segundo a doutrina majoritária, estivesse enquadrado nas legislações de segunda geração. Já com a implementação no cenário penal da lei 12.683/12 qualquer infração penal pode ser considerada como antecedente da lavagem de dinheiro. A legislação brasileira de lavagem com essa mudança passou para a uma classificação doutrinária terceira geração.

Diante desta mudança, um dos maiores especialistas sobre lavagem de dinheiro no Brasil, o juiz federal SÉRGIO FERNANDO MORO, a época do anteprojeto já enuncia os aspectos positivos e negativos da adesão, veja-se:

> A eliminação do rol apresenta vantagens e desvantagens. Por um lado, facilita a criminalização e a persecução penal de lavadores profissionais, ou seja, de pessoas que se dedicam profissionalmente à lavagem de dinheiro. (...) Por outro lado, a eliminação do rol gera certo risco de vulgarização do crime lavagem, o que pode ter duas consequências negativas. A primeira, um apenamento por crime de lavagem superior à sanção prevista para o crime antecedente, o que é, de certa

> forma, incoerente. A segunda, impedir que os recursos disponíveis à prevenção e à persecução penal sejam focados na criminalidade mais grave.[25]

O que de fato prelecionava MORO, de fato é constante argumento de parte da doutrina que é contra a supressão do rol de crimes antecedentes, matéria que passou a considerar até as contravenções como ilícitos antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro, como bem observa, Márcio Cavalcante, no exemplo do chamado 'jogo do bicho' que não é previsto como crime no Brasil, sendo considerado apenas contravenção penal tipificada no art. 51 do Decreto-Lei n.° 3.688/1941". E desde 09 de julho de 2012, o jogo do bicho, bem como todas as contravenções penais que tenham como fim a obtenção de valores, já pode ser considerado como conduta antecedente ao crime de lavagem de dinheiro.

Ocorre que no exemplo concreto, algumas perplexidades penais nas quais o autor da contravenção antecedente, por exemplo, estará sujeito a uma pena extremamente mais severa pela lavagem (três a dez anos) do que aquela prevista para o próprio crime que se quer coibir (o jogo de azar, com pena de três meses a um ano e multa, art. 50, LCP).

A crítica reside se a intenção do legislador era de atingir o jogo do bicho, melhor seria ter transformado esta conduta em crime em vez de sobrecarregar o sistema penal com uma grande quantidade de condutas de pouca gravidade. Afastou-se, legislativamente assim o Brasil do próprio parâmetro sugerido pela Convenção de Palermo, que demanda crimes antecedentes de alguma gravidade, indicando como parâmetro aqueles cuja pena máxima não seja inferior a quatro anos.

A Lei n. 9.603/98 previa, em sua redação original, que ocultar ou dissimular bens, direitos ou valores provenientes de crimes praticados por organização criminosa configurava lavagem de dinheiro. Ocorre que também como entendimento a 1ª Turma do STF entendeu que para que a organização criminosa seja usada como crime antecedente da lavagem de dinheiro seria necessária uma lei em sentido

[25] MORO, Sérgio Fernando, Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36

formal e material definindo o que seria organização criminosa, não valendo a definição trazida pela Convenção de Palermo.

Decidiu também a 1ª Turma que o rol de crimes antecedentes que era trazido pelo art. 1º da Lei 9.613/98 era taxativo e não fazia menção ao delito de quadrilha

Por exemplo se um grupo estável de quatro pessoas, formado para a prática de crimes, realizasse, por exemplo, vários estelionatos e, com isso, arrecadasse uma grande quantia em dinheiro que seria dissimulado por meio do lucro fictício de empresas de fachada, tal conduta não seria punida como lavagem de capitais.

Com a alteração trazida pela Lei n. 12.683/2012, para os casos posteriores à sua vigência, não é necessário mais discutir se existe ou não definição legal de organização criminosa no Brasil considerando que, como visto, o dinheiro obtido com qualquer crime, se for ocultado ou dissimulado, configurará delito de lavagem de capitais.

3.5 A posição do advogado frente à Lei 12.683/12.

Um ponto de cunho significativo na alteração legislativa, com o advento da lei 12.683/12, merece o destaque no que tange a ampliação significativa do rol das pessoas sujeitas às obrigações da política de prevenção. E, entre elas, a maior preocupação certamente é a possível inclusão dos advogados que prestem serviços de assessoria, aconselhamento, auditoria ou assistência em transações comerciais e financeiras (nova redação do art. 9.º, parágrafo único, inciso XIV).

A preocupação surge de forma clara, da estreita relação advogado-cliente entre os novos deveres e o dever de sigilo profissional, imposto pelo Estatuto da OAB. Impera a questão se seria lícito exigir que o advogado comunique aos órgãos de fiscalização a prática de atos suspeitos de lavagem de dinheiro por seu cliente, afinal, a obrigação de delação por parte do profissional de confiança do cliente não deixa de ser uma obtenção indireta de informação que pode ser considerada auto incriminadora.

Mesmo sem mencionar expressamente os profissionais da área jurídica, a Lei 12.683/2012 optou por obrigar as pessoas físicas que prestem, ainda que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria e aconselhamento de qualquer natureza nas citadas operações financeiras. Ora, é certo que os advogados, tanto societários quanto tributaristas, atuam na área consultiva na compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza, na gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, na criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas.

Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini se posicionam de forma assertiva acerca do caráter polêmico incutido no dispositivo normativo citado, em vista propriamente de penetrar no sigilo profissional que é inerente a profissão da advocacia.

A Lei de Lavagem não especifica a figura do advogado, dispondo de forma genérica "pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza". Existindo diploma legal voltado para a advocacia, que impõe aos profissionais o dever de sigilo, faz com que esta regra se sobreponha à disposição geral prevista na Lei de Lavagem. O profissional da advocacia "não tem o dever de comunicar atos suspeitos de lavagem, mas tem o dever de se abster de contribuir com eles"

É evidente que a redução do advogado, profissional a quem o cidadão deposita total confiança, à condição de informante dos órgãos de controle de atividade financeira equivale a eliminar a garantia de não produção de prova contra si, já que dessa forma o advogado seria apenas uma ponte para as informações alcançarem as autoridades controladoras.

O sigilo reservado às atividades privativas de advocacia é constitucionalmente assegurado e, como demonstrado, seus contornos estão delimitados pelo Estatuto da Advocacia e pelo Código de Ética e Disciplina da

OAB. A nova lei não faz menção expressa à obrigação dos advogados no cumprimento das medidas de cadastro dos clientes e comunicação de atividades suspeitas de lavagem, o que se poderia mesmo entender como silêncio eloquente por parte do legislador.

Não se pretende atribuir imunidade ao advogado para a prática da conduta de lavagem dinheiro, pelo contrário o advogado é importante ferramenta na persecução penal. Caso o profissional contribua dolosamente para a incorporação de recursos provenientes de atos ilícitos na economia, realizando, concebendo ou planejando operações, de modo a ocultar ou dissimular a origem dos valores, incorre sem qualquer ressalva na prática do crime de lavagem de dinheiro.

Nesses casos é imprescindível que se reconheça a inexigibilidade de que o advogado do criminoso se sujeite às obrigações administrativas impostas pela nova lei. Todavia o fundamento não tem qualquer relação com o sigilo profissional.

Em casos de atuação ou participação dolosa do advogado na prática de crimes de lavagem de dinheiro, sua função não está acobertada pelo sigilo, pois não constitui atividade jurídica. Trata-se, pois, de atividade criminosa: nesse caso, é o princípio da vedação à autoincriminação do próprio advogado (na condição de autor ou partícipe do crime) o que justifica a inaplicabilidade de eventual dever de comunicação que se lhe pretende estender.

3.6 Do indiciamento do servidor público

A legislação confere tratamento preventivo especial ao servidor público que seja indiciado pela prática do crime de lavagem de dinheiro, a foco repousa sobre o artigo 17,”d” da lei 12.683/2012, no qual preleciona que: “Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno”.

Este comando vem gerando vários posicionamentos em contrário por parte da doutrina, pela razão do indiciamento se tratar, de uma gama de elementos que levam a crer a provável autoria do indiciado, todavia até o momento do indiciamento o indiciado não é réu, não tendo passado pela cognição inicial do magistrado.

Quando se põe em análise o comando constitucional do art.5º, LVII, da Constituição Federal o positiva como norma carreada pelo princípio da presunção de inocência, dispõe o artigo: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Sendo um dos princípios essenciais do Estado Democrático de Direito, essa grande garantia processual penal, protege em suma a liberdade individual dos sujeitos de direito.

Acerca do dispositivo elucida Baddaró e Bottini (2012, p. 359):

> Não se trata de uma medida cautelar decretada em razão da necessidade e adequação no caso concreto, para fins de assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, como se exige toda e qualquer medida cautelar (Art. 282, caput, I e II do CPP). Há uma nítida punição antecipada, enquanto simples efeito da imputação, em claro contraste com a garantia constitucional de que ninguém será considerado culpado, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.[26]

Esta punição antecipada é o que fere, segundo a doutrina crítica, o princípio da presunção de inocência, pois ainda que o servidor possua cargo que não detém relação direta com a possibilidade de crime de lavagem de dinheiro, mesmo assim incide sobre o tal esta medida. Nesse sentido também merece atenção o posicionamento do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, quando dispõe em seu editorial.

> Merece as mais severas críticas o dispositivo que determina o afastamento do servidor público indiciado por lavagem de dinheiro (Art. 17-D). Atrelar o mero indiciamento policial a uma medida cautelar de tal gravidade macula profundamente a presunção de inocência, e deixa sem controle judicial a aplicação de uma das medidas restritivas de direito mais

[26] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O afastamento do servidor na lei de lavagem de dinheiro. 2012. Disponível em: Acesso em: 22 de out. 2012

> agressivas: aquela que impede o servidor de exercer seu múnus, seu trabalho, sua função.[27]

Vale ressaltar que um dos bens jurídicos que se pretende proteger com a lavagem de dinheiro é a própria administração da justiça, mas ao sancionar a punição antecipada de servidor, a mesma legislação que visa proteger a administração da justiça em contrapartida estaria prejudicando a própria administração pública, para o servidor que não exerce qualquer função que possa ser conexa ao crime de lavagem de dinheiro.

Depreende-se do exposto a grande importância das gerações das legislações que versam sobre lavagem de dinheiro, ademais a isso a evolução da legislação não conferiu inovações a efetividade da persecução penal, mas somente intensificou o foco ao crime de lavagem de dinheiro, com a supressão do crime antecedente, o que gera confusão na hipótese de o crime antecedente não ser penalizado, o mero indiciamento e afastamento do servidor bem como a violência aos direitos de sigilo entre o advogado e seu cliente indiciado por lavagem de dinheiro constituem verdadeiros retrocessos e supressão de direitos.

4 ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Como as peculiaridades do crime de lavagem não somente se apresentam em sua identificação e condutas e adequação típica, se enfrentam questões processuais importantes pela doutrina, que abarcam desde sua inserção na legislação, quanto ao procedimento característico de processamento dos crimes de lavagem de dinheiro no Código de Processo Penal.

Desde o momento no qual o crime de lavagem de dinheiro fora positivado fora do Código Penal, com a Lei 9.613/98, o crime de lavagem de capitais passou a ser considerado um crime independente, e com sua inovação legislativa não ficou adstrito a nenhum rol taxativo de crimes antecedentes de forma mais independente

[27] Boletim Revista Jurídica IBCCRIM, ano 20, nº 237, p. 01

possível, suscita muitas opiniões no ramo acadêmico, uma delas do jurista William Terra de Oliveira, considera pontos positivos e negativos na caracterização:

> "De um lado, está a previsão de um texto legal autônomo que favorece a criação de um espectro punitivo próprio, pretendendo abarcar exaustivamente todo o âmbito da matéria, concentrando em um único diploma a resposta penal e os demais aspectos dela decorrentes. Por outro lado, temos a não inclusão do delito na Parte Especial do Código Penal, contribuindo para a erosão da harmonia legislativa e do sistema punitivo, adotando um modelo político-criminal fragmentado que não respeita o ideal codificador, nem possibilita a sistematização ordenada do universo de condutas sujeitas ao Direito Penal, afetando o processo de interpretação da norma e produzindo duvidosos efeitos da prevenção geral."[28]

Ocorre que a distância do crime de lavagem de dinheiro, quando em relação aos crimes positivados no Código Penal, de fato confere caráter independente e singular no que tange aos crimes antecedentes, todavia imperioso destacar a facilidade que um procedimento especial pode evitar a confusão com outros institutos procedimentais e até tipos penais.

O posicionamento do crime de lavagem de dinheiro, embora em apartado, sofre a grande crítica de não estar harmonizado com o arcabouço penal, e que por ser fragmentado, não respeitaria assim o codificador, já argumentam os mais críticos.

4.1 Da competência federal e estadual para julgamento do crime de lavagem de dinheiro

Quando se discorre acerca da competência para julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro, logo se faz necessária a análise quanto ao art. 2º., em seu inciso III, alíneas "a" e "b" as quais definem as hipóteses de competência em relação ao crime em análise. Assim está positivado:

> "Art. 2º. O processo e julgamento dos crimes previstos nesta lei:

[28] OLIVEIRA, William Terra de. *A Criminalização da Lavagem de Dinheiro (Aspectos Penais da Lei 9.613 de 1.º de março de 1998).* Revista Brasileira de Ciências Criminais, a.6, n.23, p. 114, julho-setembro. 1998

> III – são de competência da Justiça Federal: a) quando praticado contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; b) quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal".

A legislação coloca claramente as circunstâncias de competência da Justiça Federal sendo que, os demais casos nos quais não se amoldam a norma positiva serão de competência da Justiça Estadual. Todavia embora positivado as duas hipóteses em análise, entende o professor Luiz Flávio Gomes que a competência exclusiva seria exclusiva da justiça federal em virtude do foco na análise do bem jurídico que é violado:

> Considerando-se que o bem jurídico tutelado nessa novel incriminação é exatamente a ordem socioeconômica e o sistema financeiro, que é um bem jurídico supra-individual (ou coletivo), conclui-se que todos os delitos de lavagem de capitais afetam tal ordem econômico-financeira. Logo, todos são de competência da Justiça Federal. [29]

Tal entendimento encontra antagonismo por parte da doutrina, que considera que somente o crime será de competência da justiça federal, em razão do bem jurídico violado, quando a lei assim expressamente a definir, logo nem todos os crimes que atingirem a ordem sócio-econômica serão de competência da Justiça Federal, como enuncia o professor Ângelo Roberto Ilha da Silva:

> [...] somente quando a própria lei prevê a competência da Justiça Federal nessas duas últimas hipóteses é que tal se dará. A guisa de exemplo, conclui, pode referir que os crimes previstos na Lei de Economia Popular, não obstante afrontar a ordem econômica são de competência da Justiça Estadual (Lei 1.521/51), ao passo que os crimes contra o sistema financeiro ficam sujeitos à jurisdição federal, justamente por haver dispositivo expresso (lei 7.492/86, art. 26, caput).[30]

Assim se restam as polaridades dos entendimentos doutrinários e que permanecem até o momento atual visto que a Lei 12.683/12 a qual alterou

[29] GOMES, Luiz Flavio. Leis de Lavagem de Capitais: Aspectos Processuais. São Paulo: Boletim do IBCCRIM. São Paulo, n. 65, p. 10-11, abr. 1998a.

[30] SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Da Competência nos Delitos de Lavagem de Dinheiro. RBCCr, São Paulo, a.9, n. 36, p. 307-308, out/dez. 2001b.

substancialmente alguns aspectos da Lei 9.613/98, no intuito de torná-la mais eficiente em relação à persecução penal dos respectivos, não modificou o tema sobre a competência. Segundo o teor do artigo 2°, permanecendo inalterado o comando que atrai a competência.

Ocorre que quando se põe e analisar que o crime seja de competência da Justiça Federal, cujo crime antecedente também o for, em interpretação estrita, quando o crime anterior for da competência da Justiça estadual, logo também será da competência da Justiça estadual o crime de lavagem de dinheiro mesmo que exista remessa de valores para o exterior uma vez que não há previsão legal para o caso.

Essa omissão legislativa segundo alguns doutrinadores contraria o entendimento Constitucional no art. 109, V que estabelece que os juízes federais sejam competentes a processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

A falta de previsão legal expressa que o legislador efetivamente assim não teve o verdadeiro desejo de legislar sobre a matéria, considerando a incidência de vários casos do crime de lavagem de dinheiro com remessas para o exterior, especialmente pela utilização de offshores.

Por outro lado, é importante frisar o equilíbrio do processo penal, pois se todos os juízes federais resolvessem avocar para sua competência todas as investigações criminais e processos dos crimes antecedentes dos de lavagem de dinheiro com remessa de valores para o exterior, ocorreria em decorrência disto um esvaziamento das competências dos outros juízos ferindo de sobremaneira o pacto federativo. Enfim, interpretar aquilo que a lei propositalmente não previu é terreno perigoso.

4.2 Da proibição da aplicação do art.366 do Código de Processo Penal nos crimes de lavagem de dinheiro

No processo penal por lavagem de dinheiro existe regra geral do art.366 do Código de Processo Penal, pois quando pelo procedimento comum, o réu é citado por edital e não comparece, o processo seria suspenso e o prazo prescricional, contudo na lei em análise, o procedimento difere drasticamente do que se pretende em outras legislações.

Quando não se tem a participação efetiva do réu em processo de lavagem o procedimento segue até o julgamento, com a nomeação de defensor, não se interrompendo o processo sob qualquer circunstância. Diante da excepcionalidade posta, segue sendo criticado por parte da doutrina como a opinião do professor César Antônio da Silva que afirma:

> O dispositivo legal, ao vedar a aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal, está viciado pelo signo da inconstitucionalidade, porque suprime ao réu o real conhecimento da acusação que lhe é imputada, violando o princípio do contraditório, ao deixar de suspender o processo quando citado por edital; o que equivale a dizer que o processo segue à revelia, violando, por conseguinte, o disposto no art. 5º. § 2º. da Constituição Federal.[31]

A ausência da garantia constitucional do contraditório no dispositivo da lavagem de dinheiro fere segundo parte da doutrina, um princípio constitucional basilar, e o tal vício como apontado, acarretaria prejuízo muito grande a defesa do réu, desequilibrando em decorrência disso o feito processual.

No entanto os defensores da legislação afirmam que se trata de medida de política criminal, pois diante da incompatibilidade material existente entre os objetivos desse novo diploma e a criminalidade em nível macro. Dessa forma se fosse possível à suspensão do processo, constituiria assim um benefício aos contraventores, que por diversas vezes se mostram astutos e afortunados, se tornando

[31] SILVA, César Antônio da. Lavagem de Dinheiro: uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001a.

a lei um obstáculo a novas persecuções, a novos ilícitos que se desenvolvem na criminalidade de lavagem de dinheiro.

Ademais ao caráter excepcional da legislação conforme lição do professor Guilherme de Souza Nucci:

> Lei especial afasta aplicação da lei geral. Foi opção de política criminal nesse caso e deve ser respeitada, não adiantando invocar conflitos e confusões legislativas para se expressar. Note-se que, antes de 1996, por mais que se julgasse importante julgar um réu citado por edital, em homenagem à ampla defesa, tal medida nunca foi adotada. Foi necessária a modificação do art. 366 do CPP para implantação da referida suspensão.[32]

Com a exposição do referido argumento de política criminal, e a excepcionalidade da não aplicação do art.366 se tem como maior argumento a favor da legislação acerca do crime de lavagem de dinheiro.

4.3 Da Inversão do Ônus da prova em desfavor do réu no sequestro de bens oriundos da lavagem de dinheiro

Acompanhando as singularidades do procedimento processual quanto à legislação que regula os crimes de lavagem de dinheiro, quando se atém a instituição do ônus da prova, a quem que usualmente pertence ao Ministério Público, como sendo titular da ação penal. Dentro do curso do processo quando advém a existência da inversão do ônus da prova em desfavor do réu, quanto ao sequestro de bens, que pela cognição do magistrado venham a ser produto de crime.

Tal procedimento tem natureza cautelar, e e por isso obedece a certos requisitos como o fumus boni iuris e periculum in mora, o primeiro requisito, a fumaça do bom direito, funda-se em indícios ou suspeitas de que os valores, bens ou direitos são produto de crime, dos crimes de lavagem. Já o perigo da demora está consignado na possibilidade do réu se desfazer de seus bens, direitos e valores, comprometendo, portanto, o aspecto material do crime de lavagem de dinheiro.

[32] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: RT, 2006

Este procedimento está explicitado no caput da legislação: "Art. 4º. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro horas), havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Código Penal.

A maior celeuma de discussões, no entanto está na figura d o § 2º. do art. 4º. da lei, o qual autoriza o levantamento do sequestro ou apreensão dos bens, direitos ou valores quando o autor comprovar a licitude da procedência dos mesmos.

Alguns doutrinadores defendem que há inversão do ônus da prova, o que violaria o princípio da presunção de inocência. "Roberto Delmanto adjetiva a persecução penal neste caso, como submeter o acusado a uma verdadeira forma de se provar excessiva". Por parte de Marcelo Batlouni Mendroni acrescenta que não somente haveria inversão do ônus da prova, mas que o princípio consagrado da presunção de inocência seria violado:

> É exatamente entregar ao acusado o ônus de comprovar a licitude dos bens. Quando comprovar, em qualquer momento processual, desde que compareça pessoalmente (§ 3º.), os bens serão liberados. Se não comprovar, advindo sentença condenatória, como efeito, será declarado o perdimento dos bens em favor da União, nos estritos termos do inciso I, art. 7º. da lei, em consonância com o art. 5º., XLVI, 'b' da Constituição Federal).[33]

Por outro lado e em contraposição, ao pensamento, parte da doutrina defensora da medida, assevera que se trata de medida cautelar, e uma vez perdido algum requisito da medida cautelar como o fumus boni iuris ou periculum in mora, a medida seria então revogada de imediato, como por exemplo, no caso de ser comprovado que os bens são provenientes de atividade lícita, desta forma afastando

[33] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Atlas, 2005.

o fumus boni iuris a medida cautelar seria de pronto revogada. Como comparação analógica a legislação em análise, apoia e afirma César Antônio da Silva:

> Também o Código de Processo Penal, em seu art. 120, § 1º. manda o requerente produzir prova para restituição do bem quando for duvidoso seu direito". Por outro lado, continua o autor, "o art. 130, I, ainda do mesmo diploma legal, estabelece que o sequestro também poderá ser embargado pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração"

Logo quando se pensa em política criminal vê-se que a inversão do ônus da prova é plausível, quando se presta a proteger a ordem econômica, pois o procedimento de sequestro e as medidas cautelares em debate, não são meros procedimentos arbitrários do juízo, desprovidos de requisitos.

4.4 Da Colaboração Premiada nos crimes de lavagem de dinheiro

Ademais aos assuntos processuais colocados em análise, um assunto de grande relevância e atualidade é a capacidade de colaboração premiada para os mais diversos crimes, logo com o crime de lavagem de dinheiro não é diferente, tal notoriedade não fica para trás, frente a possibilidade de o contraventor colaborar com a justiça.

Grande influência e inspiração para implementação do instituto da colaboração premiada surgiu na Itália onde o Estado Italiano, tendo enfraquecido sua capacidade de combate às organizações mafiosas, passou a fazer acordo com os mafiosos arrependidos, que se transformaram em colaboradores da Justiça. Em razão desta contribuição os tais passaram a ganhar benefícios nasceu, assim, a Justiça colaborativa, que abarca tanto a colaboração premiada.

É bastante numerosa atualmente a quantidade de legislações que abarcam o instituto da colaboração premiada, tal implementação visa a melhora da persecução penal, a inauguração pelo Ministério Público Federal no Paraná em 2003, remonta o início de utilização deste instituto, quando começaram a formalizar acordos de delação inteiramente clausulados, hoje tal prática é comumente utilizada no Brasil.

De todo modo, desde que o primeiro desses acordos foi chancelado pela 2.ª Vara Federal de Curitiba, parte expressiva da doutrina passou a admiti-los

A lei de lavagem de dinheiro n º 9.613 de 1998 que regula sobre os crimes de lavagem de dinheiro foi de importância primordial para colocar em prática a delação premiada no ordenamento jurídico nacional, principalmente no que dispõe seu art. 1º § 5º

Para a 6ª turma do STJ, "O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime" (HC 90.962/SP)

O foco principal da delação é alcançar novas informações e exclusivas a respeito do crime de lavagem de dinheiro, referente a autoria, fatos que podem ter comprovação plausível, podendo auxiliar na localização de bens, direitos ou valores oriundos da prática criminosa com conformidade com a lição de Badaró; Bottini (2013, p.167):

> Aquele que colaborar espontaneamente com a investigação e prestar esclarecimentos que auxiliem na apuração dos fatos, na identificação dos agentes da lavagem de dinheiro ou na localização dos bens, será beneficiado com a redução da pena, sua extinção ou substituição por restritiva de direitos.[34]

Tais benesses dos acordos de colaboração pactuados conferem ao colaborador grandes vantagens no cumprimento da pena, podendo inclusive gozar em alguns casos do benefício da progressão para um regime mais benéfico.

Ocorre que a confissão é fator essencial para a grande maioria da doutrina, passa a ser indispensável primordial da delação, não havendo está se o réu apenas negar o fato criminoso imputado a ele, atribuindo-o a outra pessoa. Caso o acusado passasse a revelar elementos ou fatos que são alheios ao que se lhe imputa, sua função seria muito mais de testemunha do que de delator.

[34] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais: Comentários à Lei 9.613/98 com alterações da Lei 12.683/12. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2013.

Sendo assim, o fato de muitas vezes admitir a própria culpa, seja em parte ou integralmente, é um pressuposto de grande importância para a constituição da delação. Nesse bojo salienta-se o caráter não obrigatório da delação premiada. O silêncio é uma garantia a qualquer cidadão.

Em vista do demonstrado importante é para os operadores do Direito, o conhecimento e a ciência que muitos preceitos e garantias constitucionais são feridos com o rito especial da lavagem de dinheiro, tais como a presunção de inocência, o contraditório e diversos mecanismos processuais que colocam o réu em uma clara supressão de direitos e cerceamento de defesa. Logo imperioso é também observar que o instituto da delação premiada foi um grande avanço para a persecução penal nos casos de lavagem de dinheiro, embora em meio ao benefício que ela mesma traz, a tal não invalida os atos processuais inconstitucionais aos quais a lei se baseia.

5 CONCLUSÃO

A despeito de todas as modalidades do crime de lavagem de dinheiro abordadas, constata-se que é um crime tão antigo que permaneceu obscuro por um grande momento da história, que teve sua formação conjuntamente com a implementação dos sistemas econômicos, assim fica mais claro ao acompanhar sua formação histórica, a compreensão das motivações dos agentes criminosos que incorrem na prática dos delitos de lavagem de dinheiro.

Quanto a sua caracterização, observou-se inicialmente que o fatiamento dos três momentos e ações é deveras importante, para a constatação do crime em si, sem a individualização dos momentos seria bem mais difícil, para os aplicadores do direito amoldar as condutas das organizações criminosas e particulares que incorrem na lavagem de dinheiro a necessária adequação típica.

Em relação ao posicionamento do tipo penal da lavagem de dinheiro, que se encontra inserido em leis fora do Código Penal, compreende-se a intenção do legislador movido por políticas de proteção criminal, as quais positivou nos dispositivos que versam sobre o crime de lavagem de dinheiro, tais proteções e

tratamento diferenciado são compreendidos no cenário penal atual brasileiro, visto a grande incidência de crimes financeiros a todo momento. É algo que de fato deveria ser regulado de forma mais severa.

Diante de uma análise profunda do assunto, algo a ser pretendido é a elucidação dos bens aos quais a lei protege, visto foi que independentemente do que se venha a proteger, a proteção de fato existe, se há controvérsias no meio acadêmico, que as tais continuem em face da imprecisão do bem jurídico tutelado, mas a supressão da legislação como defendem algumas correntes, seria total retrocesso em face de uma imprecisão.

Os efeitos devastadores da lavagem de dinheiro repercutem nos mercados mundiais, e logo como o mercado brasileiro está ligado a uma rede macro mundial de economia, de fato recebe as consequências em larga escala das condutas de lavagem de dinheiro.

Importante frisar a grande importância e avanço que se teve nos últimos anos do combate à lavagem de dinheiro, através de políticas estatais muito bem consolidadas e a criação de órgãos de fiscalização, laboratórios, conselhos de atividades, participação das entidades financeiras privadas, Banco Central, todos trabalhando em conjunto com o corajoso trabalho do Ministério Público.

Quanto a posição do advogado frente aos crimes de lavagem de dinheiro, com a nova legislação retrocedeu quando em comparação a assegurar ao profissional direitos básicos como o sigilo do cliente, no que tange às medidas cautelares a sequestro de bens, e responsabilização no indiciamento do funcionário, são momentos no qual o legislador positivou retrocessos quanto a luz dos preceitos constitucionais consagrados.

Quando em relação aos aspectos processuais, vê-se certo desequilíbrio em desfavor do réu e do indiciado, constatou-se que o legislador em defesa da política criminal atropelou princípios constitucionais sensíveis do devido processo legal, a grande repressão da inovação legislativa não é medida para que se diminuam as

incidências penais, mas sim a maior persecução. Em contrapartida a implementação das colaborações premiadas são grandes mecanismos de persecução penal.

Ocorre que o crime de lavagem de dinheiro é de grande complexidade, uma literatura riquíssima se tem quanto a doutrina, de grande importância é a análise frente aos preceitos constitucionais para que não se cometam excessos em detrimento de uma persecução que já começa falha.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir, BOLETIM IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) - ANO 20 - Nº 237 - AGOSTO - 2012, p. 5.

BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. Lavagem de Dinheiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz, BOLETIM IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) - ANO 20 - Nº 237 - AGOSTO - 2012, p. 2

CALLEGARI, André Luis. Lavagem de Dinheiro. São Paulo. Editora Atlas S.A.,2014. p 103-121

DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre, 2006. p 15

HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-Modernidade, p. 27.

LILLEY, Peter. Lavagem de dinheiro; tradução Eduardo Lasserre. - São Paulo:

Futura, 2001.

FÁBIAN CAPARRÓS, Eduardo. El Delito de Blanqueo de Capitales. Apud DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 79.

LIMA, Samuel Pantoja. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: Uma aplicação das teorias dos jogos e de redes neurais para reconhecimento e descrição de padrões, Florianópolis 2005, p. 90.

PITOMBO, A. S. A. de M. Lavagem de dinheiro: a ..... tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROMAN, Joel. “Autonomia e Vulnerabilidade do Indivíduo Moderno”. In: A Sociedade em Busca de Valores, p. 39-49

STERLING, C. A máfia globalizada – A nova ordem mundial do crime organizado. Rio de Janeiro: Revan, 1997

TIGRE MAIA, R. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999

Estimativa da UNODC, divisão das nações unidas para apuração de drogas e crimes,(United Nations Office on Drugs and Crime, disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/campanhas.html

DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre, 2006. p 15

HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-Modernidade, p. 27

ROMAN, Joel. “Autonomia e Vulnerabilidade do Indivíduo Moderno”. In: A Sociedade em Busca de Valores, p. 39-49

DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre, 2006. p 40.

FÁBIAN CAPARRÓS, Eduardo. El Delito de Blanqueo de Capitales. Apud DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 79

LIMA, Samuel Pantoja. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: Uma aplicação das teorias dos jogos e de redes neurais para reconhecimento e descrição de padrões, Florianópolis 2005, p.90

LIMA, Samuel Pantoja. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: Uma aplicação das teorias dos jogos e de redes neurais para reconhecimento e descrição de padrões, Florianópolis 2005, p.90

TIGRE MAIA, R. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999

BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. Lavagem de Dinheiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29
http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/sobre-a-lavagem-de-dinheiro

LILLEY, Peter. Lavagem de dinheiro; tradução Eduardo Lasserre. - São Paulo: Futura, 2001

PITOMBO, A. S. A. de M. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 58

CALLEGARI, op cit., 2008, p. 17.

SANCTIS, Fausto Martins de. Crime organizado e lavagem de dinheiro. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.8.

NUCCI, Guilherme de Souza Organização criminosa. 2. Ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.13.

OLIVEIRA, William Terra de. A Criminalização da Lavagem de Dinheiro (Aspectos Penais da Lei 9.613 de 1.º de Março de 1998). Revista Brasileira de Ciências Criminais, a.6, n.23, p. 114, julho-setembro. 1998.

MORO, Sérgio Fernando, Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O afastamento do servidor na lei de lavagem de dinheiro. 2012. Disponível em: Acesso em: 22 de out. 2012.

(IBCCRIM, ano 20, nº 237, p. 01)

Ministério Público Federal. Quais são os danos que a lavagem de dinheiro provoca? Disponível em: < http://gtld.pgr.mpf.mp.br/lavagem-de-dinheiro/danos/ >, acesso em: 7 abr. 2014.

OLIVEIRA, William Terra de. A Criminalização da Lavagem de Dinheiro (Aspectos Penais da Lei 9.613 de 1.º de Março de 1998). Revista Brasileira de Ciências Criminais, a.6, n.23, p. 114, julho-setembro. 1998

GOMES, Luiz Flavio. Leis de Lavagem de Capitais: Aspectos Processuais. São Paulo: Boletim do IBCCRIM. São Paulo, n. 65, p. 10-11, abr. 1998ª

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Da Competência nos Delitos de Lavagem de Dinheiro. RBCCr, São Paulo, a.9, n. 36, p. 307-308, out/dez. 2001B.

SILVA, César Antônio da. Lavagem de Dinheiro: uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001ª

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: RT, 2006

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Atlas, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais: Comentários à Lei 9.613/98 com alterações da Lei 12.683/12. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2 ed. 2013.

Ciências Criminais

O PATERNALISMO PENAL, A EUTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO

Laís de Freitas Caetano

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o paternalismo penal, isto é, a intervenção do Estado na vida do cidadão, nos casos relacionados à eutanásia e ao suicídio assistido. Por todo o mundo, pacientes em estado terminal, vegetativo ou padecendo de doenças crônico-degenerativas, demandam que lhes seja assegurado o direito de morrer, seja por já estarem morrendo, suportando grande sofrimento físico ou mental, ou não desejarem permanecer vivos da única maneira incapacitante que lhes resta. Também pleiteiam este direito parentes de pacientes terminais, que buscam permissão para pôr fim a vida do familiar em estado vegetativo irreversível. Na complexidade da matéria, diversas modalidades de eutanásia se apresentam com diferentes repercussões. A legislação brasileira, no entanto, falha em tipificar e tratar o assunto com a sensibilidade que necessita. Sem legislação específica para os institutos, os crimes que se enquadram nas condutas eutanásicas recaem sobre o tipo do "homicídio privilegiado" por relevante valor moral, enquanto o suicídio assistido recai sobre o crime de "auxílio ao suicídio". Neste trabalho, é feita uma análise jurídica, filosófica e social, buscando-se adentrar os aspectos decorrentes do direito de morrer e viver em face da interferência penal estatal e da lacuna na legislação brasileira atual.

Palavras-chave: Paternalismo. Eutanásia. Suicídio assistido.

1 INTRODUÇÃO

Na presente monografia, será analisado o paternalismo penal, isto é, a intervenção estatal que exige comportamento contrário à vontade de determinado indivíduo julgado incapaz de reger seus próprios interesses, em face aos casos que tratam sobre o domínio da vida, mais precisamente sobre a eutanásia e sobre o

suicídio assistido. A análise será conduzida frente aos princípios constitucionais que alimentam o debate sobre o assunto, quais sejam o da inviolabilidade da vida, da dignidade da pessoa humana, da autonomia e da autodeterminação.

A eutanásia e o suicídio assistido são institutos que têm reflexos em diversas áreas do conhecimento e da vivência humana, sejam eles filosóficos, religiosos, históricos, culturais, e principalmente jurídicos. No Código Penal brasileiro, a prática da eutanásia, como exemplo, é ilegal, recaindo no tipo de homicídio do art. 121, §1º, com o status de "homicídio privilegiado", devido à ação do agente, na maior parte dos casos, ser propulsionada por relevante valor moral, qual seja a incapacidade de permanecer inerte diante do sofrimento crônico ou estado terminal de um determinado indivíduo.

Dessa forma, o Estado, em sua vertente paternalista, acredita que a vontade dos indivíduos que querem dar fim a suas próprias vidas ou à vida de terceiros em estado vegetativo, deve ser desconsiderada em face de sua inadequação de pensamento, não importando a condição em que o indivíduo se encontre ou a qual esteja fadado a se encontrar, uma vez que a vida é bem jurídico inviolável e indisponível, e que qualquer atitude para findá-la se enquadra na conduta de "homicídio"

Outros princípios constitucionais, no entanto, devem ser ponderados. Nesse diapasão, o cerne da questão jurídica sobre o tema reside no conflito entre o princípio da inviolabilidade da vida e outros princípios também ditos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, e dentro dele, o da autodeterminação e da autonomia. Há grande discussão doutrinária em relação a qual deve prevalecer, sendo este tema combustível de longos debates entre juristas. Desta forma, a presente monografia tem por objetivo realizar uma análise jurídica, social e filosófica do paternalismo penal nos casos de eutanásia e suicídio assistido, apresentando as diversas facetas desse tema tão complexo à luz da legislação brasileira.

2 A INTERVENÇÃO ESTATAL NA VIDA DO CIDADÃO

2.1 Paternalismo

A intervenção do Estado na vida do cidadão é comumente conhecida por paternalismo estatal. A origem do termo paternalismo está na palavra em latim pater, em português traduzida como pai, e representa o tipo de comportamento de um superior a um inferior, no caso, de um pai para um filho. O filho, em situação de inferioridade, necessita de uma pessoa mais forte – o pai – para ensinar-lhe o que é bom para si mesmo. A analogia é aplicável a um Estado, a uma organização, ou mesmo a um indivíduo, quando ele age sobre outro como se fosse um pai agindo sobre um filho.

Pode-se atribuir ao paternalismo, em seu sentido geral, as seguintes características: (a) comportamento, positivo ou negativo, visando obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo; (b) falta de confiança de quem age em relação à capacidade de alguém; (c) segurança suficiente sobre aquilo que se entende ser melhor para alguém; (d) contrariedade à vontade de alguém; (e) objetivo, final ou não, de promover um bem ou evitar um mal.[1]

No paternalismo, o comportamento exigido contra a vontade de outrem se manifesta em três principais modalidades: uma informação ou um conselho; uma restrição na escolha; ou uma imposição de conduta positiva ou negativa. Parte da doutrina não concorda que a primeira modalidade configure hipótese de paternalismo, visto não restringir efetivamente a liberdade de escolha via coerção; contudo, argumenta-se que o conselho insistente, com a intenção de mudar o rumo do comportamento de uma pessoa contra a sua vontade, se enquadre em hipótese de paternalismo.[2]

A primeira modalidade de comportamento exigido contra vontade de alguém se dá através de uma informação ou de um conselho insistente. É a forma mais

[1] MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.100.
[2] Ibidem, p.101.

branda de se interferir na vontade de um sujeito por não haver imposição ou coerção, mas apenas a oportunidade de refletir sobre uma autolesão eventual que uma ação possa propiciar. Nesse caso, o paternalismo não se apresenta na disposição de informação suficiente para que o indivíduo tenha contexto analítico para a tomada de sua decisão, mas sim em um insistente aconselhamento com finalidade de mudar sua ideia a respeito de um comportamento autolesivo, isto uma vez que a pessoa já esteja provida das informações necessárias para conhecer sobre as prováveis consequências de tal comportamento. Desta forma, a partir do momento em que o indivíduo se sinta importunado pela insistência de terceiro que quer lhe evitar uma lesão ou promover um bem, está configurado o paternalismo.[3]

A segunda modalidade diz respeito à restrição de escolha que ocorre quando um sujeito paternalista, sabendo da possível autolesão que um indivíduo possa sofrer com um devido comportamento, reduz sua possibilidade de escolha a fim de impedir que tal fato venha a se concretizar, deixando à pessoa protegida um campo menor de atuação. Assim, o sujeito em posição de vantagem, por meio de uma ação, provoca a omissão do indivíduo protegido que não vê outros meios de praticar a autolesão, tendo seu comportamento, dessa forma, sido restringido pela ação paternalista.[4]

Como última modalidade de comportamento exercido sobre a vontade de alguém está a imposição ou coerção. É o meio mais gravoso de restrição de liberdade, uma vez que há a cominação de uma ameaça ou de uma sanção caso certa conduta seja praticada. Duas hipóteses tomam forma nesta modalidade: a de imposição de um comportamento positivo e a de imposição de um comportamento negativo.[5]

No comportamento positivo, a pessoa é impelida, para o seu próprio bem e conforme entendimento de outrem, a agir segundo entendimento deste. Paralelamente, quando uma pessoa impede outra de agir de forma a lesar a si

[3] MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.103.
[4] Ibidem, p.104.
[5] Ibidem, p.104.

mesmo, houve aí uma imposição de um comportamento negativo, isto é, apesar do indivíduo consentir numa autolesão, sua ação é paternalisticamente restringida por outrem, contra sua vontade, uma vez que o sujeito paternalista entenda que, na situação, a omissão se configure como a melhor alternativa.[6]

Um ponto de intersecção se faz notório entre o conselho insistente, a redução de opções e a imposição: nos três está presente a contrariedade à vontade de quem é julgado incapaz de reger seus próprios interesses. Assim, o que ocorre é que o indivíduo receptor do tratamento paternalista possui uma ideia que pode, inicialmente, ser prejudicial a si mesmo, enquanto quem quer promover-lhe um benefício acredita que sua vontade deva ser desconsiderada por alguma razão, seja inconsciência momentânea, incapacidade, imaturidade, ou diversas outras. Uma lei paternalista segue o mesmo critério: a liberdade individual fica em segundo plano frente à própria liberdade de ação, não sendo possível ao cidadão recusar medida protetiva. Em outras palavras, quando o Estado edita uma lei, desconsidera a aceitação do indivíduo concreto, presumindo, dessa forma, a universalidade dos beneficiados.[7]

Um dos alicerces das relações de cunho paternalista é o pré-julgamento da capacidade de discernimento e autodeterminação de um indivíduo dito inferior, o qual, sozinho, não seria capaz de concretizar suas ações. Isto pode ser observado em diversas instâncias na história, como, por exemplo, nos jesuítas em relação aos índios no período de colonização do Brasil, e nos governos populistas da América Latina, que adotaram, em princípio, formas de Estado paternalista, por não acreditarem que a população teria condições intelectuais e sociais de tomar decisões políticas por si só.[8]

Devido à aferição da capacidade de discernimento e autodeterminação de um indivíduo ser intrinsicamente abstrata, julgamentos neste sentido se mostram

[6] MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.106.
[7] Ibidem, p.106
[8] Ibidem, p.109

perigosos. No passado, a tutela de mulheres, e mesmo de povos menos desenvolvidos, encontrava validação na presunção de sua racionalidade limitada. Atualmente, grupos de pessoas com autismo já buscam o direito de expressar seus próprios interesses, não admitindo a ideia de que seus pais ou responsáveis sejam mais capazes de defendê-los.[9]

O pensamento paternalista também está alicerçado sobre a segurança que o sujeito paternalista tem em si mesmo de que conhece o que seja melhor para o outro. Para o paternalismo, não há espaço para dúvidas: deve haver uma certeza, uma segurança, de que aquilo que se deseja ao sujeito é o mais benéfico para ele. Dessa assertiva, decorre o entendimento de que quem age de forma paternalista, sempre deseja o bem do beneficiado – como um pai sempre deseja o bem de seu filho. O bem, no entanto, não é sempre a finalidade, podendo ser o meio para outro fim. Em última instância, pouco importa se o bem é fim ou meio, basta querer melhorar a condição da pessoa protegida.[10]

Desta forma, a intervenção paternalista depende da existência de uma autoconstatação de superioridade por parte do sujeito paternalista frente ao indivíduo beneficiado, utilizada para legitimar a interferência daquele na liberdade deste. Além de querer o bem da pessoa que tem sua liberdade restrita, o sujeito deve também acreditar que a alternativa escolhida é o melhor caminho a ser tomado.[11]

2.2 Paternalismo Penal

Apesar da raiz latina da expressão "*pater*", o termo surgiu no liberalismo do século XIX, a partir da obra "*On Liberty*" (1859) de John Stuart Mill, ganhando

[9] MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação de preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n.3, dez. 2015, p. 610.
[10] MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.110.
[11] Ibidem, p. 113.

força posteriormente nos anos 1980, com as doutrinas antipaternalistas de Joel Feinberg e Gerald Dworkin.[12]

Dentro de um conceito mais delimitado de paternalismo penal, destacam-se algumas diferenciações entre diversas definições doutrinárias sobre o assunto, que dizem respeito à capacidade de discernimento do sujeito e o grupo sobre o qual recai à intervenção da norma penal.

Para começar, a diferenciação de acordo com a qualidade da pessoa atingida pela restrição de liberdade se dá entre os destinatários da norma paternalista responsáveis, os que possuem capacidade de discernimento sobre seus atos e possíveis consequências decorrentes, e os irresponsáveis, que não possuem tal capacidade.[13]

O paternalismo chamado moderado (soft) defende a determinação da voluntariedade e consciência de um indivíduo para a justificação do comportamento paternalista. O paternalismo estaria justificado, portanto, caso não fosse possível determinar a capacidade do sujeito ou caso ela não restasse comprovada. Seria o caso de crianças, doentes mentais ou adultos em situação de incapacidade mental temporária.[14]

O paternalismo rígido (hard) é aquele exercido em intervenções nas quais o sujeito está consciente de sua conduta e mesmo assim deseja praticar uma autolesão. Neste caso, não importa a capacidade de seu titular – se o sujeito é responsável ou irresponsável –, tendo o Estado legitimidade para agir em ambos os casos.[15]

Quando o paternalismo age diretamente sobre os indivíduos que se comportam de modo lesivo, denomina-se paternalismo puro ou direto. Há coincidência entre o sujeito beneficiado e o que sofre a restrição. Do outro lado,

[12] ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido:* uma questão de imputação objetiva? 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 9.
[13] MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.115.
[14] Ibidem, p.115.
[15] Ibidem, p.116.

quando o Estado legitima a interferência no comportamento de um grupo de pessoas para beneficiar outras que não fazem parte deste grupo, aí existe o paternalismo impuro ou indireto. É o caso de uma lei que proíbe que os fabricantes de cigarro continuem sua atividade para a proteção da saúde dos fumantes.[16]

Ian Matozo Especiato elabora:

> O Direito Penal geralmente utiliza manifestações paternalistas indiretas ou impuras, vez que criminaliza com maior intensidade comportamentos que cooperam na autolesão intencional. Um delito correlato ao tema proposto que é expressão dessa espécie de paternalismo no ordenamento penal brasileiro é [...] o suicídio assistido (art. 122, CP). Também em âmbito penal é comum o paternalismo rígido, considerado uma espécie de intervenção ilegítima no modelo de Estado atual, porquanto quer prevenir resultados danosos obras de autônoma e livre decisão pessoal, tendo, assim, caráter autoritário.[17]

Nessa linha, Bernd Schünemann, filósofo e jurista alemão, acrescenta que o consentimento genuíno de um adulto só deveria ser suspeito e funcionar como argumento para a criminalização de determinada ação quando for causado por uma desvantagem social, sendo a suspeita, então, legitimada pelo dever do Estado de impedir que seus cidadãos sejam explorados. Neste caso, no entanto, paira sempre a possibilidade de que o Direito Penal se torne a última ratio de uma política social falida.[18]

É relevante ainda mencionar o paternalismo de bem-estar, que objetiva a proteção individualizada da pessoa em sua dignidade no que se refere ao seu bem-estar físico e mental, e o chamado paternalismo moral, que defende a intervenção na liberdade de terceiro com o objetivo de evitar violações a preceitos morais, sem considerar a probabilidade de lesões a bens jurídicos. A primeira modalidade pode ser representada pela interferência na liberdade da prostituta, a fim de protegê-la da exploração forçada pelo cafetão, enquanto a segunda pode ser enxergada na

[16] Ibidem, p.116

[17]. ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido:* uma questão de imputação objetiva? 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.11.

[18] SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 53, mar./abr. 2005, p. 35.

proibição de atividade de arremesso de anões, onde estes são remunerados para serem arremessados em competições, a fim de proteger a sociedade desta particular afronta moral.[19]

Assim, numa análise ampla do paternalismo, percebe-se que ele sempre intenta propiciar um bem ou evitar um dano. No direito penal, não cabe a primeira hipótese, visto a este caber defender os bens jurídicos contra o perigo de lesão mesmo contra a vontade de seus titulares, restando apenas a hipótese de "evitação de um dano".[20]

Diversas teorias a respeito da intervenção estatal na vida privada do cidadão para a "evitação de dano" foram formuladas por pensadores, filósofos, juristas e doutrinadores a partir do século XIX. As mais proeminentes são as de John Stuart Mill, Joel Feinberg e Gerald Dworkin, que serão analisadas a seguir.

2.2.1 Teoria de John Stuart Mill

John Stuart Mill, filósofo e economista do século XIX, foi o pensador que trouxe à tona o termo "paternalismo" em sua obra "On Liberty" (1859). Nessa obra, propõe que as pessoas tenham o direito de determinar seu próprio comportamento, mesmo quando, na concepção de outros, elas estejam causando um mal a si mesmos. O autor escreve que:

> Há um único fim motivador para que seres humanos possam, individualmente ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de outro: a autoproteção. A única razão legítima para a permissão de que a força seja exercida sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é prevenir uma lesão a terceiros. O seu próprio bem, seja físico ou moral, não é motivação suficiente. O indivíduo não pode ser levado a agir ou deixar de agir porque isto será melhor para ele, porque o fará mais feliz, ou, porque na opinião dos outros, fazê-lo seria sábio ou até certo. [...] A única porção da conduta do indivíduo pela qual ele responde perante a sociedade é a que

[19] MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.117.
[20] Ibidem, p.239.

> envolve terceiros. Na porção que diz respeito apenas a si, a sua independência, é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano".[21]

Dessa forma, Mill afirma categoricamente sua oposição ao paternalismo rígido, o inibidor da autolesão. Nem Estado nem sociedade podem legitimamente interferir em escolha plenamente voluntária de um agente racional no que diz respeito a questões que afetem apenas ou primariamente os seus próprios interesses. Sustenta sua linha de raciocínio com argumentos baseados na incerteza sobre a verdade, no caráter educativo do erro e no privilégio epistêmico do indivíduo, o único capaz de aferir de forma segura o seu próprio bem-estar. Para o filósofo, inclusive, a proibição à intervenção do Estado na vida do cidadão autônomo impede o recurso daquele à coerção física, à mentira e à manipulação no sentido de modificar comportamentos e/ou preferências dos agentes. Em versões ainda mais exigentes, mesmo a tentativa de persuasão com base na apresentação de informações verídicas e argumentos racionais pode ser objetada, se ela inclui ausência ou diminuição do respeito à autonomia pessoal de quem é seu alvo.[22]

Há algumas instâncias, entretanto, em que Mill acredita na justificação da intervenção paternalística do Estado, a depender da capacidade do agente. Exclui da aplicação de sua fórmula antipaternalista as crianças e os bárbaros, os quais devem ser conduzidos em prol de seus próprios interesses, já que são incapazes de se melhorar pela livre discussão entre indivíduos iguais.[23]

Elabora o cenário da ponte instável[24], no qual afirma que um indivíduo deve ser informado sobre o perigo de atravessar uma ponte instável, mas não deve ser forçosamente impedido de atravessá-la, uma vez que entenda os riscos. Outra famosa situação hipotética elaborada pelo filósofo é a do indivíduo que se vende

[21] MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863, p. 23. Tradução nossa.
[22] MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação de preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n.3, dez. 2015, p. 609.
[23] SIMÕES, Mauro Cardoso. *Liberdade e paternalismo segundo John Stuart Mill: uma analise das teses de On Liberty*. 2007. 161f. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000433113>. Acesso em: 28 fev. 2018.
[24] MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863, p. 92.

como escravo. De acordo com Mills, tal situação não se mostra legítima, não podendo através de apenas um ato, dispor-se da capacidade de todos os atos de liberdade futuros, visto que:

> A razão para não interferir, excetuando-se os casos relativos a terceiros, nos atos de vontade do indivíduo, é a consideração por sua liberdade. [...] Ao se vender como escravo, ele abdica de sua liberdade; perde o direito de seu uso futuro a partir daquele ponto. [..] O princípio da liberdade não pode sustentar que o indivíduo seja livre para não ser livre. Não se permite a liberdade para alienar sua própria liberdade.[25]

A crítica feita a Mill é que sua justificação sobre a interferência para a prevenção de futuras restrições de liberdade pode igualmente ser aplicada a um arsenal muito mais extenso de casos, uma vez que não é apenas a escravidão que remove a liberdade, a morte, por exemplo, também o faz. A própria argumentação utilizada por Mills em sua obra poderia ser utilizada para prevenir que uma pessoa tome a livre escolha de morrer para que se resguardem suas liberdades futuras, legitimando-se a intervenção estatal nos casos de eutanásia e suicídio assistido, por exemplo.[26]

2.2.2 Teoria de Joel Feinberg

Joel Feinberg, expoente jurista antipaternalista inglês, analisou extensivamente os limites morais do direito penal em uma obra com quatro volumes. Ao diferenciar autolesões e heterolesões consentidas, Feinberg traz, em sua doutrina, as quatro classificações mais conhecidas de intervenção estatal: moderada (soft), rígida (hard), direta e indireta.

Utilizando-se do conceito e das distinções por si elaboradas, o autor estabelece a seguinte distinção:

> a. Paternalismo presumivelmente censurável, que consiste em tratar adultos como se fossem crianças, ou crianças mais

[25] Ibidem, p. 73. Tradução nossa.
[26] VANCE, Chad. *Paternalism*. Boulder: University of Colorado, 2016, p. 5.

> velhas como se fossem mais novas, forçando-os a agir ou deixar de agir de certas maneiras, seja
>
> b. (paternalismo benevolente) "para seu próprio bem, não importando seus próprios desejos na matéria (isto pode ou não ser censurável na última análise, que é a questão em jogo), ou
>
> c. (paternalismo não benevolente) para o bem de outras partes. (p. ex. professores ou gerentes de indústria), não importando seus próprios desejos na matéria (geralmente entendido como censurável).
>
> d. Paternalismo presumivelmente não censurável, que consiste em defender pessoas reativamente impotentes ou desamparadas ou vulneráveis de perigos externos, incluindo danos provenientes de outras pessoas quando as partes protegidas não consentiram voluntariamente com o risco, e fazendo-o de maneira análoga, em motivação e vigilância, àquilo que os pais fazem para proteger os filhos.[27]

No entendimento de Feinberg, a censurabilidade da forma de tutela estatal está na colisão do paternalismo legal propriamente dito (segundo ele, o tipo definido no tópico 1a da citação) com a autodeterminação e a autonomia de vontades de seres competentes – ideias que formam a base de um sistema liberal. Para ele, os únicos casos em que não se presume reprovável o paternalismo são os que demonstrem o objetivo do Estado de resguardar indivíduos relativamente vulneráveis de perigos externos, como um pai protegendo a um filho, devendo, porém, ser feita uma análise do caso concreto.[28]

2.2.3 Teoria de Gerald Dworkin

Gerald Dworkin, jurista e doutrinador americano do século XX, em sua obra "Paternalismo", afirma compreender o termo como "[...] a interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores

[27] FEINBERG, Joel. *Harm to self:* the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1986. v.3, p. 4.

[28] ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito penal. *Revista Brasileira de Filosofia*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 227, jul./ago. de 2007, p. 334

da pessoa coagida"[29], acrescentando que essa interferência da liberdade nem sempre recai na classe de pessoas cujos bens estão em jogo, abarcando assim as chamadas heterolesões consentidas.

Dworkin atribui ao conceito de paternalismo estatal duas possíveis classificações: puro e impuro, análogos aos conceitos de paternalismo direto e indireto de Feinberg. De acordo com o jurista:

> No paternalismo puro, a classe de pessoas que sofrem a restrição é idêntica à classe de pessoas cujos benefícios se pretende alcançar com tal restrição. Exemplos: considerar o suicídio um crime, exigir dos passageiros de automóveis o uso do cinto de segurança, requerer que um seguidor da "Christian Science" receba a transfusão de sangue.
>
> No caso do paternalismo impuro, na tentativa de proteger o bem-estar de uma classe de pessoas, entendemos que o único meio de se atingir tal objetivo envolve a restrição da liberdade de outras pessoas diferentes das beneficiadas.[30]

Segundo o autor, o paternalismo pode ser justificado em alguns casos, bem como, em outros, mais do que justificável, mostra-se como uma obrigação. Utiliza-se do padrão da racionalidade imparcial, dizendo que não é reprovável o paternalismo nos casos em que preserva e aumenta a habilidade do indivíduo de racionalmente considerar e tomar suas próprias decisões. Assim, somente se justifica a fim de preservar um rol de liberdades mais extenso para o indivíduo em questão.[31]

Sobre a obra de Dworkin, Especiato sintetiza:

> Três situações podem ser consideradas para delinear uma teoria paternalista limitada:
>
> a. irracionalidade humana na tomada de decisões, atribuição de peso incorreto a seus valores, ex. ilusões cognitivas (percepções erradas da realidade);
>
> b. tomada de decisões sobre pressão extrema psicológica ou sociológica, ex. estabelecimento de um conselho que atenderia suicidas no intento paternalista de dissuadi-los;

[29] DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v.4, n.6, p. 7-25, 2012, p. 9
[30] Ibidem, p. 12.
[31] GRACYK, Theodore. *Outline of Dworkin on Paternalism*. Moorhead: Minnesota State University, 2005.

> c. perigos insuficientemente compreendidos ou notados pelos envolvidos, ex. diminuição da expectativa de vida de quem fuma determinada quantidade de maços por dia.
>
> Porém, [...] se existirem meios alternativos que não levem ao paternalismo, mas impliquem em altos custos, estes devem ser preferíveis à limitação da liberdade.[32]

Assim, a teoria de Dworkin busca maximizar o custo-benefício da intervenção estatal na vida do particular frente a sua autodeterminação. É, então, permissível a restrição da autonomia individual de um sujeito tanto quanto o custo de tal interferência para este seja bastante inferior ao benefício alcançado.

2.3 Autonomia privada e o Estado paternalista-penal

O grande embate do paternalismo se dá quando confrontado com o direito à autonomia do cidadão. O paternalismo penal se sustenta na maior parte dos Estados modernos sob a alegação de ter como real intenção a proteção da autonomia e a autodeterminação do indivíduo, exercendo a tutela dos bens jurídicos mais importantes a fim de se evitar autolesões ou heterolesões. Observa-se a autonomia em duas dimensões: a pessoal, que trata de um fenômeno global, uma característica pessoal que abrange a vontade e as escolhas de um indivíduo; e a autonomia local, que considera os desejos individualmente e se refere a situações particulares.[33]

O princípio da autonomia apregoa o direito do sujeito autônomo fazer o que bem entender com o bem jurídico que lhe pertence, desde que não atinja a autonomia e os bens jurídicos de terceiros. O paternalismo penal, nesse sentido, se apresenta no momento em que o ente estatal paternal acredita que o indivíduo não possui tal autonomia ou que esta se encontra ameaçada – situação de indivíduo vulnerável ou que apreende a realidade de forma viciada (compulsão, distúrbios psicológicos, coerção, fraude, ignorância, erro nas expectativas).[34] Apesar da aparente contradição,

[32] ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido:* uma questão de imputação objetiva? 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.10.
[33] ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido:* uma questão de imputação objetiva? 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.10
[34] ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido:* uma questão de imputação objetiva? 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.12.

o tratamento paternalista exercido é entendido pelo Estado como imprescindível à garantia da autonomia de quem não a possui no momento da intervenção.[35]

Uma vez que a lei penal é fruto do Estado, sendo impossível a individualização do que exatamente pode ser considerado melhor para cada um de seus cidadãos, deve haver critérios restritivos do poder de punir estatal para que não haja interferência indevida. Isso se justifica no fato de que um dano a um bem jurídico compreendido por uma pessoa pode não configurar dano para outra.

No Estado liberal e democrático de Direito, onde se preserva o direito de fazer aquilo que for de interesse da pessoa, o fundamento da intervenção paternalista é preservar a vontade real do particular quando esta for diferente da vontade manifestada durante o ato lesivo. O consentimento hipotético é a suposta autorização que o indivíduo beneficiado pela restrição da liberdade daria se estivesse em condições adequadas de discernir sobre o resultado lesivo a sua autonomia. Por essa razão, faz-se necessário que o Estado discuta a questão do consentimento hipotético e especifique os bens indisponíveis e os disponíveis que, abandonados, não configurem em perda da condição de autonomia do titular, buscando-se a devida regulamentação da interferência do Estado como atuação mínima na autodeterminação individual.[36]

Por fim, combinando duas classificações básicas propostas por Feinberg e Dworkin, fundada a primeira na capacidade da pessoa que sofre a interferência em suas escolhas, e a segunda na coincidência entre os beneficiados e os coagidos, ficam claras as possibilidades para os níveis de autonomia frente a um Estado interventor:

> **1ª combinação**: paternalismo puro e rígido: é a interferência na liberdade de escolha de uma pessoa, buscando seu próprio benefício, pouco se importando sua capacidade de discernimento.

[35] MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op cit*, p. 238
[36] MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op cit*, p. 240

> **2ª combinação**: paternalismo puro e moderado: é a redução da possibilidade de escolha de alguém para seu próprio bem, levando em consideração a real capacidade de discernimento.
>
> **3ª combinação:** paternalismo impuro e rígido: é a interferência no comportamento de alguém para beneficiar terceira pessoa, sem considerar sua real capacidade de discernimento.
>
> **4ª combinação**: paternalismo impuro e moderado: é a interferência no comportamento de alguém para beneficiar terceira pessoa, considerando a capacidade desta última.[37]

Sobre a questão da autonomia privada e do Estado paternalista-penal, é importante, sobretudo, especificar ao máximo os limites de invasão da individualidade por meio de proibições, sob pena de violar os princípios do Direito Penal e do Estado liberal e democrático de direito. Tal violação toma proporções ainda maiores ao se tratar do direito à autonomia e autodeterminação no que se relaciona ao domínio da vida, como no caso da eutanásia e suicídio assistido, que serão elucidados a seguir.

3 A QUESTÃO DO DOMÍNIO DA VIDA E DA MORTE: EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO

Ao se tratar da questão do viver e do morrer, ao lado diametralmente oposto ao problema do aborto e suas repercussões sobre o início da vida, encontra-se a questão da morte depois que a vida já efetivamente, em seu sentido amplo, terminou. Tal questão se mostra no centro de diversos debates sobre a intervenção estatal na autonomia, dignidade e real significado de vida para o indivíduo.

Todos os dias, em uma escala global, diversas pessoas racionais pedem que lhes seja assegurado o direito de morrer. Algumas destas pessoas o fazem por já estarem morrendo, padecendo de grande sofrimento físico ou mental; outras por não desejarem permanecer vivas da única maneira que lhes resta, como poderia vir a ser o caso de um portador do mal de Alzheimer. Há ainda o grupo daquelas que são

[37] Ibidem, pp. 244-245.

parentes do paciente terminal, e pedem permissão para pôr fim a vida de um familiar em estado vegetativo irreversível.

A medicina contemporânea providencia toda sorte de aparatos tecnológicos capazes de manter vivos por longos períodos de tempo pacientes que já se encontram à beira da morte ou totalmente incapacitados, com enormes dores ou no limiar da consciência devida a uma alta dose de sedativos, ou ligados a dezenas de aparelhos e máquinas sem as quais rapidamente pereceriam. Esta realidade se faz tão presente na atualidade, e a possibilidade de se encontrar nessa situação amedronta um número tão expressivo de pessoas, que já se fez praxe nos Estados Unidos os chamados "testamentos de vida" ou "procurações para tomada de decisões médicas", admitidos pela maior parte dos estados americanos. Trata-se de diretrizes individuais antecipadas concernentes a situações em que o paciente possa vir a se encontrar em estado vegetativo, e a sua prévia escolha pela opção de ser ou não ressuscitado, ou de passar por procedimentos extremos para manutenção vital.[38]

Desde a entrada em vigor da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, estão igualmente disponíveis no Brasil as "diretivas antecipadas de vontade" dos pacientes, conhecidas também como "testamentos vitais". Estes documentos podem ser elaborados em qualquer momento da vida, por indivíduos saudáveis ou enfermos, contanto que estejam plenamente capazes e aptos a externar suas vontades. Busca-se a definição prévia do conjunto de desejos do paciente sobre cuidados e tratamentos aos quais quer se submeter na hipótese em que se encontre incapacitado de expressar de forma livre e autônoma a sua vontade.[39]

Um dos motivos que fundamentaram e impeliram a criação desta resolução, expresso no próprio corpo do documento, foi justamente a existência e o surgimento de novos recursos tecnológicos que permitem a adoção de medidas desproporcionais com o potencial de prolongar o sofrimento do paciente em estado terminal, sem

[38] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 252.

[39] COSTA, Lorena Santos. Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018

trazer benefícios, mesmo que estas medidas tenham sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo.[40]

Assim, com as diretivas antecipadas de vontade, a escolha do paciente (com doenças crônico-degenerativas e em casos terminais) de morrer, deve ser respeitada pelos médicos, independentemente da vontade até mesmo da própria família. Contudo, vale ressaltar que resoluções do Conselho Federal de Medicina não têm força de lei, podendo os familiares acusarem os hospitais de omissão, revertendo ou não a aplicação das diretivas a depender do entendimento do órgão julgador.[41]

Hoje em dia, a eutanásia e o suicídio assistido estão regulamentados na Bélgica (2002), Holanda (2002), Luxemburgo (2008), Colômbia (2015, por uma resolução do Tribunal Constitucional) e nos Estados norte-americanos do Oregon (1997), Washington (2008), Montana (2008), Vermont (2013) e Califórnia (2015). No caso da Suíça, a eutanásia não foi descriminalizada, mas o Código Penal despenalizou a conduta na hipótese daqueles que auxiliam o outro a morrer por razões humanitárias e solidárias. O mais recente caso de regulamentação da eutanásia foi o Canadá, que aprovou sua legislação sobre o assunto em março de 2017, obrigado por sentença do Supremo Tribunal, que, em 2015, declarou inconstitucional penalizar a morte medicamente assistida.[42]

Em todas as legislações, existem diretrizes básicas às quais o paciente deve se submeter: padecer de doença terminal ou condição irreparável que cause sofrimento exacerbado sem perspectivas de melhora, a manifestação livre e reiterada de sua vontade de morrer, e o acompanhamento do caso por dois ou mais médicos.[43]

Tanto a Holanda quanto a Bélgica permitem a eutanásia em menores. Na Holanda, crianças a partir de 12 anos podem requisitá-la. Na Bélgica, não há uma

[40] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM Nº 1.995/2012*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.
[41] COSTA, Lorena Santos. *Op cit*, 2014.
[42] OLIVA, Milagros Pérez. Quem decide como devemos morrer? *El País*, abr. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/ciencia/1490960180_147265.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.
[43] Ibidem

imposição de idade mínima, bastando a comprovação de um "sofrimento físico insuportável" e de que "a morte a curto prazo seja algo inevitável".[44]

Por meio de comitês de acompanhamento que analisam os casos a posteriori e emitem relatórios anuais, faz-se possível observar um panorama geral do impacto social da eutanásia nos países com sua regulamentação. Em um primeiro momento, observa-se a não concretização do debatido receio do slippery slope (ladeira escorregadia) que sobreviria a institucionalização de tais práticas, em que se temia a crescente banalização da morte e a vulnerabilização do estado dos doentes. O jornalista Milagros Pérez Oliva traz luz ao assunto ao afirmar que:

> Os temores sobre uma possível ladeira escorregadia não se confirmaram. As comissões encarregadas de revisar os casos garantem transparência e controle. Em 2007 foi publicada na revista Journal of Medical Ethics uma revisão dos estudos disponíveis, que analisam vários anos de aplicação da legislação na Holanda e no Oregon. Seus resultados mostram que não aconteceu um aumento da porcentagem de pedidos de eutanásia por parte de pessoas que poderiam ser consideradas em situação de vulnerabilidade.[45]

3.1 Situações sujeitas à manifestação sobre o domínio da vida

Para que se tenha uma visão mais panorâmica do direito de morrer ou de viver, é necessário que se separem três tipos principais de situações em que pessoas poderiam decidir sobre a própria morte, ou sobre a morte de terceiros.

A primeira situação é a do paciente enquanto consciente e competente. Nela, constatam-se duas hipóteses: a do suicídio, em que a pessoa toma a própria vida – tal comportamento deixou de ser considerado crime na maior parte dos países ocidentais; e a do suicídio assistido, uma vez que muitas pessoas gravemente doentes ou incapacitadas, apesar de plenamente conscientes, são incapazes de se suicidar sem ajuda.

[44] Ibidem
[45] Ibidem

No direito americano, as pessoas com plenas faculdades mentais podem recusar tratamento mesmo que esta recusa sabidamente as levem a morte. No entanto, tal autodeterminação não se aplica uma vez que o paciente já se encontre ligado a máquinas para manutenção de seus sinais vitais, pois caso o paciente peça que se desliguem as máquinas, tal procedimento implicaria assistência de terceiros em sua morte, configurando, assim, o chamado suicídio assistido (tipo penal criminoso). Pessoas conscientes e competentes nesta situação, apesar do poder potencial de se suicidar, não teriam, todavia, a oportunidade de fazê-lo. Ainda sim, muitos médicos, apesar da ilegalidade do procedimento, têm se demonstrado dispostos a desligar os aparelhos que mantém vivos pacientes terminais sempre que estes lhe imploram para fazê-lo.[46]

Ainda sobre o assunto do suicídio assistido, é feita a crítica de que, ao lidar com o tema, o direito produz resultado aparentemente irracional: enquanto proíbe que os cidadãos optem por uma morte rápida e indolor (que seus médicos facilmente poderiam providenciar), eles são "obrigados" a optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, ou recusando-se a receber tratamento capaz de mantê-los vivos.[47]

As pessoas que defendem que pacientes competentes possam planejar sua própria morte se baseiam no princípio da autonomia. Defendem que é crucial o direito da pessoa de pôr fim a sua vida quando desejar fazê-lo, assegurado que seja fruto de uma decisão racional.[48]

Os indivíduos que são contra a eutanásia de pessoas competentes também se valem do princípio da autonomia, ao dizer que, se legalizada, levaria pessoas que prefeririam estar vivas a serem mortas. Seria o caso de pacientes assolados de culpa por seu tratamento ser dispendioso tanto na área financeira quanto na área emocional

[46] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258.
[47] Ibidem, p. 259.
[48] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 268

de sua família. Tais pessoas seriam especialmente vulneráveis às pressões que tal decisão traria. [49]

A segunda situação a se considerar é a do paciente enquanto inconsciente. O cerne da questão do paciente em estado vegetativo, e sua consequente inconsciência, recai sobre o fato de que nem todos os pacientes neste estado estão à beira da morte, mas todos, ainda assim, dependem da determinação de terceiros, uma vez que não conseguem se expressar.[50]

Bem certo que existem casos em que os familiares insistem pela manutenção vital, o debate está sobre aqueles parentes que acreditam conhecer a vontade do paciente no sentido deste preferir morrer a "viver" em um estado de completa inconsciência. Os julgados ao redor do mundo são bastante heterogêneos nesse assunto, debatendo-se sobre a legitimidade de se fazer uma escolha tão importante por alguém que não tem como se manifestar, tendo tribunais decidido a favor do desligamento de aparelhos por petição de familiares, e tribunais indeferindo tais pedidos.

Em relação aos pacientes inconscientes, cabe também a discussão sobre autonomia. Afirma-se possível respeitar a autonomia de alguém inconsciente apenas se perguntando como seria a decisão da pessoa em situação apropriada, quando competente. Contudo, esta assertiva é rebatida com a crítica de que tal exercício de suposição de resposta de um indivíduo inconsciente baseada em sua personalidade carece do contexto em que a pessoa estaria para refletidamente responder a uma pergunta com caráter de vida ou morte. [51]

A terceira e última situação possível é a do paciente enquanto consciente, mas incompetente. Estudos sugerem que um quarto da população com mais de 85 anos – segmento crescente na população – encontra-se seriamente afetada pela demência, grande parte padecendo de mal de Alzheimer. Trata-se de uma doença progressiva

[49] Ibidem, p. 269.
[50] Ibidem, p. 263.
[51] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271

em que, em seu estado avançado, os pacientes perdem todas suas memórias e senso de "eu", sendo incapazes de atender as próprias necessidades ou funções.[52]

A questão é: tendo em vista que essas pessoas fatalmente chegarão ao estado de incompetência, enquanto competentes, deveriam ter o direito de especificar o tipo de tratamento a receber? Poderiam tomar providências antecipadas de quererem ser mortas no momento em que se manifeste a demência, mesmo quando em seu estado de incompetência deem sinais inequívocos de que queiram continuar vivas? [53]

Caso a resposta à última pergunta seja negativa, argumenta-se que o único recurso do paciente de Alzheimer que não queira passar pelo sofrimento da doença seja tomar a decisão a respeito do seu direito à morte no momento em que ainda esteja consciente e competente: através do suicídio.

Está aí o dilema sobre a autonomia no caso do paciente consciente, mas incompetente: põe-se em conflito a autonomia do paciente demente (incapaz) e a autonomia da pessoa que se tornou demente (capaz), sendo as questões levantadas a partir daí de extrema complexidade.

Ante ao exposto, evidencia-se a seriedade e a sensibilidade da questão a respeito do domínio da vida e da morte. É adicionado ao assunto ainda mais uma camada de complexidade ao se vislumbrar as diversas modalidades em que a eutanásia e o suicídio assistido podem ser executados. Assim, para um melhor entendimento sobre o tema, serão conceituadas e diferenciadas a eutanásia, a distanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido.

3.2 Eutanásia

A palavra eutanásia, ao longo dos anos, vem assumindo diversos significados e interpretações. Classicamente, é definida como o ato de adiantar a morte de um paciente para abreviar seu sofrimento, especialmente quando não há mais esperança de recuperação. O chamado "homicídio piedoso" tem boas intenções: não busca

[52] Ibidem, p. 267.
[53] Ibidem, p. 268.

causar um mal, ou vingar-se do indivíduo enfermo, mas apenas tirá-lo da dor e miséria de sua condição.

Desde a antiguidade, trata-se de questão extremamente debatida, tendo em vista suas conotações filosóficas, legais, religiosas e políticas. Em meio ao desenrolar histórico e social da humanidade, observa-se a evolução da eutanásia e suas acepções, tendo sido algumas práticas da conduta aceitas pelas sociedades, enquanto outras não, surgindo, assim, as diversas derivações conhecidas do instituto atualmente.

Como elucida Maria Elisa Villas-Boas:

> A conduta, quando obedecido certos critérios, acaba perdendo muito de sua reprovação social. Nem por isso se deve generalizar a aceitação, o que poderia dar margem a abusos, a pressões sociais sobre o moribundo, a interesses outros, camuflados sob a capa da piedade. Daí a importância de se distinguirem as espécies de conduta tangentes, paralelas à eutanásia, a fim de se esclarecerem quais dessas condutas devem ser acolhidas pelo Direito e quais devem continuar sendo reprimidas. Além disso, é mister definir, ainda, os critérios a serem obedecidos para se alcançar a consonância legal.[54]

Por seu caráter abstrato, o termo eutanásia comporta diversas classificações, com destaque para aquelas que a consideram levando em conta o "ato em si" e "o consentimento do paciente". [55]

No que tange ao ato em si, observam-se três classificações: eutanásia ativa, passiva e de duplo efeito. A eutanásia ativa ocorre através de um ato proposital do autor, que imbuído de sentimentos humanitários e solidários, provoca a morte sem sofrimento do paciente enfermo. É o caso da administração de injeção letal, por exemplo.[56]

---

[54] VILLAS-BOAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial:* aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 77

[55] MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 64

[56] SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Eutanásia*: pelas veredas da morte e da autonomia. 2003, p.34. Disponível em:

Diferentemente da eutanásia ativa, na eutanásia passiva há uma omissão deliberada por parte da equipe médica em executar procedimentos que poderiam resultar em uma sobrevida ao paciente. Há a supressão de intervenção médica para o prolongamento da vida, deixa-se "morrer sem cura o doente cuja vida está prestes a findar"[57]. É o caso, por exemplo, de não acoplar ventilador artificial em paciente com parada respiratória.[58]

Há ainda a chamada eutanásia de duplo efeito, aquela em que a morte é acelerada como efeito secundário à administração de procedimentos que visam o alívio do sofrimento do paciente. Na eutanásia de duplo efeito, não se tem como objetivo levar o enfermo a óbito. É a hipótese de aplicação reiterada de injeção de morfina para diminuição de dor, a qual leva, indiretamente, à depressão respiratória e morte.[59]

Outra maneira de classificar as modalidades de eutanásia leva em conta o consentimento do paciente. A eutanásia pode se dar de forma voluntária, nas situações em que o paciente encontra-se capaz e consciente. Assim, o paciente expressa o seu desejo de dar fim a sua própria vida. Diferencia-se do suicídio assistido por ser o próprio médico que executa a ação que toma a vida, não o enfermo. [60]

Na modalidade da eutanásia involuntária, o paciente é alguém que poderia ter consentido ou recusado a própria morte, mas não o fez. Pode ocorrer tanto nos casos em que não lhe foi perguntado a respeito do assunto, quanto nos que lhe perguntaram, e escolhendo viver, a eutanásia é executada contra sua vontade, configurando homicídio. Apesar de não frequentes os casos dessa modalidade, há

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004>. Acesso em: 02 nov. 2017.

[57] DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal:* aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p.21

[58] SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Op cit*, p.34

[59] MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 64.

[60] SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Op cit*, p.34

quem defenda o enquadramento da prática médica de aumentar gradativamente as doses dos medicamentos contra dor, a qual eventualmente levará o paciente a óbito (eutanásia de duplo efeito), na modalidade de eutanásia involuntária equiparada ao homicídio.[61]

Por fim, existe ainda a eutanásia não-voluntária, em que a pessoa a quem se retira a vida não pode fazer tal escolha para si de forma consciente. Seja porque é, por exemplo, um recém-nascido, incapaz de postular sua própria vontade, seja porque é caso de paciente, capaz anteriormente a doença ou acidente, que se encontra em situação de incapacidade e inconsciência, nas hipóteses em que não tenha indicado previamente sua vontade acerca das circunstâncias em que desejaria ou não à prática da eutanásia.[62]

O principal argumento de defesa à prática da eutanásia é a autonomia do paciente enfermo, que tendo direito à liberdade de escolha, deve poder escolher a opção de pôr fim a seus dias. Tem-se aqui a denominada "morte boa", da própria etimologia da palavra – do grego, eu (bom) + thanatos (morte) –, cunhada pelo filósofo Francis Bacon em 1623. Argumenta-se que a eutanásia, desse modo, se reveste de um sentimento humanitário e altruístico, permitindo ao indivíduo escapar de um sofrimento insuportável, encurtando sua própria vida, a qual considerada pelo mesmo sem qualidade, não tinha mais sentido de ser levada a cabo.[63]

Ainda sim, a prática da eutanásia se posiciona como alvo de diversas indagações, como as que envolvem o princípio da santidade da vida, uma das mais contundentes bases de oposição à eutanásia. A santidade da vida é concebida tanto na ideia da vida como bem concedido pela divindade, quanto no finalismo intrínseco da natureza, o qual não deve ser frustrado. Neste caso, afere-se à vida um nível de

[61] DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal:* aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 22

[62] Ibidem, p. 22.

[63] SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Eutanásia*: pelas veredas da morte e da autonomia. 2003, p. 35. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004>. Acesso em: 02 nov. 2017.

sacralidade, em que não se faz possível comensurar o valor da mesma, não podendo ser interrompida, nem mesmo pela vontade expressa de seu detentor.[64]

Como ensinam Siqueira-Batista e Schramm, outras ponderações contrárias à eutanásia incluem:

> A potencial desconfiança – e subsequente desgaste – na relação médico-paciente;
>
> A possibilidade de atos não inspirados em fins altruístas, mas motivados por outras razões (por exemplo, questões de heranças, pensões, seguros de vida, e outras);
>
> A ocorrência de pressão psíquica – por exemplo, o pensamento, pelo enfermo, de que sua condição é um verdadeiro "estorvo" para os familiares –, a qual poderia deixar os pacientes, cuja morte se aproxima, sem perspectiva outra que não a "eutanásia", de fato não desejada e, portanto, de alguma forma imposta por motivos circunstanciais.[65]

3.3 Distanásia

Uma das diferentes formas da prática da eutanásia denomina-se distanásia. O termo "distanásia" significa "morte lenta", e é o prolongamento artificial do processo de morte de paciente incurável, sem que lhe seja promovido nenhum benefício. Trata-se de persistência terapêutica obstinada e fútil, infligindo ao paciente terminal "mais sofrimento apenas para lhe proporcionar alguns dias a mais de vida e, em alguns casos, algumas horas".[66]

De acordo com Maria Helena Diniz:

> Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (l' acharnement thérapeutique) ou futilidade médica (medical futility), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da

[64] SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Eutanásia*: pelas veredas da morte e da autonomia. 2003, p.35. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004>. Acesso em: 02 nov. 2017

[65] Ibidem, p. 35.

[66] DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal:* aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 28.

> morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte [...].[67]

Acrescentam Mabtum e Marchetto:

> Na distanásia, sacrifica-se a qualidade de vida em favor do prolongamento do tempo de vida. Quando não existe mais possibilidade de cura, como no caso de pacientes terminais, o objetivo de buscá-la perde o sentido. Constitui uma violação à liberdade individual expor uma pessoa a um processo lento e doloroso de morte, fazendo-a sobreviver de modo artificial, apenas pelo fato de se dispor de recursos técnicos, sem nenhuma preocupação com o ser humano, suas aflições e seus desejos. Mais do que isso, trata-se de conduta incivilizada, que afronta a dignidade da pessoa humana, pois demonstra falta de compaixão com relação ao paciente e sua família, que também tem seu sofrimento prorrogado e ampliado.[68]

Pacientes em coma ou em estado vegetativo persistente são exemplos da aplicação da distanásia. Sem capacidade de permanecerem vivos por si mesmos, acoplados a aparelhos, e em estado de completa incapacidade de desfrutarem das atividades normais da vida humana, indaga-se sobre a justiça de prolongar artificialmente a morte destes, uma vez que a manutenção dessas circunstâncias apenas acarreta em sofrimento para os familiares, que tomam a posição de espectadores da "vida sem vida" de seus entes queridos.[69]

Vários motivos levam os profissionais da área da saúde a disporem de todos os esforços para a manutenção vital, mesmo quando se trata de vida sem qualidade. Dentre esses motivos, ressalta-se (a) a ideia de que a vida é bem supremo; (b) o medo de serem responsabilizados por atuação médica equivocada, ou (c) a vaidade, pois percebem a morte do paciente como um fracasso pessoal. O Código de Ética Médica, todavia, determina:

---

[67] DINIZ, Maria Helena apud BOMTEMPO, Tiago Vieira. Análise constitucional da ortotanásia: O direito de morrer com dignidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10386>. Acesso em: 03 nov. 2017

[68] MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 68.

[69] DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal:* aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 29

> [...] que a distanásia seja evitada, que os doentes terminais, que padecem de moléstia incurável, recebam todos os cuidados paliativos disponíveis, que não sejam empreendidas ações diagnósticas ou terapêuticas obstinadas ou inúteis, que seja respeitada a autodeterminação do paciente. Contudo, é imperioso ressaltar que todo procedimento deve ser discutido com o paciente ou com seus familiares, pois são diferentes as suas maneiras de ver a vida e o uso de procedimentos terapêuticos. Por meio do diálogo, a autodeterminação do paciente será respeitada, assim como será preservada a relação entre médico e paciente nessa situação limite.[70]

3.4 Ortotanásia

O termo "ortotanásia" significa morte correta (ortho = certo + thanatos = morte). Suspende-se o tratamento fútil de paciente que tem sua morte iminente e inevitável, não prolongando o processo natural do fim. Assim, a também denominada "eutanásia por omissão" procura preservar a dignidade e autonomia do paciente, sem qualquer interferência para manter artificialmente uma vida que não poderia ser levada fora do escopo da tecnologia hospitalar. Defende-se o ciclo natural da vida, buscando "evitar procedimentos considerados desproporcionais, extraordinários ou fúteis, que não proporcionarão nenhuma melhora ao paciente, a menos que este manifeste o desejo de que assim seja" [71]

A ortotanásia ocorrerá seja por omissão, suspendendo suportes vitais, em um comportamento comisso, seja pela ação de retirada ou desligamento de equipamentos que funcionam como substitutos de órgãos ou que controlam suas funções, causando o colapso do organismo e desencadeando a morte.[72]

Existe certa confusão entre a ortotanásia e a eutanásia passiva, uma vez que as duas possuem modalidades que se dão através de uma omissão. Luciano de Freitas Santoro, ressaltando a diferença entre as duas, explica que:

> Os dois comportamentos convergem no sentido de um agir do médico por compaixão ao próximo, propiciando uma morte

[70] MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 69
[71] Ibidem, p. 69.
[72] Ibidem, p. 70.

> sem dor ou sofrimento através da omissão na prestação ou na continuidade do tratamento. Entretanto, as condutas divergem na questão fundamental, que é o início do processo mortal. Enquanto na ortotanásia a causa do evento morte já se iniciou, na eutanásia passiva esta omissão é que será a causa do resultado, ou seja, é a conduta omissiva do médico, ou de terceiro, que será a causa do evento morte.[73]

Com a Resolução nº 1.805 de 2006 do Conselho Federal de Medicina, o conceito de ortotanásia também passou a abranger uma esfera mais ampla do que o de eutanásia passiva. Não se trata mais apenas de omissão, mas também da administração de procedimentos paliativos a fim de diminuir a agonia e sofrimento do paciente no fim de sua vida.[74] Seus artigos trazem que:

> Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
>
> 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
>
> 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.
>
> 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
>
> Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. [...][75]

Essa resolução, aplicada aos doentes em fase terminal de enfermidade grave e incurável, concede-lhes o direito de, uma vez esclarecidos sobre os procedimentos e tratamentos possíveis para a sua situação, escolher entre ter sua terminalidade

[73] SANTORO, Luciano de Freitas apud DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal:* aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, *p. 24.*

[74] BOMTEMPO, Tiago Vieira. Análise constitucional da ortotanásia: O direito de morrer com dignidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10386>. Acesso em: 03 nov. 2017

[75] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM Nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

prolongada ou abreviada. São também assegurados cuidados paliativos, que não se limitam ao sofrimento físico, mas abrangem o bem-estar psíquico, social e espiritual do paciente.

Dessa forma, a ortotanásia se subordina aos princípios bioéticos da prática da medicina. O profissional médico devolve a autonomia e dignidade ao paciente, tratando-o como pessoa, não somente como doente, excluindo, assim, do indivíduo a característica de mero objeto de manipulação terapêutica invasiva.[76]

A ortotanásia é, em suma, a morte natural. O ciclo da vida que chega ao seu fim. Uma vez que o paciente não tem chances de recuperação, deixa-se a doença evoluir sem intervenção de medicamentos para atrasar seu fim. Busca-se apenas o maior nível de conforto físico, social, psíquico e espiritual. É o exemplo de um médico que não reage a uma parada cardíaca de paciente terminal, deixando-o morrer.[77]

Seguindo as lições da deliberação moral, Matbum e Marchetto expõem acerca do tema:

> [...] a eutanásia, ou suicídio assistido, seria considerada uma prática extrema, pois anteciparia a morte do paciente por meio de conduta médica, ainda que a decisão esteja permeada por um espírito humanitário. No extremo diametralmente oposto estaria a distanásia, que, refutando o processo de morte, busca combatê-la, mesmo que o custo dessa conduta seja a ampliação desnecessária do sofrimento do doente terminal. Nesse contexto, a ortotanásia se apresenta como solução mais ponderada, pois não antecipa a morte, nem a prolonga obstinadamente. Opta-se por tratar o paciente, quando a cura já não é mais possível, permitindo que a vida siga seu fluxo normal e buscando aliviar seu sofrimento.[78]

---

[76] BOMTEMPO, Tiago Vieira. A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n.89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9645&revista_caderno=9>. Acesso em: nov. 2017

[77] DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal:* aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 23

[78] MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 72

3.5 Suicídio Assistido

O termo suicídio assistido vem do latim "sui" (auto) e "cidium" (matar). Caracteriza-se pela assistência de terceiro, que tendo sido solicitado por paciente terminal ou em estado irreversível, facilita o acesso aos meios necessários, ou mesmo diretamente os fornece, para que o doente coloque fim a sua vida. Assim, a execução do suicídio é feita pelo próprio paciente, sendo necessário, portanto, que este esteja completamente consciente.[79]

Apesar de sua semelhança com a eutanásia, o suicídio assistido se difere desta, pois é realizado pela própria pessoa. Dessa forma, no suicídio assistido, como o próprio nome diz, "o paciente é apenas assistido em sua hora final, executando ele mesmo a conduta que o levará a morte, diversamente da eutanásia voluntária, quando apenas aguarda inerte que o médico coloque termo à sua vida".[80]

O suicídio próprio, em que a pessoa tira sua vida, não configura crime na maior parte dos Estados modernos. O suicídio assistido é, assim, o equivalente para aqueles indivíduos gravemente doentes ou incapacitados, que, apesar de plenamente conscientes, são incapazes de se suicidar sem ajuda.

Prática institucionalizada em alguns países, mas expressamente criminalizada no ordenamento jurídico nacional, normalmente se concretiza pela prescrição de altas doses de medicamento ou indicação de seu uso para suicídio. O caso mais emblemático de suicídio assistido é o do médico norte-americano Jack Kevorkian, conhecido internacionalmente como "Dr. Morte". Foi ele quem inventou a Thanatron:

> [...] uma máquina de suicídio composta por um aparelho de eletrocardiograma munido de um mecanismo que, ao ser acionado pelo próprio paciente, injeta em sua veia uma

[79] SOARES, Ana Lis. *Suicídio Assistido*. nov. 2014. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/entenda-a-diferenca-entre-suicidio-assistido-e-eutanasia,c77f4783c1779410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>. Acesso em: 05 nov. 2017

[80] PATROCÍNIO, André Herrera. *Suicídio assistido no Direito Brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/185634010/suicidio-assistido-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 05 nov. 2017.

> substância salina neutra que contém o anestésico Tiopental, acarretando inconsciência. Em seguida, uma dose letal de cloreto de potássio paralisa o coração. O médico disponibilizou o aparelho a 130 clientes, que o utilizaram, cometendo suicídio.[81]

O estado do Michigan, onde o médico exercia sua profissão, não possuía legislação específica que proibisse o suicídio assistido. Ainda assim, o médico foi denunciado e condenado por homicídio, apesar de restar comprovado que as mortes de seus pacientes não foram mediante coerção, mas que estavam seguros de sua decisão e aliviados de encontrarem uma saída indolor para a escolha de darem fim a suas situações de terminalidade, agonia e sofrimento.[82]

Existem muitos opositores à prática do suicídio assistido: enxergam uma situação de contradição entre o dever dos profissionais da saúde de salvaguardar o paciente da morte e o papel de assistência na abreviação de uma vida, temendo a banalização e dessensibilização dos médicos diante do sofrimento humano. Os que são a favor, todavia, acreditam estarem respeitados os princípios bioéticos da autonomia e não-maleficência do paciente em estado terminal ou irreversível, permitindo que este se veja livre da agonia e sofrimento de sua vida, se assim o desejar.[83]

4 A EUTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A eutanásia e o suicídio assistido são temas que, por sua extrema complexidade ao adentrar a questão do domínio da vida e da morte, trazem divisões de posicionamento nas esferas da sociedade. A própria legislação brasileira é omissa no que diz respeito à tipificação da eutanásia. No decorrer dos anos, alguns projetos de lei tramitaram no país, não obtendo êxito. Diante do vazio deixado pela falta de

[81] MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 65.
[82] MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015, p. 66
[83] PATROCÍNIO, André Herrera. *Suicídio assistido no Direito Brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/185634010/suicidio-assistido-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 05 nov. 2017

previsão legal específica, atribuem-se à prática das condutas que enquadram os diferentes tipos de eutanásia e suicídio assistido os tipos penais já vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

A grande questão do debate pela legalização da eutanásia reside na dicotomia entre os princípios constitucionais da inviolabilidade da vida e da dignidade da pessoa humana – e dentro deste último, o respeito à autonomia e autodeterminação do sujeito –, havendo dissenções sobre qual dos dois deve prevalecer nas hipóteses dos indivíduos que poderiam decidir sobre a própria morte nos termos do explicitado no capítulo anterior.

Nas questões do viver e do morrer, o Estado brasileiro assume uma posição paternalista rígida, porquanto procura prevenir lesões danosas à vida mesmo que sejam resultado de ações autônomas e de livre decisão pessoal, criminalizando as ações que buscam findar a vida do enfermo ou de terceiro. Tende-se, então, a sobrepor o princípio da inviolabilidade da vida ao da dignidade da pessoa humana.

4.1 Constituição Federal Brasileira

A Constituição Federal Brasileira, logo em seu art. 1º, inciso III, institui a dignidade da pessoa humana como uma das colunas do Estado Democrático de Direito. Em seguida, no caput do rol dos direitos fundamentais do art. 5º, estabelece a inviolabilidade da vida, ao asseverar que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

O texto constitucional logo elege o princípio da isonomia como política jurídico-normativa, construindo, assim, a base da orientação para o ordenamento jurídico brasileiro: respeitada sempre a igualdade, a República encontra alicerce em duas principais balizas: a garantia à vida e a dignidade da pessoa humana. Assim,

busca-se encontrar a aplicação destas diretrizes no contexto do domínio da vida e da morte no direito brasileiro.[84]

4.1.1 Princípio da inviolabilidade da vida

O direito à vida é enxergado como o mais fundamental de todos os direitos, porquanto é requisito para a existência e o exercício de todos os demais. Da Constituição, extrai-se um duplo sentido: tanto o de permanecer vivo quanto o de ter uma existência digna.[85]

Neste entendimento, Paulo Gustavo Gonet Branco, em seu livro Direito Constitucional, explica que:

> A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada individuo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente a sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.[86]

Nos termos da Carta Magna brasileira, a vida assume o status de bem superior, não cabendo a ninguém a prerrogativa de privar outrem do seu direito fundamental de permanecer vivo, sob pena de responsabilização criminal.[87] Todavia, mais do que reputar a vida fator puramente biológico, a Constituição atribui a ela uma consideração ainda maior: protege a vida como existência digna. Um rol

---

[84] IBAIXE JÚNIOR, João. *Inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana:* reflexões para um conceito no Direito Constitucional. 2008. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 18 mar. 2018.

[85] COSTA, Lorena Santos. Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

[86] BRANCO apud DORIGATTI, Paula Gabriella Ribeiro. O direito à vida. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 151, ago. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9>. Acesso em: mar. 2018.

[87] COSTA, Lorena Santos. *Op cit*.

comprobatório extenso se apresenta para estruturar o pensamento constitucional sobre a verdadeira implicação do viver:

> [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
>
> III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento degradante; IV – é livre a manifestação de pensamento [...];
>
> VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença [...];
>
> VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
>
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.[88]

Assim, como direito fundamental para o exercício de todos os demais, a vida humana realmente se mostra como o bem mais importante a ser defendido em nossa Constituição, tornando-se um direito imprescindível ao cidadão. Entretanto, não devem existir valores constitucionais absolutos, mas uma ponderação de princípios nos casos concretos. Desta forma, o princípio da inviolabilidade da vida, ainda que valoroso, deve ser permeado pela dignidade da pessoa humana, nos casos em concreto que o demandarem, como poderia vir a ser os de pacientes padecendo de grave enfermidade incurável.

4.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui uma das bases do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil. Tem como objetivo assegurar ao homem um leque mínimo de direitos a fim de preservar o respeito às condições básicas de

[88] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

valorização do ser humano, as quais devem se fazer valer pela aplicação do poder público e da própria sociedade.[89]

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> [...] III - a dignidade da pessoa humana;[90]

Ingo Wolfgang Sarlet bem define a dignidade da pessoa humana, ao dizer:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.[91]

Nesse diapasão, o direito à dignidade da pessoa humana engloba o próprio viver com dignidade, ou seja, com o respaldo mínimo de cidadania, qualidade de vida, liberdade, prazer, integridade física e moral, e privacidade.[92]

A partir do direito fundamental de viver dignamente, chega-se ao direito de morrer dignamente. No que tange à eutanásia e ao suicídio assistido, tal direito está ligado ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia ou do sofrimento por parte de um tratamento inútil, mantendo-se, assim, a

---

[89] SANTANA, Raquel Santos de. *A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto*. 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>. Acesso em: 18 mar. 2018.

[90] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018

[91] SARLET, Ingo Wolfgang apud SANTANA, Raquel Santos de. *A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto*. 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>. Acesso em: 18 mar. 2018

[92] DORIGATTI, Paula Gabriella Ribeiro. O direito à vida. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 151, ago. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9>. Acesso em: mar. 2018

dignidade do paciente em seus momentos finais.[93] A negação paternalista do exercício da autonomia e autodeterminação de um indivíduo capaz e competente de externar sua própria vontade através de uma autointervenção ou intervenção de terceiro consentida para colocar fim a sua situação de terminalidade, doença crônico-degenerativa, ou outra causa afim, não é sustentável em um Estado Democrático de Direito que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

Sobre a eutanásia, diz-se que a Constituição Brasileira:

> Contempla a possibilidade da eutanásia em suas diversas modalidades ao apontar a dignidade humana como valor basilar do ordenamento jurídico e ao garantir a liberdade de autodeterminação como direito fundamental do cidadão, pois não está em consonância com uma vida digna e o direito de liberdade (autodeterminação) uma pessoa viver anos em estado vegetativo, por exemplo. Deve caber a quem vive nessa situação e/ou seu representante legal decidir [...] interromper o sofrimento inútil por meio da abreviação da vida. Mesmo que para isso, ocorra segundo alguns a violação a vida, bem indisponível.
>
> Porém, [...] os direitos fundamentais podem ser relativizados, desde que dentro de limites de outros valores previstos na Constituição Federal de 1988. Tendo como requisito essencial para que isso ocorra: que esteja em conflito outro direito fundamental, e se preserve a dignidade da pessoa humana. O que a depender do caso em concreto pode ocorrer. Segundo a técnica de preponderação de interesses, prepondera-se um princípio, porém o outro não será anulado.[94]

Nesta visão de mundo, os enfermos que padecem de situação sujeita a eutanásia ou terceiros que por piedade e compaixão os ajudam, não infringem os princípios constitucionais em voga, uma vez que, no direito constitucional, não há a existência de um princípio absoluto, devendo, em situações de conflito, ponderá-los para a chegada em um resultado que contemple ambos para o maior benefício da tutela constitucional aplicada ao caso concreto. Contudo, não é suficiente a

[93] COSTA, Lorena Santos. Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

[94] COSTA, Lorena Santos. Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

existência de princípios constitucionais abstratos para garantir aos que padecem de sofrimento e dores insuportáveis a licitude do ato de findar suas angústias. É necessária a elaboração de legislação infraconstitucional que discipline estas práticas.[95]

4.2 Tratamento legal dos institutos

No ordenamento jurídico brasileiro, existe uma lacuna legal para a conduta específica da eutanásia. Em direção contrária à tendência mundial de legislar sobre o assunto, o maior leque de práticas que acarretam a morte eutanásica no país, por falta de tipo penal que se encaixe melhor, recai sobre o crime de homicídio privilegiado do art. 121, §1º, do Código Penal Brasileiro, com a causa de diminuição de pena trazida pelo relevante valor moral do ato. Embora alguns países tenham removido a eutanásia e o suicídio assistido de seus róis de práticas criminosas, a preponderância dos países apenas despenalizou a prática ou criou tipos com penas mais brandas do que a do homicídio propriamente dito. Observam-se como exemplo os casos do Uruguai e Portugal.

O Uruguai traz em seu Código Penal de 1934, ainda em vigor, a possibilidade da eutanásia ativa, no chamado "homicídio piedoso". Vejamos:

> Art. 37. Del homicidio piadoso:
>
> Los Jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.[96]

Em um exemplo de ordenamento jurídico que optou pela despenalização da prática da eutanásia, o que acontece no Uruguai não é a descriminalização, mas apenas a faculdade aos juízes de oferecimento de perdão judicial para quem tenha cometido o ato movido por piedade, desde que o tenho feito após reiteradas súplicas da vítima e que o sujeito agente possua antecedentes honráveis. Há assim o "homicídio piedoso".

---

[95] Ibidem.

[96] URUGUAI. *Código Penal Uruguayo*. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Quanto ao suicídio assistido, o país sul-americano o considera como prática criminosa, tipificada no art. 315 do código penal pátrio, punindo-o com seis meses a seis anos de prisão.[97]

> 315. (Determinación o ayuda al suicídio)
>
> El que determinare al otro al suicídio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Este máximo puede ser sobrepujado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o de voluntad deprimidas por enfermedad mental o por el abuso del alcohol o de uso de estupefacientes.[98]

Em Portugal, existe a figura do "homicídio a pedido da vítima". É hipótese de abrandamento de pena – segundo o código português, as penas nos casos de homicídio qualificado são de oito a dezesseis anos de prisão, e na do privilegiado, de um a cinco. Traz o dispositivo legal:

> Artigo 134º - Homicídio a pedido da vítima 1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos.
>
> 2 - A tentativa é punível.[99]

Para que haja o chamado "homicídio a pedido da vítima" são necessárias apenas três qualificações: que o pedido seja sério, instante e expresso, existindo doutrinadores que defendem a não necessidade de motivação piedosa do agente, podendo se enquadrar neste tipo penal até mesmo um que aja por motivações egoístas, desde que, ainda sim, cometa o delito devidamente impelido pela vítima.

---

[97] SIMÕES, Marcela Paula. *A eutanásia e sua hermenêutica constitucional no estado democrático de direito brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2008/Discente/Marcela%20Paula%20Simoes.pdf >. Acesso em: 19 mar. 2018

[98] URUGUAI. *Código Penal Uruguayo*. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>. Acesso em: 18 mar. 2018.

[99] PORTUGAL. *Código Penal Português*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 18 mar. 2018

No que tange ao suicídio assistido, o país europeu possui pena bastante branda para quem pratique o delito. Quem ajuda outrem a se suicidar, é punido com pena de até três anos de prisão. Dispõe o código português:

> Artigo 135º Incitamento ou ajuda ao suicídio 1- Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumar-se.
>
> 2 - Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.[100]

Em relação ao Brasil, não há no país uma cultura de aceitação ou de debates acerca das questões do viver e do morrer. Contra a prática da eutanásia e do suicídio assistido, as penas são elevadas e os tipos penais atribuídos aos fatos carecem da sensibilidade requerida aos casos em concreto.

No Brasil, a eutanásia ativa, ou seja, a ação proposital do autor, que imbuído de sentimentos humanitários e solidários, provoca a morte sem sofrimento do paciente enfermo, é comparada ao homicídio privilegiado tipificado pelo art. 121, §1° do Código Penal. O privilégio advém de ser um ato impelido por relevante valor moral, qual seja a compaixão e piedade diante do estado de sofrimento agudo de outrem.

> Art. 121. Matar alguém:
>
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena
>
> 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.[101]

[100] PORTUGAL. *Código Penal Português*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 18 mar. 2018.

[101] BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Na eutanásia passiva, em que há a morte do paciente – em estado terminal e padecendo de insuportáveis dores – devido à omissão deliberada da equipe médica em realizar procedimentos que lhe trariam uma sobrevida, tendo o médico o animus de que o paciente faleça para que se encerrem os seus sofrimentos, aplica-se o mesmo dispositivo legal da eutanásia ativa, isto é, o §1º do art. 121 do Código Penal (homicídio privilegiado).

Na chamada eutanásia de duplo efeito, que incorre na prática médica de aumentar gradativamente as doses dos medicamentos contra dor, levando o paciente eventualmente a óbito, não existe um posicionamento claro sobre o enquadramento da conduta no ordenamento jurídico.

O primeiro ponto de vista apregoa que se o médico desconhece o potencial letal das doses medicamentosas, deve aplicar-se ao caso o tipo penal de homicídio culposo com a causa de aumento de pena devido à inobservância de regra técnica de profissão do §4º do art. 121 do Código Penal.

> Art. 121 [...] § 3º - Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.
>
> 4º - No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.[102]

No entanto, na hipótese em que o médico conheça sobre o potencial letal das doses medicamentosas, e escolha administrá-las ao paciente sem informá-lo sobre as possíveis consequências, não se importando com o advento do resultado morte, defende-se o enquadramento da conduta como modalidade de eutanásia involuntária, na categoria do dolo eventual, comparada a homicídio doloso (art. 121, caput, do Código Penal).

[102] BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

A ortotanásia, por sua vez, é conduta permitida no Brasil. Consiste na suspensão de tratamento fútil quando a causa do evento morte já se iniciou. Antigamente enquadrada como omissão de socorro nos termos do art. 135 do Código Penal, a fundamentação para a sua regulamentação é que, na realidade, não se trata de uma omissão de socorro no sentido penal, uma vez que uma assistência exagerada seria ineficaz para impedir a morte que se acerca independentemente de qualquer esforço empreendido pela equipe médica.[103]

Desde a edição da Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, a ortotanásia é autorizada no país. Houve, entretanto, uma descontinuação de três anos do seu vigor devido a uma liminar concedida ao Ministério Público do Distrito Federal, que requereu a suspensão da regulamentação do instituto no país. Contudo, em 2010, a Justiça Federal revogou a liminar e permitiu a prática ortotanásica.

A Resolução n. 1.805/2006 permite que o médico, autorizado pelo paciente ou seu responsável legal, possa limitar ou suspender tratamentos exagerados e desnecessários que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, bem como administre procedimentos paliativos a fim de diminuir a agonia e sofrimento do paciente no fim de sua vida.[104]

No que tange à distanásia, o prolongamento da morte do paciente terminal, não estamos diante de tipo penal; contudo, considera-se inadequado a sua utilização segundo os preceitos do Código de Ética Médica e, em regra, da própria

[103] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Contornos Atuais da Eutanásia e da Ortotanásia: Bioética e Biodireito. *A Necessidade do Controle Social das Técnicas Médicas.* São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p.272. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/contornos_atuais_da_eutanasia_e_da_ortotanasia.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

[104] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM Nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

Constituição Federal, que preconiza em seu art. 5º, inciso III, que ninguém deve ser submetido a tratamentos desumanos ou degradantes.[105]

O suicídio assistido é o único que possui tipificação expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Aquele que induz, instiga ou auxilia terceiro a cometer suicídio, se enquadra no crime previsto no art. 122 do Código Penal. Existem ainda as causas de aumento de pena, caso o crime seja praticado por motivo egoístico ou a vítima seja menor ou tenha sua capacidade de resistência diminuída.

> Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:
>
> Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.
>
> Parágrafo único - A pena é duplicada:
>
> Aumento de pena
>
> I - se o crime é praticado por motivo egoístico;
>
> II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.[106]

Embora não exista uma legislação especifica para a eutanásia, muitos foram os projetos criados em uma luta legislativa travada entre defensores e indivíduos contrários a sua legalização.

4.2.1 Projeto de Lei 125/1996 – Legalização da Eutanásia

Em 1996, encabeçado pelo senador do estado do Amapá Gilvam Borges, tramitou no Congresso Nacional o projeto de Lei 125/1996. Referindo-se à eutanásia como "morte sem dor", propunha que esta fosse permitida desde que uma junta de cinco médicos atestasse a inutilidade do sofrimento físico ou psíquico do paciente

[105] COSTA, Lorena Santos. Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

[106] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

doente, devendo dois destes médicos serem especialistas na enfermidade do indivíduo querelante.[107]

O projeto ainda tratava da eutanásia no caso de morte cerebral, permitia a eutanásia por omissão e dava a opção de que um familiar ou pessoa com relação de afetividade com o paciente pudesse solicitar à Justiça a eutanásia do doente caso este estivesse impossibilitado de expressar sua vontade.[108]

4.2.2 Projeto de Lei 5.058/2005 – Eutanásia vista como crime hediondo

Indo contra a corrente de legalização da eutanásia ou abrandamento de sua punição, no projeto de lei cunhado em 2005 pelo deputado Osmânio Pereira, propôs-se a adição da eutanásia ao rol dos crimes hediondos. Criaria-se o tipo penal específico da eutanásia, que juntamente com o aborto, deveria ser punido com mais gravidade, uma vez que:

> O aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidos contra insuficientes. É indispensável, portanto, que se explicite a natureza hedionda de tais crimes, bem como se vedem legalmente quaisquer ações nesse sentido.[109]

Em sua defesa, continuou a explicar:

> Do mesmo modo que os nascituros não possuem meios de defesa contra as agressões externas, os doentes e os idosos também são merecedores de proteção especial, dada a sua condição de fragilidade. No entanto há quem defenda a prática da eutanásia com relação a estas pessoas desprotegidas. Além de não possuírem condições de defesa, encontram-se psicologicamente fragilizados pela debilidade física ou pela

[107] LIMA NETO, Luiz Inácio de. *A legalização da eutanásia no Brasil*. E-governo. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/legaliza%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-brasil>. Acesso em: 19 mar. 2018

[108] DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal:* aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011, p. 39

[109] CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 5058/2005*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=295399>. Acesso em: 18 mar. 2018

> doença. Assim, é possível, que neste estado de debilidade física e mental, acabem concordando com antecipação de sua morte, pela adoção da eutanásia, até mesmo para se verem livres do sofrimento que tanto lhes angustia. Essas pessoas, levadas pelo sofrimento, perdem o instinto inato de preservação e sobrevivência, ficando vulneráveis física e psicologicamente.

Finalizando sua fundamentação, o deputado acrescentou:

> O objetivo deste Projeto é a defesa da vida bem como da Constituição e da soberania do nosso País, contra a "cultura da morte", que vêm tentando nos impor os países estrangeiros onde isso já impera e contra pessoas e entidades que, conscientemente ou não trabalham a serviço desse propósito assassino.

Devido à falta de apoio, o projeto de lei não logrou êxito, sendo arquivado no mesmo ano em que foi proposto.

4.2.3 Projeto de Lei 236/2012 – Anteprojeto do Novo Código Penal Brasileiro

Em junho de 2012, começou a tramitar no Congresso Nacional o anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro, através do Projeto de Lei do Senado 236/2012. Caso seja aprovado, diversas novidades adentrarão o ordenamento jurídico. Ressaltamos as concernentes à eutanásia, sobre as quais, em relatório sobre o anteprojeto, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios elucidou:

> A Comissão, sensível às circunstâncias, como recomendam os princípios do Direito Penal da Culpa, a fim de a individualização da pena considerar pormenores relevantes, sugere explicitar a – eutanásia – tornando-a causa de diminuição de pena, dado o agente agir por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave. De outro lado, exclui a ilicitude da conduta de quem, em circunstâncias especificadas, "deixa de manter a vida de

> alguém por meio artificial, quando a morte for iminente e inevitável". Essa figura corresponde à ortotanásia.[110]

O anteprojeto traz a criação do tipo penal da eutanásia, e tipifica de maneira expressa a prática da ortotanásia:

> Eutanásia
>
> Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos.
>
> 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.
>
> Exclusão de ilicitude
>
> 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.[111]

Desta forma, a proposta procura criar um tipo penal específico para a eutanásia, afastando-a do enquadramento em homicídio privilegiado praticado em razão de relevante valor moral, conforme se apresenta no código atual. A conduta não será descriminalizada, contudo a pena será notoriamente abrandada: da pena prevista para homicídio privilegiado de quatro a dezesseis anos de prisão, se passará para uma pena de dois a quatro anos.

Admite, ainda, em virtude da análise das circunstâncias do caso, bem como da relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima, a concessão do perdão judicial, deixando de aplicar a pena com vistas ao caso concreto.

---

[110] DISTRITO FEDERAL. *Anteprojeto do Código Penal*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislacao_com pleta/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

[111] SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 236/2012*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 18 mar. 2018.

No que diz respeito à ortotanásia, como se extrai do §2º do art. 122, a prática, já considerada lícita no país desde a Resolução nº 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, passará a figurar de forma expressa no ordenamento jurídico, bem como será considerada causa de exclusão de ilicitude, uma vez sejam preenchidas as seguintes condições: doença grave irreversível atestada por dois médicos e consentimento do enfermo ou de seus representantes legais.

O anteprojeto encontra-se em tramitação no Congresso Nacional.

5 CONCLUSÃO

A questão da intervenção do Estado na vida do cidadão é relevante e de difícil análise, uma vez que esbarra em diversos tipos de questionamentos sobre a autonomia e autodeterminação do sujeito. Em todos os Estados Democráticos de Direito, há ao menos algum grau de paternalismo estatal. O impasse, entretanto, se encontra no nível da interferência aplicada, no que diz respeito à capacidade do sujeito e a permissão dada à prática de uma autolesão ou heterolesão consentida.

Em face da tendência mundial de abandono do paternalismo rígido, entende-se como ilegítima a aplicação de tal modelo no mundo contemporâneo, ainda mais no que concerne à complexidade das questões do morrer e do viver. Indaga-se: se a intenção com a declaração de ilegitimidade da posição paternalista do Estado é aumentar a liberdade do cidadão, faz sentido serem estes livres para uma futura restrição total de sua liberdade, a qual advém da morte?

O debate gira em torno da busca de um ponto de equilíbrio entre o princípio da inviolabilidade da vida e da dignidade da pessoa humana: a proteção de um bem dito intrinsecamente superior, qual seja, a vida, e o direito de um enfermo optar por dar fim a sua vida em estado de terminalidade, desesperança e sofrimento.

Na medicina contemporânea, tratamentos fúteis, dolorosos, invasivos, e sem um real retorno de perspectiva de vida são prolongados no tempo. O sofrimento de pacientes conscientes e competentes, mas incapazes de sobreviver longe de um

maquinário hospitalar, ou de pacientes em estado vegetativo, ou mesmo de pacientes com doenças crônico-degenerativas, não sustenta a sobreposição da legalidade sobre a moralidade. O tratamento de questões tão sensíveis requer a atribuição de dignidade ao paciente: deve ser tratado como mais do que mero objeto de manipulação terapêutica, mas como ser humano.

Assim, a eutanásia e o suicídio assistido não buscam a banalização da vida, mas o respeito ao próprio conceito global de vida, isto é, o que abarca todos os seus aspectos de qualidade, liberdade, prazer e perspectiva de futuro. Não permitindo a escolha de seus cidadãos, o Estado quebra sua pretensão de funcionalismo paternalista para "evitação de um dano", e produz um efeito notoriamente contraditório para uma instituição que apregoa o direito a dignidade humana como fundamento da própria República Federativa: condena-os a uma morte lenta e dolorosa por inanição, por exemplo, ao invés de providenciar-lhes os meios necessários para uma morte indolor e tranquila.

É inadmissível a manutenção forçosa da vida de paciente em estado terminal, em intensa dor e sem perspectiva de melhora. Uma legislação regulamentadora dos institutos da eutanásia e do suicídio assistido, que realmente trate com a sensibilidade merecida e atribua relevância aos casos concretos, se faz necessária para que a opção de viver e de morrer dignamente esteja disponível a todos os que, em grande agonia, necessitam desta escolha. Seja através da descriminalização, da atribuição de perdão judicial, ou da consideração da conduta como causa excludente de ilicitude, uma reforma penal que aborde esta questão é imperativa.

REFERÊNCIAS

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Análise constitucional da ortotanásia: O direito de morrer com dignidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10386>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n.89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9645&revista_caderno=9>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM Nº 1.805/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM Nº 1.995/2012*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 5058/2005*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=295399>. Acesso em: 18 mar. 2018.

COSTA, Lorena Santos. *Análise da eutanásia e ortotanásia à luz da resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e do ordenamento jurídico brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13998>. Acesso em: 19 mar. 2018.

DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. *A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal:* aspectos jurídicos e bioéticos da terminalidade da vida. 2011. 62f. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2011.

DISTRITO FEDERAL. *Anteprojeto do Código Penal*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas /Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

DORIGATTI, Paula Gabriella Ribeiro. O direito à vida. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 151, ago. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9>. Acesso em: 19 mar. 2018.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça Sistema Criminal*, Curitiba, v.4, n.6, p. 7-25, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPECIATO, Ian Matozo. *Homicídio a pedido:* uma questão de imputação objetiva? 2014. 22f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito penal. *Revista Brasileira de Filosofia*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 227, jul./ago. de 2007.

FEINBERG, Joel. *Harm to self:* the moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1986. v. 3.

GRACYK, Theodore. *Outline of Dworkin on Paternalism*. Moorhead: Minnesota State University, 2005.

IBAIXE JÚNIOR, João. *Inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana:* reflexões para um conceito no Direito Constitucional. 2008. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 18 mar. 2018.

LIMA NETO, Luiz Inácio de. *A legalização da eutanásia no Brasil*. E-governo. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/legaliza%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-brasil>. Acesso em: 19 mar. 2018.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. *Concepções teóricas sobre a terminalidade da vida*. São Paulo: Unesp, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MELO, Ana Carolina Pereira. *A polêmica da legalização da eutanásia no Brasil:* o dever ético de respeito às vontades antecipadas dos pacientes terminais. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42873/a-polemica-da-legalizacao-da-eutanasia-no-brasil-o-dever-etico-de-respeito-as-vontades-antecipadas-dos-pacientes-terminais>. Acesso em: 23 mar. 2018.

MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação de preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n.3, dez. 2015.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863.

OLIVA, Milagros Pérez. Quem decide como devemos morrer? *El País*, abr. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/ciencia/1490960180_147265.html>. Acesso em: 03 nov. 2017.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino; OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino. A eutanásia e a ortotanásia no anteprojeto do Código Penal brasileiro. *Revista Bioethkos*, Centro Universitário de São Camilo, 2012. Disponível em: <https://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/98/03.pdf >. Acesso em: 18 mar. 2018.

PATROCÍNIO, André Herrera. *Suicídio Assistido no Direito Brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/185634010/suicidio-assistido-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 05 nov. 2017.

PORTUGAL. *Código Penal Português*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_mi olo=>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SANTANA, Raquel Santos de. *A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto*. 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Contornos Atuais da Eutanásia e da Ortotanásia: Bioética e Biodireito. *A Necessidade do Controle Social das Técnicas Médicas.* São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 236/2012*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SIMÕES, Marcela Paula. *A eutanásia e sua hermenêutica constitucional no estado democrático de direito brasileiro.* Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2008/Discente/Marcela%20Paula%20Simo es.pdf >. Acesso em: 19 mar. 2018.

SIMÕES, Mauro Cardoso. *Liberdade e paternalismo segundo John Stuart Mill: uma analise das teses de On Liberty*. 2007. 161f. Tese (Doutorado) - Universidade

Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000433113>. Acesso em: 28 fev. 2018.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Eutanásia*: pelas veredas da morte e da autonomia. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004>. Acesso em: 02 nov. 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 53, mar./abr. 2005.

SOARES, Ana Lis. *Suicídio Assistido*. nov. 2014. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/entenda-a-diferenca-entre-suicidio-assistido-e-eutanasia,c77f4783c1779410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>. Acesso em: 05 nov. 2017.

URUGUAI. *Código Penal Uruguayo*. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>. Acesso em: 18 mar. 2018.

VANCE, Chad. *Paternalism*. Boulder: University of Colorado, 2016.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial:* aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005

Ciências Criminais

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O DOLO EVENTUAL AOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Mateus Henrique Chaves Pereira

RESUMO

O Presente trabalho tem por objetivo analisar os elementos subjetivos dos tipos penais, a luz do crime de lavagem de dinheiro, e com isso verificar a possibilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro. Com a chegada deste instituto na jurisprudência brasileira, muito tem sido os questionamentos a respeito de sua legalidade e recepção no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma teoria com origem no estrangeiro, mais especificamente nos países de Common Law, em que a principal fonte do direito são os precedentes. Desse modo, a teoria da cegueira deliberada será analisada a luz dos padrões do Direito Brasileiro, pertencente ao sistema do Civil Law, tratando de suas problemáticas, conseqüências e requisitos para sua aplicação. Para isso, a análise da lei de lavagem de dinheiro e sua evolução histórica será fundamental para a compreensão dos elementos que envolvem o tipo penal.

Palavras-chave: Teoria da cegueira deliberada. Dolo eventual. Lavagem de dinheiro. Erro de tipo. Lei 12.683/12

1 INTRODUÇÃO

O dinheiro sempre fez parte da vida do ser humano desde os tempos mais remotos, é ele que atende a muitas necessidades do ser humano, desde as mais básicas até as mais sofisticadas. Desse modo, o dinheiro simboliza o poder de compra do individuo, é ele que viabiliza a aquisição de bens materiais, serviços e até

a própria subsistência. Portanto a busca por esse poder aquisitivo, fez com que o ser humano desenvolvesse o comércio, a industria, a tecnologia, e isso também fez com que crescesse a desigualdade social, pelo fato de muitas pessoas não conseguirem espaço em um mundo cada vez mais competitivo, acabaram optando pelo mercado paralelo, que viabilizou o surgimento das organizações criminosas.

São diversas organizações criminosas atuando no Brasil e no mundo, nas mais diversas atividades ilegais, dentre as quais podemos destacar o tráfico de drogas como sendo uma das atividades mais rentáveis em todo mundo. Porém, a arrecadação exorbitante de valores obtidos ilicitamente leva a uma problemática concernente a declaração desses bens e valores perante o fisco. Devido a isso, as organizações criminosas se utilizam de diversos meios de ocultar a origem ilícita desses valores, fazendo com que os crimes que deram origem a esses valores permaneçam no anonimato. A essas condutas dar-se o nome de lavagem de dinheiro, que tem por objetivo alem de ocultar a origem dos bens ou valores, também tem o condão de dissimular a sua procedência, ou seja, fazer com que a atividade que gerou aquela renda pareça de origem licita.

Com o avanço da tecnologia e com a globalização, as organizações criminosas tem se expandido a níveis internacionais, tornando as praticas delituosas e a lavagem de dinheiro, cada vez mais difíceis de serem combatidas. Com o crescimento do narcotráfico a nível internacional, pra viabilizar o combate deste delito, houve a convenção de Viena, da qual muitos países foram signatários, dentre eles o Brasil. Devido a isso, muitos desses países inseriram em suas respectivas legislações, o combate a lavagem de dinheiro, de haver uma cooperação internacional no combate desses crimes.

O presente trabalho tem por objetivo, fazer uma análise critica com relação a aplicabilidade do dolo eventual e da teoria da cegueira deliberada aos crimes de lavagem de dinheiro, como forma de viabilização da persecução penal dos agentes envolvidos.

Inicialmente será feita uma analise do contexto histórico do crime de lavagem de dinheiro, trazendo o a baila às gerações das legislações antilavagem, bem como a tipificação deste delito no Brasil, com a promulgação da Lei n.º 9.613/98 e sua reforma no ano de 2012, trazida pela Lei n.º 12.683. em seguida, observasse-a os aspectos objetivos do tipo penal, passando por suas características, técnicas, as fases da lavagem, a consumação do crime e também as instituições utilizadas como meios de viabilização do crime.

Já em segundo momento, serão observados os elementos subjetivos do crime de lavagem de capitais, passando pelos bens jurídicos tutelado, bem como na análise do dolo e da culpa, e como se relacionam ao delito, e por fim, como o erro de tipo e de proibição elencados no código penal se relacionam com o crime de lavagem de dinheiro.

Feita as análises supracitadas, chega o momento de se averiguar a aplicabilidade do dolo eventual a esses delitos, levantando as principais considerações dos autores sobre o tema, e também analisar a teoria da cegueira deliberada, objeto da presente discussão. Nesse condão, será feita uma abordagem quanto ao contexto histórico da teoria da cegueira deliberada, suas características e aplicação, críticas, e também quanto a recepção desta teoria pela jurisprudência brasileira.

Para viabilizar as pesquisas, foram feitos estudos doutrinários com relação ao tema, analise das legislações referentes ao crime de lavagem de dinheiro, bem como disposições do código penal, e também análises de jurisprudência.

A teoria da cegueira deliberada vem tomando importantes proporções no Brasil, principalmente após casos de repercussão nacional, como foi com o furto ao Banco Central localizado na cidade de Fortaleza-CE, na ação penal 470 que julgou os casos relacionados ao escândalo do mensalão, e mais recentemente com a onda de investigações e condenações referentes a operação lava jato. Portanto, a teoria da cegueira deliberada tem sido objeto de inúmeras controvérsias e debates, razão pela qual se faz pertinente a o desenvolvimento do presente trabalho.

2 DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

2.1 Histórico do delito

A lavagem de dinheiro é uma prática bastante antiga, já existindo evidências de sua pratica na idade média, onde piratas buscavam mascarar recursos obtidos através de saques e outras atividades criminosas. Porém foi com crescimento do tráfico internacional de drogas que o crime de lavagem de dinheiro veio a ser discutido na comunidade jurídica, visto se tratar do principal meio utilizado pelos traficantes para ocultar a origem ilícita de seus bens. (LIMA, 2014).

Foi na década de 20 nos Estados Unidos que a expressão lavagem de dinheiro nasceu, sendo chamado de money laundering. Em uma época onde vigorava a "lei seca", que proibia o comercio de bebidas alcoólicas em território estadunidense, em razão disto surgiram várias gangues especializadas neste tipo de delito. Esses gângsteres faziam uso de lavanderias para mascararem a origem ilícita do dinheiro. Entretanto, tomou maiores contornos na década de 70, quando os Estados Unidos passaram a investigar o tráfico de drogas e a maneira como esses criminosos lavavam dinheiro. (CALLEGARI, 2014).

Um dos criminosos mais emblemáticos dessa empreitada foi o mafioso Alphonse Gabriel Capone, também conhecido como "Al Capone" e "Scarface", que a ele se atribui a aquisição de uma cadeia de lavanderias, a qual montou uma empresa de fachada denominada "Sanitary Cleaning Shops".

A atividade do mafioso consistia em realizar depósitos bancários com notas de pequeno valor, que em tese seriam provenientes tas atividades exercidas nas lavanderias, porém a real origem desses valores era a venda ilegal de bebidas alcoólicas, bem como de outras atividades ilícitas (VAZ; NEVES, 2017).

Portanto, em 1933 houve a revogação da proibição da venda de bebidas, porem as gangues mafiosas já estavam enraizadas na sociedade, de maneira que a essa altura já estavam explorando outras atividades, afim de que suas ações dessem retornos econômicos de maneira rápida e farta, a exemplo das casas de jogos e do

próprio trafico de drogas. Todavia, outros chefes mafiosos sentiram a necessidade de criar técnicas que visassem proteger os lucros de seus negócios, razão pela qual foram criados os "*offshores",* tendo como precursor desse instrumento o gangster Meyer Lansky, que baseava-se na remessa de dinheiro para bancos no estrangeiro, que de preferência concedessem sigilo fiscal (GALVÃO, 2014).

Desse modo, seu objetivo era colocar o dinheiro fora de alcance das autoridades norte-americanas, sendo a Suíça um dos primeiros países selecionados, por não haver cooperação com os EUA em relação ao confisco e restituição (BRAGA, 2010).

Ocorre que, foi na Itália que pela primeira vez foi tipificado o crime de lavagem de dinheiro, através do Decreto-Lei n.º 59 de 21 de março de 1978, em razão de uma onda de seqüestros perpetrados por máfias italianas. A partir dos anos de 1978, a Itália vivia uma época denominada de "anos de chumbo", em que um grupo armado chamado Brigadas Vermelhas praticavam essa serie de delitos.

As Brigadas Vermelhas realizaram no dia 16 de março de 1978, o seqüestro de um político bastante influente a época, que em maio do mesmo ano foi assassinado. Esse fato desencadeou tamanha repercussão nacional, que no dia 21 de março de 1978 foi criado o Decreto-Lei nº. 59, que mais tarde veio a compor o Código Penal Italiano. (VAZ; NEVES, 2017).

Tal dispositivo veio a criminalizar condutas como, a substituição de dinheiro ou valores oriundos de roubo qualificado, extorsão, seja qualificada ou mediante seqüestro, objetivando desarticular essas organizações criminosas, que utilizavam dessas empreitadas violentas, para auferir lucros e se beneficiarem (GALVÂO, 2014).

Temos nisso o ponto de partida de um precedente, a qual se manifestou como parâmetro para a maioria das reformas penais no que tange ao delito de lavagem de capitais. (BRAGA, 2010).

2.2 Lavagem de dinheiro no Brasil

2.2.1 A convenção de Viena

Após o crescimento do trafico ilícito de entorpecentes, e as gangues surgidas no século XX com a proibição das bebidas alcoólicas nos EUA, o crime de lavagem de dinheiro ganhou destaque internacional, notando-se que essa conduta gerava ganhos financeiros exponenciais, que permitiam que organizações criminosas tivessem cada vez mais poder, corrompendo dessa maneira as estruturas da administração publica e as demais atividades licitas. (TAVEIRA, 2015).

Devido a isso, houve a necessidade de se discutir o assunto. Portanto, em 1988 houve a Convenção de Viena, que teve por objetivo o combate ao trafico ilícito de entorpecentes, através da coibição do branqueamento de capitais. O Brasil foi signatário da referida convenção, tendo sido ratificado no dia 26 de junho de 1991, razão pela qual pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, foi tipificado o crime de lavagem de dinheiro, através da Lei n.º 9.613 de 03 de março de 1998, que dispôs sobre a ocultação de bens, a prevenção da utilização do sistema financeiro para o cometimento dos delitos, bem como a criação do Conselho de Atividades Financeiras – COAF (TAVEIRA, 2015).

Com o viés de tornar a persecução criminal do crime de lavagem mais eficiente, no dia 09 de julho de 2012, entrou em vigor a nova lei que disciplina sobre o crime de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, através da Lei nº 12.683.

2.2.2 A Lei n.º 9.613 de 1998

O Brasil após a ratificação da convenção de Viena assumiu o compromisso internacional de tipificar crimes relativos a valores e bens oriundos do narcotráfico, de modo que nesses termos surgiu a Lei. 9.613/98, colocando em vigor no Brasil o crime de lavagem de dinheiro (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS N.º 692, 1996).

Sendo assim, é necessário destacar alguns aspectos que a exposição de motivos nº 692 traz com relação a posição do Brasil frente a criminalização da lavagem de dinheiro, bem como a de outros países signatários da Convenção de Viena de 1991 (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS N.º 692, 1996).

Em primeiro momento deve-se analisar a origem do termo "lavagem" e "ocultação", expressões incorporadas em nosso ordenamento pátrio. Analisando a exposição de motivos nº 692, o legislador teve por adequado dar uma nomenclatura, que fizesse referencia a limpeza, afinal, pois tal atitude refere-se a transformar dinheiro sujo (ilícito) em dinheiro limpo (lícito) (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS N.º 692, 1996).

Alguns países como, França, Bélgica, Portugal e Espanha, utilizam a expressão "branqueamento de capitais", porém a assertiva não pareceu adequada para o Brasil, devido a conotação racista que tal expressão poderia caracterizar, podendo gerar más interpretações e gerar discussões inconvenientes. Desse modo, considera-se como critério para nomenclatura do tipo, a natureza da ação praticada, corrente essa adotada pelos países de língua inglesa e também pela Alemanha. Argentina, Itália, suíça. (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS N.º 692, 1996).

As primeiras legislações que surgiram após a convenção de Viena, caracterizavam o crime de lavagem de dinheiro como aquele em que os bens e valores, advinham do tráfico ilícito de entorpecentes, visto que, à época, o tráfico era uma das principais atividades que mais movimentavam dinheiro sujo no mercado. Demais condutas relativas ocultação de bens que não eram provenientes do tráfico, eram classificadas apenas como receptação, por se tratarem de condutas com uma magnitude inferior. Desse modo, eram classificadas como legislações de primeira geração (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS N.º 692, 1996).

Mais adiante, surgiu as legislações de segunda geração, pois estas vieram a ampliar o rol de crimes antecedentes, visando dar mais eficácia no combate aos crimes dessa natureza, a exemplo das legislações hoje vigentes na Alemanha,

Espanha, Portugal e o Brasil na época da promulgação da Lei. 9.613/98 (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS N.º 692, 1996).

Por último, surgiram as legislações de terceira geração, que compreende aquelas que conectavam o crime de lavagem de dinheiro a qualquer tipo de delito antecedente, ou seja, não houve um rol taxativo dos crimes antecedentes, podendo todo e qualquer crime constar como apto a ensejar a lavagem de dinheiro. São exemplos de países que aderiram a terceira geração, a França, a Itália, a Suíça e os Estados Unidos (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS N.º 692, 1996).

O objetivo do projeto que deu origem à primeira lei de lavagem de dinheiro no Brasil era reservar seu alcance àqueles delitos considerados de relevante gravidade, deixando os demais disciplinados pelo artigo 180 do Código Penal, que dispõe sobre os crimes de receptação. Esse critério foi utilizado devido ao receio de que a não taxatividade com relação aos crimes antecedentes poderia levar a responsabilização de agentes, por cometimento de crimes banais, como o caso de furtos de pequeno valou, que poderia levar a sanções elevadas (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS N.º 692, 1996)

> Como ressaltado anteriormente, o Brasil ao promulgar a Lei. 9.613/98 adotou a corrente da segunda geração, a qual elencou em seu artigo 1º, o rol dos crimes antecedentes, que compreende: (i) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; (ii) terrorismo; (iii) contrabando, ou tráfico de armas, munições ou material destinados a sua produção; (iv) extorsão mediante seqüestro; (v) crimes contra a administração pública; (vi) crimes contra o sistema financeiro nacional; (vii) crimes praticados por organização criminosa; (viii) praticados por particular contra administração pública estrangeira. Essas são então, as oito hipóteses que o legislador elencou na lei, porquanto, somente praticava o crime de lavagem de dinheiro quem ocultasse e dissimulasse bens e valores oriundos da pratica desses delitos, bem como aqueles que para garantir a ocorrência do delito, negociam, trocam, importam, exportam, depositam ou converte em ativos lícitos, alem de outras hipóteses no artigo 1º, § 1º, e seus incisos (BRASIL, 1998).

Entretanto, o rol taxativo da lei nos traz algumas complicações, como é o caso do disposto no artigo 1°, inciso II da lei, que elenca como crime antecedente o terrorismo (SHRAMM e GOMES, 2015). Observa-se que a lei de terrorismo só foi disciplinada no Brasil em 16 de março de 2016, pois em razão do principio da reserva legal, tinha-se por complicado aplicar esse inciso.

Shramm e Gomes (2015), também apontam falhas na lei no que tange ao inciso VII, que trata de crimes praticados por organização criminosa, pois este inciso abre a possibilidade de interpretação extensa ao que seria considerado crime antecedente, visto que qualquer delito antecedente poderia ser considerado para fins de lavagem, desde que fosse praticado por organização criminosa, ou seja, tal dispositivo não seria eficaz quanto à intenção do legislador de criar um rol taxativo com relação aos crimes antecedentes.

A problemática dessa interpretação também se dá com relação ao fato de que o delito de organização criminosa não era tipificado a época da edição da lei, vindo a ser tipificado somente no dia 02 de agosto de 2013.

Outra característica que a lei trouxe foi à vedação à fiança e à liberdade provisória, elencadas no §3º do artigo 1º. Ocorre que tal dispositivo afronta diretamente a constituição, uma vez que no artigo 5º, XIII, da CF/88 possui um rol taxativo de crimes insuscetíveis no que tange a fiança, dentre as quais não se encontra incluído o crime de lavagem de dinheiro. Portando, uma lei infraconstitucional jamais poderá suprimir uma norma constitucional, o que a torna inconstitucional. (LUSTOSA, 2009).

2.2.3 Principais alterações ocorridas com a Lei n.º 12.683 de 2012

É certo que a lei. 9.613/98 trouxe avanços importantíssimos no que tange ao combate a lavagem de dinheiro, porém não se pode negar as falhas que a acompanharam. Nesse contexto, surge a Lei. 12.683 de 2012, que visa dar mais eficácia ao combate dos crimes de lavagem de dinheiro. Através da nova lei, o Brasil

passou a integrar o rol dos países que adotam a legislação de terceira geração (SOARES, 2016).

Como salientado anteriormente, o artigo 1°, da Lei. 9.613/98, trazia em seu bojo um rol de crimes antecedentes, de modo que o crime de lavagem de dinheiro estava diretamente vinculado a esses crimes, tornando-o um crime assessório (PIZZINI, 2014).

Com isso, a nova redação do artigo 1° da lei antilavagem assim dispõe: "Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal". nota-se que no novo dispositivo, não estão mais presentes as hipóteses de infração penal antecedente, tratando o legislador de substituí-las apenas pelo termo "infração penal", que agora abarca também as contravenções penais, o que na lei anterior era vedado (BRASIL, 2012; PIZZINI, 2014).

Portanto, há uma problemática nessa alteração, pois agora o dispositivo também alcança as contravenções penais, condutas consideradas de menor potencial ofensivo. Nesse ponto, temos o jogo do bicho como principal alvo de alcance da lei antilavagem na esfera das contravenções penais, por ser um negócio bastante lucrativo, porquanto sua pena em abstrato gira em torno de 3 meses a 1 ano de prisão simples, enquanto a lavagem de dinheiro gira em torno de 3 a 10 anos de reclusão e multa. Desse modo, é flagrante a disparidade que há entre as condutas, pelo fato de a lavagem de dinheiro se tratar de um crime acessório (SOARES, 2016).

Porém alguns autores defendem a independência do crime de lavagem de capitais com relação a infração antecedente, porquanto os bens jurídicos tutelados pelas infrações antecedentes podem ser diversos, logo, independe a natureza da infração antecedente, pois a conduta central é ocultar e dissimular valores e bens obtidos ilicitamente, desse modo, um contraventor envolvido com jogo do bicho pode ocultar e dissimular valores e bens, à mesma quantidade, ou até mais, que um traficante de drogas (SOARES).

Nesse escopo, Gabriel Castro Soares (2016, p. 26) afirma faltar razoabilidade comparar o dinheiro ilícito obtido através dos jogos de azar com o obtido através do tráfico de armas, pois trata-se de infrações com consequências completamente diferentes na sociedade. Ainda assevera: "Mesmo que ambos respondam por lavagem de dinheiro, deveria haver redução de pena para as contravenções".

Nesse contexto, Daniela Pascoal (2014) assevera que essa desproporcionalidade entre infração penal antecedente e lavagem de dinheiro, pode vulgarizar o crime de lavagem, uma vez que o mero exaurimento do delito antecedente, poderá haver o enquadramento errôneo do crime de lavagem de dinheiro, porquanto também a discrepância nas penas torna a persecução criminal incoerente.

Portanto, é de fundamental importância a diferenciação entre o exaurimento do delito antecedente, seja qual for, e a ocorrência da pratica de lavagem de dinheiro, pois trata-se de dois momentos distintos. Desse modo, o agente ao praticar um crime de cunho patrimonial, seu objetivo é auferir vantagem econômica, de forma que é a maneira como o individuo dispõe desse patrimônio, como dissimula-lo, por exemplo, é que caracterizaria um novo delito (PIZZINI, 2014).

Pode-se verificar essa distinção em um caso bastante deliberado, que é o caso da ação penal 470, onde diversos parlamentares auferiram vantagens decorrentes de esquemas de corrupção, porem não foi a obtenção da vantagem em si que caracterizou a lavagem de dinheiro, e sim a maneira com esses parlamentares dispunham desses bens, com as finalidades descritas no artigo 1º da nova lei, quais sejam, "dissimular" e "ocultar" (PIZZINI, 2014).

Nesse sentido, por ser um delito autônomo, ressalta-se que para a caracterização da lavagem de dinheiro, não há necessidade de condenação pela infração penal anterior, desse modo, havendo indícios suficientes da infração antecedente, já está autorizada a instauração de ação penal por lavagem de dinheiro, também poderá se configurar a ocorrência do delito, ainda que o agente esteja isento de pena ou extinta a punibilidade pela infração anterior (PIZZINI, 2014).

Uma mudança importante foi à revogação do artigo 3º da lei anterior que elencava sobre a insuscetibilidade de fiança e liberdade provisória, pois tal dispositivo foi reputado inconstitucional pela jurisprudência do STF (GOULART, 2012).

A nova lei também trouxe uma extensão ao rol de obrigados a prestar esclarecimentos ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, devido ao fato de a lavagem de dinheiro ser um crime de difícil rastreamento, optou-se por ampliar as fontes de informação, afim de dar maior efetividade na persecução criminal dos agentes. Tal ampliação pode ser considerada exagerada, pois poderia comprometer até mesmo agentes protegidos por sigilo profissional, como os advogados por exemplo (SOARES).

Outro apontamento pertinente a se fazer quanto as novidades trazidas pela nova lei, refere-se a presunção de inocência. a Lei acrescentou em seu bojo, o capítulo X, que trata sobre o afastamento do servidor público em razão de seu indiciamento. A presente matéria, está disciplinada no artigo 17-D da Lei. 12.683 de 2012, que elenca a seguinte redação. “Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno” (BRASIL, 2012; GOULART, 2012).

A primeira questão a ser levantada é com relação a esse afastamento compulsório em caso de indiciamento, porém cabe ressaltar que o indiciamento ocorre quando existem indícios (como o próprio nome já sugere) de autoria e materialidade, no entanto os indícios no processo penal como um todo, não configuram que o agente é culpado, podendo este ao final do processo ser considerado inocente (GOULART, 2012).

Ocorre que na leitura do presente dispositivo, pode-se inferir que no caso de haver indícios, o servidor ao invés de poder ser afastado, este será afastado, como regra. Portanto, considerando que a culpabilidade do agente não é a regra, é cediço que este deva ser considerado inocente, até que provas contundentes demonstrem o

contrário. De acordo com este raciocínio, estaria se garantindo o principio da presunção de inocência, como principio fundamental do direito penal e garantia processual penal, privilegiando a liberdade pessoal e que ninguém será considerado culpado antes do transito em julgado, conforme preceitua a constituição federal. (GOULART, 2012).

É necessário se ater que uma medida cautelar restritiva de direitos é medida excepcional em nosso ordenamento jurídico e a concessão de tal medida deve ser bem fundamentada pelo juiz. Ocorre que o indiciamento é ato da esfera policial, não havendo qualquer controle judicial nessa questão, sendo questionado o fato de uma autoridade não investida na jurisdição, ter tamanhos poderes a determinar medidas cautelares que possam ser prejudiciais aos direitos fundamentais (GOULART, 2012).

Portanto, tal dispositivo no entender de Henrique Gouveia de Melo Goulart (2012), afronta diretamente a constituição federal, quanto a presunção de inocência e o devido processo legal. O autor salienta também que nesses casos, para se afastar o servidor de seu cargo, basta o mero indiciamento, porém, para retorná-lo ao cargo, há necessidade de decisão judicial fundamentado, o que em seu entender é de tamanha incoerência, pois como pode uma medida restritiva de direitos ser proferida por um órgão não jurisdicional (policia), e para devolver esses direitos, ser necessária uma decisão judicial bem fundamentada?

Sendo assim, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não veda a aplicação de medidas cautelares restritivas de direito, porém é importante salientar que tais medidas são de caráter excepcional, e o mais importante, só poderá ser deferida por autoridade judicial plenamente competente, mediante decisão inteiramente fundamentada, de forma a se observar a garantia da ordem constitucional. (GOULART, 2012)

2.3 Definição e características do delito

O crime de lavagem de capitais tem como elemento subjetivo o "dolo", podendo-se aplicar o dolo direito ou até mesmo o eventual, não se admitindo punições a titulo culposo, seja por imprudência, negligencia ou imperícia, podendo nos termos do artigo 14, II, do Código Penal admitir tentativa.

O Conselho de Controle de atividades Financeiras – COAF é um órgão ligado ao Ministério da Fazenda, sendo sua principal atividade promover esforços por meio de diversos órgãos governamentais brasileiros com o fim de prevenir os crimes de lavagem de capitais, evitando a utilização de setores da economia para esses fins. Na definição que o COAF (2015) nos apresenta: "a lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos".

Mendroni (2014, p. 21), conceitua a lavagem de dinheiro "como o método pelo qual um individuó ou uma organizaçaõ criminosa processa os ganhos financeiros obtidos com atividades ilegais, buscando trazer a sua aparência para obtidos licitamente".

De acordo com o COAF (2015), estima-se que cerca de US$ 500 bilhões circulam na economia mundial como "dinheiro sujo, esse valor corresponde a cerca de 2% do PIB mundial. Trata-se se um crime de caráter transnacional, gerando ameaças a nível global, desse modo organizações internacionais têm feito diversos esforços para combater a lavagem de dinheiro pelo mundo.

Para que o crime de lavagem de capitais ocorra com êxito, há diversas técnicas e condutas que os "lavadores" utilizam. A respeito das condutas pertinentes a este tipo penal, temos nas palavras de Bruno Titz de Rezende que:

> O encobrimento dos bens ilicitoś no crime de lavagem de dinheiro tanto pode ser cometido por meio de uma sequência de condutas quanto por apenas uma única conduta. A diferença reside no fato de que a última forma de agir propicia

> um menor distanciamento da origem ilicitá dos bens e, consequentemente, uma ocultaçaõ ou dissimulaçaõ “mais rasa”, sendo a conduta ilegal mais facilmente descoberta pelo Estado; ou seja, quanto maior o número de condutas, afastando o bem de sua origem criminosa, mais robusta seráa aparência de legalidade conferida.

A essa sequência de condutas, dar-se o nome de fracionamento, que na definição de Callegari (2014) é quando o indivíduo divide uma quantidade grande de dinheiro em cédulas menores afim de evitar a comunicação a respeito da operação. Como no Brasil não há punição para este tipo de conduta, torna-se bastante eficaz a aplicação desta técnica.

A palavra “lavagem” no Brasil, tem o significado de purificação, expurgo, daí se tem a noção de que lavagem de dinheiro significa mascarar a origem ilícita de certos bens, fazendo com que sua origem pareça licita. (CALLEGARI, 2014).

Lima (2014), explica que se trata de um crime doloso, que tem como objetivo a incorporação de capitais no mercado financeiro, angariados de atividades criminosas, com objetivo de dar a esses bens status de licitude.

Na definição de Diez Ripolles (1994 apud CALLEGARI, 2014, p. 7) temos que a lavagem de dinheiro se consiste em:

> Procedimentos pelos quais se aspira a introduzir no tráfico econômico-financeiro legal os grandiosos beneficioś obtidos a partir da realizaçaõ de determinadas atividades delitivas especialmente lucrativas, possibilitando assim um desfrute daqueles juridicamente inquestionáveis.

A primeira lei que tipificou os crimes de lavagem no Brasil foi a Lei 9.613/1998, lei essa que trazia em seu bojo uma série de crimes antecedentes que caberiam a aplicação da lavagem de capitais, sofrendo alterações com a chegada da lei 12.683/2012, não mais trazendo um rol taxativo de crimes antecedentes, trazendo consigo apenas o termo “infrações penais. (LIMA, 2014).

Na lição de Bruno Titz de Rezende (2013) para a adequação do indivíduo aos crimes de lavagem de capitais, é necessário ter havido a prática de outro delito

antecedente, que dão origem a estes bens e valores que serão posteriormente ocultados de dissimulados.

Entretanto é necessário observar que não há necessidade de haver condenação pelo crime antecedente conforme a redação do artigo 2º, inciso II da lei 12.683/2012 "independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento".

2.4 Fases da lavagem de dinheiro

Para a compreensão deste crime, é necessário discorrer acerca de seu funcionamento, seu processo de consumação e o seu impacto na sociedade. A doutrina menciona três fases desse processo, sendo elas independentes e podendo ocorrer de forma conjunta, são: colocação, dissimulação e reintegração. (LIMA, 2014).

A fase de colocação, ou também chamada de ocultação, ocorre quando os criminosos pretendem desaparecer com enormes quantidades de dinheiro obtidas de suas atividades ilícitas, colocando dinheiro em paraísos fiscais por exemplo. Nas palavras de Callegari (2014, p. 12) "durante a colocaçaõ os delinqüentes estaõ mais vulneráveis, eis que as autoridades estaõ focadas nesse movimento financeiro inicial, quando muito dinheiro é convertido, facilitando a descoberta".

Um dos meios mais tradicionais desses criminosos agirem é atreves de instituições financeiras, sendo bastante comum o uso de paraísos fiscais para esses fins como mencionado acima. Os bancos, empresas de credito, são bastante fiscalizados por conta disto, desse modo, para prevenir ações de possíveis lavadores, adotam medidas que possam coibir este tipo de pratica. (CALLEGARI, 2014).

Aqui entramos na fase da dissimulação. Nessa fase temos o mascaramento do bem, ou seja, aqui o objetivo é fazer o bem perder qualquer característica de ilicitude, nessa fase o bem passa a ter aparência de licito. De acordo com Lima

(2014, p. 25) isso ocorre principalmente “mediante intensa movimentação do dinheiro sujo aplicado em instituições financeiras, transferência de ativos para contas anônimas, de transações comerciais, ou através de transferências de valores para empresas situadas em paraísos fiscais ou contas fantasmas”.

Outras características importantes mencionar, é a possibilidade de fazer investimentos dentro da própria instituição financeira, transferência de fundos eletrônicos, pode-se usar a técnica do fracionamento realizando transferências para diversas instituições financeiras e etc. (CALLEGARI, 2014).

A reintegração já é a fase em que o dinheiro é realocado na economia sem qualquer ligação com a atividade criminosa antecedente. É aqui onde o lavador consegue oferecer justificativas plausíveis sobre a origem de seus bens, podendo se utilizar de quaisquer métodos para isso. Tendo o lavador êxito nessas três fases, a possibilidade do agente vir a ser descoberto diminui drasticamente, sendo que é na fase da ocultação que o risco se apresenta bastante elevado. Callegari (2014) observa que essas três fases não necessariamente ocorrem em uma ordem cronológica especifica, podendo ocorrer de forma concomitante.

Cabe lembrar aqui que os métodos utilizados no processo de lavagem não são ilegais em si, apenas a sua finalidade (a de ocultar os valores obtidos através de atividades ilícitas) é que se tornam ilegais. São vários os meios utilizados pelos criminosos para lavarem dinheiro, dentre eles podemos mencionar: instituições financeiras, joalherias, lojas e etc. (CALLEGARI, 2014).

Dentre as diversas formas, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras COAF (2015) cita as que mais se destacam, dentre elas estão: Instituições financeiras – um dos setores mais utilizados para o branqueamento de bens, devido ao alto fluxo de operações, as novas tecnologias e a globalização. Nesse contexto o dinheiro “sujo” é facilmente misturado ao grande capital que gira diariamente através de um vasto circuito de transações complexas (COAF, 2015).

Paraísos fiscais e centros “offshore” – por causa do elevado sigilo encontrado nesses locais, os criminosos encontram bastante facilidade em introduzir dinheiro “sujo” nesse meio sem levantar maiores suspeitas (COAF, 2015).

Bolsas de valores – a bolsa facilita compra e venda de ações, muito propicio para quem deseja ocultar a origem de seus bens, pois é permitido realizar negócios de natureza internacional, as transações podem ser realizadas rapidamente, a maioria das transações são realizadas por um corretor, dentre outras (COAF, 2015).

Companhias seguradoras – é bastante vulnerável pois os segurados através de comunicação falsa de sinistro podem lavar dinheiro, acionistas podem realizar investimentos que viabilizem lavagem de capitais, e etc (COAF, 2015).

Jogos e sorteios – uma das formas quando o criminoso paga ao ganhador um valor mais alto que o premio para se obter o bilhete, ainda que nesse processo o criminoso perca um pouco de seu capital (COAF, 2015).

Nesse contexto, pode-se concluir que a lavagem de dinheiro é um delido que exige bastante técnica em sua consumação, e que apesar de a nova lei excluir o rol taxativo de crimes antecedentes, dando margem para que qualquer crime venha a dar causa a lavagem de dinheiro, ainda existe bastante obstáculo em na apuração do crime e persecução penal dos agentes delitivos, de modo que o desafio no combate a lavagem de dinheiro, ainda é bastante complexo.

3 ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO TIPO PENAL DE LAVAGEM DE DINHEIRO

3.1 Bens jurídicos tutelados

Na definição de Prado apud Rezende (2013, p. 54) bem jurídico significa:

> [...] um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, juridicó penalmente protegido”

Sabe-se que a função do Direito penal como conhecemos, é a de proteger bens jurídicos relevantes, sendo assim as principais funções do bem jurídico são: garantia de limitação do poder estatal, apenas podendo ser tipificadas condutas que coloquem em perigo ou lesionem bens jurídicos caros a sociedade; o alcance da norma penal, sua função teleológica de interpretação e sentido, serão restritos a finalidade da proteção dos bens jurídicos; função de individualizar a pena do indivíduo, na medida de sua culpabilidade e grau

de lesão ao bem jurídico. Sendo assim, para Bruno Titz (2013, p. 55.) "O bem juridicó é elemento da estrutura de todo e qualquer tipo penal", tendo como base o fundamento do direito penal de proteger tais bens.

Dito isso, cabe uma análise para se verificar qual ou quais bens jurídicos tutelados pela lei de lavagem de dinheiro. Lima (2014) diz que a maior parte da doutrina brasileira retrata o crime de lavagem de capitais como um crime que atinge a vários bens jurídicos, dentre eles, a administração da justiça, a ordem econômica, o sistema financeiro e também existe a tese de que o bem jurídico protegido pela lei de lavagem é o mesmo da infração antecedente.

Bruno Titz (2013) diz que essa última tese é descabida, pelo fato de que o crime de lavagem de dinheiro é autônomo, portanto não constitui uma continuidade da infração antecedente. Também sustenta que quando o agente dá início a execução do crime de lavagem, os bens jurídicos da infração anterior já foram feridos.

Já Carla Veríssimo de Carli (2012) citada por Cezar de Lima (2016) defende que o bem jurídico tutelado pela lei de lavagem é a ordem sócio-econômica, em razão do impacto na economia do estado, podendo causar até seu descontrole, pois em seu dizer, o mercado paralelo disponibiliza bens a preços inferiores aos do mercado regular. Outro ponto que se destaca são os riscos a integridade e o prestigio das instituições financeiras, em razão de uma gama de valores oriundos de ilícitos penais chegarem a essas instituições, que logo em seguida desaparecem no mercado. A lavagem de dinheiro também possibilita a sonegação fiscal, uma vez que o valor oriundo dos delitos, não são declarados, fazendo com que o estado diminua a

arrecadação, ocasionando problemas econômicos. Por fim, a autora salienta que a movimentação da máquina estatal para o combate dos crimes de lavagem de dinheiro, acabam gerando custos implícitos a isso, o que de certa forma, mesmo que de forma indireta, afeta o sistema econômico.

Por outro lado, poderia ser adotada a tese da ofensividade da administração da justiça pelo fato de que a pratica do presente delito, acarretaria na dificuldade de recuperação dos objetos do crime antecedente (LIMA, 2014).

Da mesma forma Bruno Titz (2013) considera que a ordem socioeconômica não pode ser considerada como bem jurídico protegido pelo crime em questão, sendo o argumento que sustenta essa tese nos traz que a lavagem de dinheiro seria um crime que coloca em risco a livre concorrência, pois em tese a empresa que trabalha com dinheiro sujo, estaria em uma posição mais privilegiada em detrimento daquelas que não, fazendo com que desse modo a empresa lavadora de capitais obtenha lucros enormes, além da facilidade de sonegação fiscal, e de colocar em risco a credibilidade das instituições financeiras.

Outra dificuldade de se incluir a ordem socioeconômica como bem jurídico tutelado, é devido ao seu conceito bastante aberto, tornando inexeqüíveis a próprias incumbências do bem jurídico. Porém não se tem evidencias de que a utilização de dinheiro sujo sirva como entrave a livre concorrência, visto que a Lei n. 12.529/2011 já dispõe sobre as práticas lesivas a livre concorrência. Outra questão a ser posta em relação a ordem socioeconômica se trata da aferição do valor introduzido no sistema financeiro capaz de produzir a lesão ao bem jurídicos, o que gera muitas dúvidas a esse respeito. Ademais, quanto a lesão a credibilidade das instituições financeiras temos que:

> A perda da credibilidade poderia, no máximo, ocorrer sobre determinada instituiçaõ financeira, que estivesse diretamente envolvida no cometimento do crime, naõ contaminando o sistema financeiro como um todo (esse, ao contrário, após a puniçaõ dos agentes criminosos de instituições financeiras, tanto em sede criminal como na esfera administrativa, acabaria por sair com sua imagem e credibilidade fortalecidas, fazendo

> crer naõ existir espaço para desvios de comportamentos aos integrantes do Sistema Financeiro Nacional) (REZENDE, 2013, p. 59).

Dessa forma, o sistema financeiro é usado apenas como meio pra que se possa concretizar a lavagem de dinheiro, não sendo a instituição a prejudicada em si, mas sim toda a sociedade.

Por fim, Cezar de Lima (2016) salienta que o assunto ainda está longe de ser um consenso, principalmente pelos doutrinadores, porém afirma que há uma tendência na doutrina de considerar que o bem jurídico a ser tutelado é a ordem econômica. Desse modo, é importante a presente discussão, pois é necessário que haja uma definição precisa quanto ao bem jurídico em comento, pois somente assim é que se pode delimitar a extensão que tais delitos podem tomar.

3.2 Elementos subjetivos (dolo e culpa)

O principio da culpabilidade, é um principio norteador do direito penal na qual define que só há crime se houver culpabilidade. O direito penal antigo, qualificava-se pela responsabilidade objetiva, ou seja, a simples produção do resultado caracterizava o crime independentemente das intenções do agente quanto aquele resultado. Diante da evolução do direito penal no tempo, a responsabilidade objetiva foi praticamente erradicada do direito penal atual, pelo menos no que tange o mundo ocidental. Assim, a culpabilidade é uma característica que se atribui uma ação, para que se possa ser atribuída a alguém como sujeito da ação e que assim se possa responder de acordo com a culpa que lhe foi atribuída. Desse modo, ela não é algo que afeta somente o individuo autor da ação, sendo que a culpabilidade se relaciona com os demais membros da sociedade (BITENCOURT, 2015).

Para que se possa aplicar uma sanção penal a alguém, é requisito essencial que se verifique a culpabilidade em todos os seus aspectos e elementos subjetivos envolvidos, desde os elementos subjetivos intrínsecos a pessoa (dolo e culpa), quanto a elementos extrínsecos, como a reprovabilidade daquela conduta e a potencial lesão causada por ela. Para Lima (2014, p. 9) a culpabilidade “é a

reprovabilidade da conduta típica e antijurídica do agente", sendo que ela só existirá quando o agente for imputável penalmente, o agente ter a perspectiva de conhecimento do ilícito, assim como a exigibilidade de conduta diversa.

Bitencourt (2015), diz que a culpabilidade como fundamento da pena, é uma espécie de juízo de valor que possibilita incumbir de responsabilidade pela prática de um crime a alguém e determinar a reprimenda que ela irá sofrer. Desse modo, a imputabilidade, a capacidade de culpabilidade (que é como o autor chama o potencial conhecimento da ilicitude), e a exigibilidade de conduta diversa, constituem elemento que deverão ser imperiosamente observados para positivar ou negativar a culpabilidade do agente diante do caso concreto.

Sendo assim, ausentes quaisquer desses requisitos, não poderá ser verificada a culpabilidade do agente e consequentemente não poderá haver reprimenda. Na hipótese da exclusão do potencial conhecimento da ilicitude teremos abarcado por exemplo o erro de tipo, que será abordado mais a frente.

Com certa precisão, pode-se inferir que um dos principais aspectos que envolvem a teoria da cegueira deliberada, certamente é a de que o agente não age de maneira proposital, de maneira a desejar que o resultado do crime de lavagem se produza, equiparando-se ao dolo eventual. (FERREIRA, 2016).

Para que se possa adentrar o assunto, é necessário que se faça uma análise acerca dos elementos subjetivos dos tipos penais - culpa e dolo - adotados pela legislação penal brasileira, buscando verificar os aspectos legais que envolvem a teoria da cegueira deliberada e a aplicação do dolo eventual aos crimes de lavagem de capitais.

3.3 Do injusto culposo

3.3.1 Culpa

O crime culposo de acordo com o Código Penal Brasileiro é quando o agente por negligencia, imprudência e imperícia, comete uma das condutas previstas neste código, porém somente se estiver expresso.

Bitencourt (2015) afirma que a culpa é quando existe um dever de cuidado objetivo, e o agente em descumprimento a este dever, produz um resultado indesejado e que poderia ter sido evitado pelo agente em caso de observar os cuidados necessários. Diferentemente do crime doloso, que se pune a ação direcionada a atingir um fim especifico, se pune aqui uma conduta mau observada, ou seja, a intenção do agente era produzir um resultado x, não necessariamente ilícito, mas por alguma inobservância em suas ações acaba produzindo um resultado y, sendo este resultado um fato criminoso.

Assim para Eugênio Pacelli (2017, p. 277) tem-se que o ato criminoso culposo possui elementos como:

> Conduta humana, voluntária, de fazer ou não fazer, inobservância do cuidado objetivo, manifestada por meio da imprudência, negligência ou imperícia, previsibilidade objetiva do resultado, ausência de previsão pelo agente, resultado involuntário, nexo de causalidade e tipicidade.

É necessário se atentar que o crime culposo somente se configura se estiver presente três elementos, a saber, negligência, imprudência e imperícia. Sendo assim, qualquer conduta a qual o agente não tenha condições de prever ou previnir o resultado, não é considerada culposa para fins penais.

Em vista disso, apenas há o dever de se evitar o evento danoso, se houver a possibilidade de reconhecimento do evento. Entretanto, essa possibilidade não decorre de uma condição especial do agente, havendo um dever objetivo de cuidado por parte daquele individuo deve reconhecer o perigo, tomando as devidas cautelas afim de evitá-lo. (REALE JUNIOR, 2012)

Para se consumar o delito culposo é necessário que haja um nexo causal. Nesse caso, o agente não deseja e nem assume o risco de produzir o resultado, mesmo assim o resultado ocorre. É interessante salientar que este dever de cuidado objetivo caso não seja observado, não configura por si só um delito, é intrínseco a esta modalidade de delito que haja o resultado efetivamente. Por outro lado, é necessário que o resultado seja fruto da negligencia, imprudência ou imperícia, a qual o agente tinha o dever legal de observância. Como dito anteriormente, qualquer outra conduta a qual o agente não tinha condições de se atentar, não poderá ser responsabilizado por tal resultado. (BITENCOURT, 2015).

Para ilustrar melhor essa situação, Eugênio Pacelli (2017) nos traz uma situação em que dois motoristas em alta velocidade correndo paralelamente em uma via, ambos atravessam o sinal vermelho, porém somente um carro atropela acidentalmente um transeunte causando seu óbito. Nessa situação podemos observar o seguinte: os dois motoristas tinham o dever de parar diante do sinal vermelho, sendo assim, era dever de ambos ter cautela nessa situação, necessário salientar que na hipótese em questão não se trata de racha, que já é uma conduta delitiva autônoma previsto no Código de Transito Brasileiro. No caso em questão, apenas um motorista atropelou e matou alguém, porém somente o que causou o acidente responde pela conduta culposa, sendo esta mais socialmente reprovável do que aquela.

3.3.2 Culpa consciente

Há de se dizer que a culpa consciente se caracteriza quando o agente conhecendo determinado perigo, toma para si como possível a produção de um resultado lesivo, deixando de ser diligente quanto a prevenção daquele perigo, porém acredita fielmente que tal resultado não ira se produzir. Nesse caso não podemos afirmar que o agente assume o risco de produzir um resultado danoso, pois o agente não ficaria indiferente diante do resultado. É necessário se ater para alguns detalhes, pois o simples fato da previsão não caracteriza a culpa consciente, tão somente a

culpa. Podemos inferir que na culpa consciente essa previsibilidade é bem maior, sendo que a probabilidade de se produzir um resultado lesivo se torna maiores em relação a simples culpa. (BITENCOURT, 2015).

3.4 Do injusto doloso

3.4.1 Dolo

A esse respeito, há duas questões fundamentais a serem estudadas, quais sejam, sua natureza e seus elementos. Quanto a natureza do dolo Paulo César Busato (2017, p. 379) dispõe que: "[...] a dicotomia existe entre o reconhecimento de um dolo ontológico, enquanto categoria existente e descritível, ou um dolo normativo, concebido como atribuição". No que tange aos elementos, a doutrina se debruça no sentido de considerar o conhecimento da ilicitude e a vontade, ou se é necessário considerar somente o discernimento.

O artigo 18, I do Código Penal Brasileiro em sua definição acerca do dolo, tem-se que o crime é "doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo". Desse modo a doutrina apresenta várias teorias acerca do dolo, dentre suas espécies destacam-se duas para os fins buscados no desenvolvimento deste trabalho, o dolo direto e o dolo eventual.

3.4.2 Dolo direto

Caracteriza-se o dolo como a vontade livre e consciente de cometer ato ilícito penal, tendo o agente, consciência de que tal conduta trata-se de um delito. Para Guilherme Nucci (2016, p. 370), o dolo direto trata-se de:

> Vontade consciente do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto. Exemplo: o agente quer subtrair bens da vítima, valendo-se de grave ameaça. Dirigindo-se ao ofendido, aponta-lhe um revólver, anuncia o assalto e carrega consigo os bens encontrados em seu poder. A vontade se encaixa com perfeição ao resultado.

No dolo direto o agente deseja o resultado a ser atingido, sendo seu principal objetivo realizar um fato típico. Seu objeto é caracterizado pelo fim a que se propôs, meios pelos quais realizará sua conduta e as conseqüências tidas como imprescindíveis para concretização do ato ilícito. Sendo assim, aspectos como querer o resultado, utilizar de meios necessários para se atingir o resultado e aceitar as conseqüências advindas do resultado. (BITENCOURT, 2015).

O principal elemento envolvido aqui é o elemento volitivo, e para sua configuração Paulo César Busato (2017) diz que essa vontade deve ser realizável, uma vontade incondicionada a um fato típico, ou seja, deve ser clara de modo que a mera indecisão não caracterizaria a vontade.

3.4.3 Dolo eventual

No dolo eventual, diferentemente do dolo direto, o agente não planeja e nem deseja o resultado, mas assume o risco de produzir-lo, ou seja, o agente se torna indiferente perante o efeito de sua conduta. No contexto do dolo eventual, o agente consegue prever o resultado, contudo se mantém silente diante da situação. Percebe-se nesse contexto que o dolo do agente está na conduta e não no resultado, o que significa que o indivíduo pretende realizar determinada conduta, independentemente do que pode vir acontecer em seguida. A exemplo disso, Damásio de Jesus (2013) nos traz uma hipótese que ilustra perfeitamente essa situação, na qual o agente pretendendo atirar em uma vítima, vendo que está se encontra bem próxima a uma outra pessoa, o agente percebendo que também poderá acertar a outra pessoa, este prefere prosseguir com a ação, pois para ele o mais importante é acertar a vítima que deseja, independente se para isso seja necessário fazer outras vítimas.

Desse modo, o empenho para com a geração do resultado se estabelece por meio do desprezo das possibilidades e não através de uma vontade direcionada a produção do resultado (BUSATO, 2017).

O mesmo autor diz que em um contexto de reprovabilidade criminal que incide, embora no dolo eventual o agente age de maneira incauta, não é ultrajosa, que apesar de tecnicamente não haver diferença entre os tipos de dolo, pelo princípio da culpabilidade e da individualização das penas, há de ser feita a diferenciação das diversas classes de dolo.

Para Mendroni (2014), ao lado do dolo eventual existe o chamado dolo alternativo, que também é uma espécie de dolo indireto, ocorrendo quando o agente diante da possibilidade de dois ou mais resultados, deseja qualquer um deles, o que difere do dolo eventual, que é quando o agente não deseja nenhum resultado, mas assume o risco de produzi-lo. Também incorre em dolo eventual o indivíduo que na incerteza acerca de um ou mais elementos do tipo penal, se arrisca em materializa-lo, ou seja, quem age na dúvida se determinada conduta é criminosa ou não, estaria correndo risco de cometer a infração caso decida por realizar a conduta. Para o mesmo autor, nos crimes de lavagem de dinheiro há a possibilidade tanto da aplicação do dolo alternativo quanto do eventual, porém na maioria dos casos ocorre de forma eventual.

3.5 Dolo eventual vs. Culpa consciente

Quando falamos em dolo e culpa, estamos falando dos aspectos subjetivos que envolvem a configuração de um crime. Entende-se dolo a vontade consciente de se praticar um ilícito penal buscando realizar o objetivo pretendido, já culpa entende-se como um descuido ao dever de cuidado, produzindo um resultado danoso não pretendido, mas que poderia ser evitado. Até aqui não há problemas envolvendo esses dois institutos. A problemática surge em se tratando do dolo eventual e da culpa consciente, pois envolvem aspectos extremamente subjetivos, pois em nenhuma dessas hipóteses o agente deseja ou busca o resultado.

Em um plano estritamente teórico, a distinção entre essas duas espécies pode parecer evidente: quem conhece e deseja a realização dos elementos objetivos do

tipo penal, age com dolo, já aquele que age realizando uma conduta típica, porém com a ausência do elemento volitivo, age com culpa (VARGAS, 2009).

Porém saber precisar quando um indivíduo incorreu em dolo eventual ou culpa consciente tem sido um dos maiores desafios para o direito penal, principalmente porque as conseqüências são consideravelmente distintas para cada uma delas (BARROS, 2017).

Cabe ressaltar que tanto na culpa consciente quanto no dolo eventual, a previsibilidade do agente quanto a ocorrência do fato é subjetiva, sendo que nas duas situações, os agentes não querem diretamente o resultado. O que difere é que no dolo eventual o indivíduo aceita o resultado, não tendo se importado de produzi-lo, e na culpa consciente o indivíduo não aceita o resultado, pois este estava na esperança de não produzi-lo, apesar de saber da possibilidade (BARROS, 2017).

É precisamente essa distinção entre dolo eventual e culpa consciente que deve ser averiguada para a possibilidade de responsabilização criminal de agentes, quando estes atuem nos moldes da doutrina da cegueira deliberada. Desse modo, assim como a linha divisória entre o dolo eventual e a culpa consciente é bastante tênue, ocorrerá também entre a cegueira deliberada e a negligencia, não devendo equivocar-se nos dois, pois na ignorância deliberada há efetivamente um conhecimento, vontade e assunção de risco, enquanto na negligencia o indivíduo ignora o risco, devido a uma inobservância de um dever de cuidado exigível (SARAIVA, 2016).

3.6 Teoria da cegueira deliberada e a incidência do erro de tipo e proibição

A cerca desse assunto, o artigo 20 do Código Penal Brasileiro trata sobre o erro em relação ao elemento constitutivo do tipo, significando que o agente tem uma falsa percepção da realidade do dos elementos que envolvem o crime, de forma que recaindo sobre elemento essencial do tipo, exclui o dolo. Entretanto verifica-se nesse caso, que caso haja previsão de culpa, esta não será remida (BITENCOURT, 2015).

Para aprofundar esse estudo, é necessário se ater as circunstancias que fazem com que um ato seja considerado criminoso, sendo assim, para que uma conduta seja considerada criminosa, deverá atender três requisitos na teoria do crime: o fato deve ser típico, antijurídico e culpável. Na ausência de quaisquer desses requisitos, o fato não poderá ser considerado crime. Existem diversos fatores que podem incidir em uma dessas elementares que visem sua exclusão, de forma a eliminar a responsabilidade do agente, sendo um deles, o erro sobre o elemento constitutivo do tipo penal (ABREU, 2012).

Diante da redação do artigo 20 do Código Penal, pressupõe-se que o conhecimento do elemento constitutivo do tipo é imprescindível para que se possa haver a existência do dolo. Ocorre que ao interpretarmos o artigo que trata sobre o erro de tipo, verifica-se que não

há respaldo jurídico que comprometa a aplicação do erro de tipo em relação a teoria da cegueira deliberada. Desse modo, mesmo que o erro tenha sido provocado pelo próprio agente, ainda sim o judiciário não poderia afastar a incidência do artigo 20, por falta de previsão legal para tanto (FERREIRA, 2016).

De outro modo tem-se a possibilidade de aplicação do artigo 21 do Código Penal, que diz que: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”. O erro de proibição incide diretamente sobre ilícito, o que em tese não afasta o dolo da conduta, nesse sentido o agente realiza uma conduta consciente, porem acredita que tal conduta esta alinhada com o ordenamento jurídico. É importante frisar que o erro de proibição não trata somente do desconhecimento da lei em si, mas de uma ralação estabelecida entre a lei e o fato concreto (BUSATO, 2017).

Nesse sentido, a sua aplicação não excluiria tipicidade da conduta, mas somente sua culpabilidade, sendo que sem este elemento, o agente não poderá ser penalizado. O erro pode incidir em relação a existência de uma norma proibitiva ou até mesmo da validade daquela norma (BUSATO, 2017).

Trazendo para o âmbito da teoria da cegueira deliberada, é razoável que o agente incorra neste tipo de erro de modo que sua percepção sobre a licitude da operação pode ser duvidosa. Em uma situação hipotética por exemplo, em que um determinado contrato de compra e venda de um imóvel, o comprador resolve pagar a vista com uma maleta cheia de dinheiro, por mais que o vendedor desconfie de que aqueles valores são provenientes de crime, e ainda que o comprador tenha fama na praça de ser um lavador de dinheiro, o vendedor acredita ser licito receber aqueles valores, primeiramente por não haver nenhuma lei expressa que o proíba de receber o pagamento a vista e em dinheiro, em segundo que por achar que a vida privada do cliente não lhe diz respeito, estaria a pensar que não há ilicitude em sua transação, ou seja, em sua conjectura, o que o cliente faz ou deixa de fazer ou como se deu a origem de suas finanças, diz respeito somente ao cliente.

Nota-se que nesse exemplo não trata-se de mero desconhecimento da lei, pois praticamente qualquer cidadão nos dias de hoje sabe da existência do crime de lavagem de dinheiro, a situação de ignorância do vendedor se deu com sua conduta, que podem ser diversas, em face da lei. Nesse sentido Paulo César Busato (2017, p. 616) afirma que:

> A irrelevância do desconhecimento da lei não deve ser entendida como a preservação de culpabilidade quando o sujeito não conhece a lei, mas sim como um aspecto irrelevante da consideração jurídica. É que o conhecimento que o agente tenha ou não da lei é mesmo completamente irrelevante, porque o que se atribui a ele e o que se quer saber, não é se ele conhece ou não a lei. O que se atribui a ele é o conhecimento ou não da relação da lei com a sua conduta, ou seja, da ilicitude de sua conduta.

Visto isso, nota-se que tais problemáticas acerca do dolo, da culpa, erros de tipo e etc, servem como barreiras a aplicação da cegueira deliberada, de forma que esses conceitos se tornaram bastante engessados no nosso ordenamento jurídico, diferente do modelo alemão, que não possui uma definição exata de dolo (FERREIRA, 2016).

4 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

4.1 Contexto histórico

A teoria da cegueira deliberada tem sua origem na Inglaterra no século XIX, sendo mais tarde ratificada pela corte americana, surgiu como forma de viabilizar a punição nos casos de crimes como tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. Essa teoria tem como base a responsabilização penal de indivíduos que de forma intencional se colocam em estado de ignorância, quanto a origem de certos valores e bens. (LIMA, 2014).

Nas palavras de Luiza Farias Martins (2014, p. 137): "[...] a doutrina funda-se na responsabilização do agente, que podendo aprofundar seu conhecimento sobre determinados fatos, prefere manter-se "cego" – daí a nomenclatura – diante daquilo que pode prejudicá-lo". Desse modo o individuo para poder se escusar do conhecimento de um ilícito, de maneira deliberada permite que determinadas ações passem despercebidas.

De acordo com Ingrid Belian Saraiva (2016) essa teoria surgiu com a pretensão de punir agentes que deixavam de tomar providencias quanto a suspeita de cometimento de ilícitos penais, deixando de conhecer de forma intencional, ou até conhecendo, ignorando o fato, de forma a se esquivar da situação concreta ali presente. Deste modo a mera possibilidade de o agente descobrir o ilícito penal, mesmo que no momento não o conheça, ou pelo menos desconfie, seria elementos suficientes para ser aplicada a cegueira deliberada.

Para essa teoria se da o nome também de "instrução do avestruz", fazendo alusão a ave que esconde a cabeça debaixo da terra como forma de não enxergar os perigos em volta. Na "common Law" da inglaterra temos caso Regina vs Sleep julgado em 1861 que ganhou bastante repercussão, tornando se o primeiro precedente que deu origem a esta teoria. Trata-se de um caso em que o réu de forma ilícita, transportava produtos navais grifados com o selo do governo, sendo razoável ter percebido que o produto era de propriedade do estado, ainda que desconhecesse

tal fato, vindo a ser condenado em primeira instancia por desvio de bens públicos. (SARAIVA, 2016).

Já em grau recursal, Sleep alegou desconhecimento de que os produtos eram de propriedade do governo, desse modo o juiz entendeu que a decisão do júri que o condenou deveria ser revogada por não haver provas de que Sleep de fato detinha o conhecimento de

que os bens eram de propriedade do governo, também não houve elementos que indicariam que deliberadamente se abstivera de conhecer tal fato. (FERREIRA, 2016).

Daí em diante, surgiram vários julgados neste sentido, de forma que até o final do século XIX essa doutrina já estava arraigada no direito inglês a viabilidade de equiparar a cegueira deliberada com o conhecimento pleno do ilícito penal, chagando mais tarde aos Estados unidos onde veio a se desenvolver e incorporar este instituto. (MARTINS, 2014).

Já nos Estados Unidos, essa teoria passou a ser discutida em razão da falta de previsão do dolo eventual no direito americano, sendo difundida para diversos países, incluindo o Brasil, quem embora haja previsão legal do dolo eventual, não há essa previsão expressa para os crimes de lavagem de dinheiro. (LIMA, 2014).

Pela primeira vez os estados unidos adotam essa teoria em seu direito no caso Spurr vs. United States, em que o presidente do Commercial National Bank of Nashville, tinha sido condenado por ter atestado cheques sem fundo de um cliente, sendo que sua condenação estava sendo revista nesse caso, pois a lei vigente dizia que a conduta seria penalmente aplicável somente se a violação das condições que regulavam a emissão deste título fosse intencional.

Em julgamento de recurso perante o Tribunal Supremo foi questionado se o júri que o havia condenado tinha sido bem orientado, pois o magistrado omitiu ao júri que o caso exigiria que o agente tivesse pela consciência e intenção de certificar

o cheque sem fundo. O Tribunal Supremo então acatou o recurso de Spurr pelo fato de o júri não ter sido instruído acerca dessas questões. (FERREIRA, 2016).

Em seguida, vários países adotaram a teoria da cegueira deliberada, equiparando esta matéria ao dolo eventual, que em análise, o individuo se comporta de modo a ignorar ou a não se importar com a ocorrência de um ilícito penal, devendo se adotar a teoria de que o grau de culpabilidade daquele que tem conhecimento do fato não é inferior ao agente que deliberadamente decidiu ignorá-lo. Deste modo pune-se tanto o agente conhecedor, quanto o agente que devendo conhecer o fato, opta por se omitir. (MARTINS, 2014)

Milka Patricia Vinhal de Lima (2014) nos traz um exemplo clássico acerca da cegueira deliberada, em que um traficante de drogas oferece a uma pessoa uma quantia em dinheiro, para transportar um pacote lacrado em um mencionado endereço, sendo que o referido pacote contém drogas em seu interior. Nesse caso o traficante não revela o conteúdo do pacote e o transportador, mesmo suspeitando do que se trata, prefere se manter silente, o que futuramente poderia ser alegado em sua defesa que desconhecia seu conteúdo.

Outro exemplo que Lima (2014) nos trás é o caso United Statesvs. Campbell, que na situação em questão, Mark Lowing, traficante de drogas, teria se interessado em um imóvel, contatou a corretora imobiliária Campbell se apresentando como empresário fechou negocio com a imobiliária por 182.500,00 dólares, assim a imobiliária foi incumbida a aceitar 60.000,00 dólares em apartado, sendo a diferença desse valor celebrada no contrato. Nesse contexto Campbell foi condenada por lavagem de capitais, tendo demonstrado em depoimento que desconfiava da origem daquele dinheiro, ou seja, mesmo não tendo a intenção direta de participar do ato delitivo, fechou os olhos para algo que era evidente que estava ocorrendo.

4.2 Requisitos de sua aplicação

A teoria da cegueira deliberada ainda é uma doutrina que merece um aprofundamento em seu estudo, sendo que no Brasil essa teoria é bastante nebulosa,

por isso é necessário que se valha de requisitos bem delineados, de forma a evitar potenciais injustiças (SOARES, 2016).

Em primeiro lugar, deve se observar uma suspeita justificada do agente com relação a sua conduta. Ocorre que nesse contexto o agente não possui um claro conhecimento acerca do fato, pois este voluntariamente deixa de conhecê-lo, ou seja, ele mesmo cria mecanismos que o impedem de tomar conhecimento de qualquer atividade ilícita (SOARES, 2016).

Bottini (2013) afirma ser essencial que o agente crie barreiras voluntariamente e conscientemente em tomar conhecimento da atividade ilícita, de forma a evitar qualquer vinculação com ela. Portanto, de acordo com o autor existe uma clara diferença entre um diretor de um banco que deixa de checar sua contabilidade, se valendo apenas de relatórios gerais, daquele que desativa o sistema de controle interno ou de prevenção a lavagem de dinheiro, tolhendo-se completamente de qualquer informação que indique atividades financeiras suspeitas.

Há também um outro requisito, em que o agente deve compreender que sua atuação propiciará a prática de infrações penais. Nesse sentido, se o agente não quer tomar conhecimento quanto à origem do bens e valores, age mediante cegueira deliberada. No entanto fica afastado o dolo eventual, caso lhe falte consciência de que sua conduta facilitaria a pratica de infrações penais (BOTTINI, 2013).

Outra condição de aplicabilidade da cegueira deliberada, é verificar se o agente possui mecanismos necessários que possibilite seu conhecimento da ilicitude. Em princípio, não se exige do indivíduo investigações aprofundadas da conduta delitiva, exigindo somente provas que realmente estivessem ao alcance do indivíduo. Desse modo a teoria da cegueira deliberada se funda na voluntariedade do agente de se manter ignorante perante uma situação delitiva (SOARES, 2016).

Ademais, é necessário que a suspeita de que em determinada ocasião onde esteja ocorrendo lavagem de capitais recaia sobre elementos concretos, pois a possibilidade de suspeita genérica, na qual não se possui nenhum parâmetro de

averiguação de que determinada atividade seja ilícita, não servem para a caracterização da cegueira deliberada, sendo assim, a suspeita deve ser razoável e ser pautada na alta probabilidade de ocorrência do ilícito (BOTTINI, 2013).

Os requisitos acima citados, servem como parâmetro de aplicação da teoria da cegueira deliberada, portanto é necessário um aprofundamento melhor da teoria, de forma a adequar ao sistema penal brasileiro, e bastante prudência ao aplicá-la.

4.3 Teoria da cegueira deliberada na jurisprudência brasileira

No Brasil houve um caso de bastante repercussão nacional, na qual veio a ser difundido a "Teoria do Avestruz", que foi o furto ao Banco Central de Fortaleza/CE. Consta no acórdão que por volta da madrugada do dia 05 de agosto de 2005 foi subtraída a quantia de 164.755.150,00 reais (cento e sessenta e quatro milhões e setecentos e cinqüenta e cinco mil e cento e cinqüenta reais). Na ocasião, a 11ª Vara Federal condenou os agentes envolvidos na empreitada, como incurso nos crimes de lavagem de dinheiro, furto qualificado, dentre outras condutas. (TRF5, 2008)

Na sequência, dois vendedores de automóveis foram condenados pelo crime de lavagem de dinheiro por terem recebido a quantia de 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais) em notas de 50 (cinqüenta) reais de um dos criminosos, sem haver qualquer questionamento por parte dos vendedores. A alegação era de que os vendedores agiram de modo a evitar a consciência, como pode se verificar no seguinte trecho:

> A própria sentença recorrida realçou que os "irmãos José Elizomarte e Francisco Dermival, ao que tudo indica, não possuíam" a percepção de que o numerário utilizado tinha origem no furto do Banco Central (fls. 3949), mas "certamente sabiam ser de origem ilícita". Aplicou, assim, a teoria da CEGUEIRA DELIBERADA ou de EVITAR A CONSCIÊNCIA (willful blindness ou conscious avoidance doctrine), segundo a qual a ignorância deliberada equivale a dolo eventual, não se confundindo com a mera negligência (culpa consciente) (Apelação Criminal nº 5520-CE 2005.81.00.014586-0, Segunda Turma Criminal, Tribunal Regional da 5ª Região, Relator: Rogério Fialho Moreira, Julgado em 09/09/2008).

Entretanto, em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região decidiu por reformar a sentença condenatória, afirmando que no caso concreto não houve a demonstração de que a concessionária de automóveis, se dedicava a atividades de lavagem de dinheiro, e nem que os vendedores tinham conhecimento elusivo sobre a procedência dos valores. Acerca disto é o que dispõe o relatório do acórdão:

> O núcleo do tipo não se utiliza sequer da expressão DEVERIA SABER (geralmente denotativa do dolo eventual). Assim sendo, entendo que, ante as circunstâncias do caso concreto, não há como se aplicar a doutrina da willful blindness. As evidências não levam a conclusão de que os sócios da BRILHE CAR sabiam efetivamente da origem criminosa dos ativos. Não há a demonstração concreta sequer do dolo eventual (Apelação Criminal nº 5520-CE 2005.81.00.014586-0, Segunda Turma Criminal, Tribunal Regional da 5ª Região, Relator: Rogério Fialho Moreira, Julgado em 09/09/2008).

O acórdão ainda destacou que a admissibilidade da teoria da cegueira deliberada ao presente caso concreto, beira a admissibilidade da responsabilidade penal objetiva, pois o conhecimento acerca do ilícito deve ser concreto, não bastando a ocorrência do dolo eventual. (TRF5, 2008)

Outro caso de sustentação da teoria da cegueira deliberada no Brasil é relativamente recente, ocorrido em 2014 em acordão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o réu foi denunciado como incurso no artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso V, ambos da lei 11.343/2006. Ocorre que em 26 de maio de 2014 Ademilso Barbosa foi pego na altura da Rodovia SP-300, entre os municípios de Andradina e Castilho, transportando 80 tabletes de cocaína, algo que girava em torno de 85,478 kg da droga, com o objetivo de entregar a terceiros. Desse modo, houve o julgamento no qual foi condenado a uma pena de 6 anos, 7 meses e 11 dias de reclusão, havendo o transito em julgado da sentença. (TJSP, 2014)

Em seguida, Ademilso entrou com uma ação de revisão criminal, alegando erro sobre o elemento constitutivo do tipo penal, pois em sua consciência acreditava que o que estava transportando era cigarros e não substancias entorpecentes.

Ademilso havia alegado que recebera uma proposta para transportar cigarros de Campo Grande até a cidade de São Paulo, em troca de receber ajuda com as despesas do combustível, tendo entregado seu carro para que então pudessem colocar a mercadoria. Após o ocorrido ele ainda alegou que desconfiou não se tratar de cigarros, mas que não imaginava que ali no transporte poderia haver drogas, porém a relatoria argumentou que o agente foi bastante omisso em muitas questões, principalmente porque entregou o carro a quem mal conhecia. (TJSP, 2014)

Por fim, a revisão criminal de Ademilso foi parcialmente provida, porém ainda mantendo a condenação. A respeito do que tange a cegueira deliberada o relator Figueiredo Gonçalves do TJSP asseverou que:

> Depois, como relataram os policiais, era notória a sobrecarga no peso do automóvel, incompatível com os maços de cigarro. Deveria certificar-se o que, exatamente, trazia consigo para transporte, não podendo se esquivar da responsabilidade decorrente desse comportamento, sob a singela alegação de desconhecer a natureza daquilo que trazia escondido no fundo falso do veículo. É a cegueira deliberada. A indiferença a este respeito, caracteriza, ao menos, o dolo eventual na conduta (Revisão Criminal Nº 0006069-92.2016.8.26.0000, 1º Grupo de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Figueiredo Gonçalves, Julgado em 28/08/2017).

Há também um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul envolvendo um crime de receptação, que reconhece a aplicação da teoria do avestruz, mostrando que o ordenamento jurídico brasileiro vem se inclinando a aplicação deste instituto:

> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. ARTIGO 180, §§1º E 2º, DO CÓDIGO PENAL MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ELEMENTO SUBJETIVO. PROVA. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. A demonstração acerca da prévia ciência da origem ilícita do objeto, imprescindível à caracterização do delito de receptação, pode ser obtida mediante a verificação de elementos circunstanciais que revestem o fato e o comportamento do agente. No caso dos autos, as provas colhidas durante a instrução demonstram a materialidade e a autoria do delito de receptação qualificada. Revelam que o réu adquiriu e transportou, em proveito

> próprio, cavalos a serem abatidos em frigoríficos (logo, no exercício de atividade equiparada à comercial), tendo plena ciência a respeito de sua procedência espúria. Aplica-se, à espécie, a teoria da cegueira deliberada, na qual a intencional ignorância acerca da ilicitude e da gravidade do fato não pode elidir a responsabilidade penal do sujeito ativo. Presença do dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, na medida em que, ainda que não almejasse diretamente a prática de receptação, certo é que agiu de modo a admitir a possibilidade concreta e muito provável, diante das circunstâncias que envolveram toda a conjuntura fática. Inviável, assim, o acolhimento do pleito absolutório. DOSIMETRIA DAS PENAS. Apenamentos conservados na forma como dosados em sentença, pois atendem aos critérios de necessidade e de suficiência para a prevenção e a reprovação do ilícito. APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70070616289, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 27/09/2017)

Trata-se de um recurso de apelação interposto por João Amilcar Lopes Padilha que foi julgado no dia 27 de setembro de 2017, na qual houve o desprovimento unânime pela oitava Câmara Criminal da comarca de São Borja – RS (TJRS, 2017).

O caso narra um fato que ocorreu entre 4 e 7 de fevereiro, em que João Amilcar Lopes Padilha no exercício de atividade comercial adquiriu e transportou uma égua que pertencia a Joel Morais da silva, na qual segundo o relatório do acórdão, deveria saber ser produto de crime. Ocorre que o acusado recebeu o produto de pessoa que não quis se identificar, sendo que o eqüino fora furtado de Joel, o que ensejou a prisão em flagrante do acusado transportando o animal. Não bastasse tal fato, o acusado ainda incorreu na mesma conduta envolvendo a receptação de outro eqüino, dessa vez pertencente a outra pessoa. Desse modo, tramitou o processo criminal normalmente tendo sido então condenado pelo crime de receptação (TJRS, 2017).

Na apelação, o acusado pleiteou absolvição por insuficiência de provas, e subsidiariamente a desclassificação para a modalidade de crime culposo, tendo sido negado de forma unânime, como já explicitado. Um dos argumentos que fundamentam a decisão dizia que a ignorância deliberada acerca da ilegalidade e das

conseqüências do fato não pode eximir o agente da responsabilidade penal, de forma que se constatou o dolo eventual na conduta do agente, de modo que houve a assunção do risco diante de sua conduta, tornando-o indiferente quanto a produção do resultado (TJRS, 2017).

Como se nota até o presente momento, percebe-se que a jurisprudência brasileira vem aderindo cada vez mais esta teoria, e outro caso emblemático em que pudemos observar isso, é o caso da ação penal 470/MG, mais conhecido como o caso do "mensalão". Essa ação resultou em diversas condenações, que incluíam vários membros da Administração Pública, em razão de crimes, como lavagem de dinheiro e formação de quadrilha (LIMA, 2014).

Nesse sentido, Lima (2014) atenta que alguns ministros ao proferirem os votos, trouxeram a baila a possibilidade de se aplicar o dolo eventual aos crimes de lavagem de dinheiro, como o caso da Ministra Rosa Weber e do Ministro Celso de Melo.

Ademais, Lima (2014) ressalta que o argumento usado pela Ministra é de que muita das vezes o autor da infração antecedente e o da lavagem de dinheiro, muitas das vezes não se comunicam, que seriam os casos de lavagem de dinheiro terceirizada. Isso se deve ao fato de que em organizações criminosas os lavadores de dinheiro se mostram indiferentes em relação aos bens ali dispostos. Por outro lado, o agente que praticou o crime antecedente, deseja apenas quitar o serviço, de modo que não há necessidade de se revelar a verdadeira procedência daqueles bens ou valores para um terceiro, razão pela qual entendeu-se por responsabilizar tais condutas omissas de terceiros.

Porém nesse escopo, há quem defendeu a possibilidade da aplicação do dolo eventual, somente em casos em que o agente era garante, ou de forma que este poderia evitar o resultado, ou ainda quando suas ações são imprescindíveis para se obter um resultado, como é o caso da Ministra Carmem Lúcia (LIMA, 2014).

Já outros se posicionaram contra a aplicação da cegueira deliberada nos casos de lavagem, pelo menos no que tange aos crimes cometidos antes da reforma de 2012, pelo fato de haver um rol taxativo dos crimes antecedentes, portanto, de acordo com essa tese, seria imprescindível que o agente tivesse conhecimento pleno da origem ilícita dos bens, ou seja, mesmo que o agente soubesse que determinado valor ou bem fosse de origem ilícita, mais não soubesse qual sua real procedência, não poderia se caracterizar o delito, sob pena de violar o principio da taxatividade, expressamente prevista pela lei anterior (LIMA, 2014).

Portanto, verifica-se que a polêmica sobre a teoria da cegueira deliberada transcende o campo doutrinário e reflete também no campo jurisprudencial, porém, o posicionamento da suprema corte sobre o assunto, já serve de subsidio para outros tribunais decidirem a respeito (LIMA, 2014).

Recentemente o Brasil esteve diante de um dos maiores casos de corrupção e lavagem de dinheiro da história brasileira, envolvendo a maior empresa estatal do país. Em 2014 a polícia federal deflagrou uma operação, a qual ficou conhecida como “Operação Lava Jato”, que foi desenvolvido perante a justiça federal na cidade de Curitiba-PR e comandado pelo juiz federal Sergio Moro. Nesse diapasão, estima-se que os valores desviados da Petrobras, giram em torno de bilhões de reais, e que os crimes em comento envolvem pessoas com alto poder econômico e político (SILVEIRA, 2016).

No início das investigações, quatro organizações criminosas lideradas por doleiros foram investigadas e processadas, tendo em seguida o Ministério Público descoberto um enorme esquema de cartel envolvendo diversas empreiteiras, em que estas ofereciam propinas em torno de 1% a 5% para altos executivos da empresa estatal e demais agentes públicos da soma total dos contratos bilionários superfaturados (SILVEIRA, 2016).

Ocorre que as noções da teoria da cegueira deliberada foram disciplinadas em diversas sentenças como fundamento de condenações por lavagem de dinheiro nos casos envolvendo a lava jato (SILVEIRA, 2016).

Desse modo, em diversos casos da lava jato foi aplicado a teoria da cegueira deliberada, como AP 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, originária da 13ª vara federal de Curitiba, a qual adotou a teoria da cegueira deliberada, e em sede de apelação também se vê essa tendência, como se pode ver no seguinte trecho destacado:

> Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Evidenciado que o acusado assumiu o risco de dissimular a origem, disposição, movimentação e propriedade dos valores, agiu, senão com dolo direto, então com dolo eventual a crer-se em sua versão. (Apelação Criminal Nº 5026212-82.2014.4.04.7000, Oitava Turma, Tribunal Regional Federal da 4ª região, Relator: João Pedro Gibran Neto, Julgado em 23/11/2016).

São apenas alguns exemplos de como a teoria da cegueira deliberada vem se incorporando ao ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando de forma contundente a força dos tribunais e dos precedentes na formação do direito.

4.4 Problemáticas acerca da teoria

Nesse sentido, Callegari (2014, p. 89) assevera que a responsabilização pelo crime de lavagem de capitais deve ser decorrente de um dolo direto, sendo que a aplicabilidade de um dolo eventual, devido a sua subjetividade, poderia ser confundido com o instituto da culpa, levando a erro o julgador, tratando-se do fato de que a Lei 12.683 de 2012 não prevê punição por culpa. Nesse sentido ele afirma:

> [...] só existe a possibilidade do delito de lavagem se o autor dissimula a natureza, origem, localizaçao, disposiçaõ dos bens, quando saiba que estes provêm dos crimes antecedentes previstos na Lei. O dolo deve estar dirigido a esta conduta, ou seja, o autor atua porque conhece a origem criminosa dos bens e porque quer lhes dar aparência de licitude.

Analisando a legislação de lavagem de dinheiro, nota-se que não há expressões como sabendo ou deveria saber em seus dispositivos, não podendo fazer interpretações diversas do que está descrito na lei, de modo que a única interpretação cabível a este tipo penal é que há de ser necessário o dolo direto, já que o tipo somente faz menções a expressões como ocultação e dissimulação. Dada a

interpretação da lei penal de forma restringida, sendo um princípio basilar do Direito Penal o princípio da legalidade, o artigo exige que o agente tenha que atuar com uma das hipóteses previstas para a caracterização do tipo penal, ou seja, dissimular ou ocultar a origem dos bens. A hipótese de um dolo eventual para a caracterização dos elementos do tipo seria inviável, pois alegar que o agente atua de maneira a ocultar a origem ilícita dos bens só por questões de mera suspeita, não parece atentar a razoabilidade. (CALLEGARI, 2014).

No mesmo sentido de que a aplicação da teoria da cegueira deliberada geraria uma responsabilização objetiva, Vinícius Ferreira (2016, p. 17) defende que:

> [...] a aplicação dessa Teoria, em certas ocasiões, gera a legitimação, já muito combatida pelo Direito, da responsabilidade penal objetiva. Afinal, por certo que, aquele que aceita levar uma maleta, a qual propositalmente desconhece seu conteúdo, ainda que suspeite da existência de drogas ou, eventualmente, de dinheiro ilícito em seu interior, não estaria assumindo, por vezes, o risco de matar dez pessoas. Da mesma forma, o presidente de uma holding que fecha os olhos para os atos de seus diretores não pode responder por todo e qualquer crime que estes praticam no âmbito de sua empresa.

Para Saraiva (2016), o Estado não teria a responsabilidade de provar o propósito específico do agente em mascarar a origem de determinados valores e bens, mas apenas se certificar de que o agente tivesse noção ou conhecimento de que tal atividade destinava-se a lavar os capitais. A "cegueira deliberada" torna-se ainda mais pertinente pelo fato da possibilidade do agente que comete o branqueamento dos bens ser distinto daquele que cometeu o crime antecedente, sendo que para aquele é irrelevante conhecer a procedência de tais bens, desse modo facilitando a ocorrência do delito e também caso venha a responder criminalmente no futuro, o pleno conhecimento da origem desses capitais, dificultaria se esquivar da justiça alegando desconhecimento.

Nesse escopo, Vinicius Ferreira (2016) atenta que no Direito Penal o princípio da legalidade assegura que ninguém poderá ser punido sem lei expressa, em sentido estrito e especifico que definam tipos penais. Desse modo o juiz não

poderá aplicar a lei analogamente de forma a prejudicar o acusado, ferindo este basilar princípio do direito penal.

O princípio da legalidade como parte dos princípios limitadores do poder estatal, percorreu um longo processo ao longo do tempo para enfim ser reconhecido, sendo nos dias de hoje uma conquista para o espírito contemporâneo de justiça. Acerca disso temos nas palavras de Bitencourt (2015, p. 51):

> [...] pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei. Isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Seguindo esse raciocínio, a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XXXIX, como princípio fundamental "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Em diferente interpretação, Mendroni (2014) afirma que a lei penal não necessita prever a existência de um dolo eventual para se caracterizar o dolo. De fato, que em nosso direito penal pátrio a figura do dolo esta descrita na parte geral do Código Penal Brasileiro e m seu artigo 18, inciso I com a seguinte redação: "diz –se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".

Desse modo, a admissão de dolo eventual pode-se interpretar conforme o mencionado artigo, não havendo necessidade direta de tipifica-lo em cada conduta escrita na norma penal. De acordo com Mendroni (2014), as mudanças que ocorreram com a nova lei ratificam o uso do dolo eventual para fins de condenação, o que de modo análogo admite-se então a aplicação da cegueira deliberada em razão de estarem intimamente interligados estes institutos. Na antiga lei de lavagem, a Lei 9613/1998 havia a seguinte redação em seu artigo 1º § 2º, inciso I "Incorre, ainda, na mesma pena quem utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo", a expressão contida no artigo "que sabe serem" dava a interpretação de

que deveria haver um dolo direto para a consumação do crime. Com o advento da nova lei, tal expressão foi retirada, dando margem para interpretações no sentido de se admitir o dolo eventual.

Através dessa interpretação podemos notar que a lei de lavagem tornou-se mais rígida, em melhores palavras, tornou-se mais eficiente para a prevenção e responsabilização dos crimes dessa natureza, não atingindo somente quem age com o fim especifico de lavar dinheiro, atinge também aquele contribui para a ação, facilitando o caminho do cometimento do ilícito.

Sobre este ponto Vinicius Ferreira (2016) concorda com a ideia de que a aplicação da "teoria da cegueira deliberada" acaba sendo uma maneira eficaz de se prevenir crimes de lavagem de capitais, pois ajudaria na persecução criminal de crimes omissivos impróprios, aqueles em que o indivíduo tem a obrigação legal de agir, restando clara a omissão do agente, este não poderá alegar simplesmente o desconhecimento do ocorrido.

É bastante comum que em crimes de lavagem de capitais existam vários agentes envolvidos, aqueles que detêm o poder de domínio sobre a conduta, e aqueles que são intermediários nessa operação, sendo peças fundamentais para a consumação do delito. Sendo assim, a comprovação do dolo direto desses agentes torna-se bastante difícil, em razão disso hoje se discute a possibilidade de aplicação do dolo eventual aos crimes de branqueamento de bens (FERREIRA, 2016).

Em nosso ordenamento pátrio o crime de lavagem de dinheiro é exclusivamente doloso, não admitindo a modalidade culposa conforme se dá em outros países, como a Espanha e o Chile. Sendo o dolo um elemento subjetivo do tipo penal, deverá ser provado, sendo vedada a presunção, devendo ser constatado através de documentos apreendidos, testemunhas, gravações e toda sorte de provas permitidas (LIMA, 2014).

Na prática, como a lavagem de dinheiro se trata de um crime complexo, uma possível aplicação do dolo eventual poderia resultar diversas injustiças, pois pessoas

que trabalham em bancos, concessionárias, ou qualquer outro setor que trabalhe com movimentações de grandes valores, seria demasiadamente complicado precisar a real origem de determinados bens. Devido a isso é necessário haver cautela quanto a aplicação da cegueira deliberada, não podendo responsabilizar condutas culposas como se dolosas fossem. (LIMA, 2014).

Sendo assim, um funcionário de um banco que realiza diversas operações financeiras diariamente, seria ilógico exigir deste funcionário que este detenha conhecimento de todo dinheiro que entra ali, pois, um simples descuido poderia resultar em uma persecução penal deste agente. Ademais Callegari (2014, p. 18) afirma que:

> [...] naõ cabe ao funcionário ter conhecimento da origem de, por exemplo, todos os depósitos que realiza num dia, eis que saõ inúmeros e naõ há a possibilidade de investigaçaõ prévia de cada cliente que realiza uma operaçaõ.

Amanda Gehr (2012) ressalta que os casos envolvendo a teoria da "cegueira deliberada" são abrangidos pelo dolo eventual, mas que não deve ser tratados como sinônimos, ou seja, para ela todos os casos de cegueira deliberada são também de dolo eventual, mas o contrário não é verdadeiro. Sendo assim, um estudo mais aprofundado desta doutrina levaria os tribunais a uniformizarem seus entendimentos, evitando assim decisões levianas nesse sentido.

Para a mesma autora, a adoção desta teoria não esbarra com a legalidade do Direito Penal Brasileiro, inclusive vem sendo acolhida pela jurisprudência quando as circunstancias fáticas autorizam. Nesse sentido Sergio Moro apud Gehr (2012, p. 51) afirma que:

> Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da 'ignorância deliberada', ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e quiçá de que ele escolheu agir e permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, ou seja, desde que presentes os elementos cognoscitivo e volitivo, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e,

> portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta.

Sendo assim, entende-se pela aplicação e reconhecimento da presente doutrina no sistema jurídico brasileiro em casos de ignorância deliberada, pelo fato de o indivíduo diante de uma situação em que desconfia da presença de um delito, permitir que este ocorra devido sua omissão.

De acordo com Vinicius Ferreira (2016), essa a teoria gera para o detentor do aplicador do direito, facilidades no sentido de não haver obrigação de se ater as provas contundentes do fato, gerando possivelmente uma inversão do ônus da prova. Necessário destacar que a prova da materialidade do fato, a princípio está a cargo do Estado, por intermédio do Ministério Público, tratando-se de ações penais públicas. Poderia se inferir então que há uma presunção do dolo nesses casos, e que para reverter essa presunção o próprio agente necessitaria provar a ausência desse dolo, o que gera uma contradição com princípio da presunção de inocência.

4.5 Teoria da Cegueira deliberada e honorários maculados

A advocacia é indispensável a administração da justiça, preceito que se encontra sagrada na constituição da república de 1988, acerca disso é necessário analisar o papel da advocacia em relação ao patrocínio de causas cujos clientes encontram-se envolvidos em crimes de lavagem de dinheiro, e a aceitação por parte do advogado de honorários cuja origem é claramente suspeita, devido ao perfil dos clientes.

Quando se fala de aceitação de honorários maculados por parte do advogado, duas garantias constitucionais podem estar em jogo, quais sejam, o direito garantido a ampla defesa e o princípio da legalidade e segurança jurídica. No plano constitucional, pelas garantias do livre exercício advocatício, indispensável a administração da justiça, teríamos facilmente uma resolução para esta situação, não fosse a possibilidade de o advogado poder participar ativamente do processo de lavagem de capitais, com intenção de ocultar valores. (CALLEGARI, 2014).

Dentre as prerrogativas do advogado que a constituição ressalva, encontra-se o direito à liberdade de exercício profissional, bem como o sigilo profissional. Essas prerrogativas têm por base a garantia dos direitos fundamentais, seja no contencioso, seja na atividade consultiva. (ORTIGARA, 2014).

É assegurado também o direito ao contraditório e a ampla defesa do cliente, assim como a livre escolha de seu defensor, garantindo ao cliente que este seja defendido por aquele que mais lhe pareça de confiança. Sendo assim, o Estatuto da Ordem dos Advogados confere prerrogativas como: inviolabilidade do escritório ou do local em que trabalha, quaisquer instrumentos de trabalho, negar-se a depor como testemunha em processo na qual tenha funcionado como advogado para qualquer das partes. Essas prerrogativas decorrem justamente pelo fato de o advogado possuir conhecimento a respeito de determinado cliente que possam incriminá-lo, especialmente se tratando de advocacia criminal. (ORTIGARA, 2014).

A problemática da aplicação da cegueira deliberada relacionado à advocacia, pode afligir o livre exercício da profissão e o direito de defesa, uma vez que o advogado decidindo patrocinar uma causa em que o cliente está sendo processado por tráfico de drogas, corrupção, lavagem de dinheiro e crimes afins, poderá comprometer o advogado no sentido de este se encontrar refém da aplicação do dolo eventual, uma vez que conhece da atividade ilícita de seu cliente, em decorrência disso, muitos advogados poderão se afastar de casos envolvendo estes tipos de crimes, causando prejuízo àqueles que necessitariam exercer sua ampla defesa, pelo déficit de advogados nessa área, tendo como efeito a longo prazo a extinção de advogados criminalistas. Nesse sentido André Luís Callegari (2014) afirma que mesmo que haja desconfiança da origem dos honorários, não há como ter convicção de que sua origem seja ilegal, até porque o conhecimento das atividades ilícitas do cliente já é inerente àquela relação. Aqui também há o problema de se provar a ilicitude desses valores, sendo que uma condenação baseada em suspeitas feriria os direitos e garantias fundamentais.

Uma das preocupações do legislador ao elaborar a lei de lavagem de dinheiro, era coibir a dissimulação e ocultação de valores provenientes de infrações penais antecedentes, sendo muitos verbos utilizados para descrever cada uma das condutas. Nesse contexto poderia se afirmar que o recebimento pelo advogado de honorários provenientes de infração penal antecedente poderá cofigurar o crime e levando a literalidade da lei em consideração, qualquer transação feita com indivíduos envolvidos em atividades criminosas poderia ser considerado lavagem de dinheiro, mesmo as consideradas mais simples como por exemplo, a prestação de serviços feitos por dentistas, gastos em estabelecimentos comerciais como supermercados e etc. sendo assim não seria razoável comprometer o advogado enquadrando-o na lei por recebimentos de honorários de origem duvidosa. Nesse contexto o advogado estaria apenas recebendo pelos serviços devidamente prestados. (OLIVEIRA; LAUERMANN, 2016).

Em 23 de abril de 2013 houve uma conferência que reuniu o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e o presidente do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) que discutia a aplicação das obrigações elencadas no artigo 9º da lei de lavagem em relação aos profissionais do contencioso judicial, tendo sido unânime o entendimento quanto sua não aplicação (OAB, 2013).

Para Vlamir Costa Magalhães (2014) a situação do advogado frente aos honorários maculados é bastante delicada, pois a ausência de previsão legal quanto a ausência

de responsabilidade do advogado frente ao recebimento desses honorários, não haveria de se falar em imputação penal, porém ainda assim poderia trazer conseqüências para esse advogado. A caracterização do conhecimento sobre a origem ilícita desses honorários, poderia estar ligada a circunstancias típicas da lavagem, como a desproporcionalidade do valor pago e a situação socioeconômica do cliente, ou meios singulares de pagamento, como depósitos em paraísos fiscais e etc.

Desse modo, restada inequívoca a ciência de que tais valores sejam provenientes de ilícitos penais, tornaria-se legitima a intervenção do estado em relação aos bens e capitais que foram utilizados para o pagamento das verbas honorárias, podendo submeter o advogado a busca e apreensão, hipoteca legal e demais medidas assecuratórias. Sendo assim, Magalhães (2014) diz que o direito de escolha do defensor não é absoluto, de modo que a possibilidade de o indivíduo arcar com as despesas de honorários, está condicionada a sua condição financeira obtida por meios lícitos, fora isso ao agente deverá ser nomeado defensor público, comparando-o ao hipossuficiente.

Dessa forma conclui-se que é necessário haver uma proteção especial da advocacia neste âmbito, pois é natural aos profissionais da área que atuem em defesa daqueles que estão à margem da lei, principalmente no que toca a advocacia criminal, lidar com essa questão. Sendo assim, a possibilidade de responsabilidade do advogado por receber honorários de origem duvidosa, poderá causar bastante receio na atuação profissional. Outra consequência possível é aumentar o grau de desconfiança entre advogado-cliente, abalando o bom patrocínio da causa, porém nesses casos envolvendo lavagem de dinheiro, deverá ser observado a razoabilidade e a boa-fé sempre.

5 CONCLUSÃO

A teoria da cegueira deliberada surgiu como uma forma de dar efetividade ao combate aos crimes de lavagem de dinheiro, visto que na estrutura de uma organização criminosa, cada integrante possui um papel destacado, dentre eles pode-se encontrar um responsável apenas por lavar dinheiro. Desse modo o agente no cumprimento de seu serviço, pode se omitir de maneira deliberada, tentando não entrar nos detalhes da operação de forma que quando descoberto, use disso para se eximir da culpa.

O maior problema da aplicação da teoria da cegueira deliberada é a falta de tipificação no ordenamento jurídico, daí surgem algumas questões importantes.

Primeiramente, por mais que seja admitido o dolo eventual aos crimes em geral, sua classificação é fundamentalmente doutrinaria, o que pode se fundir com a idéia da culpa consciente na aplicação prática, e isso iria contra muitos princípios fundamentais ao direito penal. Em segundo plano, a presente teoria teve origem em países de Common Law, cuja fonte primaria do direito são os precedentes, portanto em países de Civil Law como o caso do Brasil, é necessário observar a compatibilidade de uma teoria frente a tipificação no ordenamento jurídico.

O crime de lavagem de dinheiro é relativamente recente nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, vindo a ser discutido como um crime apenas no século passado, portanto é necessário bastante estudo sobre o tema no Brasil, pois trata-se de um crime bastante complexo, que em muitos casos não deixa rastros, não há uma vítima em especifico, de forma que se inviabiliza bastante a persecução penal dos agentes. Ocorre que por possuir essas características, é que se deva redobrar o cuidado com relação à responsabilização de qualquer agente, pois imputar uma sanção a alguém que teria um potencial conhecimento sobre uma determinada conduta, ou deveria saber, não parece ser uma postura prudente, pois o direito penal não se perfaz por conjecturas, hipóteses ou imprecisões, e sim por fatos, provas, certezas e etc.

A primeira consequência trazida pela aplicação da cegueira deliberada é a insegurança no que tange a liberdade de mercado, pois as negociações das mais diversas naturezas, estariam condicionadas a uma investigação preliminar quanto a origem do dinheiro, o que seria contra produtivo e inviável em boa parte dos casos. Portanto, em uma transação comercial de alto valor agregado, na qual há o pagamento em dinheiro vivo, por mais peculiar que a situação pareça, dela não se depreende sua origem ilícita, desse modo a mera desconfiança acerca da procedência de determinado valor, não pode servir de óbice àquela transação comercial. Nesse sentido a proposta inserida na teoria da cegueira deliberada, é justamente alcançar indivíduos que se colocam em situação de ignorância, que não buscam a fundo conhecer a verdadeira procedência ilegal de ativos.

Entretanto, em graus mais elevados de evitação da consciência evidentemente comprovados, em que o agente criou maneiras se esquivar do conhecimento delitivo, seria razoável a responsabilização do agente por cegueira deliberada, na medida em que sua conduta fosse crucial para o deslinde da infração.

Outra consequência negativa trazida por essa doutrina, se refere a possibilidade de responsabilização penal de advogados que postulam principalmente na esfera criminal, visto que em diversas vezes esses profissionais patrocinam causas de indivíduos cujas acusações recaem sobre crimes financeiros, tornando inviável a cobrança de honorários, em face da imensa possibilidade de estar lidando com dinheiro sujo. Desse modo, a atividade advocatícia entraria em risco de colapsar, posto o fato de que muitos desses profissionais ficariam com receio de atuarem, e de outro lado, dificultar o direito ao contraditório e a ampla defesa dos acusados.

A sociedade contemporânea vive uma onda de criminalidade que foge do controle do poder público, como o crime organizado que assola a cidade do rio de janeiro e outras capitais, a corrupção que tem se alastrado pelos três poderes da república, principalmente após a deflagração da operação lava jato, tem causado grande clamor social por justiça, notícias quase que diárias tomam espaço nos meios de comunicação, envolvendo parlamentares, governadores de estados e executivos de alto escalão. Essas situações demonstram a dimensão do problema, e que para resolvê-lo é fundamental haver bastante cooperação entre as instituições do poder público. No entanto, a lavagem de dinheiro ainda é um crime que está longe de ser resolvido, devido ao fato de sua alta rede de propagação, ligado a organizações criminosas altamente centralizadas e também devido a seu caráter transnacional, que apesar das cooperações internacionais, dificultam bastante seu combate.

Portanto, a adoção da teoria da cegueira deliberada como forma de estancar a sangria provocada pelo crime organizado, a princípio pode parecer uma solução eficaz, mas capaz de causar efeitos de segunda ordem indesejáveis, visto que os argumentos utilizados pela teoria da cegueira deliberada são passiveis de bastante controvérsia. É necessário que se valha de uma interpretação estrita da lei, nas quais

se punam os delitos com dolo direito, pois assim se garante a preservação dos direitos fundamentais e da presunção de inocência.

Por fim, uma possível solução eficaz para o combate da lavagem de dinheiro que se valha da teoria da cegueira deliberada, seria uma revisão da legislação e a inclusão da reprimenda a título de culpa, porquanto a análise do dolo eventual aos crimes de lavagem de dinheiro não ficaria prejudicada, além de se ter maior efetividade e maior observação dos agentes envolvidos. Entretanto, deve-se discutir essa alternativa com mais cautela, visto o quanto tal propositura de previsão penal a título de culpa, poderia prejudicar agentes financeiros e advogados criminalistas, que consequentemente ora ou outra poderiam se ver envolvidos em uma conduta culposa.

REFERÊNCIAS

ABREU, Gabriel Bohrer de. Erro de tipo e erro de proibição. 2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7612/Erro-de-tipo-e-erro-de-proibicao>. Acesso em: 09 dez. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal.* 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. Lavagem de dinheiro – Origem histórica, conceito e fases. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id= 8425>. Acesso em mar 2018.

BRASIL, *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012.* Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL, *Decreto-Lei n° 2.848 de 7 de dezembro de 1940.* Código Penal, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL, COAF - Conselho de Controle das Atividades Financeiras. Cartilha – Lavagem de dinheiro – um problema mundial. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view> Acesso em: 15 de agosto de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5026212-82.2014.4.04.7000. Relator: João Pedro Gibran Neto. Porto Alegre, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trf4-lava-jato.pdf> Acesso em: 17 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Relator: Rogério Fialho Moreira. Recife, 09 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>, Acesso em: 22 de março de 2018.

BRASIL. Exposição de motivos nº 692, 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view>. Acesso em: 09 de março de 2018.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro.* São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Vinícius Rodrigues Arouck. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio*. Brasília: IDP/EDB, 2016. 48f. - Monografia(Especialização)-Instituto Brasiliense de Direito Público, 2016. Disponivel em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2304>. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

GALVÃO, Jéssica Alves. Lavagem de dinheiro: surgimento, evolução, conceito e fases: 2014. 16f. UDF - Centro Universitário, 2014. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj049159.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

GEHR, Amanda. *Aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro*: 2012. 70f. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.Disponível em: <https://www.academia.edu/22957801/UNIVERSIDADE_FEDERAL_DO_PARAN

%C3%81_AMANDA_GEHR_A_APLICA%C3%87%C3%83O_DA_TEORIA_DA_CEGUEIRA_DELIBERADA_NO_DIREITO_PENAL_BRASILEIRO_CURITIBA_2012_AMANDA_GEHR>. Acesso em: 25 de março de 2018.

GOMES, Adão Mendes; SCHRAMM, Antônio Álvaro Ramos Santana. Lei da lavagem de dinheiro: análise das disposições penais e pontos polêmicos após as alterações trazidas pela Lei nº 12.683/2012. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35809/lei-da-lavagem-de-dinheiro-analise-das-disposicoes-penais-e-pontos-polemicos-apos-as-alteracoes-trazidas-pela-lei-n-12-683-2012>. Acesso em: 12 mar. 2018.

GOULART, Henrique Gouveia de Melo. A nova lei de lavagem de dinheiro e suas implicações práticas. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro-e-suas-implicacoes-praticas,40911.html>. Acesso em: 10 mar. 2018.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal:* Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Cezar de. Qual é o bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro? 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/qual-e-o-bem-juridico-tutelado-no-crime-de-lavagem-de-dinheiro/>. Acesso em: 15 mar. 2018.

LIMA, Milka Patricia Vinhal de. *A admissibilidade do dolo eventual e a aplicabilidade da cegueira deliberada no crime de lavagem de dinheiro*: 2014. 54f. Monografia (Graduação) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. Disponivel em: http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/5996. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

LUSTOSA, Dayane Sanara de Matos. Aspectos gerais do crime de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98). In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6938>. Acesso em mar 2018.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. *Breves notas sobre lavagem de dinheiro*: cegueira deliberada e honorários maculados. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v.17, n.64, p.164-186, jan. – abr.2014.

MARTINS, Luiza Farias. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmatico e implicações praticas. *Revista de estudos criminais*, nº 55, p. 135-162, outubro/dezembro, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro.* São Paulo: Atlas, 2014

OLIVEIRA, Daniel Kessler de; LAUERMANN, Diogo. O advogado criminalista e os honorários maculados. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-advogado-criminalista-e-os-honorarios-maculados-ii/>. Acesso em: 20 nov. 2017.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB E COAF: não incidência da advocacia à lei da lavagem de dinheiro; Notícia publicada no sítio eletrônico do Conselho Federal da

OAB, 23 abr. 2013. Disponível em:< http://www.oab.org.br/noticia/25520/oab-e-coaf-nao-incidencia-da-advocacia-a-lei-da-lavagem-de-dinheiro?argumentoPesquisa=formsof(inflectional,%20%22lavagem%22)%20and%20formsof(inflectional,%20%22dinheiro%22)>. Acesso em: 21 de março de 2018.

ORTIGARA, Marina Fernanda; GUARAGNI, Fabio Andre. O crime de lavagem de dinheiro e o papel do advogado frente aos honorários advocatícios maculados. Revista Jurídica - UNICURITIBA, v. 1, n. 34, p. 312-357, Curitiba. 2014. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/797>. Acesso em: 25 de março de 2018.

PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal.* Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

PIZZINI, Daniela Pascoal Moreira da Costa. *As principais alterações trazidas pela lei 12.683/12:* uma análise dos pontos divergentes e a necessidade de alterações pontuais para maior eficácia do combate ao crime de lavagem de dinheiro, 2014. 54f. – Monografia (Graduação)- Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: < http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/5979>. Acesso em: 02 de março de 2018.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal:* Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REZENDE, Bruno Titz de. *Lavagem de dinheiro.* São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70070616289. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 27 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cegueira+deliberada&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq =&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 07 de novembro de 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Revisão Criminal nº 0006069-92.2016.8.26.0000. Relator: Figueredo Gonçalves. São Paulo, 28 de agosto de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10836823&cdForo=0> Acesso em: 02 de outubro de 2017.

SARAIVA, Ingrid Belian. A cegueira deliberada e a responsabilização penal no crime de lavagem de bens. Brasília: IDP/EDB, 2016. 45f. -Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público, 2016. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2159. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, ago 2016. Disponivel em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli _servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.10.PDF> Acesso em: 15 de março de 2018.

SOARES, Gabriel Castro. *A Lavagem de dinheiro e a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada no ordenamento pátrio:* 2016. 39f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/3335/1/gabrielcastrosoares.pdf. Acesso em: 02 de março de 2018.

TAVEIRA, Daniel P. O crime de lavagem de dinheiro no Brasil: Considerações acerca das mudanças provenientes da Lei 12.683/12. 2015. Disponível em: <https://bsbdan.jusbrasil.com.br/artigos/229160546/o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-no-brasil>. Acesso em: 9 mar. 2018.

VAZ, Silomara Naely Portela; NEVES, Danilo Barbosa. Lavagem de dinheiro e a teoria da cegueira deliberada no âmbito jurídico brasileiro. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55017/lavagem-de-dinheiro-e-a-teoria-da-cegueira-deliberada-no-ambito-juridico-brasileiro>. Acesso em: 10 mar.2018.

Ciências Criminais

OS LIMITES DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Raquel Fernandes Carlos

RESUMO

O sistema processual penal brasileiro é produto de alterações e inovações institucionalizadas ao longo de décadas. À luz da Constituição Federal de 1988, garantias como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa direcionam o curso da ação penal. A despeito da ampliação dos direitos e garantias fundamentais e da exclusividade do Ministério Público na propositura da ação penal pública, o sistema acusatório vige de maneira predominante no Direito Processual Penal. Dessa forma, discute-se o papel do juiz no processo penal e as possibilidades do magistrado no que tange à produção de provas nos diversos momentos entre a instauração do inquérito policial até o trânsito em julgado da respectiva sentença – seja ela absolutória ou seja ela condenatória. O assunto, discorrido ao longo de três capítulos, aborda a legitimidade do magistrado ao pareá-la com direitos e princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Constituição Federal. Direito Processual Penal. Sistema Acusatório. Contraditório. Ampla Defesa. Fase Investigativa. Fase Processual. Provas. Juiz.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal Brasileiro, promulgado como Decreto-Lei nº 3.689/1941, foi objeto de diversas alterações até o presente momento. A Constituição Federal de 1988 definiu-se como marco do equilíbrio processual penal e do reconhecimento de garantias fundamentais ao acusado.

Preliminarmente, destaca-se que a Carta Magna, consagrada poucos anos após o término da ditadura militar, apresentou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como cânone norteador do Texto Maior. A partir dele, discorrem princípios como o devido processo legal, o juiz natural e a publicidade, bem como todos os direitos fundamentais individuais. Seus moldes fortaleceram o Estado Democrático de Direito e afastaram atos de injustiças sociais, a exemplo de abusos e arbitrariedades.

Sob fundamentos ligados à política processual da sociedade, o Código de Processo Penal, após a Carta de Outubro, revestiu-se do Princípio da Não Culpabilidade, a destinar maior proteção ao acusado e a ampliar os direitos e garantias conferidos às partes na persecução penal. Dessa forma, normas constitucionais e infraconstitucionais delinearam características do sistema acusatório, contrário à práticas de atos instrutórios pelo juiz. Malgrado haja doutrinadores que defendam ser o sistema brasileiro de natureza inquisitória ou, ao menos, mista, prevalece o entendimento de que o sistema aplicado ao Direito Processual Penal é o acusatório, capitaneado pela corrente majoritária, pelos Tribunais Superiores e pela própria Suprema Corte. Não obstante seja aplicado o sistema acusatório, certo é que ainda há resquícios do modelo inquisitório, como a possibilidade de confecção de provas ex officio pelo magistrado em sede pré-processual e a ausência de contraditório e ampla defesa na respectiva fase.

Em segundo momento, disserta-se sobre institutos norteadores das regras que concebem a produção de provas no processo penal, princípios como o da presunção de não culpabilidade – elevado em 1789 pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – e o da busca da verdade real ganham destaque na garantia efetiva da justiça. Ao passo que o princípio da ampla defesa se subdivide em defesa técnica e autodefesa, o princípio do contraditório – o qual recai sobre ambas as partes do processo – confere dialeticidade e estado de equilíbrio ao litígio. Destaca-se, ainda, o reforço à formação do convencimento judicial, por meio do princípio da identidade física do juiz.

Ainda no segundo capítulo, no que tange à repartição do ônus da prova, desenvolve-se o presente trabalho no sentido de explorar e envolver o onus probandi ao órgão acusador e às partes. O instituto configura, pois, mera faculdade ao acusador e à defesa, ressalvada a possibilidade de a não observância acarretar consequências nefastas àquele negligente. Ademais, o Princípio da Comunhão de Provas permite ao órgão julgador considerar elementos probatórios indexados aos autos, não importando qual parte a tenha apresentado.

Importante tema é discutido, finaliza-se a segunda etapa com o terceiro tópico, a argumentar sobre o papel do juiz em sede instrutória. O magistrado, nessa fase, reserva-se à posição de garante, a assegurar a liberdade ao acusado e limitar a pretensão punitiva do Estado. Deve ser disperso a pressões de natureza popular ou política e arraigar-se ao máximo aos fundamentos do sistema acusatório. Nesse ínterim, apresenta-se institutos concernentes à produção de prova no processo penal como o adversarial system, no qual o juiz não adota posição ativa quanto à prova, ainda que elas sejam insuficientes, a quedar-se inerte e não buscando a verdade de maneira autônoma, e o inquisitorial system, modelo no qual o juiz se destaca em detrimento das partes, empoderando-se da condução do processo e produzindo provas de ofício no curso da ação.

Finalmente, a obra alcança, no último capítulo, os poderes instrutórios do juiz, a expor em minúcias as balizas do órgão julgador tanto em sede investigativa quanto em sede processual. A Lei n.º 11.690/2008 inseriu no Código de Processo Penal a possibilidade de produção de provas pelo juiz, quando consideradas urgentes e relevantes, em sede pré-processual, sob a condição de patente motivação e observância de requisitos – necessidade, adequação e proporcionalidade. Desenvolve-se o clímax do trabalho neste ponto, uma vez que confere-se ao magistrado um poder incompatível com as diretrizes constitucionais – produção de provas ex officio ante a ausência do contraditório e da ampla defesa. As regras instituídas em 2008 evidenciaram conflito com a Carta Magna e com o sistema

acusatório, ao ferir o Estado Democrático de Direito e o Princípio da Inércia de Jurisdição.

Desenvolve-se, a partir deste momento, largo paralelo entre os grandes doutrinadores, a expor manifestações recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, até alcançar-se a iniciativa probatória do juiz durante o curso da ação penal, momento a partir do qual verifica-se a ampla defesa e contraditório. Sob os fundamentos traçados nas três partes do trabalho, encerra-se o encadeamento de ideias ao percorrer sobre as competências do juiz durante a ação penal – após a instauração do respectivo processo –, momento no qual o ordenamento jurídico resguarda as partes direitos até então não observados.

2 JURISDIÇÃO CRIMINAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.1 As garantias constitucionais do processo penal

O Direito Processual Penal é instrumento do Poder Judiciário à aplicação de regras e princípios que ditam a persecução penal no direito positivo[1]. Essas normas, de natureza formal, devem ser compreendidas sob o ponto de vista democrático, a observar, preliminarmente, a hermenêutica constitucional para, em segundo momento, trabalhar o cerne das disposições infraconstitucionais.[2]

A Constituição Federal de 1988 deve ser observada em primeiro plano, uma vez que se verifica em patamar superior às demais espécies normativas do ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, a lei processual penal jamais poderá ser aplicada de forma isolada e sem o devido respeito aos direitos e garantias individuais tutelados pela Carta Maior, principalmente no que se refere ao direito a liberdade do

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 27.
[2] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 28.

indivíduo[3], bem jurídico este, protegido pelo artigo 5º, "caput" do referido diploma[4]. Nesse sentido, aduz Eugênio Pacelli:

> "Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, públicas e privadas, que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, a atual ordem constitucional não deixa margem à dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentais na ordenação constitucional (arts. 5º, 6º e 7º, CF).[5]"

As garantias constitucionais do processo constituem pedra fundamental do processo criminal garantidor, ao abranger suas diretrizes desde a investigação penal. Oferece ao sistema jurídico positivo instrumentos de salvaguarda à liberdade individual no tocante à discricionariedade estatal.[6]

Nelas, verificam-se a existência de princípios impreteríveis, fadados a perfazer a tutela dos direitos individuais[7]. Nessa perspectiva, serão estudados os princípios direcionadores da ordem constitucional, os quais guiam o intérprete na elaboração da norma infraconstitucional e orientam o operador do direito na aplicação da lei ao caso concreto[8].

O Estado Democrático de Direito é consolidado no caput do artigo 1º da Constituição Federal de 1988[9]. Esse artigo demonstra todos os elementos fundantes de um Estado Social e ao mesmo tempo de um Estado Democrático que busca

[3] BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: < http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf > Acesso em: 22 jul. 2017.

[4] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 jul. 2017.

[5] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37.

[6] CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 15-16.

[7] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 38.

[8] PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 59

[9] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 jul. 2017.

equilibrar os direitos e garantias individuais em face do ente estatal, preocupando-se, sobretudo, com a promoção de igualdade de oportunidades frente as injustiças socias[10]. A Carta Política atual é considerada a mais avançada em relação as constituições anteriores, no que diz respeito a matéria dos direitos individuais e socias do país[11].

Neste diapasão, Alexandre de Moraes manifesta a importância da dignidade da pessoa humana, a qual se apresenta como fonte basilar da República Federativa do Brasil, atribuindo unidade aos direitos e garantias individuais. A dignidade deve fazer parte da própria essência da pessoa, "constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar"[12]. Ressalta-se que a prevalência do fundamento da dignidade da pessoa humana impõe ao Poder Judiciário, na execução de sua função interpretativa, aplicar não somente a "norma mais favorável à proteção aos direitos humanos"[13], entretanto, também, optar no processo de hermenêutica pela interpretação que assegurará uma ampla proteção ao indivíduo[14]. Neste sentido, José Afonso da Silva considera a dignidade da pessoa humana como o epicentro axiológico da Constituição Federal, a qual atrai a essência dos demais direitos fundamentais do ser humano, a começar pelo direito à vida[15].

O princípio do devido processo legal busca assegurar ao réu um julgamento justo a partir do conjunto de normas éticas a serem seguidas pelo Estado.[16] Rogério Lauria Tucci ensina que um indivíduo não deve ter seus bens privados ou a sua liberdade tolida sem o "devido processo penal". O inculpado terá direito a prévio

[10] AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.11.
[11] AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.11.
[12] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 12.
[13] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 12
[14] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 12.
[15] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 105.
[16] SUANNES, Adauto Alonso S. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2004. p. 93.

processo, em regra, impulsionado por procedimento investigativo anterior, para só então haver possibilidade de o Estado imputar-lhe qualquer sanção penal.[17]

Nessa linha, ressalta-se que as garantias que regem o processo penal não são direcionadas aos criminosos, conforme expõe Railda Saraiva, mas visam proteger toda a sociedade, visto que a qualquer pessoa poderá ser imputada a suspeição ou a acusação. Logo, caso não sejam observadas as garantias individuais asseguradas pelo devido processo legal, haverá possibilidade de abusos e arbitrariedades estatais.[18]

Tucci ensina, ainda, que existem garantias constitucionais que discorrem sobre o devido processo legal, a averiguar-se, entre elas, o acesso à justiça criminal. Esse aspecto aprecia vertentes técnicas e econômicas, à luz dos incisos LXXIV e LXXVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988[19], escritos respetivamente da seguinte forma: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"[20]; e "São gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania"[21]. O aspecto econômico significa a isenção dos dispêndios necessários para assegurar o direito subjetivo material do sujeito. Não há como arcar com as despesas processuais sem prejudicar o seu sustento e o de seus respectivos entes familiares.

Marco Antônio Marques da Silva entende que a ação e a defesa, direitos constitucionalmente assegurados, devem ser garantidos ao acusado ao mesmo azo a que o órgão acusador detém. Logo, ao acusado deve ser proporcionada a defesa por

[17] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 66.
[18] SARAIVA, Railda. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 69
[19] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>Acesso em: 13 mar. 2017
[20] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 66
[21] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 69

alguém que porte dos mesmos conhecimentos técnicos e jurídicos do Estado, manifestados nas figuras do magistrado e do parquet, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal, o qual arremata o tratamento paritário[22]. Nessa mesma esteira, anota Fernando da Costa Tourinho Filho:

> "[...] Logo, se o imputado somente poderá fazer sua própria defesa quando habilitado profissionalmente, é evidente que, quando a defesa ficar a cargo de outra pessoa, esta também há de estar profissionalmente habilitada para tanto. Caso contrário estará violando o mandamento constitucional que assegura plena defesa aos acusados, e não poderá dizer tenha havido plena defesa quando esta não for confiada a um órgão técnico para se opor ao Ministério Público."[23]

Entretanto, quando o sujeito não detiver os conhecimentos técnico-jurídicos para peticionar em favor da liberdade de ir e vir, mas se sentir apto a impetrar Habeas Corpus, poderá fazê-lo[24], conforme dispõe o artigo 654 do Código de Processo Penal[25].

A adentrar nos princípios concernentes à atuação do Estado, observa-se, preliminarmente, o princípio constitucional do juiz natural e imparcial. Sua essência é delineada pelo inciso LIII do artigo 5º da Carta de Outubro[26], a afastar o juízo ou tribunal de exceção. Garante às partes a indicação prévia de um juiz competente, imparcial e em conformidade com as determinações de um Estado Democrático de Direito, a alcançar, sobretudo, a imparcialidade sobre a causa. Não obstante, o princípio do juiz natural não se exaure em si mesmo, havendo, pois, a necessidade de o magistrado afastar toda e qualquer parcialidade quanto as decisões manifestadas sobre a causa.

---

[22] SILVA, Marco Antônio da. *Acesso à Justiça Penal e Estado democrático de direito*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 20-21.

[23] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol 2. p. 460-461.

[24] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 94.

[25] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 mar. 2017

[26] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>Acesso em: 13 mar. 2017

Dessa forma, a legislação infraconstitucional assegura às partes a defesa quanto a eventual suspeição ou impedimento do juiz[27]. Importante é destacar a didática observação feita pelo Ministro Celso de Mello sobre o referido cânone, principalmente acerca da abrangência do dispositivo constitucional anteriormente citado:[28]

> E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME DE LESÕES CORPORAIS CULPOSAS CONTRA MILITAR EM MANOBRA - INOCORRÊNCIA DE CRIME MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM - POSTULADO DO JUIZ NATURAL - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA - INOCORRÊNCIA - DECADÊNCIA - CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE DO AGENTE - PEDIDO DEFERIDO. EXCEPCIONALIDADE DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, EM TEMPO DE PAZ, TRATANDO -SE DE RÉU CIVIL. - Não se tem por configurada a competência penal da Justiça Militar da União, em tempo de paz, tratando-se de réus civis, se a ação delituosa, a eles atribuída, não afetar, ainda que potencialmente, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, que constituem, em essência, nos delitos castrenses, os bens jurídicos penalmente tutelados. - O caráter anômalo da jurisdição penal castrense sobre civis, notadamente em tempo de paz. O caso "Ex Parte Milligan" (1866): um precedente histórico valioso. O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. - O princípio da naturalidade do juízo representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e condicionam o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório, notadamente quando exercidas em sede judicial. O postulado do juiz natural, em sua projeção político- - jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável,

[27] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 38.

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 81963 - RS*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 18 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000095068&base=baseAcordaos>. Acesso em: 25 jul. 2017.

> representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal. - É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo - considerado o princípio do juiz natural - que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em conseqüência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas - que representam limitações expressivas aos poderes do Estado - consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. - A perseguibilidade do delito de lesões corporais culposas, por iniciativa do Ministério Público, está condicionada à representação da vítima. - A ausência de formalização, dentro do prazo legal, da pertinente representação a que alude o art. 88 da Lei nº 9.099/95 dá ensejo ao reconhecimento da decadência, que constitui, ante a inércia do ofendido, causa extintiva da punibilidade do agente.
>
> (HC 81963, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/06/2002, DJ 28-10-2004 PP-00050 EMENT VOL-02170- 01 PP-00153 RTJ VOL-00193-01 PP-00357 RJADCOAS v. 6, n. 63, 2005, p. 558-564)

Dessarte, infere-se que a Carta Magna consagra o princípio aludido como inafastável e indisponível, inclusive ao se tratar de ação instaurada na Justiça Penal Militar. Para além disso, a garantia externada em princípio detém valor universal, a exemplo de sua previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em 1948 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. A norma, prevista em diversos diplomas de diferentes níveis legais hierárquicos, persegue a mesma linha que define ser direito do homem ser julgado por tribunal independente e imparcial não somente quando se tratar de acusação penal, mas sempre quando versar sobre obrigações e direitos do próprio indivíduo.[29]

O inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, norma colateral, define a proibição dos tribunais e juízos exceção. Rogério Lauria Tucci ressalta que os juízos especiais jamais poderão ser confundidos com os juízos de exceção, visto

[29] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1997. vol.1. p. 227-229.

que aqueles são organizados quanto a natureza criminal da causa, e apenas a Carta Política poderá subtrair previamente da competência dos órgãos da Justiça Comum o julgamento de determinadas causas criminais[30]. Paralelamente, José Frederico Marques entende que a competência da justiça comum para analisar e julgar delitos é residual, ou seja, aquilo que não for de competência da justiça eleitoral ou da justiça militar competirá aos órgãos da justiça comum.[31]

A motivação dos atos judiciais, expressa no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, é vista como garantia da própria jurisdição. Consoante Antônio Scarence Fernandes, sustenta que esse princípio não apresenta-se apenas como uma visão técnica do processo, isto é, não objetiva somente informar aos litigantes e às instâncias superiores acerca da motivação da decisão, a fim de que propicie o contraditório. Entrementes, o princípio em comento tem a pretensão também de cientificar a sociedade, que por meio desta informação poderá averiguar se o magistrado decidiu de forma imparcial e com o devido conhecimento sobre a causa que esteve sob a sua responsabilidade[32]. Logo, o princípio aludido está intimamente ligado ao princípio da publicidade, ambos representam a segurança jurídica do processo penal. O princípio da publicidade possui previsão nos incisos LX e XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988[33]. A norma supracitada determina que jamais haverá sigilo para ambas partes, isto é, o juiz não poderá suprimir as informações processuais ao órgão acusador ou ao órgão de defesa. Guilherme de Souza Nucci ramifica a publicidade em geral e específica:

Por isso, vale sustentar a divisão entre publicidade geral e publicidade específica. A primeira é o acesso aos atos processuais e aos autos do processo a

[30] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 106.
[31] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1997. vol.1. p. 234.
[32] FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.126.
[33] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 mar. 2017.

qualquer pessoa, conforme previsão do artigo 792 do Código de Processo Penal[34]. A segunda situação é o acesso restrito aos atos processuais e aos autos do processo às partes envolvidas, entendendo-se o representante do Ministério Público (se houver, o advogado do assistente de acusação) e o defensor, de acordo com o §1 do artigo 792 do Código de Processo Penal[35]. Portanto, o que se pode restringir é a publicidade geral, jamais a específica.[36]

Depreende-se, conforme o exposto, que o adequado preparo dos atores envolvidos na persecução penal afasta ao máximo a incorrência de erros por parte do Estado. Esse amoldamento, fruto das garantias constitucionais, carrega, em seu bojo, valores éticos e progressistas a objetivar a construção de uma sociedade justa em sua aplicação prática.[37]

Sobressalta-se, por fim, que há garantias constitucionais concernentes ao direito a prova no processo penal que serão tratados no capítulo posterior. São elas: a presunção de não culpabilidade; o princípio do contraditório e da ampla defesa; o princípio da identidade física do juiz; o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento e o princípio da verdade real.

2.2 Processo penal brasileiro e o modelo acusatório

James Goldschimidt ensina que a estrutura do processo penal funciona como um termômetro dos fundamentos democráticos ou autoritários de uma constituição. Dessa maneira, as regras constitucionais e os princípios vigentes no ordenamento

[34] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 30 jul. 2017.
[35] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 30 jul. 2017
[36] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 41.
[37] CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 16.

jurídico de um país ditam a política processual da sociedade. A prevalência de um princípio em detrimento de outro delineia a história do processo.[38]

A publicação do Código de Processo Penal – CPP – ocorrera mediante o Decreto-Lei nº 3.869, de 03 de outubro de 1941, sob a égide de ideais autoritários e em um contexto de política extremamente centralizadora, influenciada pelo regime fascista europeu[39]. Com o nascimento da Constituição Federal de 1988 e a consequente ampliação dos direitos e garantias individuais, há uma maior proteção em relação ao sujeito de direito em face do Estado.[40]

Antes do advento da atual Carta Política, o Código de Processo Penal respaldava-se no "princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente[41]". A nova ordem constitucional, por outro lado, preocupou-se em ampliar o rol de direitos e garantias fundamentais, além de exprimir de modo enfático o princípio da não culpabilidade – enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, ninguém poderá ser considerado culpado.[42]

Segundo Aury Lopes Júnior, o modelo acusatório é totalmente antagônico à prática de atos instrutórios a serem realizados pelo juiz, visto que esse sistema objetiva manter o juiz como terceiro imparcial no processo. O magistrado deve ser passivo tanto em relação ao processo investigatório quanto a iniciativa probatória. O autor ainda arremata que, conforme o sistema acusatório, as funções de acusação, julgamento e defesa devem ser atribuídas a órgãos diferentes.[43]

Sobre o sistema acusatório complementa Gilberto Thums:

> "Pode-se designar o sistema acusatório como um complexo de normas e princípios ordenadamente dispostos a partir de um

[38] GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 71.
[39] SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* na reforma do Código de Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p.11-19, jan./mar.2009. p.12. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1123/1222> Acesso em: 23 mar. 2018.
[40] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 85-93.
[41] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 08.
[42] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 08.
[43] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.43-44

> princípio basilar, que é o princípio acusatório. Baseia-se na divisão de tarefas na persecução penal, apresentando um acusador, um defensor e um órgão julgador. Todos independentes e com clara definição de seus papéis, estando as partes em posição de igualdade."[44]

Portanto, nesse sistema vigora a organização de uma relação processual ditada pelo actum trium personarum, a haver três personagens distintos: um órgão julgador imparcial, responsável pela correta aplicação da lei; o autor da ação penal; e o réu, a atuar todos em pé de igualdade[45]. Nessa perspectiva, o Estado fornece os mesmos direitos e poderes aos litigantes.[46] Paulo Rangel descreve didaticamente as principais características do sistema acusatório:

> "a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender com três personagens distintos: autor, juiz e réu (ne procedat iudex ex officio);
>
> b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX da CRFB c/c art. 792, §1, c/c art. 481, ambos do CPP);
>
> c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas;
>
> d) o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP com a redação da Lei nº 11.690/2008 c/c art. 93, IX, da CRFB)
>
> e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (cf. Art. 370 do CPC)"[47]

Ademais, a problemática enfrentada pela doutrina processual penalista reside em definir qual o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, tendo em vista

[44] THUMS, Gilberto. Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.237
[45] MIRABETE, Julio Fabrinni. *Processo Penal.* 18.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.21
[46] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1. p.66.
[47] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* 24.ed. Atlas, 2016. p.48-49

que alguns dispositivos da Lei Penal contrariam os mandamentos constitucionais. Isso porque o Código de Processo Penal foi promulgado quarenta e sete anos antes da Carta da República, sob a influência dos ditames autoritários do Estado Novo[48]. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assevera que o Código de Processo Penal de 1941 consiste em cópia do Codice Rocco de 1930, o qual vigorava na Itália fascista, que tem por essência natureza inquisitorial.[49]

Aury Lopes Júnior afirma que o sistema adotado pelo Código de Processo Penal é substancialmente inquisitorial. A partir do momento em que o Diploma atribui poderes instrutórios ao juiz, passa a permitir a decretação da prisão de ofício na fase investigativa sem o requerimento da parte adversa, bem como afasta a observância do contraditório por parte do prejudicado. Há, pois, rompimento com a estrututura dialética do processo.[50]

Noutro giro, Guilherme de Souza Nucci[51], Rogério Lauria Tucci[52] e Geraldo Prado[53], sustentam que o sistema penal brasileiro é misto, pois apesar de a Carta Política adotar princípios processuais penais que delineam o sistema acusatório, não se observa um sistema de persecução penal guiado pelos moldes constitucionais. Verifica-se certo hibridismo entre o CPP e a Constituição, pois enquanto aquele detém natureza inquisitorial, este emana princípios concernente ao Estado Democrático de Direito, a vazar no sistema acusatório.[54]

---

[48] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. vol.1. p.112.

[49] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 109-110

[50] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 47-48

[51] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 27.

[52] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 47.

[53] PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,1999. p. 171.

[54] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 73-74.

O pressuposto de todas as elementares do sistema acusatório é indiscutivelmente a separação entre acusação e juiz[55]. Dessarte, embora a Constituição não diga, de maneira expressa, o sistema adotado, a Carta assegura privativamente ao parquet a propositura da ação penal pública. Ao suposto acusado é garantido, assim, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a presunção de inocência antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a apreciação da lide por um juiz competente e imparcial e a publicidade dos atos processuais. Esses elementos são caracterizadores do sistema acusatório no processo penal[56].

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal confirma a adoção do modelo acusatório pelo direito brasileiro, a ter em vista a sistemática da Constituição Federal[57]:

> Ementa: Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. 2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa

[55] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 454.

[56] PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 171

[57] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5104 MC/ DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 21 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000251102&base=baseAcordaos> Acesso em: 04 ago. 2017

> instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria fumus boni juris; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de periculum in mora.
>
> (ADI 5104 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014) (grifo nosso)

Malgrado persista a dificuldade doutrinária em definir o sistema processual vigente, a Constituição Federal de 1988 e o entendimento pacífico do STF e dos demais Tribunais[58] concluem que o sistema acusatório (cf. art. 129, I da CRFB)[59] é o que vige no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez entregue de maneira privativa ao Ministério Público a propositura da ação penal pública e em alguns casos excepcionais, ao particular. Ademais, não há a figura do juiz instrutor, visto que o procedimento investigatório criminal é presidido pela autoridade policial. Apesar de o inquérito policial se pautar na imperatividade, na inquisitividade e ter como

[58] O Superior Tribunal de Justiça no HC 347.748/AP reconheceu grave violação ao sistema acusatório, uma vez que, o reconhecimento da inépcia pelo Tribunal de origem deve gerar de pronto o trancamento da ação penal. Não sendo admissível, portanto, a determinação do aditamento da denúncia de ofício pelo órgão julgador. Cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 347748/ AP*. Quinta Turma. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62308902&num_registro=201600192500&data=20161010&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 12 ago. 2017

[59] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 ago. 2017

característica o sigilo, as garantias constitucionais são conferidas ao acusado a partir da instauração da ação penal, momento em que o processo se torna público[60]. Pacelli ainda complementa que, no decorrer dos anos, algumas mudanças foram feitas no Código de Processo Penal com intuito de ratificar o sistema acusatório e promover a adequação das normas e princípios contidos na Carta Política[61].

2.3 Traços do modelo inquisitivo no processo penal brasileiro

O modelo inquisitório nasceu em Roma, sob a égide dos regimes monárquicos. Mais tarde, fora introduzido e aperfeiçoado pelo Direito Canônico, espalhando-se por toda a Europa continental.[62] O apogeu do modelo inquisitório ocorreu no século XIII, quando instituído o Tribunal da Inquisição, a fim de tornar a Igreja Católica hegemônica e reprimir toda e qualquer ação contrária aos mandamentos da Igreja.[63]

O sistema inquisitivo surge após o sistema acusatório privado, com o intuito de não atribuir aos particulares a incumbência de acusar. O particular detinha a função de iniciar a persecução penal e, por vezes, valiam-se do instituto da acusação ao seu livre arbítrio, ocasionando sentimento de impunidade no meio social.[64]

Diante desse cenário, o Estado encarregou-se de reprimir qualquer conduta delitiva, retirando das mãos do particular a iniciativa persecutória e concentrando no órgão judicante as funções de acusar, defender e julgar[65]. Outrossim, a natureza inquisitorial do processo não sustenta o actum tirum personarum, a representar quebra com a estrutura dialética do processo e a inibir o contraditório.[66]

[60] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. Atlas, 2016. p. 49.
[61] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 10.
[62] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol.1. p. 122.
[63] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 64
[64] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p.46
[65] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p.46
[66] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 66.

Por conseguinte, não faz sentindo falar em partes processuais, porquanto ao acusado não era propiciado a ampla defesa e o contraditório em virtude da ausência de contraposição entre defesa e acusação. Dessarte, o inculpado não era considerado sujeito de direitos, mas sim mero objeto de verificação perante o órgão inquisidor, detentor do poder de acusar e julgar.[67]

No tocante a fase instrutória, cabia ao magistrado recolher as provas ex officio e, como regra, o acusado permanecia preso durante todo o processo[68]. No sistema de provas tarifadas, a confissão era a rainha das provas, e o principal objetivo do processo criminal era alcançar a verdade material. Assim, era comum a prática da tortura para obter a confissão do acusado.[69]

De maneira sintética, Paulo Rangel aponta as principais características do sistema inquisitivo:[70]

> "a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, ex officio, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;
>
> b) processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;
>
> c) não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia;
>
> d) o sistema de provas é o de prova tarifada ou prova legal e, consequentemente, a confissão é a rainha das provas."

Outra característica fundamental do sistema supramencionado era a ausência da coisa julgada. O órgão inquisidor poucas vezes declarava, em sua decisão absolutória, o estado de inocência do réu. Ao invés disso, preferia alegar que nada fora provado contra ele, a possibilitar a reabertura do caso pelo Poder Judiciário a

---

[67] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 23

[68] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 66-67

[69] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104-105.

[70] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* 24.ed. Atlas, 2016. p.46

qualquer instante. Logo, o acusado poderia ser punido sem o óbice da coisa julgada.[71]

No final do século XVIII e começo do XIX, os ideais iluministas e os movimentos filosóficos fizeram ruir o sistema inquisitório. As novas concepções de valorização do homem influenciaram o processo penal e repeliram gradualmente as características do sistema estudado.[72]

Na atualidade, alguns traços do modelo inquisitivo são encontrados no sistema processualista brasileiro. Esses vestígios afrontam o sistema acusatório, pilar do Estado Democrático de Direito, e, por conseguinte, violam os ditames constitucionais, sobretudo a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e do direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV).

Como já visto no tópico anterior, referente ao sistema acusatório, a separação da atividade julgadora e acusadora são essenciais para a formação do sistema[73], observado que o acumulo das funções de acusar e julgar em um mesmo órgão implicam na perda da imparcialidade do magistrado.[74] Ademais, a base de um processo penal democrático situa o magistrado na condição de prestador da jurisdição e não o coloca na condição de investigador.[75]

Entretanto, ineficaz é a nítida separação inicial, que confere ao parquet a prerrogativa de intentar a acusação e, posteriormente, viabilizar ao magistrado o desempenho de atos inerentes ao órgão acusador. A exemplo disso, o inciso II do

[71] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 67.
[72] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 67.
[73] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.
[74] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 117
[75] THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 262-263.

artigo 5º do CPP[76] permite a intervenção do magistrado nos trabalhos de investigação, a fim de buscar provas para a construção da opinio delicti do órgão acusador[77]. O risco de a autoridade judiciária realizar atos de investigação é a possível valoração desses na sentença, a torná-los atos de provas, sem a anterior produção em juízo.[78]

Nessa esteira, Geraldo Prado complementa:

> "Em um sistema acusatório, ainda que nesta hipótese reduzido a sua expressão mais pura, a do princípio acusatório, a intervenção judicial, voltada ao controle da realização das investigações básicas para a deflagração da ação penal, é algo completamente anômalo, a ser expurgado do ordenamento jurídico, sob pena de violação das regras básicas pertinentes à distribuição de funções, com a garantia da imparcialidade do seu julgador"[79]

Por outro lado, Ada Pellegrini defende o papel ativo na busca de provas cautelares em sede de investigação criminal, sob a condição do juiz da investigação prévia não ser o mesmo a presidir o processo[80]. Tendo em vista que algumas medidas acabam por limitar direitos fundamentais do acusado (ex. busca e apreensão; quebra de sigilo bancário) e cabe somente ao magistrado a salvaguarda deles.[81]

Aury Lopes Júnior cita, ainda, outros atos que ressaltam a matriz inquisitória no processo penal brasileiro, como a decretação da prisão preventiva de ofício (art. 310); a oitiva de testemunhas além das designadas (art. 209); a condenação do réu ainda que o Ministério Público requeira a absolvição (art. 385), bem como, a

[76] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 ago. 2017

[77] THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 262.

[78] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72

[79] PRADO, Geraldo. Sistema acusatório a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 203.

[80] GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html >. Acesso em: 25 ago. 2017

[81] LOPES JR., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal* – 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 148

determinação do interrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196)[82]. Todos esses atos instrutórios a serem realizados ex officio pelo magistrado colocam em risco o princípio da imparcialidade da jurisdição, seja para condenar, seja para absolver.[83]

Portanto, precipuamente, o recolhimento de material probatório e as solicitações devem ficar a cargo daqueles que possuem interesses distintos no processo, ou seja, às partes[84]. Em face do exposto, os poderes instutórios concedido ao magistrado, em sede processual, possuem natureza suplementar e devem ser utilizados com cautela, a admitir a requisição judicial de maneira justificada e apenas para sanar dúvida de ponto relevante da demanda. Ressalta-se, inclusive, que a iniciativa do magistrado não poderia ocorrer antes de esgotada a atividade pelas partes[85]. Desse modo, não haveria incompatibilidade com a lógica acusatória adotada pela Carta Política.

3 DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL

3.1 Princípios concernentes a prova no processo penal

No primeiro capítulo do trabalho, relatou-se que as normas do processo penal e de todos os demais diplomas legislativos devem ser interpretados à luz dos ditames constitucionais. Desse modo, os princípios fundamentais orientam, direcionam e estruturam o sistema processual penal[86].

A Constituição da República Federativa do Brasil deve ser examinada de maneira primordial, porquanto se verifica em patamar superior às demais espécies

[82] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.
[83] THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 260
[84] THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 261-262.
[85] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 160-161.
[86] THUMS, Gilberto. Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167

normativas do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, limita e controla o poder Estatal no exercício de sua pretensão punitiva[87].

Na seara dos princípios referentes a prova no processo penal, destaca-se o princípio da ampla defesa, explícito no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, e o princípio da plenitude de defesa, transcrito na alínea "a" do inciso XXXVIII do artigo 5º da Carta Magna[88]. Este está presente nos crimes de competência do Tribunal do Júri, uma vez que o réu será julgado por pessoas leigas, as quais não fundamentam suas decisões. Dessarte, deve ser assegurado ao réu todos os meios de defesa possíveis, a incluir argumentos não jurídicos[89]. Aquele, por sua vez, proporciona ao acusado institutos não oferecidos à acusação, como a revisão criminal e a possibilidade de desconstituição do advogado do réu por parte do magistrado, uma vez verificada deficiência na defesa, a conferir-lhe maiores possibilidades de provar sua não culpabilidade ao Estado-Juiz[90].

A ampla defesa subdivide-se em defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica deve ser exercida por profissional da advocacia e é um direito indisponível do inculpado[91], porquanto este não possui conhecimentos técnico-jurídicos suficientes a ponto de resistir a pretensão punitiva Estatal[92]. Dessa forma, caso o réu persista em não habilitar advogado para a sua defesa e ainda que seja revel, o juiz tem o dever de

[87] BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. Revista CEJ, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: < http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf >. Acesso em: 22 jul. 2017.

[88] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 mar. 2017

[89] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.36

[90] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.34.

[91] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 24-25

[92] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 99

providenciar um defensor[93], nos termos do artigo 261 do Código de Processo Penal[94].

Ante ao exposto, se o processo tiver curso sem a presença de defensor, deverá ser declarado nulo por não observância à regra constitucional da ampla defesa[95], a revelar-se como nulidade absoluta, nos termos da alínea "c" do inciso III do artigo 564 do CPP[96]. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal enunciou a súmula nº 708: "É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro[97]".

A defesa técnica, além de indeclinável e fundamental, precisa ser plena e efetiva. Não basta garantir a presença formal do advogado, deve-se assegurar ao réu efetiva participação do defensor. Assim, nada adiantaria a presença de um defensor desinteressado, que não se preocupasse com o arrolamento de testemunhas, com o oferecimento de memoriais, ou que os apresenta sem abordar teses providas de respaldo legal, a provocar ofensa a garantia constitucional da ampla defesa. Portanto, cabe ao juiz e ao Ministério Público fiscalizar a atuação do defensor a evitar qualquer nulidade absoluta[98]. Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 523 do STF[99]: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só a anulará se houver prejuízo para o réu".

---

[93] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 24-25

[94] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 ago. 2017

[95] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 25.

[96] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 ago. 2017

[97] No HC nº 94.282/GO, o STF decidiu o julgamento do recurso de apelação realizada sem que o paciente tivesse defensor constituído incorre em nulidade. O advogado constituído renunciou aos poderes que lhe foram concedidos logo após a apresentação das razões de apelação, e o juiz não intimou o réu para constituir um novo defensor inobservando a Súmula nº 708 do STF. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 94.282- GO*. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 03 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589319> Acesso em: 04 ago. 2017

[98] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 30

[99] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 523*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729> Acesso em: 03 set. 2017

Decorre da ampla defesa a garantia constitucional da autodefesa. Este instituto poderá ser dispensado pelo réu, pois cabe a ele o juízo de conveniência e oportunidade no exercício do direito[100]. Ao acusado não é obrigatório o comparecimento para interrogatório ou realização de atos processuais[101].

A autodefesa consiste, logo, no direito de audiência, no direto de postular pessoalmente (sem intermédio de advogado) e no direito de presença[102].

O direito de audiência se manifesta quando o acusado é interrogado pessoalmente pelo juiz. O interrogatório apresenta-se como ato renunciável ao imputado, logo ele não tem a obrigação de comparecimento. Porém, caso se verifique presente, em decorrência do direito ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIIII da Constituição Federal[103]), não estará obrigado a responder as perguntas à autoridade judiciária[104].

No que tange ao direito de presença, ao acusado é assegurado o acompanhamento dos atos da instrução processual, juntamente ao seu defensor, a fim de auxiliar a defesa[105].

Por fim, em alguns momentos específicos, a Constituição Federal e a legislação ordinária conferem ao acusado o direito de postular de forma autônoma, sem a necessidade da presença de seu defensor. Dessarte, o acusado poderá interpor recursos (art. 577, "caput" do CPP[106]), impetrar "Habeas Corpus" (art. 654, "caput"

[100] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas 2017. p. 47-48
[101] FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 263
[102] FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 263
[103] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 02 set. 2017
[104] FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 264
[105] FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 264
[106] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 ago. 2017

do CPP[107]) e ainda elaborar pedidos concernentes à execução da pena (art. 195, "caput" da Lei de Execuções Penais[108])[109].

Corolário da própria relação processual, surge o princípio do contraditório, com característica simétrica, direcionado e garantido à ambas partes no processo penal. Expressamente previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988[110], o cânone designa que as afirmações de fato e a exteriorização de provas no processo abrem caminho à outra parte a se manifestar nos autos processuais, a manter a persecução penal em seu estado de equilíbrio[111].

Pelo fato de o litígio possuir interesses conflitantes, de modo bilateral, o processo obtém caráter dialético[112]. Dessa forma, o contraditório deve prezar pela igualdade processual, a ser entendido por dois aspectos: o primeiro, traduz-se no direito a informação (conhecimento); o segundo, reduz-se a participação efetiva e igualitária das partes no processo[113]. Isto é, assegura-se aos litigantes a possibilidade de produzir provas e interferir no conjunto probatório produzido pela parte contrária.

A presunção de não culpabilidade fora idealizada inicialmente na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão no ano de 1789[114]. No ordenamento jurídico brasileiro, antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a presunção de não culpabilidade consistia em simples decorrência da garantia do devido processo legal, de forma implícita[115]. Com o advento da Carta Política de 1988, o princípio da presunção de não culpabilidade foi expressamente previsto no

[107] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 ago. 2017
[108] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 03 set. 2017
[109] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 37
[110] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 02 set. 2017
[111] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.38
[112] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. vol 1. p. 87.
[113] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 99
[114] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 321-322
[115] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 11

inciso LVII do artigo 5º[116], in verbis: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória."

O direito à não consideração prévia de culpabilidade reside em assegurar ao imputado o direito de não ser declarado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória[117]. A Carta Política estabelece que somente a decisão condenatória definitiva afastará a condição inicial de inocência que todas as pessoas gozam.[118]

Ainda sobre o princípio supramencionado, vedada é a antecipação do juízo condenatório de modo a restringir a liberdade do réu antes da condenação tornar-se irrecorrível. Todavia, apesar de a regra estabelecer que o acusado deverá submeter-se a persecução penal em liberdade, poderá, de maneira excepcional, ser admitida a privação da liberdade do imputado a título de medida cautelar, desde que existente todos os pressupostos legais e mediante fundamentação do magistrado[119]

Ausente da seara constitucional e a apresentar características meramente processuais penais, surge o princípio da busca da verdade real, concernente à relação processual criminal. Em primeiro momento, deve-se esclarecer que a verdade no processo penal é relativa, pois os autos processuais não possuirão força a realizar fato gerador com o exato delineamento dos fatos ocorridos no crime. Depreende-se, assim, que ao magistrado é afastada a possibiidade de alcance à chamada verdade objetiva, a qual retrata fielmente o ocorrido em plano real[120]. Em vista disso, Guilherme de Souza Nucci leciona sobre a verdade real:

> "Contrariamente à verdade formal, inspiradora do processo civil, pela qual o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimonial,

[116] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017

[117] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 321

[118] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 11.

[119] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 15

[120] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 56

> que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraindo sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja coautor na produção de provas. Esse princípio muitas vezes inspira o afastamento da aplicação literal de preceitos legais. Exemplo disso é o que ocorre quando a parte deseja ouvir mais testemunhas do que lhe permite a lei. Invocando a busca da verdade real, pode obter do magistrado a possibilidade de fazê-lo."[121]

Tem-se, portanto, que a verdade no processo criminal constitui mera noção ideológica dos fatos, a determinar, inclusive, que o juiz atue ativamente, de ofício, na produção de provas como genuíno copartícipe no alcance de evidências. Cria-se, assim, larga distinção entre o juiz que atua em matéria cível daquele que envolvido em disciplina processual penal. O primeiro realiza seu trabalho com notória despreocupação quanto à instrução probatória, a aguardar as manifestações das partes. O segundo, mesmo no caso de o acusado confirmar a denúncia, deverá determinar a produção probatória do feito, a afastar toda e qualquer possibildade de violação a liberdade de um indivíduo inocente, a qual possui natureza de um direito fundamental e indisponível ao homem.[122]

O direito contemporâneo apresenta divergência quanto à natureza probatória. Ao passo que o processo civil, amparado pela reforma de 2015, permite uma certeza alcançada pela mera ausência de impugnação dos fatos formulados na petição inicial o que enseja na chamada verdade formal, uma vez que decorre da simples presunção legal. Em contrapartida, no processo penal brasileiro é inadmissível tal instituto, uma vez que este clama pela materialização probatória, isto é, percorre seu caminho à luz da verdade material.[123]

Ressalta-se que a busca pela verdade material não traduz ausência de limites para a produção de provas no processo criminal. Não poderá ser realizada de maneira indiscriminada, mas devem manifestar-se, partes e juiz, conforme as

[121] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57.
[122] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 58
[123] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 338

permissões e vedações instituídas em âmbito constitucional e legal, como, por exemplo, a exigibilidade de autorização judicial para a produção de interceptação telefônica.[124]

Paralelamente, surge o inovador princípio da identidade física do juiz, introduzido pela Lei nº 11.719/08 ao §2º do artigo 399 do Código de Processo Penal. Sua importância realça a formação do convencimento judicial a partir da juntada de provas e depoimentos do acusado, do órgão acusador ou mesmo de testemunhas[125]. A norma em tela determina, pois, que o juiz da instrução seja o mesmo a proferir a sentença, a prestigiar a persuasão racional e o livre convencimento motivado, uma vez considerado elo entre prova e sentença para a construção da asseveração do juiz[126]. Eis a literalidade do dispositivo em tela:

> "Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.
>
> [...];
>
> §2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença."[127]

O juiz detém plena liberdade na formação de seu convencimento à valoração das provas, a optar, sem qualquer restrição, por qualquer delas em suas fundamentações. O livre convencimento motivado é o instituto que conduz o julgamento e, por fim, aprecia o conjunto probatório indexado aos autos. Por óbvio, tal regra é excepcionada nos julgamentos de competência do Tribunal do Júri, porquanto aos jurados cabe assentamento de suas respostas, restando aquela tão somente às decisões do juiz singular.

O magistrado, em vista das provas presentes nos autos do processo, poderá apreciá-las livremente, desde que motive a sua decisão[128]. Não lhe é permitido

[124] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 58
[125] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 332
[126] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 332
[127] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 10 set. 2017

decidir em conformidade com provas que não estão presentes nos autos, porquanto as partes possuem o direito subjetivo de compreender as razões de decidir do órgão julgador. Caso se entenda necessário, exercer-se-á o direito ao duplo grau de jurisdição.[129]

Por fim, o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento enuncia que a fundamentação da decisão judicial deverá estar em conformidade com as provas produzidas em contraditório judicial. Apoiar-se em provas colhidas na fase pré-processual e que não foram renovadas em sede judicial seria descumprir com o mandamento constitucional do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal[130]. Dessa forma, o caput do artigo 155 do Código de Processo Penal[131], com redação definida pela Lei n. 11.690/2008, não hesitou em desautorizar o juiz a edificar sua convicção meramente em provas produzidas em fase pré-processual, a notar-se a ínfima força de produção de provas de ofício na sede investigatória.[132]

3.2. Repartição do ônus da prova

O onus probandi é encargo pelo qual os litigantes provam a verdade dos fatos por meios legalmente aceitáveis. O acusado tem a obrigação de se defender e o ônus de produzir provas. Dessa forma, há evidente diferença entre o instituto da obrigação e o do ônus[133]. Assim, explana Adalberto Aranha:

> "A obrigação é a de ser defendido, sob pena da sanção correspondente que é a nulidade, entendida como a prática de atos defensórios necessários, como a presença às audiências, acompanhamento das provas, alegações finais, etc.

---

[128] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol.1. p. 67

[129] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* 24.ed. Atlas, 2016. p. 520

[130] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017

[131] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 10 set. 2017

[132] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 349

[133] ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.

> A produção de prova é apenas um ônus, e, como tal, quem não a realiza de forma alguma viola o princípio da obrigatoriedade de defesa.
>
> Defender-se ou ser defendido é obrigação processual; produzir a prova é apenas um ônus.
>
> Daí por que não constitui nulidade por ausência da obrigatoriedade do exercício do direito de defesa a não-produção de provas"[134]

Dessarte, o onus probandi equivale a faculdade de os litigantes produzirem provas acerca das afirmações de fatos de cunho relevante para o processo, cujo exercício poderá lhes acarretar vantagem ou evitar a ocorrência de prejuízos[135]. De modo consequente, o ônus da prova não pode ser considerado dever cuja omissão possa constituir pena, uma vez que aquele que alegar e não comprovar a veracidade da alegação não estará sujeito a qualquer sanção. Todavia, estará suscetível a prejuízos decorrentes dessa omissão.[136]

Adalberto Aranha ensina que cabe ao órgão acusador provar os fatos alegados de forma a demonstrar a existência do fato ilícito, a autoria do denunciado, a relação de causalidade e a culpa (strictu sensu), sendo o dolo presumido. Logo, em se tratando de crime culposo, o promotor de justiça deverá demonstrar se o agente agiu com negligência, imprudência ou imperícia. No que se refere a defesa, cabe o ônus probatório dos fatos extintivos (ex. prescrição, decadência), impeditivos (ex. exclusão da vontade) e modificativos (exclusão da antijuridicidade, causas supralegais) do direito do autor do fato.[137]

No entanto, ressalta-se que em razão da garantia constitucional da presunção de não culpabilidade o ônus da comprovação dos fatos alegados compete de forma exclusiva à acusação. Desse modo, caso esta não consiga atender a referida

[134] ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.
[135] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal.* Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 292.
[136] BARROS, Marcos Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 153
[137] ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 14-15

incumbência, assumirá as negativas consequências de seu ato, e a dúvida será dirimida em favor do réu (*in dubio pro reu)*[138]

Nesse mesmo diapasão, decidiu o STF, in verbis:[139]

> EMENTA: "HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº 7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AOEVENTO DELITUOSO INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societario", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. - A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de

[138] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, nov. 1994. p. 3

[139] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84580-1/SP*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602611> Acesso em: 12 out. 2017.

estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes.

DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AOS DIRETORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUALQUER CONDUTA ESPECÍFICA QUE OS VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS - INÉPCIA DA DENÚNCIA. - A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. - A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal. - Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinqüência ou caracterizadoras de delinqüência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ("nullum crimen sine culpa"), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do "versari in re illicita", banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna- se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de

> responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.
>
> (HC 84580, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176 DIVULG 17 -09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00222 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 500-513) (grifo nosso)

Por outro lado, Gustavo Badaró ensina que a regra de distribuição do ônus da prova está a perder cada vez mais sua importância. O princípio da comunhão da prova permite ao juiz, no momento do julgamento, levar em consideração todos os elementos probatórios indexados aos autos. Assim, uma vez provado o fato, pouco interessa qual parte levou para os autos o meio de prova que propiciou o convencimento do magistrado[140]

Ante o exposto, no momento de proferir a sentença, a autoridade judiciária considerará todas as provas que existem nos autos. Uma prova produzida por uma parte poderá ser utilizada em favor do outro litigante[141]. Logo, se a testemunha de defesa apresentar um depoimento de modo a favorecer o acusado, o defensor deste deverá desfrutar da prova como argumento para a sua salvaguarda, pois o defensor tem o dever de aproveitar tudo aquilo que for benéfico ao seu cliente.[142]

Ademais, se uma das partes abstém-se de produzir provas que comprovem sua pretensão ou resistência, ainda será possível que a lide seja julgada em seu benefício, pois o fato poderá ser comprovado pela prova produzida ex officio pelo juiz da causa. Entretanto, destaca-se que a produção de provas deve ser utilizada

[140] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 185-187

[141] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 185-187

[142] BARROS, Marcos Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 155

como último recurso do juiz, mediante justificação e perante uma dúvida relevante para a elucidação de fatos no processo.[143]

Desse modo, caso o autor da demanda não exerça seu direito de comprovar o fato – ou não o tenha realizado com êxito – e a prova produzida pelo magistrado comprová-lo, provavelmente o pedido da acusação virá a ser procedente. Em contrapartida, caso o réu não demonstre fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor da demanda e em decorrência de determinação judicial a alegação de o demandado restar comprovada, a possibilidade de condenação do acusado restará afastada.[144]

3.3 O papel do juiz na fase instrutória

O juiz criminal, durante a persecução penal, adota uma posição de garante quanto ao princípio do devido processo legal, a observar todas as demais normas principiológicas e constitucionais que dele se desdobram, de modo a assegurar a tutela da liberdade do acusado e limitar o exercício da pretensão punitiva do Estado.[145]

Nesse sentido explana Aury Lopes Jr.:

> "A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legítimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.[146]
>
> Contudo, a independência não significa uma liberdade plena (arbitrária), pois sua decisão está limitada pela prova

[143] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 186

[144] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 186

[145] BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em:< http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf f> Acesso em: 29 out. 2017.

[146] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.61

> produzida no processo, com plena observância das garantias fundamentais (entre elas a vedação da prova ilícita) e devidamente fundamentada (motivação enquanto fator legitimante do poder). Não significa possibilidade de decisionismo."

Portanto, o termo "independência" se concretiza quando o juiz está alheio a qualquer pressão de cunho político, midiático ou popular. O juiz não é sujeito representativo, contrariamente ao que ocorre nos outros dois poderes – Executivo e Legislativo. Nesse contexto, o papel do magistrado é operar como garante da eficácia do conjunto de normas que dizem respeito aos direitos e às garantias fundamentais do acusado no processo penal .[147]

Conforme examinado no primeiro capítulo do presente trabalho, o sistema acusatório (cf. art. 129, I da CRFB[148]) é o que vige no ordenamento jurídico brasileiro. Esse sistema entrega de maneira privativa ao Ministério Público a proprositura da ação penal pública e, em alguns casos excepcionais, ao particular.[149]

Logo, a separação de poderes promovida pelo sistema de índole acusatória resguarda o atributo da imparcialidade do juiz. Ora, se o magistrado não promove a acusação, livre estará para examiná-la. Entretanto, importante ressaltar que a separação de poderes no processo (acusar, defender, julgar) não é incompatível com a possibilidade de atribuir ao juiz poderes instrutórios.[150]

Os poderes instrutórios das partes e do magistrado no processo serão definidos a partir do acolhimento de um dos dois sistemas – adversarial system ou inquisitorial system.[151] O sistema acusatório pode adotar tanto o adversarial quanto o inquisitorial. Destaca-se que não há qualquer similitude entre o modelo inquisitivo e

[147] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.61
[148] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 ago. 2017.
[149] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* 24.ed. Atlas, 2016. p. 49.
[150] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.
[151] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

o inquisitorial system, assim como também não há nenhuma identidade entre o modelo acusatório e o adversarial system.[152]

No adversarial system, a produção de provas durante a persecução penal verifica-se sob a responsabilidade das partes. Nesse sistema, o magistrado não adota posição ativa em sede probatória. Por conseguinte, se as provas produzidas pelas partes forem insuficientes, o juiz se manterá inerte. No adversarial system, evidencia-se valores como a liberdade, a autonomia e a iniciativa das partes, não cabendo ao juiz buscar de forma autônoma a verdade. Dessarte, quando as provas produzidas pelas partes acarretarem dúvidas acerca de fatos relevantes no processo, o magistrado deverá se ater às regras de disribuição do ônus da prova, e o sujeito processual onerado sofrerá o prejuízo.[153]

No inquisitorial system, o juiz possui papel de destaque em relação às partes, visto que, neste sistema, o magistrado adquire amplos poderes na condução do processo, além de deter a prerrogativa de produzir provas de ofício no curso da ação penal. Embora o magistrado atue ativamente na produção de provas, os sujeitos processuais desempenham funções diferentes (acusar, defender, julgar). Por essa razão, o modelo em tela não fere o sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (cf. art. 129, I da CRFB[154])[155]

Portanto, o que irá definir a atuação das partes e do juiz criminal durante a persecução penal será a opção do sistema processual penal por um dos dois regimes. No capítulo posterior, será possível inferir que o Código de Processo Penal, consoante o artigo 156, adotou o *inquisitorial system.*

---

[152] BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf> Acesso em: 29 out. 2017.

[153] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 129-130

[154] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 nov. 2017.

[155] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 135-136.

4 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

4.1 A iniciativa probatória do juiz em sede investigatória

A inovação trazida pela redação da Lei n. 11.690/2008 ao artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal[156] passou a prever a possibilidade de o juiz, de ofício, "ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes mesmo antes de iniciada a ação penal, observada a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida".[157]

A fase pré-processual penal, mais precisamente o inquérito policial, identifica os atores envolvidos ao congregar ações de pesquisa e de monitoração do fato[158]. Dessa forma, o atual modelo processual penal inaugurado pela Carta Magna de 1988 possui características orientadas pelo sistema acusatório[159], baseado no modelo actum trium personarum[160], o qual consolida a separação das funções de acusar, defender e julgar. Esse modelo tem fundamento na imparcialidade do magistrado, de modo a distanciá-lo da fase investigatória, a qual deve ter como autores principais o delegado de polícia e o Ministério Público[161].

Ademais, a apresentação de provas, no que diz respeito à materialidade da existência do fato e aos indícios de autoria, cabe à acusação, parte que não detém o ônus de demonstrar a culpabilidade do réu ou mesmo a inexistência de excludentes de ilicitude – segundo o "caput" artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

Em contraste, o inciso I do artigo 156 possibilita ao magistrado, de ofício, a produção antecipada de provas, ainda que em momento anterior à instauração da

---

156 BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 dez. 2017.

157 BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 dez. 2017.

158 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156.

159 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 334.

160 LOPES JR., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61

161 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 874

ação penal, uma vez verificada urgência e relevância no caso concreto. Esse dispositivo, à luz do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, aproxima o magistrado ao instituto do órgão acusador, a restar caracterizada a norma em comento em indubitável inconstitucionalidade[162]. O tema é abordado com divergência na doutrina do direito penal positivo, partindo-se da incumbência atribuída ao julgador de resolver o conflito com fulcro na instrução, fonte de sua persuasão[163].

Para Paulo Rangel, o artigo 155 e o artigo 156, inciso I, ambos do Código de Processo Penal, contradizem-se de maneira lógica, uma vez que aquele não permite ao magistrado a condenação única e exclusivamente fundamentada à luz de material probatório colhido na fase policial. Não obstante, o segundo artigo supramencionado autoriza o juiz a produzir provas ex officio na fase investigatória[164]. Dessa forma, o autor se indaga: "Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença?"[165]

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, contraria o sistema acusatório ao defender a constitucionalidade da norma em comento. O autor afirma que o juiz, ao determinar a colheita de provas durante a fase pré-processual de ofício, está agindo em conformidade com o princípio do impulso oficial e com o princípio da verdade real, uma vez que este instituto deve ter posição de destaque no processo penal brasileiro. Para Nucci, defender a inconstitucionalidade da referida norma é ir contra o princípio da verdade real e, por conseguinte, inibir a satisfação do livre convencimento pelo magistrado. O autor defende que o juiz que se mantém submetido a total inércia não obterá êxito na formação de sua convicção[166]. Resta incompatível a tese apresentada por Nucci, na medida que a verificação de órgão dissemelhantes de acusação, defesa e julgamento não são suficientes ao modelo

[162] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 341
[163] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.156
[164] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* 24.ed. Atlas, 2016. p. 509
[165] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* 24.ed. Atlas, 2016. p. 509
[166] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 355

acusatório. Ao juiz, para revestir-se de inteira imparcialidade, deve ser impedido de tecer avaliações antecipadas sobre a matéria em debate.[167]

Nesse mesmo diapasão, Noberto Pâncaro Avena reconhece a constitucionalidade do artigo 156, I do Código de Processo Penal[168], desde que a referida norma não seja interpretada em sua literalidade. Para Avena, esse dispositivo requer interpretação compatível tanto com o modelo acusatório implícito na Carta Maior quanto com princípio da verdade real que integra uma das finalidades do processo penal. A prova a ser realizada ex officio pelo magistrado em sede investigatória deveria ser condicionada a averiguação de determinados pressupostos elencados pelo autor, como: existência de investigação já em andamento suscitada pelos órgãos competente; presença de periculum in mora (medida urgente e relevante demonstrada pelo juiz) e fumus bonis iuris (exteriorizado através de indícios de autoria ou de prova da materialidade do fato); e verificação da excepcionalidade da atuação do juiz, uma vez que este só deverá atuar ativamente em sede investigatória caso a medida probatória obedeça critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade[169], conforme dispõe a parte final do inciso I, do artigo 156 do CPP[170]. Aury Lopes Júnior refuta os argumentos de Avena no que tange à posição do juiz frente ao inquérito policial. Para Aury, o magistrado limita-se como autêntico garantidor, contido em suas próprias manifestações e disperso à atividade pré-processual, qualificando-se como supraparte nessa relação[171], e assim arremata:

> "Daí porque nosso profundo rechaço ao disposto no inciso I do art. 156 (nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008), que permite ao juiz, de ofício, ordenar antes de iniciada a ação penal (logo, na investigação preliminar), a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes,

[167] THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 259
[168] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 dez. 2017
[169] AVENA, Noberto Pâncaro. *Processo Penal*. 9. ed. Método, 02/2017. p. 15
[170] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 dez. 2017
[171] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 124

> observado a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Como se percebe, além de caminhar em direção ao passado (juiz-instrutor), a reforma pontual maquiou o problema, utilizando critérios vagos e imprecisos (necessidade e adequação par que e para quem?) e o manipulável princípio da proporcionalidade (que com certeza será utilizado a partir de falaciosa dicotomia entre o (sagrado...) interesse público e o (sempre sacrificável) direito individual do imputado...).”[172]

Os argumentos a favor da produção de provas ex officio pelo magistrado vão de encontro ao princípio da inércia da jurisdição. Malgrado o Código de Processo Penal conceda ao juiz o exercício de produção de provas em sede investigativa, ao órgão julgador não é conferido, com base nas diretrizes basilares do direito processual penal, o poder de definir sua própria jurisdição ou concedida função persecutória. Autores como Marco Antônio Silva e Jayme de Freitas defendem a impossibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz em sede inquisitiva, a possibilitar o ato tão somente quando da solicitação pelo órgão ministerial[173]. Porém, é rígido o entendimento de a iniciativa instrutória do juiz confundir-se com o princípio inquisitório, repelido pela Constituição Federal de 1988[174]. Gilberto Thums assim entende:

> “Se há um órgão estatal, organizado e estruturado por lei, em quadro de carreira, com atribuição exclusiva de promover a ação penal pública, está proibido o juiz de assumir o papel de acusador. O interesse público do processo no que diz respetio à acusação esgota-se na atuação do Ministério Público. O juiz deve decidir com base nas provas produzidas pelas partes. A pretensão acusatória e seus limites pertencem à parte autora.”[175]

Além disso, destaca-se que a jurisdição penal se inicia pontualmente com a apreciação da acusação formulada pelo parquet. Tanto é que a chamada cláusula de reserva de jurisdição, a qual abrange a permissão para romper a inviolabilidade de domicílio, o direito à intimidade, o direito à privacidade ou até mesmo a liberdade

[172] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 124
[173] SILVA, Marco Antônio da, FREITAS, Jayme de. *Código de Processo Penal Comentado*. 1. ed. Saraiva, 2012. p. 273.
[174] THUMS, Gilberto. Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 251-252.
[175] THUMS, Gilberto. Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 252.

individual, é pautada na mera proteção de interesses de investigação criminal, ao amparo da Constituição Federal e do devido processo legal. Por essa razoabilidade, o magistrado não deve realizar qualquer providência de ofício em fase de investigação criminal, seja para fins de conservação material a ser colhida ou mesmo qualquer determinação de medidas acautelatórias.[176]

Todavia, isso não significa que o juiz criminal está impossibilitado de realizar qualquer ato durante a fase de investigação. Ao proferir decisão sobre interceptação telefônica ou acerca de uma realização de busca domiciliar, por exemplo, o magistrado não está realizando investigação. Pelo contrário, o juiz está cumprindo com a sua função durante a persecução penal, qual seja, de examinar o cabimento da restrição de direitos e assegurar os direitos fundamentais do investigado.[177]

O artigo 3º da revogada Lei n. 9.034/1995 – Lei de Organização Criminosa – entregava ao juiz criminal poderes instrutórios no sentido de buscar informações referentes a atuação das organizações criminosas ainda na fase investigativa – antes mesmo da propositura da ação penal[178]. Dessarte, o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.570/DF[179], declarou inconstitucional a figura do juiz inquisidor descrita na norma ora examinada, sob a justificativa de que as atribuições de inquirição e investigação são entregues ao Ministério Público e a Polícia Judiciária, conforme ementa a seguir:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

[176] PACELLI, Eugênio. Curso de Processual Penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 341
[177] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). Temas relevantes de direito penal e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157.
[178] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 875.
[179] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1570/DF*. Plenário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546> Acesso em: 12 nov. 2017.

> IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.
>
> (ADI 1570, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL- 02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)[180]

O ministro relator, Maurício Corrêa, em sede do controle de constitucionalidade em apreço, sustentou que a norma questionada criara uma espécie de juízo de instrução, o qual não apresenta previsão no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a incumbência do inquérito policial é reservada à Polícia. Além disso, o relator ponderou em seu voto que "Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade".[181]

[180] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1570/DF*. Plenário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546> Acesso em: 12 nov. 2017.

[181] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1570/DF*. Plenário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546> Acesso em: 12 nov. 2017.

Nessa mesma esteira, no RHC n. 23945/RJ, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que quando o juiz procede ao interrogatório do réu antes mesmo da propositura da ação penal há grave violação à garantia da imparcialidade, *in verbis:*

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA. REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POR JUIZ DURANTE A FASE INQUISITÓRIA, ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 3º, DA LEI DE PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO QUE PERMITA AO MAGISTRADO PROCEDER À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. RETORNO AO SISTEMA INQUISITÓRIO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTIAS DO CIDADÃO. RECURSO PROVIDO.
>
> Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei 960/1989.
>
> A lei da prisão temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade policial o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.
>
> A Lei 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o Juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu.
>
> O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.
>
> O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes.
>
> No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem.
>
> Recurso provido.
>
> (RHC 23.945/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA

CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 16/03/2009) [182]

No caso aludido, o juiz realizou atos de competência da polícia judiciária, indicando o artigo 2º, §3º, da Lei de Prisão Temporária como base legal para o procedimento realizado. Entrementes, o artigo supramencionado não confere poderes ao magistrado para interrogar o acusado durante o procedimento administrativo. O dispositivo em análise apenas permite ao magistrado que solicite informações e esclarecimentos à autoridade policial e determine, de ofício, que o preso lhe seja apresentado e submetido ao exame de corpo de delito.

Logo, conforme o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe ao magistrado interrogar o réu e apurar fatos antes mesmo da realização da denúncia pelo Ministério Público. O julgador que atua na investigação, de maneira consequente, declina-se à direcionamento específico, a afastar-se da imparcialidade, subjetivamente comprometida, por então haver alinhamento prévio a algum dos polos da relação processual.[183] Afinal, a produção de provas incumbe àqueles envolvidos no contraditório do processo, a restar ao juiz, em sede pré-processual, a figura de mero destinatário da prova.[184]

Nesse sentido, é possível inferir que a atuação do juiz *ex officio* na fase pré-processual não se coaduna com um dos pilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, o sistema acusatório, cujo aspecto básico é a separação das funções de acusar, defender e julgar. Desse modo, quando o juiz concentra todas essas funções em suas mãos, além de comprometer a imparcialidade da jurisdição, viola a cláusula do devido processo legal. A presença do magistrado nessa etapa demonstra natureza excepcional e contingente, pois não exprime, sequer, caráter necessário à conclusão

[182] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 23.945/RJ*. Sexta Turma. Relatora: Min. Jane Silva. Brasília. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=854582&num_registro=200801423264&data=20090316&formato=PDF >. Acesso em: 18 mar.2018.

[183] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.) *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157.

[184] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 467

do inquérito policial[185]. Logo, o recolhimento de material probatório para a propositura da ação penal compete exclusivamente à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, a fim de se manter preservada a imparcialidade do juiz[186].

4.2 Iniciativa probatória do juiz durante o curso da ação penal

À luz do princípio da verdade, verifica-se a possibilidade de o órgão julgador estipular a produção de provas em sede de processo penal. Diferentemente do inquérito policial, nessa etapa, o ordenamento jurídico brasileiro garante ao então acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa frente à motivação das decisões judiciais[187], e, por conseguinte, passa a garantir o direito de reação e influência das partes no rumo do processo.[188]

O inciso II do art. 156 do Código de Processo Penal foi acrescentado pela Lei n.º 11.690/2008, facultando ao juiz a realização de diligências com o fito de sanar incertezas sobre pontos relevantes no curso da instrução – fase processual. A condição da observância do contraditório e da ampla defesa torna o dispositivo mais compreensível quanto à determinação da produção de provas do juiz quando comparada à etapa inquisitorial. O dispositivo em tela deriva de sistema há muito consolidado no processo civil brasileiro, o qual foi reafirmado pela Lei n.º 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil[189]. Entretanto, ressalta-se que a referida garantia constitucional não é destinada ao órgão jurisdicional, mas tão somente aos litigantes, estes que devem utilizá-la em face da produção de provas, à luz do binômio conhecimento-reação, não lançado em fase pré-processual[190].

Por meio da literalidade expressa no artigo 155 do Código de Processo Penal, infere-se que o princípio da judicialização sugere, em regra, que a produção de provas seja realizada em juízo, a realizar fato gerador com a norma constitucional

[185] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 124
[186] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 875
[187] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 875
[188] SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Editora Saraiva, 2017. p. 797
[189] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 355
[190] SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Editora Saraiva, 2017. p. 796

prevista no inciso LV do artigo 5º da Carta Magna[191]. Nessa esteira, o contraditório firma-se como fator determinante à possibilidade de produção de provas por iniciativa do magistrado em sede processual. Essa garantia constitucional-processual, inexistente em sede investigativa, fortalece a tese da garantia da imparcialidade do juiz frente à própria atuação.[192]

Sob o aspecto político, a produção de provas, por ânimo do magistrado, deriva da função social do processo a alcançar a paz comum. Dessarte, não é possível admitir, quando presente a possibilidade do contraditório, a aplicação de normas de direito substancial a acontecimentos não devidamente apresentados, isto é, o juiz deve suprir as limitações dos litigantes, a fim de alcançar a par condicio, de forma a superar as desigualdades entre as partes, uma vez que a função do magistrado em um processo plublicista é indispensavelmente ativo. A produção de provas na fase instrutória é, com larga frequência, quesito determinante à conclusão processual.[193]

A prerrogativa conferida ao juiz demanda dúvidas na doutrina quanto à natureza de o elevado poder probatório em sede processual se tratar de mera faculdade ou de verdadeira obrigação. Parcela dos estudiosos processualistas penais afirmam consistir o poder em simples autorização ofertada ao magistrado, entendimento o qual não prevalece. De maneira contrária, predomina a posição que defende ser o poder instrutório do magistrado, no curso da ação penal, legítimo poder-dever, a indicar a mens legis resgatada em interpretação sistemática do direito positivo[194]. Ademais, a qualidade da imparcialidade subsiste quando da atuação do

[191] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 467
[192] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 84
[193] GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15-23 jan./jun. 2005. p.18
[194] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87

juiz em busca da verdade, desde que observados os fundamentos legais, jurídicos e constitucionais, a exemplo do contraditório consagrado em sede processual[195].

Antônio Alberto Machado, por sua vez, opõe-se ao engenho magisterial supracitado, imputando às partes, de modo quase exclusivo, a obrigação do onus probandi. Para o autor, a produção de provas em juízo é direito-dever das partes, e não do órgão julgador, o qual deve contentar-se em apenas presidir, de maneira imparcial, o duelo probante[196]. Ao afirmar que a figura do magistrado resta, pois, como mera destinatária daquilo que foi apresentado nos autos do processo, Machado define:

> "Quando o juiz determina, de ofício, a realização de provas, é sinal de que ele está em dúvida, e, na dúvida, deve absolver o acusado, aplicando o princípio do in dubio pro reo. Se o juiz não absolve aplicando esse princípio é porque as diligências que ele vai determinar, consequentemente, são diligências destinadas a apurar a responsabilidade criminal do réu, e não a sua inocência, como se ele (juiz) fosse um acusador, o que torna a sua atuação contrária no princípio constitucional do procesos acusatório.
>
> (...)
>
> Durante a instrução do processo é natural que o juiz tenha dúvidas acerca do fato ou da responsabilidade criminal do acusado, mas nem por isso deve sair procurando novas provas. Precisa aguardar que as partes dirimam essas dúvidas, e se elas persistirem, ao final de instrução probatória, deve absolver o réu em nome do princípio milenar do in dubio pro reo."[197]

Entrementes, os fundamentos delineados no sentido de impedir a produção de provas pelo órgão julgador, no curso do processo, são vulneráveis e inconsistentes. Na medida que a demanda por esclarecimentos seja medida excepcional, em face às incertezas não esclarecidas pelas partes, os atos do magistrado apresentam, pois, caráter supletivo. As provas produzidas por determinação judicial como meio de

[195] BARROS, Marcos Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.122
[196] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 467
[197] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 474-475.

complementação, em sede processual, não prevê benefício a qualquer das partes, uma vez que o resultado do indício não é previsível.[198]

Marcos Alexandre Coelho Zilli define que a decisão do juiz quanto à produção de provas de modo complementar exige motivação e indicação da finalidade visada pela medida, alinhada à publicidade, ao contraditório e à ampla defesa das partes, a garantir, aos litigantes, possibilidade de participação nas mesmas proporções quanto às produções e aos resultados[199]. Eugênio Pacelli complementa Zilli, ao destacar que a manifestação do magistrado, ao produzir provas ex officio, no processo penal, é fator determinante ao equilíbrio da natureza material da ação e da paridade de armas entres as partes[200]. Outrossim, Pacelli enfatiza a peculiar resolução do magistrado no que tange à produção de provas em caso de dúvida – diferenciando-a de sua mera ausência:

> "A dúvida somente instala-se no espírito a partir da confluência de proposições em sentido diverso sobre determinado objeto ou ideia. No campo probatório, ela ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sobre o não produzido. Assim, é de se admitir a dúvida do juiz apenas sobre prova produzida, e não sobre a insuficiência ou ausência da atividade persecutória"[201]

Na linha seguida por Machado, Antônio Magalhães Gomes Filho também combate o poderio instrutório do juiz em sede processual. Para o autor, há, no processo, a figura do juiz inquisidor, consagrada pela busca incessante da verdade real e baseada nos institutos do livre convencimento do julgador e da economia do processo[202]. Paulo Rangel complementa essa idealização ao declarar que não há espaço ao juiz para deter gestão da prova, ainda que instaurada a ação penal. Rangel defende que o poder instrutório ex officio do juiz declina-se, invariavelmente, à

[198] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 158.
[199] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.) *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159-160
[200] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 344
[201] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 344
[202] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 59-60

condenação do acusado, uma vez que o direito processual penal determina a absolvição do acusado em caso de ausência de provas ou dúvidas sobre elas[203].

Os argumentos, porém, não se sustentam frente à interpretação sistemática do Código de Processo Penal. Ada Pellegrini leciona que confusões doutrinárias são desenvolvidas em virtude da equivocada interpretação desempenhada sobre o processo inquisitivo e o processo acusatório. Segundo Ada, este não se desnatura em razão da concessão de poderes instrutórios ao órgão julgador, pois, afinal, trata-se de distinção de modelos, em vez de sistemas, fundamento que permite ao sistema acusatório valer-se tanto do adversarial system quanto do inquisitorial system[204]. Nesse sentido, a Suprema Corte esboça o entendimento em apreço ao interpretá-lo sobre caso concreto:

> Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP). EXAME GRAFOTÉCNICO. DILIGÊNCIA REQUERIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. ART. 156, II, DO CPP. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. O juiz pode determinar, de ofício, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPC). 2. As provas que o magistrado entender imprescindíveis à formação de sua convicção podem ser ordenadas, de ofício, em qualquer estágio do processo, desde que antes de proferida sentença. Precedente: AR 1.538-AgR- AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 08.02.02. 3. In casu, a paciente foi denunciada como incursa nas sanções do artigo 304 do Código Penal, por ter, em tese, apresentado documento público (histórico escolar) e documento particular (diploma de qualificação técnica) falsos perante o Conselho Regional de

[203] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* 24.ed. Atlas, 2016. p. 510.
[204] GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15 -23, jan./jun. 2005. p. 15-16

> Enfermagem do Estado do Mato Grosso a fim de exercer, ilegalmente, a profissão de auxiliar de enfermagem. Concluída a instrução criminal, o juiz singular converteu o julgamento em diligência a fim de determinar a realização de exame grafotécnico para, após, sentenciar o feito. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 5. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita.
>
> (HC 121689, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 30-05-2014 PUBLIC 02-06-2014) (grifo nosso)[205]

Guilherme de Souza Nucci acompanha o entendimento do Pretório Excelso e da autora Ada Pellegrini. Nucci, inclusive, destaca os benefícios da atuação do magistrado no que diz respeito ao processo – e não à uma parte ou outra:

> "A atuação de ofício do juiz, na colheita de prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. O procedimento legal deve ser seguido à risca, designando-se as audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo, que é a prolação da sentença."[206]

Gilberto Thums é outro autor que contraria o preceito definido no inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal. Para ele, o órgão julgador incumbido de poderes constitucionais deve, ao depar-se com a dúvida, aplicar o instituto do favor rei, e não valer-se da busca por provas – o que seria, segundo Thums, a ditadura

[205] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 121689-DF*. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 13 de maio de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5980927> Acesso em: 10 mar.2018

[206] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 355

infiltrada na democracia[207]. Além disso, afirma não poder ser o juiz o gerente da prova, pois desse modo incorreria em declínio ora ao lado da defesa, ora ao lado da acusação. Deveria o juiz, pois, ser mero avaliador das provas, jamais empenhar-se em originá-las[208]. Gustavo Badaró, de maneira sucinta, desmantela a construção de Thums:

> "Os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Por outro lado, se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova. Juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial"[209]

Dessarte, adverte-se que a produção de provas pelo magistrado, em juízo, não se confunde com a matriz acusatória. O legislador, ao conferir ao órgão julgador a possibilidade de produção de provas, desde o recebimento da denúncia (ou da queixa-crime) até a sentença, concedeu-lhe autonomia para sanar nebulosidades do processo. Entretanto, o poder legiferante olvidou-se ao não delinear de maneira precisa as possibilidades instrutórias do juiz. Deveria, pois, oferecer a prerrogativa ao magistrado somente após o esgotamento de provas pelas partes, de modo supletivo, a evitar compassos que possam comprometer-lhe a imparcialidade.[210] Infere-se a harmonia e a constitucionalidade dos institutos do juiz, da prova e do contraditório com fulcro nos estudos e entendimentos da doutrina majoritária positiva, bem como nos entendimentos dos Tribunais Superior, a arrematar-se com o manifesto e recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

---

[207] THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 282-283

[208] THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 287

[209] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 83

[210] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 160-161

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRIBUNAL DO JÚRI. INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NOPROCESSO PENAL. ARTS. 209 E 497, XI, AMBOS DO CPP. SISTEMA ACUSATÓRIO. COMPATIBILIDADE. LIMITES. PODER RESIDUAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

A estrutura acusatória do processo penal pátrio impede que se sobreponham em um mesmo sujeito processual as funções de defender, acusar e julgar, mas não elimina, dada a natureza publicista do processo, a possibilidade de o juiz determinar, mediante fundamentação e sob contraditório, a realização de diligências ou a produção de meios de prova para a melhor reconstrução histórica dos fatos, desde que assim proceda de modo residual e complementar às partes e com o cuidado de preservar sua imparcialidade. 2. Não fora assim, restaria ao juiz, a quem se outorga o poder soberano de dizer o direito, lavar as mãos e reconhecer sua incapacidade de outorgar, com justeza e justiça, a tutela jurisdicional postulada, seja para condenar, seja para absolver o acusado. Uma postura de tal jaez ilidiria o compromisso judicial com a verdade e com a justiça, sujeitando-o, sem qualquer reserva, ao resultado da atividade instrutória das partes, nem sempre suficiente para esclarecer, satisfatoriamente, os fatos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva.

O uso, pelo magistrado, de seus poderes instrutórios, presentes em inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal, não autoriza, porém, posturas de vanguarda ou de protagonismo judicial.

Entretanto, sob uma ótica que busca a realização do processo justo e tendo em vista as peculiaridades do Tribunal do Júri, em que o juiz-presidente apenas prepara e regula a realização do julgamento pelos juízes populares, deve ser prestigiada a atividade probatória deflagrada pelo Juiz que determina, de ofício, a oitiva em plenário de testemunhas arroladas extemporaneamente na fase do art. 422 do CPP, mas já ouvidas em juízo na primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, porque de forma residual e em consonância com os arts. 209 e 497, XI, ambos do CPP, para a correta compreensão de importantes fatos relatados durante a produção da prova oral.

Recurso ordinário não provido.

(RHC 87.764/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ,

SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 06/11/2017) (grifo nosso)[211]

A inércia do órgão julgador, durante a persecução processual, compromete a pacificação social almejada pelo direito[212]. O juiz deve, pois, manifestar-se de maneira pontual e complementar no que tange à produção de provas, uma vez demonstrado que a disponibilidade do direito material não descamba em influências sobre o processo, posto que se trata de mecanismo de função estatal, com escopo social de solucionar o conflito[213]. A proposta delineada pelo Código de Processo Penal define o magistrado como juiz de garantias, e não como juiz inquisidor, ao apresentar o sistema processual penal com bases democráticas e adequadas aos direitos e garantias fundamentais[214].

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro, ao apresentar, em seu cerne, diretrizes relacionadas ao Estado Democrático de Direito. A esperança da população brasileira pelo exercício de liberdades políticas não havidas à época da ditadura militar impulsionou o Poder Constitucional Originário a estabelecer direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de conferir equilíbrio às medidas sociais e às relações processuais.

Ao amparo do devido processo legal, a Carta Magna conduziu o Direito Processual Penal ao modelo acusatório. O órgão julgador afastava-se da figura acusadora, e cânones vinculados à culpabilidade e a periculosidade do acusado davam lugar a preceitos de proteção ao indivíduo, partes mais vulneráveis da relação

[211] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 87.764/DF*. Sexta Turma. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 03 de outubro de 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1642136&tipo=0&nreg=201701890912&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20171106&formato=PDF&salvar=false >. Acesso em: 4 fev.2018

[212] GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 71-79, julho-setembro/2000. p. 74

[213] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 65

[214] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 169.

processual penal. O referido sistema confere paridade de poderes aos envolvidos, atribuindo-lhes os atos instrutórios do feito e coordena os atos do órgão julgador à simples provocação. Ademais, o sistema acusatório é estimado por princípios indissociáveis à democracia e ao zelo ao acusado, ser este vulnerável quando comparado ao largo aparato técnico do Estado.

Os preceitos maiores apresentados pela Carta de Outubro, sob forte influência política, restaram violados ao longo dos anos por meio de reformas infraconstitucionais. Decorrentes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o contraditório e a ampla defesa, mecanismos basilares à defesa do réu, verificam-se inócuos ante traços do sistema inquisitivo que foram inseridos no Código de Processo Penal. Exemplo mais claro disso são as alterações impostas pela Lei n.º 11.690/2008, as quais alteraram o diploma processual penal para conferir ao magistrado o poder-dever – e não a mera faculdade – de produzir provas ex officio em detrimento de artifícios de defesa do réu. Ao órgão julgador, desse modo, concedeu-se poder instrutório quando deparado com a urgência e relevância, em fase investigativa, sob a observância de medidas necessárias, adequadas e proporcionais. A nova prerrogativa conferida ao magistrado desestabilizou o modelo acusatório com essa marcante norma de natureza inquisitorial, prevista no inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal. Conquanto o regramento tenha sido inserido vinte anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal já afirmou, de forma categórica, que o sistema brasileiro é indiscutivelmente acusatório, uma vez que nele prevalece a paridade de armas entre as partes em consonância com os princípios da isonomia e do devido processo legal.

A divergência na doutrina, quanto ao tema discorrido, é parelha, mas declina-se no sentido da inconstitucionalidade da norma. Há patente violação ao princípio da inércia da jurisdição, pois a confecção de poderes instrutórios ao juiz aproxima-o do órgão acusador e não acompanha o sistema acusatório, uma vez verificada a ausência dos institutos do contraditório e da ampla defesa em sede pré-processual, fator determinante para a defesa da tese. O magistrado deve, pois, limitar-se como

autêntico garantidor da fase investigativa, apenas assegurando os direitos fundamentais do investigado e determinando, quando necessário, operações de reserva de jurisdição.

Por fim, o tema evolui ao inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal. Permanece a prerrogativa instrutória do magistrado, porém confere-se ao acusado meios constitucionais de resguarda, mais precisamente o contraditório e a ampla defesa, havendo nítido equilíbrio e harmonia no curso do processo instaurado. Infere-se, nesse ponto, o afastamento do adversarial system, no qual o magistrado limita-se a posição de garante, a preservar-se a autonomia das partes, e a aproximação do inquisitorial system, a aproximar o juiz do órgão julgador quando determinar, per si, a produção de provas. Apesar disso, infere-se, nesse momento, a paridade de armas entre Estado e réu, inclusive sobre o argumento de que a garantia sobre a qual o magistrado se reveste não se destina a si, mas sim aos litigantes. Ademais, o aludido poderio do magistrado, ainda que seja legítimo poder-dever, não deve ser exercido de modo indiscriminado. Reserva-se, pois, à função social do processo e à paz comum, além de limitar o juiz a atos meramente suplementares no que tange à produção de provas.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AVENA, Noberto Pâncaro. *Processo Penal*. 9. ed. Método, 02/2017.

AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BARROS, Marcos Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROS, Marcos Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 03 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 347748/ AP*. Quinta Turma. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62308902&num_registro=201600192500&data=20161010&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 23.945/RJ*. Sexta Turma. Relatora: Min. Jane Silva. Brasília. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=854582&num_registro=200801423264&data=20090316&formato=PDF >. Acesso em: 18 mar.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 87.764/DF*. Sexta Turma. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 03 de outubro de 2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1642136&tipo=0&nreg=201701890912&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20171106&formato=PDF&salvar=false >. Acesso em: 04 fev.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1570/DF*. Plenário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546> Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 81963 - RS*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 18 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000095068&base=baseAcordaos> Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84580-1/SP*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602611> Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 94.282- GO*. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 03 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589319> Acesso em: 04 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 121689-DF*. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 13 de maio de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5980927>. Acesso em: 10 mar.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5104 MC/ DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 21 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=0002 51102&base=baseAcordaos> Acesso em: 04 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 523*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729 > Acesso em: 03 set. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugarconstitucionalmente demarcado*. In: Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, renovar, 2001. p. 3-56.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, nov. 1994.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em:<http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html>. Acesso em: 25 ago. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15- 23, jan./jun. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27 p. 71-79, julho-setembro/2000.

JR., SIQUEIRA, Paulo Hamilton. *Direito Processual constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal* – 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, vol. 1.

MIRABETE, Julio Fabrinni. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Editora Saraiva, 2017.

SARAIVA, Railda. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* na reforma do Código de Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n.44, p.11-19, jan./mar.2009. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1123/1222> Acesso em: 23 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Marco Antônio da. *Acesso à Justiça Penal e Estado democrático de direito*. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antônio da, FREITAS, Jayme de. *Código de Processo Penal Comentado*. 1 ed. Saraiva, 2012.

SUANNES, Adauto Alonso S. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 2.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 149-171.

Ciências Criminais

A LEI Nº 12.694/2012 E SUA RELAÇÃO COM A FIGURA DO JUIZ SEM ROSTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS

Sara Maria Dias Rocha

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto central um estudo acerca da Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que visa estabelecer mecanismos de proteção aos magistrados e membros do Poder Judiciário, e dispõe acerca da formação de um órgão colegiado em primeiro grau, para o julgamento de crimes cometidos por organizações criminosas. A Lei é comparada rotineiramente com o instituto do "Juiz Sem Rosto", pois, além de trazer alterações no curso do processo penal nos casos de julgamentos de crimes cometidos por organizações criminosas, autoriza a adoção de medidas de segurança nos prédios da Justiça, em especial, criminal. Com isso, será exposta uma análise de direito comparado acerca do instituto do Juiz Sem Rosto ao qual o colegiado é associado, e acerca da observância a princípios constitucionais e processuais penais, sempre em face ao colegiado instituído. Ainda, será realizada uma análise de um artigo específico da referida Lei, que permite, em síntese, a supressão do voto divergente parte do colegiado, para garantir a eficácia na proteção dos magistrados. Ao fim, verifica-se que a Lei Brasileira não deve ser comparada à figura do Juiz Sem Rosto por possuírem características totalmente diferentes, principalmente no tocante ao anonimato. A Lei observa em todos os aspectos o princípio processual da identidade física do juiz, e ainda o princípio do juiz natural, e quanto ao princípio da publicidade e da ampla defesa, afirma-se que a Lei deixa de notar, visto que, a supressão do voto divergente do colegiado é causa que impede a idealização de uma defesa plena e eficaz, prejudica a defesa técnica do réu principalmente em grau recursal, quando se busca reforma de sentença, por exemplo. Dado isso, o último capítulo será dedicado a análise a respeito da aplicação da lei na prática, com dados de aplicação obtidos junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, além de entrevistas

semiestruturadas realizadas com magistrados que participaram de colegiado instituído nos moldes da Lei. A partir de então, será possível auferir a aplicação da Lei em relação aos princípios abordados ao longo do trabalho e ainda realizar uma análise acerca do desuso do instituto nela previsto.

Palavras-chave: Juiz sem rosto. Lei nº 12.694/2012. Princípios. Aplicação.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.694/2012 possibilitou a formação de um colegiado em primeiro grau de jurisdição para o julgamento de crimes praticados no âmbito de organizações criminosas com o intuito de oferecer maior proteção à integridade física dos magistrados que julgam estes processos, tendo em vista o crescente aumento de violência praticada contra estes agentes do estado. Além disso a Lei também trouxe outras formas de garantir mais segurança aos magistrados que, porém, são vistas como medidas administrativas e não judiciais, tendo em vista que se referem à segurança dos prédios da Justiça.

O colegiado instituído nos moldes da referida Lei, vem sendo comparado com o instituto do "Juiz Sem Rosto" já encontrado na legislação de outros países, de forma que aqui serão abordadas suas semelhanças e/ou diferenciações em uma pesquisa de direito comparado com os países da Colômbia, Peru, Itália e França, sendo que ao fim poderão ser observadas suas diferenças e notado que esta comparação é um tanto quanto errônea.

Feito isto, o presente trabalho será continuado com a alusão a possíveis ofensas a princípios processuais e constitucionais que a formação do colegiado e suas decisões poderiam ensejar. Para tanto, serão conceituados e relacionados com a Lei em si, os princípios do Juiz Natural, Identidade Física do Juiz, Publicidade e Ampla Defesa, tendo em vista que se relacionam facilmente com o objeto proposto pela Lei. A partir de tal estudo será possível auferir que a Lei infringe os princípios da Publicidade e consequentemente da Ampla Defesa, o que não acontece com os princípios do Juiz Natural e da Identidade Física do Juiz, por motivos que serão postos ao longo do segundo capítulo.

O terceiro e último capítulo será dedicado a análise acerca da aplicação prática da Lei. Para tanto será realizada uma pesquisa de dados estatísticos junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando será possível identificar a quantidade de casos em que houve a aplicação da Lei, e consequente formação do órgão colegiado em primeiro grau de jurisdição. Este capítulo ainda contará com um diálogo realizado com magistrados que participaram de colegiado nos moldes trazidos pela Lei, onde será possível auferir como vem sendo utilizado este instituto, de forma que será possível trazer o ponto de vista daqueles que são os protagonistas do instituto previsto na Lei.

De posse destas informações, o presente será finalizado com uma análise relacional dos dados obtidos junto aos Tribunais e magistrados em confronto com a pesquisa realizada no segundo capítulo acerca dos princípios do direito a serem aplicados, além de que, será posta uma análise quanto a quase que inutilização do instituto de proteção aos magistrados trazido pela Lei nº 12.694/2012 e seu porquê.

2 A LEI Nº 12.694/2012 E O JUIZ SEM ROSTO

O presente estudo será iniciado a partir de uma explanação conceitual a respeito da Lei nº 12.694 de 2012, que visa trazer uma maior proteção à integridade física dos magistrados atuantes em varas criminais e em processos que tenham como objeto a investigação de crimes praticados por organizações criminosas. A Lei foi sancionada após uma proposição advinda de uma associação de juízes que visava instituir processos de melhoria em relação à segurança destes, em razão de diversos tipos de violência que vinham sofrendo e que se notavam cada vez mais presentes. Ainda nesse passo, verifica-se que a Lei foi sancionada a partir de um momento de grande repercussão midiática social a respeito das inseguranças sofridas pelos magistrados (JOSÉ, 2013).

Com isso, a lei normatizou uma série de medidas de segurança e proteção aos magistrados, como a permissão de controle de acesso e instalação de câmeras de vigilância e detectores de metais nos prédios da justiça, além de autorizar a fixação

de placas especiais nos veículos utilizados pelos magistrados ameaçados por organizações criminosas. No entanto, a mudança mais significativa trazida pela lei é a permissão para a instauração de um órgão colegiado em primeiro grau de jurisdição para a tomada de diversas decisões no âmbito do processo. Tal colegiado é comparado à figura do Juiz Sem Rosto, fenômeno instituído em alguns países com a mesma finalidade da Lei brasileira.

Esta figura será apreciada em comparação com as experiências de países como Colômbia, Peru, França e Itália. Abordar-se-á, neste tocante, os fundamentos e conceitos primordiais contidos no modelo exercido por cada país, de forma a propiciar uma devida comparação com o colegiado permitido pela legislação brasileira.

Ao fim deste capítulo, de posse da devida conceituação a respeito dos avanços trazidos pela lei, será possível concluir que não se trata da mesma figura intitulada como 'Juiz sem rosto', e que portanto, se trata de errônea comparação popularmente empregada, pois, apesar de ter sido sancionada em um momento de grande clamor social, a legislação brasileira não permite a supressão da identificação dos magistrados, característica primordial da figura do juiz sem rosto estabelecida em outros países.

2.1 Conceitos Fundamentais

A partir da formação de uma Comissão de Segurança dos Magistrados pela entidade de classe de representação AJUFE, Associação dos Juízes Federais do Brasil, com intuito de conferir maior segurança aos juízes federais, foi apresentada à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, a sugestão de nº 258/2006. A Comissão constituída pela AJUFE concluiu, em um trabalho desenvolvido com a participação de mais de 1.400 associados, que válida e oportuna seria a formação de um órgão colegiado em primeiro grau de jurisdição para o processamento de crimes cometidos por organizações criminosas (AJUFE, 2006).

Tal sugestão foi fundamentada na forma de que este colegiado além de não atentar contra os direitos individuais do acusado, diminuiria substancialmente o risco de retaliações contra o juiz individual. Além disso, a sugestão conta com a imposição de medidas de reforço na segurança dos prédios da Justiça Federal e meios de arresto de bens apreendidos das organizações criminosas, como meio de enfraquecimento da organização criminosa (AJUFE, 2006).

Com o recebimento da sugestão pela Câmara dos Deputados, deu-se então, a criação do projeto de lei nº 2.057 do ano de 2007 pela Comissão de Legislação Participativa (BRASIL, 2007). No projeto, a ideia da formação do colegiado se limitava à jurisdição da Justiça Federal, assim como na sugestão apresentada pela Associação dos Juízes Federais; no entanto, após tramitação no Congresso, o texto que restringia a aplicação da norma aos Juízes Federais foi suprimido, de forma a estender tal prerrogativa a todos os Juízes em primeiro grau de jurisdição. Outra alteração significativa foi a inclusão de um conceito legal para o que se denominava organização criminosa, o que até então não era tipificado pela legislação brasileira (BRASIL, 2007).

Observa-se que apesar da tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional dar-se desde o ano de 2007, apenas em 2012, cinco anos depois, fora decretada e sancionada a lei, pela então Presidenta da República Dilma Rousseff. À época, os noticiários de nível nacional retratavam o assassinato da juíza Patrícia Acioli. A juíza vinha sendo ameaçada constantemente, porque atuava em processos que envolviam organizações criminosas perigosas (CNJ, 2011). As investigações apontaram que Patrícia estava marcada para morrer, tinha fama de “durona” e já havia condenado mais de 60 policiais ligados a milícias e outros grupos, utilizando durante um tempo a segurança oferecida pelo Tribunal; que no entanto, dispensou-a por acreditar que esta interferia diretamente em sua liberdade (LAURIANO, 2011).

Inúmeras críticas são empregadas ao chamado direito penal de emergência, àquele que surge a partir de uma lógica motivada pela globalização e disseminação de informação a partir de um posicionamento único e controlador da sociedade, que

absorve ideias e as tornam verdades absolutas. Nota-se este fato quando um crime tem grande repercussão em meios de comunicação de fácil acesso, e a partir da divulgação manipulada deste, a sociedade passa a usufruir do sentimento de ameaça e desproteção, acarretando no direito penal de emergência, quando um fato isolado depreende um posicionamento emergencial por parte do Poder Legislativo (JOSÉ, 2013).

Considerando-se o seu contexto de discussão no Parlamento, a Lei pode ser considerada típica Lei Penal de Emergência, que surge em meio a um clamor social e/ou midiático e sentimento generalizado de insegurança ou pânico. A apelidada Lei dos "Juízes Sem Rosto" abriu um enorme espaço para discussões doutrinárias em seu conteúdo, tendo em vista que o estado de obrigação que o legislador se coloca ao atendimento dos desígnios da sociedade, se mostra ineficaz diante do ponto de vista de um Estado Democrático de Direito (JOSÉ, 2013)

No entanto, compreende-se que as decisões tomadas pelo magistrado no âmbito de um processo podem ser influenciadas por diversos fatores sociais, morais, entre outros. A finalidade de preservação da vida, da integridade física, dos juízes e seus familiares pode gerar uma enorme influência em suas decisões no processo, impedindo um julgamento objetivo e justo (OLIVEIRA, 2013).

Com efeito, a principal maneira de depreender uma maior segurança a integridade física do magistrado natural do processo, trazida pela lei, é a inovação do instituto do Órgão Colegiado em primeiro grau de jurisdição, descrita logo no art. 1º, abaixo transcrito (BRASIL, 2012):

> Art. 1o Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente: I - decretação de prisão ou de medidas assecuratórias;
>
> - concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão; III - sentença;
>
> IV - progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena; V - concessão de liberdade condicional;

> VI - transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e
>
> VII - inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.
>
> 1o O juiz poderá instaurar o colegiado, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento ao órgão correicional.
>
> 2o O colegiado será formado pelo juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição.
>
> 3o A competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado.
>
> 4o As reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial
>
> 5o A reunião do colegiado composto por juízes domiciliados em cidades diversas poderá ser feita pela via eletrônica.
>
> 6o As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro.
>
> 7o Os tribunais, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento (BRASIL, 2012).

A lei estabelece limites para a instituição do colegiado, isto é, somente poderá ser instituído diante de "associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional" (Art. 2º) (BRASIL, 2012). Tal conceituação fora posteriormente abarcada por uma lei de maior alcance, a Lei nº 12.850/2013, que traz no art.1º um conceito pouco diferente de organizações criminosas, que porém, entende-se que deve ser utilizado também para a legislação em comento, já que causa um conflito com a definição de um mesmo instituto, aplicando-se a eficácia revogatória ao conceito supramencionado (OLIVEIRA, 2014).

Ainda neste tocante, entende-se ser necessária a existência de um processo judicial para a formação do colegiado em primeiro grau, atrelando-se a fase processual e de execução penal, afastando a fase do inquérito policial. A lei possibilita esta interpretação, pois, estabelece de forma expressa no art. 1º, caput, o processo ou procedimento, ainda afirmando, ao fim, a pratica de atos processuais, e não procedimentos investigatórios, como o inquérito policial, bem como, entende-se como exemplificativo o rol do art. 1º, que deixa bem clara a faculdade do juiz na instauração do colegiado para a prática de qualquer ato no processo (OLIVEIRA, 2014)

Com isso, o colegiado será instaurado pelo juiz natural da causa, de forma fundamentada, ao entender que a tomada de decisões ou atos naquele processo poderá expor sua integridade física a riscos. A decisão da formação do colegiado deve indicar os motivos e as circunstâncias geradoras do risco (BRASIL, 2012). Verifica-se aqui, um ponto importante. Isso porque o magistrado deverá atentar-se a linguagem que utilizará em sua decisão evitando o abuso de figuras linguísticas que possam caracterizar um prejulgamento para com os acusados, tornando-se suspeito. Além disso, apesar da lei ser silente, parecer ser razoável o entendimento de que o colegiado pode ser formado quando os familiares do magistrado estiverem em circunstâncias que evidenciem riscos à integridade física (CAVALCANTE, 2012).

A partir decisão de formação do colegiado, deve ser dado conhecimento ao órgão corregedor da instituição. Conforme leciona Eugênio Pacelli de Oliveira, não parece ser conveniente a interpretação literal do art.1º §1º, parte final, “da qual será dado conhecimento ao órgão correcional”, pois, fica intrínseco o desejo do legislador de que a decisão final acerca da instauração do colegiado seja de responsabilidade do Tribunal (segunda instância) ao qual o magistrado se encontra vinculado (OLIVEIRA, 2014). Porém, ainda cabe espaço para interpretação mais enxuta, a qual deduz-se que tal comunicação se dará apenas para fins administrativos, de estatística e controle, pois a lei não cita competência da corregedoria para revisão da

decisão de instauração do colegiado, e não se trata de questão disciplinar ou algo semelhante (CAVALCANTE, 2012).

A composição do colegiado será formada por mais dois juízes com competência criminal em primeira instância, escolhidos por meio de sorteio eletrônico, conforme art. 1º, §2º da Lei. A norma possibilita que o sorteio seja realizado não só entre os juízes da mesma comarca ou seção judiciária; acredita-se que o legislador considerou que existem comarcas em que não possuem três juízes de competência criminal atuando no primeiro grau de jurisdição, prevendo assim a possibilidade das reuniões do colegiado que houver em sua composição juízes domiciliados em cidades diversas, serem realizadas por via eletrônica (CAVALCANTE, 2012).

Uma vez instaurado o colegiado na esfera de certo processo, sua competência se limitará para o ato ao qual foi convocado, de forma que finda a sua finalidade, o processo segue com seu curso normal, somente com o juiz de natural, conforme o enunciado do art.1º §3º. Aqui pode ser vista uma certa prudência do legislador, que buscar evitar que sejam formados verdadeiros juízos de exceção (OLIVEIRA, 2014). No entanto, a lei não restringe a formação do colegiado para um único ato do processo, de forma que, pode ser instaurado para, por exemplo, a instrução e julgamento de determinado processo, utilizando dos três juízes para todo o curso do processo, desde que esta finalidade esteja expressa na decisão de sua instauração (CAVALCANTE, 2012).

Como regra, pode-se depreender que as reuniões das quais o colegiado utiliza para a tomada de decisões no processo sejam públicas, pois o art.1º, §4º permite a supressão de tal publicidade quando houver risco de prejuízo à eficácia da decisão judicial em questão, de forma excepcional (BRASIL, 2012).

Avançando na conceituação do referido diploma legal, um dos mais importantes pontos observados está situado no art.1º, §6º, “As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus

integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro" (BRASIL, 2012).

O parágrafo mencionado não constava na redação da proposta trazida à Câmara dos Deputados pela Associação do Juízes Federais (AJUFE), e foi apresentado pelo então senador José Sarney, à época presidente do Senado Federal, após tramitação naquela casa (BRASIL, 2007).

Certo é que a Constituição Federal de 1988 prevê a fundamentação em todas as decisões judiciais, o que também é previsto pelo parágrafo da lei em comento; no entanto, com a supressão do voto divergente do colegiado, o que se tem é a supressão de parte da decisão, tendo em vista que o voto divergente também integra a decisão em sua extensão. O colegiado e o acórdão são caracterizados exatamente pela pluralidade de julgadores, e com a supressão de parte desta decisão final, retira-se a parte da fundamentação que questionou a interpretação da maioria (OLIVEIRA, 2014)

A ideia inicial trazida pela alteração seria de que, suprimindo o voto divergente existiria um certo conforto para os magistrados quais em suas decisões contrariaram o interesse do réu, como o exemplo trazido por Márcio André Lopes Cavalcanti, em minuta de texto em que se analisa a instituição do colegiado trazido pela lei em comento: "se dois juízes votarem pela condenação e o terceiro magistrado pela absolvição, a decisão será publicada sem que seja mencionada essa divergência, a fim de preservar a segurança dos juízes que contrariaram os interesses do réu" (CAVALCANTE, 2012, P. 6). A divulgação de divergências na decisão judicial seguiria no sentido contrário do próprio objetivo principal da lei, seja a proteção dos magistrados, pois deixaria explícita a informação de quem votou contra os interesses do réu (CAVALCANTE, 2012). No entanto, verifica-se uma grande divergência acerca da interpretação deste parágrafo, que será abordada pontualmente no próximo capítulo, abarcando as diversas formas de entendimento doutrinário.

Embora seja vista como a mais importante inovação trazida pela referida Lei, a formação do colegiado de juízes não é a única. A lei também instituiu alterações

no Código Penal, acrescentando no art. 91 os parágrafos 1º e 2º. O art. 91 do Código Penal trata dos efeitos da condenação, e a Lei n°12.694/2012 inseriu formas de confisco de bens ou de valores, quando o produto ou proveito do crime não for encontrado ou estiver no exterior, utilizando do confisco de bens ou de valores equivalentes a tal produto ou proveito. Isto porque parte-se do pressuposto de que os delitos cometidos por organizações criminosas geram lucros financeiros, que estão sujeitos aos efeitos da condenação (CAVALCANTE, 2012).

Além disso, a Lei nº12.694/2012 inclui o art. 144-A no Código de Processo Penal. Trata-se da alienação antecipada de bens, visando a preservação de seus valores econômicos. É certo que é medida indispensável para o combate às organizações criminosas em geral a indisponibilidade dos produtos, bens e valores auferidos por elas, dificultando a continuidade das atividades delituosas. Com a alteração trazida, após a tomada destes bens como medida assecuratória, poderá ser determinada a alienação antecipada daqueles bens que estiverem sujeitos a depreciação ou deterioração, ou ainda, quando houver dificuldade de manutenção, por meio de leilão preferencialmente eletrônico. A alteração incluída dispõe sobre o procedimento a ser cumprido para alienação (CAVALCANTE, 2012).

No entanto, apesar de trazer alterações importantes no Código Penal, e de Processo Penal, o principal objetivo da lei é mesmo a proteção aos serventuários do Poder Judiciário. Alguns mecanismos de segurança trazidos pela Lei parecem não ser muito significativos ou inovadores para os dias atuais, como a autorização para que os Tribunais possam proceder com a instalação de câmeras de vigilância, controle de acesso nos prédios da Justiça e instalação de detectores de metais, e outros são mais abrangentes, como a inclusão do § 7º, no art. 115 do Código de Trânsito Brasileiro, abaixo transcrita, permitindo a fixação de placas especiais nos veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e Ministério Público que exerçam atribuição criminal, visando à preservação da identificação destes, (BRASIL, 2012):

> Art. 6o O art. 115 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, passa a vigorar acrescido do seguinte § 7o:
>
> "Art. 115. 7º Excepcionalmente, mediante autorização específica e fundamentada das respectivas corregedorias e com a devida comunicação aos órgãos de trânsito competentes, os veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que exerçam competência ou atribuição criminal poderão temporariamente ter placas especiais, de forma a impedir a identificação de seus usuários específicos, na forma de regulamento a ser emitido, conjuntamente, pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e pelo Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN." (NR) (BRASIL, 2012).

Ainda passa a permitir a utilização de armas de fogo pelos servidores da Justiça em exercício de função de segurança, visando segurança, somente podendo serem utilizadas quando em serviço, e em responsabilidade da respectiva Instituição responsável, como trazem os art. 7º e 8º, caput, abaixo transcritos (BRASIL, 2012):

> Art. 7o O art. 6o da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XI:
>
> "Art. 6º XI - os tribunais do Poder Judiciário descritos no art. 92 da Constituição Federal e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e pelo ConselhoNacional do Ministério Público – CNMP.
>
> Art. 8. A Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7o-A:
>
> "Art. 7º-A. As armas de fogo utilizadas pelos servidores das instituições descritas no inciso XI do art. 6o serão de propriedade, responsabilidade e guarda das respectivas instituições, somente podendo ser utilizadas quando em serviço, devendo estas observar as condições de uso e de armazenagem estabelecidas pelo órgão competente, sendo o certificado de registro e a autorização de porte expedidos pela Polícia Federal em nome da instituição (BRASIL, 2012).

Diante disto, verifica-se a finalidade inequívoca da Lei em ofertar maior segurança aos magistrados e membros do Ministério Público. O crime organizado tem se mostrado um dos maiores problemas a ser enfrentado pelos Estados em todo o mundo, a estrutura articulada destas instituições vem colocando em prática ações

de coação e ameaça a autoridades, juízes e membros do Ministério Público, de forma a tornar a resposta do Poder Judiciário fragilizada (BRASIL, 2007). A Lei nº 12.694/2012 vem como instrumento no combate das organizações criminosas de forma indireta, proporcionando maior segurança aos membros do Poder Judiciário, de forma que estes possam exercer suas funções plenamente.

2.2 Direito comparado: Juiz sem Rosto

A expansão da criminalidade, cerceada pela análise midiática que constitui forma de controle social, somada às influências sob as quais estão sujeitos os magistrados, gerando imparcialidade em suas decisões, são fatores que forçam o Estado à adoção de medidas de emergência, que tem como característica a maximização do direito penal e supressão garantias dos indivíduos (ROSA & CONOLLY, 2015) (OLIVEIRA, 2013).

Neste contexto, passaram a ser criados institutos com finalidade de atribuir uma resposta emergencial aos "clamores da sociedade"; como exemplo, a criação da figura a ser abordada neste capítulo, o "Juiz Sem Rosto", o juiz anônimo, que não é identificado, e que vem sendo confundido com o colegiado de juízes instituído pela Lei nº 12.694/2012 no Brasil (ROSA & CONOLLY, 2015).

O juiz sem rosto, encontrado no direito comparado, fora assim intitulado pela sua característica de anonimato, ausência de identificação civil, cujo nome não é divulgado ou é desconhecido, pela situação de emergência e de excepcionalidade. Trata-se de um sistema no qual ao réu não é possível a identificação daquele que o julga (ANDREUCCI, 2012).

Sabe-se que o sistema do juiz sem rosto ou anônimo é conhecido mundialmente e já foi adotado por países como a Colômbia e o Peru, havendo discussão quanto a existência desta figura na França e Itália (ANDREUCCI, 2012) (MISAKA & ALONSO, 2012). O que todos têm em comum é a criação do instituto como forma de resposta ao crime organizado, que punha em risco a vida de magistrados, passando então a ser esta ferramenta de proteção, cada qual com suas

características, que serão abordadas pontualmente no decorrer deste capítulo (ANDREUCCI, 2012) (MISAKA & ALONSO, 2012).

Entretanto, é possível concluir que a Lei nº 12.694 de 2012 não instituiu o perigoso sistema do juiz sem rosto no Brasil, conforme análise de direito comparado a seguir exposta; esta apenas permitiu a formação de um colegiado em primeiro grau de jurisdição para a prática de atos no processo, visando resguardar a integridade física dos magistrados atuantes em causas cujo objeto seja a investigação de crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas, quando estes entenderem ser necessário. Diferente da proposta exercida pelos países latinos supracitados, por exemplo. No Brasil, assim como na Bélgica e na França, existe apenas a formação de um colegiado de juízes que são conhecidos, tem seus nomes divulgados e assinaturas em atas ou sentenças, não restando espaço para o termo "juiz anônimo ou sem rosto" (JOSÉ, 2013).

2.2.1 Colômbia

Na Colômbia, a criação da figura do Juiz Sem Rosto se deu por meio do decreto nº 2700 de 1991, o Código de Procedimento Criminal, como uma forma desesperada de resposta ao crime organizado, que na década de oitenta ameaçava os magistrados, demostrando poder e liberdade (ROSA & CONOLLY, 2015). Pablo Escobar, narcotraficante poderoso, ostentava uma política de ameaças, o famoso "plata ou plomo?" – dinheiro ou chumbo – quando, juízes ao se negarem a aceitar valores de propina em troca de sentenças favoráveis aos membros da organização criminosa liderada por Escobar, eram executados sem a menor chance de defesa, sendo esta uma presente forma de ameaça principalmente aos magistrados, bem como policiais, políticos, jornalistas (BENGOCHEA, 2010).

Neste tocante, e sob a liderança do narcotraficante Pablo Emilio Escobar Gaviria, membros da facção denominada M19 invadiram o Palácio da Justiça de Bogotá e assassinaram cerca de 11 magistrados, entre eles o presidente da Corte

Suprema de Justiça, entre outros funcionários, integrantes da Força Pública, civis e advogados que estavam presentes (ROSA & CONOLLY, 2015).

Face a tal situação, o artigo nº 158 do decreto supracitado estabeleceu a figura do juiz sem rosto, concretizada pela possibilidade de o juiz ocultar sua identidade e assinatura em suas decisões, tornando-se anônimo. O decreto estendeu a proteção a partir do anonimato não somente para magistrados, mas para todos os funcionários envolvidos em causas provocadas por organizações criminosas, conforme transcrição do artigo nº 158, abaixo (COLÔMBIA, 1991):

> Protección de la identidad de funcionarios. En los delitos de competencia de los jueces regionales, los servidores públicos distintos del fiscal que intervengan en la actuación pueden ocultar su identidad conforme lo establezca el reglamento, cuando existan graves peligros contra su integridad personal.
>
> Las providencias que dicte el Tribunal Nacional, los jueces regionales o los fiscales delegados ante estos deberán ser suscritas por ellos. No obstante, se agregarán al expediente en copia autenticada en la que no aparecerán sus firmas. El original se guardará con las seguridades del caso.
>
> Mecanismo análogo se utilizará para mantener la reserva de los funcionarios de policía judicial cuando actúen en procesos de competencia de los jueces regionales.
>
> La determinación acerca de la reserva de un fiscal será discrecional del Fiscal General de la Nación (COLÔMBIA, 1991).[1]

As decisões originais deviam ser guardadas em sala própria e segura designada pelo Tribunal, enquanto que, cópias seriam publicadas sem constar a assinatura do magistrado (COLÔMBIA, 1991).

Os magistrados se escondiam através de uma redoma de vidro blindada, de forma que seus rostos jamais pudessem ser revelados, além de que, suas vozes eram

[1] Proteção da identidade de funcionários. No que diz respeito aos serviços públicos, os servidores públicos e os magistrtados podem ocultar sua identidade, caso existam graves perigos contra sua integridade pessoal. As decisões do Tribunal Nacional, dos juízes regionais e dos fiscais delegados diante deste recurso são assinadas por eles. Não obstante, é anexada uma cópia autenticada que não aparecerá sua identidade. O original se guarda com as autoridades de segurança do caso. Mecanismo análogo se utiliza para manter a preservação dos funcionários da polícia judicial quando atuantes em processos de concorrência de juízes regionais. A determinação sobre a proteção de um fiscal será discricional do Fiscal Geral da Nação. (tradução nossa).

modificadas por meio de aparelhos eletrônicos. Somente integrantes do Poder Judiciário tinham acesso à identidade do juiz atuante naquele processo (BENGOCHEA, 2010).

No entanto, o exemplo orquestrado na Colômbia não passa de um fracassado sistema que se mostrou ineficaz, tendo em vista que os juízes, mesmo que anônimos continuaram a morrer, pois os funcionários do Tribunal, de forma corrupta, repassavam informações para as organizações criminosas, que não deixaram de agir contra a vida daqueles detentores da representação Estatal, face a sociedade. Além disso, o sistema também se mostrou como um retrocesso no tocante aos direitos fundamentais da pessoa humana (ROSA & CONOLLY, 2015). A Corte Suprema Colombiana aboliu o sistema no ano 2000 atestando a sua inconstitucionalidade em razão de ofensa ao direito de publicidade das informações do processo, em especial o conhecimento da identidade dos funcionários da justiça, entre eles os juízes (COLÔMBIA, 2000).

Este modelo já foi discutido no Brasil. Apresentado ao Senado Federal pelo então senador Hélio Costa no Projeto de Lei do Senado nº 87 de 2003, a redação continha expressa instituição do anonimato em decisões que poderiam ensejar risco à vida do magistrado, bastando serem autenticadas por selo do Tribunal, justificando o Autor, que a manutenção de sigilo da identidade do juiz não violaria o princípio da publicidade, tendo em vista que o anonimato seria apenas em relação à pessoa do magistrado e não, ao ato por ele praticado. No entanto, esta proposta foi vetada pelo Congresso Nacional tendo em vista tamanha afronta aos princípios constitucionais, em especial o do juiz natural e da publicidade dos atos, além da violação aos direitos fundamentais do indivíduo (SILVA, 2012).

2.2.2 Peru

A outorga concedida à Justiça Militar do Peru mascarou uma perigosa ofensa aos direitos fundamentais da pessoa humana. Naquele país, a criação da figura do

juiz sem rosto ou juiz mascarado se deu com a promulgação do decreto-lei nº 25.475 de 1992, conhecido como a Lei do Terrorismo, que visava combater o agravamento do terrorismo nas proximidades da Capital, Lima (ROSA & CONOLLY, 2015).

Foi criada uma competência própria para os crimes de terrorismo: o Tribunal Militar de exceção, julgando somente tais casos, com permanência rotativa e em regime absoluto de sigilo, disposto no artigo nº 13 do Decreto-lei. Além disso, os indiciados eram julgados em uma "sala especializada", sem a possibilidade de arguir suspeição dos magistrados e auxiliares da justiça, demonstrando ofensa e danos aos direitos fundamentais, tornando este mecanismo de proteção aos juízes uma verdadeira arma destruidora dos direitos básicos do ser humano acusado (ROSA & CONOLLY, 2015).

Ainda neste passo, os advogados peruanos também tiveram seus direitos violados, quando o exercício da profissão passou a ser dificultado pelo Tribunal Militar que utilizou de procedimentos de segurança humilhantes, impedindo-os de terem acesso aos processos, proibindo a entrada nos prédios da Justiça, exigindo a utilização de capuzes sobre o rosto para a obstrução da visão, entre outras atrocidades, retirando-lhes a capacidade de exercer direitos fundamentais como o do devido processo legal, é o que se exprime do relatório da organização internacional Human Rights Watch, transcrito em parte, abaixo (HUMAN RIGHTS WATCH, 1996):

> Las limitaciones al derecho de defensa son aún más graves en los tribunales militares sin rostro. La dificultad de acceso a la documentación del juicio, que afecta igualmente a los abogados en los tribunales civiles sin rostro, es más grave en los militares. Con frecuencia las solicitudes de revisar el expediente se deben presentar con meses de anticipación. El fotocopiado está estrictamente prohibido. A menudo se notifica a los abogados recién un día antes de una audiencia importante y con frecuencia se dicta sentencia sin que se les dé ningún aviso.
>
> Los procedimientos de seguridad a los que se somete a los abogados en las bases militares donde se realizan juicios son humillantes. En la base naval del Callao, los abogados primero se identifican en la caseta de entrada, donde deben subir a un

> minibús, de cuatro asientos y sin ventanas, en el cual los llevan durante cinco o diez minutos, en la oscuridad absoluta, al lugar del juicio. Los jueces ejercen con la cara cubierta con máscaras de esquiar. En la base de la fuerza aérea peruana, en Surco, el personal militar cubre la cabeza de los abogados con capuchas, y si ellos se niegan, se les prohíbe la entrada. Los soldados los conducen a un vehículo en el que viajan al lugar del juicio. Al llegar, se les pregunta si necesitan leer algún documento, en cuyo caso se les retira la capucha; de lo contrario, el procedimiento se lleva a cabo con la capucha puesta. Cuando hacen su alegato, los abogados deben pararse mirando un armario o estantería grande, para evitar que vean a los jueces.(28) El colocar capuchas a los abogados es excesivo y contraría el requisito de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Artículo 289.8), en el sentido de que a los abogados se les debe otorgar las facilidades y la consideración que su función amerita. Puesto que los efectos pueden ser los de intimidar a la defensa, el encapuchar a los abogados es una abierta violación de las normas de debido proceso legal (HUMAN RIGHTS WATCH, 1996) (...)[2]

Ao tempo, diversos cidadãos supostamente inocentes foram irregularmente processados e/ou condenados pelo Tribunal Militar. A Human Rights Watch afirma que tais pessoas foram condenadas com base apenas em depoimentos de terroristas, ou em confissões obtidas por meio da prática de tortura, ou ainda, por simplesmente se encontrarem em locais onde houveram manifestações pelo terrorismo, como é o caso de Julio Rondinei Cano (HUMAN RIGHTS WATCH, 1996).

[2] As limitações ao direito de defesa são ainda mais graves em tribunais militares sem rosto. A dificuldade de acesso à documentação do juízo, que afeta igualmente aos advogados em tribunais civis, entretanto é mais grave nos militares. Com frequência, as solicitações de revisão são bem-sucedidas. A fotocópia está estritamente proibida. A secretaria notifica os advogados, que recebem a notificação um dia antes de uma audiência importante e com frequência se dita sentença sem que se expeça o aviso. Os procedimentos de segurança em que se encontram alguns dos casos se baseiam nas bases militares, e os locais onde se realizam os julgamentos são humilhantes. Na base naval do Callao, os advogados primeiro se identificam na recepção de entrada, onde devem subir, um mínimo de quatro sessões e sem ventilação, o que é necessário para os cinco minutos e para a obscuridade absoluta, em lugar do juízo. Os juízes exercem a função com 'máscaras de esquiar'. Na base da força aérea peruana, em Surco, o pessoal militar cobre a cabeça dos advogados com capuzes, e se eles se negam, é proibida a entrada. Os soldados conduzem um veículo em que viajam ao lugar do juízo. Na chegada, preguntam se precisa ler algum documento, e nesse caso o capuz é retirado; caso contrário, o procedimento é realizado com capuz. Enquanto fazem seus pedidos, os advogados devem ficar olhando para um grande armário ou estante, para evitar ver o juiz (28). A colocação de capuzes em advogados é excessiva e contrária à exigência da Lei Orgânica do Poder Judicial (Artigo 289.8), no sentido de que os advogados devem receber as facilidades e a consideração que seu papel merece. Posto que os efeitos podem ser os de intimidar a defesa, os advogados encapuzados demonstram uma violação aberta das regras do devido processo legal. (tradução nossa)

O caso do chileno Castillo Petruzzi, "Castillo Petruzzi e outros vs. Peru", acusado de liderar o grupo armado terrorista "Túpac Amaru" e preso em 1993 pela prática de terrorismo no solo Peruano, teve como resultado sua condenação decretada por juízes mascarados. Tal caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que sob o argumento de violação a diversos preceitos contidos no Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Peru, condenou o país por tais infrações, afirmando a incompatibilidade do sistema de juízes anônimos com os direitos fundamentais da pessoa humana. O julgamento foi unânime (CORTEIDH, 2011).

2.2.3 França

Na França, apesar de sempre ser arguida como referência da figura do juiz sem rosto, diferentemente dos sistemas da Colômbia e do Peru, e muito mais parecido com o Tribunal do Júri do Brasil, o que se tem é o Cour d'Assises. Trata-se de um Tribunal de procedimento especial com a finalidade de julgar fatos conceituados como "crime". Neste país existe uma diferenciação entre "crime" e "delito", sendo que são considerados crimes apenas aqueles cuja pena seja mínima de 10 anos até a prisão perpétua, entre eles o estupro, o homicídio, a tortura, o terrorismo, o tráfico de drogas, ou seja, infrações mais graves, todas julgadas pelo Tribunal de Assises (MISAKA & ALONSO, 2012).

O Cour d'Assises é uma jurisdição não permanente, pois se reúne somente a cada três meses, durante cerca de uma quinzena, composta por três juízes profissionais, identificados e competentes para o exercício do direito, que se dividem em um presidente, que ocupa cargo de presidente da câmara ou conselheiro no tribunal recursal, e dois assessores, que geralmente são juízes de primeiro grau dos tribunais estaduais. O Ministério Público é representado por um advogado-geral membro, que exige a aplicação da lei, defendendo os interesses da sociedade. A composição do procedimento especial definido por Cour d'Assises, é completada por seis cidadãos franceses selecionados por meio de sorteio eletrônico quando em

primeira instância; subindo este número para nove, quando em segunda instância (FRANÇA, 2017).

A partir da lei de 15 de junho de 2000, que passou a vigorar em janeiro de 2001 permitiu-se que as condenações proferidas pelo Cour d'assises pudessem ser contestadas. O recurso é interposto no Tribunal, que analisa o caso em grau recursal, desta vez com nove jurados, e deste acórdão pode ser interposto recurso, desta vez a ser apreciado pelo Tribunal Recursal, o Assise Court os Appeal, destinado somente ao julgamento de recursos (FRANÇA, 2017).

O procedimento do Cour d'assises é voltado ao exame dos fatos ocorridos na busca de uma verdade, conforme se depreende a partir da conceituação do advogado francês Maurice Fagot, abaixo transcrita (FAGOT, 2015):

> Le procès d'Assises est un complexe cheminement, destiné à permettre d'examiner des faits, de comprendre la personnalité de celui ou celle qui les a commis, également (malheureusement dans une moindre mesure!) de celui ou celle qui les a subis, d'apporter la réponse de la société à l'acte commis, et de permettre à la victime d'obtenir autant qu'il est possible, la réparation du préjudice subi.
>
> Aussi complet et précis et rigoureux que soit le dossier constitué par le Juge d'Instruction, en amont, le procès d'Assises constitue une nouvelle "instruction du dossier", au profit en particulier des jurés, qui n'ont pas accès de manière globale au dossier établi par le Juge d'Instruction.
>
> Au fur et à mesure du déroulement du procès, sous la conduite du "chef d'orchestre" qu'est le Président de la Cour d'Assises, différentes phases vont se succéder, pour tenter d'établir une vérité, et d'apporter des réponses (FAGOT, 2015).[3]

Com isso, observa-se que conforme abordado ao início, o sistema empregado pela França em muito se parece com o nosso Tribunal do Júri. Ocorre, no entanto,

[3] O julgamento de Assises é um processo complexo, projetado para examinar fatos, para entender a personalidade da pessoa que os cometeu, também (infelizmente em menor medida). Da pessoa que os sofreu, trazer a resposta da sociedade ao ato cometido e permitir que a vítima obtenha o máximo possível, compensação pelo prejuízo sofrido. Tão completo e preciso e rigoroso como o arquivo constituído pelo Magistrado Examinador, de antemão, o julgamento das Assises constitui uma nova "instrução do processo", em benefício, em particular, dos jurados, que não têm acesso no arquivo preparado pelo Magistrado de exame. medida que o julgamento progride, sob a liderança do "condutor" que é o Presidente do Tribunal de Assenações, diferentes fases se seguirão, tentar estabelecer uma verdade e trazer respostas. (tradução nossa)

que a sessão plenária é presidida por um colegiado de três juízes, que devem deliberar em conjunto com os cidadãos jurados que foram previamente sorteados, podendo convencer uns aos outros, não exercendo ali apenas a função de presidente da sessão, tendo inclusive dever de votar pela absolvição ou condenação do acusado, assim como os jurados (FAGOT, 2015).

Os juízes do Cour d'assises, o presidente e seus assessores, são identificáveis, não existe aqui a figura do juiz sem rosto empregada na Colômbia e no Peru, não existe a supressão de direitos fundamentais. Existe sim um tribunal de exceção destinado a tratar de infrações de perigo maior, porém, nem tampouco foi objetivo de sua criação a segurança ou proteção aos magistrados, apenas pode-se afirmar que o Cour d'assises foi instituído para possibilitar uma organização judiciária naquele país, definindo quais crimes seriam passíveis de julgamento em tal tribunal, assim como pode-se ter exemplo com o Tribunal do Júri exercido pelo Brasil atualmente, que apesar de ser caracterizado como uma exceção, é meio de julgamento amparado por direitos fundamentais (MISAKA & ALONSO, 2012).

2.2.4 Itália

O crime organizado na Itália, constituído de diversas máfias, era de proporção tão grande nos anos 1990 que forçou as autoridades a deflagrarem uma série de reformas legislativas visando a impedir as retaliações contra os integrantes do sistema de justiça criminal. Magistrados, promotores e servidores eram constantemente ameaçados, vários atentados foram sofridos por eles, como o de Giovanni Falcone, morto pela máfia Cosa Nostra há mais de 20 anos (FUX, 2012).

Neste sentido, Ricardo Antonio Andreucci destaca a "operação mãos limpas":

> Na Europa, a Itália se destacou no combate ao crime organizado, principalmente a partir de 1992, quando a denominada "operação mãos limpas" foi iniciada pelo promotor Antonio di Pietro, para combater a corrupção que então assolava o país, envolvendo em tráfico de influência e corrupção diversos líderes políticos, ex-chefes de governo e empresários poderosos que foram parar no banco dos réus. As

> investigações envolviam a máfia, colocando em risco a vida e a integridade corporal dos promotores, juízes e suas famílias(...) (ANDREUCCI, 2012).

Dentre as medidas adotadas pelas autoridades italianas, previstas no Código Antimáfia da Itália (FUX, 2012), estão a permissão de operações com agentes do governo infiltrados, e a criação do "colaborador da justiça" – figura semelhante a delação premiada do Brasil, para somente então a adoção do sistema do juiz sem rosto. Neste procedimento, a decisão é publicada sem referência ou identificação quanto a sua autoria, nas palavras de Márcio André Lopes Cavalcante (CAVALCANTE, 2012):

> Na Itália, o combate ao crime organizado somente foi possível com a proteção da magistratura, o que ocorreu por meio de uma medida ainda mais drástica: a adoção do instituto do "juiz sem rosto" em que a decisão é publicada sem a identificação de sua autoria, ou seja, não é divulgado o nome do juiz que sentenciou o processo (CAVALCANTE, 2012, p.8).

Dentre as tentativas da Itália de combate às organizações criminosas, a adoção do instituto do "juiz sem rosto" se deu como forma de permissão para que os magistrados e promotores se vissem com liberdade para a atuação nos processos criminais envolvendo tais organizações, gerando um maior conforto ao expedir decisões (FUX, 2012).

Embora se tenha notícia da existência deste procedimento no país, o jurista italiano Sr. Pino Arlachi declarou em audiência pública que discutia a adoção deste método no Brasil, realizada na Câmara dos Deputados, que o juiz sem rosto é uma criação de países latinos, como a Colômbia, abaixo (ROSA & CONOLLY, 2015):

> O juiz sem rosto é uma instituição colombiana e de outros países da América Latina. Eu, pessoalmente, não concordo com a importação desse método. Acho que a situação brasileira é diferente da colombiana. Conheço bastante bem aquele país e lá a situação é limítrofe, sem extremo no mundo. A justiça sem rosto não é uma justiça normal; não é válida para um país grande e confiante nas próprias possibilidades (ROSA & CONOLLY, 2015).

Conforme pode-se depreender da análise deste capítulo, a lei nº 12.694/2012 adveio a partir de proposta formulada por uma entidade de classe representativa dos

magistrados federais do Brasil, que, diante das ameaças e ataques sofridos pelas autoridades, formou um comitê de segurança, destinado a propor ações de melhorias neste quesito (AJUFE, 2006). O comitê, elaborou a justificativa do Projeto de Lei junto à Câmara dos Deputados, contendo diversos quesitos com a finalidade empregar efetivamente mais segurança aos magistrados.

A Lei foi sancionada pela Presidenta Dilma Rousseff em meio a uma situação de clamor vindo da sociedade, tendo em vista que à época muito se tinha notícias de casos de violência contra magistrados atuantes em causas criminais de alta complexidade, como o caso da juíza Patrícia Acioli, assassinada à época com mais de vinte tiros, após diversas ameaças sofridas por parte de milicianos (LAURIANO, 2011).

Reforço de medidas de segurança nos prédios da justiça, com controle de acesso e instalação de câmeras de vigilância, bem como a instalação de detectores de metais e possibilidade de fixação de placas especiais nos veículos utilizados pelos magistrados, até o porte de arma dos servidores responsáveis pela segurança de juízes, são elementos autorizados pela lei em razão do emprego de mais segurança a tais autoridades (BRASIL, 2012).

No entanto, o destaque se dá em relação à criação de um colegiado em primeiro grau de jurisdição para o julgamento de processos onde se tenha como objeto crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas, que aos mais desatentos pode-se configurar a instituição da figura do Juiz Sem Rosto no Brasil, o que, no entanto, não deve ser afirmado, pelas suas próprias características (ANDREUCCI, 2012).

O colegiado pode ser definido como uma reunião, em situação igualitária, o que permitiria ao juiz natural do processo um maior conforto na disposição de decisões do processo, tendo em vista que estas não partiriam de apenas uma pessoa, causando-lhe exposição, mas sim de um trio de julgadores, diminuindo a reponsabilidade individual de cada um, e consequentemente garantindo em maior

nível de segurança à sua integridade física, tendo em vista o maior número de pessoas (LIMA, 2012).

Desta forma, o juiz natural de um processo que versa sobre organizações criminosas, ao sentir-se ameaçado, notando risco à sua integridade física, ou de sua família, poderá, fundamentando as circunstâncias que o levaram a fazê-lo e comprovando a existência fática de indícios do risco, requerer pela composição do colegiado, que será admitida pelo Tribunal, e terá sua formação completada por outros dois juízes da mesma competência e em primeiro grau de jurisdição. O colegiado poderá ser formado para a prática de qualquer ato no processo, sua composição será instituída por meio de sorteio eletrônico, para que se evitem critérios subjetivos e parciais na escolha dos magistrados, e somente será aceito em fase processual e de execução penal, inadmitindo-se sua formação em fase inquisitorial. Uma vez promovido, o colegiado é exclusivo ao ato para o qual foi convocado (BRASIL, 2012).

A figura do Juiz Sem Rosto instituída na Colômbia, onde o juiz era totalmente anônimo, se escondia por trás de uma redoma de vidro, não havia identificação nem assinatura em suas decisões, não havia chances para arguição de impedimento, bem como no Peru, onde advogados não tinham acesso aos processos de seus clientes, e os juízes eram totalmente anônimos e sigilosos, além de se revezarem em rodizio para dificultar a identificação, não deve ser confundida com o colegiado brasileiro (ROSA & CONOLLY, 2015). A lei brasileira não permite tal situação, apenas foi possibilitada a formação do colegiado, que no entanto, não deve ser composto por juízes anônimos ou sigilosos (BRASIL, 2012).

"Juiz Sem Rosto" é uma nomenclatura definida para um ato institucional velado pelo anonimato de quem o produz, isto é, passível de não-identificação, qual foi utilizado por países como a Colômbia e que não se amolda à Constituição Federal Brasileira, por motivo de violação a seus princípios que norteiam e permitem uma interpretação uniforme do ordenamento jurídico como um todo (ROSA & CONOLLY, 2015).

Além disso, e em contraponto com o Projeto de Lei formulado pelo ex-senador Hélio Costa, já explanado aqui, a Lei nº 12.694 de 2012 impõe que todas as decisões do colegiado deverão ser assinadas por todos os membros integrantes, não deixando margens para a expressão de anonimato (BRASIL, 2012).

Constata-se que a Lei nº 12.694 de 2012 não versa sobre este instituto, pois não existe emprego da característica de anonimato, e sim a formação de um colegiado de juízes que é arguido pelo juiz natural do processo, após a manifestação de risco a sua integridade física ou de seus familiares, prestigiando a atuação dos membros do Poder Judiciário, que é de suma importância face a defesa cidadania (ANDREUCCI, 2012).

O exemplo orquestrado na Colômbia e no Peru não passou de um fracassado sistema que se mostrou ineficaz, pois no caso da Colômbia, as mortes continuaram acontecendo em virtude da corrupção existente nos Tribunais com o repasse de informações a respeito dos juízes sem rosto, além de que nos dois países o instituto abordado causou inúmeras ofensas aos direitos da pessoa humana causando nítida desordem no sistema processual (ROSA & CONOLLY, 2015).

Assim, nota-se que não se aplica a comparação do instituto estabelecido pela lei nº 12.694 de 2012, em relação ao do juiz sem rosto. Não pode ser relacionado, pois, apesar de a Lei Brasileira também ter surgido em um momento de caos social, e a partir da extrema demanda da sociedade face ao Estado por um posicionamento em razão dos acontecimentos deflagrados contra os magistrados no Brasil, o colegiado trazido pela legislação brasileira não permite a instituição de um juiz anônimo e sem rosto, não permite a supressão de sua identidade, o que é característica única da figura do juiz sem rosto estabelecida nos países supracitados, conforme explanado (FERREIRA, 2012).

3 TENSÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E A LEI Nº12.694/2012

A partir da conceituação dos institutos trazidos pela lei nº 12.694/2012, tomando como objeto principal a formação do colegiado em primeiro grau para a tomada de decisões no processo criminal, na investigação de delitos cometidos no âmbito das organizações criminosas, neste capítulo será abordada a observância da aplicação dos princípios constitucionais e processuais penais, em especial, os seguintes: Juiz Natural, Identidade Física do Juiz, Publicidade e Ampla Defesa, no tocante a tal colegiado.

Temos por princípios, os conceitos que fundamentam e condicionam toda uma orientação para compreensão e aplicação do direito, formulando um padrão de interpretação ou aplicação dele. Existem casos em que uns derivam do outro, assim como existem garantias que originam de princípios. O que importa neste caso, é que os princípios, independentemente de suas derivações, atuam como importantíssimos elementos para a formação de um ordenamento jurídico e nunca podem deixar de serem observados, pois conduzem todo o sistema à uma lógica e harmônica intepretação.

A Constituição abriga muitos dos princípios norteadores do direito, alguns diretamente vinculados com a pessoa humana; outros são relacionados com o processo e o procedimento em si, de forma que não significa que são utilizados sempre diretamente com exclusividade ao réu, mas também ao Estado, de forma a orientar sua atuação.

O Estado, exerce o jus puniendi com exclusividade, é subordinado a princípios, que não deixam de beneficiar a pessoa do réu diretamente. Neste passo, verificou-se a partir do presente estudo, que a formação do colegiado é meio de supressão de certos princípios norteadores do direito.

Quanto aos princípios do Juiz Natural e da Identidade Física do Juiz, será possível observar que a lei não deixa de os observar e atender. Isto porque, no

tocante ao Princípio do Juiz Natural, a formação do colegiado se dá em razão de instituição mediante lei, a questão é normatizada, e de forma imparcial permite que o colegiado tenha sua formação completada, os juízes integrantes do colegiado serão sorteados por meio de sorteio eletrônico assim como o primeiro juiz, em meio àqueles juízes de competência criminal. Apesar da formação do colegiado após a ocorrência do fato, este está previamente designado em lei, sendo ato de faculdade do juiz, ao sentir-se ameaçado, e não em razão do processo em si. Muito oportuno seria afirmar, que no tocante ao Princípio do Juiz Natural, a lei afirma sua mais efetiva aplicação. Neste passo, a maior garantia que o referido princípio vem assegurar é a aplicação da lei por meio de um juiz imparcial, e nota-se que este assim será se vendo isento de possíveis e inoportunas pressões psicológicas.

Ao Princípio da Identidade Física do Juiz, verifica-se que se trata de aplicação infraconstitucional, constituída de inúmeras exceções previstas jurisprudencial e doutrinariamente. Isto porque, fisicamente, nem sempre é possível possibilitar que ao réu seja assegurada a garantia de ser sentenciado pelo mesmo juiz que instruiu a produção de provas do processo. Excelente seria, se humanamente possível. No entanto, como já dito, princípio é composto de inúmeras exceções, como por exemplo, aposentadorias dos magistrados, licenças médicas, férias, promoções, sendo corriqueira a prática da tomada de atos decisórios por juiz diferente àquele da fase instrutória do processo. Para tanto, o colegiado é, também, uma exceção. Argui-se a possibilidade da instauração do colegiado em momento anterior à produção de provas, o que, também, trata-se de exercício humanamente impossível, pois poderia o magistrado estar usufruindo de argumentos pretensiosos, já que para a instauração do colegiado é necessária a existência do risco à integridade física, que não escolhe momento processual adequado, concluindo enfim, pela inexistência de inobservância a tal princípio.

No tocante aos princípios da Publicidade e Ampla Defesa, verifica-se a partir da explanação de ambos, que se tratam de princípios implícitos um ao outro, no tocante ao objeto principal deste estudo. Isto porque, o princípio da Publicidade,

conceituado como a obrigatoriedade de publicitação de todos os atos processuais, com a finalidade de proibir a formação de decisões de forma oculta, permitindo o exercício da democracia por meio da transparência, proíbe a supressão de publicidade da fundamentação das decisões. Isto implica diretamente no exercício da Ampla Defesa do réu, que ao ver-se diante de uma decisão a qual não lhe foi explicitado o inteiro teor, os fundamentos, tem sua defesa técnica suprimida, principalmente em grau recursal, em possível reforma da sentença, momento processual de extrema importância para o réu.

Com isso, será visto que existem fundamentos para conceituar a supressão de publicidade do voto divergente do colegiado, permitida pela lei nº 12.694/2012, como inconstitucional, por inobservância às garantias da Publicidade e Ampla Defesa, prejudicando substancialmente o réu, parte hipossuficiente na relação processual.

3.1 Princípio do Juiz Natural face à formação do colegiado

Existem registros de surgimento do princípio do juiz natural na Carta Magna de João-sem-terra, em 1215, que garantia a indexação de multas somente por meio de homens da vizinhança, porém, é na Carta Constitucional Francesa do ano de 1814 que se tem notícia da primeira referência jurídica do termo 'juiz natural', prevendo a garantia do cidadão ser julgado somente por tal juiz (CINTRA, 2012) (LIMA, 2013).

A sua formação tem como base três aspectos históricos, encontrados por exemplo, nas legislações inglesa, americana e francesa. São eles: a proibição do poder de comissão (fundação de órgãos jurisdicionais sem prévia definição legal), do poder de evocação (indicação de competência de julgamento à órgão diferente do previsto em lei), e a proibição do poder de atribuição (destinação de competência a órgão do judiciário com justificação na matéria, anteriormente a ocorrência do fato objeto da lide, equivalendo-se hoje aos Juizados Especiais) (LIMA 2013).

No Brasil, o princípio foi recepcionado desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, e, embora não conste na Constituição Federal de 1988

com estas palavras, entende-se presente de forma intrínseca no art. 5º, inciso XXXVII, e inciso LIII, pelos seus próprios fundamentos, transcritos abaixo (BRASIL, 1824) (BRASIL, 1988):

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;
>
> LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (BRASIL, 1988);

Ainda neste tocante, existe previsão no Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Brasil, dispondo acerca da garantia de existência de um juiz competente para a oitiva de toda pessoa, expressa no art. 8º, 1, abaixo transcrito (CIDH, 1969):

> Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CIDH, 1969).

A legislação brasileira recepcionou em seu ordenamento jurídico uma manifestamente dúplice garantia vinculada ao princípio do juiz natural, encontrada na Constituição Federal. Isto é, por aqui proíbe-se a instituição de tribunais de exceção (poder de comissão), bem como, proíbe-se a delegação de julgamento para tribunais que não tem tal atribuição designada por lei (poder de evocação) (FERNANDES, 2010).

Por conseguinte, no sistema brasileiro, o princípio do juiz natural é garantia do indivíduo que não pode ser subtraída. A ninguém pode ser retirado o direito de ser julgado por um juiz natural e constitucional, a quem a Constituição atribui a função de julgador representante do Estado (DÓRO, 1999).

Com isso, o princípio deve ser compreendido como a garantia de qualquer cidadão saber a autoridade competente legalmente, por meio da Constituição, para o processamento e julgamento de seu caso. Em outras palavras, deve ser assegurado ao cidadão o conhecimento do juiz competente, aquele estabelecido previamente por meio de lei, para julgar determinada matéria, vedando-se, assim, a existência de tribunais de exceção, conceituados mais à diante (LIMA, 2013).

No HC nº 110.237/PA, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello constitui duas funções fundamentais exercidas pelo princípio do juiz natural: uma para o réu, outra para o Estado (BRASIL, 2013):

> Vê-se, desse modo, que o postulado da naturalidade do juízo, ao qualificar-se como prerrogativa individual ("ex parte subjecti"), tem, por destinatário específico, o réu, erigindo-se, em consequência, como direito público subjetivo inteiramente oponível ao próprio Estado. Esse mesmo princípio, contudo, se analisado em perspectiva diversa, "ex parte principis", atua como fator de inquestionável restrição ao poder de persecução penal, submetendo, o Estado, a múltiplas limitações inibitórias de suas prerrogativas institucionais (BRASIL, 2013).

Ou seja, se por um lado o princípio traz a exigência de que o réu se submeta a uma persecução por parte do Estado, na forma de um juiz previamente designado, e unicamente competente para julgá-lo, o Estado, por outro lado, se vê limitado ao exercício desta persecução na forma descrita em lei, ou seja, limitado pelo texto legal, sem margens para a criação de tribunais de exceção com o intuito de ofertar julgamento diferenciado para tal réu (JOSÉ, 2013).

Este tribunal de exceção é caracterizado pela promoção do órgão após a pratica do ato delituoso, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

> Do inciso XXXVII do art. 5º da Constituição Federal extrai-se a vedação aos juízos ou tribunais de exceção. Mas o que se deve entender por juízo ou tribunal de exceção? Juízo ou tribunal de exceção é aquele juízo instituído após a pratica do delito com o objetivo especifico de julgá-lo. Contrapõe-se, portanto, o juiz de exceção ao juiz natural, que pertence ao Judiciário e está revestido de garantias que lhe permitem exercer seu mister com objetividade, imparcialidade e independência (LIMA, 2013, p. 37).

Em outras palavras, tal tribunal é constituído de forma excepcional, de forma imparcial e com sua atribuição designada para um caso especifico, prejudicando uma série de garantias do indivíduo, tendo em vista a subtração da garantia do juiz natural, ao qual se contrapõe, é inverso deste princípio. Aqui, não existe observância à definição previa de um juiz constitucional e competente (JOSÉ, 2013).

Com isso, para a fiel observância ao princípio do juiz natural é necessária que sejam observadas a três regras de proteção que estão implícitas no conceito do referido princípio. São elas: a garantia de que o exercício da jurisdição somente possa ser efetivado por meio de órgãos criados pela Constituição; a garantia de julgamento por órgão instituído anteriormente ao fato objeto do processo; e a observância à ordem taxativa de distribuição das competências entre os juízes, exonerando a discricionariedade de qualquer um para tal (FERNANDES, 2010).

Assim, pode-se concluir que o princípio do juiz natural tem fundamentação legal no texto constitucional, equivalendo-se a garantia do indivíduo, a qual estão sujeitos Estado e pessoa, com função de atribuir um julgamento justo exteriorizado por meio de juízes previamente designados em razão de suas competências (FERNANDES, 2010).

Entretanto, a lei n° 12.694/2012 instituiu a formação de um colegiado de juízes, formado por três juízes de competência criminal, no primeiro grau de jurisdição, para a tomada de diversas decisões no âmbito do processo cujo objeto seja a investigação de delitos cuja autoria seja atribuída a sujeitos integrantes de organizações criminosas (BRASIL, 2012).

Neste âmbito, o juiz natural do processo, investido na persecução como representante do Estado, devida e previamente designado pela lei no âmbito de sua competência, ao sentir-se ameaçado pelos membros da organização criminosa a qual lhe foi designado o processamento e julgamento criminal, poderá fundamentadamente, instituir o colegiado, que terá sua formação completada por outros dois juízes da competência criminal em primeira instância, por meio de sorteio eletrônico (NUCCI, 2016).

Nota-se, a respeito, importante ligação da garantia constitucional, com a formação do colegiado prevista na lei nº 12.694/2012. Isto porque, se é considerado o juiz natural do processo aquele previamente designado por lei, investido no exercício da jurisdição em razão de sua competência e atribuição no órgão jurisdicional, poderia, então, tal competência ser estendida a outros dois juízes, que apesar de usufruírem das mesmas prerrogativas do primeiro, estaria designado para o exercício da jurisdição em processo originalmente de competência de outro juiz natural (NUCCI, 2016).

Continuamos: ao legitimar a formação de um órgão colegiado, com o objetivo da tomada de importantes decisões no processo, inclusive sentença, estaria a Lei nº 12.694/2012 infringindo o Princípio do Juiz Natural? Tendo em vista que, o colegiado, assim como define a lei, é restrito do ato para o qual foi convocado, em razão da excepcionalidade contida no âmbito das organizações criminosas, restaria então ao colegiado ser comparado com um órgão ou tribunal de exceção, vedado pela Constituição, por suas próprias características? É o que se discute na doutrina, demonstrados os entendimentos majoritários a seguir (FURTADO, 2014).

Para Márcio André Lopes Cavalcante, a formação do colegiado não viola o princípio do Juiz Natural:

> Não há violação ao princípio do juiz natural, considerando que é ele quem convoca o colegiado, dele fazendo parte. Ressalte-se, ainda, que a composição do colegiado é feita mediante sorteio eletrônico (critério impessoal) que envolve apenas os magistrados com competência criminal, não havendo designações casuísticas dos julgadores. Em verdade, a previsão legal reforça uma das facetas da garantia do juízo natural, que é a da certeza de um julgamento imparcial, o que somente é possível quando o magistrado encontra-se isento de pressões espúrias (CAVALCANTE, 2012, p. 7).

Em seu entendimento, o autor considera que o colegiado não infringe o princípio do Juiz Natural. Isto porque a convocação será realizada pelo juiz natural do processo, aquele investido em sua função jurisdicional previamente, de forma constitucional, se fazendo também parte do colegiado. Além disso, o autor indica que o critério para a formação do colegiado é o mesmo pelo qual se deu a instituição

do juiz natural do processo, por meio de sorteio eletrônico, reforçando ainda mais a essência do Princípio do Juiz Natural, a imparcialidade do juiz, não deixando margens para a designação discricionária dos magistrados, como ocorre em tribunais de exceção, anteriormente conceituados, pois a formação se dá por meio impessoal (CAVALCANTE, 2012).

O autor ainda cita que o critério da imparcialidade estará ainda mais presente com a formação do colegiado, partindo do pressuposto que o Juiz de Direito investido no processamento de uma causa em que os réus oferecem risco à sua integridade física e/ou de sua família, julgaria imparcialmente objetivado pela garantia da manutenção de sua vida (CAVALCANTE, 2012).

No mesmo sentido, entretanto com argumentos singelamente diferentes, está Guilherme de Souza Nucci, que afirma que um requisito basilar garantido pelo Princípio do Juiz Natural é sua prévia instituição em lei, mesmo que de forma abstrata, resguardando o direito do réu de não ser surpreendido, nem julgado por um tribunal de exceção. Para o autor, a simples disposição em lei, no tocante à formação do colegiado, constitui validade ao órgão, inclusive porque a legislação impõe regras específicas para a sua instituição (NUCCI, 2016).

O princípio do Juiz Natural é constituído de forma abstrata, na forma que é oportunizado às partes o direito de saber previamente o juízo designado constitucionalmente para o julgamento imparcial, entretanto, se referindo ao cargo e competência, e não à pessoa singular do juiz (MISAKA & ALONSO, 2012).

Quanto a isto, Hugo Barbosa Torquato Ferreira afirma que, em momento oportuno, o juiz designado por meio de sorteio como o Juiz Natural do processo, ou ainda os designados como integrantes do colegiado de forma natural, serão todos devidamente identificados, assim como nos demais processos, oportunizando a arguição de suspeição ou impedimento (FERREIRA, 2012).

De posse de todos estes argumentos trazidos por meio da doutrina especializada, pode-se afirmar que a formação do colegiado previsto pela lei nº

12.694/2012 não afronta o princípio do juiz natural. Tal princípio é de suma importância no ordenamento jurídico pelas suas próprias características de garantia constitucional, preservando o direito do indivíduo de ser processado e julgado por uma autoridade previamente designada por meio de lei, sendo meio para a formação de um julgamento imparcial e impessoal (NUCCI, 2016).

A formação do colegiado em muito aproxima à mais efetiva prestação da garantia do Princípio do Juiz Natural. Sua instituição se dá por meio de processamento previsto em lei, e reforça um dos principais objetivos ou razões da aplicação do referido princípio, a imparcialidade do juiz, tendo em vista que a tomada de decisões do juiz é muito mais imparcial quando este se vê isento de pressões inoportunas. Neste tocante, o colegiado atenderá, em sua formação, às três regras definidoras do princípio, de modo que a jurisdição será realizada por meio de um órgão previamente definido por lei; os juízes serão sorteados em meio àqueles de competência criminal, e, por fim e mais importante, apesar de a formação do colegiado ser completada após a ocorrência do fato, este está previsto anteriormente como ato de faculdade do juiz, em razão de assegurar sua integridade física, e não em razão da matéria casuística ou acontecimento a ser processado e julgado (CAVALCANTE, 2012).

Se, por um lado, a formação do colegiado não demonstra afronta ao Princípio do Juiz Natural, este instituto ainda deve atentar-se ao Princípio da Identidade Física do Juiz, a ser abordado no próximo capítulo com o objetivo de esgotarem-se questionamentos a respeito da constitucionalidade do órgão.

3.2 Princípio da Identidade Física do Juiz

A formação do órgão colegiado, composto pelo juiz natural do processo e outros dois juízes da mesma competência designados por meio de sorteio eletrônico, deve atentar-se à observância ao Princípio da Identidade Física do Juiz. Isto porque tal princípio foi inserido no âmbito do processo penal, com intuito de potencializar a

garantia do exercício da ampla defesa do acusado e, ainda, de resguardar a formação do convencimento do juiz, posterior prolator da sentença (NUCCI, 2016).

Embora o referido princípio não ostente exigência constitucional, é considerado um importante norteador do direito processual penal (NUCCI, 2016). Encontra-se a fundamentação legal no art. 399, §2º do Código de Processo Penal, de forma bastante taxativa:

> Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. 2o O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008) (BRASIL, 1941).

Conforme informação de referência trazida pela transcrição do artigo, a imposição legal fora inserida pela reforma processual penal, a Lei nº 11.719/2008.

Anteriormente, só havia notícia desta regulação no que tange ao procedimento do júri popular, no qual aqueles jurados investidos no momento da produção de prova testemunhal e dos debates, deveriam ser os mesmos julgadores do fato (CAPEZ, 2014).

Com o advento da reforma processual penal, o princípio deve ser observado em todos os procedimentos. Segundo Fernando Capez, o princípio em verdade veio "ao encontro da nova sistemática dos procedimentos penais que privilegiou o princípio da oralidade, do qual decorre a concentração dos atos processuais em audiência única e o imediato contato do juiz com as provas" (CAPEZ, 2014)

Por conseguinte, a observância do referido princípio tem mesmo como consequência a potencialização da ampla defesa do acusado, visto que o juiz que teve o contato direto com toda a prova produzida nos autos concluirá, a partir delas, a formação de sua convicção (NUCCI, 2016). Valendo-se deste entendimento, parece oportuna a referência ao chamado efeito cliquet, presente na teoria dos direitos fundamentais, regendo a máxima de que aos direitos fundamentais é vedado

o retrocesso, permitindo-se apenas avanços de forma a resguardar cada vez mais tais garantias (CANOTILHO, 2002).

Com isso, a lei nº 12.694/2012 se mostra falha ao não determinar o momento processual em que o colegiado deverá ser formado. Isto porque, em fiel observância ao Princípio da Identidade Física do Juiz, deve o colegiado ser formado desde a colheita da prova, isto é, deste a fase inicial do processo (NUCCI, 2016). Partindo do pressuposto de que é de suma importância a colheita das provas e depoimentos que são elementos imprescindíveis à formação do convencimento do juiz no processo penal, e ao passo de que a formação desta convicção se realiza a partir das provas, esta estaria influenciada em caso de repasse de informações - do juiz natural do processo aos juízes chamados ao colegiado - restando prejudicada a imparcialidade destes últimos, que passariam a tomada de decisões influenciados pela convicção do primeiro (CAVALCANTE, 2012).

No entanto, em razão da motivação pela qual se dá a formação do colegiado, em reflexão prática, é tanto quanto desafiador que o juiz instaure o órgão logo em fase instrutória, possibilitando assim que os demais colegas possam auferir suas convicções diretamente dos elementos probatórios em si. Isto porque, entende-se que a motivação da instituição do colegiado não advém unicamente da vontade do juiz singular do processo, é necessário haver a predisposição de situações de ameaça a sua integridade física ou de sua família, o que obviamente não está sob sua prerrogativa, ora, não é humanamente possível ao juiz saber objetivamente o momento processual em que se sentirá ameaçado pelos membros integrantes da organização criminosa a qual lhe foi atribuído o julgamento. A lei, neste tocante, é omissa ao não impor limite ao momento adequado para esta instituição (CAVALCANTE, 2012).

Por outro lado, as provas passíveis de valoração por parte do juiz devem todas estar juntadas aos autos do processo; os documentos devem estar disponíveis para os juízes chamados ao colegiado, e, no mais, que restaria importante o depoimento de testemunhas, interrogatório do réu, quais são obrigatoriamente

gravados em sistema audiovisual posteriormente anexado aos autos, de forma a possibilitar o acesso do colegiado a tais provas, atribuindo assim, a exígua formação de sua própria convicção pelos autos (CAVALCANTE, 2012).

Ainda neste passo, verifica-se que o procedimento previsto no art. 399, §2º do Código de Processo Penal é passível de exceções, como, por exemplo, em casos de promoção, licença ou afastamento e até morte do juiz presidente da instrução, e nem por isso ocorridas estas situações os processos deixam de ser julgados, ou incida o descumprimento ao princípio da identidade física do juiz. O referido princípio, se mostra um tanto quanto ineficaz, visto que sua aplicabilidade é bastante dificultosa, em razão de diversas causas que muitas das vezes vão além do controle jurisdicional (OLIVEIRA, 2016).

Desta forma, tendo em vista os posicionamentos aqui elencados, conclui-se como inoportuno alegar a inconstitucionalidade da Lei nº 12.694/2012 acerca da formação do órgão colegiado por ideia de ofensa ao Princípio da Identidade Física do Juiz, pois este é constituído de inúmeras exceções possíveis no curso do processo, humanamente impossível de serem suprimidas. Ainda neste tocante, difícil seria a execução da ideia proposta por Guilherme de Souza Nucci, ou seja, a instituição do órgão colegiado antes mesmo da fase de instrução do processo, para que este acompanhe toda a produção de provas (CAVALCANTE, 2012).

Inadequada seria esta possibilidade pelo fato de que a Lei não regula expressamente sobre a formação do colegiado para todos os atos processuais desde o recebimento da denúncia, como sugere o Autor; o que se interpreta do dispositivo é que o órgão deve ser arguido para a tomada das decisões elencadas e outras, mas inerte é, no sentido de possibilitar a atribuição do colegiado continuamente, por todas as fases do processo (BRASIL, 2012). Além disso, a pretensiosa arguição do colegiado em fase inicial do processo poderia ser enxergada como pretenciosa antecipação por parte do magistrado, que, ao passo de ainda desconhecer do processo já sinta-se ameaçado (CAVALCANTE, 2012).

Com isso, entende-se que razoável seria a interpretação ao passo da não inconstitucionalidade do dispositivo face ao Princípio da Identidade Física do Juiz, uma vez que este não é absoluto no processo brasileiro, não é de fonte constitucional e existem diversas exceções previstas jurisprudencialmente que podem ser arguidas, sendo uma delas possibilidade trazida pela lei objeto deste trabalho (CAVALCANTE, 2012).

3.3 Princípio da Publicidade – A supressão da publicidade do voto divergente

O colegiado em primeiro grau, uma vez que instituído no âmbito do processo penal, tem como atribuição a razão pela qual foi promovido, e para que o objetivo da lei seja concluído com êxito e sem qualquer prejuízo quanto à integridade física dos juízes integrantes, esta faculta a referência a qualquer voto divergente do colegiado. De forma exemplificativa, no caso de dois juízes julgarem pela condenação do réu, e o terceiro juiz julgar pela absolvição, em caso de publicitação deste voto divergente, a integridade física dos outros dois juízes restaria prejudicada, tendo em vista que contraria o interesse do réu, existindo ainda um segundo exemplo possível para adequar o entendimento da matéria. Em caso de dois juízes julgarem pela absolvição do acusado, e um terceiro juiz pela condenação, restaria a este um prejuízo em relação a preservação de sua integridade física, pelo fato de estar de contrário aos interesses do réu, mesmo que em um plano em que efetivamente o interesse do réu foi atendido (CAVALCANTE, 2012).

No entanto, o sistema processual penal é cerceado de garantias e princípios fundamentais, elementos constituidores da formação de um justo processo. Entre eles, está o Princípio da Publicidade, princípio constitucional, inerente do devido processo legal (JÚNIOR & SENNA, 2009).

Tal princípio encontra fundamentação legal em diversos dispositivos, na Convenção Americana de Direitos Humanos, na Constituição Federal, e antes mesmo desta no Código de Processo Penal. A Constituição assegura, por sua vez, no

art. 93, IX, talvez a mais expressa redação no sentido do Princípio da Publicidade, dispondo a forma pela qual deve agir o Poder Judiciário (JÚNIOR & SENNA, 2009):

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
>
> IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988);

De forma mais discricionária no tocante do processo em si, o Código de Processo Penal versa no art. 792, caput, que todos os atos processuais, bem como as audiências e sessões serão públicos (BRASIL, 1941).

A definição do princípio, pode ser agregada como a garantia inequívoca de acesso aos atos praticados pelo Poder Judiciário no âmbito do processo penal. Isso vem a preservar uma transparência no exercício da atividade jurisdicional, e possibilitar o exercício de fiscalização, podendo, entretanto, ser dirimida em razão de proteção a interesses que sejam relevantes para o processo (FERNANDES, 2010).

A publicidade, funciona efetivamente como uma forma de controle e pressuposto de validade dos atos não só processuais, é garantia de independência e imparcialidade. É instrumento contra o segredo, impõe credibilidade para a justiça em suas decisões, que no entanto, diante da possibilidade do afastamento de voto divergente do colegiado, restará com tais adjetivos suprimidos (JÚNIOR & SENNA, 2009).

A supressão do voto divergente de qualquer membro, está descrito no art. 1º, 6º, da Lei nº 12.694/2012, que permite expressamente a publicação da decisão sem nenhuma referência ao voto divergente (BRASIL, 2012).

Ocorre que, um órgão colegiado tem como característica a troca de posições, o aproveitamento de experiências divergentes. Com a possibilidade do afastamento e

supressão de voto divergente em colegiado, a decisão final irá corroborar para um entendimento unânime, o que não traduzirá a realidade, estará o magistrado com a voz suprimida em relação ao ato para o qual foi convocado, e as partes não terão conhecimento do conteúdo deste voto divergente, impedidas de o utilizarem para fundamentação em instâncias superiores, em possível grau recursal (ROSA & CONOLLY, 2015).

Entende-se, que a retirada do voto divergente é como a supressão de parte da decisão, tendo em vista que esta divergência é ponto fundamental para a consolidação do voto vencedor, e deve ser levada em conta para a decisão final, de forma que, os argumentos trazidos em um voto divergente, são refutados pelos formadores dos votos vencidos, em sua totalidade, para somente então, serem formalizados em uma decisão uma (OLIVEIRA, 2016).

O acórdão é uma decisão judicial caracterizada pela diversidade de opiniões acerca do mesmo tema, e ainda, pluralidade de pessoas, de forma que, não faz sentido a supressão de um dos votos acerca desta decisão, mesmo que, tenha como causa justificável a proteção da integridade física dos demais magistrados formadores da opinião vencedora (ROSA & CONOLLY, 2015).

Não se duvida da eficiência da Lei, neste ponto, em assegurar a integridade física dos magistrados formadores de votos como o exemplo supramencionado, pois, sem dúvida alguma, sem a referência à algum voto divergente estariam os dois seguros, pois a parte ré teria para si o entendimento de que este foi um julgamento com votos unânimes e que não fora levantada alguma divergência, de forma que, obrigatoriamente, estariam os três magistrados componentes do colegiado responsáveis por àquela decisão, recaindo sobre eles todo e qualquer encargo (CAVALCANTE, 2012).

A finalidade da Lei aqui estaria cumprida em relação aos magistrados componentes do órgão colegiado formado para aquela finalidade, que estão menos expostos e menos responsáveis pela decisão tomada, afinal, a decisão agora não é de uma única pessoa, e sim de um colegiado, e, ainda, sem exposição de nenhum voto

divergente, ficando para a parte ré uma impressão de unanimidade naquela decisão, de forma que restaria esta possibilidade como uma dificuldade maior para a organização criminosa ao cometimento de algo contra a integridade física do magistrado (CAVALCANTE, 2012).

No entanto, em contraponto à segurança do magistrado está a insegurança jurídica do acusado, utilizando do mesmo exemplo já mencionado. Obviamente, a defesa plena e ampla do acusado resta prejudicada, quando este não toma ciência do fundamento do voto divergente, tendo em vista que este é parte do acórdão firmado em decisão de ato processual e pode ser utilizado em seu favor (OLIVEIRA, 2016).

Desta forma, nota-se que a Lei é clara quanto ao seu objetivo único de proteção aos magistrados, que veio a partir de um momento social de imensa repercussão de desproteção destes por parte do estado, gerando uma enorme insegurança à sociedade, pois, se nem mesmo os magistrados estão seguros, quem diria o cidadão comum? No entanto, observa-se que a referida Lei não traz uma profunda análise do processo penal e suas garantias como um todo, respeitando as posições de todos os integrantes do processo (OLIVEIRA, 2016).

Não se verifica emprego de erros ou de inconstitucionalidade na formação do colegiado designado para os atos processuais que couberem nas formas da lei, no entanto verifica-se que a Lei é discrepante em relação à possibilidade da não publicitação do voto divergente deste colegiado, visto que uma vez a defesa sem acesso ao conteúdo fundamentado de toda a decisão em sí, não será possível exercer uma defesa plena sobre todos os fatos apontados, em especial, em grau recursal, quando visa-se à reforma da sentença. Neste ponto a Lei é prejudicial ao réu e o ordenamento jurídico brasileiro não permite situações em que o réu saia em desvantagens, devendo ele ser plenamente assistido por uma defesa plenamente capaz em todos os atos e em todas as provas existentes no processo, o que restará suprimido. A defesa técnica do réu necessita dos argumentos constantes de todos os votos do colegiado (OLIVEIRA, 2016).

Demonstra-se a clara ofensa ao princípio da Publicidade, amparado constitucionalmente, que determina a publicação de todos os atos do processo, pelas próprias características de publicidade que os tem (ROSA & CONOLLY, 2015).

Com a supressão da publicitação do voto divergente do colegiado, o que se tem é a inobservância de uma garantia constitucional, que por sua excelência tem como dever assegurar direitos fundamentais do indivíduo, é inaceitável a formação de decisões de forma oculta, sem que sejam elas juntadas aos autos do processo. O réu tem a garantia constitucional de saber o teor de todos os argumentos expostos em seu favor e desfavor, para utilizá-los tecnicamente da melhor forma possível no atributo de sua defesa (ROSA & CONOLLY, 2015)

Com isso, verifica-se que a supressão da publicação do voto divergente do colegiado gera por sua essência a supressão de certa garantia constitucional não somente no que diz respeito ao Princípio da Publicidade, mas também encontra-se diretamente ligada ao Princípio da Ampla Defesa, pois, no momento em que o réu deixa de tomar conhecimento sobre todos os argumentos contidos numa decisão colegiada, tem suprimida a garantia de exercício de uma defesa plena, prejudicando-o (OLIVEIRA, 2012). A respeito, ao próximo tópico incumbe-se o exercício de enfrentamento desta questão.

3.3.1Ampla defesa sem acesso ao voto divergente do colegiado

O Princípio da Ampla Defesa, inserido no tocante aos direitos individuais do cidadão, cuja gênese é uníssona da doutrina francesa, e resultante na declaração de direitos fundamentas do homem e do cidadão, tem fundamentação legal no ordenamento brasileiro, no art. 5º LV da Carta Magna, abaixo transcrito (MARTINS, 2001):

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

> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988);

Em vista disto, o Princípio da Ampla Defesa pode ser conceituado como a condição de que o sujeito submetido a um procedimento, aqui criminal, possa vir a se defender da acusação utilizando para tanto todos os meios possíveis previstos, excluindo assim a possibilidade de ser colocado em condição subalterna no processo é garantido uma defesa de qualidade, plena e capaz, ampla e utilizando de métodos extensos o quanto possíveis para se defender de qualquer imputação, ou seja, uma defesa efetiva (MARTINS, 2001).

Segundo Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2014, p. 35):

> Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. (...) Considerando, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal (NUCCI, 2012, p. 35).

Para tanto, a plenitude desta defesa é de extrema importância principalmente no curso do processo penal, onde pode haver o resultado de privação de liberdade, vista como um dos maiores dons do indivíduo, de onde decorre a imprescindibilidade de buscar a efetiva aplicação deste princípio garantidor. Aqui a amplitude deve ser extrema, possibilitando abraçar todas as opções possíveis para garantir uma defesa plena e técnica, trata-se de garantia individual de interesse da parte hipossuficiente, o réu (MARTINS, 2001).

A ampla defesa encontra relação com o princípio do contraditório, no entanto não se restringe ao dever do Estado de propiciar ao acusado a possibilidade de reação a todos os atos contidos no processo. A ampla defesa não decorre apenas da garantia de autodefesa, caracterizada principalmente no ato do interrogatório, mas

em relação de complementariedade com a defesa técnica, plena e efetiva, que é direito além de ser garantia (FERNANDES, 2010).

Neste tocante, Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, 2014, p. 46):

> (...) o princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar todas e quaisquer modalidade de provas situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art. 5º) (OLIVEIRA, 2014, p. 46).

Guarda-se que a Ampla Defesa se realiza por meio da defesa técnica e efetiva, e por meio da autodefesa neste sentido Antonio Scarance Fernandes (FERNANDES, 2010):

> Quando, nas constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para obervância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa. Colocam-se ambos em relação de diversidade e complementariedade (FERNANDES, 2010, p. 255).

Com isso, pode-se auferir que a defesa técnica é elemento essencial para o bom desenvolvimento das demais, sendo indeclinável, e não bastando, portanto, a existência de um defensor, mas sim, a existência de uma defesa plena no sentido de assistência ao acusado (CAMPOS, 2013). Este é o elemento de ligação com o objetivo desta pesquisa. O colegiado instituído pela lei em apreço, deve cientificar-se da fiel observância aos direitos e garantias fundamentais do sujeito, entre elas, a efetividade de uma ampla defesa (ROSA & CONOLLY, 2015).

No âmbito do órgão colegiado, verificou-se a inobservância ao Princípio da Publicidade, abordada ao início deste item, em relação à supressão da publicitação de voto divergente, pelos próprios fundamentos deste princípio que rege que todos os atos processuais devem ser públicos, evitando assim a formação de atos suspeitos acerca de sua validade e imparcialidade. O princípio garante a transparência da atividade jurisdicional, assegurando uma postura democrática (LIMA, 2013).

Com a supressão da divulgação deste voto divergente, que entende-se fazer parte da decisão do colegiado, pelos conceitos e fundamentos de um órgão colegiado, além da inobservância ao Princípio da Publicidade como já explicitado, decorre a inobservância ao Princípio da Ampla Defesa (ROSA & CONOLLY, 2015).

Neste sentido, Ali Mazloum afirma:

> "A formação do colegiado para a análise e eventual julgamento de crimes praticados por organizações criminosas é salutar, merecendo maior reflexão a omissão quanto ao voto divergente, quando houver, tendo em vista o primado constitucional da necessária publicidade e fundamentação das decisões judiciais" (BEZERRA & MAZLOUM, 2012).

Isto porque o Princípio da Ampla Defesa, em seu fundamento, efetiva a garantia do exercício de uma defesa técnica utilizando-se de todos os meios de provas possíveis visando garantir que àquele sujeito tenham sido oportunizadas todas as formas possíveis de provar a sua inocência, ou similar (LIMA, 2013)

Com a supressão do voto divergente esta garantia de exercício de uma ampla defesa restará prejudicada, tendo em vista que este voto divergente é parte da decisão e pode, assim como deve ser utilizada em favor do réu, neste passo, Odilon Oliveira afirma:

> A lei impõe que o voto divergente fica sem ser revelado. A parte não vai saber quem foi que votou de maneira divergente e isso prejudica a defesa. Vamos supor que você seja réu, o voto do juiz que optou pela absolvição não aparecerá. Nesse caso, o condenado teria interesse em saber qual foi o voto favorável para saber qual o teor do voto e fundamentar algum recurso. A questão fere o princípio da ampla defesa e o do livre convencimento do juiz que é obrigado a ir contra seu entendimento em relação ao voto divergente (OLIVEIRA, 2012).

Dado o contexto de que a decisão tomada pelo órgão colegiado instituído nos limites da Lei 12.694/2010, é uma sentença condenatória, o voto divergente, é parte da decisão do colegiado, pelos próprios motivos aqui já expostos anteriormente, e sua supressão é supressão de parte da decisão que será arguida para apreciação em

grau recursal. Neste tocante, a defesa técnica do réu, ao ter em seu desfavor a supressão dos fundamentos e argumentos quais fizeram o voto divergente ser vencido, estará prejudicada, ferindo obviamente o princípio constitucional e norteador do direito processual penal, o da ampla defesa (OLIVEIRA, 2016).

A defesa técnica restará prejudicada, pois, foi impedida de ter acesso ao voto que expressava posição divergente em relação aos outros dois, não poderá utilizar daqueles argumentos, se favoráveis ao réu, para uma possível reforma da sentença em segundo grau, ou ainda, se desfavoráveis estes argumentos contidos no voto vencido, o réu estará prejudicado novamente, pois sua defesa não mais será técnica e plena se apresentar argumentos que já foram trazidos e que se mostraram fracos e desfavoráveis ao réu (ROSA & CONOLLY, 2015).

Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa e Ricardo Conolly, "o acesso ao voto divergente é inerente à ampla defesa das partes, que servirá como fundamento ao seu recurso. Não se pode admitir que apenas uma das partes tenha acesso aos fundamentos que embasem a sua versão das decisões judiciais" (ROSA & CONOLLY, 2015).

O teor do voto divergente é de suma importância para o exercício da ampla defesa do acusado. A fundamentação de toda decisão é elemento obrigatório imposto pelo conjunto normativo do direito brasileiro, e isto se deve em razão da importância presente nesta fundamentação; é a partir daí que será disposta a razão pela qual aquela decisão veio a ser tomada, permitindo que o sujeito possa estar ciente do exercício da igualdade e da ausência de arbitrariedade ou abuso por parte do juiz (CAVALCANTE, 2012).

É inaceitável a formação de decisões de forma oculta, que não é juntada aos autos do processo. O réu tem a garantia constitucional de saber o teor de todos os argumentos expostos em seu favor e desfavor, para utilizá-los tecnicamente da melhor forma possível no atributo de sua defesa (ROSA & CONOLLY, 2015).

Com isso, a formação do colegiado no âmbito de processo criminal, de acordo com as normatizações impostas pela lei que o instituí, deve ser vista como forma de preservação da integridade física dos magistrados atuantes em varas criminais pelo país. No entanto, esclarece o presente estudo que, juntamente com a maior oferta de segurança aos magistrados, a lei, em razão disto, deixou de exercer certas garantias constitucionais do indivíduo investigado.

A inobservância destas garantias, em especial a publicidade dos atos processuais e a ampla defesa, deixa de ofertar ao sujeito investigado um processo justo com o efetivo exercício da plenitude de defesa, abarcando todas as possibilidades de produção de provas. O voto divergente deve ser visto como parte integrante da decisão, e não deve, portanto, ser suprimido em detrimento da preservação da integridade física dos magistrados. É de extrema importância a publicação de todos os argumentos contidos na decisão, inclusive àqueles divergentes da decisão final, pois, aí estará intrínseca a possibilidade de reforma desta decisão, valendo-se dos mesmos argumentos e fundamentos. Resta por meio da supressão da publicidade do voto divergente do colegiado, a ofensa aos princípios constitucionais da Publicidade e consequentemente da Ampla defesa.

4 A APLICAÇÃO EFETIVA DA LEI

O presente capítulo é reservado a análises quanto à aplicação da Lei nº 12.694/2012, em especial quanto à formação do colegiado em primeiro grau de jurisdição possibilitado pela referida.

A princípio, será posta uma análise de dados estatísticos auferidos a partir de pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que permitiu acesso a poucos dados em razão de sigilo judicial das informações, mas que contribuiu de forma significativa para o capítulo e o trabalho como um todo, tendo em vista que fora possível conhecer casos em que foram instituídos o colegiado nos moldes previstos pela Lei em cada

competência territorial. Além disso, é exposta a regulamentação interna de cada Tribunal acerca da formação do colegiado.

Em segundo plano, o presente capítulo apresenta entrevistas semiestruturadas com magistrados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que tiveram a oportunidade de participar de um colegiado a partir da Lei nº 12.694/2012. Fora realizada entrevista pessoal com os magistrados, que responderam a diversas questões acerca da formação do colegiado, trazendo importantes considerações para a análise de aplicação da Lei.

A partir de então, o presente capítulo retoma aos pontos abordados no primeiro e em especial segundo capítulo, a fim de relacioná-los com os dados de aplicação efetiva da Lei, fazendo uma ponderação dos conceitos definidos com a aplicação prática, o que demonstra a efetividade do colegiado, sendo excluídas as críticas quanto ao instituto trazido pela Lei.

Por fim, registra-se uma breve análise acerca da pouca aplicação do colegiado em casos concretos, que conclui pela existência de três possíveis causas que convergem para este resultado.

4.1 Dados estatísticos

A despeito da aplicação da Lei n° 12.694/2012, é de interessante apresentar dados estatísticos que comprovem esta aplicação ou a falta dela na referida Lei. Estes dados foram informados pelas das Corregedorias de Justiça dos respectivos Tribunais, em razão de que o fato da instituição do colegiado pelo magistrado ameaçado por organizações criminosas, deve ser comunicado à elas, como demanda a própria Lei.

Com isso, sabendo-se da importância destes dados, foram realizadas solicitações de informações com base na Lei nº 12.527/2011 a Lei de Acesso à Informação, junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, bem como. Em síntese, as solicitações realizadas por

meio eletrônico demandaram informações acerca da existência de aplicação da Lei, a quantificação destes incidentes, e características dos desdobramentos que a formação do colegiado propicia.

Ambos os contatos foram prontamente atendidos no limite de suas atribuições, razão pela qual foi possível auferir dados acerca da regulação dada pelos Tribunais citados, bem como o número de casos efetivos em cada um. Dados que, certamente contribuirão para uma conclusão acerca da aplicação da Lei em estudo.

Todos os dados obtidos junto aos Tribunais estão dispostos a seguir, de maneira a identificar que a aplicação da Lei é bastante restrita, quase que rara, o que não diminui a sua importância, demonstrada ao longo do trabalho.

4.1.1 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Em cumprimento à exigência trazida pela Lei n°12.694 de 2012, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios regulamentou o procedimento a ser adotado pelo magistrado no âmbito das prerrogativas trazidas pela lei, por intermédio da Resolução n°10 de 19 de junho 2013 e da Portaria GC 78 de 5 de junho de 2017, respectivamente do Presidente e do Corregedor da Justiça daquele Tribunal, em anexos ao presente trabalho (DISTRITO FEDERAL, 2013) (DISTRITO FEDERAL, 2017).

Tais regulações podem ser vistas como norma interna, que disciplinaria, a partir de então, os procedimentos a serem adotados pelo Tribunal, e em especial pelos magistrados que opinarem pelo julgamento nos moldes postos pela Lei. Ambas regulam somente o procedimento de instauração do colegiado, ainda que no máximo regulem o acompanhamento deste processo administrativo para a sua futura extinção, não interferindo em questões jurisdicionais, mas somente administrativas internas (DISTRITO FEDERAL, 2013) (DISTRITO FEDERAL, 2017).

Como se espera, ambas as regulações demonstram claramente que a decisão de instauração do colegiado é exclusiva do magistrado, seja titular ou substituto, e

que este fato deve ser comunicado à Corregedoria de Justiça com a devida justificação ou fundamentação e indicação das circunstâncias que promovam risco à sua integridade física (DISTRITO FEDERAL, 2013) (DISTRITO FEDERAL, 2017).

A Corregedoria, de posse da informação de instauração do colegiado, procederá imediatamente ao sorteio eletrônico dos outros dois juízes que irão compor o colegiado, sendo que o sorteio será realizado com base em uma lista atualizada com o nome de todos os magistrados titulares de competência criminal do Distrito Federal, observando a circunscrição judiciária de tramitação do processo, excluindo-se somente os juízos de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (DISTRITO FEDERAL, 2013). Ainda com relação ao sorteio de membros do colegiado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios resolve pelo sorteio de 4 (quatro) nomes, de modo que, os dois últimos sorteados servirão de suplentes em caso de suspeição ou impedimento dos dois primeiros, estando restritos a estas condições (DISTRITO FEDERAL, 2013).

Caberá também à Corregedoria da Justiça, por meio de certidão, dar ciência do sorteio aos sorteados e ao juiz requerente, que deverá fazer juntada desta aos autos. O colegiado se limitará para o ato ao qual foi chamado, e não poderá ser instaurado em Plantão Judiciário. As reuniões poderão ser sigilosas, e a decisão deverá ser una, conforme art. 9° da Resolução n° 10 de 2013, abaixo transcrito (DISTRITO FEDERAL, 2013).

> Art. 9º A decisão do colegiado é una e deverá ser firmada, sem exceção, por todos os seus integrantes, dela não constando nenhuma referência a eventual voto divergente de qualquer membro (DISTRITO FEDERAL, 2013)

Por fim, as normatizações internas impõem a comunicação da extinção do colegiado, para arquivamento do processo administrativo junto à Corregedoria da Justiça (DISTRITO FEDERAL, 2013).

No âmbito destas regulações, a Corregedoria da Justiça do TJDFT dispõe de dados estatísticos acerca da aplicação da lei, em especial a instauração do colegiado

no primeiro grau de jurisdição, que são de suma importância para o estudo acerca da aplicação prática da lei nos casos concretos. Com isso, buscou-se do órgão corregedor informações que pudessem demonstrar como a lei vem sendo aplicada na jurisdição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (APÊNDICE A, 2018).

É sabido que a lei opera em casos muitíssimos peculiares em razão de seu próprio objeto, lê-se a proteção aos magistrados ameaçados por organizações criminosas e voltadas para o cometimento de delitos. A primeira restrição se dá em razão da investigação ou apuração de crimes envolvendo organizações criminosas, e a partir daí, deve o juiz, para a aplicação da lei no caso concreto, sentir-se ameaçado e indicar as circunstâncias destas ameaças em sua decisão, afunilando ainda mais a aplicação da lei, o que se entende por correto.

Com isso, a Corregedoria da Justiça informou em processo administrativo junto à Ouvidoria do Tribunal, cujo objeto era a prestação de informações acerca da aplicação da lei nesta jurisdição, formulado por esta Aluna, importantes dados para auxiliar a análise da aplicação da lei, em especial, a formação do colegiado (APÊNDICE A, 2018).

O documento emitido pela Corregedoria da Justiça, formulado com base em perguntas demonstra que desde a regulação dos procedimentos administrativos no ano de 2013 por meio da Resolução n° 10, em todo o Distrito Federal, houve apenas 4 (quatro) casos de aplicação da lei para a formação de colegiado em primeiro grau, sendo que dois deles já foram extintos (APÊNDICE A, 2018).

Em questionamento acerca dos processos que ainda se encontram ativos, a fim de apurar as circunstâncias da aplicação da lei, a Corregedoria se limitou a informar que o processo administrativo de instauração do colegiado é mantido em sigilo, o que limita o órgão a não divulgação de tais dados. Informa ainda, que a Corregedoria atua somente no procedimento de sorteio dos membros, mantendo controle somente acerca da abertura e encerramento das atividades do colegiado, e,

se for o caso, a troca de membros, por exemplo, em casos de afastamentos, férias e promoções (APÊNDICE A, 2018).

Nos quatro processos em questão, a formação do colegiado teve competência para todo o andamento do processo até a prolação da sentença, por critério do juiz. Com relação à publicitação de voto divergente do colegiado, o órgão aduziu que não trata de questões de cunho jurisdicional, e que, portanto, não possui a informação (APÊNDICE A, 2018).

Ainda, como informação relevante, não há solicitação de segurança ou escolta por nenhum dos juízes membro de colegiado em primeiro grau no Distrito Federal (APÊNDICE A, 2018).

Embora tenha aparência de informações simples, os dados estatísticos obtidos através da Corregedoria da Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios são importantes para contribuir na formação de uma conclusão acerca da aplicação da lei no plano fático, o que será posto adiante neste capítulo.

4.1.2 Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Quanto à Justiça Federal, no âmbito da competência de sua 1ª Região, os dados apontam para o mesmo sentido do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Assim como naquele Tribunal, foi necessária a regulamentação interna acerca do procedimento administrativo a ser utilizado para a instauração do colegiado, como exige a Lei em estudo. Tal regulamentação deve ser vista como normatização interna do Tribunal para a efetivação da aplicação da Lei (BRASIL1, 2015).

A regulamentação da Justiça Federal da 1ª Região se deu em março do ano de 2015, a partir da Resolução do Presidente nº 13, que definiu, em seu texto, a competência da Corregedoria Regional para criação de grupos de magistrados elegíveis para integrar os colegiados, a partir de cada seção judiciária (BRASIL1, 2015). Com isso, a Corregedoria Regional do Tribunal Regional Federal da 1ª

Região constituiu após a regulamentação dada pela Presidência, 12 (doze) grupos de varas federais de competência criminal em todo território de competência do TRF1, que concentraram, a partir de então, magistrados titulares ou substitutos elegíveis para sorteio nos moldes previstos pela Lei nº 12.694/2012 (BRASIL2, 2015).

A Justiça Federal da 1ª Região deixa claro em sua normatização interna que a decisão de instauração do colegiado é ato exclusivo do juiz natural da causa, não fugindo à descrição da Lei, que deverá comunicar tal decisão ao juiz federal diretor do foro de sua seção judiciária para que, em até 24 (vinte e quatro) horas seja realizado o sorteio eletrônico dos outros magistrados que comporão o colegiado, sorteio este realizado a partir do grupo de varas elegíveis da subseção ou seção judiciária que atua o juiz natural da causa, conforme criação da Corregedoria explicitada acima (BRASIL1, 2015).

Assim como regula o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, serão sorteados 4 (quatro) juízes, sendo que os dois últimos servirão de suplentes. Havendo arguição de impedimento ou suspeição, será realizado um novo sorteio visando o preenchimento da vaga, o que cabe interpretar, que os suplentes sorteados servirão para casos de afastamentos, promoções, entre outras causas que poderiam ocasionar a incompletude do colegiado (BRASIL1, 2015).

Caberá ao juiz federal diretor do foro comunicar a realização do sorteio e consequente formação do colegiado aos juízes sorteados e à Corregedoria Regional, através de um documento oficial criado pelo Tribunal para este ato, denominado "Comunicação da Composição do Colegiado", que será encaminhado por via eletrônica (BRASIL1, 2015).

Com o colegiado devidamente formado, o juiz natural do processo deverá intimar o Ministério Público e a defesa para conhecimento do ato (BRASIL1, 2015).

Assim como determina a Lei, o Tribunal certifica que as reuniões poderão ser sigilosas, mas quando não o forem deverá constar o registro com as datas de realização das mesmas no processo, vedando-se a transcrição dos debates realizados.

Quanto às decisões do colegiado, a regulamentação do Tribunal afirma que estas devem ser unas, firmadas por todos os membros e não constando referência a voto divergente, sendo que o texto deve ser redigido por um dos membros em acordo dos demais e em conformidade com o entendimento majoritário (BRASIL1, 2015).

Por fim, e seguindo a normatização exposta anteriormente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a Justiça Federal da 1ª Região também não permite a formação do colegiado em plantão forense, em razão de suas peculiaridades (BRASIL1, 2015).

Seguindo para o ponto de maior relevância objetivado pela pesquisa junto à Justiça Federal da 1ª Região, serão expostos dados estatísticos acerca da formação de órgãos colegiados em primeiro grau de jurisdição sobre a prerrogativa trazida pela Lei nº 12.694/2012, no âmbito das competências deste Tribunal (APÊNDICE B, 2018).

Em menção ao texto exposto quando da análise dos dados advindos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, é possível auferir que a Lei atua em casos muitíssimos pontuais e peculiares em razão de seu próprio objeto, o que restringe uma ampla aplicação.

Solicitei junto à Corregedoria da Justiça do Tribunal Regional Federal da 1ª Região dados acerca da aplicação concreta da lei. Em síntese, a solicitação realizada com base na Lei de Acesso à Informação requeria o fornecimento da quantificação de casos em que houve aplicação e efetiva formação do colegiado nos moldes da Lei nº 12.694/2012, bem como informações acerca da regulação interna do Tribunal, listagem dos processos ativos visando aprofundamento do estudo de aplicação da Lei em caso concreto e outros desdobramentos (APÊNDICE B, 2018).

A Corregedoria é órgão competente para o fornecimento de tais informações, tendo em vista que a decisão de formação do colegiado pelo magistrado deve à ela ser comunicada e, ainda, vista-se de que esta é a responsável pela regulação de tal procedimento nos moldes da Lei (BRASIL, 2012).

Em resposta ao Processo Administrativo de requerimento de informações, a Corregedoria limitou-se a informar dados referentes apenas à última gestão, que iniciou-se em abril de 2016, de responsabilidade do Desembargador Federal João Batista Moreira (APÊNDICE B, 2018).

Com isso, a informação obtida é de que desde abril de 2016 foram comunicadas as formações de 3 (três) colegiados no âmbito da competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Destes, 2 (dois) ocorreram na Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais e 1 (um) na Seção Judiciária do Estado do Amazonas (APÊNDICE B, 2018).

Nos três processos, a Corregedoria informou que não pode responder aos demais questionamentos realizados no intuito de auferir melhor conhecimento sobre a aplicação prática da Lei, pois estes dados seriam de caráter sigiloso, impedindo a publicidade de informações (APÊNDICE B, 2018).

Com isso, não foi possível auferir informações simples acerca da aplicação da Lei, como por exemplo a competência dos colegiados, se somente para um ato do processo em concreto, ou se para todos eles desde o recebimento da inicial acusatória, se houve em algum momento solicitação de outros meios de garantia de segurança e integridade física dos magistrados membros do colegiados como por exemplo, escolta policial de segurança – ou se somente a formação do colegiado foi significativa para garantir a integridade dos magistrados, entre outras questões. No entanto, o único dado trazido pela Corregedoria da Justiça é de suma importância para o estudo da aplicação efetiva da Lei (APÊNDICE B, 2018).

É a partir destes dados estatísticos trazidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que é possível auferir um baixíssimo número instauração de colegiados em casos concretos. Isto porque deve-se considerar a larga atuação da Justiça Federal da 1ª Região, abrangendo 14 (quatorze) Estados Brasileiros, e a competência territorial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

É possível concluir, a partir destes dados, que inexiste uma aplicação da Lei em larga escala, o que deve ser visto como uma boa informação, já que é requisito da Lei a demonstração de circunstâncias que empreguem risco à integridade física do magistrado. Nota-se que se a Lei não vem sendo aplicada rotineiramente, sua razão pode ser vista pela inexistência de ameaças que demonstrem risco efetivo aos juízes. No entanto, serão trazidas ao longo do capítulo mais informações acerca da aplicação da Lei, com intuito de dirimir outras possibilidades que contribuem para que o instituto do colegiado seja pouco utilizado (APÊNDICE B, 2018).

4.2 Com a palavra, os integrantes do Colegiado

A presente pesquisa estendeu-se para a realização de entrevistas pessoais com magistrados que participaram de colegiados instituídos nos moldes da Lei nº 12.694/2012, no âmbito da competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Para isso, em razão da inexistência de informação advinda do órgão corregedor deste Tribunal indicando os processos em que houve tal atuação, fora realizada pesquisa jurisprudencial nesta competência territorial, visando a possibilidade de agregar informações acerca da aplicação da Lei nos casos concretos (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Desta pesquisa de jurisprudência, somente foi possível localizar um dos quatro processos em que houve a formação do colegiado no primeiro grau de jurisdição, o qual se encontra em julgamento pela segunda instância (DISTRITO FEDERAL, 2014). O referido processo, registrado sob o número 2014.01.1.184157-2, encontra-se em sigilo judicial, o que não permite a tomada de maiores informações acerca do caso em si, mas sabe-se a partir das poucas informações que é possível obter junto aos andamentos processuais disponíveis no endereço eletrônico do Tribunal, que se trata de um processo que julga o cometimento de crimes por pelo menos 6 (seis) réus possíveis integrantes da organização criminosa conhecida como PCC – Primeiro Comando da Capital, que buscava exercer suas atividades no Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2014).

O processo teve início no ano de 2014, e em vários andamentos processuais com tomada de decisões, foi possível identificar o nome de três magistrados vinculados a estas, o que permitiu uma pesquisa de campo com os referidos magistrados para melhor conhecer a aplicação da Lei no caso concreto, com a consequente formação do colegiado em primeiro grau de jurisdição. Com isso, buscou-se a palavra dos três magistrados integrantes do referido colegiado do caso concreto apresentado (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Em síntese, foram realizadas entrevistas presenciais onde fora apresentado o plano fático a ser questionado e realizadas diversas perguntas abarcando todo o conteúdo já estudado nesta pesquisa, ficando as perguntas condicionadas ao critério do magistrado em respondê-las ou não. Ainda, quando possível, foi realizada a gravação em áudio de toda a entrevista, visando uma melhor explicitação e citação da mesma (APÊNDICE C, 2018) (APÊNDICE D, 2018).

Nota-se que a palavra dos magistrados contribuiu efetivamente para a conclusão acerca da aplicação da Lei em si, visto que, são eles os protagonistas do instituto aqui estudado, sendo a partir deles que todo o trâmite de aplicação da Lei terá início.

Com isso, passo a descrever as entrevistas com magistrados membros do colegiado em primeiro grau instituído nos moldes da Lei nº 12.694/2012 no Distrito Federal. Saliento que não haverá identificação dos magistrados visando manter um critério no decorrer do texto, tendo em vista que nem todos autorizaram expressamente tal citação.

4.2.1 Juiz 1

O "Juiz 1" foi o juiz natural do processo nº 2014.01.1.184157-2 (TJDFT) em que foram apurados fatos delituosos cuja autoria foi empregada à integrantes da organização criminosa conhecida como PCC – Primeiro Comando da Capital e

responsável por arguir e decidir pela formação do colegiado em primeiro grau de jurisdição a partir da Lei nº 12.694/2012 (APÊNDICE C, 2018).

Em entrevista realizada em 2 de março do corrente ano, nas dependências do Fórum Desembargador José Júlio Leal Fagundes, não foi possível auferir gravação em áudio ou vídeo, o que não diminuiu a importância de suas palavras e opiniões acerca da aplicação da Lei e o caso concreto em si, tendo em vista seu papel de protagonista do colegiado em razão de sua decisão pela instauração do instituto (APÊNDICE C, 2018). A pesquisadora, assim, tomou nota das informações prestadas pelo "juiz 1" durante a entrevista.

Ao início, cabe ressaltar que em razão do tempo decorrido e da quantidade de processos julgados nos últimos anos, o juiz 1 afirma não se recordar totalmente do caso concreto e de suas peculiaridades, inclusive questões pontuais acerca da instauração do colegiado, o que pode diminuir a amplitude das informações trazidas, porém, buscou-se aqui a exposição destas informações em razão da importante atuação nos moldes da pesquisa (APÊNDICE C, 2018).

Ao ser questionado acerca dos motivos que o levaram à decisão, o MM. Juiz limitou-se em dizer que utilizou da normatização do Tribunal, através de Resolução e Portaria já explicitadas aqui. Isso importa dizer que a decisão de instauração do colegiado empregada nos moldes da normatização dada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é consequentemente derivada da Lei em estudo, o que pressupõe alguma situação de ameaça à integridade física do juiz, visto que este é um requisito empregado pela Lei. Ademais, neste ponto, o MM. Juiz ainda acrescentou, informando que se tratava de uma causa muito complexa, com vários réus, de uma dimensão muito grande, e que o colegiado seria naquele momento uma decisão acertada (APÊNDICE C, 2018).

Com o colegiado formado, as reuniões com os demais membros para a discussão acerca das tomadas de decisões no processo se davam segundo o MM. Juiz, sempre de forma presencial, sendo que poderiam ser tratados alguns pontos de menor importância através de tecnologias disponíveis no Tribunal, como por

exemplo o uso de e-mails. No entanto, é enfático em afirmar que as reuniões sempre se deram de maneira institucional, nunca de forma informal. Não pôde afirmar se houveram reuniões sigilosas, como a Lei prevê sendo uma possibilidade, e aduz não poder falar mais deste ponto em razão de sigilo (APÊNDICE C, 2018).

Quanto à tomada de decisões, o MM. Juiz afirma que estas se davam de maneira uniforme, de forma que os diálogos e as discussões realizadas nas reuniões contribuíam para a unificação de um entendimento acerca do caso concreto e da decisão a ser tomada naquele momento processual, de forma que não houve a possibilidade de excluir a publicitação de algum voto divergente de membro do colegiado, como possibilita a Lei (APÊNDICE C, 2018).

Ademais, o MM. Juiz afirma que não pode trazer maiores informações pois é cercado pelo sigilo judicial da causa, e ainda, conforme explicitado acima, o tempo decorrido não contribui para o emprego de expressões incontestáveis (APÊNDICE C, 2018).

No entanto, é possível auferir a opinião particular do magistrado acerca da aplicação da Lei, o qual considera que a possibilidade de instituir um colegiado neste caso em concreto contribuiu para a tomada de uma decisão final muito bem elaborada, robusta e democrática, atentando-se sempre a legalidade em todos os sentidos. O magistrado opina ter sido uma excelente experiência do ponto de vista da elucidação do caso concreto, sendo o debate entre os membros do colegiado um importante instrumento de aprendizado para o juiz e de decisão fundamentalmente legal para o réu (APÊNDICE C, 2018).

Não opina, entretanto, acerca da efetividade da Lei no fim para o qual se propõe, ou seja, a proteção aos magistrados, limitando-se a dizer que a Lei surgiu como um importante mecanismo de auxílio ao juiz. Quanto aos dados obtidos através da Corregedoria da Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o magistrado opina que o Distrito Federal não é um território com características de atuação de grandes organizações criminosas que possam atentar contra a integridade física dos magistrados, e que talvez este possa ser um motivo

para o baixo índice de aplicação da Lei nesta competência territorial (APÊNDICE C, 2018).

No entanto e em síntese, complementa que o colegiado é um órgão com características de composição, debate, troca de informações e conhecimentos e que para sua perfeita harmonia é necessário o gosto por estas características e pela democracia, não sendo uma boa opção para magistrados que não dispõem intrinsecamente desta qualidade. O magistrado de primeiro grau é acostumado à tomada de decisões em seu livre convencimento, de forma singular, é acostumado a decidir sozinho, e esta rotina pode contribuir para a ineficiência na aplicação da Lei (APÊNDICE C, 2018).

Por fim, o magistrado suscitou que teve oportunidade de participar de outro colegiado nos moldes da Lei n° 12.694/2012, em razão de ter sido sorteado eletronicamente para sua composição, e descreveu que nesta ocasião em específico não foi obtida uma experiência consideravelmente boa, exatamente em razão da dificuldade para a formação de uma decisão em caráter de colegialidade. Aqui, o magistrado não decide sozinho como a rotina, existe a necessidade do debate, da troca de posições e este pode ser um segundo motivo pelo qual a Lei não é aplicada em maior escala (APÊNDICE C, 2018).

Em conclusão, evidencia-se que o depoimento do magistrado traz importantes informações a respeito da aplicação prática da Lei, mas principalmente em relação à pouca procura pelo instituto, o que poderá ainda ser apurado na próxima entrevista que segue (APÊNDICE C, 2018).

4.2.2 Juiz 2

Juiz convocado a compor o colegiado do processo em referência por meio de sorteio eletrônico conforme determina a Lei, aqui identificado como “Juiz 2”.

Seguindo o mesmo critério da entrevista anterior, esta fora realizada em 23 de março deste ano nas dependências do Fórum Professor Júlio Fabbrini Mirabete,

ocasião em que fora utilizado sistema de gravação de áudio com expressa autorização do interlocutor, a degravação está disponível em apêndice ao final deste trabalho. A entrevista se deu em forma de perguntas idealizadas por esta Aluna, de maneira a abranger todo o conteúdo exposto no presente trabalho, ficando a critério do magistrado respondê-las (APÊNDICE D, 2018).

O magistrado, de posse de informações breves a respeito da aplicação da Lei e a respeito do caso concreto em si, afirmou que fora notificado pela Corregedoria da Justiça do Tribunal acerca de sua designação a partir de sorteio para compor o colegiado em razão da arguição do procedimento pelo Juiz Natural da causa, além de também ser informado pelo próprio Juiz titular do processo (APÊNDICE D, 2018).

A formação do colegiado teve início a partir do recebimento da denúncia, sendo mantido na prolação da sentença e, salvo engano em razão do decurso de tempo, o magistrado se recorda ainda do colegiado atuando no recebimento de recurso. Com isso, o colegiado foi responsável e atuante em toda a formação de provas e culpa pela parte ré (APÊNDICE D, 2018).

O magistrado afirma que se trata de um procedimento relativamente novo, e que não existe vasta aplicação, o que fez com que o colegiado aprendesse na prática como seria atuar em um processo com esta peculiaridade trazida pela Lei em discussão (APÊNDICE D, 2018).

Colegiado formado, o magistrado afirma que as reuniões para a tomada de decisões no curso do processo se davam de maneira informais, isto é, não seriam publicadas nos autos do processo, e tinham a finalidade de discutir as questões trazidas pelo feito, de maneira presencial quando existia a necessidade de realização de algum ato formal no processo, como a designação de alguma oitiva, designação de datas de audiência, entre outros. Neste passo, fora possível auferir, que não houve a necessidade de realização de reuniões sigilosas como permite a Lei, assim como também não houve a necessidade de suprimir a publicidade de algum “voto” divergente nas decisões (APÊNDICE D, 2018).

As decisões foram tomadas a partir de uma unificação de entendimentos, uma construção em conjunto. Em óbvio, houve divergências, mas que foram elucidadas e relativizadas para a formação de uma decisão una. O magistrado se recorda em especial de divergência quanto à fixação da pena, que, no entanto, fora solucionada entre os membros (APÊNDICE D, 2018).

Questionado acerca da nomenclatura popularmente empregada à Lei, como sendo a "Lei do Juiz Sem Rosto", o magistrado não identifica esta semelhança, visto que o instituto aqui empregado trata-se de uma busca pela diluição da responsabilidade das decisões visando a proteção dos magistrados, e não converge com a não identificação dos juízes como prega o "Juiz Sem Rosto", pelo contrário, aqui todos os membros do colegiado são facilmente identificáveis. Em suas palavras, o instituto "não pode se assemelhar", acrescentando que todos os magistrados sempre estiveram presentes no contato com os réus em audiência, contato com os advogados, etc (APÊNDICE D, 2018).

Quanto à aplicação do colegiado, o magistrado reforça a tese de que fora um instrumento importante para o curso do processo em si, mas que o magistrado de primeiro grau não está acostumado com este tipo de julgamento. O magistrado de primeiro grau está sempre sozinho em suas decisões e este se trata de um instrumento um tanto quanto alheio a esta rotina, julgando, entretanto, como uma experiência extremamente enriquecedora (APÊNDICE D, 2018).

Não houve alusão a críticas ou quaisquer comportamentos por parte da Defesa e do Ministério Público. Quanto à opinião individual do magistrado acerca da pouca procura pelo instituto, na competência do Tribunal de Justiça do Distrito

Federal e Territórios, o magistrado atribui ao fato de ser um procedimento relativamente novo em que os magistrados ainda não estão acostumados, ainda se sentem inseguros com o instituto em razão disto, além de que as circunstâncias de criminalidade locais não contribuírem para tanto (APÊNDICE D, 2018).

Por fim, considera a Lei uma importante aliada na proteção aos magistrados, com a percepção de que existe o objetivo de propiciar um ambiente livre de coibição no julgamento do processo, além de entender que inexiste qualquer possibilidade de ofensa a princípios constitucionais (APÊNDICE D, 2018).

4.3 Análise acerca da aplicação da Lei

Diante dos dados apresentados, a presente pesquisa pretende relacioná-los com as demais informações trazidas nos primeiros capítulos, em especial, quanto aos princípios processuais e constitucionais aqui investidos. Isto porque, para uma análise efetiva do emprego da Lei, não basta que sejam trazidas informações acerca de sua aplicação sem uma análise pontual da forma pela qual é aplicada, observando-se os pontos fundamentais que constroem sua utilização pelos magistrados.

Em princípio, cabe ressaltar a partir de todos os dados obtidos ao longo desta pesquisa, em especial quando tratou-se da possível identificação do instituto previsto na legislação brasileira, com àquele empregado por outros países conhecido como "Juiz Sem Rosto", que ambos não ostentam de analogias que possam ser empregadas de maneira correta. De fato, os institutos não se assemelham e não devem ser comparados entre si, a não ser que para distinção (FERREIRA, 2012).

Assim como o texto construído ao início deste trabalho propiciou esta conclusão, os dados obtidos quando a pesquisa circundou a respeito da aplicação prática da Lei, em entrevista aos magistrados e em obtenção de informações junto às Corregedoria dos Tribunais também convergem para esta mesma conclusão, de maneira que as duas formas de pesquisa contribuem para o mesmo resultado, não deixando dúvidas quanto à sua veracidade (APÊNDICE D, 2018).

No tocante aos princípios do direito trazidos ao longo do segundo capítulo, fora possível concluir para a existência de inobservância da Lei aos preceitos trazidos por alguns destes princípios, em especial o Princípio da Publicidade e consequente Ampla Defesa (OLIVEIRA, 2016) (FERNANDES, 2010). A partir das

conclusões trazidas naquele capítulo, será realizada uma correlação com os dados trazidos pelos Tribunais quando da aplicação efetiva da Lei, mas em especial, aos dados trazidos pelos magistrados atuantes em colegiado instituído nos moldes da Lei nº 12.694/2012 (APÊNDICE D, 2018).

Os referidos princípios foram objetos de uma conclusão negativa quanto à existência de observância no âmbito da Lei nº 12.694/2012, no tocante à possibilidade trazida de não publicação de voto divergente de membro do colegiado na decisão (OLIVEIRA, 2016). Isto é, havendo divergência de votos dos magistrados integrantes do colegiado, a Lei permite não haver publicação deste voto divergente, o que demonstra ofensa ao princípio constitucional da publicidade e consequentemente o princípio da ampla defesa, pelos motivos expostos ao longo do segundo capítulo, dentre eles, a existência de prejudicialidade na elaboração de uma boa defesa técnica, direito resguardado pela Constituição (OLIVEIRA, 2016) (FERNANDES, 2010).

Com isso, buscou-se junto aos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região informações acerca da existência de supressão da publicidade de voto divergente nos colegiados instituídos nos moldes da Lei e em competência de seus territórios. Contudo, em resposta, os dois tribunais afirmaram a impossibilidade de disponibilizar esta informação em razão do sigilo judicial (APÊNDICE A, 2018) (APÊNDICE B, 2018). Desta forma, passou-se ao questionamento dos magistrados que atuaram em órgãos instituídos segundo a Lei, a fim de verificar as condições em que fora publicada a decisão do colegiado (APÊNDICE C, 2018) (APÊNDICE D, 2018).

Quando questionados pontualmente a respeito da existência de supressão de publicidade de algum voto divergente do colegiado, os magistrados afirmaram categoricamente que as decisões eram elaboradas a partir de uma junção de todos os argumentos trazidos para o colegiado. Não houve existência da possibilidade de ausência de publicação de divergência, pois as decisões eram construídas em conjunto pelos três membros do colegiado e unificadas em um único texto, de forma

que as divergências foram relativizadas (APÊNDICE A, 2018) (APÊNDICE B, 2018).

Isso permite dizer que, assim como se espera, não existe a construção de três decisões onde se suprime aquela que houver divergência, entendendo-se que as outras duas são decisões majoritárias e construindo a decisão a partir delas, somente. Assim como já exposto ao longo deste trabalho, um colegiado tem características de troca de argumentos e posições, o que fora demonstrado pelos magistrados entrevistados (ROSA E CONOLLY, 2015). Entende-se não haver a supressão de um argumento divergente quando existe um debate em que a opinião de todos os magistrados é levada em conta, relativizada em razão da opinião dos outros para a formação de uma decisão unânime, que seja frisado, transmitirá o argumento dos três magistrados (APÊNDICE A, 2018) (APÊNDICE B, 2018)..

A forma utilizada pelos magistrados entrevistados, no caso concreto, parece ser um meio efetivo de construir uma decisão que não permita que o réu seja prejudicado em sua defesa em razão da inexistência de algum argumento benéfico para si (ROSA E CONOLLY, 2015).

Com isso, entende-se que, apesar de existir um óbice quanto aos princípios constitucionais da publicidade e, em consequência, da ampla defesa, a prática dos magistrados que decidiram pela formação do colegiado e seus integrantes vem contribuindo para que isto não prejudique o réu, utilizando a possibilidade trazida pela Lei de forma inteligente e democrática, na forma que todos os argumentos contribuirão para a formação de uma decisão uma (APÊNDICE C, 2018).

Esta é uma conclusão a partir das entrevistas realizadas com os magistrados atuantes em um caso concreto, o que não impede que em outros casos a decisão possa ter sido construída de maneira diferente, informação inexistente neste trabalho. Com isso, não pode-se afirmar que a ofensa aos princípios constitucionais está dirimida, pois a Lei cita expressamente a possibilidade de supressão do voto divergente, porém, nota-se que na prática é possível a depender dos magistrados, que

este problema seja resolvido de forma muito sábia (APÊNDICE D, 2018) (APÊNDICE C, 2018).

4.4 Colegiado frustrado

Em remissão ao primeiro capítulo, nota-se possível auferir que o colegiado disciplinado pela Lei n°12.694/2012 foi constituído como uma opção para o enfrentamento às frequentes ameaças para com os magistrados, em especial os de competência criminal (AJUFE, 2006). A formação do colegiado é cercada pela necessidade de dissolução da responsabilidade atribuída ao magistrado na tomada de decisões no curso do processo penal, como meio de prevenção de possíveis retaliações que pudessem interferir na forma pela qual o magistrado decide, além de resguardar a sua integridade física em razão da dissolução da responsabilidade pela tomada de decisões (OLIVEIRA, 2013).

Entretanto, a partir dos dados obtidos junto às Corregedorias da Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, é possível verificar que existe uma baixa procura pelo instituto do colegiado, quando que em todo o território de competência da Justiça Federal da 1ª Região somente foram instaurados 3 (três) colegiados e na Justiça do Distrito Federal houve a ocorrência de apenas 4 (quatro) casos. Isso imprime uma curiosidade acerca destes baixos números, considerando-se que a Lei tem mais de cinco anos de vigência (APÊNDICE A, 2018) (APÊNDICE B, 2018).

Uma possível causa para este baixo índice de aplicação da Lei e efetivação da formação do colegiado no primeiro grau de jurisdição, é, de fato, o baixo número de ameaças à integridade física dos magistrados, visto que este é um requisito trazido pela Lei para a convocação do colegiado. O que é excelente, pois os magistrados estão resguardados a partir de outros meios, seja a própria segurança pública, ou qualquer outro meio (APÊNDICE D, 2018). Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que no primeiro semestre de 2016, houve notícia de 98 (noventa e oito) possíveis casos de magistrados em risco. Tal pesquisa foi realizada em todo o

território nacional, incluindo Tribunais Superiores, Justiças Federais e Estaduais, não somente entre aqueles que atuem na competência criminal (CNJ, 2016).

Na opinião do juiz 2, o colegiado instituído nos moldes da Lei nº 12.694/2012 é algo ainda muito recente no ordenamento jurídico brasileiro, pois não existe muito conhecimento sobre o instituto, o que pode levar ao seu tímido uso (APÊNDICE D, 2018).

Mas, de forma mais relevante, foi possível concluir a partir das entrevistas realizadas com os magistrados que participaram de colegiado na forma descrita, que existe outra possibilidade para a pouca aplicação da Lei no que tange à formação do colegiado em primeiro grau de jurisdição (APÊNDICE C, 2018).

Sabendo-se que a decisão pela formação do colegiado é ato discricionário do Juiz Natural da causa, é possível verificar que existe uma resistência do magistrado de primeiro grau em arguir a formação do colegiado em razão de suas próprias características (APÊNDICE D, 2018). Um órgão colegiado é regido pela existência de concentração de pessoas designadas, em aplicação prática, para a solução de um conflito, enquanto que o juiz de primeiro grau está acostumado a trabalhar sozinho no exercício destas funções (APÊNDICE C, 2018).

Os magistrados entrevistados foram categóricos em afirmar que o colegiado é uma experiência um tanto quanto diferente daquela que estão acostumados os magistrados de primeiro grau, quando decidem sozinhos, fundamentam suas decisões sozinhos, sem a necessidade de troca de posições com outros, ou ainda sem a necessidade de relativização de seus fundamentos e opiniões. Este pode ser um outro fato responsável pela baixa procura e aplicação do instituto abordado exaustivamente nesta pesquisa (APÊNDICE C, 2018) (APÊNDICE D, 2018).

Com isso, pode-se notar três possíveis justificativas para a baixa utilização deste instituto, que devem ser consideradas em conjunto quando dos apontamentos a serem feitos acerca da formação do colegiado instituído no âmbito da Lei nº 12.694/2012.

Em conclusão, afirma-se que o presente capítulo buscou enriquecer a pesquisa trazendo informações acerca da aplicação da Lei, a prática em si, o que foi concretizado a partir de dados estatísticos advindos dos Tribunais, bem como através de entrevistas realizadas com magistrados que participaram de um colegiado nos moldes previstos na Lei. Além disso, o capítulo faz menção a dados obtidos com os conceitos empregados nos capítulos anteriores a fim de relacionar a teoria com a prática na formação do colegiado, finalizando com a análise acerca da pouca procura pela formação de colegiados nos moldes da Lei, onde existem três possíveis conclusões.

Com tudo isto, foi possível verificar que o colegiado instituído pela Lei nº 12.694/2012 é um procedimento pouco utilizado, mas que em sua aplicação em casos concretos é possível excluir a existência de vícios como ofensas a princípios constitucionais, da publicidade e da ampla defesa, de forma que se torna um instrumento totalmente legítimo em favor da manutenção da integridade física dos magistrados. Além de que o pouco uso do instrumento pelos magistrados pode ser justificado em razão da inexistência de grandes ameaças no Distrito Federal, em razão de se tratar de instrumento relativamente novo, bem como pode ser justificada em razão da falta de preparo dos magistrados em atuarem em colegiados.

5 CONCLUSÃO

Ao início, é possível afirmar que o presente trabalho fora dedicado a compreender o mecanismo de proteção a magistrados trazido pela Lei nº 12.694/2012. Como pôde ser demonstrado, a Lei é comparada rotineiramente com o instituto do "Juiz Sem Rosto" utilizado por outros países, além de ser criticada em razão da possível ofensa a princípios constitucionais e processuais penais e incerteza acerca de sua efetividade.

Visto isso, a fim de esgotar todas as questões trazidas pelo tema, a pesquisa iniciou-se com uma pontual conceituação da Lei em si, de forma que, fora possível concluir pela inequívoca finalidade para a qual se propõe, seja a proteção à

integridade física de magistrados. Observou-se que a referida legislação fora impulsionada em razão de acontecimentos trágicos, como o exemplo do assassinato da magistrada Patrícia Acioli, que ganhou uma enorme repercussão midiática à época, servindo como base para o direito penal de emergência, tendo em vista a cobrança da população de soluções para os acontecimentos.

A proteção veio em formato de colegiado, em primeiro grau de jurisdição, para o julgamento de causas em que sejam investigadas e processadas organizações criminosas, além de outros meios administrativos que reforçam a segurança dos prédios da Justiça. No entanto, quanto ao principal instituto previsto pela Lei, o colegiado, sentiu-se a necessidade de uma melhor conceituação e distinção, tendo em vista que rotineiramente o colegiado é comparado com o instituto do "Juiz Sem Rosto" existente em outros países. Para isso, foi realizada uma pesquisa de direito comparado com países em que se tem notícia da utilização de institutos que possam de alguma forma ser comparados ou ao menos distinguidos.

Encontrou-se Peru, Colômbia, França e Itália como países em que possivelmente existiriam institutos parecidos com o brasileiro, objetivando entender o real sentido da expressão "Juiz Sem Rosto" ser empregada para referir-se ao instituto previsto na Lei nº 12.694/2012. No entanto, o que pôde-se auferir é que na realidade a comparação é errônea, pois o instituto previsto no Brasil se difere daqueles países. A lei nº 12.694/2012 não permite a supressão da identidade do magistrado, como na Colômbia e no Peru, que demonstraram graves ofensas a princípios do direito, ainda muito se difere da França onde existe uma Corte especial para o julgamento de crimes cuja pena mínima seja de 10 anos, instituto que se assemelha muito mais com o Tribunal do Júri no Brasil do que com o colegiado formado a partir da Lei nº 12.694/2012. Por fim, a Itália utilizou de procedimento que também não se assemelha com o brasileiro, pois, muito se se assemelha com o instituto previsto na Colômbia e no Peru, onde não havia publicação da identificação do magistrado em suas decisões.

Com isso, foi possível identificar que o instituto previsto na legislação brasileira em muito se difere destes países e não deve ser à ele atribuída a nomenclatura de "Juiz Sem Rosto", pois aqui o magistrado é sempre identificado no processo, seja o juiz natural da causa ou os outros dois que comporão o colegiado, todos eles serão identificados, inclusive em suas decisões, o que protege os direitos do réu.

Em diante, o segundo capítulo dedicou-se a conceituação de princípios constitucionais e penais que de alguma forma teriam ligação com o instituto previsto na legislação brasileira. Ao início, fora utilizado o princípio do Juiz Natural a fim de verificar sua aplicação quando da utilização do colegiado em primeiro grau de jurisdição, onde verificou-se que o colegiado permite a pura prestação da garantia do princípio do Juiz Natural, tenho em vista que o processamento está previsto em Lei, além de reforçar a ideia de um julgamento imparcial, visto que o magistrado se vê isento de pressões inoportunas no julgamento da causa quando tem efetivada sua proteção.

Quanto ao princípio da Identidade Física do Juiz, verificou-se que este é passível de inúmeras exceções no curso do processo, de forma que o colegiado instituído nos moldes da Lei n] 12.694/2012 é uma delas, o que pressupõe-se como inoportunas alegações de inconstitucionalidade da Lei em razão de ofensa ao referido princípio.

Quanto aos princípios da Publicidade e consequentemente da Ampla Defesa, observou-se que a permissão formada pela Lei, da exclusão de publicitação de voto divergente do colegiado, infringi os referidos princípios. Isto porque, o princípio da Publicidade rege que todos os atos processuais deverão ser públicos às partes ao menos, e a supressão do teor do voto divergente agrava consequentemente a possibilidade de uma defesa técnica e plena, o que rege o princípio da Ampla Defesa. O caso, um princípio tem íntima relação com o outro, ao passo de que, sem a publicação do voto divergente a defesa do réu poderia restar prejudicada, que foi objeto de análise no terceiro capítulo.

Dedicado a análise da aplicação da Lei, o terceiro capítulo trouxe dados estatísticos acerca da utilização do colegiado no âmbito de competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando foi possível auferir que os dois Tribunais contam juntos, com a formação de apenas 7 (sete) colegiados nos moldes da Lei Nº 12.694/2012. Além disso, através de uma pesquisa jurisprudencial no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios foi possível encontrar um processo em que houve a efetivação do instituto previsto na Lei em referência.

A partir disto, foram realizadas entrevistas presenciais com magistrados participantes deste colegiado, visando trazer para a pesquisa dados efetivos acerca da aplicação da Lei. As entrevistas foram de grande importância para o entendimento acerca da formação e aplicação da Lei nos casos concretos, agregando ainda, a opinião dos magistrados acerca do advento da Lei, tendo em vista que esta foi sancionada para a proteção deles.

Com estes dados, foi possível realizar uma análise entre a aplicação da Lei no caso concreto e os princípios abordados no segundo capítulo, onde foi possível auferir, que na prática, estes princípios que na leitura crua da Lei denotaram para uma possível inconstitucionalidade, em real, podem facilmente ser observados no curso no processo. Isto porque, no caso em concreto que fora realizada entrevista com magistrados foi possível identificar que as decisões do processo eram tomadas em uma unificação de entendimentos dos três juízes, o que faz dirimir a possibilidade de não publicação de voto divergente. De fato, não houve voto divergente, mas sim a unificação de um diálogo de três magistrados, assim como se espera de um colegiado, que em sua própria definição tem esta característica de troca de posições e unificação de entendimentos.

Além disso, foi possível trazer ao trabalho a partir do diálogo com magistrados atuantes em colegiado nos moldes da Lei, explicações acerca do pouco uso da Lei na prática, tendo em vista os dados encontrados junto aos Tribunais. Em síntese, notou-se que o colegiado é alvo de resistência dos magistrados de primeiro

grau que estão acostumados com o julgamento a partir de seu único entendimento, além de que, se trata de um instituto relativamente novo. Com isso, entende-se que os magistrados preferem decidir conforme sua conveniência e entendimento, sem a necessidade de compartilhamento de decisões com outros juízes, o que torna o instituto pouco utilizado.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *O juiz sem rosto e a lei nº 12.694/2012. 2012.* Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-juiz-sem-rosto-e-a-lei-no-1269412/9770>. Acesso em: 22 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL, AJUFE. *Sugestão de lei nº 258/2006.* 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2FBD9FCF7C569B4EEF0C8E4E35ACBBF6.proposicoesWebExterno2?codteor=425521&filename=Tramitacao-SUG+258/2006+CLP>. Acesso em: 2 out. 2017.

BENGOCHEA, Jorge. *Juízes sem rosto. 2012.* Disponível em: < http://justicacoativa.blogspot.com.br/2010/11/juizes-sem-rosto_17.html>. Acesso em:3 nov. 2017.

BEZERRA, Elton; MAZLOUM, Ali. *Lei do 'juiz sem rosto' viola garantias constitucionais. 2012.* Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2012-jul-25/lei-juiz-rosto-viola-garantias-constitucionais-dizem-advogados>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Comissão de Legislação Participativa. *Tramitação do PL2057/2007.* Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=368202>. Acesso em 3 abr. 2018.

BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 nov.2017

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil. 1824.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 9 nov. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei nº3.689 de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus *HC 110237/PA.*Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136389%3E>. Acesso em: 9 nov. 2017.

BRASIL1. Tribunal Regional Federal 1ª Região. *Resolução Presi n. 13, de 23 de março de 2015.* Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/48012>. Acesso em 24 de mar. 2018.

BRASIL2. Tribunal Regional Federal 1ª Região. *Portaria Coger n. 7, de 30 de março de 2015.* Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/100853>. Acesso em 24 de mar. 2018.

CAMPOS, Gustavo Henrique Barbosa. 2013. *O Contraditório e a Ampla Defesa no Processo Penal.* Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12318>. Acesso em 16 nov. 2017.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.694/2012 (Julgamento colegiado em primeiro grau de crimes praticados por organizações criminosas).* 2012. Disponível em:< http://www.dizerodireito.com.br/2012/08/comentarios-lei-126942012-julgamento.html>. Acesso em 19 abr. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2012.

COLÔMBIA. *Decreto 2700 de 1991*. Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206#arriba>. Acesso em: 31 out. 2017.

COLÔMBIA. Suprema Corte da Colômbia. *Sentencia C-392, de 2000.* Disponível em: <http://www.suin-

juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20024455#ver_20024461>. Acesso em: 27 out. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, CIDH. *Convenção americana sobre direitos humanos.* 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. *Comissão de juízes do CNJ acompanha apuração do assassinato de juíza no Rio.* 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57439-comissao-de-juizes-do-cnj-acompanha-apuracao-do-assassinato-de-juiza-no-rio>. Acesso em: 4 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. *Magistrados em situação de risco - Diagnóstico 2016.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/seguranca-do-poder-judiciario/analise-diagnostico-2016>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CORTEIDH. 2011. *Ficha Técnica: Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. 2011. Disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=367&l ang=e>. Acesso em 1 nov. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Consulta Processual Pública.* 2014. Disponível em: <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNU PROC=20140111841572>. Acesso em 1 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Resolução 10, de 19 de Junho de 2013.* Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-pleno/2013/resolucao-9-de-19-06-2013>. Acesso em 20 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Portaria GC 78, de 5 de junho de 2017.* Disponível em:<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-da-corregedoria/2017/portaria-gc-de-05-06-2017>. Acesso em 20 mar. 2018.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. *Princípios no Processo Penal Brasileiro.* Campinas: Copola, 1999.

Fagot, Maurice. *Les Cour d'Assises de France.* 2015. Disponível em: <http://www.courdassises.fr>. Acesso em 7 nov. 2017.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. *Nova lei não cria a perigosa figura do juiz sem rosto.* 2012. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2012-jul-29/hugo-torquato-lei-nao-cria-perigosa-figura-juiz-rosto>. Acesso em: 10 nov. 2017.

FRANÇA, Ministério da Justiça. *Sistema Judiciário da França - Cour d'Assises.* Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/cour-dassises-12027.html>. Acesso em: 7 nov. 2017.

FURTADO, Natália Moura *O julgamento colegiado de juízes instituído pela lei 12.694/12 e o princípio do juiz natural.* 2014. disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/4-Natalia-Moura-Furtado.pdf>. Acesso em: 10 de nov. 2017.

FUX, Luiz. *Juiz Sem Rosto. 2012.* Disponível em: <http://www.trela.com.br/arquivo/juizes-sem-rosto>. Acesso em: 7 de nov. 2017.

GOMES, Luis Flávio. *Lei de Proteção aos Juízes não vai pegar; faltam recursos*. Revista Consultor Jurídico, ago. 2012. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-02/coluna-lfg-lei-protecao-aos-juizes-nao-pegar-faltam-recursos>. Acesso em: 31 out. 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Presunción de Culpa: Violaciones de los derechos humanos y los tribunales sin rostro en Perú.* 1996. Disponível em: <https://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/1996/peru.html#defensa>. Acesso em 1 out. 2017.

JOSÉ, Rodrigo Clímaco. *A lei nº 12. 694/2012 e sua relação com a figura do "juiz sem rosto" e a ação direta de inconstituionalidade nº 4.414/AL*, 2013, 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104299/TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 nov. 2017.

JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LAURIANO, Carolina. *Juíza assassinada sofreu emboscada e levou 21 tiros, diz delegado no Rio.* Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/08/juiza-assassinada-sofreu-emboscada-e-levou-21-tiros-diz-delegado-no-rio.html>. Acesso em: 16 abr. 2012.

LIMA, Djalba. *Nova lei da proteção a juízes e promotores sob ameaça.* 2012. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/07/25/nova-lei-da-protecao-a-juizes-e-promotores-sob-ameaca>. Acesso em: 20 abr. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal.* Niterói: Impetus, 2013.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *A interpretação da ampla defesa no processo penal conforme a constituição.* 2001. Artigo Científico. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/ampla_defesa_jorge_martins.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

MISAKA, Marcelo Yukio; ALONSO, Fábio Pinha. *Organizações Criminosas e Julgamento Colegiado em Primeiro Grau de Jurisdição.* v. 39 p. 251-278, dez. 2012. Disponível em: <www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/740/440>. Acesso em: 3 nov. 2017.

NUCCI, Guillherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Odilon de. Juiz Odilon diz ser contra lei 'juiz sem face' e aponta beneficio ao crime organizado. 2012. Disponível em: <http://www.midiamax.com.br/noticias/809479-juiz-odilon-diz-ser-contra-lei-juiz-sem-face-e-aponta-beneficio-ao-crime-organizado.html>. Acesso em 3 nov. 2017.

OLIVEIRA, Sabrina Leal de. *A Presença de Fatores Sociais Nas Decisões dos Magistrados. Considerações a partir do realismo.* 2013. 75 f. Tese (Mestrado) – Mestrado em Direito, Universidade do Porto, Portugal, 2013. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=84590>. Acesso em 3 nov. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da; CONOLLY, Ricardo. *Juiz sem rosto e com medo: a questão da lei nº 12.694/2012.* Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/juiz-sem-rosto-e-com-medo-a-questao-da-lei-no-12-6942012-por-alexandre-morais-da-rosa-e-ricardo-conolly/>. Acesso em: 12 abr. 2012.

SILVA, Ronaldo Lastres. *Sistema de 'juiz sem rosto' é sentença sem assinatura*. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-05/ronaldo-lastres-silva-juiz-rosto-sentenca-assinatura>. Acesso em 31 out. 2017.

APÊNDICE A

TJDFT

Poder Judiciário da União

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

GC

GABINETE DA CORREGEDORIA

REF: PA 0003830/2018

DESPACHO

Trata-se de processo administrativo iniciado em razão de registro de Manifestação na Ouvidoria – Geral (nº 45549/2018), por meio do qual a usuária, Sara Maria Dias Rocha, acadêmica do curso de graduação em Direito do Uniceub, formula questionamentos, a fim de subsidiar pesquisa para Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), relativos à Lei nº 12.694/2012 (dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas).

É pertinente pontuar que no Memorando 85/COVG constam 11 (onze) perguntas formuladas pela usuária. Entretanto, a referida estudante enviou, também, mensagem eletrônica diretamente a este Gabinete da Corregedoria, em 02/03/2018,

conforme documento (0394842), no qual acrescenta um item às perguntas inicialmente enviadas à Ouvidoria-Geral. Por conseguinte, a estudante direcionou no total 12 (doze) questionamentos sobre a respectiva lei e a atuação desta Corregedoria.

Nesse viés, de ordem, tendo em vista o teor do expediente inaugural (0390443) e o email concernente (0394842), esta Corregedoria apresenta, na medida do possível e observados os limites de atuação deste órgão, respostas às perguntas formulados pela estudante, conforme se segue:

1 - Quantificação decolegiados instituídos nos moldes da lei; **Resposta: 4 (quatro).**

2 - Procedimento adotado pelo tribunal para sorteio e convocação dos juízes que integrarão o colegiado; **Resposta: O constante na Resolução 10 de 19 de junho de 2013 e na Portaria GC 78 de 05 de junho de 2017.**

3 – Quantificação de juízes declaradamente ameaçados no âmbito da competência do TJDFT, e se recebem algum tipo de proteção; **Resposta: A aplicação da Lei 12.694/2012 independe da condição de o juiz ter sido declaradamente ameaçado.**

4 – Quantidade de processos arquivados que integraram colegiado em primeiro grau; **Resposta: 2 (dois).**

5-Quantidade de processos em andamento sob o julgamento do colegiado, e quais são estes processos; **Resposta: 2 (dois), os processos administrativos estão autuados como sigilosos (Lei 12.527/2011, art. 6º, inciso III e Portaria Conjunta 102/2016, art. 17, incisos VI e VII).**

6 - Média de justificativa utilizada pelos juízes para a tomada de decisão da formação do colegiado; **Resposta: A pergunta não será respondida, pois não foi possível compreender o seu teor (Portaria Conjunta 102/2016, art. 17, incisos I e III).**

7-Acompanhamento da corregedoria nos processos em que foi instaurado colegiado; **Resposta: A Corregedoria atua, nos termos da lei, apenas no sorteio de membros do colegiado. Assim, é mantido um controle de abertura e encerramento das atividades do colegiado, com atuação casual no caso de troca dos membros.**

8 - Competência do colegiado para a prática de quais atos no processo; **Resposta: Nos termos da lei e dos atos normativos pertinentes, a competência é firmada na decisão judicial que institui o colegiado. Pode ser apenas para um ato ou para todo o andamento do processo. Nos quatro casos, o colegiado foi formado para prática de atos processuais até a prolação da sentença.**

9 - Possível solicitação de segurança/escolta dos juízes membros do colegiado; **Resposta: Não consta solicitação.**

10 - Forma em que se reúnem os membros do colegiado para a tomada de decisões; **Resposta: Procedimento variável, de acordo com cada magistrado**.

11 - Existência de supressão da publicidade de voto divergente do colegiado; **Resposta: Tal aspecto é jurisdicional e, portanto, refoge à competência desta Corregedoria (Regimento Interno do TJDFT, art. 370).**

12 - Quaisquer outros tipos de informações, mesmo que simples, acerca da aplicação da lei. Estas informações são de posse da corregedoria do Tribunal, e as solicito com base na lei de acesso à informação nº 12.527/2011. **Resposta: As informações atinentes à competência desta Corregedoria foram elucidadas nos itens acima.**

Encaminhem-se os autos à Assessoria de Comunicação Social - ACS, nos termos em que sinalizado no item 5 do expediente inaugural (0390443).

Gabinete da Corregedoria, firmado eletronicamente na data abaixoindicada.

LUIS MARTIUS HOLANDA BEZERRA JUNIOR

Juiz Assistente da Corregedoria

APÊNDICE B

Contato com OUVIDORIA / TRF1 Entrada x

TRF1 <naoresponder@trf1.jus.br> 22 de mar

para mim

Prezada Srª Sara Maria,

De ordem, informo que:

a) durante a gestão do atual Corregedor, foi comunicada a formação de três colegiados, sendo dois na Seção Judiciária de Minas Gerais e um na Seção Judiciária do Amazonas;

b) as regras que tratam da formação de colegiado na Justiça Federal da 1ª Região estão disponíveis na Resolução Presi n. 13 e Portaria Coger n. 7, ambas de 2015 (cópias anexas);

c) os demais questionamentos não podem ser respondidos, tendo em vista o caráter sigiloso das informações.

Atenciosamente,
Ouvidoria da Justiça Federal da 1ª Região

> Formulário enviado em 01/03/2018 10:29:13.
>
> Data de Envio:
> 01/03/2018 10:29:13
>
> Nome:
> Sara Maria Dias Rocha
>
> E-mail:
> saradiascec@gmail.com
>

APÊNDICE C

Objetivando maior compreensão acerca da aplicação da Lei nº 12.694/2012, fora realizada entrevista semiestruturada com o "Juiz 1" responsável por decidir pela formação do colegiado em primeiro grau nos moldes da Lei em referência, no Distrito Federal. A entrevista realizada em 2 de março do corrente ano, nas dependências do Fórum Desembargador José Júlio Leal Fagundes, desta entrevista não foi possível auferir gravação em áudio ou vídeo, de forma que, a entrevistadora tomou nota do diálogo.

O "Juiz 1" foi o juiz natural do processo nº 2014.01.1.184157-2 (TJDFT) em que foram apurados fatos delituosos cuja autoria foi empregada à integrantes da organização criminosa conhecida como PCC – Primeiro Comando da Capital (DISTRITO FEDERAL, 2014). Optou-se pelo critério de não identificação do magistrado.

Em síntese, a entrevista se transcorreu em um diálogo em que houve liberdade do magistrado para o direcionamento e atendimento às questões postas

Ao início, houve a identificação da matéria e do caso concreto a serem abordados e posteriormente passou-se ao diálogo, onde foi respeitado o posicionamento do magistrado em não responder determinadas questões, seus motivos.

Questionou-se acerca dos motivos que levaram à tomada de decisão de instauração do colegiado, quando o magistrado limitou-se a dizer que "utilizou da normatização posta pelo Tribunal", de forma que não expos de fato o motivo qual o levou à decisão, o que no entanto, entende-se o motivo previsto na legislação, ou seja, ameaça. Neste passo, o magistrado ainda firmou que "se tratava de uma causa muito complexa, com vários réus", o que pode ter influenciado em sua decisão.

Quanto às reuniões para tomada de decisões, o magistrado afirma que sempre se deram de maneira formal e institucional, nunca saindo dos limites permitidos pelo

Tribunal. Ocorreram na maior parte das vezes de forma presencial, e tratativas de menor importância se deram por e-mail institucional, o objetivo sempre foi a resolução de alguma situação do caso concreto em si, afirmando que não poderia adentrar mais sobre este tópico em razão do sigilo do processo.

No tocante às decisões do processo, o "Juiz 1" afirma que não houve a publicação de nenhum voto divergente, em razão de não existir tal voto divergente.

As decisões eram tomadas com base em uma unificação de entendimentos dos três magistrados componentes do colegiado, não houve apontamento expresso de alguma divergência. Em caso de divergências, estas eram discutidas de modo a possibilitar que a decisão revestisse todos os entendimentos.

O magistrado atesta a sua opinião acerca do advento do colegiado em primeiro grau de jurisdição trazido pela Lei. Considera que, ter utilizado deste instituto oportunizou a formação de decisões muito bem elaboradas e robustas, "pautadas pela democracia e pela legalidade". "Foi uma ótima experiência, do ponto de vista da troca de experiências e aprendizados" também, "melhor do que julgar um caso de extrema complexidade sozinho", afirmando que o debate é de uma experiência muito construtiva para o magistrado, "é bom ouvir o outro, ter opiniões diferentes e aprender com os outros"; considerando que a Lei veio para ajudar os magistrados. No entanto, o magistrado deixa de auferir opinião acerca da efetividade da Lei.

Apenas afirma, que o baixo número de colegiados instituídos do Distrito Federal pode ter razão nas condições de criminalidades deste Distrito, que não ostenta de território onde há atuação de grade organizações criminosas. O que também pode ter fundamento, na indisposição dos magistrados em participar de colegiados, já que este tipo de órgão tem características muito diferentes dos julgamentos habituais dos juízes de primeiro grau, que ostentam de decisões fundamentadas em seu posicionamento singular. Na opinião do magistrado, o juiz do colegiado deve ser àquele que tem gosto pelo debate, pela troca de posições e conhecimentos.

Ainda expõe por fim, que teve oportunidade de participar de outro colegiado nos moldes da Lei nº12.694/2012 por ter sido sorteado, mas que no entanto, não obteve uma experiência boa ou enriquecedora neste ato exatamente pela dificuldade dos membros em aceitação de posicionamentos, opiniões diferentes, e troca de posições, acredita que este é um fator importante.

APÊNDICE D

Entrevista semiestruturada com o magistrado identificado a critério como "Juiz 2", que fora convocado em razão de sorteio para integrar colegiado nos moldes da Lei nº 12.694/2012 no processo nº 2014.01.1.184157-2 (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Tal entrevista fora realizada em 23 de março deste ano nas dependências do Fórum Professor Júlio Fabbrini Mirabete, ocasião em que fora utilizado sistema de gravação de áudio com expressa autorização do interlocutor, degravação disponível a seguir. A entrevista se deu em forma de perguntas idealizadas por esta aluna, ficando a critério do magistrado respondê-las. Aqui será identificado por A a palavra da entrevistadora e J2, a palavra do magistrado. Segue:

[...]Farei uma breve introdução: A entrevista circunda acerca da aplicação da lei n° 12.694/2012 que permite a formação de um colegiado de juízes no primeiro grau de jurisdição, no processamento de crimes cometidos por organizações criminosas. A lei dispõe, em síntese, que o magistrado que por alguma circunstância sentir-se ameaçado no processamento deste feito, poderá, a seu critério, decidir pela formação do colegiado que será composto por mais dois juízes de natureza criminal, sorteados eletronicamente. A lei advém de uma sugestão da AJUFE- Associação dos Juízes Federais, e tem o intuito de oferecer mais proteção aos juízes que são expostos ao julgamento de organizações criminosas que ostentam um alto poder perante a sociedade.

Em pesquisa jurisprudencial realizada através do sitio eletrônico deste Tribunal, localizou-se um colegiado formado no âmbito da lei em discussão, do qual

o MM. Juiz foi integrante. O processo é do ano de 2014, e julgou integrantes da organização criminosa conhecida como PCC. Com isso, passo as perguntas:

Como tomou conhecimento que foi sorteado para compor o colegiado?

J2: Pois bem, [...] tomei conhecimento através da Corregedoria, fui comunicado pela Corregedoria e também pelo juiz natural da causa, o titular da Vara Criminal, salvo engano a X Vara Criminal que suscitou a formação do colegiado, que decidiu pela formação do colegiado, melhor dizendo.

2. Com o colegiado formado, como se deu o desenvolvimento das reuniões para a tomada de decisões nesse processo?

J2: Bem, essa como você mesmo disse na sua introdução, é uma legislação nova e [...] com poucos ou raríssimos casos no Distrito Federal, então nós fomos aprendendo com a prática, então eram contatos informais que a gente discutia as questões do processo e os atos formais do processo, evidentemente, a gente criou uma regra de comunicações internas, designação de data de audiência pra oitiva no plenário, pra decisões interlocutórias no processo, prazo para sentença, mas muitos também no contato pessoal dos juízes que integraram esse colegiado.

As reuniões eram sigilosas? Se sim, porque? Realizadas por meio eletrônico, ou físico? É porque a Lei possibilita que essas reuniões sejam sigilosas, por isso essa pergunta.

J2: [...]Não, não teve reuniões sigilosas, não foi necessária a realização de reuniões sigilosas, não eram sigilosas, mas não eram objeto de intimação das partes para ciência dessas reuniões, ou esses momentos de troca de ideias. Então não havia sigilo porque [...]não houve a necessidade de se criar uma reunião formal para isso, para a tomada de decisões.

4. A decisão tomada pelo colegiado, foi publicada de forma uniforme (unindo o entendimento dos três juízes no texto), ou esteve explícita a opinião de cada membro? No segundo caso, houve publicação de ‘voto’ contrário/divergente?

J2: Veja bem, não houve. [...] Interessante essa pergunta. A Lei faz menção ao sigilo do voto divergente [...] na realidade foi uma decisão conjunta, as sentenças e as decisões foram decisões conjuntas, construídas em conjunto. Evidentemente no contato entre os juízes do colegiado houve alguma discussão, mas acabou-se buscando o consenso. Pequenas divergências, principalmente, eu me recordo, na fixação da pena, mas não houve um voto divergente. Não houve um colegiado montado para se apresentar votos, cada um como uma posição já definida e por conta disso [...]. Nós buscamos na verdade convergir, chegar a uma posição, a um acordo, que fosse ao final uma posição de todos os juízes do colegiado.

Considera que a hipótese trazida pela lei se assemelha com o instituto do 'juiz sem rosto' utilizado por outros países, como Colômbia, Peru? Acha oportuna esta comparação?

J2: [...] Na realidade o juiz sem rosto é o juiz não identificado, muito diferente do nosso. Os juízes desse colegiado são perfeitamente identificados, o que se busca é diluir, é despersonificar um único juiz, em razão do poderio dessas organizações criminosas, em razão de preservar a segurança do juiz de dilui a responsabilidade entre outros, então acho que aí há uma diferença que basicamente é cheia, não pode se assemelhar.[...] Nas audiências estávamos lá, todos, na presença dos réus, na oitiva das testemunhas, contato pessoal com os advogados das partes, então não há possibilidade de se comparar o juiz sem roto com o colegiado da 12.694/2012.

Considera ter sido importante a formação do colegiado, no curso do processo?

[...]

J2: É, muito interessante[...] Há que se diga que a formação do colegiado é ato discricionário do juiz natural da causa, então não me caberia aquecer ou criticar a posição do juiz que decidiu, que estabeleceu né, que fixou a competência do colegiado. Agora, é um processo diferente, né, é um processo que demanda [...] o

juiz de primeiro grau normalmente ele trabalha isoladamente, ele é um solitário né. Então você aprender a trabalhar com outros, ouvir outras pessoas até melhor qualificadas que você, então foi interessante, foi uma única experiência na qual eu participei, ainda é muito pouco, mas é enriquecedor, não tenho dúvida disso.

Se recorda como foi a recepção pelo MP, pela defesa?

J2: Não houve críticas, eu não ouvi críticas, nem da defesa nem do Ministério Público, não houve recurso, penso até que não existe essa possibilidade, eventualmente um HC seria possível ou mandado de segurança talvez, mas não, não houve nenhuma crítica.

[...] O colegiado se deu do início ao fim do processo, até a sentença? Ou foi para um ato específico?

J2: Foi basicamente a partir do recebimento da inicial acusatória, da denúncia [...] Participei de toda a formação de culpa, inclusive salvo engano, do recebimento da inicial à prolação da sentença e recebimento dos recursos.

Qual sua opinião sobre a pouca procura pelo instituto? Existe uma resistência dos magistrados? [...]

J2: Eu penso que é o seguinte, é algo muito novo ainda, então os juízes talvez não tenham ainda tanto conhecimento e não estejam adaptados à ela. Há uma realidade local no Distrito Federal em que, a justiça criminal não se sente tão insegura, ou não há registros de violência contra a magistratura no DF, isso também pode contribuir para que a lei não seja tão aplicada, como em outros estados, onde há uma violência mais forte, organizações criminosas [...] como exemplo o PCC que tem força nos estados de São Paulo, Paraná, aqui em Brasília ela é muito incipiente por exemplo, então isso contribui também. O juiz que se sente seguro não há porque ele constituir o colegiado.

[...] Considera a Lei uma aliada dos juízes, um meio de proteção?

J2: A, sim, eu não tenho dúvidas. [...] é uma forma de proteger a magistratura, porque o objetivo dela é que o juiz tenha tranquilidade para julgar, se ele se sente ameaçado a tal ponto, isso pode coibir a sua liberdade de julgar, então acho isso importante em situações excecionais evidentemente né. Salvo engano, essa Lei teve como caso impulsionador aquela juíza do Rio, [...] quem sabe se naquela época ela (a Lei) já estivesse em vigor, já existisse quem sabe ela não teria sido vítima dessa brutalidade policial, ao que parece foram julgados e condenados policias. Então acho importante, é logico que você não pode fulanizar ou aplicar essa Lei, você tem que ter parcimônia na aplicação dessa Lei, mas certamente em algumas situações se faz necessário, e eu acho que veio para melhorar a segurança e a liberdade dos juízes em julgar.

Mais alguma consideração à fazer? [...]

J2: [...] A minha experiência é muito pouca, como você mesmo trouxe na sua introdução, são muitos poucos casos no Distrito Federal, mas me parece interessante, é mais um instrumento que ao meu juízo não ofende nenhum princípio constitucional, se discutiu e ainda se discute o juiz natural,[...] e aquilo que vem pra assegurar a liberdade para julgar segundo a Lei e a sua consciência me parece que ,sem prejudicar a ampla defesa, o contraditório, a possibilidade de defesa, eu acho que veio pra contribuir.

Por fim, cabe informar que o magistrado permitiu a citação de seu nome neste trabalho, entretanto, em razão da estrutura, optou-se por suprimir tal identificação.

Ciências Criminais

TRABALHO PRISIONAL: SENTIDO NORMATIVO E OBSTÁCULOS À IMPLEMENTAÇÃO

Sarah Leane Pereira de Souza da Mata

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar o sentido normativo atribuído ao trabalho do preso através do estudo de atos normativos internacionais internacionalizados pelo Direito Brasileiro e atos normativos do direito interno. É também feita uma análise sobre a real aplicabilidade dos conceitos normativos estudados e sobre os obstáculos a serem enfrentados para a efetiva aplicação do trabalho prisional no contexto brasileiro. O trabalho é dividido em quatro capítulos e foi construído através de análise documental e de ampla revisão bibliográfica. O primeiro capítulo abarca uma introdução sobre o surgimento do trabalho prisional e as funções que a pena pode adquirir, ainda, é estudada a importância do trabalho para o homem, especialmente quando se trata da ressocialização. O segundo capítulo trata sobre a internacionalização do direito que versa sobre o trabalho prisional e o sentido que este assume. No mesmo sentido, o terceiro capítulo é uma análise sobre o sentido normativo que é atribuído ao trabalho do preso no ordenamento jurídico interno e como o trabalho prisional é regulamentado. No quarto capítulo é feito um estudo sobre a real aplicação dos atos normativos nacionais e internacionais, para tanto, foram utilizadas pesquisas realizadas pelo Infopen e pelo IPEA que permitiram uma visão objetiva sobre o cenário atual. A relevância desse estudo está na necessidade de fomentar discussões sobre a importância latente do trabalho prisional para a ressocialização do preso, desde que seguidas as normas que visam garantir o trabalho à luz de princípios como o da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

Palavras-chave: Trabalho prisional; Ressocialização; Obrigatoriedade do trabalho; Legalidade; Direitos humanos.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca promover diálogo entre a internacionalização do direito e sua projeção e equivalência na construção do ordenamento jurídico interno, bem como uma análise da dimensão normativa dirigida à implementação do direito do preso ao trabalho. Dessa forma, questiona-se: qual o sentido normativo atribuído ao trabalho no âmbito internacional e nacional? O trabalho prisional de caráter obrigatório está em acordo com os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro? A obrigatoriedade do trabalho se dá exclusivamente por determinação legal? A execução da pena pode estar dissociada do trabalho? A execução da pena sem o trabalho permite a ressocialização?

Através do estudo de Atos Normativos Internacionais, da Constituição Federal do Brasil, do Código Penal Brasileiro e da Lei de Execução Penal, discute-se a possibilidade e a constitucionalidade do trabalho obrigatório e sua importância como instrumento ressocializador.

Os atos normativos internacionais e a legislação brasileira foram construídos visando não somente a punição, mas sim a reabilitação do condenado. De fato, o sistema prisional brasileiro é, teoricamente, um sistema forte que visa por diversos meios cumprir a função penal em atenção aos princípios constitucionais e não apenas com o intento de punir, mas também construir e capacitar o condenado para a vida em sociedade.

Entretanto, evidencia-se outra realidade, o sistema é considerado por muitos falido e totalmente contraditório às disposições que o regem. Daí a necessidade de se repensar como se dá o cumprimento da pena e o tratamento dispensado ao condenado.

Para tanto, utiliza-se da metodologia sócio-jurídica através de análise documental, uma vez que se busca entender a relação da norma aplicada à sociedade e sua eficácia e eficiência no cenário do sistema prisional brasileiro atual.

O tema, apesar de ser de grande importância não é tão amplamente discutido, no âmbito nacional e internacional, dessa forma, foi realizada uma revisão bibliográfica abrangente. O conhecimento será formado em grande parcela através da utilização de pesquisas monográficas, da composição de livros que tratam do assunto apenas em relação a pontos específicos e dos atos normativos nacionais e internacionais.

As normas jurídicas nacionais estudadas serão a Lei de Execução Penal e o Código Penal Brasileiro que preveem o trabalho prisional; quanto ao estudo sobre a possibilidade de aplicação efetiva do trabalho prisional de forma obrigatória, este será feito à luz da Constituição Federal da República e de atos normativos internacionais recepcionados pelo Brasil.

A pesquisa exploratória conduziu à análise sobre o Projeto de Lei 9.054/2017, em tramitação no Congresso Nacional, que visa a alteração da Lei de Execuções Penais. Se o projeto for aprovado mudará o cenário atual.

Quanto à aplicação prática do trabalho prisional, foram utilizados estudos realizados pelo Infopen e Ipea que permitiram uma visão objetiva sobre a real situação atual do sistema carcerário brasileiro, como o trabalho prisional é implementado, sua importância, e os diversos obstáculos enfrentados para a efetivação de tal instituto

2 O TRABALHO PRISIONAL E SEUS CONTORNOS

A pena pode adquirir três funções primordiais: a função punitiva, a preventiva e a ressocializadora.

A teoria absoluta ou retributiva dá origem ao que chamado de função punitiva da pena. Esta teoria tem o encarceramento exclusivamente como uma forma de vingança, um mal infringido que seja capaz de retribuir à sociedade pelos danos

sofridos, é um castigo imposto àquele que descumpriu os preceitos e regras que regem a sociedade.[1]

> "A pena é justa em si e sua aplicação se dá sem qualquer preocupação quanto a sua utilidade. Ocorrendo o crime, ocorrerá a pena, inexoravelmente. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado."[2]

A teoria relativa ou preventiva da pena, a função preventiva da pena, é a noção de que a pena deve servir como meio de inibir novas práticas penais, isto é, através do medo inibir e prevenir novas práticas delituosas, afim de defender a sociedade.[3]

> "Superadas as teorias absolutas, compete, agora, fazer o estudo das chamadas teorias relativas, que buscam uma finalidade para a pena, razão pela qual esta deixa de ser um fim em si mesma, passando a ser vista como algo instrumental: passa a ser um meio de combate à ocorrência e reincidência de crimes, É notadamente uma perspectiva utilitarista."[4]

A teoria relativa se subdivide em duas vertentes, que se subdividem em outras duas vertentes, positiva e negativa. A prevenção geral adota a pena como um instituto ameaçador em que o Estado indica as ações que serão punidas e a aplicação da pena deixa clara a intenção de cumprir a ameaça.[5] A prevenção geral negativa consiste na intimidação do indivíduo através da ameaça de aplicação de sanções; já a prevenção geral positiva está fundada na construção de um acordo entre os indivíduos não-criminalizados para que se abstenham de praticar ilícitos, portanto, decorre da confiança.[6]

> "A teoria da prevenção geral ou cai na utilização do medo como forma de controle social, com o qual se chega num

[1] MORAES, H. V. B. **Das funções da pena.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620#_ftn14> Acesso em: 28 mar 2018.
[2] FERREIRA, G. **Aplicação da Pena.** Rio de Janeiro: Forense, 2000; p.25.
[3] MORAES, H. V. B. **Das funções da pena.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620#_ftn14> Acesso em: 28 mar 2018
[4] HIRECHE, G. F. El. **A função da pena na visão de Claus Roxin.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 22
[5] BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000; p. 76
[6] MORAES, H. V. B. **Das funções da pena.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620#_ftn14> Acesso em: 28 mar 2018

> Estado de terror e na transformação dos indivíduos em animais, ou na suposição de uma racionalidade absoluta do homem no juízo de ponderação entre as condutas que poderá eleger, na sua capacidade de motivação, tão ficcional como a idéia de livre arbítrio, ou, por último, cai na teoria do bem social ou da utilidade pública, que tão-somente acoberta os interesses em jogo: uma determinada socialização das contradições e dos conflitos de uma democracia imperfeita"[7]

A prevenção especial tem como foco o indivíduo que já delinquiu, e atua através da intimidação pessoal, da sua neutralização e, por fim, da ressocialização. A vertente positiva da prevenção especial entende que deve se buscar a ressocialização do condenado; já a vertente negativa tem o objetivo de punir o indivíduo com a imposição de penas severas como solução para a satisfação social.[8]

Já a teoria mista da pena é a unificação das características das teorias anteriores, uma vez que, as duas teorias anteriores dissociadas são insuficientes para a resolução dos problemas sociais que envolvem a prática de crimes e o delinquente. Portanto, se trata do entendimento de que o cumprimento de pena deve servir, também, para ajudar o apenado a se reinserir na sociedade uma vez solto, ou seja, para essa vertente, a pena só é válida se permitir que o apenado seja ressocializado. Entretanto, além da ressocialização, a pena também deve servir para prevenir e punir o indivíduo, desde que observados o princípio da dignidade da pessoa humana, a culpabilidade do agente e o grau de reprovação do delito.[9]

Conhecendo as funções que a pena pode adquirir, passemos então a estudar com que função o trabalho passou a ser adotado no cumprimento de pena durante os séculos e como é entendido atualmente.

As penas tinham caráter cruel e desumano, e a privação de liberdade não era aplicada como pena, mas sim como um meio de custódia, uma forma de garantir que

---

[7] SUXBERGER, A. H. G. **Legitimidade da Intervenção Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006; pg. 116

[8] MORAES, H. V. B. **Das funções da pena.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620#_ftn14> Acesso em: 28 mar 2018

[9] MORAES, H. V. B. **Das funções da pena.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620#_ftn14> Acesso em: 28 mar 2018

o réu não iria fugir até que lhe fosse aplicada uma pena. Já no século XVIII teve início uma reforma do sistema penal, que preconizava tratamento mais humano, buscando amenizar a crueldade e os suplícios a que eram submetidos os condenados, foi então que a privação de liberdade começou a ser utilizada como punição e o trabalho como parte do cumprimento de pena, como instrumento de punição. Esta reforma coincidiu com o período de transição da sociedade feudal em sociedade capitalista.[10]

> "[...] a prisão foi uma peça essencial no conjunto das punições, marcando um momento importante na história da justiça penal. Fundamentadas nas sociedades industriais, pelo seu caráter econômico, as prisões aparecem como uma reparação. Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a idéia de que o criminoso lesou, não somente a vítima, mas a sociedade inteira. Esse caráter econômico-moral de uma penalidade contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos, e estabelece equivalências quantitativas entre delitos e duração das penas."[11]

O verdadeiro objetivo da reforma não era buscar a punição à luz de princípios equitativos, mas, na verdade, estabelecer uma nova ordem ao poder de castigar, "repartindo-o em circuitos homogêneos, para ser exercido em toda a parte e de maneira contínua em todo o corpo social, tornando o poder de punir mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos".[12]

> "[...] o grau de utilidade que é dado ao trabalho prisional, desde sua origem nas execuções das penas, não é do lucro ou de uma habilidade útil; mas a constituição de uma relação de poder, criando um mecanismo de submissão individual e de ajustamento a um aparelho de produção".[13]

---

[10] LEMOS, A. M.; MAZZILLI, C.; KLERING, L. R. Análise do trabalho prisional: um estudo exploratório. **Rev. Adm. Contemp.**, v. 2, n. 3, p. 129-149, Curitiba, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65551998000300008> Acesso em: 28 jun. 2018

[11] FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 297.

[12] LEMOS, A. M.; MAZZILLI, C.; KLERING, L. R. Análise do trabalho prisional: um estudo exploratório. **Rev. Adm. Contemp.**, v. 2, n. 3, p. 129-149, Curitiba, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65551998000300008> Acesso em: 28 jun. 2018.

[13] FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. 8. ed. Rio de Janeiro, 1989.

No início do século XIX surgem novos modelos de conduta que dão origem aos sistemas penitenciários, e cada um dos sistemas criados assumiam o trabalho penitenciário de forma diferenciada. Neste momento começa a surgir nova mentalidade em relação ao trabalho no cumprimento de pena, como a sua utilização como instrumento ressocializador, a progressão de regime e a remuneração do trabalho.[14]

A doutrina jurídica atual evoluiu. Hoje, o trabalho do preso tem o objetivo de ressocializar, devendo a este ser garantido o mesmo direito garantido a qualquer trabalhador livre, é o que dispõe o Código Penal Brasileiro (CPB) de 1940, no art. 38: "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade"[15]. Daí se extrai que a sanção fica adstrita à pena privativa de liberdade, não podendo se estender ao trabalho, que se configura como "atividade de perfil correcional que possui características de direito e de dever"[16].

É incontestável a necessidade de o sistema buscar além da punição, o tratamento do preso, afim de que seja preparado para viver a vida em sociedade em atenção aos ditames legais, morais e éticos[17]. O sistema prisional que se abstém de cuidar para com o recluso acaba por criar uma classe de indivíduos que continuam à margem da sociedade, com o agravante da revolta contra o sistema, da coexistência mediante condições desumanas, do maltrato, das prisões lotadas, etc.

> O oferecimento de ensino escolar para aqueles que não tiveram acesso enquanto na sociedade, uma orientação psicológica, religiosa, a realização do trabalho, o contato com a família, são aspectos relevantes para amenizar a perda da liberdade e humanizar o ambiente prisional, concedendo aos detentos a possibilidade de, ao reingressarem na sociedade,

[14] SANTIS, B. M. Di; ENGBRUCH W. A evolução histórica do sistema prisional. **Revista Pré-Univesp**, n. 61, dez 2016 - jan 2017. Disponível em: <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WzTdUNVKjIU> Acesso em: 28 jun 2018

[15] SANTIS, B. M. Di; ENGBRUCH W. A evolução histórica do sistema prisional. **Revista Pré-Univesp**, n. 61, dez 2016 - jan 2017. Disponível em: <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WzTdUNVKjIU> Acesso em: 28 jun 2018.

[16] ALVIM, R. C. M. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 30

[17] DALEPRANE, C. P.; HATAB, L. G. O trabalho prisional como alternativa de ressocialização penal: uma garantia de efetivação dos direitos humanos. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, Brasília, v. 5, p. 128-164, jan./jun. 2011

> absterem-se da prática de crimes, cumprindo, dessa forma, a finalidade da pena.[18]

Portanto, se a prisão não for uma fonte de conhecimento e enriquecimento de ordem moral, educacional e profissional, os infratores quando em liberdade continuarão as mesmas práticas de outrora, persistindo a insegurança, o perigo e a necessidade de intervenção estatal. Assim, para que o trabalho assuma caráter ressocializante, devem ser adotados meios condizentes com essa finalidade com o objetivo claro de valorização do preso através do emprego das condições mínimas exigidas legalmente e do respeito à pessoa humana[19].

No Direito Brasileiro, o Código Penal Brasileiro tipifica os crimes e a quantidade de pena, enquanto fica a cargo da Lei de Execução Penal (LEP) dispor sobre as regras do direito penal executivo, isto é, de como a pena deverá ser cumprida. A LEP é considerada um avanço no direito penal brasileiro, de fato, é considerada uma das legislações mais modernas do mundo, tendo em vista que é carreada de dispositivos que defendem os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, impondo tratamento humanizado, individualizado, de forma a garantir aos apenados o direito à assistência material, jurídica, à saúde, religiosa, social e educacional[20].

"A pena não deve privar o condenado dos direitos fundamentais da pessoa humana", conforme o disposto no art. 38 do Código Penal e art. 3º da LEP. Os arts. 40 e 41 da LEP também se ocupam em garantir direitos ao preso, ao impor respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios, a garantia de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, dentre outros.

[18] DALEPRANE, C. P.; HATAB, L. G. O trabalho prisional como alternativa de ressocialização penal: uma garantia de efetivação dos direitos humanos. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, Brasília, v. 5, p. 131, jan./jun. 2011.

[19] DALEPRANE, C. P.; HATAB, L. G. O trabalho prisional como alternativa de ressocialização penal: uma garantia de efetivação dos direitos humanos. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, Brasília, v. 5, p. 131, jan./jun. 2011

[20] DALEPRANE, C. P.; HATAB, L. G. O trabalho prisional como alternativa de ressocialização penal: uma garantia de efetivação dos direitos humanos. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, Brasília, v. 5, p. 128-164, jan./jun. 2011.

Assim, todos os direitos não atingidos pela condenação e pela pena devem ser protegidos e mantidos. [21]

Em contrapartida, também é necessário que se estabeleça deveres aos condenados, afim de que se mantenha a ordem. É dever do condenado se portar com disciplina, de forma respeitosa, ter bom comportamento, ser obediente, não se envolver em movimentos contra a ordem e a disciplina, bem como também, é dever do preso o trabalho[22]. Entretanto, não obstante as disposições Internacionais e da Constituição Federal Brasileira, do Código Penal Brasileiro e da Lei de Execuções Penais, o trabalho penitenciário adquiriu contornos de sanção e não de meio de reinserção social, uma vez que é caracterizado pelo pagamento irrisório, o desrespeito às normas de segurança e condições precárias de hygiene.[23]

Nesse sentido, um dos grandes desafios da política criminal é compatibilizar a realidade penitenciária às leis, regulamentos, documentos internacionais e disposições constitucionais que asseguram direitos aos presos e, concomitantemente, objetivam tornar mais humana a execução da pena privativa de liberdade[24]. Dessa forma, o sistema prisional brasileiro como de fato é se afastou do paradigma clássico do direito penal, perdendo seu caráter moral e função ressocializadora e focando-se na função retributiva da pena. Como resultado, altos índices de reincidência, ao deixar o presídio não há reinserção no mercado de trabalho por falta de qualificação, durante o cumprimento de pena ao invés de os condenados se distanciarem do mundo dos crimes acabam ainda mais inseridos e envolvidos (as prisões são popularmente conhecidas como “escolas de crimes”), os presos são mantidos em estado de ócio com pouca ou nenhuma atividade que importe crescimento, dentre outros fatores.

---

[21] BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acessoem: 23 mar. 2017.

[22] PARENTONI, R. B. **Execução Penal** – deveres e direito do preso. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/192-2012-07-24-15-57-44>. Acesso em: 02 de mai 2017.

[23] ALVIM, R. C. M. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Atlas, 1991

[24] ALVIM, R. C. M. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Atlas, 1991.

Daí a importância do trabalho. É através do trabalho que o homem garante sua sobrevivência, através do trabalho se estabelece a condição de vida, que se constrói, o trabalho representa a capacidade do ser humano e permite que seja reconhecido e valorizado.

> O trabalho sempre fez e fará parte da vida do ser humano, principalmente nos dias atuais, em que o processo de globalização mundial avança rapidamente, gerando grandes níveis de desigualdade social. É impossível imaginarmos um ser humano do século XXI sem um trabalho que lhe proporcione condições de vida digna e justa. O homem, na maioria das vezes, é identificado dentro do seu meio social pela sua posição profissional, sua ocupação. O trabalho é a porta de entrada para todos os sonhos, desejos, projetos de vida que um ser humano possa almejar.[25]

A primeira conotação que se pode dar ao trabalho é a religiosa. A Bíblia Sagrada, em diversos momentos exalta o trabalhador e seu esforço, sendo o trabalho descrito como fonte de bênçãos e devendo ser feito como se para o próprio Deus.

> Do suor do seu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado; porquanto és pó e em pó tornarás. Gênesis 3:19
>
> Vai ter com a formiga, ó preguiçoso; olha para os seus caminhos, e sê sábio. Pois ela, não tendo chefe, nem guarda, nem dominador. Prepara no verão o seu pão; na sega ajunta o seu mantimento. Ó preguiçoso, até quando ficarás deitado? Quando te levantarás do teu sono? Um pouco a dormir, um pouco a tosquenejar; um pouco a repousar de braços cruzados; Assim sobrevirá a tua pobreza como o meliante, e a tua necessidade como um homem armado. Provérbios 6:6-11
>
> Viste o homem diligente na sua obra? Perante reis será posto; não permanecerá entre os de posição inferior. Provérbios 22:29
>
> E também que todo o homem coma e beba, e goze do bem de todo o seu trabalho; isto é um dom de Deus. Eclesiastes 3:13
>
> Aquele que furtava, não furte mais; antes trabalhe, fazendo com as mãos o que é bom, para que tenha o que repartir com o que tiver necessidade. Efésios 4:28

[25] PONTIERI, A. **Brasil Trabalho do preso**. ADITAL. Disponível em: <http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=39787>. Acesso em: 04 jan. 2015.

> Tudo o que fizerem, façam de todo o coração, como para o Senhor, e não para os homens. Colossenses 3:23

Dessa forma, até mesmo a religião, desde a antiguidade, atribui alta carga valorativa ao trabalho e ao trabalhador, sendo também responsável pelo incentivo à implantação do trabalho imposto aos prisioneiros como meio de cumprimento do disposto no livro sagrado.

A conotação chamada objetiva diz respeito à necessidade obrigatória e imprescindível de trabalhar com o fito de garantir a sobrevivência. Somente através do trabalho o ser humano é capaz de garantir sua subsistência e de estabelecer sua condição de vida.

> Maslow (1954), psicólogo que estuda o homem por meio das suas necessidades humanas, ganha entornos e conotações no contexto das necessidades humanas. No seu entendimento, o homem é motivado por suas necessidades, que se manifestam em graus de importância desde necessidades primárias, que dizem respeito às necessidades fisiológicas e essenciais, tais como comer, morar, viver, etc., até as necessidades finais, que dizem respeito à sua realização pessoal, autoestima, realização profissional. O trabalho pode ser entendido como necessidades essenciais, que representa algo imprescindível, como comer, morar, vestir, ou seja, ligado à própria manutenção de sua subsistência, como também relacionado à sua autoestima e realização, pois pode incutir reconhecimento, prazer e criatividade. Portanto, segundo esse autor, o trabalho é algo essencial para a vida humana.[26]
>
> A conotação social diz respeito à relação do trabalho com a sociedade. O trabalho é reconhecido como meio de inserção social e reconhecimento pessoal, é uma forma do homem interagir e intervir nas questões que envolvem a sociedade. É manifestação cultural na medida em que o trabalho é realizado e estimado de acordo com os valores da sociedade.

Por último, a conotação subjetiva é a que representa a relação direta entre o indivíduo e o trabalho, a relação pessoal e individual que determina o sentimento de valorização, de pertencimento e de reconhecimento.

> [...] infere-se que o trabalho está associado a uma construção social, sendo entendido não como realização mecânica, mas

[26] CORREA, M. A. P. D. C., SOUZA, R. L. **Origem e relação do trabalho com o ser humano e as limitações do trabalho nas prisões.** Textos & Contextos, Porto Alegre, v. 15, p. 130, jan./jul. 2016

> como representação social e status do sujeito no meio em que ele está inserido. Sendo assim, o trabalho está associado à existência social do homem e não representa a sua existência em si, isto é, o seu papel social, entre outros que atuará no decorrer de sua vida. Portanto, o trabalho é entendido como a maneira de o ser humano se projetar no meio social e fazer parte dele. Isso porque o trabalho está vinculado à estrutura social.[27]

Portanto, o trabalho no âmbito prisional possui papel de extrema importância porquanto colabora para a criação de um senso de responsabilidade e de pertencimento, abrindo portas para a reinserção social. Foucault leciona que o trabalho do preso é "uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos".[28]

No art. 1º, inciso IV da Constituição Federal, é estabelecido que o valor social do trabalho é fundamento da República Federativa do Brasil[29]. Portanto, o trabalho compõe a base do Estado, devendo este promover e resguardar o seu valor social. No mesmo artigo da CF, inciso III, está disposto que também a dignidade da pessoa humana configura fundamento da República[30]. Tem-se então que o homem é centro de convergência da ordem normativa[31], portanto, o trabalho e a dignidade da pessoa humana são fundamentos que devem caminhar juntos, são valores indissociáveis.

A legislação brasileira em diversas oportunidades institui o trabalho como dever social e condição da dignidade humana[32], rechaça o trabalho como

---

[27] CORREA, M. A. P. D. C., SOUZA, R. L. **Origem e relação do trabalho com o ser humano e as limitações do trabalho nas prisões.** Textos & Contextos, Porto Alegre, v. 15, p. 131, jan./jul. 2016

[28] FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 14. ed. Petrópolis: **Vozes**, 1996

[29] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, art. 5º, inciso XLVII. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

[30] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, art. 5º, inciso XLVII. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

[31] CABRAL, L. R.; SILVA, J. L. O Trabalho Penitenciário e a Ressocialização do Preso no Brasil. **CAAP**, Belo Horizonte, p. 157-184, jan./jun. 2010

[32] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**, art. 28. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

instrumento de castigo e sofrimento[33] e entende este como meio de integração social dos cidadãos[34].

Dessa forma, é latente a relação do homem com o trabalho, de caráter iminente e parte intrínseca da sua história e de seu contexto social.[35] Não obstante haver um consenso sobre a extrema importância do trabalho, tanto para o homem livre como para o homem em cumprimento de pena, quando se discute sobre a obrigatoriedade do trabalho, existe controvérsias.

3 A OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO SEGUNDO A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A internacionalização do direito é um fenômeno inevitável no contexto de globalização em que o mundo está inserido; consiste em uma intervenção do Direito Internacional sobre a legislação nacional de forma legítima.[36] Este é um fenômeno marcado por contínuo compartilhamento, dessa forma, matérias que antes possuíam normas exclusivamente nacionais, passam a ser reguladas também pelo direito internacional, em um esforço que demonstra o interesse comum da sociedade internacional; e é marcado também pelo princípio da cooperação, no qual os Estados buscam adequar seus ordenamentos jurídicos ao ordenamento jurídico internacional.

No caso do Direito Penal, a internacionalização tem o objetivo precípuo de harmonizar os direitos e garantias assegurados internacionalmente diante do pluralismo político e cultural que existe entre as nações, tendo em vista que a uniformização não é alcançável, deve-se garantir um "conjunto de princípios de

[33] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, art. 5º, inciso XLVII. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

[34] BRASIL. **Lei 9.867 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9867-10-novembro-1999-369585-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 23 mar 2017

[35] CORREA, M. A. P. D. C., SOUZA, R. L.. **Origem e relação do trabalho com o ser humano e as limitações do trabalho nas prisões.** Textos & Contextos, Porto Alegre, v. 15, p. 126-146, jan./jul. 2016

[36] MATSUURA, L. **Com a globalização, a tendência é internacionalização do Direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-out-12/globalizacao_tendencia_internacionalizacao_direito>. Acesso em: 05 mar 2018.

moralidade política com vista à asseguração da dignidade da pessoa humana, servindo estas diversas fontes como um conjunto coeso de manifestação da convicção universal (opinio juris)".[37]

As normas positivadas nos instrumentos internacionais são regidas pelo princípio do pacta sunt servanda, isto é, são de caráter obrigatório, assim, o Estado, apesar de sua soberania, ao aceitar os termos do Direito Internacional, está sujeito a sanções internacionais decorrentes dos diversos sistemas universais e regionais de direitos humanos.[38]

> Há de se destacar, além disso, que, seja qual for a fonte internacional que reja a internacionalização do direito da execução penal, ela terá por fundamento principiológico dois direitos assegurados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seus artigos 5º e 7º, a saber: a) artigo 5º: o direito a não submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; e b) artigo 7º: direito à igualdade e à não-discrimação.[39]

O disposto nas Regras Mínimas Padrão, adotadas pela Resolução 663C (XXIV), do CESONU em 31 de julho de 1957, deixa claro a relação entre as regras internacionais e a efetiva aplicação nos Estados. As regras não têm o condão de descrever em detalhes o modelo ideal de sistema penitenciário, tem, na verdade, como objetivo, estabelecer princípios e regras pautados no consenso geral do pensamento contemporâneo, levando em conta os elementos essenciais dos sistemas que se destacam. Não há dúvidas de que nem todas as regras podem ser aplicadas em todos os lugares, entretanto, devem servir como um norte e como um estímulo para o constante empenho das Nações. Por fim, essas regras não são imutáveis, pois o pensamento está em constante movimento, assim, é perfeitamente cabível a

[37] OLIVEIRA, M. V. X. de. **O direito da execução penal no contexto da internacionalização do direito.** Disponível em: < http://nir.academia.edu/MarcusViniciusXavierdeOliveira> Acesso em: 05 mar 2018

[38] OLIVEIRA, M. V. X. de. **O direito da execução penal no contexto da internacionalização do direito.** Disponível em: <http://nir.academia.edu/MarcusViniciusXavierdeOliveira> Acesso em: 05 mar 2018

[39] OLIVEIRA, M. V. X. de. **O direito da execução penal no contexto da internacionalização do direito.** Disponível em: < http://nir.academia.edu/MarcusViniciusXavierdeOliveira> Acesso em: 05 mar 2018

aplicação de novas práticas, desde que estejam em harmonia com os princípios e objetivos que orientam as regras gerais mínimas.[40]

3.1 Primeiro Congresso das Nações Unidas – Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos (agosto de 1955)

As regras mínimas para o tratamento de reclusos foram adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, bem como foram também aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977.[41]

A primeira regra que se destaca para o estudo neste trabalho é a de nº 24, que prevê atendimento médico tão logo o preso seja admitido no estabelecimento penitenciário. Com o objetivo precípuo de detectar doenças físicas ou mentais para que sejam tomadas as medidas necessárias cabíveis e para que sejam detectadas possíveis condições que constituam obstáculos à reinserção dos reclusos e influenciem na capacidade física de trabalho. Conforme a redação a seguir:

> Serviços médicos
>
> O médico deve examinar cada recluso o mais depressa possível após a sua admissão no estabelecimento penitenciário e em seguida sempre que, necessário, com o objetivo de detectar doenças físicas ou mentais e de tomar todas as medidas necessárias para o respectivo tratamento; de separar reclusos suspeitos de serem portadores de doenças infecciosas ou contagiosas; de detectar as deficiências físicas ou mentais que possam constituir obstáculos a reinserção dos reclusos e de determinar a capacidade física de trabalho de cada recluso.

As regras de nº 71 e 72 versam especificamente sobre o trabalho do preso e determinam que, o trabalho prisional não deve ser penoso, ao contrário, o trabalho

[40] BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal.** Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009, p. 13

[41] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Comissão de Direitos Humanos e Minorias – CDHM. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html Acesso em: 05 out 2017

deve visar o aumento da capacidade dos reclusos e prepará-los para as condições de trabalho que irão encontrar ao serem reinseridos na sociedade. Vejamos:

> Trabalho
>
> 71.
>
> O trabalho na prisão não deve ser penoso.
>
> Todos os reclusos condenados devem trabalhar, em conformidade com as suas aptidões física e mental, de acordo com determinação do médico.
>
> Deve ser dado trabalho suficiente de natureza útil aos reclusos de modo a conservá-los ativos durante o dia normal de trabalho.
>
> Tanto quanto possível, o trabalho proporcionado deve ser de natureza que mantenha ou aumente as capacidades dos reclusos para ganharem honestamente a vida depois de libertados.
>
> Deve ser proporcionado treino profissional em profissões úteis aos reclusos que dele tirem proveito, e especialmente a jovens reclusos.
>
> Dentro dos limites compatíveis com uma seleção profissional apropriada e com as exigências da administração e disciplina penitenciária, os reclusos devem poder escolher o tipo de trabalho que querem fazer.
>
> 72.
>
> A organização e os métodos do trabalho penitenciário devem aproximar-se tanto quanto possível dos que regem um trabalho semelhante fora do estabelecimento, de modo a preparar os reclusos para as condições normais do trabalho em liberdade.
>
> No entanto o interesse dos reclusos e da sua formação profissional não deve ser subordinado ao desejo de realizar um benefício por meio do trabalho penitenciário.

A regra de nº 73 demonstra a preocupação em não tornar o trabalho no sistema penitenciário fonte de mão de obra barata e de lucro fácil para empresas privadas.

> 73.
>
> As indústrias e explorações agrícolas devem de preferência ser dirigidas pela administração e não por empresários privados.
>
> Quando os reclusos forem empregues para trabalho não controlado pela administração, devem ser sempre colocados

> sob vigilância do pessoal penitenciário. Salvo nos casos em que o trabalho seja efetuado por outros departamentos do Estado, as pessoas às quais esse trabalho seja prestado devem pagar à administração a remuneração normal exigível para esse trabalho, tendo, todavia em conta a remuneração auferida pelos reclusos.

As regras de nº 74 e 75 são a aplicação dos já citados artigos 38 do Código Pena e 3º da LEP, que determinam que os direitos não atingidos pela condenação devem ser protegidos e mantidos e os direitos fundamentais da pessoa humana devem ser respeitados até mesmo durante o cumprimento de pena. Dessa forma, o preso trabalhador tem o direito, o que gera para o Estado um dever, de trabalhar em condições dignas e com a segurança exigida para o trabalhador livre.

> 74.
>
> Os cuidados prescritos destinados a proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores em liberdade devem igualmente existir nos estabelecimentos penitenciários.
>
> Devem ser adotadas disposições para indenizar os reclusos dos acidentes de trabalho e doenças profissionais, nas mesmas condições que a lei concede aos trabalhadores em liberdade.
>
> 75.
>
> As horas diárias e semanais máximas de trabalho dos reclusos devem ser fixadas por lei ou por regulamento administrativo, tendo em consideração regras ou costumes locais respeitantes ao trabalho dos trabalhadores em liberdade.
>
> As horas devem ser fixadas de modo a deixar um dia de descanso semanal e tempo suficiente para educação e para outras atividades necessárias como parte do tratamento e reinserção dos reclusos.

A regra de nº 76 protege o direito do preso de receber remuneração de forma equitativa pelo trabalho realizado, e, apesar de parte do valor recebido pelo preso poder ser destinado para o estado, este tem o direito de receber parte da remuneração para gastos pessoais, para o cuidado com sua família e para constituição de poupança a ser retirado quando em liberdade. Vejamos:

> 76.
>
> O tratamento dos reclusos deve ser remunerado de modo equitativo.

> O regulamento deve permitir aos reclusos a utilização de pelo menos uma parte da sua remuneração para adquirir objetos autorizados destinados ao seu uso pessoal e para enviar outra parte à sua família.
>
> O regulamento deve prever igualmente que uma parte da remuneração seja reservada pela administração de modo a constituir uma poupança que será entregue ao recluso no momento da sua colocação em liberdade.

3.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto San José da Costa Rica (novembro de 1969)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) é um tratado celebrado pelas nações integrantes da Organização de Estados Americanos durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e foi baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.[42] Foi internalizada em 1992, com o Decreto 678.

O Pacto de San José criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem como finalidade julgar casos de violação dos direitos humanos que aconteçam nos países integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA) e que reconheçam sua competência.[43]

Com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que trata sobre a Reforma do Judiciário, os tratados de direitos humanos, no qual o Brasil for signatário, são de eficácia imediata e equiparada às normas constitucionais, após a aprovação em dois turnos, por pelo menos três quintos dos votos nas duas câmaras do Congresso Nacional.

Dentre todos, o artigo 6 se destaca para fins de estudo nesse trabalho, pois trata sobre a proibição da escravidão e da servidão. Vejamos:

---

[42] **PACTO de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380> Acesso em: 23 mar 2018

[43] **PACTO de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380> Acesso em: 23 mar 2018

> Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão
>
> Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.
>
> Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.
>
> Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:
>
> a. os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;
>
> b. o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;
>
> c. o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade;e
>
> d. o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.[44]

O artigo 6, 2, determina que ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório, mas logo em seguida, abre exceção permitindo a pena privativa de liberdade associada a trabalhos forçados, desde que não afete a dignidade nem a capacidade física e intelectual do preso. Adiante, determina que não constitui trabalho forçado ou obrigatório o trabalho ou serviço exigidos de pessoa em cumprimento de pena.

[44] Organização dos Estados Americanos. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica)**. Proibição da escravidão e da servidão. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 23 mar 2017.

Portanto, resta evidente o reconhecimento e a legitimação do trabalho como parte obrigatória do cumprimento de pena, desde que observados princípios básicos, como a dignidade da pessoa humana.

Ademais, no artigo 3, "a", segunda parte, resta também evidenciado a preocupação em manter o trabalho do preso sob responsabilidade do Estado, que é quem possui legitimidade para exercer o poder punitivo.

3.3 Convenções Internacionais do Trabalho

Não obstante o fato de que, conforme o art.28, § 2º da LEP, o trabalho do preso não regido pela Consolidação das Leis de Trabalho, escolhemos estudar a Convenção de nº 29, uma vez que define trabalho forçado e trabalho obrigatório, permitindo, também, uma visão sobre a diferenciação desses dois institutos através dos estudos da Organização Internacional do Trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho criou um sistema de normas, na forma de convenções e recomendações, que abrange todas as matérias relacionadas ao trabalho. As convenções são tratados internacionais que devem passar pela ratificação dos Estados Membros da Organização, já as recomendações não são vinculativas e definem orientações gerais.[45]

A Convenção nº 29 foi denominada Convenção sobre o Trabalho Forçado, de 1930, e aprovada na 14ª reunião da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, que aconteceu em Genebra em 10 de junho de 1930. Foi ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957 e promulgada através do Decreto de nº 41.721/57.[46]

Separamos o artigo 2º para análise, vejamos:

Art. 2

[45] NORMAS Internacionais do Trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_pt.htm> Acesso em: 27 mar 2018

[46] BRASIL. **Trabalho Forçado ou Obrigatório, Convenção nº 29**. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/449> Acesso em: 05 out 2017

> Para os fins da presente convenção, a expressão 'trabalho forçado ou obrigatório' designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.
>
> Entretanto, a expressão 'trabalho forçado ou obrigatório' não compreenderá, para os fins da presente convenção:
>
> a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude das leis sobre o serviço militar obrigatório e que só compreenda trabalhos de caráter puramente militar;
>
> b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais dos cidadãos de um país plenamente autônomo;
>
> c) qualquer trabalho ou serviço exigido de um indivíduo como consequência de condenação pronunciada por decisão judiciária, contanto que esse trabalho ou serviço seja executado sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas e que dito indivíduo não seja posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas privadas;
>
> d) qualquer trabalho ou serviço exigido nos casos de força maior, isto é, em caso de guerra, de sinistro ou ameaças de sinistro, tais como incêndios, inundações, fome, tremores de terra, epidemias, e epizootias, invasões de animais, de insetos ou de parasitas vegetais daninhos e em geral todas as circunstâncias que ponham em perigo a vida ou as condições normais de existência de toda ou de parte da população;
>
> e) pequenos trabalhos de uma comunidade, isto é, trabalhos executados no interesse direto da coletividade pelos membros desta, trabalhos que, como tais, podem ser considerados obrigações cívicas normais dos membros da coletividade, contanto, que a própria população ou seus representantes diretos tenham o direito de se pronunciar sobre a necessidade desse trabalho.[47]

Como se vê, o trabalho exigido de um indivíduo como parte intrínseca do cumprimento de pena, contanto que não sirva como forma de obtenção de lucro para empresas privadas e aconteça em acordo com as regras sobre direitos humanos, é perfeitamente cabível e não configura situação de flagrante ilegalidade.

[47] BRASIL. **Trabalho Forçado ou Obrigatório, Convenção nº 29**. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/449> Acesso em: 05 out 2017.

3.4 Regras de Mandela – Regras Mínimas das Nações Unidas sobre o Tratamento de Reclusos (maio de 2015)

As Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos foram utilizadas durante 55 (cinquenta e cinco) anos sem serem revisadas ou editadas, ante a necessidade, em 22 de maio de 2015, a Organização das Nações Unidas criou as Regras de Mandela, oficializando um novo quadro de normas que incorpora as novas doutrinas de direitos humanos, levando em consideração os instrumentos internacionais já vigentes.[48]

A regra de nº 4, que disciplina princípios básicos, se ocupa em determinar que o objetivo da pena de prisão deve ser proteger a sociedade e reduzir a reincidência, e reconhece que este objetivo só pode ser alcançado se durante o cumprimento de pena houver uma atuação específica para assegurar a reintegração do preso à sociedade, através da educação, formação profissional, trabalho e programas de atividades e serviços. Vejamos:

> Princípios básicos
>
> Regra 4
>
> Os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação, para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis.
>
> Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde. Estes programas, atividades e serviços devem ser

[48] BRASIL. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, Regras de Nelson Mandela**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf> Acesso em: 05 out 2017

> facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos.[49]

Entretanto, quando se trata das regras específicas sobre o trabalho prisional, essas se mantiveram inalteradas. O trabalho prisional é previsto nas regras de nº 96 a 103, e demonstram a mesma preocupação que existia quando da criação das regras de 1955 (Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos). As regras visam à proteção do preso, que tem o direito de trabalhar de forma humana e digna, e de receber remuneração equivalente ao trabalho realizado. Este é um direito que o Estado deve garantir a todos os presos, e este trabalho deve permitir que, uma vez finalizado o cumprimento de pena, o preso encontre oportunidades para se sustentar.

4 A OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Passemos então ao estudo da legislação brasileira e, nessa apresentação, verifiquemos se ela guarda convergência com as obrigações assumidas pelo Brasil no plano internacional.

4.1 A Constituição Federal

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, no art. 5º, XLVII, alínea "c", proíbe a pena de trabalho forçado. Todavia, a Lei nº 7210/84 - Lei de Execução Penal, promulgada antes da vigência da Constituição, determina que o trabalho para o preso é de caráter obrigatório.

Daí nasceram diversos questionamentos sobre a obrigatoriedade do trabalho do preso, como: o dispositivo da Lei de Execução Penal que prevê o trabalho como obrigatório foi recepcionado pela Constituição? Há conflito de normas? É possível obrigar o preso a realizar trabalho durante o cumprimento de pena?

[49] BRASIL. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, Regras de Nelson Mandela**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf> Acesso em: 05 out 2017

Parte da doutrina entende que o trabalho não é e não pode ser um dever, uma vez que a Carta Magna é clara ao proibir a pena de trabalhos forçados e, ainda, há também o argumento de que em um Estado Democrático de Direito o indivíduo deve ter a liberdade de escolher entre exercer ou não exercer a atividade laboral.

Delmanto faz parte do grupo de doutrinadores que tem esse entendimento e assim o fundamenta:

> "[...] embora o trabalho seja meritório e ressocializante, parece-nos que sua obrigatoriedade, prevista no § 1º, art. 34 do Código Penal e no art. 39 V da Lei de Execução Penal, bem como a caracterização de sua inobservância como falta grave (art. 51, III da LEP), causadora de regressão de regime de pena (art. 118, I, 2ª parte da LEP), colidiram com o art. 5º, XLVII, c, da CR/88, que proíbe trabalhos forçados, e com os arts. 8º, 3, a do PIDCP e 6º, 2, 1ª parte da CADH, acolhidos pela nossa Carta Magna (art. 5º, § 2º), que proíbem trabalhos forçados ou obrigatórios"[50]

Carmem Silva Barros, no mesmo sentido, entende que, com base nos dispositivos constitucionais que garantem a liberdade de escolha de trabalho e proíbem a pena de trabalho forçado (art. 5º, incisos XIII e XLVII), o trabalho prisional só pode ter caráter facultativo, cabendo ao Estado oferecer a oportunidade de trabalhar e ao condenado a escolha entre trabalhar ou não. Portanto, entende que ao condenado deve ser feita a oferta de trabalho e este deve ser livre para aceitar ou não, pois "trabalho obrigatório com o qual não consente o preso é, sem dúvida, trabalho forçado"[51]

Este posicionamento é refutado à medida que se entende que trabalho forçado e trabalho obrigatório não possuem as mesmas características e natureza.

O trabalho forçado é entendido como uma espécie de punição, forma de cumprimento de pena, em que o objetivo principal é causar sofrimento ao condenado. É forma de agravamento da pena.

---

[50] DELMANTO, C. **Código Penal Comentado**. São Paulo, Renovar, 2001.
[51] BARROS, C. S. A Individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001, p. 184

Para João José Leal, o trabalho forçado tem como característica a execução de serviços penosos em condições insalubres, sob regime perpétuo e/ou de escravidão, ao contrário do que se entende sobre o trabalho obrigatório prisional, que é um instrumento de recuperação moral e social do condenado.[52] Em outro estudo, afirma:

> "O fato de ser obrigatório, o moderno trabalho prisional não pode ser comparado à antiga prática penal do trabalho forçado. Este consistia na própria pena, enquanto que o encarceramento representava tão somente um indispensável instrumento de contenção do condenado, para que a pena corporal, com toda a carga de crueldade de que se revestia, pudesse ser efetiva e compulsoriamente executada. A recusa do condenado em exercer o penoso trabalho acarretava o emprego dos meios violentos e dos suplícios que se fizessem necessários para a execução forçada do trabalho. A própria morte do condenado não era descartada. Portanto, não nos parece aceitável a idéia de que a obrigatoriedade do trabalho prisional equivale à prática do trabalho forçado."[53]

Assim, o trabalho obrigatório é entendido como algo indispensável para o desenvolvimento físico e intelectual do homem, como dito alhures, é prática intimamente ligada à dignidade da pessoa humana. Além disso, é o trabalho que garante a subsistência e a integração à sociedade, sendo não apenas um dever do preso, mas um dever de todo cidadão.

> "[...] a expressão trabalho forçado é indicativa de pena instituída em Direito Penal com nota aflitiva e infame. O Cód. Penal, embora condicione o cumprimento da pena sujeita a trabalho, não institui modalidade de trabalho forçado. Além do mais, o trabalho penitenciário é remunerado. Não comporta, pois, o sentido infamante atribuído ao trabalho forçado."[54]
>
> "[...] a reinserção social do preso como objetivo da pena retirou do trabalho o seu aspecto de castigo, opressão e exploração"[55]

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci afirma:

---

[52] LEAL, J. J. **Direito Penal geral**. São Paulo, Atlas, 1998.

[53] LEAL, J. J. **O princípio constitucional do valor social trabalho e a obrigatoriedade do trabalho prisional.** Novos Estudos Jurídicos, vol. 9, nº 1, p. 57-76, jan./abr. 2004

[54]

[55] LEAL, J. J. O princípio constitucional do valor social trabalho e a obrigatoriedade do trabalho prisional. Novos Estudos Jurídicos, vol. 9, nº 1, p. 57-76, jan./abr. 2004

> "O trabalho obrigatório faz parte da laborterapia inerente à execução da pena do condenado que necessita de reeducação, e nada melhor do que fazê-lo por intermédio do trabalho. A Constituição (art. 5º, XLVII) veda a pena de trabalhos forçados, o que significa não poder exigir do preso o trabalho sob pena de castigos corporais e sem qualquer benefício ou remuneração."[56]

Maria Helena Diniz corrobora a legalidade do trabalho obrigatório e define o trabalho do preso como:

> "[...] um direito e dever do condenado, por ter a função de reeducá-lo, readaptando-o à sociedade. Tal trabalho penitenciário, executado conforme aptidão física e mental do preso, é remunerado e não tem caráter aflitivo."[57]

Portanto, a obrigatoriedade do trabalho prisional se explica e é admitida à medida em que o trabalho é assumido como método válido e eficaz para o tratamento do condenado, a fim de possibilitar a reinserção social do preso. Se o trabalho é um dever de todo cidadão, também deve ser assumido como um dever do preso, vejamos:

> Ora, se no Estado Brasileiro a própria ordem social se constitui e legitima a partir do trabalho, resta inconteste que trabalhar é um dever do cidadão, tanto o livre, quanto o condenado. [...] Nessa perspectiva, a expressão trabalho obrigatório deve ser interpretada à luz dos princípios políticos-jurídicos que derivam da Constituição e sistema normativo infraconstitucional.[58]
>
> "[...] um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil é o do valor social do trabalho, consagrado no inciso IV do art. 1º, da CF. Da mesma forma, a Carta Magna estabelece como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho (art. 170), enquanto que a "ordem social tem como base o primado do trabalho" (art. 193). Ora, se o trabalho reveste-se de valor social e se a própria ordem social se constitui e se legitima a partir do trabalho, é lógico que o trabalhar representa um inquestionável dever cívico para todo

[56] NUCCI, G. de S. **Código Penal comentado**. 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002
[57] DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998
[58] DALEPRANE, C. P.; HATAB, L. G. O trabalho prisional como alternativa de ressocialização penal: uma garantia de efetivação dos direitos humanos. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, Brasília, v. 5, p. 149, jan./jun. 2011

> e qualquer cidadão. E se isto é válido para o cidadão livre, vale também para o cidadão-condenado da justiça criminal."[59]

Dessa forma, o trabalho e o cumprimento de pena são componentes indissociáveis, uma vez que facilita a recuperação moral e social do apenado, combatendo a reincidência e permitindo que ao final do processo executório este seja melhor inserido socialmente.

Contudo, importante ressaltar que o trabalho obrigatório só pode cumprir sua finalidade quando realizado em condições dignas, respeitando a integridade física e moral do presidiário, bem como atendendo às aptidões físicas e mentais em atenção ao princípio da individualização da pena, previsto na Constituição Federal Brasileira[60] e ao regime de cumprimento de pena.

Alexandre de Morais confirma essa noção ao afirmar que se cumpridas as previsões legais contidas na Constituição e na Lei de Execuções Penais o trabalho prisional "como dever social e condição de dignidade humana, terá sempre finalidade educativa e produtiva":

> "As penas de trabalho forçado não se confundem com a previsão de trabalho remunerado durante a execução penal, previsto nos arts. 28 ss da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais). O trabalho do condenado, conforme previsão legal, como dever social e condição de dignidade humana, terá sempre finalidade educativa e produtiva, sendo igualmente remunerado, mediante tabela prévia, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo (art. 29 da citada lei). A própria lei prevê que o sentenciado deve realizar trabalhos na medida de suas aptidões e capacidade. Essa previsão é plenamente compatível com a Constituição Federal, respeitando a dignidade humana e visando à reeducação do sentenciado."[61]

Logo, das características atribuídas ao trabalho do preso na legislação brasileira decorrem obrigações, tanto para o Estado como para o próprio preso,

---

[59] LEAL, J. J. O princípio constitucional do valor social trabalho e a obrigatoriedade do trabalho prisional. **Novos Estudos Jurídicos,** vol. 9, nº 1, p. 57-76, jan./abr. 2004

[60] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, art. 5º, XLV. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

[61] MORAES, A. de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

mesmo essa relação não sendo regida pela Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), conforme o art. 28, § 2o, da LEP.[62]

4.2 A Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/84 e o Código Penal Brasileiro

O art. 31 da LEP determina que "o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade"[63], a partir deste trecho já é possível inferir que, apesar de o trabalho ser instituído como de caráter obrigatório, se preocupa em garantir que esta obrigatoriedade se dê segundo os princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. Assim, é direito do preso e dever do Estado "o “tratamento” penal com base nas assistências material à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao trabalho"[64]

O trabalho em caráter obrigatório não se aplica aos presos provisórios, nem aos presos políticos, e é de caráter facultativo para os condenados por contravenção penal, com prisão simples não excedente a 15 dias, em contraponto, a LEP determina que mesmo os maiores de 60 anos e os doentes ou deficientes físicos são obrigados a trabalhar exercendo atividades apropriadas à sua condição, conforme os arts. 31 e 32.[65] De fato, ao analisar o art. art. 36, §3º, depreende-se que, apenas nos casos em que o trabalho for prestado para entidade privada, deve haver o consentimento do preso.[66]

Não obstante tal obrigatoriedade e em respeito às regras de tratamento do preso, tendo em vista que este mantém todos os direitos não atingidos pela pena ou

---

[62] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

[63] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

[64] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil:** Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 05 mai. 2017

[65] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

[66] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

pela legislação, as condições de trabalho devem ser de acordo com as regras relativas à segurança e higiene[67], respeitando-se as aptidões intelectuais e físicas.

A concessão de determinados benefícios é condicionada à prestação de trabalho, daí decorre novamente a noção de que o trabalho é um direito do preso, já que é forma que permite a remissão de pena[68]. Nos arts. 126 a 130 da LEP estão dispostos os termos sobre a remição de pena, vejamos:

> Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.
>
> § 1o A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.
>
> 2o As atividades de estudo a que se refere o § 1o deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.
>
> 3oPara fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.
>
> 4o O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.
>
> 5o O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.
>
> 6o O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou

[67] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

[68] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

> do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1o deste artigo.
>
> 7o O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.
>
> 8o A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.
>
> [...]
>
> Art. 128. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos.[69]

A remição consiste no direito de o condenado abreviar o tempo de sua sentença penal condenatória mediante trabalho, estudo e, à partir da Lei nº 12.433/2011, a leitura. Consiste na materialização do direito de individualização da pena, pois através do instituto da remição, as penas são particularizadas, levando em conta a dedicação do apenado em seu processo de ressocialização.

O trabalho e o estudo podem ser cumulados para o cálculo da remição, sendo o cálculo do estudo de 1 dia de pena remida a cada 12 horas de estudo divididas, no mínimo, em 3 dias, e o cálculo paro o trabalho é de 1 dia de pena remida a cada 3 dias de trabalho. Em caso de acidente de trabalho, mesmo impossibilitado de trabalhar, continua sendo contado esse prazo para fins de remição.

Ainda, o trabalho do preso varia de acordo com o regime de cumprimento de pena em que está inserido. O art. 34, caput, do Código Penal dispõe que no início do cumprimento da pena o preso deve ser submetido a exame criminológico de classificação para individualização da execução (este assunto será melhor abordado no capítulo terceiro deste trabalho).Os parágrafos em seguida dispõem que o preso em regime fechado deve trabalhar no período diurno, voltando para o isolamento no período noturno, ademais, o trabalho deve ser exercido em comum dentro do estabelecimento, respeitando-se, na medida em que compatível com a execução da pena, as aptidões e ocupações anteriores do condenado. Ainda, o trabalho pode ser

[69] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

exercido fora do complexo penitenciário em caso de serviços ou obras públicas, devendo ser tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.[70]

Quanto ao regime semiaberto, previsto no art. 35, §§ 1º e 2º, do Código Penal, mantém-se a regra do exame criminológico. O trabalho deve ser exercido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Não há previsão para isolamento noturno.[71]

As regras do regime aberto estão previstas no art. 34 da LEP. O regime aberto é diferenciado, pois, baseia-se quase que exclusivamente na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, uma vez que não há vigilância. O trabalho é exercido fora do estabelecimento prisional, é possível exercer também outra atividade autorizada; durante o período noturno e nos dias de folga deve o condenado permanecer recolhido. O § 2º do referido artigo prevê ainda que, se praticado fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada, o condenado é transferido do regime aberto.[72]

O trabalho interno é regulamentado nos arts. 31 a 35 da LEP. Devem ser levadas em consideração a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado. O artesanato sem expressão econômica deve ser limitado, salvo nas regiões turísticas. Quanto à jornada de trabalho, esta não pode ser inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso aos domingos e feriados, sendo possível a atribuição de horário especial aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do

[70] BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017

[71] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

[72] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

estabelecimento penal. O trabalho pode ser gerenciado por fundação ou empresa pública, com autonomia administrativa, nesse caso, fica incumbida a entidade gerenciadora a promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregando-se de sua comercialização, e suportando as despesas. Podem ser celebrados convênios com a iniciativa privada para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios. Os bens e produtos do trabalho prisional podem ser adquiridos pelos entes políticos ou pelos órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, com dispensa de concorrência pública, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares, e as importâncias arrecadadas são revertidas em benefício de fundação ou empresa pública ou, na sua falta, do estabelecimento penal.[73]

A regulamentação do trabalho externo é prevista nos arts. 36 e 37 da LEP. É permitido que, no máximo, 10% (dez por cento) do total de empregados na obra sejam presidiários, e a remuneração fica a encargo do órgão da administração, entidade ou empresa empreiteira. Como já falado no início deste capítulo, a prestação do trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso. A prestação do trabalho precisa ser autorizada pela direção do estabelecimento prisional e depende de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. Por fim, a LEP determina que a autorização de trabalho será revogada caso o preso venha a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos já mencionados.[74]

Existem discussões quanto a remição de pena em relação ao trabalho interno ou externo e em relação ao regime de cumprimento de pena. O art. 126 da LEP prevê que "o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena", daí

[73] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

[74] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

surgiram questionamentos sobre se há ou não diferença para a remissão se o trabalho é feito internamente ou externamente. Em 2013 o Superior Tribunal de Justiça, no Tema 917, que deu origem à Súmula 562 do STJ, fixou entendimento no sentido que a remição independe do local onde o trabalho será prestado e é compatível tanto com o regime fechado quanto com o regime semiaberto. Vejamos a ementa do julgado:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. APENADO EM REGIME
>
> SEMIABERTO. REALIZAÇÃO DE TRABALHO FORA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. REMIÇÃO DE PARTE DA PENA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. TESE: É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa extramuros. 2. O art. 126 da Lei de Execução Penal não fez nenhuma distinção ou referência, para fins de remição de parte do tempo de execução da pena, quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laborativa, de modo que se mostra indiferente o fato de o trabalho ser exercido dentro ou fora do ambiente carcerário. Na verdade, a lei exige apenas que o condenado esteja cumprindo a pena em regime fechado ou semiaberto. 3. Se o condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto pode remir parte da reprimenda pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, não há razões para não considerar o trabalho extramuros de quem cumpre pena em regime semiaberto, como fator de contagem do tempo para fins de remição. 4. Em homenagem, sobretudo, ao princípio da legalidade, não cabe restringir a futura concessão de remição da pena somente àqueles que prestam serviço nas dependências do estabelecimento prisional, tampouco deixar de recompensar o apenado que, cumprindo a pena no regime semiaberto, exerça atividade laborativa, ainda que extramuros. 5. A inteligência da Lei de Execução Penal direciona-se a premiar o apenado que demonstra esforço em se ressocializar e que busca, na atividade laboral, um incentivo maior à reintegração social ("a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" - art. 1º). 6. A ausência de distinção pela lei, para fins de remição, quanto à espécie ou ao local em que o trabalho é realizado, espelha a própria função ressocializadora da pena,

> inserindo o condenado no mercado de trabalho e no próprio meio social, minimizando suas chances de recidiva delitiva. 7. Ausentes, por deficiência estrutural ou funcional do Sistema Penitenciário, as condições que permitam a oferta de trabalho digno para todos os apenados aptos à atividade laborativa, não se há de impor ao condenado que exerce trabalho extramuros os ônus decorrentes dessa ineficiência. 8. A supervisão direta do próprio trabalho deve ficar a cargo do patrão do apenado, cumprindo à administração carcerária a supervisão sobre a regularidade do trabalho. 9. Uma vez que o Juízo das Execuções Criminais concedeu ao recorrido a possibilidade de realização de trabalho extramuros, mostra-se, no mínimo, contraditório o Estado-Juiz permitir a realização dessa atividade fora do estabelecimento prisional, com vistas à ressocialização do apenado, e, ao mesmo tempo, ilidir o benefício da remição. 10. Recurso especial representativo da controvérsia não provido. [75]

O art. 83, inciso III, do Código Penal, determina que o trabalho também é considerado para a concessão do benefício do livramento condicional, bem como o comportamento durante a execução da pena, o bom desempenho no trabalho que vem sendo desenvolvido e a aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.[76]

Em contraponto, a noção de que o trabalho também constitui um dever do preso é reforçado nos arts. 50 e 51, incisos V e III, respectivamente, que determinam que inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, constitui falta grave. O art. 39, a que fazem referência os dois artigos citados anteriormente, está inserido no Capítulo IV - Dos Deveres, Dos Direitos e da Disciplina, e determina que:

> Art. 39. Constituem deveres do condenado:
>
> I - Comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

[75] SUPERIOR Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.381.315 - RJ (2013/0148762-1).** Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301487621 &totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea > Acesso em: 28 mar 2018.

[76] BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017

> - Obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
>
> III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
>
> IV - Conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
>
> V - Execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
>
> VII - indenização à vitima ou aos seus sucessores;
>
> VIII - Indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
>
> IX - Higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal.
>
> Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Portanto, a inexecução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas constitui falta grave, e conforme o art. 127 em atenção à disposição do art. 57[77], o juiz pode revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

O art. 49 disciplina que as faltas são classificadas em leves, médias e graves, e que a legislação local cuidará de especificar as faltas leves e médias e suas respectivas sanções. Dessa forma, infere-se que o trabalho do preso é de tamanha importância que sua inexecução acarreta em falta de natureza grave, prevista pela própria LEP, e, portanto, de âmbito nacional.

Esse entendimento já foi pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus de nº 264.989-SP, de Relatoria do Ministro Ericson Maranho, vejamos:

> DIREITO PENAL. RECUSA INJUSTIFICADA DO APENADO AO TRABALHO CONSTITUI FALTA GRAVE. Constitui falta grave na execução penal a recusa injustificada

[77] "Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei." BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

> do condenado ao exercício de trabalho interno. O art. 31 da Lei 7.210/1984 (LEP) determina a obrigatoriedade do trabalho ao apenado condenado à pena privativa de liberdade, na medida de suas aptidões e capacidades, sendo sua execução, nos termos do art. 39, V, da referida Lei, um dever do apenado. O art. 50, VI, da LEP, por sua vez, classifica como falta grave a inobservância do dever de execução do trabalho. Ressalte-se, a propósito, que a pena de trabalho forçado, vedada no art. 5º, XLVIII, "c", da CF, não se confunde com o dever de trabalho imposto ao apenado, ante o disposto no art. 6º, 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), segundo o qual os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios vedados pela Convenção. (HC 264.989-SP, Rel. Min. Ericson Maranho, julgado em 4/8/2015, DJe 19/8/2015.

Julio Fabbrini Mirabete segue a mesma linha de pensamento do STJ ao afirmar que:

> "(...) o trabalho é um dever do condenado, o que é reiterado no art.31, caput e 39 V, do referido diploma. Como a obrigatoriedade do trabalho, porém, se vincula ao dever de prestação pessoal do condenado, embora descartando a lei a coação para concretizar o cumprimento desse dever, recorre ela às sanções disciplinares, prevendo como falta grave o descumprimento do dever de trabalhar"[78]

Para tanto, a fim de que o preso tenha a possibilidade de conhecer e defender seus direitos e garantias quanto a progressões de regimes, livramento condicional, processo administrativo disciplinar relativo a faltas cometidas intracárcere, etc., os arts. 10, 11, 15 e 16 da LEP preveem que aos presos e aos internados deve ser disponibilizada assistência jurídica.

Outro direito garantido ao preso é a remuneração pelo trabalho prestado, não podendo esta ser inferior a ¾ do salário mínimo, sendo que tarefas como prestação de serviços à comunidade são exceção.[79]

[78] MIRABETE, J. F. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: **Atlas**, 2002

[79] **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

> "À legislação local cabe determinar os parâmetros para a fixação da remuneração do preso ou do internado e poderá ser efetuada por hora trabalhada ou por tarefa executada, dependendo da natureza do serviço e da conveniência da terapêutica exigida, sempre respeitando-se os limites estabelecidos na Lei de Execução Penal, inclusive quanto à duração da jornada de trabalho."[80]

Quanto à exceção que é a prestação de serviços à comunidade, Mirabete afirma:

> "O trabalho que se impõe ao condenado nessa hipótese, constituído de tarefas gratuitas a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, é um plus sobre o trabalho habitual."[81]

O salário é destinado conforme o disposto no art. 29, da LEP[82]. O trabalho do preso deve ser remunerado, mediante tabela, não podendo ser inferior a ¾ (três quartos) do salário mínimo; o § 1° determina que a remuneração deve servir para: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores. Já o § 2º determina que o valor restante deve ser aplicado em Caderneta de Poupança, e deve ser entregue ao condenado quando ao final do cumprimento de pena.

A discussão que se trava sobre o salário é se esse valor determinado é justo, legal e suficiente (abordaremos este tema no próximo capítulo).

---

[80] MIRABETE, J. F. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7- 1984. São Paulo: **Atlas**, 2004.

[81] **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

[82] BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017

O art. 39 do Código Penal determina que ao preso devem ser garantidos os benefícios da Previdência Social[83], portanto, incide o art. 201, IV da Constituição Federal, que prevê a possibilidade do auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

Dessa forma, o trabalho do preso também é considerado para fins de contabilização do tempo para aposentadoria.

4.3 Resolução nº 14/1994 – Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil

Em 1994 o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária decidiu por estabelecer regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil, nesse sentido, o Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, do qual o Brasil é Membro, aprovou as regras.[84]

As normas obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos inseridos em Tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário.[85]

Vejamos:

> CAPÍTULO XXI - O TRABALHO
>
> Art. 56. Quanto ao trabalho:
>
> I - o trabalho penitenciário não deverá ter caráter aflitivo;
>
> - ao condenado será garantido trabalho remunerado conforme sua aptidão e condição pessoal, respeitada a determinação médica;
>
> III - será proporcionado ao condenado trabalho educativo e produtivo;

[83] BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017

[84] BRASIL. **Resolução nº14/1994 – Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-014.1994-CNPCP-Regras-minimas-para-o-tratamento-do-preso.pdf> Acesso em: 05 out 2017

[85] BRASIL. **Resolução nº14/1994 – Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-014.1994-CNPCP-Regras-minimas-para-o-tratamento-do-preso.pdf> Acesso em: 05 out 2017

> IV - devem ser consideradas as necessidades futuras do condenado, bem como, as oportunidades oferecidas pelo mercado de trabalho;
>
> V - nos estabelecimentos prisionais devem ser tomadas as mesmas precauções prescritas para proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores livres;
>
> VI - serão tomadas medidas para indenizar os presos por acidentes de trabalho e doenças profissionais, em condições semelhantes às que a lei dispõe para os trabalhadores livres;
>
> VII - a lei ou regulamento fixará a jornada de trabalho diária e semanal para os condenados, observada a destinação de tempo para lazer, descanso, educação e outras atividades que se exigem como parte do tratamento e com vistas à reinserção social;
>
> VIII - a remuneração aos condenados deverá possibilitar a indenização pelos danos causados pelo crime, aquisição de objetos de uso pessoal, ajuda à sua família, constituição de pecúlio que lhe será entregue quando colocado em Liberdade.

5 OS OBSTÁCULOS

Para o estudo deste capítulo serão introduzidas noções sobre a criminologia crítica para que se levante breve questionamento sobre a capacidade do instituto da prisão servir como instrumento ressocializador do indivíduo apenado e em seguida serão utilizadas pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada sobre a Reincidência Criminal no Brasil e pelo Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, pesquisas estas de extrema importância pois contêm dados reais e a uma análise objetiva da situação carcerária brasileira, inclusive sobre a ótica de agentes penitenciários e dos próprios presidiários. Convém informar que os dados trazidos pelo Infopen são referentes a junho de 2016, entretanto, o estudo só foi divulgado ao final do ano de 2017.

Na visão da criminologia crítica, a prisão é incapaz de atuar para a ressocialização do condenado, e implica na violação do livre arbítrio e da autonomia do sujeito, pois entende que o tratamento necessário para a ressocialização, “correção”, acaba por anular a personalidade própria, as ideologias e valores para que o indivíduo se encaixe nos valores da sociedade entendidos como legítimos.

Ainda, apontam como incoerente o fato de que se espera que os delinquentes se adequem às regras sociais estando totalmente inseridos em um "microcosmo" prisional que possui regras e cultura própria, divergentes das regras sociais.[86]

> A opinião quase consensual, no entanto, de que a prisão não é capaz de ressocializar não se estende aos rumos que deveriam ser dados à prisão. Quanto a isso, Baratta (1990) aponta duas grandes posições: realista e idealista. Os adeptos da posição realista, partindo da premissa de que a prisão não é capaz de se constituir em espaço de ressocialização, defendem que o máximo que ela pode fazer é neutralizar o delinquente. Em decorrência, alinham-se ao discurso oficial da prisão como prevenção especial negativa (neutralização ou incapacitação do delinquente), que está na base do recrudescimento das estratégias de contenção repressiva. No extremo oposto estão os que se inserem na posição idealista, que permanecem na defesa da prisão como espaço de prevenção especial positiva (ressocialização). Apesar de admitir seu fracasso para este fim, advogam que é preciso manter a ideia da ressocialização, visto que seu abandono acabaria reforçando o caráter exclusivamente punitivo da pena, dando à prisão a única função de excluir da sociedade aqueles que são considerados delinquentes.[87]

Baratta, entretanto, busca encontrar um meio termo entre as duas posições, entendendo que a prisão como é atualmente não pode promover a ressocialização, de fato, é incapaz porque está, na verdade, produzindo obstáculos ao alcance deste objetivo. Contudo, propõe uma reconstrução, e a criação de uma nova política que caminhe para a reintegração social, através de "uma prisão melhor", "menos cárcere".[88]

> "Não se pode conseguir a reintegração social do sentenciado através do cumprimento da pena, entretanto se deve buscá-la apesar dela; ou seja, tornando menos precárias as condições de

[86] BITENCOURT, C. R. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena**. 2007.
[87] BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da "reintegração social"** dosentenciado. 1990. Disponível em: <www.juareztavares.com/textos/ baratta_ressocializacao.pdf> Acesso em: 26 set 2017
[88] BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado. 1990. Disponível em: <www.juareztavares.com/textos/ baratta_ressocializacao.pdf> Acesso em: 26 set 2017.

> vida no cárcere, condições essas que dificultam o alcance dessa reintegração"[89]

De fato, a prisão como se dá atualmente não tem a capacidade de atuar na mudança efetiva do condenado, entretanto, exemplos evidenciam que é possível sim aliar a função punitiva da pena à função ressocializadora.

A visão da criminologia crítica se restringe à análise da atuação direta na pessoa do condenado ao afirmar que a ressocialização, na verdade, é forma de anular o indivíduo, entretanto, olvida-se em assumir que os indivíduos que não cumprem pena, de fato, todos os indivíduos, também devem e respondem a um código de ética comum que não importa na anulação da personalidade própria ou do livre arbítrio. Ao contrário, as normas de conduta são derivadas do consenso da própria sociedade em busca da possibilidade de uma vida em comunidade pacífica.

> Mas quando falamos de ordem na vida social, por oposição a desordem, não temos em mente qualquer padrão ou arranjo metódico dos fenômenos sociais, mas sim uma estrutura de tipo especial. Com efeito, pode haver uma estrutura evidente na conduta de indivíduos ou grupos empenhados em um conflito violento e esta é uma situação que caracterizaríamos como "desordem". [...] Portanto, a ordem que se procura na vida social não é qualquer ordem ou regularidade nas relações entre indivíduos ou grupos, mas uma estrutura de conduta que leve a um resultado particular, um arranjo da vida social que promove determinadas metas ou valores. [...] Quaisquer que sejam as suas metas em particular, todas as sociedades reconhecem esses objetivos gerais, e incorporam arranjos destinados a promovê-los. Três desses objetivos devem ser mencionados particularmente. Em primeiro lugar, todas as sociedades procuram garantir que a vida seja protegida de alguma forma contra a violência que leve os indivíduos à morte ou produza danos corporais. Em segundo lugar, todas as sociedades procuram a garantia de que as promessas feitas sejam cumpridas, e que os acordos ajustados sejam implementados. Em terceiro lugar, todas as sociedades perseguem a meta de garantir que a posse das coisas seja em certa medida estável, sem estar sujeita a desafios constantes e ilimitados. Assim, entendo que na vida social a ordem é um padrão de atividade humana que sustenta os seus objetivos

[89] BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado. 1990. Disponível em: <www.juareztavares.com/textos/ baratta_ressocializacao.pdf> Acesso em: 26 set 2017.

> elementares, primários ou universais, como os citados. [...] Pode-se dizer que todos os três objetivos são elementares: dificilmente seria possível chamar de sociedade uma constelação de pessoas ou de grupos onde não houvesse uma expectativa de segurança contra a violência, de cumprimento dos acordos e de estabilidade na posse da propriedade. [...]E esses três objetivos são também universais: todas as sociedades parecem adotá-los. [...] Algumas vezes a ordem social é definida em termos de obediência a determinadas normas de conduta; às vezes é definida, mais especificamente, como obediência às regras da lei. De fato, a ordem na vida social está associada muito de perto à conformidade da conduta humana com relação a regras de comportamento, se não necessariamente a regras legais.[90]

Dessa forma, a ressocialização consiste em reintegrar o indivíduo ao convívio social após serem trabalhados a importância do respeito às normas no convívio em comunidade e as consequências que o desrespeito à essas normas geram.

Assim, como entende Baratta[91], não há como dissociar a prevenção especial negativa do caráter ressocializador, tendo em vista que, as faltas devem gerar punição afim de que o condenado seja impelido a não cometer novos ilícitos, e, o caráter ressocializador dissociado, acabaria por transformar o Direito Penal em assistência social, perdendo então, sua possibilidade educativa através da punição.

Quando se fala em ressocialização é possível comparar a relação Estado-prisioneiro com a relação pais-filhos, por mais simplório que se pareça. Os pais, ao educarem seus filhos o fazem aliando a punição com a educação, então, quando os filhos erram, são punidos por terem desobedecido e aconselhados sobre a maneira correta de agir. Da mesma forma deve funcionar o Estado, a punição sem a instrução não passa de um sofrimento infringido ao apenado, ao contrário, a punição aliada à reeducação tem a capacidade de evitar a reincidência através do entendimento de que o ilícito gera punição e de que o ilícito é um mal à sociedade. Daí a importância da discussão sobre as possibilidades de se aplicar as teorias de ressocialização à realidade do sistema carcerário brasileiro.

---

[90] BULL, H. **A sociedade anárquica**. Brasília: Editora UnB, 2002

[91] BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado. 1990. Disponível em: <www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf> Acesso em: 26 set 2017

Os depoimentos colhidos pelo IPEA ilustram a importância do trabalho no sistema prisional, o que esta oportunidade representa na vida do detento e como o trabalho pode significar um novo futuro longe das práticas criminais passadas. Os depoimentos a seguir demonstram que uma das características mais valorizadas pelo preso é o benefício da remissão de pena, que significa a possibilidade de alcançarem a liberdade:

> Dentro de um sistema complexo de punições e recompensas, o acesso aos postos de trabalho pode ser uma das recompensas mais importantes que um preso pode receber. Pela lei, além de haver um desconto de um dia na pena a cada três dias de trabalho, o interno ainda recebe um pecúlio por hora de trabalho, que se constitui para muitos o único meio de obter recursos financeiros: "(...) tem muita demanda por trabalho, por conta da remição da pena e também pelo dinheiro, pois muitas famílias não têm condição de se sustentarem sozinhas" (Profissional da equipe de assistência social)
>
> A coisa que o reeducando mais preza é a família, e com o trabalho eles conseguem manter a família. Eles não têm uma preferência pelo tipo de trabalho, a maioria nunca trabalhou, no máximo tiveram a experiência de fazer "bicos". O trabalho, para eles, parece ter importância pelo pagamento, remição de pena e tempo ocupado (Agente penitenciário – gerente de laborterapia).
>
> Se na sociedade o trabalho é valorizado, tem função de sustentar a família, no sistema prisional isso é ampliado. Para o reeducando, o trabalho não tem primordialmente a função de sustentar, é mais valorizado pela questão da remição da pena, significa conquista da liberdade (Profissional da equipe de assistência social).[92]

Não obstante a grande importância do trabalho no cotidiano do condenado, instrumento poderoso para se alcançar a ressocialização, são diversos os obstáculos a serem enfrentados nesse sentido. Sloniak faz questionamentos importantes acerca do tema: "se o trabalho prisional se constitui em instrumento central do modelo idealizado na LEP, que razões explicam a escassa efetividade do comando legal? De

[92] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil:** Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 05 mai. 2017

que forma o trabalho prisional perde espaço nas práticas e rotinas dos atores que participam do processo de gestão penitenciária e execução penal?"[93]

De pronto, é possível afirmar que a implementação do trabalho depende da iniciativa dos formuladores de políticas penitenciárias, de uma decisão governamental e da iniciativa do Estado em efetivar os projetos.

Entretanto, o sistema penitenciário é extremamente oneroso, estima-se que em 2017, além do repasse aos estados de R$ 1,2 bilhão ao Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), deve haver o investimento de aproximadamente mais R$ 2,2 bilhões na área.[94] Dessa forma, os recursos são escassos, as necessidades infinitas e, considerando o alto índice de reincidência, a situação precária dos presídios, o número crescente de pessoas sendo presas, os investimentos realizados não geram os resultados esperados, a atual política de repasse se mostra ineficaz.

Em decorrência disso, até mesmo nos presídios em que o trabalho já está sendo aplicado como instituto ressocializador, a escassez dos recursos e a má administração, bem como a pouco importância que ainda é dada ao estudo, ao trabalho e à leitura, impedem que os instrumentos de ressocialização sejam melhor e mais amplamente disponibilizados. À função punitiva da pena é dada maior importância, sendo a função ressocializadora deliberadamente renegada, conforme relatam os agentes penitenciários a seguir:

> Para o gestor penitenciário a prioridade é a segurança. Em seguida, a saúde e a assistência social – que é a retirada de documentos. Por último, quando dá é que a educação é considerada. Eles não conseguem ver a educação como meio de ressocialização, ela é vista como sobra (Agente penitenciário – gerente de educação).
>
> A logística das unidades não permite que ofertemos mais que três horas por dia de aula, por causa dos horários das outras

[93] MACHADO, B. A.; SLONIAK, M. A. **Disciplina ou ressocialização?** Racionalidades punitivas, trabalho prisional e política penitenciária. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 189-222, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100189&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 nov 2017

[94] **GOVERNO investirá cerca de R$ 2,2 bilhões no sistema penitenciário em 2017.** Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/governo-investira-cerca-de-r-2-2-bilhoes-no-sistema-penitenciario-em-2017> Acesso em: 27 mar 2018

> atividades na cadeia (...). Tem também o problema da segurança: aumentaram as turmas escolares, mas não aumentou o contingente de agentes. Eu preciso de escolta e segurança para que as aulas aconteçam (Agente penitenciário – gerente de educação).[95]

Isso se reflete também na falta de estrutura disponibilizada para que esses instrumentos façam parte do cumprimento de pena. Os presídios estão lotados, segundo o Infopen, há no Brasil um déficit de 358.663 (trezentos e cinquenta e oito mil e seiscentos e sessenta e três) mil vagas, com taxa de ocupação das cadeias de 197,4% (cento e noventa e sete, quatro por cento), ou seja, é como se em cada cela com capacidade para 10 pessoas houvesse aproximadamente 20 detentos.[96] Portanto, se não há estrutura suficiente para a acomodação dos presos, quem dirá estrutura que permita a leitura, o estudo e o trabalho.

> Todas as salas disponíveis para as aulas já estão ocupadas. Agora eu tenho mais gente querendo estudar e não tenho estrutura física para atender a essa demanda (...). A própria estrutura do sistema prisional impossibilita que as diretrizes da LEP sejam cumpridas. Por exemplo, o presídio já não foi construído com salas de aula proporcionais à quantidade de vagas (Agente penitenciário – gerente de educação).[97]

Para tanto, uma vez que a infraestrutura é extremamente precária, o contingente de agentes penitenciários insuficiente, a verba má distribuída e insuficiente, os instrumentos ressocializadores são oferecidos apenas para uma pequena quantidade de presos que selecionados através de exame criminológico de classificação para individualização da execução. O exame visa garantir o direito do condenado ao cumprimento da pena de acordo com suas habilidades, características pessoais e necessidades, implica em dar a cada preso as oportunidades que tem direito como ser individual e distinto dos demais, ou seja, é o que possibilita a

[95] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil:** Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 05 mai. 2017

[96] INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização – junho 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017

[97] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil:** Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 05 mai. 2017

correta individualização da pena.[98] São utilizados como critério questões como: o interesse do preso, o crime que cometeu, grau de alfabetismo, comportamento, se é preso provisório ou já sentenciado.[99]

Ocorre que, os critérios utilizados e a aplicação do exame criminológico não são previstos em lei quando se trata do trabalho do preso, em verdade, a LEP determina que todos os presos têm direito à oportunidade de trabalhar. Entretanto, tendo em vista a escassez de recursos, de espaço e a superlotação dos presídios, o exame criminológico se tornou a ferramenta que viabiliza a seleção dos poucos presos que terão acesso a um direito que deveria ser, na verdade, disponibilizado a todos.

Os depoimentos a seguir deixam claro a necessidade de se aplicar critérios específicos e o exame criminológico para escolher os poucos presos afortunados que terão acesso a um direito que, por necessidade, se tornou seletivo.

> O primeiro critério que olho quando vou fazer a triagem é a idade, porque os mais novos não querem nem saber o que você vai propor. Quando ele já é mais velho, maior de 35 anos, já ouve, aceita o que você vai propor. Os mais velhos são pessoas melhores de dar oportunidades (Agente penitenciário – lotado na administração prisional).
>
> Verificamos o que cada um sabe fazer. Justamente para começar a reinserir. Se ele quer trabalhar, não pode ter histórico de fuga. É realmente quem tem perfil: quer realmente trabalhar, quer mudar, quer sair daqui, quer refazer a vida. É feita análise da vida carcerária, traçado perfil, examinada aptidão para o posto de trabalho; a gente não escolhe aleatoriamente a pessoa para uma vaga (Agente penitenciário – gerente de reintegração social).
>
> A oportunidade é oferecida igualmente para todos, mas o perfil tem que ser analisado. Tem aquele que está toda hora articulando e pensando em fugir, para este eu não posso oferecer um trabalho. O trabalho é destinado àquele que quer

[98] Exame criminológico – é hora de pôr fim ao equívoco! Site Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI118869,31047Exame+criminologico+e+hora+de+por+fim+ao+eq uivoco> Acesso em: 20 nov 2017

[99] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil:** Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 05 mai. 2017

mudar, melhorar, que quer remir a pena (Integrante da equipe de assistência social).[100]

Os números na tabela a seguir revelam que, apesar de ser um direito-dever de todos os presos e um dever para o Estado de dar oportunidade, são poucos os presos que possuem acesso a esse benefício.

TABELA I – Pessoas privadas de liberdade em atividade laboral por UF

UF	Pessoas trabalhando	% de pessoas trabalhando
AC	462	9%
AL	669	10%
AM	1.291	13%
AP	591	22%
BA	1.409	11%
CE	1.045	5%
DF	2.388	16%
ES	1.760	9%
GO	1.821	11%
MA	1.008	13%
MG	18.889	30%
MS	4.607	25%
MT	1.994	19%
PA	1.637	12%
PB	716	6%
PE	2.677	8%
PI	564	14%
PR	5.777	14%
RJ	NI	NI
RN	89	1%
RO	1.864	17%
RR	196	8%
RS	7.947	24%
SC	3.577	17%
SE	474	9%
SP	31.756	13%
TO	711	21%
Brasil	95.919	15%

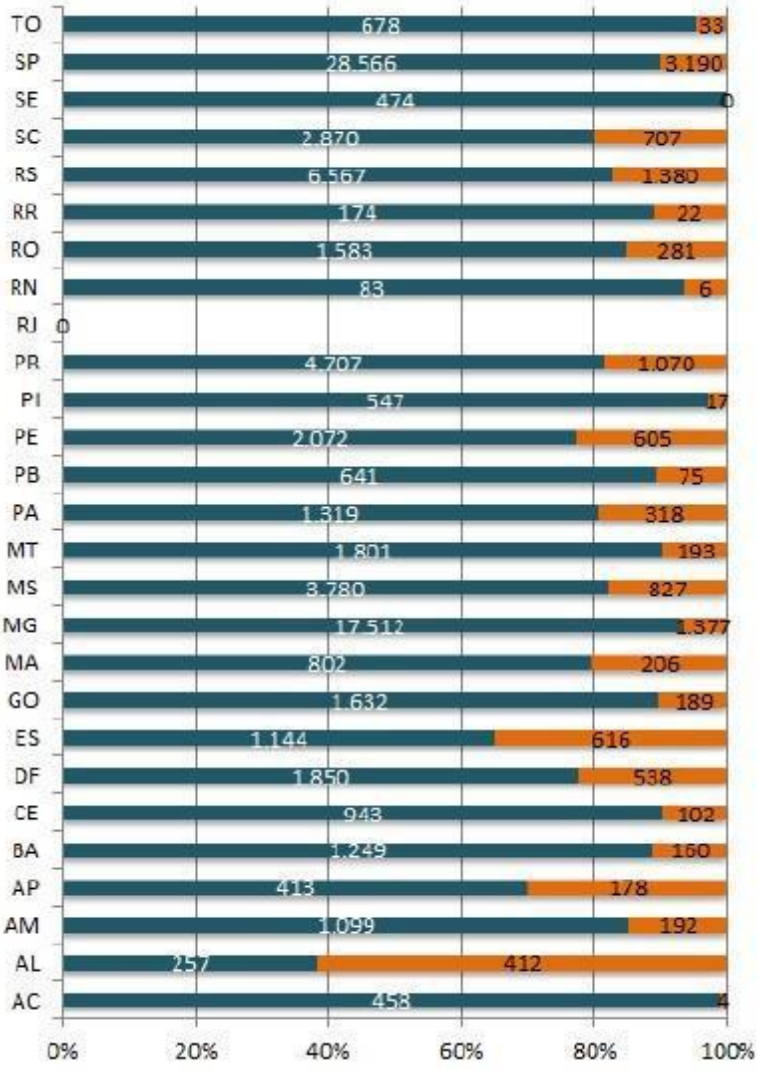
Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen/Junho de 2016

[100] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil:** Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 05 mai. 2017

Uma das possíveis soluções para esse problema seria a concessão à iniciativa privada para que se instalasse nas prisões passando a utilizar na sua produção como mão-de-obra os presos, para as empresas significaria uma oportunidade de negócio com menor custo de infraestrutura, produção, administração e manutenção. Por outro lado, tendo em vista os diversos benefícios em relação ao custo, o trabalho do preso poderia facilmente perder sua característica inicial e se tornar uma forma barata de obtenção de lucro, ainda, há o receio de as empresas privadas passarem a influir na política criminal, a discussão ética sobre a possibilidade de outrem, que não o Estado, exercer poder de coação e, como consequência, auferir vantagem econômica, dentre outras questões.

A título de curiosidade, o gráfico abaixo demonstra que, com exceção do estado de Alagoas, no cenário prisional brasileiro há predominância do trabalho interno, sendo a proporção de 87% para trabalho interno e apenas 13% para o trabalho externo.

TABELA II – Pessoas em atividades laborais internas e externas por UF



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen/Junho de 2016

Ademais, outro problema evidenciado é o fato de que os trabalhos oferecidos não qualificam os apenados para o mercado externo, em geral, as oportunidades de trabalho ofertadas são serviços de manutenção, oficinas de marcenaria e costura, ou seja, serviços de baixa demanda no mercado formal e de baixa remuneração[101]. Portanto, são atividades repetitivas, metódicas e de baixa autonomia individual[102], em consequência, grande parte dos egressos acabam retornando às ocupações que tinham antes do encarceramento, este fato evidencia a ineficácia na forma do modelo que se emprega atualmente[103]. Assim, o trabalho no cárcere precisa ter relação com as ocupações profissionais passadas, para que seja efetivamente instrumento de ressocialização e de reeducação, de outra forma, o trabalho prisional se torna algo vazio e inútil, tanto para o preso trabalhador como para o próprio sistema.

Ainda, mesmo que o preso cumpra sua pena e retorne à sociedade capacitado para o trabalho, terá de enfrentar o preconceito da sociedade e dos empresários que se negam a oferecer trabalho a um egresso. Sobre o assunto, Paixão se questiona: "o que esperar da segregação de internos ociosos e incapacitados por uma longa história de encarceramento e marginalidade para o convívio na sociedade civil, de quem são objetos de suspeita e discriminação, se não a reincidência no crime?"[104]

Essa situação é evidenciada nos depoimentos a seguir, vejamos:

> Tivemos três turmas de curso de instalador hidrossanitário. A maioria que fez este curso já saiu, e nenhum está empregado. Os convênios que fazemos só empregam a mão de obra daqueles que estão cumprindo pena. Quando, por exemplo, os reeducandos saem do semiaberto para o aberto acaba a parceria, e eles ficam novamente desempregados. A partir do momento que ele sai do sistema, eu não tenho mais nada para oferecer a ele. A minha maior dor de cabeça é esta: dizer que ele vai perder o trabalho porque já cumpriu a pena. (...). Enquanto está preso tem trabalho e de repente, quando ele

[101] ADORNO, S. Sistema Penitenciário no Brasil: problemas e desafios. São Paulo: **Revista USP**, n. 9, p. 65-78, 1991

[102] COSTA, S. G.; BRATKOWSKI, P. L. da S. **Paradoxos do trabalho prisional na era do capitalismo flexível**: O caso Detran – RS. Disponível

[103] ADORNO, S. Sistema Penitenciário no Brasil: problemas e desafios. São Paulo: **Revista USP**, n. 9, p. 65-78, 1991

[104] PAIXÃO, A. L. **Recuperar ou Punir?** Como o Estado trata o criminoso. 2. ed. v. 21. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1991.

> deixa de ser preso, não tem mais. (...). Falta uma política do estado que contemple as necessidades de trabalho da população egressa. Atualmente apenas a superintendência trabalha com isso, mas não se trata de um problema apenas do sistema penitenciário e sim de toda a sociedade (Agente penitenciário – gerente de laborterapia).
>
> Ainda não temos condições de oferecer trabalho para todos. Mas muitos querem trabalhar, principalmente porque têm consciência de que o trabalho é o grande diminuidor de pena. Eu gostaria que tivessem mais empresas que fizessem convênios, só que temos um problema grave de preconceito. Se o empresário descobre que determinado funcionário é reeducando, ele muitas vezes o demite, demite sumariamente (Juiz de execução penal).[105]

O preconceito ao preso que procura estudar e trabalhar começa até mesmo dentro do complexo penitenciário, conforme os relatos a seguir:

> Toda unidade tem módulo do trabalhador, que foi criado porque o trabalhador é hostilizado pelos outros presos. Tem módulos de pessoas que não querem nada de trabalho ou estudo e que os internos não permitem a saída para trabalhar ou estudar, porque acham que quem sai o faz para dedurar. Se uma pessoa que está nesse módulo começa a trabalhar, ela começa a sofrer retaliação de seus colegas. Então temos que transferir de módulo (Agente penitenciário – gerente de laborterapia).
>
> Há uma rejeição muito forte aos módulos de trabalho. Para muitos aqui, a imagem do preso trabalhador é de "tarado" ou de "cabana" (delator), o que não deixa de ser verdade. O preso pensa que, se não é "cabana" ou "tarado", porque vai se misturar com eles? São poucos que consideram ser melhor para si serem maus vistos pelo grupo e terem outras vantagens. (...) Diversas vezes a família me procurou para que eu arranjasse um trabalho para o reeducando. E eu os chamei para falar na frente dela, e eles dizem: "trabalhador é coisa de tarado". E eu não posso trocar ele de módulo contra sua vontade (Agente penitenciário – diretor da administração das unidades penitenciárias).[106]

[105] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil:** Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 05 mai. 2017

[106] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil:** Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 05 mai. 2017

Outra questão amplamente discutida é sobre o valor remuneratório do trabalho do preso. A LEP prevê que a remuneração não pode ser inferior a ¾ (três quartos) do salário mínimo[107]. Entretanto, será esse valor justo, legal e suficiente?

Existe no Supremo Tribunal Federal, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 336) ajuizada pela Procuradoria Geral da República discussão centrada no estabelecimento de contrapartida monetária (remuneração) pelo trabalho realizado por preso em valor inferior ao salário mínimo, discute-se a disposição da LEP em comparação aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, bem como o disposto no artigo 7º, inciso IV, que é a garantia de que todos os trabalhadores recebam no mínimo o valor do salário mínimo vigente.[108]

Ademais, o valor remuneratório mínimo previsto tampouco possibilita o cumprimento do disposto no § 1° do art. 29 da LEP, que é a utilização da remuneração para indenização pelos danos causados pelo crime cometido, a prestação de assistência à família, despesas pessoais e o ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado.

Assim, a discussão é de extrema importância, uma vez que, como veremos nos gráficos a seguir, os dados demonstram um cenário alarmante, em que 74% (setenta e quatro por cento) dos presos trabalhadores estão em condição de ilegalidade, seja porque não recebem qualquer remuneração, seja porque recebem abaixo do mínimo legal.

Vejamos os gráficos a seguir:

[107] BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017

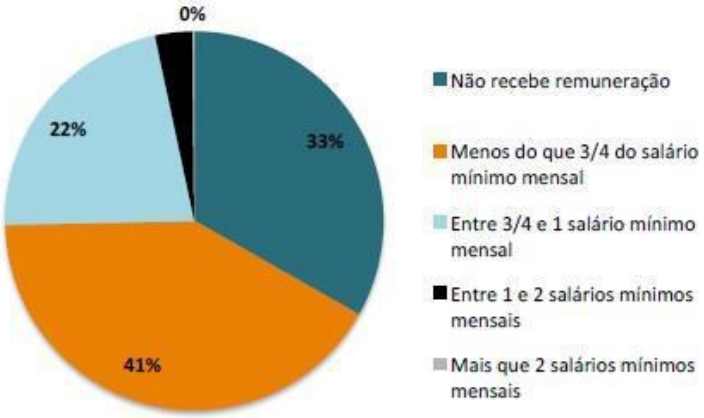
[108] SUPREMO Tribunal Federal. **Remuneração de presos em três quartos do salário mínimo é tema de ADPF.** Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289202> Acesso em: 23 mar. 2017

TABELA III – Remuneração recebida pelas pessoas privadas de liberdade em atividades laborais por Unidade da
Federação

UF	Não recebe remuneração	Menos do que 3/4 do salário mínimo mensal	Entre 3/4 e 1 salário mínimo mensal	Entre 1 e 2 salários mínimos mensais	Mais que 2 salários mínimos mensais
AC	26%	74%	0%	0%	0%
AL	0%	0%	100%	0%	0%
AM	55%	8%	32%	5%	0%
AP	NI	NI	NI	NI	NI
BA	67%	7%	25%	0%	0%
CE	82%	15%	3%	0%	0%
DF	100%	0%	0%	0%	0%
ES	18%	12%	31%	39%	0%
GO	56%	3%	39%	1%	0%
MA	77%	10%	13%	0%	0%
MG	54%	9%	37%	0%	0%
MS	58%	3%	18%	21%	0%
MT	61%	0%	29%	11%	0%
PA	0%	87%	13%	0%	0%
PB	7%	37%	53%	2%	0%
PE	14%	4%	64%	15%	3%
PI	NI	NI	NI	NI	NI
PR	38%	40%	21%	0%	0%
RJ	NI	NI	NI	NI	NI
RN	76%	0%	24%	0%	0%
RO	37%	0%	49%	14%	0%
RR	63%	0%	38%	0%	0%
RS	62%	24%	9%	4%	1%
SC	9%	17%	61%	13%	0%
SE	78%	1%	18%	4%	0%
SP	27%	53%	18%	1%	0%
TO	25%	63%	12%	0%	0%
Brasil	33%	41%	22%	3%	0%

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen/Junho de 2016

TABELA IV – Remuneração recebida pelas pessoas privadas de liberdade em atividades



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen/Junho de 2016

Portanto, não restam dúvidas de que o trabalho, o estudo e a leitura são essenciais para que o sistema prisional brasileiro se mostre eficaz quanto à ressocialização dos presos e reinserção na sociedade. Para tanto, o sistema precisa passar por mudanças drásticas.

5.1 Projeto de Lei 9.054 de 2017

São diversos os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro que propõem alterações na Lei de Execuções Penais no que versa sobre o trabalho do preso, entre eles o PL 9.054 de 2017 se destaca, uma vez que propõe numerosas mudanças e já foi aprovado pelo Senado, agora passa por análise de uma Comissão Especial, para em seguida ser votado na Câmara, e, por isso, será objeto de estudo neste trabalho.

O PL 9.054 de 2017 originou-se do Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2013, de autoria do Senador Renan Calheiros, e propõe alterações na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), na Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de

1940 (Código Penal), na Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.[109]

A primeira alteração significativa foi feita no art. 28 da LEP; atualmente, este artigo prevê o trabalho como dever social e condição de dignidade humana com finalidade educativa e produtiva, no § 1º determina-se que devem ser aplicadas precauções relativas à segurança e à higiene e, no § 2º, determina que o trabalho do preso não é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

O projeto de lei inova ao adicionar três parágrafos ao art. 28 determinando que os estabelecimentos prisionais tenham espaço reservado para atividades laborais, o incentivo à construção de espaços produtivos por empresas ou instituições parceiras e a atuação dos gestores prisionais na efetivação de programas de incentivo ao trabalho do preso. Cria também o art. 28-A, que prevê a criação de convênios e acordos de cooperação para educação e profissionalização da população carcerária.

Vejamos o texto do projeto:

> "Art. 28
>
> § 3º Os estabelecimentos penais terão espaços reservados para atividades laborais. § 4º Será incentivada a construção de espaços produtivos, galpões de trabalho ou similares dentro dos estabelecimentos penais ou em áreas contíguas, por empresas ou instituições parceiras.
>
> 5º Os gestores prisionais deverão implementar programas de incentivo ao trabalho do preso, buscando parcerias com empresas e a administração pública." (NR)
>
> "Art. 28-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar convênios, acordos de cooperação, ajustes ou instrumentos congêneres com órgãos, entidades ou consórcios públicos ou com entidades privadas, para educação e profissionalização da população carcerária."[110]

[109] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018.

[110] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018.

A LEP não prevê a obrigatoriedade de espaços reservados para atividades laborais, apesar de prevê que essas atividades devem ocorrer em âmbito prisional; portanto, os §§ 3º e 4º teriam o condão de, pelo menos em lei, garantir que o obstáculo da falta de estrutura seja superado

Como já falado anteriormente, a implementação do trabalho depende da iniciativa dos formuladores de políticas penitenciárias, de uma decisão governamental e da iniciativa do Estado em efetivar os projetos. O § 5º é importante na medida em que confere liberdade aos gestores prisionais para que implementem programas de incentivo, inclusive, a possibilidade de fazer parcerias com empresas e a administração pública. Não obstante o fato de que o gestor prisional não pode, sozinho, operar certas mudanças, esta previsão legal permite maior participação das pessoas que estão todos os dias inseridas no âmbito prisional e realmente conhecem os pontos de carência do sistema, portanto, sua participação efetiva nos programas de incentivo ao preso permite mais eficácia.

O art. 28-A prevê convênios e acordos de cooperação para a educação e profissionalização da população carcerária. Como já exposto anteriormente, a concessão à iniciativa privada dos presídios é bastante criticada, mas críticas a essa modalidade não se aplicariam à feitura de convênios e acordos de cooperação para educação e profissionalização, ao contrário, uma vez que versam apenas sobre a cooperação para a educação e profissionalização, a função punitiva do Estado não seria objeto de concessão, ademais poderia significar um avanço no sentido de que os custos para o Estado seriam reduzidos e o alcança da política de inclusão seria melhor difundido e aplicado.

Outro artigo que sofreria mudanças consideráveis é o art. 29, atualmente dispõe que o trabalho do preso deve ser remunerado, mediante tabela prévia, não inferior a ¾ (três quartos) do salário mínimo; no § 1° discorre sobre a destinação do salário que deve servir para a) cobrir os danos causados pelo crime; b) assistência à família; c) despesas pessoais; e, d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado; no parágrafo 2° prevê que cumprido o

disposto no § 1°, o valor restante deve ser aplicado em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

A mudança proposta para o art. 29 é de grande relevância, e, se aceito, acabaria com as discussões que envolvem o valor da remuneração do preso. O projeto de lei prevê que o valor remuneratório mínimo passe a ser o valor do salário mínimo estadual, esta mudança permitiria que a LEP honrasse os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, bem como a garantia de que todos os trabalhadores recebam o valor mínimo legal vigente.

No § 1°, a alínea "d" foi modificada para determinar que o ressarcimento ao Estado seja fixado na proporção de ¼ (um quarto) do salário mínimo; e adicionou-se a alínea "e", prevendo a disposição do salário também para o pagamento da pena de multa.

Foi adicionado o § 3° que determina que ao preso deve ser disponibilizado registro de entrada e saída do trabalho, por meio de ponto eletrônico e cartão de proximidade ou similares; esta medida se mostra importante mecanismo de proteção ao preso, uma vez que através dos registros poderia ter maior controle de seus direitos, como também é um mecanismo que facilitaria para o Estado o cálculo de remissão de pena.

A proposta do § 4° tem o mesmo objetivo de proteção ao preso, uma vez que determina a entrega de extrato mensal do valor do pecúlio depositado e da quantidade de dias de redução de pena decorrente de remição.

Já a proposta do § 5° tem como foco o egresso, ao determinar que deve ser emitido atestado de experiência ou de treinamento conforme o trabalho realizado, a proposta visa facilitar o retorno do ex-presidiário ao mercado de trabalho.

Inova também ao adicionar o art. 29-A que prevê que o trabalho voluntário para a administração pública ou no próprio estabelecimento penal, sem remuneração, também deve ser contabilizado para fins de remição de pena.

Vejamos a seguir o texto do projeto:

> "Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, conforme tabela prévia, com valores nunca inferiores ao salário-mínimo.
>
> 1º
>
> d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, sem prejuízo da destinação prevista nas alíneas anteriores, fixado em 1/4 (um quarto) do salário-mínimo;
>
> e) ao pagamento da pena de multa.
>
> 3º As entidades contratantes disponibilizarão registro de entrada e saída do trabalho, por meio de relógio de ponto eletrônico e cartão de proximidade, ou similares, para que o detento possa registrar de forma segura a jornada de trabalho e para que seja gerado relatório confiável para remição de pena e cálculo de pagamento.
>
> 4º O preso receberá extrato mensal do valor do seu pecúlio depositado e da quantidade de dias de redução de pena decorrente de remição.
>
> 5º A entidade contratante, pública ou privada, deverá emitir atestado de experiência ou de treinamento, conforme o trabalho realizado." (NR) [111]
>
> "Art. 29-A. Admite-se o trabalho voluntário para a administração pública ou no próprio estabelecimento penal, sem remuneração, para fins de remição de pena."[112]

O projeto de lei também prevê a adição do art. 30-A, que passaria a definir o que se caracteriza como trabalho interno nos seguintes termos:

> "Art. 30-A. Considera-se trabalho interno aquele realizado no interior do estabelecimento penal ou em estabelecimento ou área contíguos, desde que adotadas, neste caso, as medidas necessárias para evitar a fuga do preso."[113]

O art. 31 da LEP determina que o "condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho", e no parágrafo único prevê que "para o preso provisório,

---

[111] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

[112] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

[113] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

o trabalho não é obrigatório". No projeto de lei em estudo os artigos foram reescritos da seguinte maneira:

> "Art. 31. O preso será incentivado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidades.
>
> 1º Para o preso provisório, o trabalho é facultativo, admitido apenas o trabalho interno, nos termos do art. 30-A.[114]

O projeto de lei se ocupou em retirar o termo que definia o trabalho como instituto obrigatório, entretanto, o § 1º deixa claro que o trabalho só é facultativo para o preso provisório, portanto, apesar de ter sido retirado o termo "obrigatório" do texto legal, é possível inferir que o trabalho continua sendo de caráter obrigatório para todo o preso que não provisório.

Também foi proposta adição do § 2º ao art. 31, com a seguinte redação:

> 2º Dar-se-á preferência, sempre que possível, à produção de alimentos dentro do estabelecimento penal, com estímulo ao trabalho interno remunerado do preso."
>
> (NR) [115]

A atual redação do art. 34 da LEP prevê a possibilidade do trabalho ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa; o art. 34 proposto sofreria alteração significativa, no sentido de que poderia ser gerenciada também por empresa privada e, mais importante, sem a autonomia antes prevista, a atuação deverá ser feita sob supervisão do Estado.

> "Art. 34. O trabalho poderá ser, sob supervisão do Estado, gerenciado por fundação, por empresa pública ou privada ou, na forma do art. 174,

O art. 36 da LEP prevê que o trabalho externo só é admitido para os presos em regime fechado em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas; o projeto de lei em estudo

---

[114] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

[115] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

prevê a criação do art. 36-A, que cria uma exceção para os presos do regime semiaberto, vejamos:

> "Art. 36-A. O trabalho externo para os presos do regime semiaberto será admissível em qualquer serviço público ou privado, não se aplicando a restrição do § 1º do art. 36."[116]

O projeto também prevê a alteração do art. 37, que hoje determina que, a prestação de trabalho externo, além de depender de aptidão, disciplina e responsabilidade, deve o preso ter cumprido um mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. A nova redação proposta exclui a necessidade do cumprimento mínimo de pena, centrando a possibilidade do trabalho externo unicamente na conduta do preso.

> "Art. 37., a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, Disciplina e responsabilidade." (NR) [117]

O art. 38 sofre emenda do trecho "em qualquer dos regimes ou formas de cumprimento de pena", para ficar com a seguinte redação:

> "Art. 38. Cumpre ao condenado, em qualquer dos regimes ou formas de cumprimento de pena, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena." (NR) [118]

O art. 39 dispõe sobre os deveres do condenado, o projeto prevê mudança no art. 39, IV e determina uma exceção ao preso que não possui conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou indisciplina, se houver comprovação de risco de vida ou inexigibilidade de conduta diversa. Ainda, adiciona o § 1º com mais uma garantia para o preso e o parágrafo única vira o § 2º.

> "Art. 39.
>
> IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou indisciplina, salvo;

---

116 CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

117 CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

118 CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

> 1º O condenado deverá ainda informar o juiz da execução sobre qualquer crédito judicial de natureza indenizatória em seu favor, para que se proceda à habilitação da vítima ou de seus sucessores, no limite da indenização devida.
>
> 2º Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo." (NR) [119]

O art. 40 atualmente prevê proteção aos condenados e aos presos provisórios, a nova redação se ocupou em proteger também os visitantes, importante mudança, uma vez que protegeria legalmente e em âmbito nacional os visitantes, que hoje sofrem descaso e maltrato, principalmente quando se tratando da revista íntima.

> "Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados, dos presos provisórios e dos seus visitantes.[120]

O art. 49 também sofre mudança considerável, uma vez que no código atual as faltas leves e médias devem ser especificados pela legislação local, a nova proposta determina que devem ser previstas por meio de resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ainda, o parágrafo único que hoje prevê a punição da tentativa com a sanção correspondente à falta consumada é revogado.

> "Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves.
>
> 1º (antigo parágrafo único) (Revogado).
>
> 2º Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária especificará as faltas leves e médias, bem como as respectivas sanções." (NR)[121]

O art. 50 prevê os atos que configuram falta grave. O projeto revoga o inciso IV, que prevê como falta grave provocar acidente de trabalho e o inciso VI que nos remete ao art. 39, incisos II e V que preveem a obediência ao servidor e respeito a

---

[119] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

[120] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

[121] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

qualquer pessoa com quem o preso se relacionar e a execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas. Dessa forma, deixaria de ser falta grave a inexecução do trabalho. Ainda, o parágrafo único que determina que o artigo se aplique, no que couber, ao preso provisório também é revogado.

> "Art. 50.
>
> I – incitar ou participar de movimento para indisciplina, motim ou rebelião;
>
> – fugir, tentar fugir ou abandonar a unidade em que está recolhido ou o estabelecimento em que realiza atividade laboral;
>
> IV – (revogado);
>
> V – no regime aberto, descumprir injustificadamente as condições impostas; VI – (revogado);
>
> VII – no regime fechado, tiver em sua posse ou fornecer aparelho telefônico móvel, rádio transmissor ou similar, assim como seus componentes isoladamente;
>
> VIII – praticar fato previsto como crime doloso.
>
> § 1º
>
> § 2º A apreensão dos objetos referidos no inciso VII será comunicada ao juízo da execução penal, e os objetos serão relacionados e destruídos pelo diretor do estabelecimento penal.
>
> § 3º A falta grave prevista no inciso VIII depende de sentença condenatória, sendo que, em caso de absolvição ou desclassificação do crime, o condenado fará jus ao desconto da pena cumprida em regime mais gravoso, em nova unificação de pena."
>
> (NR)[122]

No art. 126 é adicionado o inciso III, que prevê a remissão através da leitura.

> Art. 126. O preso ou condenado poderá remir, por trabalho, artesanato, leitura ou estudo, parte do tempo de execução da pena, podendo o benefício ser concedido em virtude de:
>
> I – estudo e trabalho, de forma cumulativa;

[122] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

> – atividades contempladas no projeto político-pedagógico; III – atividades de leitura;
>
> IV – certificação de ensino fundamental e médio pelos exames nacionais ou estaduais.
>
> § 1º
>
> I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência em instituição regular de ensino, divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;
>
> III – 4 (quatro) dias de pena para cada leitura de obra, acompanhada de resenha.
>
> § 5º-A. O preso terá o prazo de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias para a leitura da obra para fins de remição, apresentando ao final do período resenha a respeito do assunto, que será avaliada por profissional ou comissão a ser designada pelo juiz da execução.
>
> § 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto e o que usufrui de liberdade condicional poderão remir, pelo trabalho ou pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto nos incisos I e II do § 1º deste artigo, desde que autorizado pelo órgão de execução penal.
>
> 9º O poder público assegurará o acesso à educação e à qualificação profissional em todos os níveis, dando prioridade à erradicação do analfabetismo." (NR) [123]

O projeto prevê a adição do art. 126-A, este tem impacto direto na realidade carcerária brasileira, tendo em vista que prevê a remissão de pena para o preso de bom comportamento que em situação degradante ou ofensiva à sua integridade física e moral, na proporção de 1 (um) dia de pena a cada 7 (sete) dias de encarceramento em condições degradantes, podendo esta remição inclusive ser cumulada com outras remições previstas.

> "Art. 126-A. O preso provisório ou condenado com bom comportamento carcerário e que cumpre a prisão cautelar ou a pena em situação degradante ou ofensiva à sua integridade física e moral tem direito a remir a pena à razão de 1 (um) dia de pena a cada 7 (sete) dias de encarceramento em condições degradantes.

[123] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

> 1º O juiz da execução decidirá sobre a remição de que trata este artigo após observado o procedimento previsto no Capítulo II do Título VII desta Lei.
>
> 2º A remição de que trata este artigo poderá ser cumulada com outras hipóteses de remição previstas em lei."[124]

O projeto de lei se mostra determinado em aumentar o controle sobre a situação individual de cada preso, trazendo benefícios tanto para a organização do Estado quanto para o preso. Os arts. 128 e 129 demonstram essa preocupação.

> "Art. 128.
>
> Parágrafo único. Os dias remidos serão anotados no registro central informatizado de condenados e serão informados a cada condenado individualmente." (NR)
>
> "Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará trimestralmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles, bem como sobre cada resenha
>
> Apresentada e a avaliação respectiva."
>
> (NR)[125]

Dessa forma, o Projeto de Lei 9.054/2017 se ocupou em buscar a resolução de temas como a falta de espaço nos estabelecimentos prisionais para atividades como leitura e trabalho, o aumento da remuneração do preso para um salário mínimo legal, um controle maior e documentado do tempo remido e dos valores percebidos por cada preso, a emissão de atestado de experiência ou de treinamento conforme o trabalho realizado, a possibilidade da criação de acordos e convênios de cooperação, bem como a possibilidade de maior participação dos próprios gestores prisionais, dentre outras mudanças. Portanto, todas essas alterações se fazem necessárias e, se devidamente aplicadas, têm o potencial de operar mudanças significativas no sistema carcerário brasileiro.

---

[124] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

[125] CÂMARA dos Deputados. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018

6 CONCLUSÕES

O trabalho penitenciário surgiu como forma de punição, sua função primordial era a retributiva, com o tempo o trabalho passou a tomar novo contorno e a função ressocializadora do trabalho passou a ser considerada.

O trabalho tem importante papel em todos os âmbitos da sociedade, é fonte de conhecimento e enriquecimento de ordem moral, educacional e profissional. Suas diversas conotações deixam clara a relação inerente entre o homem e o trabalho, de caráter iminente e parte intrínseca da história e do contexto social; o trabalho representa a capacidade do ser humano e permite que este seja reconhecido e valorizado.

Portanto, o trabalho do preso, como leciona Foucault, é "uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos"[126], é de extrema importância pois colabora para a criação de um senso de responsabilidade e de pertencimento, abrindo portas para a reinserção social.

Nesse sentido, o sistema prisional que é omisso no cuidado do detento, se afasta da função ressocializadora da pena e acaba por criar uma classe de indivíduos que continuam à margem da sociedade, com o agravante da revolta contra o sistema, da coexistência mediante condições desumanas, do maltrato, dentre outras questões.

Para tanto, a Lei de Execuções Penais Brasileiras se ocupou em determinar que o trabalho do preso é de caráter obrigatório e sua inexecução acarreta em falta de natureza grave. Daí surgem os questionamentos: o dispositivo da Lei de Execução Penal que prevê o trabalho como obrigatório foi recepcionado pela Constituição? Há conflito de normas? É possível obrigar o preso a realizar trabalho durante o cumprimento de pena?

Ao estudar a Constituição Federal Brasileira, o Código Penal Brasileiro e os atos normativos internacionais, foi possível concluir que o trabalho de caráter

[126] FOUCAULT, M. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 1996

obrigatório é perfeitamente legal, isto porque, trabalho forçado e trabalho obrigatório não possuem a mesma natureza e características. Ademais, a própria ordem social brasileira se constitui e legitima a partir do trabalho, que é um dever do cidadão livre e também do cidadão em cumprimento de pena.

A obrigatoriedade do trabalho prisional se explica e é admitida à medida que o trabalho é assumido como método válido e eficaz para o tratamento do condenado, a fim de possibilitar a reinserção social do preso, e, ainda, o fato de que devem ser respeitadas as normas de segurança e higiene, as condições pessoais de cada preso, o trabalho deve ser devidamente remunerado e, principalmente, deve-se atentar aos princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, um dos grandes desafios da política criminal é compatibilizar a realidade penitenciária às leis, regulamentos, documentos internacionais e disposições constitucionais que asseguram direitos aos presos e, concomitantemente, objetivam tornar mais humana a execução da pena privativa de liberdade.

São diversos os obstáculos que impedem a teoria sobre o trabalho prisional de se tornar realidade, o cenário atual no sistema penitenciário brasileiro evidencia uma situação de pagamento irrisório ou nenhum pagamento, o desrespeito às normas de segurança, condições precárias de higiene, superlotação das celas, falta de infraestrutura e de incentivo governamental. O sistema prisional brasileiro é extremamente falho e não obedece a princípios básicos constitucionais, quem dirá é capaz de atuar para a ressocialização do apenado.

Conclui-se então que o trabalho e o cumprimento de pena são componentes indissociáveis, não há como dissociar a prevenção especial negativa da prevenção especial positiva, uma vez que o caráter punitivo por si só não é capaz de devolver à sociedade um ex-presidiário ressocializado, pronto para ser reinserido à vida em sociedade.

Portanto, o trabalho é obrigatório, mas não unicamente porque assim previsto em lei, mas, especialmente, porque o trabalho é condição de dignidade humana, é

um dos fundamentos da República Federativa Brasileira e instrumento capaz de atuar para o benefício do preso, uma vez que uma vez que facilita a recuperação moral e social, combatendo a reincidência e permitindo que ao final do processo executório este seja melhor inserido socialmente, e da sociedade como um todo. Pode-se dizer que, de fato, as normas que tornam o trabalho obrigatório são a expressão das normas constitucionais que consagram o "valor social do trabalho" e o trabalho "como primado da ordem social".[127]

Para tanto, o trabalho prisional deve estar de acordo com a legislação nacional e os atos normativos nacionais, tais normas são o que possibilitam diferenciar o trabalho obrigatório do trabalho forçado, e, portanto, apenas é possível utilizar o trabalho como instituto ressocializador quando este é aplicado nos conformes legais.

O Brasil, apesar de possuir avançado sistema normativo sobre o tema, não consegue aplicá-lo efetiva e eficazmente, carecendo de uma política que permita mudanças profundas a fim de alcançar um sistema penitenciário capaz de atuar diretamente como órgão que busca a ressocialização do presidiário.

REFERÊNCIAS

ADORNO, S. Sistema Penitenciário no Brasil: problemas e desafios. São Paulo: **Revista USP**, n. 9, p. 65-78, 1991.

ALBERGARIA, J. **Comentários à Lei de Execução Penal.** Rio de Janeiro: Aide, 1987.

ALMEIDA, C. J. **A importância do trabalho na ressocialização do preso**: aplicação efetiva da Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/almeidaadvocacia/artigos/a-importancia-do-trabalho-na-ressocializacao-do-preso-aplicacao-efetiva-da-lei-de-execucao-penal-802>. Acesso em: 14 mar. 2017.

[127] LEAL, J. J**. O princípio constitucional do valor social trabalho e a obrigatoriedade do trabalho prisional**. Novos Estudos Jurídicos, vol. 9, nº 1, jan./abr. 2004

ALVIM, R. C. M. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Atlas, 1991.

ASSALY, A. I. **O trabalho penitenciário**: aspectos econômicos e sociais. São Paulo: Livraria Martins, 1994.

BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado. 1990. Disponível em: <www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf> Acesso em: 26 set 2017.

BARROS, C. S. A Individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001, p. 184.

BASIC Principles for the Treatment of Prisoners. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/BasicPrinciplesTreatmentOfPrisoners.a spx> Acesso em: 05 out 2017.

BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000; p . 76.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. **Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. **Lei 9.867 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9867-10-novembro-1999-369585-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 23 mar 2017.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal.** Brasília: Secretaria Nacional

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 580, de 2015**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123021>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, Regras de Nelson Mandela**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf> Acesso em: 05 out 2017.

_____. **Resolução nº14/1994 – Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-014.1994-CNPCP-Regras-minimas-para-o-tratamento-do-preso.pdf> Acesso em: 05 out 2017.

_____. **Trabalho Forçado ou Obrigatório, Convenção nº 29**. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/449> Acesso em: 05 out 2017.

BULL, H. **A sociedade anárquica**. Brasília: Editora UnB, 2002.

CABRAL, L. R.; SILVA, J. L. O Trabalho Penitenciário e a Ressocialização do Preso no Brasil. **CAAP**, Belo Horizonte, p. 157-184, jan./jun. 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Direitos Humanos e Minorias – CDHM. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html Acesso em: 05 out 2017

_____. **PL 9054/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160836> Acesso em: 27 mar 2018.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS – CDHM. **Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos**. 2017. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html Acesso em: 05 out 2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Saiba como funciona a remissão da pena**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81644-cnj-servico-como-funciona-a-remicao-de-pena> Acesso em: 14 nov 2017.

CORDEIRO, G. C. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CORREA, M. A. P. D. C., SOUZA, R. L. **Origem e relação do trabalho com o ser humano e as limitações do trabalho nas prisões.** Textos & Contextos, Porto Alegre, v. 15, jan./jul. 2016.

COSTA, S. G.; BRATKOWSKI, P. L. da S. **Paradoxos do trabalho prisional na era do capitalismo flexível**: O caso Detran – RS. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000300007>. Acesso em: 20 nov 2017.

DALEPRANE, C. P.; HATAB, L. G. O trabalho prisional como alternativa de ressocialização penal: uma garantia de efetivação dos direitos humanos. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, Brasília, v. 5, p. 128-164, jan./jun. 2011.

DELMANTO, C. **Código Penal Comentado**. São Paulo, Renovar, 2001.

DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

EM CELAS para 10 presos, o usual no Brasil é haver ao menos 16. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/em-celas-para-10-presos-usual-no-brasil-haver-ao-menos-16-20947060> Acesso em: 20 nov 2017.

EXAME criminológico – é hora de pôr fim ao equívoco! Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI118869,31047-Exame+criminologico+e+hora+de+por+fim+ao+equivoco> Acesso em: 20 nov 2017.

FERREIRA, G. **Aplicação da Pena.** Rio de Janeiro: Forense, 2000; p.25.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. 8. ed. Rio de Janeiro, 1989.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 14. ed. Petrópolis: **Vozes**, 1996.

GIORGI, A. D. **A miséria governada através do sistema penal.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOVERNO investirá cerca de R$ 2,2 bilhões no sistema penitenciário em 2017. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/governo-investira-cerca-de-r-2-2-bilhoes-no-sistema-penitenciario-em-2017> Acesso em: 27 mar 2018.

HIRECHE, G. F. El. **A função da pena na visão de Claus Roxin.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 22.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização – junho 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil:** Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 05 mai. 2017.

JULIÃO, E. F. **Ressocialização através da educação e do trabalho no Sistema Penitenciário Brasileiro**. Tese (Doutorado) em Ciências Sociais – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

JUNQUEIRA, I. D. C. **Dos direitos humanos do preso.** Minas Gerais: Lemos & Cruz, 2005.

LEAL, J. J. **Direito Penal geral**. São Paulo, Atlas, 1998.

_____. **O princípio constitucional do valor social trabalho e a obrigatoriedade do trabalho prisional.** Novos Estudos Jurídicos, vol. 9, nº 1, jan./abr. 2004.

LEMOS, A. M.; MAZZILLI, C.; KLERING, L. R. Análise do trabalho prisional: um estudo exploratório. **Rev. Adm. Contemp.**, v. 2, n. 3, p. 129-149, Curitiba, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65551998000300008> Acesso em: 28 jun. 2018.

LUISI, L. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. rev. aum. Porto Alegre: Safe, 1991.

MACHADO, B. A.; SLONIAK, M. A. Disciplina ou ressocialização? Racionalidades punitivas, trabalho prisional e política penitenciária. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 189-222, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100189&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 nov 2017.

MAIA NETO, C. F. **Direitos humanos do preso:** lei de execução penal nº 7.210/84. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MATSUURA, L. **Com a globalização, a tendência é internacionalização do Direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-out-12/globalizacao_tendencia_internacionalizacao_direito>. Acesso em: 05 mar 2018.

MAURICIO, C. R. N. **A privatização do sistema prisional.** 2011. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

MELLO, C. D. M.; MOREIRA, T. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 2015.

MIRABETE, J. F. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: **Atlas**, 2002.

MIRABETE, J. F. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7- 1984. São Paulo: Atlas, 2004.

MIREILLE, D. M. **A imprecisão do direito**: do código penal aos direitos humanos. São Paulo: Manole, 2005.

MORAES, A. de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, H. V. B. **Das funções da pena.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620#_ftn14> Acesso em: 28 mar 2018.

NORMAS Internacionais do Trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_p t.htm> Acesso em: 27 mar 2018.

NUCCI, G. de S. **Código Penal comentado**. 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

Organização dos Estados Americanos. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica)**. Proibição da escravidão e da servidão. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 23 mar 2017.

O TRABALHO do Preso e seus Direitos: Uma Perspectiva da Situação no Distrito Federal. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4454/o_trabalho_do_preso_e_seus_direitos_uma_perspectiva_da_situacao_no_distrito_federal>. Acesso em: 14 mar. 2017.

OLIVEIRA, M. V. X. de. **O direito da execução penal no contexto da internacionalização do direito**. Disponível em: < http://nir.academia.edu/MarcusViniciusXavierdeOliveira> Acesso em: 05 mar 2018.

PACTO de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380> Acesso em: 23 mar 2018.

PAIXÃO, A. L. **Recuperar ou Punir?** Como o Estado trata o criminoso. 2. ed. v. 21. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1991.

PARENTONI, R. B. **Execução Penal** – deveres e direito do preso. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/192-2012-07-24-15-57-44>. Acesso em: 02 de mai 2017.

PETER FILHO, J. **Reintegração social**: um diálogo entre a sociedade e o cárcere. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

PRESOS poderão ser obrigados a arcar com seus custos na cadeia. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/18/presos-poderao-ser-obrigados-a-arcar-com-seus-custos-na-cadeia>. Acesso em: 03 mar. 2017.

PONTIERI, A. **Brasil Trabalho do preso**. ADITAL. Disponível em: <http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=39787>. Acesso em: 04 jan. 2015.

SANTOS, A. C. **Vagabundos e criminosos**: o trabalho como mecanismo de poder e índice de criminalização no discurso jurídico-penal, 2016. 162f. Tese (Doutorado em Tecnologia e Sociedade) – Programa de Pós-Graduação em Tecnologia, Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

SILVA, C. L. O.; SARAIVA, L. A. S. Alienation, segregation and resocialization: meanings os prison labor**. Revista de Administração**, v. 51, p. 366-376, out./dez. 2016.

SILVA, O. J. de P. e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

SOUZA, R. L.; CORREA, M. A. P. D. C. **Origem e relação do trabalho com o ser humano e as limitações do trabalho nas prisões**. Textos & Contextos, Porto Alegre, v. 15, jan./jul. 2016.

SANTIS, B. M. Di; ENGBRUCH W. A evolução histórica do sistema prisional. **Revista Pré-Univesp**, n. 61, dez 2016 - jan 2017. Disponível em: <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WzTdUNVKjIU> Acesso em: 28 jun 2018.

STANDARD Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx> Acesso em: 05 out 2017.

SUPERIOR Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.381.315 - RJ (2013/0148762-1).** Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo =201301487621&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea > Acesso em: 28 mar 2018.

SUPREMO Tribunal Federal. **Remuneração de presos em três quartos do salário mínimo é tema de ADPF.** Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289202> Acesso em: 23 mar. 2017.

SUXBERGER, A. H. G. **Legitimidade da Intervenção Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006; pg. 116.

WACQUANT, L. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WAUTERS, E. **A Reinserção Social pelo Trabalho**. TCC (Monografia). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

Ciências Criminais

A (IM) POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Thiago Aragão de Carvalho

RESUMO

O presente trabalho possui a finalidade de analisar o dispositivo 147 instituído pela Lei de Execuções Penais em face da possibilidade ou da impossibilidade de aplicar-se a execução provisória das penas restritivas de direitos, sob a ótica da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Questiona-se o posicionamento jurisprudencial atual frente à possibilidade da aplicação de execução penal provisória para as penas restritivas de direitos que vai de encontro ao princípio da presunção de inocência assegurada pela Constituição Federal a qual dispõe expressamente no artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ademais, a presente monografia analisa a função do Estado em usar de seu poder punitivo para aplicar sanções naqueles agentes desviantes que transgridem o ordenamento jurídico brasileiro de forma proporcional ao dano causado pelo mesmo. Desta forma sendo, resta necessário a análise da finalidade da pena supracitada, se estaria a mesma sendo contrariada pela aplicação da execução penal antes do trânsito em julgado da sentença. Para o alcance da finalidade da presente monografia, o trabalho será composto pela revisão jurisprudencial e doutrinária, versando sobre a Lei 7.210 de 1984 e suas repercussões na aplicabilidade da execução provisória das penas.

Palavras-chave: Direito. Penal. Execução. Pena. Provisória. Restritivas de direitos.

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro ao que tange à execução da pena é regido pela Lei 7.210 de 1984. O trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória é requisito para dar início à execução penal, conforme dispõe o artigo 147 da lei supracitada.

Entretanto, o dispositivo mencionado promoveu diversos conflitos em meio ao mundo jurídico tendo em vista que alguns Juízos promovem o início da execução da pena de maneira provisória, sendo elas, penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos.

Para a abordagem do tema, foi feita uma explanação da finalidade das penas. É sabido que para toda conduta desviante do agente, o mesmo será punido proporcionalmente ao dano causado, dessa maneira, foi adotada pelo Sistema Penal Brasileiro, a teoria mista que busca punir e prevenir a prática de novos delitos, bem como a reeducação e correção dos agentes desviados.

A divergência existente no Sistema Penal Brasileiro acerca desse tema está na possibilidade ou não de que seja aplicada a execução provisória das penas restritivas de direitos diante da presunção de inocência do réu antes do trânsito em julgado definitivo da sentença. Frente ao que dispõe o artigo 147 da LEP, a execução da pena apenas poderá ser iniciada após o trânsito em julgado definitivo, ao passo que a Suprema Corte tem seguido o entendimento de que o princípio da presunção de inocência pode ser flexibilizado bem como de que é possível a execução provisória da pena.

Destarte, é possível notar a pertinência do tema haja vista o confronto entre a jurisprudência que flexibiliza a possibilidade da execução antes do trânsito em julgado definitivo da sentença que vai de encontro ao princípio primordial da presunção de inocência.

A finalidade do trabalho estará voltada para a análise dos conflitos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema da execução provisória e sua aplicação atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, e para almejar esse objetivo a presente monografia utilizou como caminho uma metodologia hipotético-dedutivo com análise da literatura jurídica, doutrinária e jurisprudencial.

O meio utilizado para atingir o objetivo do trabalho teve como referencial o ordenamento jurídico brasileiro dentre os quais estavam as disposições da Lei de Execução Penal, Código Penal e da Constituição Federal, bem como diversos princípios basilares.

O trabalho será formado em três capítulos. Inicialmente irá ser abordado o direito de punir e a pretensão punitiva do Estado, assim como as finalidades da pena, e em seguida uma breve explanação sobre as penas privativas de liberdade e as penas restritivas de direitos, conteúdo de suma importância para o estudo.

O segundo capítulo percorrerá pelo processo de execução penal, atribuindo a função do juiz durante esse processo, seus princípios basilares a serem respeitados, tais como as medidas impostas pelo descumprimento da sanção penal.

O terceiro capítulo aborda a execução penal e a sua aplicabilidade de maneira antecipada, tendo o trânsito em julgado como pressuposto da execução provisória e por fim, os posicionamentos jurisprudenciais adotados frente a possibilidade da execução provisória das penas.

Busca-se no presente trabalho responder ao questionamento da possibilidade da aplicação da execução provisória nas penas restritivas de direitos, haja vista a viabilidade, em efeito de repercussão geral, da execução penal provisória nas penas privativas de Liberdade.

2 DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS

A pena sempre foi vista como um mal essencial, o Estado deve não somente se preocupar com a penalidade do condenado, mas também com qual sanção será

aplicada, sempre sendo observado os princípios da dignidade humana e da proporcionalidade, ou seja, que seja aplicada pena mais rigorosa aos crimes mais graves e penas mais brandas aos crimes de menor potencial ofensivo, tendo como objetivo, evitar que um condenado por crime pequeno sofra com o desgaste do sistema penitenciário e que se influencie com os presos de maior periculosidade.[1]

2.1 Objeto e aplicação da Lei de Execução Penal

2.1.1 Direito de Punir e Pretensão Punitiva

O direito de punir é indelegável e exclusivo do Estado, visto que o mesmo é provido de soberania, portanto o Estado se impõe de forma coativa frente a qualquer individuo que venha a praticar qualquer infração penal, indo de encontro à ordem normativa vigorante comprometendo a paz social. O jus puniendi permanece sob o poder do Estado mesmo quando se trata de ação penal privada, este vigora independente da pratica de infração penal sendo imposta à sociedade, sem distinções.[2]

Para executar o jus puniendi o Estado inicia a persecução penal com a instauração do inquérito policial, seguindo com a propositura da ação penal e a instauração do devido processo legal, a fase da execução penal tem a finalidade de proporcionar a concreta pretensão de punir do Estado. Por fim, em caso de recebimento da denuncia, finaliza-se com a execução da pena, seja por meio de seu cumprimento ou por causa extintiva da punibilidade.[3]

2.1.2 Das Finalidades da Pena

A pena consiste na retribuição ao condenado de maneira proporcional ao dano causado, estabelecer a sua readaptação social e evitar novos desvios de

[1] GRECO, Rogério – **Curso de Direito Penal. Vol. 1**, 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Impitus, 2008.
[2] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 14
[3] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1

condutas através da intimidação à sociedade. As finalidades da pena são expostas através de três teorias, quais são: [4]

a) Teoria Absoluta ou da Retribuição:

O objetivo da teoria absoluta é a retribuição do mal causado praticado pelo agente desviado, é fruto da necessidade de justiça. Essa teoria não busca reeducar e nem readaptar o condenado socialmente, visa punir o condenado gerando-lhe um prejuízo decorrente da sua própria prática, como forma do condenado perceber que está sendo punido por força de seu desrespeito com os preceitos jurídicos, bem como com seus semelhantes.[5]

b) Teoria Relativa ou da Prevenção

A teoria relativa possui a finalidade de prevenir novos delitos, impedindo que os executados tornem a praticar crimes, na hipótese de não ser punido de maneira imediata. A prevenção pode ser especial quando o objetivo é a readaptação e separação do delinqüente da sociedade para que ele não volte a cometer delitos. Ao passo que a prevenção geral tem o propósito de direcionar à sociedade a intimidação de transgredir,[6] buscando a inibição de praticar delituosas por parte dos cidadãos em geral, visto que estes deixarão de cometer atos contrários à legislação penal em função do receio de submeter-se a aplicação de uma reprimenda penal.[7]

c) Teoria Mista ou Conciliatória

A teoria mista é a fusão das teorias absoluta e relativa, tendo como objetivo punir e prevenir a prática de novos crimes através da reinserção e intimidação comunitária, conciliando a necessidade de retribuição jurídica na forma de pena com os fins de prevenção geral e de prevenção especial.[8] Segundo Julio Fabbrini

[4] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15
[5] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 444
[6] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15
[7] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 445
[8] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15

Mirabete: "Já para as teorias mistas (ecléticas) fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção"[9]

A proporção entre a pena e a gravidade do delito corrobora para a finalidade de prevenção geral e especial, sendo a primeira compreendida como modelo na forma de prevenção geral positiva e a segunda nos casos de condutas de relevante valor ético e social como modelo de intimidação na forma de prevenção geral negativa.[10]

2.1.3 Finalidade da Execução Penal

O objetivo da execução penal é a efetivação da união das normas jurídicas frente à execução de todas as penas. Nos moldes do artigo 1º da Lei de Execução Penal consta, "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".[11]

A execução penal possui duas vertentes: a correta efetivação com o objetivo de tornar real a subordinação do executado a sanção que lhe fora imposta e o oferecimento de integração socialmente equilibrada, uma vez que, ao cercear sua liberdade, o mesmo não poderá ser privado de voltar a conviver em harmonia com a sociedade. O artigo remete a ideia de promover ao preso um tratamento digno penitenciário, dispondo-lhe recursos cabíveis para uma melhor participação na vida em comunidade.[12]

---

[9] MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direto Penal, Parte Geral**, 22º edição, São Paulo, editra Atlas, 2005, p. 245

[10] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 448

[11] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 450

[12] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 36.

A reeducação oferecida ao condenado não se trata apenas de um elemento didático, abrange finalidades que possam proporcionar ao executado uma ótica aprimorada das normas culturais. Sob a perspectiva de Pimentel, "é a de cooperar ou por falta de educação adequada tornou-se uma presa dócil aos preconceitos, superstições, complexas, inibições, fanatismos e, principalmente, desconfiança e incompreensão do mundo em que vive".[13]

2.2 Penas privativas de liberdade

A pena privativa de liberdade atualmente passou a ser bastante utilizada, comparada a outras medidas aplicadas. Tendo em vista que no passado era apenas um meio provisório de custódia do delinqüente, enquanto se esperava o inicio da execução penal em meio ao desenrolar do processo. [14]

Outrora, as penas mais eficientes eram as de morte, confisco e mutilação, ao passo que, a privação de liberdade servia apenas para assegurar o processo. Ao longo de muito tempo a pena era executada em estabelecimentos escolhidos de forma aleatória, sem condições de salubridade e segurança, somente após o inicio de movimentos, com o objetivo de desenvolver as penas privativas de liberdade que se iniciaram as construções de presídios destinados ao cumprimento de penas.[15]

A privação da liberdade significa a limitação por um determinado período do direito de locomoção, visto que a Constituição Federal veda penas de cunho perpétuo. Esse instrumento é primordial para afastar aqueles que não estão aptos para viver em liberdade, sem que haja ameaça para o resto da sociedade.[16]

A restrição da liberdade consiste em três regimes: aberto, semiaberto e fechado. Admitindo-se a regressão pelo desmerecimento, bem como a progressão

[13] PIMENTEL, Manoel Pedro. **Estudo e Pareceres de Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 32
[14] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 457
[15] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 458
[16] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 220

pelo merecimento. Nos dois últimos é cabível ao executado reduzir o tempo de reclusão pelos dias trabalhados, denominado remissão. Em qualquer um desses regimes de cumprimento de pena, o período de prisão provisória terá de ser compensado, ocasionando a detração.[17]

2.2.1 Regimes de Cumprimento de Pena

Os três regimes adotados pelo Código Penal estão dispostos no artigo 33:[18]

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

[17] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 220

[18] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017

> 4o O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

O regime fechado no Código Penal assevera a realização de exame criminológico para a classificação de individualização da execução, bem como fica o condenado sujeito ao trabalho nos períodos diurnos, e ao isolamento durante os períodos noturnos dentro do estabelecimento em comum, de acordo com as aptidões ou ocupações realizadas anteriormente pelo condenado, contanto que compatíveis com a execução da pena, sendo cabível o trabalho externo em serviços ou obras públicas.[19]

O regime supracitado deve ser cumprido em estabelecimento prisional de segurança máxima ou média, sendo que a Lei de Execução penal nos artigos 87 a 90 autoriza que a execução da pena seja realizada em penitenciária construída em local afastado do centro urbano, com distancia que não impossibilite a visitação, quando se tratar de homens condenados. Admitindo ainda que os entes federativos possam construir penitenciarias aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sendo que todas as celas devem suprir os requisitos de salubridade e espaço adequado.[20]

Ao que tange semiaberto o condenado é submetido a realização de trabalho durante o dia, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, podendo trabalhar externamente, assim como cursar supletivos profissionalizantes de formação de segundo grau ou superior, com fulcro no artigo 35 do Código Penal.[21]

Aqueles que estão cumprindo pena em regime semiaberto, estão submetidos a autorização do juízo da execução para saída do estabelecimento de forma temporária sem vigilância direta, podendo ser utilizado equipamento de monitoração eletrônica

[19] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 464

[20] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017

[21] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017

para visitar a família, nos moldes do artigo 122, § único da Lei de Execução Penal. Esse benefício quando disponibilizado, é revogado de forma automática nos casos de cometimento de faltas graves, ou apresente ínfimo aproveitamento do curso.[22]

No tocante ao regime aberto, o condenado que estiver submetido à ele, deverá sem monitoramento e fora do estabelecimento, freqüentar curso, trabalhar ou exercer qualquer tarefa cabível e autorizada mediante responsabilidade e disciplina, devendo ser recolhido durante a noite e dias de folga, segundo o artigo 36 do Código Penal.[23]

Segundo Pimentel, a prisão aberta dispõe vantagem ao permitir que o executado possua a oportunidade de trabalhar e estudar como se não estivesse cerceado de sua liberdade, ainda que cumprindo pena.[24]

2.2.2 Progressão e regressão de regime

Após a sentença transitar em julgado não será modificada enquanto os fatos perdurarem. Dessa forma, o juízo competente para a execução deve promover as alterações essenciais, com o objetivo de enquadrar a decisão proferida de acordo com a realidade atual. Frente ao exposto, percebe-se que mesmo tendo o indivíduo recebido um regime de cumprimento de pena, não quer dizer que o mesmo não possa ser alterado no decorrer da execução. O processo de execução é flexível e pode ser modificado, dessa forma, aquele que iniciar o cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, pode atingir o benefício de alterar sua pena para uma menos gravosa, denominando-se esse processo como progressão de regime.[25]

A progressão de regime é a alteração do executado de um regime mais gravoso para um mais brando, contanto que cumpridos os requisitos legais, quais são: comprovado pelo diretor do presido que o condenado tenha apresentado bom

[22] BRASIL. **Lei de Execuções Penais.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de outubro de 2017
[23] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017
[24] PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p 144.
[25] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.

comportamento, bem como ter cumprido ao menos um sexto da pena do regime antecedente, com fulcro no artigo 112 da Lei de Execução Penal.[26]

A Constituição Federal definiu que os crimes de maior temor social devem ser tratados de maneira mais rígida, conforme exposto no artigo 5º, XLIII:[27]

> "XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

Ante o exposto, os crimes de maior reprovabilidade, que outrora autorizava a progressão de regime depois de cumprido um sexto da pena, com o advento da Lei nº. 11.464/2007 o condenado, em caso de primariedade, progredirá com o cumprimento de dois quintos da pena, e em caso de reincidência, progredirá após o cumprimento de três quintos da pena.[28]

As hipóteses de cabimento de regressão de regime estão elencadas no artigo 118 da Lei de Execução Penal, quais são:[29]

> "Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
>
> I - Praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;
>
> - Sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).
>
> 1° O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.
>
> 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado".

---

[26] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89

[27] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017

[28] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94

[29] BRASIL. **Lei de Execuções Penais.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de outubro de 2017

A regressão trata-se do retorno do condenado ao regime mais gravoso, pelo descumprimento dos requisitos postos para a continuidade no regime mais brando. Haja vista a vedação da progressão de saltar diretamente do fechado para o aberto, é cabível regredir por salto, do regime aberto para o fechado, sem a necessidade de passar pelo regime semiaberto.[30]

2.2.3 Remição

O instituto da remição é um benefício que o condenado possuiu em regime fechado ou semiaberto, por dias não só de trabalho, mas como pela presença em curso de ensino regular ou educação profissional, com o advento da Lei nº. 12.433, de 29 de junho de 2011.[31]

A remição trata-se de um desconto do condenado que a cada três dias de trabalho ou a cada 12 (doze) horas de freqüência escolar em atividade de ensino ou profissionalizante, reduz um dia de pena, podendo as atividades de estudo ser feitas de forma presencial ou à distância, devendo ser monitoradas pelas autoridades competentes, nos moldes do artigo 126, § 2° da Lei de Execução Penal.[32]

O detento que possui a pretensão de trabalhar, entretanto, por condições alheias não possui esse direito, não há no que se falar em compensação, haja vista que a mera vontade de trabalhar ou estudar é apenas uma expectativa de direito, sendo indispensável o trabalho ou estudo de forma efetiva, salvo no caso em que o detento sofre um acidente de trabalho e fica impossibilitado de prosseguir com a tarefa.[33]

[30] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.
[31] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95
[32] BRASIL. **Lei de Execuções Penais.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de outubro de 2017.
[33] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 102

2.3 Penas restritivas de direitos

Com o advento da Lei nº 9.714 de 1998, o Código Penal foi alterado no que tange às penas restritivas de direitos, prevendo no Estatuto atual que as mesmas são autônomas e não mais acessórias como antes da vigência da referida lei, assim é inadmissível sua cumulação com as penas privativas de liberdade, sendo necessária a substituição para a sua aplicação.[34]

A previsão das penas restritivas de direitos consiste em melhorar a pena de prisão por maneiras diversas de sanção criminal de forma mais eficiente para a correção do condenado, desde que presentes os requisitos necessários.[35]

Segundo o texto legal, são penas restritivas de direitos:[36]

> " Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I – prestação pecuniária;
>
> II – perda de bens e valores; III – (VETADO)
>
> IV – Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
>
> V – Interdição temporária de direitos;
>
> VI – Limitação de fim de semana.

2.3.1 Prestação Pecuniária

A prestação pecuniária figura no pagamento em dinheiro à vitima, seus dependentes ou a entidades públicas ou privadas com finalidade social, de quantia fixada pelo juiz, não podendo ser menor que 1 (um) salário mínimo nem maior que 360 (trezentos e sessenta salários mínimos). O valor fixado trata-se de uma

[34] MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. p. 262.
[35] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 489
[36] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

reparação cível disfarçada de sanção criminal para que haja o seu cumprimento de forma efetiva, conforme o disposto no artigo 45, § 1º do Código Penal:[37]

> "Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.
>
> 1o A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.
>
> 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza."[38]

A lei de Execução penal assim como o Código Penal não dispõem a maneira de execução da pena de prestação pecuniária. Em caso de o pagamento não ser voluntário faz-se indispensável a execução. Para aqueles casos de prestação à vitima ou à instituição privada caberá ao particular executar a sentença penal condenatória no juízo cível. Entretanto, para a execução de prestação pecuniária à Instituição Pública haverá a execução pelo Estado.[39]

2.3.2 Perda de Bens e Valores

Conforme o previsto no artigo 43, inciso II, combinado com o artigo 45, § 3º, ambos do Código Penal: [40]

> "Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48
>
> 3o A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido

[37] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 264
[38] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017
[39] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 264
[40] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017

> pelo agente ou por terceiro, em conseqüência da prática do crime". (grifo nosso)

O dispositivo supracitado em sentido amplo, abrangendo os bens licitamente obtidos pelo agente não ultrapassará de pena de confisco, enquanto os bens ilicitamente obtidos terão efeitos de condenação por perdimento de bens.[41]

A Constituição Federal aborda que a decretação do perdimento de bens poderá ser ampliada aos sucessores e contra os mesmos executada, até as forças do legado transferido. Entretanto, segundo Luiz Regis Prado, é absurda a possibilidade de transferência da perda de bens e valores aos herdeiros do condenado, pois vai de encontro aos princípios constitucionais da individualização da pena bem como da personalidade, ao passo que ultrapassa a pena da pessoa do condenado, além disso é causa de extinção de punibilidade o falecimento do agente desviado.[42]

Segue o exposto:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;"[43]
>
> "Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
>
> I - pela morte do agente;"[44]

[41] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 265

[42] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 490

[43] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017

[44] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

2.3.3 Prestação de Serviço à Comunidade ou a Entidades Públicas

A finalidade da prestação de serviço à comunidade é a reinserção social do condenado, de forma que o mesmo não sofra os desconfortos que o cumprimento de pena privativa de liberdade poderia lhe proporcionar.[45]

Em casos de condenação maior que 6 meses de pena privativa de liberdade a mesma poderá ser substituída pela prestação supracitada, sendo uma hora de trabalho proporcional à um dia de condenação. As atividades devem ser executadas de forma gratuita, em instituições como escolas, hospitais, orfanatos, dentro outras análogas de caráter filantrópico sem qualquer finalidade de lucro, com o objetivo de não caracterizar exploração de mão de obra qualificada.[46]

Segue a redação do artigo 46 da Código Penal e artigo 30 da Lei de Execução Penal:[47]

> "Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade
>
> 1o A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.
>
> 2o A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.
>
> 3o As tarefas a que se refere o § 1o serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho"
>
> Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.[48]

---

[45] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 491

[46] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 266.

[47] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017

[48] BRASIL. **Lei de Execução Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 20 de setembro de 2017

O juiz da execução deverá escolher a instituição cadastrada de acordo com as suas habilidades notificando-o dos dias e horários, bem como a instituição escolhida para a realização do serviço à comunidade por meio de intimação. O limite estabelecido deverá atender 8 (oito) horas semanais, de forma a não prejudicar a jornada de trabalho habitual, havendo a necessidade o serviço poderá ser exercido aos sábados, domingos e feriados.[49]

> "Art. 149. Caberá ao Juiz da execução:
>
> I - designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões."[50]

Para a fiscalização do juízo da execução a instituição responsável pelo recebimento da prestação oferecida pelo condenado remeterá mensalmente ao juiz competente o relatório circunstanciado com a realização das atividades realizadas pelo sentenciado, comunicando eventuais ausências ou faltas disciplinares. Em casos de cometimento de infrações graves e recorrentes em descumprimento da prestação, poderá haver a conversão da medida alternativa para a pena privativa de liberdade.[51]

2.3.4 Interdição Temporária de Direitos

É imprescindível que a substituição da pena privativa de liberdade por interdição temporária de direitos possua relação com o delito cometido, nas possibilidades mencionadas no artigo 47 do Código Penal a seguir exposto:[52]

> "Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:
>
> I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
>
> - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

[49] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 267
[50] BRASIL. **Lei de Execução Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 20 de setembro de 2017.
[51] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 267
[52] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 267

> III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. IV – proibição de freqüentar determinados lugares.
>
> V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.” [53]

Desta forma, deverá o juiz da execução cientificar o sentenciado da decisão proferida e notificará a autoridade competente da pena aplicada, em casos de necessidade. Ademais, quando a pena imposta pelo juiz for de proibição do exercício, cargo ou função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, esta deverá ser comunicada pela autoridade, em 24 (vinte e quatro) horas a partir do recebimento do ofício, baixar ato, sendo que a partir deste a execução se iniciará.[54]

Dissertando sobre o assunto, René Ariel Dotti comenta que as interdições temporárias de direitos podem gerar fatores de desigualdade constituindo para alguns sentenciados efeitos graves, enquanto para outros podem não gerar qualquer efeito.[55]

Por fim, é importante salientar que o artigo 47, inciso V do Código Penal, busca impedir por determinado tempo o transgressor da oportunidade de prestar concurso público ou similares.[56]

2.3.5 Limitação de Fim de Semana

A limitação de fim de semana compreende a obrigação de ficar aos sábados e domingos durante 5 (cinco) horas por dia em casa de albergado ou em outro local apropriado, com a finalidade de desenvolver profissionalmente ou socialmente o sentenciado, primando pela realização de cursos ou outras atividades pedagógicas.[57]

---

[53] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

[54] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 495

[55] DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas Para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p. 404

[56] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 496

[57]

Dessa forma, a medida alternativa exteriorizada influencia de maneira benéfica a personalidade do agente, tendo em vista que o mesmo será privado do contato com seus parentes e amigos por curtos períodos.[58] Sobre o mesmo aspecto, conforme o entendimento de René Ariel Dotti, esse modo de punição estimula uma maior prática de comunicação e transferência de lições de vida, que excluem desta limitação a natureza maléfica que configura a pena que restringe a liberdade[59]

Outra observação a ser feita, diz respeito ao cumprimento desta referida medida alternativa em tempo menor ao da prestação dos serviços à comunidade após recorrida a decisão, haja vista a conseqüência da viabilidade em autorizar o cumprimento da limitação em outros dias da semana, sem que intervenha no horário estipulado de trabalho ao condenado, sendo a limitação de fim de semana necessariamente mais longa.[60]

2.4 A substituição das penas no Brasil

Para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, deverão ser preenchidos os seguintes requisitos elencados no artigo 44 do Código Penal:[61]

> "Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
>
> I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
>
> – o réu não for reincidente em crime doloso;
>
> III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

[58] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 270
[59] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 270
[60] BITTENCOURT, Cezar Roberto, **Novas Penas Alternativas.** 3ª Edição. São Paulo. Ed Saraiva, 2006. p.142
[61] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de setembro de 2017

No que tange o inciso II do artigo acima mencionado, aquele que for reincidente poderá ser beneficiado da substituição desde que não seja reincidente em crime doloso, sendo assim, apenas o indivíduo que definitivamente for condenado pelo cometimento de crime doloso e vier a praticar outro crime doloso, ficará vedado do beneficio da substituição, salvo se dentre o período da prática do novo delito doloso e a extinção da pena do crime doloso anterior tiver ultrapassado mais de 5 (cinco) anos.[62]

Além desses requisitos, é de suma importância que o condenado detenha premissas que indiquem a adequação da substituição, e ainda que seus antecedentes sejam favoráveis, de forma a demonstrar que sua conduta está sendo compatível com a vida em sociedade, por fim, que o mesmo possua emprego fixo e domicílio certo.[63]

O dispositivo refere-se apenas a violência de modo doloso, sendo assim, o benefício da substituição não será vedado nos casos de lesões corporais culposas, bem como de homicídio culposo. A violência de que trata o artigo será contra a pessoa, sendo irrelevante a força bruta contra coisa de natureza, seja ela pública ou privada, para o benefício da substituição.[64]

Conforme o entendimento jurisprudencial em relação à substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, segue o exposto:

> "PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Mostra-se incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de

[62] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.
[63] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117
[64] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 499

> direitos nos casos de crime cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal. 3. Gravidade da ameaça reconhecida pelas instâncias ordinárias, suficiente para causar temor à vítima. 4. Habeas corpus não conhecido".[65]
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Embora o agravante haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade não se mostra, no caso, suficiente para a prevenção e a repressão do delito praticado, haja vista que é reincidente e possui circunstância judicial desfavorável (no caso, os antecedentes). 2. Agravo regimental não provido".[66]

Conforme entendimento sumulado, se faz necessário que o juiz observe se o condenado apresenta circunstancias judiciais desfavoráveis, para assim, decidir se aplica ou não a substituição da pena.

3 DA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o processo passa da fase de conhecimento para a de execução penal, que se torna título executivo judicial. Nesta fase, a sentença proferida pelo juízo competente será cumprida, seja na forma de pena privativa de liberdade ou de penas restritivas de direitos.[67]

3.1 A função do juiz na execucão penal

A atividade jurisdicional possui o encargo de sanar conflitos de interesses com a finalidade de analisar o direito coativamente realizado. Após a sentença transitar em julgado haverá a necessidade da intervenção jurisdicional, tendo em vista as discussões que surgirão entre o Estado detentor do poder de punir e o condenado, visando à garantia de direitos e interesses legítimos das partes. Desta

[65] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: 314550 MS 2015/001119-2** , Relator: Ministro. GURGEL DE FARIA. 17 de março de 2015

[66] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp: 1355445 SP 2012/0246446-0**, Relator: Ministro ROGÉRIO CRUZ, 26 de maio de 2015

[67] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012

forma, as funções durante o processo de execução não podem ficar a múnus unicamente dos órgãos administrativos para seu desenvolvimento.[68]

Sendo assim, tais atividades devem ser delegadas ao juiz, haja vista que as expectativas de direitos do condenado sujeito as medidas impostas cabem ao Poder Judiciário.[69] Referindo-se a competência mencionada no disposto do artigo 65 da Lei de Execução Penal nº 7.210 de 1984: "A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença."[70]

Durante o processo executório da pena ou da medida de segurança é imprescindível a atividade jurisdicional para a determinação do inicio da execução, substituição, ou extinção da pena punitiva após a verificação de novos fatos. Desta feita, o juiz possuindo o papel de órgão imparcial, será o responsável pela proteção dos direitos subjetivos de caráter publico, bem como os de caráter privado,[71] sendo este, assegurado pelo artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral"[72] combinado com o artigo 3º da Lei de Execuções Penais:

> "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
>
> Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política."

Entretanto, existem dois fatores que estabelecem limites para o arbítrio do juiz, sendo eles: excesso de poder e desvio de finalidade, ambos ocorrem quando a autoridade competente para praticar o ato vai além dos limites das suas atribuições ou desvia-se de seus fins administrativos.[73]

---

[68] MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11ª Edição. Ed Atlas. São Paulo. p. 176
[69] MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11ª Edição. Ed Atlas. São Paulo. p. 177
[70] BRASIL. **Lei de Execuções Penais.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de setembro de 2017
[71] MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11ª Edição. Ed Atlas. São Paulo. p. 177
[72] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017
[73] MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e pratica.** 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 63

Segundo Hely Lopes de Meirelles:[74]

> "o excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai alem do permitido e se exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, a sua competência legal, e com isso invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo."

Enquanto o:

> "desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela ou exigidos pelo interesse publico [...] utilizando motivos e meios imorais para a pratica de um ato administrativo aparentemente legal"

Ambos os fatores podem ser encontrados durante o processo de execução penal quando há a pratica de atos que excedem os limites fixados pela sentença. Faz-se indispensável nesse caso o controle da jurisdição para impedir a desproporcionalidade entre o crime e a punição do acusado por abuso de poder.[75]

Ainda no que diz respeito ao excesso e desvio de poder na execução, há uma necessidade de ser cobrada uma ação de indenização perante o Estado, tendo em vista o notório dano causado ao particular, mas que na verdade, é um direito minimamente executado, haja vista que se fosse ao contrario, os representantes não seriam tão contumazes no tocante a matéria de Execução Penal.[76]

3.2 Os princípios inerentes à execução penal

A execução penal é constituída pela fusão de princípios e normas que regulam a execução das penas nas relações entre o Estado, detentor do poder de

[74] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 90
[75] MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e pratica.** 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 62
[76] MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e pratica.** 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 65

punir, e o condenado. A Lei nº 7.210/84 é responsável pela aplicação de medidas assecuratórias e de ressocialização dos apenados.

3.2.1 Legalidade

Segundo Alexis Brito, o preceito do direito penal possui repercussão na execução penal: não há pena sem lei anterior que a defina. E ainda: não há execução da pena sem estar tipificado em lei.[77] Assegura o principio da legalidade que tanto o juiz, como as autoridades administrativas irão aplicar a lei de forma a garantir os direitos e distribuir os deveres do cidadão.[78]

Conforme disposto no artigo 1° do Código Penal: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal"[79]

O sentenciado terá a sua pena de acordo com o que diz expressamente na lei.

Ninguém pode ser privado de liberdade sem o devido processo legal, logo, também não é permitido negar a liberdade quando a lei autorizar. Cabe ao juiz, com decisão fundamentada, o reconhecimento de direitos ou a aplicação de sanções, desde que acarrete na qualidade ou majoração da pena.[80]

3.2.2 Isonomia

A isonomia não consiste na equiparação dos condenados, devem ser reconhecidas as diferenças no tocante à execução penal. O principio supracitado pretende estabelecer que não haverá distinções ou privilégios dentre os indivíduos condenados, por motivo de raça, religião ou preferência política.[81]

---

[77] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.43
[78] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.43
[79] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2017
[80] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.43
[81] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.43

Segundo Mirabete, "individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto"[82]

O princípio da isonomia é um direito fundamental assegurado no artigo 5º da Constituição Federal:[83]

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

Bem como assegura o artigo 3º da Lei de Execuções Penais nº: 7.210, de 11 de julho de 1984:

> "Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
>
> Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política."[84]

3.2.3 Presunção de Inocência

O principio da presunção de inocência prevê que o poder punitivo do Estado deve respeitar a liberdade individual, sendo a mesma um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser cerceado, a não ser dentro dos limites estabelecidos em lei, conforme a Constituição Federal de 1988, que dispõe expressamente no artigo 5º, inciso LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"[85]

---

[82] MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11ª Edição. Ed Atlas. São Paulo, 2004

[83] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: abril de 2017

[84] BRASIL. **Lei de Execuções Penais.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 18 de setembro de 2017

[85] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

Ao passo que da mesma forma este princípio é previsto também pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no qual o Brasil participa. Sendo disposto em seu artigo 8º, 2 que "toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...)".[86]

Versa-se de preceito geral formado por valores relativos à liberdade e dignidade da pessoa humana, que deve ser examinada em todas as relações referente à persecução criminal dentro do Estado Democrático de Direito, e no qual podem ser retiradas importantes garantias constitucionais.[87]

Por fim, assegura-se que apenas depois da decisão proferida com observância do devido processo legal será admitido o reconhecimento da culpa de um individuo pela realização de um crime e imputar-lhe a devida sanção penal.[88]

3.2.4 Ampla Defesa e Contraditório

A ampla defesa é o direito de apresentar todas as provas admitidas pelo direito, e as não vedadas, sendo assim, em meio à execução penal o condenado poderá apresentar todos os meios de provas cabíveis.[89] É indispensável a defesa técnica bem como a autodefesa, possibilitando ao condenado presenciar todos os atos da execução criminal.[90]

A autodefesa é um direito disponível, mas que pode ser dispensado pelo réu, podendo optar pelo direito ao silêncio, assegurado pela Carta Magna em seu artigo. 5º, inciso LXIII, que dispõe: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais

[86] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 50
[87] PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal**. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013. p. 14
[88] PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal**. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013. p. 14
[89] PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal**. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013. p. 16
[90] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.50

o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Ao passo que, a defesa técnica possui um papel indispensável.[91]

Já o contraditório, será a oportunidade que o réu tem de contestar as provas em seu desfavor, nenhuma decisão pode ser proferida sem que antes seja dada a oportunidade do questionamento e a possibilidade de provar o contrário. As partes devem ter ciência de todos os atos e decisões, sendo-lhes oferecida a oportunidade de se manifestarem antes que o provimento se torne definitivo.[92]

É formado o contraditório por dois fatores, sendo eles a informação e a reação, no tocante ao primeiro, a notificação, a intimação e a citação não são as únicas formas para a realização do contraditório, bastando a identificação do conhecimento de ambas as partes a respeito dos atos contrários. No que diz respeito ao segundo fator, não deixa de efetivar-se o exercício do contraditório mesmo que a contrariedade não se realize, sendo suficiente a oportunidade de contradizer.[93]

Os princípios supracitados estão expressamente previstos na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".[94]

3.2.5 Individualização da Pena

O princípio norteia a individualização dos apenados para que cada um, de acordo com sua reputação e histórico de antecedentes criminais, adquira o tratamento penitenciário apropriado. Este princípio é de suma importância para se

[91] PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal**. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013. p. 17
[92] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.51
[93] PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal**. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013. p. 18
[94] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017

alcançar os objetivos da Política Criminal, ou seja, para que haja uma punição adequada ao agente de conduta desviada.[95]

O mesmo está tipificado no art. 5º, inciso XLVI, em que: "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação da liberdade; perda dos bens; multa; prestação social alternativa; suspensão e interdição de direitos". Ademais, o artigo supracitado, no inciso XLVIII, afere que: "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado."[96] Do mesmo modo que no artigo 34 do Código Penal, enuncia que: "O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução"[97]

No tocante à Lei de Execuções Penais, a referida corrobora com esse entendimento supramencionado em seus artigos:

> "Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal."
>
> "Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução."
>
> "Art. 41 - Constituem direitos do preso:
>
> XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;"[98]

[95] BRASIL, **Princípios norteadores da execução penal** - Hálisson Rodrigo Lopes, Gustavo Alves de Castro Pires, Carolina Lins de Castro Pires. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14118 > Acesso em: 18 de setembro de 2017

[96] BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

[97] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2017

[98] BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm > Acesso em: 18 de setembro de 2017

3.2.6 Intranscedência

A pena possui a finalidade de atingir o infrator de formar pessoal não podendo ultrapassar a pessoa do condenado, nos moldes do artigo 5º, inciso XLV da Carta Magna, que menciona:[99]

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes
>
> XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;"

Apenas através da culpabilidade é que o condenado de uma ação típica e ilícita será reprovado pelo fato cometido. Diante da comprovação da culpabilidade ela se torna individual e intransferível, não sendo autorizada sua correspondência mesmo diante de violações recíprocas.[100]

3.3 A conversão das penas pelo descumprimento

A pena imposta poderá, sempre que a legislação autorizar, ser convertida em outra pena durante a Execução penal, mesmo que o condenado não tenha sido beneficiado pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos inicialmente, entretanto é necessário que a pena privativa de liberdade aplicada não seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, bem como prevê a inafastabilidade de outros três requisitos, nos moldes do artigo 180 da Lei de Execução Penal:[101]

> "Art. 180. A pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que:

[99] BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 18 de setembro de 2017.
[100] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 48.
[101] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 355

> I - o condenado a esteja cumprindo em regime aberto;
>
> II - tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena;
>
> - os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável."[102]

De acordo com o dispositivo supracitado, o juiz da execução não possuirá a faculdade de negar com base nos requisitos específicos da substituição o direito à conversão requerida, em casos de reincidência, conduta social, culpabilidade, dentre outros motivos, tendo em vista que estes deverão ser apurados quando proferida a sentença.[103]

A conversão detém a possibilidade de flexibilizar o quadro da execução, desta forma, a pena adota na execução não será necessariamente a pena que fora prolatada na sentença pelo juízo de conhecimento. Tal flexibilização busca aperfeiçoar o procedimento de execução em conformidade com o interesse publico e a condições pessoais do condenado, de modo proporcional ao delito.[104]

Entretanto, o instituto da conversão nem todas as vezes será aplicado de forma a beneficiar o executado, tendo em vista que como já mencionado, visa atender também ao interesse público, sendo assim, em casos de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos esta será obrigatoriamente convertida em pena privativa de liberdade, com fulcro no artigo 44, § 4º do Código Penal.[105]

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o parágrafo 4º do artigo 44 do Código Penal menciona somente as hipóteses de detenção e reclusão, omitindo-se em relação a prisão simples, de tal forma que a pena de prisão simples após ser substituída por restritiva de direitos não poderá ser convertida em privativa de liberdade, ainda que haja o descumprimento das condições impostas, visto a

---

[102] BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017

[103] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 501.

[104] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 501.

[105] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 501

ausência de previsão legal e impossibilidade de interpretação em prejuízo ao condenado.[106]

Nos casos da conversão da prestação de serviços à comunidade em pena privativa de liberdade, são apresentados os seguintes quesitos:[107]

a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;

b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestart serviço;

c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;

d) praticar falta grave;

e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

Na alínea "a", refere-se à conversão pela não localização do condenado para intimação pessoal, bem como da inércia quando o ato de intimação for expedido mediante edital. No tocante a alínea "b", a conversão será pela ausência injustificada à entidade beneficiada pela prestação de serviços, dessa forma o condenado deverá iniciar suas atividades no dia e local assinalado pelo juiz, restando a sua ausência sem justificativa na conversão. Em relação à alínea "c", a conversão ocorre quando o condenado, injustificadamente, nega-se a realizar o serviço que lhe fora designado. No que diz respeito à alínea "d", em respeito à ampla defesa e ao contraditório a conversão apenas poderá ser fixada depois da comprovação e penalização do condenado pela falta grave cometida. Ao que tange a alínea "e", refere-se à impossibilidade do executado continuar a cumprir a pena restritiva, por ter sido punido com pena privativa de liberdade.[108]

---

[106] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 357

[107] BRASIL. **Lei de Execução Penal.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de outubro de 2017

[108] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 358

No que tange à limitação de final de semana obriga que o condenado continue ao longo do final de semana em casa de albergado ou em qualquer outro local fixado, por 5 (cinco) horas. Os motivos que determinarão a conversão em pena privativa de liberdade são reiteradamente os mesmos da prestação de serviços:[109]

a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;

b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar

c) serviço;

d) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;

e) praticar falta grave;

f) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.[110]

Ao que diz respeito à interdição temporária de direitos, poderá ser feita a conversão caso o juiz verifique o cometimento dos seguintes pressupostos: I- O condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado; II- Não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desentender a intimação por edital; III- Sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.[111]

Conforme o entendimento jurisprudencial em relação à conversão das penas restritivas de direitos, segue o exposto:

> EXECUÇÃO. DESCUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRISÃO. POSSIBILIDADE. A questão é singela e está prevista no artigo 44, § 4º, do Código Penal: "A pena restritiva de direitos

[109] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 358
[110] BRASIL. **Lei de Execução Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 25 de outubro de 2017
[111] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 502

> converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta...". Foi o que no presente caso. Como registrado no termo da Audiência Admonitória, o condenado foi intimado, para iniciar o cumprimento de sua pena, mas, injustificadamente, não compareceu ao ato. DECISÃO: Agravo defensivo desprovido[112]

Entretanto, em casos de situações extraordinárias (caso fortuito ou força maior), o juiz deve oferecer ao executado o seu direito de ampla defesa e contraditório sobre o exercício injustificado do direito que lhe fora restringido. Demonstrada tal condição, o juiz não pode converter a medida supracitada pela privação da sua liberdade.[113]

4 A EXECUÇÃO PENAL E A APLICABILIDADE PROVISÓRIA DAS PENAS

A lei 7.210/84, que regulamenta a Execução Penal dentro do ordenamento jurídico brasileiro, prevê em seu artigo 2º, parágrafo único, que: "Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária." Entretanto, alguns dispositivos desta lei trouxeram algumas divergências entre a constitucionalidade da execução da pena de forma provisória e o principio da presunção de inocência.[114]

4.1 Do marco inicial da execução penal

Trata-se como preceito fundamental o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, visto que esse instituto é como marco inicial da execução penal. Ante o exposto, o condenado será tratado com a devida segurança jurídica ao cumprir as penas a ele impostas, respeitando as finalidades da execução penal.[115]

---

[112] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AGV: 70046849592.** Rel. SYLVIO BAPTISTA NETO. Rio Grande do Sul, 08 de março de 2012

[113] BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 359

[114] Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

[115] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

Conforme dispõe o artigo 1º da Lei 7.210, que versa sobre a execução penal, a referida lei tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal de maneira a concretizar o direito de punir do Estado, reprimindo o agente desviado por conseqüência da infração penal que fora violada. A lei supracitada possui ainda o objetivo de impor condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, ou seja, de ofertar recursos necessários para que o condenado tenha a possibilidade de cumprir sua pena e poder reinserir-se mais uma vez em meio à sociedade.[116]

Para firmar a percepção a cerca do trânsito em julgado, insta salientar que o estabelecimento da coisa julgada efetiva-se com o fim da fase recursal. Portanto, após o proferimento da sentença definitiva não é mais cabível o exame de recursos.[117]

Segundo Aury Lopes Jr., significa a decisão imutável e irrevogável, imutabilidade do mandamento que nasce da sentença. A aplicação do princípio do non bis in idem é primordial à coisa julgada, visto que, após o transito em julgado da sentença condenatória, torna-se inalterável, sendo inadmissível a apreciação de outra ação penal pelo mesmo fato[118]. Tal princípio encontra respaldo no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."[119]

Em relação ao Código de Processo Penal, compreende-se que o transito em julgado é preceito para o inicio da execução penal, conforme disposição expressa: "Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o

[116] BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm > Acesso em: 10 de março de 2018
[117] CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012
[118] LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**, 11 ed – São Paulo, Saraiva, 2014. P, 1146
[119] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 10 de março de 2018

réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena." (grifo nosso) [120]

Observando a lei em sentido estrito, é possível compreender que, geralmente, é admissível apenas depois do transito em julgado da sentença condenatória o início da execução penal. Em contrapartida, ao ordenamento legal, o Supremo Tribunal Federal consolidou sua linha de entendimento na possibilidade do processamento da execução da pena de maneira imediata, após o proferimento da decisão confirmatória em segunda instância, mesmo que esta esteja aguardando decisão de recurso.[121]

Por fim, cumpre salientar que o trânsito em julgado no âmbito do processo penal não está vinculado à escassez de todos os recursos cabíveis, mas sim ao esgotamento da análise fática, considerando-se inadmissível a espera do pronunciamento das cortes superiores para dar início ao cumprimento da pena pelo agente.[122]

4.2 O entendimento do STF sobre a execução provisória da pena

Por muito tempo, permaneceu o entendimento jurisprudencial de ser cabível a execução da pena de forma provisória, após a condenação em segunda instância, conforme o HC 91.675/PR de 2007.[123]

> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo

[120] BRASIL. **Código de processo penal de 1941.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de março de 2018

[121] BRASIL**, Execução Provisória da Pena-** Igor Eduardo Tonon. Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,execucao-provisoria-da-pena,589063.html > Acesso em: 10 de março de 2018

[122] Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

[123] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 91675 PR**, Relator: Ministra. CARMÉN LUCIA. 04 de setembro de 2007

> Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado.

O Supremo Tribunal Federal, por algum tempo permaneceu com o entendimento acima exposto. Entretanto, devido a diversos debates sobre o assunto, a partir do ano de 2009 a linha de entendimento sofreu alteração com o HC 84.078/09, justapondo o que prevê o artigo 637 do Código de Processo Penal: "o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença."[124]

A Suprema Corte declarou a impossibilidade de cumprir a pena antes do trânsito em julgado da sentença definitiva, firmando a viabilidade de encarceramento caso seja necessário essa medida em prisões cautelares. Nesse sentido, trata o art. 5º LVII da Constituição Federal e o art. 283 do Código de Processo Penal a incompatibilidade desses dispositivos com a execução da prisão antes do trânsito em julgado da sentença.[125]

> HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

[124] Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

[125] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 84078 MG**, Relator: Ministro. EROS GRAU 05 de fevereiro de 2009

> penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Com o julgamento do HC 126.292/16 do Supremo Tribunal Federal, ficou decidido que: "a execução provisória de acordão penal condenatório proferida em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência".[126]

> CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Conforme a posição do Ministro relator Teori Zavascki, o réu deverá ser considerado inocente desde que ainda não tenha sido proferida a sentença penal condenatória de segunda instância, logo, depois dessa fase, esgota-se o princípio da presunção de inocência, haja vista, que os recursos admissíveis da decisão de segunda instância, ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, não reexaminam provas e fatos, somente matéria de direito.[127]

Durante a decisão foi levantado que não foram violados os princípios constitucionais pela prisão depois da análise de recurso pela segunda instância, haja

[126] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 126.292**, Relator: Ministro. TEORI ZAVASCKI 17 de fevereiro de 2016

[127] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 126.292**, Relator: Ministro. TEORI ZAVASCKI 17 de fevereiro de 2016

vista que o condenado teve todos os meios necessários para se defender através do devido processo legal desde o início da ação penal. Destarte, é incompatível que o postulado constitucional da presunção de inocência seja objeto para impedir a execução da pena após a decisão do órgão colegiado[128]

Segundo Luís Roberto Barroso, o princípio da presunção de inocência que arrola o art. 5º, inciso LVII, sofreu uma mutação constitucional pela alteração de interpretação, de acordo com o Ministro:[129]

> "Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto."

Após a decisão do Habeas Corpus 126.292 do STF, foi impetra Ação Direta de Constitucionalidade, de números 43 e 44, com a finalidade de ser o art. 283 do Código de Processo Penal conhecido constitucional, tendo em vista que:[130]

> "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva."

A Suprema Corte indeferiu a medida cautelar, mas optou pela constitucionalidade do referido artigo, dispondo que não há a necessidade de

[128] Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

[129] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo,** volume único, 5ª Edição, revista ampliada e atualizada. Editora Saraiva, 2015. p. 147

[130] Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

ratificação da decisão de primeiro grau e segundo grau pelas cortes superiores para dar início ao cumprimento da pena.[131]

4.3 A execução das penas restritivas de direitos de forma antecipada

Ao impor que seja a pena executada de maneira provisória, é possível perceber uma ofensa a um princípio assegurado pela Constituição Federal interligado ao direito processual penal, trata-se da presunção de inocência, disposta no art. 5º da Carta Magna, o qual arrola garantias fundamentais. O artigo citado regulamenta em seu inciso LVII, que ninguém será considerado culpado antes que do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Segundo o doutrinador Tourinho Filho:[132] "(...) enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela."

Nesse mesmo entendimento, apresenta Gulherme Nucci:[133] "(...) As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu."

4.3.1 Conforme a posição do Superior Tribunal de Justiça

A legislação penal, em seu artigo 44 assevera que as penas restritivas de direitos são autônomas e podem substituir as penas privativas de liberdade se a pena aplicada pelo juízo competente não for superior a quatro anos e o crime não for

[131] Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

[132] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65.

[133] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª edição. Revisada e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 34

realizado com violência ou grave ameaça contra pessoa, ou qualquer que seja a pena se o crime for culposo; o réu não for reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, assim como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.[134]

Em Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a presidente revelou que o entendimento majoritário do tribunal é da impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos. Durante o julgamento a Seção afirmou que mesmo a Suprema Corte entendendo pela possibilidade da execução penal de forma antecipada depois da condenação em segunda instância, esta não se aplica às penas restritivas de direitos, haja vista a redação do dispositivo 147 da Lei de Execuções Penais, que expressa:[135]

> "Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares".

Assim como a Seção argumentou a respeito da ausência de análise pelo Plenário da Suprema Corte no que tange a viabilidade da execução das penas restritivas de direitos antes mesmo do trânsito em julgado da condenação.[136]

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos. 2.

[134] BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 10 de março de 2017

[135] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1.619.087**, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017

[136] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1.619.087**, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017

> Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. 3. Embargos de divergência rejeitados.

As decisões atuais da Suprema Corte e até mesmo do Superior Tribunal de Justiça, após o entendimento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal possibilitam demonstrar que a viabilidade da execução da pena de forma provisória após a condenação em segunda instância, alcançaria da mesma maneira as penas restritivas de direitos, segundo o Ministério Público. Sustentava ainda que seria contraditório admitir a imediata restrição de liberdade do condenado, ao passo que obsta o cumprimento da pena de maneira mais moderada que a prisão.[137]

"O Supremo Tribunal Federal, ao modificar sua jurisprudência, não considerou a possibilidade de se executar provisoriamente, especificamente, a pena restritiva de direitos. No julgamento do HC 126.292/SP, a análise se restringiu à reprimenda privativa de liberdade, na medida em que dispôs tão somente sobre a prisão do acusado condenado em segundo grau, antes do trânsito em julgado", ressaltou o Ministro Mussi ao argumentar a impossibilidade da execução provisória no tocante às penas restritivas de direitos.[138]

Conforme o entendimento majoritário da Suprema Corte, a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange a possibilidade do início do cumprimento da pena de maneira imediata, logo após a confirmação em segunda instância, não abrangeu as penas restritivas de direitos.[139]

---

[137] BRASIL, **Execução provisória é inaplicável à pena restritiva de direitos.** Superior Tribunal de Justiça. Disponívelem:<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3 %ADcias/Execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-%C3%A9-inaplic%C3%A1vel-%C3%A0-pena-restritiva-de-direitos> Acesso em: 25 de março de 2018.

[138] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1.619.087**, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017.

[139] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1.619.087**, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017

4.3.2 Conforme a posição do Supremo Tribunal Federal

Para parte da jurisprudência da Suprema Corte, não é possível a execução provisória das penas restritivas de direitos, pois o princípio da presunção de inocência afasta a execução provisória da pena.[140]

> HABEAS CORPUS – OB JETO. Surge adequado o habeas corpus quer se trate de impugnação a ato individual, quer de colegiado, sendo suficiente que se tenha articulação de ilegalidade a alcançar a liberdade de ir e vir do cidadão e haja órgão competente para julgá-lo. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – INADEQUAÇÃO. O princípio da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena.

Em contrapartida, mesmo que pendente o trânsito em julgado do processo a execução antecipada das penas restritivas de direitos aplicadas em sentença de segundo grau de jurisdição, não viola o princípio constitucional da não culpabilidade.[141]

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, I E II, DA LEI 8.137/90. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A execução provisória de pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda

[140] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus: 137088**, Relator: Ministro. MARCO AURÉLIO 24 de outubro de 2017

[141] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus: 141978**, Relator: Ministro. LUIZ FUX 01 de agosto de 2017

> instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema nº 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016. 2. In casu, o recorrente foi condenado, em sede de apelação, à pena de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, bem como ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa pela prática do crime previsto no artigo 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido.

Considerando-se aplicável a execução da pena privativa de liberdade de maneira provisória, seria incoerente conhecer pela inviabilidade da execução das penas restritivas de direitos, indiscutivelmente mais moderada do que as penas privativas de liberdade. Insta salientar, que sendo possível a restrição da liberdade do réu, não seria lógico impossibilitar a imposição da execução provisória das penas restritivas de direito mesmo que pendentes de julgamento por instância superior.[142]

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebe-se que a aplicação da Execução Provisória nas penas restritivas de direitos está impedida pela Lei de Execuções Penais, no tocante a sua admissibilidade por parte da jurisprudência atual. Nota-se que a lei supramencionada, em seu dispositivo 147, dispõe que é marco inicial para a execução penal o trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória.

Segundo a posição do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 126.292, discutia-se a aplicação da execução provisória das penas privativas

[142] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus: 141978**, Relator: Ministro. LUIZ FUX 01 de agosto de 2017

de liberdade, com o argumento de que a condenação em segundo grau de jurisdição, não contraria o princípio da não culpabilidade, assegurado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

É importante ressaltar que este princípio deve ser base do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a Suprema Corte afirma que durante o processo o acusado teve todos os direitos e garantias disponíveis pela Constituição Federal, portando não podendo alegar que fora violado o princípio da presunção de inocência.

Sob perspectiva diversa, verifica-se que durante a decisão do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se a perspectiva da impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos. Mesmo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que é possível a execução da pena de forma provisória, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é de que essa possibilidade não alcança os condenados às penas restritivas de direitos, haja vista a norma estabelecida no artigo 147 da Lei de Execuções Penais.

Insta salientar, que a Suprema Corte, não faz referência de que as penas restritivas de direitos apenas poderiam ser executadas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que, em caso de aplicação diversa, provocaria compreensão extensiva da decisão proferida pelo Pretório Excelso.

Outrossim, cabe mencionar, mesmo que o Supremo Tribunal Federal seja o responsável pela garantia do cumprimento das leis dispostas pela Constituição Federal, tendo em vista que o mesmo simboliza o poder máximo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que esta interpretação firmada produziu efeitos vinculantes, haja vista que a atual presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Cármen Lúcia, afirmou que a decisão da possibilidade da execução provisória das penas privativas de liberdade possui caráter de repercussão geral.

Conclui-se, que nas penas privativas de liberdade, a antecipação da execução provisória pode favorecer o condenado no que diz respeito aos privilégios expressos

para execução. Ao passo que nos casos de aplicação das penas restritivas de direitos, não é possível desfrutar de benefícios, por não haver a possibilidade da progressão de regime, tal como acontece nas penas privativas de liberdade.

Em suma, ao decorrer do estudo da presente monografia, no que concerne à Constituição Federal frente ao princípio da presunção da não culpabilidade, constata-se pela impossibilidade de iniciar a execução provisória das penas restritivas de direitos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo,** volume único, 5ª Edição, revista ampliada e atualizada. Editora Saraiva, 2015. p. 147

BITTENCOURT, Cezar Roberto, **Novas Penas Alternativas.** 3ª Edição. São Paulo. Ed Saraiva, 2006.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017.

BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 25 de outubro de 2017.

BRASIL. **Código de processo penal de 1941.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de março de 2018.

BRASIL**. Execução Provisória da Pena.** Igor Eduardo Tonon. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,execucao-provisoria-da-pena,589063.html > Acesso em: 10 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm > Acesso em: 18 de setembro de 2017.

BRASIL**, Princípios norteadores da execução penal -** Hálisson Rodrigo Lopes, Gustavo Alves de Castro Pires, Carolina Lins de Castro Pires. Disponível em: <http://www.ambito-

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14118 > Acesso em: 18 de setembro de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça.**AgRg no AREsp: 1355445 SP 2012/0246446-0**, Relator: Ministro ROGÉRIO CRUZ,26 de maio de 2015

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: 314550 MS 2015/001119-2** , Relator: Ministro. GURGEL DE FARIA. 17 de março de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal.**Habeas Corpus: 91675 PR**, Relator: Ministra. CARMÉN LUCIA. 04 de setembro de 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 84078 MG**, Relator: Ministro. EROS GRAU 05 de fevereiro de 2009

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 126.292**, Relator: Ministro. TEORI ZAVASCKI 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus: 137088**, Relator: Ministro. MARCO AURÉLIO 24 de outubro de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus: 141978**, Relator: Ministro. LUIZ FUX 01 de agosto de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1.619.087**, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AGV: 70046849592,** Rel. SYLVIO BAPTISTA NETO. Rio Grande do Sul, 08 de março de 2012.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**- São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**, 11 ed – São Paulo, Saraiva, 2014. P, 1146.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e pratica.** 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 11ª Edição. Ed Atlas. São Paulo.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direto Penal, Parte Geral**, 22º edição, São Paulo, editra Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª edição. Revisada e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 34

PELLEGRINI, Ada. **O processo – III série estudos e pareceres de processo penal**. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Estudo e Pareceres de Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65

Ciências Criminais

VIOLÊNCIA JOVEM NA CLASSE MÉDIA E ALTA: ASPECTOS GERAIS, ESTUDO DE CASO E RAZÕES

Valésia Guedes Camelo

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar de forma geral o comportamento desviante do jovem de classe média alta, ou seja, fazer um apanhado de possíveis hipóteses para as razões que poderiam levar jovens bem-nascidos, que aparentemente tem o que de melhor a vida pode lhes oferecer, gozam de uma boa estrutura financeira, acesso a uma educação de qualidade a se voltarem para a prática de crimes sem motivação alguma aparente. Neste sentido, realiza-se uma reflexão ética sobre as carências humanas, falta de estrutura familiar, a ausência dos pais e respostas agressivas, do ponto de vista da Criminologia e do Direito. Dessa forma, analisar e discutir sobre essas questões e procurar entendimento provável do que poderia desencadear ou motivar mudanças no comportamento de jovens ricos, sem qualquer impulso aparente.

Palavras chave: Violência juvenil. Classe. Jovens. Comportamento. Crimes. Família.

1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo o crime foi encarado, do ponto de vista sobrenatural, como uma manifestação demoníaca, ou sob a ótica moral e religiosa, como um comportamento pecaminoso. O abandono da concepção metafísica e a secularização do estudo do crime só vieram a ocorrer no Século XVIII, sob a influência da filosofia iluminista, com a chamada Escola Clássica.

Para a Escola Clássica todos os indivíduos são iguais e tem o controle de suas ações. O homem é tido como um sujeito que se manifesta de forma racional, motivado pela busca de maior e menor sofrimento, portanto a ação criminosa seria produto da liberdade de decisão do homem. O crime era considerado uma entidade de direito, ou seja, uma realidade jurídica.

É verdade quando se diz que não existiu civilização onde a violência não tenha existido, trata-se de uma estrutura constante do próprio fenômeno humano e tem evidente um papel na vida da sociedade. A Escola Positiva (sec. XIX e XX), como Cesare Lombroso e Augusto Comte, diz ser o crime um fato natural, que o homem é um ser degenerado, doente predestinado a cometer crimes.

O homem é naturalmente mal, perverso e violento, e quando instigado por sentimentos danosos se torna mais cruel ainda. No entanto o crime pode ser também decorrente de um aprendizado, ou seja, o comportamento criminoso pode ser aprendido, isso porque as pessoas estão diariamente em um convívio interpessoal e isso faz com que sejam aprendidas tanto coisas boas como ruins.

Por outro lado, não cabe mais afirmar que a violência no Brasil nasce junto com os jovens que crescem em periferias, em condições precárias de moradia, saneamento básico, saúde, emprego, etc. Sendo que essas carências dão uma enorme contribuição ao quadro de violência praticada por jovens.

Nesse contexto, se existe uma relação entre a criminalidade e uma estrutura socioeconômica atual, que conduz grande parte de pessoas e jovens a situação de invisibilidade social, e a consequente marginalidade e exclusão, por outro lado, existem aqueles que se livram dessa situação de invisibilidade social, são os jovens da classe média e alta. E o que então dizer da prática de crimes por esses jovens, e possíveis hipóteses para as razões que poderiam levá-los a cometer crimes a que tipo de privação eles estão submetidos?

Casos ocorridos em Brasília – DF, como os dos jovens que atearam fogo em um mendigo, que faleceu, entre os jovens, filhos de policiais e comerciantes no

Guará - DF, como também, moradores do Lago Sul foram presos acusados de cometer 11 assaltos no plano piloto e em São Sebastião uma única semana. Um é filho de funcionária da embaixada, e o dinheiro obtido era usado em viagens, e segundo um deles, “para tirar onda de playboy” com amigos e namoradas e adquirir status entre os amigos.

Será a delinquência juvenil determinada pelas condições sociais e econômicas desses indivíduos? Foi, portanto, diante desses questionamentos que o presente trabalho foi desenvolvido. A metodologia adotada foi baseada no procedimento de pesquisa bibliográfica, com a utilização de leitura aprofundada, de ambas as áreas, Criminologia, e do Direito, buscando uma reflexão ética sobre as carências humanas, bem como, a importância da família na prevenção da violência.

Primeiramente, a título de introdução do trabalho, o tema é apresentado e um sumário justificado e delineado, a fim de remeter ao leitor a justificativa e relevância do trabalho.

O capitulo inaugural, “Violência geral e violência do jovem na classe média alta”, compreende uma reflexão sobre o tema abordado, com discussões e posicionamentos atuais para o desenvolvimento da monografia. Com aporte bibliográfico em Criminologia e Direito, citando autores como Alessandro Baratta, Emile Durkheim, Sérgio Salomão Shecaira, Maria Rita Khel, Cesare Lombroso, Antonio Sérgio Spagnol, Cesare Becaria, Rose Gurski, Maria Tereza Maldonado, entre outros.

Ainda esse primeiro capitulo falo sobre a violência como utilidade e conceito de juventude. A imensa dificuldade para conclui este trabalho certamente foi a escassez de informações e dados sobre o assunto, a doutrina praticamente não fala sobre o tema, e tive que me ater mais a pesquisas nas áreas de estudos das relações inter-humanas.

O segundo capítulo foi desenvolvido com a síntese do fato sobre o caso do índio pataxó Galdino Jesus dos Santos, com base em discussões sobre o tema, e

possíveis causas, com objetivo de procurar entender as eventuais hipóteses para as razões que poderiam levá-los à prática de crimes. E nessa perspectiva, desenvolver possíveis soluções para o problema.

2 VIOLÊNCIA GERAL E VIOLÊNCIA DO JOVEM CLASSE MÉDIA E ALTA

Existe uma criminalidade vigente, decorrente de uma estrutura socioeconômica atual, e que exerce uma influência no meio social sob os indivíduos que cometem crimes. Jovens menos favorecidos acabam sendo vítimas de uma violência institucionalizada, onde falta acesso às condições mínimas de moradia, segurança, acesso a saúde, escolaridade, entre outros. Essa ausência do poder público agrava ainda mais o quadro de violência. Indivíduos que, muito provavelmente, por algum episódio vivenciado enquanto ainda crianças ou adolescentes tiveram sua formação comprometida, e que, fora, se deparam com um caos social. Isso vem facilitar e a conduzir muitos desses jovens à delinquência, independente a qual nível social eles pertençam.

2.1 Violência como utilidade

Afirmar que a violência é algo normal na sociedade, tanto quanto o crime,

afirmar que, existe um lado positivo, ou seja, é útil e funcional para a sociedade. Sobre o tema Emile Durkheim, traz essa concepção do utilitarismo dos fatos sociais, e expõe que "o crime não se observa só na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades de todos os tipos": "não há nenhuma em que não haja criminalidade".[1]

É importante ressaltar que determinados comportamentos e acontecimentos sociais fazem parte da vida em sociedade, e que esses fatos praticados têm na sua construção algo que se compreende enquanto civilização como uma manifestação normal e aceitável, como o crime, que faz parte da existência do homem.

[1] DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 82.

Segundo Durkheim, a criminalidade muda de forma, os atos assim qualificados não são os mesmos em todo o lado; mas sempre e em toda a parte existiram homens que se conduziam de modo a incorrer na repressão penal, "o delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social". Somente "as suas formas anormais, por exemplo, no caso de crescimento excessivo, podem ser consideradas como patológicas".[2]

O crime é algo que faz parte de toda e qualquer civilização, mas, não se trata de fenômeno natural e nem tão pouco normal o crescimento desenfreado dos delitos, ou seja, fora de controle, isso sim, causa um enorme descontentamento, gerando desconforto e insegurança social.

Portanto, "nos limites qualitativos e quantitativos da sua função psicossocial", o delito é não só "um fenômeno inevitável, embora repugnante, devido à irredutível maldade humana", mas também "uma parte integrante de qualquer sociedade sã". "O crime é normal porque uma sociedade isenta dele é completamente impossível".[3]

Dizer que o crime é algo normal e natural, parece uma atitude cruel e, sobretudo desumana, mas não é, mas sim, aceitar que o comportamento desviante de determinados agentes existe como fenômeno funcional, desde que, em limites sustentáveis, como forma de equilíbrio social.

Esta visão geral funcionalista do delito vista por Durkheim não permitia mais que ele enxergasse "o criminoso como ser radicalmente insociável, como uma espécie de elemento parasitário, de corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade, mas como, um agente regulador da vida social".[4]

Rodrigo de Abreu Fudoli fala sobre a diferença entre violência e criminalidade diz que, a violência e a criminalidade são fenômenos diversos. O crime

[2] DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2011. p.82
[3] Ibidem, p. 83.
[4] Ibidem, p. 87.

apenas uma das facetas da violência, embora haja, no discurso dominante, uma clara aproximação entre violência e crime, identificando-se a ação individualizada convencional como tradução da ideia de violência. Este falso e parcial pensamento conduz à consideração do sistema penal como produto hábil a fornecer à sociedade a proteção e segurança almejadas, como forma de desviar as atenções de fatos mais danosos, e de permitir o terrorismo oficial, mantenedor da injustiça, da desigualdade e da exclusão.[5]

O autor entende que a criminalidade e a violência são acontecimentos distintos, o crime reflete uma das várias formas de violência, mas na realidade existem outras formas bem mais danosas de violência como por exemplo a corrupção, que tira a oportunidade de crianças e jovens terem uma melhor expectativa de escolaridade, saúde, moradia, ou seja, viver com mais dignidade.

Segundo Alessandro Baratta dentro da concepção utilitarista de Durkheim, "o crime, por sua vez, é um fenômeno normal de toda estrutura social"; além disso entende que "só deixa de sê-lo, tornando-se preocupante, quando são ultrapassados determinados limites, quando o fenômeno do desvio passa a ser negativo, para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se firmou (esta é a situação de "anomia"); Ao contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e desenvolvimento sociocultural".[6]

O autor entende que o crime para ser visto como útil deve se apresentar de forma a não prejudicar a vida das pessoas em coletividade, ou seja, o crime assim como o comportamento desviante são esperados em quantidade mínima, funcional, o crescimento excessivo de ambos se torna preocupante, e desafia o desenvolvimento de toda e qualquer estrutura social.

[5] FUDOLI, Rodrigo de Abreu. O fenômeno violento: fatores condicionantes e propostas para redução de sua incidência. *Revista do CNPCP*, Brasília, v. 1, n. 11, p. 95-112, jan./jun. 1998

[6] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direto penal. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 60-61

Além disso, ressalta Baratta que, "o delito pode ter também, além dessa função indireta, um papel direto no desenvolvimento moral de uma sociedade". "Não somente deixa o caminho livre para as transformações necessárias, mas em determinados casos as prepara diretamente", ou seja, o criminoso não só permite a manutenção do sentimento coletivo em uma situação suscetível de mudança, mas antecipa o conteúdo mesmo da futura transformação".[7]

A conduta criminosa está diretamente ligada a vida em coletividade, e assim, como muitos outros fenômenos sociais exercem a sua função reguladora, como o desemprego, a fome, assim ocorre com o crime, com maior ou menor intensidade, mas todos com extrema relevância dentro de uma estrutura social.

2.2 O que vem a ser juventude

Se a juventude é ou não um estado de espírito, é algo a se considerar, ainda mais numa época em que muitas pessoas disputam, e buscam prolongar ao máximo de tempo possível a condição jovem, Maria Rita Kehl define a adolescência como "um estado de espírito, é um jeito de corpo, é um sinal de saúde e disposição, é um perfil do consumidor, uma fatia do mercado em que todos querem se incluir".[8]

Para Maria Tereza Maldonado a adolescência vem a ser "uma fase do ciclo vital cheia de desafios e oportunidades: expansão do conhecimento, desenvolvimento de talentos e habilidades, consolidação da autonomia e da identidade, alfabetização amorosa"; e ainda ressalta que "o adolescente já não é uma criança, e ainda não é adulto, há perdas e ganhos, transformações da identidade, do seu modo de ser no mundo, alegrias, insegurança, ilusão de onipotência, busca de sentido para a vida, o adolescente precisa fundamentalmente ser ouvido, compreendido e respeitado, ele necessita de apoio e orientação por parte de adultos

[7] Ibidem, p. 61.
[8] KHEL, Maria Rita. A juventude como sintoma da cultura. In: NOVAES, Regina; VANNUCHI, Paulo (orgs.). *Juventude e sociedade*: trabalho, educação, cultura e participação. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

que sejam bons modelos de identificação, a influência do grupo de amigos é muito relevante, para bons e maus caminhos".[9]

A partir do texto exposto, fica claro que Maldonado entende a adolescência como fase de transformação e muitas descobertas na vida do adolescente, com grande relevância no que tange à transmissão de valores, e boas referências de comportamento por parte de adultos, principalmente daquelas advindas de grupos de amigos.

De acordo com Rose Gurski "a juventude é época agoniada, de impotência, de covardia, onde nada nos prova que seremos capazes de fazer alguma coisa, quanto mais algo que seja melhor do que já está"; e assim conclui que: "a juventude está intrinsecamente associada ao tema do novo onde aqueles que estão se tornando grandes de tamanho, embora ainda pequenos de experiências, inventariam seu legado, decidem o que levarão adiante e o que deixaram pelo caminho".[10]

Para Gurski, o que se espera dos adolescentes nesse momento da vida de transição e tantas coisas novas surgindo ao mesmo tempo, é que façam um apanhado das poucas experiências vividas, quer na família, escola, com grupos de amigos, na comunidade onde estão inseridos, e assim, fazer as suas próprias escolhas.

A autora ainda ressalta que "a definição da adolescência como uma fase eminentemente moderna que demarca a transição de valores entre a infância e a vida adulta já é quase um consenso"; e nesse sentido ela entende que

> "Vigora a premissa de que a adolescência é um momento de passagem, por meio do qual a criança se transforma em um jovem sedento por conhecimento, pois após esperar o tempo da infância, ser-lhe-á concedido o passaporte para participar das decisões que realmente têm valor na esfera social".[11]

[9] MALDONADO, Maria Tereza. *Cá entre nós:* na intimidade das famílias: São Paulo: Integrare, 2006. p.141.
[10] GURSKI, Rose. *Três ensaios sobre juventude e violência*: São Paulo: Escuta Clínica Maud Mannoni, 2012. p. 14
[11] GURSKI, Rose. *Três ensaios sobre juventude e violência*: São Paulo: Escuta Clínica Maud Mannoni, 2012. p. 96

Essa passagem é um momento realmente marcante na vida do adolescente, momento em que ele entende e espera ser capaz de grandes mudanças, não somente físicas, como de comportamento, atitudes, é o tão esperado momento de participar da tomada de decisões importantes, tanto da sua vida pessoal e familiar, como também e principalmente da sua vida como cidadão.

2.3 Violência juvenil

Sabe-se que a violência que existe hoje no país não é e nem poderia ser somente decorrente da maldade humana. Ela tem sim raízes culturais, sociais e socioeconômicas, é uma realidade, e nos últimos anos, esse fenômeno vem preocupando a todos, trata-se de um problema social grave, que merece interesse e atenção maior dos órgãos competentes e de toda a sociedade.

Diante de uma sociedade assustada e cada vez mais perplexa com o aumento progressivo da violência praticada por jovens em todo o país, faz com que a sociedade passe a refletir acerca do que está acontecendo com os jovens, que, com esses excessos juvenis, tentam deixar suas marcas, inscrições.

Por outro lado, não cabe mais afirmar que a violência no Brasil nasce junto com os jovens que crescem em periferias, em condições precárias de moradia, saneamento básico, saúde, emprego, etc, sendo que essas carências dão uma enorme contribuição ao quadro de violência praticada por jovens.

Cesare Beccaria faz uma reflexão acerca de como prevenir os delitos e sustenta que "é melhor prevenir os delitos do que puni-los. É esse o escopo principal de toda boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade possível, conforme todos os cálculos dos bens e dos males da vida".[12]

Não existir crimes e violência é algo impossível de acontecer em qualquer sociedade, pois em todas as civilizações existentes o crime esteve e estará presente. No entanto pode haver a tentativa de prevenir os crimes, e assim minorar as

[12] BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.130

ocorrências delitivas, através do interesse do Estado e participação de toda a sociedade.

No entanto ele afirma: "não ser possível reduzir a turbulenta atividade dos homens a uma ordem geométrica sem irregularidade e confusão", e que assim:

> "Como as leis da natureza, constantes e simplíssimas, não impedem que os planetas sofram perturbações em seus movimentos, assim também nas atrações infinitas e muito opostas do prazer e da dor as leis humanas não podem impedir as perturbações e a desordem".[13]

Não se pode esperar que as leis por si só pudessem impedir as manifestações violentas e a maldade do homem em sociedade, assim como o esporte, a família, a religião, funcionam como impedimento ou como freio social, da mesma forma acontece com as leis. Pois sempre vão existir pessoas a incorrer na prática de crimes.

Para Cesare Beccaria, a educação é o meio mais seguro para prevenir os delitos e o autor defende que "o meio mais seguro, porém mais difícil, para prevenir os delitos é aperfeiçoar a educação, assunto demasiado vasto que excede os limites que me impus". Ousa também dizer que "ele está muito intimamente ligado à natureza do governo, razão para que seja sempre um campo estéril, só cultivado aqui e acolá por alguns poucos sábios, até nos mais remotos séculos da felicidade pública".[14]

Antônio Sérgio Spagnol, em sua análise sobre os atos violentos de jovens paulistas ressalta que:

> "A grande maioria dos adolescentes internados na FEBEM de São Paulo é oriunda da periferia da cidade e pertencente às classes trabalhadoras pauperizadas. Mas é interessante notar que nessa mesma periferia encontramos adolescentes submetidos às mesmas condições sociais que em nenhum momento de suas vidas envolveram-se com o mundo do crime. No meio do caos em que se encontram, parece que ainda buscam uma normalidade de vida no binômio escola-trabalho

[13] Ibidem, p. 131.
[14] Ibidem, p. 136.

> que lhes dê um mínimo de esperança de melhoria de suas condições".[15]

O que poderia explicar comportamentos tão diferentes, tendo em vista que as condições a que esses jovens são submetidos são as mesmas, ou seja, boa parte se encontra inserido nesse contexto de muita pobreza, carências e privações de toda ordem, como explicar essas diferenças?

A partir do texto exposto, ele observa que, grandes parcelas das famílias onde estão inseridos esses jovens, mesmo em meio a todo esse contexto social adverso consigam manter uma estrutura familiar pautada pelo amor, educação moral, escolaridade, na qual essa estrutura permita que esses jovens não se sintam tentados a ingressar no mundo da marginalidade.

Spagnol afirma que:

> "Contudo, a pobreza por si só não explica a violência nessas áreas, palco de sua pesquisa, uma vez que os dados sobre as outras regiões da cidade, igualmente miseráveis, apenas uma parcela dos adolescentes envereda para o campo da delinquência, outros elementos devem existir que indiquem as causas desse fenômeno".[16]

Nesse contexto, Antônio Lisboa ao falar sobre o tema menor infrator indaga como ser possível "que duas crianças, vivendo na mesma favela, de famílias pobres, uma se dedique ao crime e a outra não? Por que a pobreza e as desigualdades sociais levam alguns ao crime e a maioria se mantem íntegra, como ocorre nas favelas"? Além disso, o autor entende que "o menor infrator não nasce mau, não surge por acaso, é fruto da decadência moral, secundada pelas desigualdades sociais".[17]

O acesso cada vez maior aos meios de comunicação seja ele qual for, quer televisão, quer revista, filmes ou livros faz com que os jovens desejem possuir bens, roupas, sapatos, caros, celulares, mesmo sabendo que não têm condições financeiras

---

[15] SPAGNOL, Antônio Sérgio. Jovens delinquentes paulistanos: tempo social. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 17, n. 2, nov. 2005

[16] Ibidem.

[17] LISBÔA, Antonio Marcio Junqueira. *A primeira infância e as raízes da violência*: proposta para diminuição da violência. Brasília: LGE, 2007. p.63-64

para a posse desses objetos. Ou seja, existe uma democratização ao desejo de posse desses bens de consumo, mas não a possibilidade de possuí-los.

Spagnol assinala que "para ter um tênis de marca que pode proporcionar-lhe satisfação e prestígio diante de seus iguais, um jovem não vê nenhum problema em tirar a vida de outra pessoa, mesmo que seja a de um jovem como ele"; e ainda "ter uma arma também concede poder e prestígio, e para manter-se nesse meio e satisfazer seu desejo de aquisição, o jovem delinquente comete outros pequenos crimes que caracterizam o seu cotidiano".[18]

Para o autor, o jovem uma vez tendo ingressado nesse universo da marginalidade e se identificando com ele, passa a ter uma rotina na prática de crimes, começa a enxergar o outro como simples objeto, alguém de posse daquilo que ele desejou, seja uma mochila, um relógio, sapatos o que for, não vê problema em ferir ou matar quem quer que seja.

Ainda nesse contexto Spagnol adverte que esses jovens "levam uma vida sedutora para quem quer ter algo, e consegue tê-lo grande parte do tempo, esses pequenos crimes vão desde sair de um bar sem pagar até furtar lojas ou pessoas na rua, e muitas vezes exercem uma atração independentemente do ganho material"; e ainda entende que: "Furtar um doce na padaria, levar uma peça de roupa qualquer na loja e sair sem pagar, furtar revistas das bancas etc. Não é o valor da mercadoria que justifica o roubo, mais sim o prazer de fazê-lo".[19]

Para Spagnol, a prática cotidiana desses pequenos delitos onde na maior parte das vezes conseguem lograr êxito, vai tomando uma proporção bem maior do que se imagina, pois, independe do lucro, ele afirma, e sim pela identificação e satisfação, no prazer em delinquir.

O que se observa na grande maioria das vezes, que esses jovens ao praticar pequenos delitos estão quase sempre na companhia de outros da mesma idade ou de

[18] SPAGNOL, Antônio Sérgio. Jovens delinquentes paulistanos: tempo social. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 17, n. 2, nov. 2005
[19] Ibidem

pessoas que acabaram de conhecer, ou seja, associam-se somente para delinquir, fazem isso para tirar onda, pela adrenalina, ou por puro prazer na prática dos delitos ou até mesmo em busca de autoafirmação e prestígio diante dos demais do bando.

Maria Tereza Maldonado ao falar sobre violência a autora afirma que

> "Todos nós nascemos com impulsos amorosos e agressivos, no processo educacional, na necessária parceria entre família, escola e outras instituições sociais, pretende-se expandir a capacidade amorosa, que resulta em gentileza, solidariedade, compreensão, e canalizar a agressividade para fins construtivos, como a assertividade, a firmeza, a persistência, a luta para superar obstáculos, a capacidade de se defender. A energia agressiva é inata e necessária, mas a violência é aprendida no contexto social".[20]

Sabe-se que faz parte da natureza humana esse comportamento agressivo e egoísta, mas existem situações em que o homem é instigado por sentimentos danosos, como a inveja, o ódio, também por situações dentro do contexto social onde se encontra inserido, que podem levá-los há manifestações violentas, Maldonado assinala que:

> "Condutas agressivas encobrem tristeza, sentimento de rejeição, necessidade de diferenciação para fortalecer a independência, manobra de dominação, medo de ser dominada, baixa tolerância à frustração e muito mais, e que é na passagem da infância para a adolescência, e na transição para a idade adulta, a agressividade é o disfarce mais comum do medo de não conseguir formar uma individualidade".[21]

Para a autora, o adolescente nessa passagem para uma vida adulta de mais responsabilidade e comprometimento em várias esferas, traz grande abalo psicológico, moral, emocional, isso pode acarretar comportamentos e atitudes antes não vivenciadas. Esses sintomas juvenis, muitos deles regados a violência, agressividade e intolerância, demonstram uma forma de delimitar o seu lugar em sociedade.

Em um entendimento mais recente Gurski diz que:

[20] MALDONADO, Maria Tereza. *Cá entre nós:* na intimidade das famílias: São Paulo: Integrare, 2006. p. 203

[21] Ibidem, p. 178.

> "Há na adolescência uma urgência em confirmar a inscrição de si por meio das diferentes formas de se fazer representar no social que, somada ao empobrecimento das condições de construção da experiência e ao esvaziamento do espaço público como espaço legítimo de representação, acaba por incrementar a dimensão das escritas violentas na adolescência de nosso tempo".[22]

Segundo Alessandro Baratta, Robert Merton ao desenvolver a teoria sociológica funcionalista da "anomia", se opôs assim como Durkheim, a concepção patológica do desvio, e que, se permita com essa concepção "interpretar o desvio como um produto da estrutura social, absolutamente normal como o comportamento conforme ás regras". Isto significa que "a estrutura social não tem somente um efeito repressivo, mas também, e, sobretudo, um efeito estimulante sobre o comportamento individual". A estrutura social "produz novas motivações, que não se deixam reconduzir a tendências inatas".[23]

Ele observa que, a estrutura social desencadeia sobre o indivíduo influências e efeitos diversos, do ponto de vista negativo, e também positivo, que ele pode ser estimulado a novas e boas escolhas, como também o contrário pode acontecer, o desvio está inserido na sociedade como produto do meio, vai depender dos estímulos e do caminho escolhido pelo indivíduo a ser trilhado em sociedade.

O modelo de explicação funcionalista proposto por Merton, portanto

> "Consiste em reportar o desvio a uma possível contradição entre estrutura social e cultura: A cultura, em determinado momento do desenvolvimento de uma sociedade, propõe ao indivíduo determinadas metas, as quais constituem motivações fundamentais do seu comportamento. Proporciona também, modelos de comportamentos institucionalizados, que, resguardam as modalidades e os meios legítimos para alcançar aquelas metas".[24]

O delito é um acontecimento social e absolutamente aceitável, desde que dentro da visão de que nenhuma sociedade se isenta dele. A estrutura econômico-

[22] GURSKI, Rose. *Três ensaios sobre juventude e violência*. São Paulo: Escuta Clínica Maud Mannoni, 2012. p. 31
[23] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direto penal. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 62
[24] Ibidem, p. 63.

social que se apresenta hoje não proporciona as mesmas oportunidades para todos, existem janelas que difundem a inclusão de acesso ao consumo, essa sim é alcançada por todos os níveis da sociedade, mas nem sempre é possível que todos alcancem por vias legítimas essa possibilidade de consumo, e acabam por delinquir.

Por outro lado, afirma o autor que:

> "A estrutura econômico-social, oferece aos indivíduos, em graus diversos, especialmente com base em sua posição nos diversos estratos sociais, a possibilidade de acesso ás modalidades e os meios legítimos para alcançaras metas, e que essa desproporção que pode existir entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcançá-los, está na origem dos comportamentos desviantes".[25]

Para o autor, essa estrutura dispõe aos indivíduos em todas as esferas sociais, a possibilidade de que todos alcancem seus objetivos em sociedade, sejam eles por vias legítimas de acesso ou através de meios culturalmente estabelecidos, e assim, fazer suas próprias escolhas, o que estaria na origem desses comportamentos, e expõe que:

> "Determinadas infrações e determinados delitos são uma reação inteiramente "normal" a uma situação na qual existe uma acentuada cultura do sucesso econômico e que, contudo, oferece em escassa medida o acesso aos meios convencionais e legítimos de sucesso, e que tanto para a maior quanto para a menor possibilidade de tornar-se criminoso, não são decisivas as características biopsicológicas dos indivíduos, mas sim a permanência a um ou outro setor da sociedade".[26]

Além disso, entende Baratta que "o acesso aos canais legítimos para enriquecer-se tornou-se estreito por uma estrutura estratificada que não é inteiramente aberta, em todos os níveis, aos indivíduos capazes. A cultura coloca, pois, aos membros dos estratos inferiores, exigências inconciliáveis entre si. Por outro lado, aqueles são solicitados a orientar a sua conduta para perspectiva de um

[25] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direto penal. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 63
[26] Ibidem

alto bem-estar; por outro, as possibilidades de fazê-lo, com meios institucionais legítimos, lhes são, em ampla medida, negadas".[27]

Ele entende que se trata de uma estrutura social em que nem todos os indivíduos tem acesso ao sucesso de uma estabilidade econômica e social, por vias legítimas, as pessoas de classes menos favorecidas não têm as mesmas oportunidades que as de nível social mais elevado, ou seja, acesso a boas escolas, a praticar um esporte, morar bem, saúde etc, e nem o acesso aos meios existentes em sociedade para alcançar tais níveis de bem-estar social.

De acordo com Maria Rita Khel "a imagem do adolescente consumidor, difundida pela publicidade e pela televisão, oferece-se à identificação de todas as classes sociais"; além disso, a autora diz que "assim, a cultura da sensualidade adolescente, da busca de prazeres e novas sensações, do desfrute do corpo, da liberdade, inclui todos os adolescentes, do filhinho do papai ao morador de rua, do jovem subempregado que vive na favela ao estudante universitário, todos se identificam com o ideal publicitário do adolescente hedonista, belo, sensual, o que favorece, evidentemente, um aumento exponencial da violência entre os que se sentem incluídos pela via da imagem, mas excluídos das possibilidades de consumo".[28]

Khel sustenta que, a imagem do adolescente consumidor que é amplamente divulgada pelos meios de comunicação em massa, alcança todos os adolescentes, independente de qual estrato social ele pertença, todos se identificam com esse modelo, por outro lado, potencializa um aumento da criminalidade entre aqueles que têm acesso de forma democrática à imagem do adolescente consumidor, todavia, não é recíproco o acesso ao consumo.

Uma pesquisa da UNESCO revela que ao analisar o papel da escola na educação dos jovens, a organização mostrou-se descontente em relação a formação

[27] Ibidem
[28] KHEL, Maria Rita. A juventude como sintoma da cultura. In: NOVAES, Regina; VANNUCHI, Paulo (orgs.). *Juventude e sociedade*: trabalho, educação, cultura e participação. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004

para o exercício da cidadania, de valores cívicos e afetivos. A pesquisa também demonstra que, dentre as causas apontadas por profissionais da educação para o comportamento mais violento dos jovens, destaca-se que:

> "Em segundo lugar com 28,6% "a influência dos meios de comunicação", em primeiro lugar com 29,2% "a desestruturação das famílias/ ausência dos pais", e em terceiro lugar com 26,2% a falta de limites, excesso de liberdade pelos pais".[29]

Sérgio Salomão Shecaira ao se referir ao tema falando sobre a "teoria da subcultura delinquente" destaca que:

> "A revolta da moderna sociedade, especialmente quanto aos jovens, aparece mais pronunciadamente na adolescência. Sob certas condições de insegurança e de falta de crenças morais, esta revolta da juventude induz algumas pessoas a pratica de atos de vandalismo, que se constituem em suas atitudes mais evidentes".[30]

Entende o autor, que esse sintoma de revolta se apresenta em nosso tempo, em especial na juventude tem causa, sobretudo em momentos de insegurança, seja pessoal, familiar, social, como também na ausência de bons exemplos de ética e moral, e muitos são os jovens que nessa fase são levados a si manifestar com atitudes e comportamentos violentos.

Shecaira observa que muitas vezes têm "os adolescentes dois caminhos para obter algum reconhecimento dos adultos": "fazer grupo e fazer estardalhaço, ou besteiras, enfim associar-se para transgredir"; ainda entende que "existe uma parceria de adolescência e delinquência, porque o adolescente por não ser reconhecido dentro do pacto social, tentará ser reconhecido "fora" ou contra ele".[31]

Ele observa que é nessa fase em que o adolescente acaba por buscar ter reconhecimento por parte dos adultos, com isso faz parcerias com seus iguais ou até mesmo passa a delinquir, procuram não passar despercebidos diante da sociedade, ao

[29] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Juventude, juventudes*: o que une e o que separa. Brasília: UNESCO, 2006
[30] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 267
[31] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p, 267

contrário, querem mesmo é ser notados, e para que isso aconteça vale tudo, até mesmo transgredir, contrariando tudo e a todos, com isso, buscam se inscrever, se fazer presente.

De acordo com o autor "crianças e adolescente menos capazes e de pior conduta na escola, geralmente de lares problemáticos e com baixa autoestima, têm mais probabilidade de cometimento de delitos que aqueles com melhor rendimento acadêmico e bem integrado ao meio escolar e familiar".[32]

Ele também ressalta:

> "Os meios de comunicação de massa, os efeitos envolventes e persuasivos de programas jornalísticos sobre violência, filmes com muitas mortes e programas de TV e rádio com grande realismo em mostrar a violência podem fazer sentir sua influência no campo da criminalidade juvenil".[33]

Cenas de violência podem ser vistas a qualquer momento e em qualquer lugar, basta que se tenha acesso a um meio de informação, seja ela escrita ou falada, acaba por exercer certa influência sobre o comportamento juvenil, podendo estimular comportamentos agressivos e violentos, e o adolescente em processo de formação sofrem bem mais que os adultos as influências do meio.

Nesse contexto o autor destaca que "os estudiosos estão de acordo em concluir que existem poucas dúvidas de que a violência transmitida pela TV, principalmente por meio de filmes, seja capaz de induzir a imitação da agressividade nas crianças e adolescentes, ainda mais do que nos adultos". E ainda nesse entendimento assinalam que: "A personalidade ainda em formação é mais maleável às influências do meio, especialmente quando há uma larga exposição, um uso frequente da violência".[34]

Para o autor, vale ressaltar que nessa fase da infância e adolescência com a personalidade ainda se ajustando, é que nesse período de amadurecimento da personalidade, crianças e adolescentes se tornam mais vulnerais, e

[32] Ibidem
[33] Ibidem
[34] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 269

consequentemente mais suscetíveis às influências que chegam de todos os lados. Se eles conseguem copiar gestos e comportamentos transmitidos pela TV, porque não conseguiriam copiar os relacionados com manifestações violentas?

Shecaira observa também no que diz respeito aos índices de criminalidade, observa que:

> "Os índices mais preocupantes de criminalidade são encontrados naquelas áreas da cidade onde o nível de desorganização social é maior. É na periferia- ao menos em são Paulo, Rio de Janeiro e Brasília – que o maior número de crimes ocorre. Não há uma forte presença do Estado".[35]

O autor acredita que nessas regiões periféricas dos grandes centros onde o Estado se faz omisso, deixando de aplicar políticas públicas de qualidade, e a oferecer o mínimo possível de infraestrutura para essas regiões, existe sim, uma desorganização mais acentuada, acarretando um aumento maior da criminalidade, e ressalta que:

> "A condição potencializadora para o surgimento de grupos de outras áreas de lazer, dá origem a uma sensação de completa anomia a dos que acabam por substituir o Estado na tarefa de controle justiceiros, bandos armados ausência completa do Estado, faltam hospitais, creches, escolas parques, delegacias de polícia, praças e da ordem".[36]

As áreas periféricas dos grandes centros urbanos são consideradas mais vulneráveis ao surgimento da violência e criminalidade, devido a precariedade e até mesmo completa ausência do poder público, também por sua população ser de baixa renda, ou muito pobres. As pessoas de bem que vivem nessas áreas periféricas acabam sendo duplamente vítimas, pois são vítimas do Estado pelo abandono como da criminalidade que assola essas regiões.

Maria Tereza Maldonado ao se referir ao uso em excesso da televisão pelas crianças e adolescentes diz que:

> "Embora a excessiva exposição à violência não seja o único fator responsável pelo aumento da agressividade em crianças e

[35] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 178
[36] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179

> adolescentes, muitos especialistas acreditam que ela facilita a identificação com modelos agressivos glorificados como heróis, estimula a crença de que a violência é um modelo aceitável de resolver conflitos e embora a capacidade de sentir compaixão pelo sofrimento das vítimas".[37]

Para a autora, embora o acesso exagerado a televisão e consequentemente a filmes e a programas violentos, não sejam as únicas influências sofridas pelas crianças e adolescentes capazes de justificar comportamentos violentos e agressivos, mas, por outro lado, acabam por influenciar esses jovens pela fragilidade da personalidade ainda em formação a se identificarem com ações violentas, principalmente se praticadas por seus super-heróis favoritos.

No entanto, a autora também entende que:

> "A televisão pode ser uma porta aberta para o mundo, trazendo informações, mostrando culturas diferentes, oferecendo diversão saudável, cabe às famílias escolher os programas e à sociedade exigir um código de ética das emissoras para que ofereçam programação de boa qualidade, que respeite os valores fundamentais do convívio".[38]

Ela entende que a televisão é um meio de estimular o desenvolvimento dos adolescentes em vários aspectos, ou seja, na educação, pode contribuir para o aumento da cultura, enriquecimento da personalidade e formação pessoal, mas, ao contrário pode acontecer, todavia se faz necessário o empenho e vigilância das famílias sobre as programações assistidas.

Camila Silva Nicácio observa que "estudos longitudinais sugerem que a conexão entre a TV e a agressividade é recíproca: assistir a programas violentos aumenta a tendência agressiva, que estimula o interesse por programas violentos, que, por sua vez, promove maior agressividade".[39]

---

[37] MALDONADO, Maria Tereza. *Cá entre nós:* na intimidade das famílias. São Paulo: Integrare, 2006. p.51

[38] MALDONADO, Maria Tereza. *Cá entre nós:* na intimidade das famílias. São Paulo: Integrare, 2006. p.51

[39] NICACIO, Camila Silva. *Violência na televisão*: a juventude colonizada. Disponível em: <http.//www.arnaldogodoy.com.br/ revista 2007>. Acesso em: 26 maio 2015

A partir do trecho exposto, fica claro para a autora que existe uma influência da TV em comportamentos agressivos e violentos, essa tendência agressiva é estimulada por programas regados a violência, assistir a esses programas diariamente estimula cada vez mais determinadas ações e comportamentos agressivos, e diz que

> "O argumento é de que a TV contribui definitivamente para a banalização desse estado de violência fazendo-a parecer natural. Em face desse estado de coisas e do dado de que, a cada hora, de cinco a dez cenas de violência são exibidas pelas emissoras brasileiras e estrangeiras, pode-se dizer que uma ordem global cada vez mais violenta e agressiva se anuncia e quer se impor, a manchete no jornal nos remete palidamente a um desfecho reticente e melancólico: Por hora, sete jovens entram nas prisões do país".[40]

Para a autora, a TV tem contribuído de forma significativa para o aumento da violência, para ela, cenas de violência dão mesmo ibope, canais de televisão exibem matérias referentes à violência de forma repetida à exaustão, impondo uma tendência de comportamento a ser seguida, corrompendo crianças e adolescentes ainda em formação.

Segundo o entendimento de Rose Gurski:

> "Os fenômenos de violência podem ser tomados como o efeito da direção exibicionista que os desejos de seus destinos assumem quando as trocas inter-humanas se encontram esvaziadas; o sujeito da cultura visual e do espetáculo parece ver o outro como mero objeto de seu gozo, instrumento para seu prazer. È como se, na ausência de projetos sociais compartilhados, restassem os pactos narcísicos".[41]

Fica claro que para a autora, as condutas violentas se apresentam como reflexo, forma de se fazer notar e expressar certa frustação e vazio das relações sociais, os indivíduos não conseguem ver o outro como igual, passa a vê-los apenas como meio de aquisição do que se pretende.

O perfil das famílias e das relações inter-humanas vem sofrendo grande transformação nas últimas décadas, aqueles encontros e o diálogo que antes existia

[40] Ibidem
[41] GURSKI, Rose. *Três ensaios sobre juventude e violência*. São Paulo: Escuta Clínica Maud Mannoni, 2012. p. 28

entre os membros de uma família, quer na hora do café, almoço ou jantar, o papo com os amigos, as brincadeiras da idade, estão se tornando cada vez mais raros. Essa troca de informações e experiências cada vez mais escassa, leva parte da juventude a buscar outro tipo de emoção, uma forma de se fazer notar.

Para Gurski, o jovem:

> "Em meio à passagem do cenário familiar para o cenário social, os atos violentos, muitas vezes, se caracterizam por tentativas de o jovem constituir-se, prescindindo do outro, ou seja, o que transborda nos atos violentos juvenis pode estar associado ao desamparo do qual padecem, já que o tipo de estrutura que rege o laço social atual resguarda pouco o sujeito".[42]

A autora entende que a adolescência vem acompanhada de muitas mudanças, sejam elas, físicas, sociais, psíquicas, e que, nessa mudança no senário de vida do adolescente, o comportamento violento, muitas vezes, quer dizer, um grito de protesto, ou, pedido de socorro, pela carência nas transmissões e cuidados parentais.

No Brasil não se tem uma tradição por parte do poder público, em políticas públicas que sejam destinadas especialmente aos jovens, como o esporte, lazer, cursos profissionalizantes, um ensino de qualidade, condições dignas de moradia entre outras. Ações do governo que possam de alguma forma proteger os nossos jovens de trajetórias infelizes e indesejáveis.

E alerta para o fato de:

> "Estarmos em uma guerra de espaços, talvez de espaço social, na qual a falta de acesso às condições mínimas de dignidade e cidadania leva grande parte da população ao lugar da marginalidade e da exclusão".[43]

A autora assinala que "nesse sentido, a invisibilidade social e subjetiva da qual padece uma parte da juventude tem, na exclusão, um dos seus efeitos, os jovens pobres, cujas necessidades psicossociais e muitas vezes orgânicas são negligenciadas

[42] GURSKI, Rose. *Três ensaios sobre juventude e violência*. São Paulo: Escuta Clínica Maud Mannoni, 2012. p. 28-29
[43] Ibidem, p. 29.

pela família e pelo poder público, acabam ensejando trajetórias pautadas pela delinquência".[44]

Para a autora, o contexto social em que boa parte de crianças e jovens se encontram, não contribui nem um pouco para que tenham trajetórias de vida pautada no sucesso, as necessidades são enormes e de toda ordem, acesso a condições por menor que seja a ter uma vida com mais dignidade lhes são negadas, isso causa insatisfação e revolta a boa parte desses jovens, que acabam trilhando caminhos tortuosos, na prática de crimes e violência.

Na mesma linha de entendimento Maria Tereza Maldonado afirma que: "A família é, sem dúvida, uma influência importante na construção das identidades masculina e feminina. Mas há também a influência da escola, dos amigos, do contexto cultural".[45]

Para Maldonado, "jovens agressores foram, na maioria, crianças pela indiferença, pela ausência, pela falta de trabalho paciente de canalização da impulsividade, pela identificação com modelos agressivos, seja em casa, seja na comunidade em que vivem".[46]

No entanto a autora ressalta que:

> "Nem todos os agredidos se tornam agressores, e os agressores podem recuperar-se, se a violência é aprendida, pode ser desaprendida pelo aumento da capacidade de reflexão e da empatia e, sobretudo, quando o agressor sofre as devidas consequências pelos seus atos".[47]

Ainda de acordo com esse entendimento a autora destaca que "a impunidade em casa, na escola, na sociedade e no Congresso Nacional, é um dos principais fatores que aumentam a incidência do comportamento violento".[48] Ela compreende

[44] GURSKI, Rose. *Três ensaios sobre juventude e violência*. São Paulo: Escuta Clínica Maud Mannoni, 2012. p. 29.
[45] MALDONADO, Maria Tereza. *Cá entre nós:* na intimidade das famílias. São Paulo: Integrare, 2006. p. 204
[46] Ibidem. p. 204
[47] Ibidem p. 204
[48] Ibidem p. 204

que mesmo uma criança ou adolescente tenha sofrido algum tipo de violência, seja ela, física, mental, emocional, não necessariamente vá se tornar um agressor, e mesmo os que sofreram, podem se recuperar desde que usem meios e métodos adequados, principalmente se os de condutas violentas sofrerem as devidas sanções.

A família, e para ser mais claro os genitores são os grandes e verdadeiros responsáveis pela transmissão de saberes e valores aos seus filhos, bem como a imposição de limites e regras. Os pais devem punir os seus filhos diante das indisciplinas em casa e também escolares, é dever dos pais manter essa vigilância e controle, para que possam crescer com esse entendimento.

E alerta para o fato de que "as raízes da violência são múltiplas, e sua redução dependerá de um trabalho em rede, com responsabilidades compartilhadas entre famílias, escolas e demais instituições da sociedade, políticas públicas que funcionem e governos eficientes".[49]

Deve ser ressaltado que essa sincronia entre governo, família, escola, segurança pública, ou seja, investimento em políticas públicas, como na geração de empregos, esporte, educação, na valorização dos professores com salários dignos, reestruturação das escolas, é fundamental para que se possa obter um índice de redução do quadro de violência.

Segundo Nicácio:

> "No Brasil, não existe uma tradição de políticas públicas destinadas especificamente aos jovens". "Os programas para juventude são geralmente incorporados e atrelados àqueles voltados às crianças". Além disso, "eles centram-se, sobretudo, nas classes populares e partem de uma visão de que os jovens pertencem a um grupo em situação de risco".[50]

Fica claro para a Nicácio, que é necessário no âmbito das políticas públicas sejam desenvolvidos programas de geração e criação de empregos voltados para os

[49] MALDONADO, Maria Tereza. *Cá entre nós:* na intimidade das famílias. São Paulo: Integrare, 2006. p. 204

[50] NICACIO, Camila Silva. *Violência na televisão*: a juventude colonizada. Disponível em: <http.//www.arnaldogodoy.com.br/ revista 2007>. Acesso em: 26 maio 2015

jovens de todas classes sociais, como, cursos profissionalizantes, programas de geração de emprego, que possa capacitar e incentivar os jovens a ingressarem no mercado de trabalho.

Ainda nessa mesma linha de pensamento Nicácio assinala que "a temática da inclusão no Brasil é identificada diretamente com a marginalização causada por um contexto socioeconômico iníquo, em que o jovem é, no mais das vezes, também negro, pobre e infrator"; e ressalta que:

> "Em um contexto social como o brasileiro- em que se apresenta uma taxa de pobreza/indigência acima de 40%- e que é marcado, portanto, por constrangimentos e necessidades de toda ordem".[51]

Para a autora, as desigualdades são enormes, de fato, as diferenças sociais no Brasil atingem a maioria da população negra, que consequentemente é pobre. O negro sofre muito com violências de toda ordem, sejam elas, sociais ou econômicas, isso gera uma dificuldade de que se tenha uma vida com o mínimo de dignidade, e leva boa parte desses jovens negros a serem protagonistas de ações criminosas.

Além disso, ela ressalta que "muitos estudiosos da área, dentre educadores e psicólogos, apontam para o fato de que a violência é facilmente assimilada por jovens por trazer implícita ou explicitamente componentes de escapismo e de compensação". Ou seja, "violência compensaria, por um lado as carências e frustrações vividas por aqueles vindos de áreas problemáticas ou mais violentas; e por outro, proporcionaria doses extra de emoção aos jovens de ares mais tranquilas ou menos violentas".[52]

Crianças e adolescentes pobres vindos de regiões periféricas, invisíveis aos olhos da sociedade e esquecidas pelo poder público, acabam tendo que traçar seu próprio caminho, parte desses jovens são levados a uma trajetória marcada pela

[51] NICACIO, Camila Silva. *Violência na televisão*: a juventude colonizada. Disponível em: <http.//www.arnaldogodoy.com.br/ revista 2007>. Acesso em: 26 maio 2015
[52] Ibidem.

delinquência, muitos deles adotam esse tipo de conduta para encobrirem certos traumas, uma espécie de fuga.

Antônio Flávio Testa alerta para o fato de que "mesmo que se dê educação e valores sólidos ao jovem, ainda assim, ele tem grandes chances de seguir o caminho da criminalidade, fora do convívio familiar ou escolar, ele continua encontrando um mundo duro e sem oportunidades"; ainda alerta para o fato de que "faltam políticas mais abrangentes e unificadas para a juventude, falta projeto de futuro para os jovens no Brasil", afirma Testa.[53]

Para o autor, é importante que os jovens mesmo com uma boa educação familiar e escolaridade de qualidade, não encontram um mercado de trabalho pronto para recebe-los, o fato é que no Brasil não se tem uma tradição em políticas públicas que sejam direcionadas aos jovens, principalmente para o ingresso no mercado de trabalho, juntamente com políticas de prevenção da violência e do crime.

2.4 Violência praticada por jovens de classe média e alta

Existe uma criminalidade praticada por jovens em situação de abandono e invisibilidade por parte do poder público e até mesmo da própria família, jovens violentos vítimas de uma violência institucionalizada, na qual faltam condições mínimas para uma vida melhor. Essa negligência acaba levando muitos desses jovens à delinquência.

No entanto, existem jovens que não sofrem nenhum tipo de privação, como por exemplo, uma má qualidade dos serviços públicos, como saúde, esporte e educação. São jovens abastados, privilegiados, já submetidos a um sistema particular. Por que então parte desses jovens tem se mostrado violentos?

Cesare Lombroso, em o Homem Delinquente, defende que:

[53] MAIS educação, menos crimes? Disponível em: <http://www.educacional.com.br/reportagens/juventude_violencia/maiseducacao.asp>. Acesso em: 14 abr. 2015

> "Os criminosos não veem as consequências do delito, veem só o presente, o único prazer de desafogar sua revolta paixão; desse lado, o homem não habituado ao crime e que o comete por uma forte paixão, avizinha-se ao delinquente comum". Portanto, "pode o criminoso nascer com certos caracteres degenerados, mas poderá modificar-se por seu esforço e pelo tipo de educação que recebe". "O ser humano é, portanto, fruto do meio em que vive e se desenvolve".[54]

É certo que para o autor, nascendo o indivíduo com tendências a práticas de crimes, não significa dizer que este comportamento será permanente, pode deixar de tê-los, se pautado em uma educação ética e moral, juntamente com seu empenho pessoal. O indivíduo é influenciado por fatores internos e externos, ou seja, pelo meio social no qual se encontra.

Não se pode afirmar que jovens com bom nível escolar, e boa estrutura financeira e familiar não cometerão crimes, a esse respeito Camila Silva Nicácio destaca que "a violência entre jovens é mais uma marca da nossa contemporaneidade e não faz distinção de cor, raça, sexo, condição social". Pode ser, "potencializada pela exposição mediática, representar elemento catalisador de exclusão dos já excluídos e excluídos dos até então incluídos, em seus condomínios de luxo e faculdades privadas".[55]

Sabe-se que a violência juvenil tem se mostrado constante e progressiva na atualidade, por motivos já expostos anteriormente, mas o que chama a atenção atualmente é a associação e identificação de jovens abastados com a pratica de delitos, que, também vem ocorrendo de forma progressiva.

Episódios como o do "índio pataxó queimado em Brasília; do assassinato em série no cinema em São Paulo ou do espancamento da doméstica no Rio de Janeiro são alertas para uma mudança premente de perspectiva e analise"[56]

De acordo com Rose Gurski, diz que:

---

[54] LOMBROSO, Césare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2007. p. 116.
[55] NICACIO, Camila Silva. *Violência na televisão*: a juventude colonizada. Disponível em: <http.//www.arnaldogodoy.com.br/ revista 2007>. Acesso em: 26 maio 2015
[56] Ibidem.

> "A violência juvenil tem se feito presente na atualidade, e temos de nos perguntar sobre quais condições de nosso laço social de algum modo facilitam esses atos e comportamentos. Que a violência como forma de expressão tem sido uma marca juvenil, independentemente do lugar social dos jovens".[57]

Para a autora, a violência praticada pelo jovem independe de qual estrato social ele pertença, e que de certo modo há uma brecha no que tange a um maior comprometimento dos agentes e mecanismos tradicionais de socialização juvenil, que vem contribuindo para determinadas condutas violentas.

Aparentemente são jovens sem problemas sociais, com boa escolaridade e famílias com estrutura financeira assegurada, que acabam se envolvendo e se identificando com o mundo do crime, quais as formas de representação de parte desses jovens: talvez movidos por impulso do consumo de bebidas ou drogas, e acabam se comportando como se fossem selvagens tendo ações violentas e criminosas sem um motivo aparente.

São jovens abastados, e revelam que, viver em situação de pobreza não explica a violência, ou seja, a violência não é parte exclusiva de uma classe social, até por que nem todos os jovens infratores vêm de famílias em situação de pobreza, independe de classe social, jovens que em algum momento externam atitude de revolta, através de ações violentas, mas não sabem o porquê.

Antônio Flávio Testa, pesquisador na área de juventude e violência da Universidade de Brasília (UnB), estudou o fenômeno dos "grupos ou gangues das superquadras" que propagavam a violência em Brasília na década de 70, naquela época, esses grupos eram formados por jovens de alta escolaridade e nível socioeconômico elevado que protegiam seus territórios de garotos de outras

[57] GURSKI, Rose. *Três ensaios sobre juventude e violência*. São Paulo: Escuta Clínica Maud Mannoni, 2012. p. 20

superquadras. Hoje o que move esses grupos não é mais a proteção dos seus territórios, e sim o consumo de drogas, roubos, entre outros.[58]

E ressalta que, "os atritos eram constantes e havia muito consumo de drogas, o que ainda persiste, e hoje, a motivação para a pratica de crimes entre os jovens da elite de Brasília é bem menos romântica: tráfico de drogas, roubos, desmanche de carros, e vê que o consumo de drogas é um fator determinante para que um jovem se envolva em crimes".[59]

Como explicar esse tipo de comportamento vindo de jovens que sempre tiveram toda uma estrutura voltada a seu favor, associar-se a outros iguais na prática de ações violentas sem motivo algum aparente. O que leva esses jovens a ter esse tipo de atitude em sociedade?

Maria Rita Khel ao falar sobre o tema em a juventude como sintoma de cultura, diz "se tratar de jovens privilegiados, que moram em condomínios de luxo, e com uma vida financeira invejável, passam a cometer crimes, e a se identificar com eles". "Os piores exemplos de irresponsabilidade e falta de educação provêm da própria elite nacional, acostumada a conviver com uma série de práticas ilegais, de maior ou menor gravidade".[60]

Khel ainda ressalta que "uma parte da classe dirigente brasileira considera que a lei é para os manés, e que os espertos e privilegiados sabem como se colocar a cima ou à margem dela", e entende que:

> "A convivência com a criminalidade dos marginais e dos miseráveis acovarda e corrompe os adolescentes, principalmente quando estes perdem a confiança na justiça e na política que deveria proteger a sociedade toda. Mas a convivência com a ilegalidade das práticas da elite corrompe e

[58] MAIS educação, menos crimes? Disponível em: <http://www.educacional.com.br/reportagens/juventude_violencia/maiseducacao.asp>. Acesso em: 14 abr. 2015

[59] Ibidem

[60] KHEL, Maria Rita. A juventude como sintoma da cultura. In: NOVAES, Regina; VANNUCHI, Paulo (orgs.). *Juventude e sociedade*: trabalho, educação, cultura e participação. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004

> educa para o crime boa parte das novas gerações, de maneira muito mais profunda e mais eficiente".[61]

O adolescente no processo de formação e de transição torna-se mais vulnerável as influências do meio sejam elas boas ou ruins, os maus exemplos que vem da própria elite nacional, do meio político que representa toda a sociedade, tem um alcance danoso em todas as classes sociais.

A autora observa que "os adolescentes ricos convivem com essa criminalidade dentro, ou perto, de suas próprias casas, o jovem abastado não aprende a ser malandro na rua, ainda que deseje se identificar com esse tipo de malandragem". "A vivência na rua apenas complementa o aprendizado da malandragem que se inicia dentro de casa, com a própria família". E conclui que:

> "É o pai que oferece caixinha ao guarda para escapar da multa por excesso de velocidade, ou vai à escola pedir a cabeça do professor que reprovou por razões justas, seu filho, contratam e demitem empregados sem pagar direitos trabalhistas, oferecem suborno aos oficiais da receita que descobrem irregularidades de suas empresas. Esses pais estão ensinando seus filhos que o dinheiro compra até o que não têm preço: a vergonha, a educação, a lei".[62]

Ainda ressalta que "a cultura da malandragem é uma das pontes que, lançando um fio invisível por sobre o abismo que separa o morro do asfalto, facilita a identificação de jovens da elite com o mundo da criminalidade dos miseráveis". "É como se só fosse possível encontrar alternativas para a falta de sentido da vida pautada pelo consumo identificando-se com aqueles que não têm recursos para consumir".[63]

Os jovens passam a transmitir em sociedade, quer na escola, com os amigos, no meio social no qual vive todo o aprendizado que adquiriram dentro do ambiente familiar, seja ele, moral, cívica, bom ou mau modelo de conduta, esses jovens vão refletir tudo o que foi aprendido, serão frutos da educação ética e moral que tiveram.

---

[61] KHEL, Maria Rita. A juventude como sintoma da cultura. In: NOVAES, Regina; VANNUCHI, Paulo (orgs.). *Juventude e sociedade*: trabalho, educação, cultura e participação. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004

[62] Ibidem

[63] Ibidem

Spagnol ao analisar os jovens delinquentes paulistanos observa que "a classificação de desviantes, que os outros elaboram, só vem de encontro às suas expectativas; há um forte apelo entre esses jovens de se configurarem entre os seus como uma espécie de outsiders". "A forma de andar, os gestos com os braços, com as mãos, as gírias utilizadas, não são características apenas do jovem da periferia, mas também estão presentes, pelo menos em parte, entre os adolescentes das classes mais abastadas".[64]

Segundo ele os jovens "utilizam o corpo como forma de linguagem"; e ainda "os jovens da classe média imitam os jovens da periferia, identificam-se com as roupas, a linguagem, o gestual, o rap, que invadiu os condomínios dos bairros nobres da cidade. Ser tachado pelos outros chega a ser uma conquista".[65]

Ele acredita que o jovem independente do extrato social ao qual pertença tem seu próprio jeito de ser, se manifestar como jovens que são, ou seja, um comportamento característico e adequado da juventude, jeito de falar, de vestir, procura se representar também através de uma linguagem corporal, um jeito despretensioso de próprio de ser jovem.

Nesse contexto Khel chama a atenção para o fato de que "é preocupante não é não é a identificação dos meninos e meninas da elite com a estética dos excluídos, mas a identificação com a violência; o preocupante é quando a curiosidade e a ousadia em romper com o circuito estreito da vida burguesa desembocam na identificação com a estética da criminalidade".[66]

Para a autora existe uma identificação do jovem abastardo com a estética daqueles que vivem nas periferias, nos subúrbios, o fato é que essa identificação se estende também ao comportamento violento, um jeito sedutor e perigoso de se viver, sem regras, e sem limites, uma maneira de representar-se preocupante.

---

[64] SPAGNOL, Antônio Sérgio. Jovens delinquentes paulistanos: tempo social. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 17, n. 2, nov. 2005

[65] Ibidem

[66] KHEL, Maria Rita. A juventude como sintoma da cultura. In: NOVAES, Regina; VANNUCHI, Paulo (orgs.). *Juventude e sociedade*: trabalho, educação, cultura e participação. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004

Spagnol adverte de que "não há estudos sobre a delinquência entre os jovens pertencentes às classes média e média alta". Mas que, "entretanto, essa delinquência existe, mas as informações não chegam a público e seus familiares entram em cena imediatamente para que não haja a menor possibilidade de o adolescente ingressar na FEBEM como infrator".[67]

Para o autor, o que ocorre em boa parte dos casos de violência praticados pelos jovens da elite, é que, nem se quer chega aos ouvidos do público em geral, e muitos deles já delinquiram repetidas vezes, mas sem passagem pela FEBEM, uma vez que o acesso a bons advogados resolve boa parte dos problemas.

Ainda observa, que "os crimes cometidos por jovens de classe média que chegam à mídia não são vistos, de uma maneira geral, como crimes cometidos por "assassinos", "homicidas", mas por jovens que apresentam algum problema, que não conseguimos detectar, a questão principal que se discute nesses casos é o tipo de educação ou problemas não detectados nas relações entre pais e filhos".[68]

Parece que o jovem independente de sua situação social, ou meio em que vive e se relaciona resolveu definitivamente deixa a sua marca, e escolheu pelo que se apresentam, atos de violência como forma de se expressarem, querem se fazer notar de uma forma ou de outra.

3 O CASO DO INDIO PATAXO GALDINO JESUS DOS SANTOS

Trata-se da síntese do caso do índio pataxó Galdino Jesus dos Santos, que foi vitimado por um grupo de jovens da classe média alta, todos residentes em Brasília, Distrito Federal. O crime ocorreu há mais de 20 anos, mas permanece vivo na memória de muitos cidadãos brasileiros, tendo em vista, como o fato se deu em meio a ação violenta, levando a vítima a queimaduras de alto grau, causando-lhe morte. Como também, quem o praticou, jovens abastados, de quem não se poderia esperar

[67] SPAGNOL, Antônio Sérgio. Jovens delinquentes paulistanos: tempo social. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 17, n. 2, nov. 2005
[68] Ibidem.

conduta tão reprovável, sendo que, todos de famílias com boas condições sociais, e bem estruturadas. O fato é que, o comportamento violento e desumano desses jovens repercutiu e chocou todo o País.

3.1 Síntese do fato

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, vem com base no inquérito policial nº 095/97- 1ª/DP, oferecer DENÚNCIA contra: MAX ROGÉRIO ALVES, nascido em 20-6-77, natural de Brasília-DF, residente na SQS 111- Bloco A – apartamento 401- Brasília-DF; ANTONIO NOVELY CARDOSO DE VILANOVA, nascido em 30-5-77, natural de Volta Redonda – RJ, residente na SCLRN 715 – bloco G, entrada 57, apartamento 203 – Brasília-DF; TOMAS OLIVEIRA DE ALMEIDA, nascido em 08-6-78, natural de Brasília-DF, residente na SQS 413 – bloco J – apartamento 108 – 108 –Brasília-DF e ERON CHAVES OLIVEIRA, nascido em 26-11-77, natural de Brasília-DF, residente na SQS 213 – bloco – K - apartamento 305 – pela prática dos seguintes fatos delituosos.

Narra em sua inicial o Ministério Público do Distrito Federal e dos territórios o seguinte:

> "No dia 20 de abril de 1997, por volta de cinco horas, na SQS 703/704 – W 3 Sul – Brasília-DF, os denunciados, juntamente com o menor de idade Gutemberg Nader Almeida Júnior, mataram GALDINO JESUS DOS SNATOS, índio Pataxó, contra o qual jogaram substância inflamável, ateando fogo a seguir, assumindo claramente o risco de provocar o resultado morte. Apurou-se, com o incluso Inquérito, que os denunciados, após terem se divertido durante toda a noite, já quase ao amanhecer, procurando dar continuidade à diversão, ao passarem pelo banco da parada de ônibus onde dormia à vítima, supondo ser ela um mendigo, deliberaram sobre a ideia de dar continuidade a diversão, fazendo do pretenso mendigo uma tocha humana". [69]

Ressalta o Ministério Público que todos concordaram com a ideia perversa de atear fogo em pessoa dormindo e indefesa, e assevera que:

[69] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001.

> "A ideia macabra foi abraçada por todos eles, que compraram dois litros de combustível, retornaram ao mencionado local, desceram do veículo e passaram a colocar o plano em prática, tendo todos ciência de estarem contribuindo na conduta uns dos outros, com unidade de desígnio. O denunciado ERON e o menor infrator despejaram o líquido inflamável sobre a vítima e os demais denunciados – MAX ROGÉRIO, ANTÔNIO NOVELY e TOMÁS, atearam fogo em seu corpo, evadindo-se a seguir".[70]

E ainda destaca o Órgão Ministerial que:

> "A vítima foi socorrida por populares que, com muita dificuldade, conseguiram apagar o incêndio e conduziram-na a um hospital. Já era tarde, porém, para salvar sua vida. Em razão da queimadura gravíssima em todo o corpo, GALDINO veio a falecer, após muitas horas de lenta e torturante agonia. Os denunciados praticaram o crime por motivo torpe, qual seja, para se divertir com cena de um ser humano em chamas. E o fazem com extrema crueldade, sendo do conhecimento geral que a morte por queimadura implica sofrimento atroz. Os denunciados utilizaram-se de recurso que impossibilitou a vítima de esboçar qualquer gesto defensivo, pois atacaram-na quando ela dormia. GALDINO era índio e não podia imaginar que fosse atacado por homens brancos – tidos como civilizados -, enquanto dormia, completamente desprotegido, sobre um banco de avenida principal da Capital da República". (grifo nosso).[71]

Argumenta que, ao praticarem conduta criminosa com o menor GUTEMBERG, tendo ele menos de 18 anos, os acusados cometeram o delito de corrupção de menores, e entende que "os denunciados infringiram, assim, o mandamento proibitivo do artigo 121, § 2º, inciso I, III, e IV do Código Penal, e artigo 1º da Lei 2252/54, e artigo 1º da Lei 8072/90", razão pela qual requer a instauração de processo crime".[72]

Assim, o Ministério Público pugna pela:

> "Procedência integral da acusação para, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, pronunciar MAX ROGÉRIO ALVES, ANTÔNIO NOVELY CARDOSO DE VILANOVA, TOMAS OLIVEIRA DE ALMEIDA e ERON CHAVES OLIVEIRA, submetendo-os ao julgamento do

[70] Ibidem
[71] Ibidem
[72] Ibidem

> Egrégio Conselho de Sentença desse Tribunal do Júri, que os condenará, a inicial foi recebida por despacho em 28 de abril de 1997".[73]

3.2 Do pedido de prisão preventiva e sua decretação

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios de imediato requereu a prisão preventiva dos acusados, tendo em vista, autoria e materialidade devidamente comprovadas, e ao auto grau de reprovabilidade da conduta praticada pelo grupo de jovens, e requer a PRISÃO PREVENTIVA dos acusados da seguinte forma:

Ao requerer a prisão preventiva a Promotoria argumentou que "requer, contudo por medida de cautela, o relaxamento do flagrante, com a decretação da prisão preventiva dos autuados ante a presença dos requisitos e condições para a medida, quais sejam, *fumus boni iuris e periculum in mora",* e diz que:

> "Os autuados, e também o menor infrator, confessaram a prática do hediondo crime, confissão está em perfeita consonância com os depoimentos de diversas testemunhas e em harmonia com o restante do conjunto probatório. Inconteste, pois, a autoria do fato.
>
> A materialidade, por seu turno, revela-se igualmente incontestável, conforme se vê do Laudo de exame Cadavérico em anexo. O alto grau de censurabilidade da conduta dos homicidas é demonstrado não só pela forma cruel e horripilante com que praticaram o bárbaro crime, mas também pela torpeza do motivo que os levou a tirar a vida de um semelhante totalmente indefeso".(grifo nosso).[74]

A MM. Juíza assevera ser incontestável não só a autoria do crime, da mesma forma sua materialidade, conforme demonstram os laudos, e destaca para o alto grau de reprovabilidade e perversidade na conduta dos denunciados. E em sua decretação da prisão preventiva dos acusados, a Excelentíssima Juíza argumentou da seguinte forma: "vislumbro presentes os requisitos autorizadores do decreto preventivo

[73] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001.
[74] Ibidem

insertos nos artigos 311, 321 e seguintes do Código de Processo Penal, quais sejam, fumus boni iuris e o periculum in mora."

> "No primeiro reside a plausibilidade do direito que se caracteriza pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. No caso no caso dos autos verifico que, pelas provas até então colhidas nos autos de fls. 02/128, resta demonstrado a prova da materialidade e indícios suficientes da autoria. Por outro lado, o periculum in mora revela-se pelos requisitos da garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. A ordem pública restou abalada face e gravidade e violência do crime que vitimou Galdino Jesus dos Santos. A liberdade dos réus certamente causará perturbações de monta, que a sociedade se sentirá desprotegida de garantias para sua tranquilidade". [75]

Assim, foi decretada a prisão preventiva dos denunciados:

> "MAX ROGÉRIO ALVES, ANTÔNIO NOVELY CARDOSO DE VILANOVA, TOMAS OLIVEIRA DE ALMEIDA e ERON CHAVES OLIVEIRA, em 28 de abril de 1997, como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal".[76]

3.3 Da pronúncia

3.3.1 Alegações finais do Ministério Público

O Ministério Público em sede de suas alegações finais relata que os réus foram denunciados pela prática da conduta delituosa tipificada no artigo 121, § 2°, I, III e IV do código Penal, como também a tipificada no artigo 1° da Lei 2252/54, em concurso material, pela morte de GALDINO, índio pataxó, enquanto este dormia em um banco de parada de ônibus, da quadra SQS- 703-704 W3 sul em Brasília Distrito Federal, que os mesmos tinham a pretensão de se divertirem com a vítima em chamas.

[75] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001
[76] Ibidem.

Ressalta o Ministério Público em suas alegações que foram juntados aos autos do processo os Laudos seguintes "Laudo de Exame cadavérico n° 879/97-IML (fl.146 a 171), Laudo de Exame de local e de veículo n° 131741/97-IC (fl.172 a 185) e Exame em substância Combustível"; ressalta ainda que:

> "A autoria é inconteste ante a confissão dos quatro réus, devidamente corroborados pelos diversos depoimentos nos autos, como também é indiscutível a prova da materialidade, esplanada nos Laudos periciais supracitados, presentes os requisitos de necessários a prolação da Pronúncia, previstos no artigo 408 do Código de Processo Penal."[77]

Como também, alega o Parquet, serem as qualificadoras incontestáveis e esclarece:

> "A qualificadora da crueldade é objetiva e incontestável. Mataram GALDINO com fogo, infligindo lhe cruel e atroz sofrimento. A qualificadora do uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, restou igualmente inquestionável, pois atacaram-na dormindo, desprevenida, de forma a impossibilitar-lhe qualquer gesto defensivo. Da mesma sorte, a qualificadora do motivo torpe, todos os réus alegaram em juízo que o objetivo era divertir-se com o "susto" da vítima. Não se brinca com tamanha dor nem de um animal, quanto mais de um desprotegido ser humano".[78]

Ao expor todos os fatos o Órgão Ministerial ressalta que, não existem provas acerca de excludente de ilicitude ou de culpabilidade que pudessem beneficiar os réus, sendo assim, pugna para que sejam os réus, "MAX ROGÉRIO ALVES, ANTÔNIO NOVELY CARDOSO DE VILANOVA, TOMAS OLIVEIRA DE ALMEIDA e ERON CHAVES OLIVEIRA, pronunciados nos termos da denúncia, segundo a regra do artigo 408 do Código de Processo Penal, para que sejam julgados pelo Egrégio Tribunal do Júri."[79]

3.3.2 Alegações finais da Defesa

[77] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001.
[78] Ibidem
[79] Ibidem

A defesa dos acusados inconformada com a denúncia a ERON CHAVES OLIVEIRA e TOMAS OLIVEIRA DE ALMEIDA, vem em suas alegações finais pugnar que:

> "A denúncia aos ora defendentes a autoria do tipo inserto no art. 121 do Código Penal, tendo como elemento subjetivo o dolo eventual como se observa do item 1 da referida peça – assumindo claramente o risco de provocar o resultado morte. Assim, embora sejam bastantes para a pronúncia a existência de crime em tese e indícios suficientes de autoria, urge que a admissibilidade se ajuste ao crime realmente existente - descrição do agir com seu elemento anímico".[80]

A defesa ainda alega não serem compatíveis as qualificadoras, ora pugnadas pelo Ministério Público em suas alegações, com o dolo eventual, sendo que, o dolo eventual, é resultante, alega a defesa, apenas de uma mera aceitação do resultado. E deduz o seguinte:

> "In casu a torpeza, como motivação restou inteiramente ausente, pois os acusados desejavam tão só que a vítima corresse em direção aos mesmos, tendo como exemplo uma "pegadinha". Da mesma forma, não há falar-se em crueldade, haja vista que não tinha como escopo causar um padecimento intenso à vítima, nem fora o meio vil, repugnante ou ignóbil, e como inexistente a meta homicida não há como qualificar o agir embora subsumivel em tipo outro".[81]

Assim, pugnou a defesa dos réus em alegações pela desclassificação do crime de homicídio para a conduta tipificada no art. 129, §3°, do Código Penal, ou seja, para lesão corporal, e ainda pugnou que fossem os réus:

> "Impronunciados com relação a acusação do crime de Corrupção de menor – Lei 2.252/54, art. 1°, pois na primeira hipótese o resultado foi incalculável, não estava no querer dos agentes, embora fosse previsível e na segunda não há prova de que os mesmos desejassem sequer que o menor participasse da brincadeira".[82]

---

[80] Ibidem
[81] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001
[82] Ibidem

Quanto a defesa de MAX ROGÉRIO ALVES alega ser a imputação do crime de homicídio triplamente qualificado oferecida pelo Ministério Público, algo criado por uma mente perversa do então Membro Ministerial, e alegam:

> "Como se pode inferir de uma simples passagem da denúncia, oferecida por sinal no mesmo dia em que recebido o inquérito policial, ela afirma que no dia 20 de abril de 1997, os denunciados mataram GALDINO JESUS DOS SNATOS, mas que o laudo de exame cadavérico não diz nesse sentido, mas sim que, a morte ocorreu às 02:00 horas do dia 21 de abril de 1997, em consequência de queimaduras".[83]

Ainda nesse entendimento vem esclarecer a defesa do réu, e diz:

> "De modo que a grave imputação contida na denúncia não tem, decididamente, correspondência com os fatos apurados na peça investigativa. O acusado, portanto, está sendo processado ilegalmente por um crime que não cometeu no dia 20.4.97, podendo, portanto, ser seguramente apodada de inepta a denúncia oferecida contra ele".[84]

A defesa então pugna pela liberdade do réu, bem como pela desclassificação da conduta delituosa de homicídio doloso triplamente qualificado para uma das seguintes, qual sejam "os três tipos penais em que sua conduta pede ser capitulada; lesão corporal seguida de morte; homicídio culposo ou incêndio culposo (CP, art.129, §3°; 121, §3° ou 250, § 2°)".[85]

Já a defesa de ANTONIO NOVELY CARDOSO DE VILANOVA postula em sede de alegações finais que, nos autos do processo não consta nada que se deduza ter havido vontade no resultado morte, mesmo que em forma de dolo eventual, não há de ser presumido, alega a defesa do réu, deve ser submetido à prova.

Postula a defesa do acusado pela desclassificação do crime de homicídio triplamente qualificado, para a conduta delituosa de lesão corporal seguida de morte, tipificado no art. 129, §3°, pugnou ainda a defesa do acusado que:

---

[83] Ibidem.
[84] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001
[85] Ibidem

> "Se ainda entender V. Exa para o previsto no art. 121, §3°, ambos do Código Penal, e impronuncia-lo em relação ao crime descrito no art. 1° da Lei n° 2252/54, eis que, ausente o dolo no resultado no primeiro caso, e evidente carência de provas no 2°".[86]

3.3.3 Da desclassificação pelo tribunal do júri

A Excelentíssima Juíza ao decidir sobre a competência ou não do Tribunal do Júri, relata que os réus foram denunciados por terem praticado conduta criminosa, e ao terem praticado teriam agido com vontade de matar, na forma de dolo eventual. O fato é que para se fixar a competência do Tribunal do Júri, é necessário relata a Juíza, que se esclareça que "o único ponto controvertido é o elemento subjetivo, deve ser salientado que a vontade é elemento integrante do tipo penal. Importante saber se os réus quiseram o resultado morte ou assumiram o risco o risco de produzi-lo".[87]

Em sua decisão a MM. Juíza afasta de pronto a possibilidade do homicídio culposo, e entende que:

> "No tipo culposo, o agente realiza uma ação cujo fim é lícito, mas, por não se conduzir com observância do dever de cuidado, dá causa a um resultado punível. E atear fogo em pessoa que dormia no abrigo de ônibus, para assustá-la, à evidência não é atividade licita"[88]

Muito menos tratar-se de incêndio culposo, tendo em vista a confissão dos réus, e esclarece que o tipo do crime de incêndio é "vontade deliberadamente dirigida ao incêndio de alguma coisa, tendo o agnte consciência e vontade de produzir uma situação de perigo comum"; ainda ressalta que: "um ser humano não é coisa, seja ele índio ou mendigo".[89]

---

[86] Ibidem
[87] Ibidem
[88] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001
[89] Ibidem

Assim, ressalta em sua decisão que restam apenas dois tipos a ser considerados, a conduta delituosa do Homicídio praticado na forma de dolo eventual e o de lesões corporais seguidas de morte, e destaca a MM. Juíza que "em suma, há dolo eventual quando o agente prevê como provável e não apenas como possível o resultado e o que tenha conscientemente aceito".[90]

Logo, ao analisar os autos do processo conclui a D. julgadora pela prática do crime de lesões corporais seguida de morte e não pelo de homicídio com dolo eventual, e resume que:

> "A ação inicial dos réus, sem qualquer dúvida, foi dolosa. Não há como afastar a conclusão de que, ao atearem fogo na vítima para assustá-la, o resultado morte, entretanto, que lhes escapou à vontade, a eles só pode ser atribuído pela previsibilidade, mesmo sabendo perfeitamente das possíveis e até mesmo prováveis consequências do ato impensado, não está presente o dolo eventual.Assumir o risco é mais, é assumir no resultado, é querer ou aceitar a respectiva concretização, é necessário que o agente tenha à vontade e não apenas a consciência de correr o risco. E o "ter à vontade" é elemento subjetivo que está totalmente afastado pela prova dos autos, que demonstrou à sociedade que os acusados pretendiam fazer uma brincadeira selvagem, ateando fogo naquele que presumiram ser um mendigo, mas nunca anuíram no resultado morte".[91]

Por tudo o que foi apresentado decide a MM. Juíza para que os réus sejam julgados e condenados pela prática do crime de lesões corporais seguida de morte, ressalta que, inexistiu na conduta dos agentes a vontade de matar, entende então, por afastar a competência constitucional do Tribunal do Júri, e que:

> "Os réus deverão responder pelo crime previsto no artigo 129, §3° do Código Penal, fls.590/591. Diante do exposto e com fundamento nos artigos 408 §4°, e 410 do Código de Processo Penal, desclassifico a imputação de homicídio doloso contra MAX ROGÉRIO ALVES, ANTÔNIO NOVELY CARDOSO DE VILANOVA, TOMAS OLIVEIRA DE ALMEIDA e

[90] Ibidem
[91] Ibidem

> ERON CHAVES OLIVEIRA, e declino da competência para uma das Varas Criminais".[92]

3.3.4 Da decisão sobre a competência pelo tribunal do júri

O Órgão Ministerial inconformado com a decisão, que desclassifico a imputação do crime de homicídio praticado com dolo eventual para o delito de lesões corporais seguida de morte, recorre em Sentido Estrito, e destaca que:

> "Os acusados estavam à procura de diversão quando avistaram um ser humano que parecia um mendigo, que deveria inspira sentimentos nobres de compaixão e caridade. Entretanto, a imagem do mendigo desamparado fez nascer nos recorridos o desejo de fazê-lo objeto da diversão que procuravam".[93]

Acrescenta que não foi um ato impulsivo, de momento e que sabiam das trágicas consequências e da leviandade da pretendida diversão. Tece comentários sobre a fuga e argumenta que as testemunhas em desespero fizeram de tudo para salvar Galdino da agonia, enquanto os homicidas tratavam de trocar de carro novamente e que após foram dormir no conforto de suas casas.

Entende o Ministério Público, não ter sido um ato impensado dos réus, que tinham plena consciência do que poderia causar conduta demasiadamente perversa dos quatro jovens ora recorridos, e mais, que os mesmos não se importaram com o sofrimento da vítima, que fora socorrida por estranhos na tentativa de salva-la daquele atroz sofrimento, como também, procuraram evadir-se do local do crime em direção ao sossego de seus lares, como se nada tivesse acontecido.

Ainda destaca o Ministério Público que "o fato de tamanha gravidade não pode ser considerado brincadeira selvagem e também que pode ser um precedente

[92] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001
[93] Ibidem

perigoso afirmar que os réus previram o resultado morte, mas sinceramente acreditaram que ele não ocorreria".[94]

A MM. Juíza a quo' em sua decisão diz não compartilhar a opinião de que a desclassificação tenha sido prematura, não subsistindo qualquer dúvida a respeito da questão, puramente de direito, ou seja, a distinção entre dolo eventual e a culpa consciente, pois na última figura enquadrou-se, com segurança, o elemento anímico da conduta praticada pelos recorridos, está autoriza a desclassificação, mantendo a decisão recorrida pelos próprios fundamentos.

Destaca o Ministério Público que, a MM. Juíza em decisão de primeiro grau, não entendeu pela prematuridade da desclassificação, e que não há dúvidas do que foi apresentado, que os réus ora recorridos agiram com culpa consciente, e mantem a desclassificação.

A Egrégia Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios negou provimento, por unanimidade ao recurso, e manteve a decisão "a quo" na íntegra, e entende que:

> "Se a intenção dos agentes foi a de provocar um susto na vítima, ao acordar com o pano que cobria suas pernas em chamas e não o de causar a sua morte, diante fazerem-se presentes uma conduta dolosa, "atear fogo", e outra culposa "a morte", derivada da violação de dever de cuidado, resta configurado o crime preterdoloso que impõe se desclassifique a imputação de homicídio doloso para lesões corporais seguida de morte".[95]

O Parquet, por não se conformar com a decisão, interpôs recursos, recurso extraordinário e recurso especial, e no recurso especial, assevera que houve:

> "Negativa de vigência aos artigos 74, §1º, 408 e 410 do Código de Processo Penal, contrariedade aos artigos 18, inciso I, e 121, §2º, incisos I, III e IV e 129, § 3º, do Código Penal, e divergência jurisprudencial quanto à aplicação dos referidos dispositivos da lei federal".[96]

---

[94] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001

[95] Ibidem

[96] Ibidem

Em sede de razões de Recurso Especial, o Ministério Público, entende não ser admissível, que a MM. Juíza e a Egrégia Segunda Turma Criminal entendam pela desclassificação da conduta delituosa para a competência de uma das Varas Criminais, ressalta que "os fatos da causa não permitem, à evidência, conclusão pacífica sobre o elemento Subjetivo em ordem a afastar-se, de pleno, a competência do Tribunal do Júri Popular".[97]

Argumenta o Ministério Público que os réus usaram substância altamente perigosa e inflamável e riscaram fósforos, ateando fogo no corpo da vítima que ali dormia vindo a sofrer queimaduras por todo o corpo, em 95%, causando-lhe a morte, e enfatiza que:

> "Tais fatos reconhecidos pelo d. julgado não abonariam, por si. a desclassificação efetivada, em outras palavras , admitindo-se as premissas estabelecidas pelo v. acórdão recorrido, o qual, insista-se, não nega, diante dos aspectos que estimou provado, a "incerteza" quanto á verdadeira intenção dos agentes, será obrigatória a pronúncia dos acusados para que o exclusivo juiz da causa, o Tribunal Popular avalie a controvérsia, de acordo com a determinação constitucional (CF. art.5º, inc. XXXVIII, alínea "d") e legal (CPP, arts.74,§1º e 408)".[98]

Assim, e por maioria dos votos a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 09 de fevereiro de 1999, decide, conhecer do recurso e dar provimento, para submeter os réus a julgamento perante o Tribunal do Júri de Brasília.

3.4 Da sentença

Os réus foram submetidos a julgamento pelo Egrégio Conselho de Sentença, em 07 de novembro de 2001 em Brasília, Distrito Federal, como também, sentenciados pela então Juíza Dra. Sanda de Santis M. de F. Mello, sendo que "por sete votos, reconheceu a autoria e materialidade do homicídio. Por cinco votos a dois

[97] Ibidem
[98] Ibidem

foi afastada a tese defensiva da desclassificação em relação a todos os réus, a resposta afirmativa ao quesito do dolo eventual".[99]

No que tange as às qualificadoras, foram todas reconhecidas, assim sendo que:

> "Motivo torpe, por seis votos a um em relação ao acusado MAX e por sete votos a zero em relação aos demais. Quanto a qualificadora do meio cruel, foi acatada por seis votos a um em relação ao acusado MAX e pela totalidade dos votos quanto aos demais. Finalmente, por unanimidade, foi aceita a qualificadora de uso de recurso que impossibilitou e defesa da vítima, que foi atacada enquanto dormia".[100]

O Egrégio Conselho de Sentença reconheceu a existência de atenuantes, em favos de todos os acusados, como também valoraram a confissão espontânea dos réus, e a menoridade relativa. Já quanto ao crime de corrupção de menores, decidiram que "por terem praticado o ato delituoso em companhia de Gutemberg Nader Almeida Junior, à época, menor de dezoito anos, os jurados negaram a prática criminosa, em elação ao réu MAX, por seis votos a um, e quanto aos demais, pela totalidade dos votos".[101]

Assim, "os Réus Max Rogério Alves, Tomas Oliveira de Almeida, Eron Chaves Oliveira e Antônio Novely Cardoso de Vilanova" foram considerados culpados, e condenados como "incursos nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso II, III, e IV do Código Penal e absolvê-los do crime do artigo 1º, da Lei 2252/54".[102]

Logo, a MM. Juíza passou a fixar a pena acima do patamar mínimo legal, levando em consideração que as circunstâncias judiciais lhes foram desfavoráveis, fixando a pena aos réus a 15 (quinze) anos de reclusão, e mais: "Considerou que a atenuante da menoridade prepondera sobre todas as demais circunstâncias, assim atenuou a pena em 1 ano de reclusão". A d. sentenciante fixou a pena "em 14

[99] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001
[100] Ibidem
[101] Ibidem
[102] Ibidem

(quatorze) anos de reclusão, que serão cumpridos no regime integralmente fechado, por tratar-se de crime considerado hediondo".[103]

3.5 Análise da ação dos jovens

O índio pataxó Galdino Jesus dos Santos, foi vítima de um grupo de adolescentes de classe média alta todos residentes na asa sul em Brasília, Distrito Federal, jovens sem problemas nenhum aparente, família estruturada, situação financeira confortável, escolaridade privilegiada, de repente resolvem em comum acordo, brincar com a vida humana, como se nada fosse, tendo em vista se tratar de um desvalido que ali estava. Decidem comprar substância inflamável, despejaram na vítima e atearam fogo, para que a vissem pegar fogo e logo em seguida corresse atrás deles, desejo de todos.

No caso concreto, se observa que o perfil desses indivíduos e de suas famílias é praticamente um só, aparentemente normal, como já explanado anteriormente. Esses rapazes, talvez impulsionados por estarem motorizados e com dinheiro no bolso, isso tudo depois de terem se divertido toda a noite, passearam de carro, conversaram com os amigos, namoraram, enfim, comportamento adequado e normal para os jovens dessa idade.

Ao verem aquela pessoa deitada, e achando se tratar de um mendigo, assentem em extravasar algo em comum entre todos ali, a falta de respeito, solidariedade e compaixão ao próximo, se quer temeram a possíveis sanções muito ao contrário, destinaram o feito a uma pessoa justamente por esta naquela situação de pobreza e penúria, uma pessoa qualquer, a margem da sociedade.

Como explicar o comportamento desses jovens, que motivação teriam tido para que praticassem conduta tão reprovável? Talvez por acharem que não seriam vistos, afinal, era alta madrugada, ou que, jamais responderiam pelo ato, atear fogo em um mendigo para vê-lo correr, uma simples brincadeira com fogo. Quais valores

[103] Ibidem

foram transmitidos e que cuidados parentais foram dispensados a esses indivíduos no decorrer da sua formação?

Antônio Lisboa, ao falar sobre as causas do comportamento desviante destaca que "por trás das tendências antissociais de uma criança está sempre o fracasso do meio ambiente em ajustar ás suas necessidades emocionais e sociais, em uma época em que ela é relativamente dependente"; e ressalta que "pode ser atribuído, inicialmente, esse fracasso às deficiências na criação e, posteriormente, às dificuldades da família em corrigir essas deficiências e, por último, à sociedade, quando esta toma o lugar da família".[104]

Não é demasiado ressaltar, que indivíduos com uma educação deficitária, no que tange a carência afetiva de valores, principalmente advindos da família, podem desenvolver condutas agressivas e antissociais, sendo que, independe do contexto social onde esses indivíduos se encontrem.

Portanto, as crianças e os jovens precisam ser educados para aquilo que é certo, ético, eles não nascem com princípios éticos morais, isso é aprendido, dentro de um convívio saudável, são produtos do meio onde estão inseridos. Esse cuidado tem que vir de todos aqueles que se comprometem na transmissão de determinados valores, mas, principalmente do núcleo familiar. O comportamento e o comprometimento das famílias para com as suas crianças, isso é o mais importante.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo, procurar entender porque motivo os jovens abastados passam a cometer crimes, que possíveis causas e razões poderiam desencadear o comportamento antissocial desses indivíduos. Qual o papel da família, qual a importância dos laços afetivos e sociais, que cuidados parentais devem ser observados na prevenção da delinquência.

[104] LISBÔA, Antonio Marcio Junqueira. *A primeira infância e as raízes da violência*: proposta para diminuição da violência. Brasília: LGE, 2007

O trabalho foi estruturado em 2 (dois) capítulos, sendo que, no primeiro capitulo falo sobre a delinquência juvenil, conceito de juventude, violência como utilidade, e trato sobre o tema em questão, violência juvenil na classe média e alta. No segundo capítulo desenvolvo síntese sobre o caso do índio pataxó GALDINO, morto por quatro jovens, todos de famílias da classe média alta de Brasília, Distrito Federal.

Ocorre que, o que vemos hoje é um perfil familiar bastante mudado em relação às décadas passadas, isso ocorreu a partir da década de 80, antes disso a mulher praticamente não trabalhava fora, se dedicava exclusivamente aos filhos, aos cuidados com a casa e a família. Isso praticamente lhes garantia uma educação mais solidada, que impunha limites, hoje o que vemos são filhos vítimas de pais ausentes e famílias desestruturadas, carentes de uma educação ético moral, pais pouco participativos e menos preocupados com o psicológico, moral, e emocional desses indivíduos.

Devido a essa mudança no perfil familiar, os filhos acabam por ser assistidos por outras pessoas, a maioria das vezes, sejam, a babá, avós, tios, e muitos pais optam pela escola com tempo integral, pois estão trabalhando, procurando manter um determinado padrão social, sem tempo para um afago, uma atenção especial, e muitos quando chegam em casa já encontram seus filhos adormecidos. Esse cotidiano acaba por distanciar pais e filhos, e consequentemente comprometendo a educação desses indivíduos.

Outro ponto a ser ressaltado, é que não se trata apenas da ausência física dos pais, e sim, da carência de uma educação pautada no amor, carinho, atenção, elogios e cuidados parentais que uma criança merece e deveria ter nessa fase, carências afetivas podem desencadear comportamentos agressivos, os traumas sofridos por esses indivíduos enquanto crianças podem gerar condutas antissociais, quando estes se tornarem adultos.

Ainda relativo a essa questão, tendências agressivas que envolvem crianças e adolescentes podem estar associadas a algum fracasso de instituições ou entidades,

como a família, sociedade, escola, o meio social onde estão inseridos, que provavelmente tenha ocorrido a época da formação de sua personalidade, e que somaram desfavoráveis à sua educação, e ao bom desenvolvimento da sua formação.

O outro ponto que merece atenção, é referente a carência do aprendizado de valores, a falta da imposição de limites, e a importância de se ter uma educação pautada em disciplina e respeito ao próximo, que certamente, e diretamente podem estar associadas a comportamentos desviantes por parte desses indivíduos.

Ocorre que tudo isso vem a ser potencializado por causas externas que impulsionam ainda mais o quadro de violência praticada pelos jovens, e que se instalou, ou seja, causas como o narcotráfico, a impunidade, a corrupção, as desigualdades econômicas, a falta de políticas públicas de qualidade, por fim, são vetores que acabam por aumentar o quadro de violência no país.

Conclui-se que, a conduta violenta praticada pelo jovem, independe a qual extrato social ele pertença, seja ele da periferia ou abastado, é um evento preocupante, ainda mais quando praticado em grande escala como no Brasil. Isso acontece por vários fatores, famílias desestruturadas, em que as vezes a criança foi criada só pelo pai, ou somente pela mãe, pais que não souberam dosar todo o amor e respeito que uma criança necessita para um bom crescimento emocional. Como também as carências afetivas, transmissão de princípios e valores, violências de toda ordem sofridas por esses indivíduos, situações e fatos que podem levar a sintomas de violência.

No caso concreto do índio pataxó Galdino Jesus dos Santos, atacado e morto de forma cruel por quatro jovens, todos de classe média alta, ou seja, nem o fato de ambos terem bom poder aquisitivo, morarem bem, e terem estudado em boas instituições de ensino, nada disso foi o bastante para frear a conduta desumana e violenta praticada por esses rapazes.

Em suma, tudo isso só vem a reforçar o fato de que, uma boa condição econômica não é determinante, muito menos suficiente para que se evite que uma

criança ou adolescente se torne um desviante. Um núcleo familiar bem estruturado, com pais presentes, família amorosa, uma educação pautada em bons modelos de comportamento ético moral, associado a imposição de limites, disciplina, respeito ao próximo, noções de cidadania, patriotismo, são certamente condutores para que esses jovens tenham uma vida saudável e feliz.

Por fim, é necessário que no Brasil haja um maior interesse do poder público em investimentos, no que diz respeito a políticas públicas que sejam direcionadas aos jovens principalmente na prevenção da violência e do crime. Vivemos em uma sociedade injusta e desigual, aonde a inclusão mediante políticas públicas deveria ser tratada com prioridade e seriedade, para que se construa uma sociedade mais igualitária, com jovens saudáveis e menos violência.

Atualmente observa-se uma rebeldia à educação ética moral, tanto no polo ativo como passivo, como se valores como a honestidade, respeitar o próximo como um igual, solidariedade, cidadania, já não valessem mais a pena, isso tem marginalizado os nossos jovens.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direto penal. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Processo n. 17.901/97*. Segunda Turma. Juiz: Frederico Ernesto Cardoso Maciel. Brasília, 31 de outubro de 2001.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2011.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. O fenômeno violento: fatores condicionantes e propostas para redução de sua incidência. *Revista do CNPCP*, Brasília, v. 1, n. 11, p. 95-112, jan./jun. 1998.

GURSKI, Rose. *Três ensaios sobre juventude e violência*. São Paulo: Escuta Clínica Maud Mannoni, 2012.

KHEL, Maria Rita. A juventude como sintoma da cultura. In: NOVAES, Regina; VANNUCHI, Paulo (orgs.). *Juventude e Sociedade*: trabalho, educação, cultura e participação. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

LISBÔA, Antonio Marcio Junqueira. *A primeira infância e as raízes da violência*: proposta para diminuição da violência. Brasília: LGE, 2007.

LOMBROSO, Césare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2007.

MAFFESOLI, Michel. *Dinâmica da violência*. São Paulo: RT, Vértice, 1987.

MAIS educação, menos crimes? Disponível em: <http://www.educacional.com.br/reportagens/juventude_violencia/maiseducacao.asp >. Acesso em: 14 abr. 2015.

MALDONADO, Maria Tereza. *Cá entre nós:* na intimidade das famílias: São Paulo: Integrare, 2006.

NICACIO, Camila Silva. *Violência na televisão*: a juventude colonizada. Disponível em: <http.//www.arnaldogodoy.com.br/ revista 2007>. Acesso em: 26 maio 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Juventude, juventudes*: o que une e o que separa. Brasília: UNESCO, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SPAGNOL, Antônio Sérgio. Jovens delinquentes paulistanos: tempo social. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 17, n. 2, nov. 2005.

Ciências Criminais

USO DE DROGAS, SISTEMA PENAL E REDUÇÃO DE DANOS

Vinícius Andre de Sousa

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi compreender como a redução de danos é posta em prática num contexto em que o uso de drogas é criminalizado, como no caso brasileiro, por meio de uma revisão de literatura sobre as normas do tema; o uso de drogas; o sistema penal; e a redução de danos. Como resultado, conclui que a redução de danos é amplamente prevista como uma forma de atenção ao usuário no ordenamento jurídico brasileiro, mas, por outro lado, a tutela penal em relação ao consumo de substância ilícitas faz com que esta abordagem seja limitada, principalmente, a dois âmbitos. A redução de danos como estratégia de política pública e de assistência de terceiros para com o usuário (primeiro âmbito) fica preponderantemente restrita a indivíduos vulneráveis que fazem uso patológico de drogas e correm risco de contrair doenças infecciosas pelo compartilhamento de seringas e cachimbos, o que chamo de redução de danos outsider, por ser promovida por terceiros pertencentes a outro grupo social. Além disso, a redução de danos também pode se materializar dentro dos grupos de usuários (segundo âmbito), que compartilham informações e conhecimentos objetivando maximizar os efeitos positivos e reduzir os potencialmente danosos. Todavia, dificilmente existe conhecimento completo, preciso e de fácil acesso num contexto em que o uso de tais substâncias é criminalizado e tem um caráter clandestino – por isso me refiro a esse âmbito como redução de danos clandestina.

Palavras-chave: Uso de drogas; Sistema Penal; Proibicionismo; e Redução de Danos.

1 INTRODUÇÃO

Houve um tempo em que achava que existia uma diferença fundamental entre um “criminoso” e um “cidadão de bem”, além de resumir a complexidade

idiossincrática das pessoas a essas representações limitadas. Essa percepção foi se alterando durante a graduação e teve alguns marcos. Talvez o primeiro que valha a pena destacar foi a leitura do antropólogo Bronislaw Malinowski, que escreveu sobre os Melanésios, um povo que mantêm certa observância às leis e às regras sociais por saberem que serão prejudicados caso contrário, sendo que "a maioria das proibições é elástica, já que existem sistemas metódicos de evasão" (2015, p. 72) e até mesmo certa adequação social em relação a algumas condutas. Nessa sociedade, algumas práticas toleradas pelo costume são contrárias à lei (2015, p. 73), isso porque nada na realidade cultural do homem é "um esquema lógico coerente, mas antes uma mistura fervente de princípios conflitantes" (2015, p. 85). Achei isso surpreendentemente próximo à nossa sociedade ocidental, em que, conforme fui descobrir um pouco depois na criminologia, se todas as condutas previstas como infrações penais "fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado" (ZAFFARONI, 2001, p. 16).

Mais ou menos por esse caminho iniciei meus estudos. Cada vez mais me surpreendia com os processos de criminalização, pois contrastava meu senso comum – que me dizia que a justiça não punia os "criminosos" – e os próprios conhecimentos dogmáticos apreendidos na faculdade – que me ensinavam que a finalidade da pena "é, em princípio, prevenir, em caráter geral e especial, novos crimes" (QUEIROZ, 2013, 443) – com a realidade exposta, por exemplo, pela observação de Débora Diniz no presídio feminino do Distrito Federal (2015); pelos descasos narrados por Alexandra Szafir (2010); pelo registro dos documentários Sem Pena (2014), Justiça (2004) e Hotel Laide (2017); e pelas minhas próprias vivências como estagiário, em ordem cronológica, da Coordenação-Geral de Combate aos Ilícitos Transnacionais do Ministério das Relações Exteriores, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da justiça, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública do Distrito Federal e, por último, de um escritório de advocacia, sempre trabalhando com recorte temático no Direito Penal.

O tempo que estive na Procuradoria-Geral da República foi especialmente importante: lá, grande parte dos processos com os quais tive contato tratavam justamente sobre o tráfico de drogas – algo natural, considerando que este é o crime responsável pela maior porcentagem de prisões no Brasil, segundos dados do INFOPEN de junho de 2016 (p. 43). Por tudo isso, acabei inserindo meus estudos na área das drogas, por enxergar ali uma questão relevante e controversa que merecia ser avaliada.

Sobre o tema, Carl Hart escreve que boa parte do que sabemos sobre essas substâncias cujo uso é criminalizado, seus efeitos e o vício está equivocado (2014, p. 15). Ele desenvolve ainda que slogans como "um mundo livre de drogas" são ingênuos, na medida em que "nunca houve uma sociedade sem drogas, e provavelmente nunca haverá" (2014, p. 205). Por isso, aqui já convém apresentar as categorias básicas utilizadas neste trabalho. Droga, em sentido mais amplo, é toda substância que provoca alteração no funcionamento normal do corpo, mas hoje o termo é utilizado com mais frequência para se referir às drogas que são ilícitas, como a maconha, cocaína, etc., apesar desse uso ainda ser ambíguo em algumas situações em nosso cotidiano. Sobre as drogas, Silva e Delduque explicam o seu processo social de classificação como ilícitas (2015, p. 233):

> [...] entre os séculos XVII e XVIII, foi a vez de os "alimentos-droga" entrarem em cena, a produção, distribuição e consumo do açúcar, do café, do chá e do chocolate sendo exemplares dessas substâncias que hoje não são classificadas como drogas, mas já foram estimulantes ora rejeitados pela Igreja, ora disponíveis apenas para poucos estratos sociais, ora utilizados cotidianamente pela grande maioria dos cidadãos. Enfim, com a emergência da indústria farmacêutica e das normativas internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU), classificamos as drogas em lícitas e ilícitas, separamos as drogas dos medicamentos e consideramos os alimentos e os condimentos produtos absolutamente diferentes uns dos outros. A criminalização das drogas, desta maneira, é um processo social recente [...]

Neste trabalho, como o objeto é recortado em relação ao uso de drogas ilícitas, quando utilizar, simplesmente, o termo "droga", estarei me referindo a essas

substâncias que tem seu uso e comércio criminalizados pelo Estado. Em consequência, quando quiser falar de drogas que são lícitas, deixarei isso explícito ao leitor, discriminando-as.

Já em relação ao conceito de vício, ao contrário do que acreditava (que era apenas uma consequência da falta que o corpo sentia da ingestão dessas substâncias), segundo Hart, só se dá quando o uso prejudica funções vitais importantes, tem consequências negativas, ocupa muito tempo e energia mental e é compulsivo (HART, 2014, p. 22). A partir desse conceito, é possível afirmar que "80 a 90% dos usuários de cocaína [...] não desenvolvem problemas com a droga", todavia, "como a tendência é prestar atenção naqueles problemáticos 10 a 20%, a experiência deles é indevidamente considerada a norma" (HART, 2014, p. 207).

Com esse baixo índice em relação ao vício, me pareceu que seria relevante estudar o uso de drogas de forma a compreender melhor como se dá, em ordem de, a partir desse conhecimento, poder subsidiar políticas públicas que efetivamente produzissem os resultados que se espera – o que, a essa altura, já havia descoberto que não ocorre: segundo Salo de Carvalho, a criminalização, além de não suprimir os danos advindos do uso de drogas (efeitos primários), os agrava e cria outros danos sociais, chamados de efeitos secundários (ou custos da criminalização), que podem ser classificados como os concernentes aos consumidores e dependentes; ao sistema educacional e médico; à economia; à administração da justiça penal; e ao sistema carcerário (2016, p. 183-205).

Outra questão que torna o tema relevante, principalmente quando recortado em relação ao usuário especificamente, é a discricionariedade em relação a como se dá a definição de uma conduta como tráfico ou como porte para uso de drogas. No estágio na Procuradoria-Geral da República me surpreendi com várias histórias recorrentes e cito uma delas: em muitos casos, mesmo a pessoa sendo apreendida com pequena quantidade de droga, acaba sendo considerada traficante por conta do acondicionamento da droga em porções individuais e por estar em local conhecido

como ponto de venda[1]. Há falta de critério objetivo nessa decisão de quem é usuário e quem é traficante, sendo que ela é, normalmente, feita pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante (BOITEUX et. al., 2009, p. 44). Considerando que só é possível exercer "poder repressivo em um número insignificante" (ZAFFARONI, 2001, p. 27) dos crimes que ocorrem, o sistema penal acaba tendo uma atuação estruturalmente seletiva. Nesse sentido, os processos de criminalização são marcados pelas "relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista" (BARATTA, 2011, p. 197), o que quer dizer que "os mecanismos de seleção etiquetariam de forma discriminadora os mais vulneráveis" (COSTA; e FILHO, 2014, p. 65). No Brasil, talvez isso seja ainda mais relevante, considerando se tratar de, nos termos que Roberto DaMatta desenvolve, uma sociedade tradicional onde não existem indivíduos iguais, mas pessoas definidas pelas suas ligações com outras pessoas ou instituições de prestígio, quer dizer, onde "o que vale é a relação" (1997, p. 71). Numa sociedade assim, a cidadania, traduzida pela ideia de indivíduos iguais acaba ficando fragilizada, pois o lema, como é conhecido no campo jurídico, é tratar os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade, mas não numa perspectiva Rawlsiana, por meio de políticas afirmativas para promoção de equidade (RAWLS, 1997) – o que se tem é a desigualdade jurídica em virtude de uma posição no tecido social, ou seja, privilégios (TEIXEIRA MENDES, 2004, p. 94).

Aqui vale a pena informar que, ainda no processo de busca por um objeto de pesquisa, tive a oportunidade de conversar longamente com seis colegas do curso que são usuários de drogas, alguns frequentes, outros esporádicos e outros que só experimentaram. As drogas consumidas foram maconha, haxixe, cocaína, LSD, ecstasy e cogumelos e o grupo possuía mulheres e homens, negros e brancos. Saliento que esses diálogos informais não constituem a pesquisa, quer dizer, não foram traduzidos em dados científicos por meio da rigidez metodológica necessária. Antes disso, serviram apenas como uma pesquisa exploratória do autor, assim como

[1] Quer dizer, desconsidera-se que um local em que se tem a compra e a venda de drogas provavelmente será frequentado por vendedores (traficantes) e por compradores (usuários); e que a droga do usuário, destinada a uso próprio, estará necessariamente acondicionada da mesma forma que a do traficante, destinada ao comércio, já que aquele obtém o produto do modo que ele é entregue pelo comerciante

pesquisas na internet, leituras de jornais, participação de palestras e seminários sobre o tema, entre outros. Todas essas medidas, apesar de não fazerem parte dos procedimentos metodológicos de levantamento de dados deste trabalho, influenciaram nas decisões mais básicas do pesquisador, inclusive na delimitação do tema e na definição do problema de pesquisa. Dessa forma, os diálogos informais prévios não integram a pesquisa diretamente, mas certamente contribuíram em muito para o seu planejamento, execução e resultado final, por isso registro-os aqui.

Partindo da premissa de que provavelmente o uso de drogas jamais será extinto e de que sempre existirão problemas relacionados a ele (HART, 2014, p. 205), fica difícil acreditar em qualquer solução definitiva, mas me parece plenamente viável procurar alternativas reformistas ou, até mesmo, revolucionárias/paradigmáticas para o tratamento da questão. Por isso, escolhi reduzir o objeto à redução de danos, que pode ser considerada um novo paradigma no trato com o uso de drogas, nos termos em que Kuhn desenvolve (2017, p. 72), pois define novos problemas e métodos legítimos de um campo de pesquisa. Essa abordagem não se encaixa nos parâmetros da ciência normal calcada no proibicionismo, pois nega a existência de apenas a abstinência como objetivo. Em verdade, se por um lado o que o proibicionismo busca é extinguir ou ao menos prevenir o uso de drogas, a redução de danos é constituída, basicamente, da premissa de que o consumo dessas substâncias não é necessariamente patológico e da conclusão de que a redução dos riscos de danos decorrentes é um objetivo possível, independente da forma pela qual será alcançada (SANTOS; SOARES; e CAMPOS, 2010, p. 1.007).

Todavia, apesar de, aparentemente, o proibicionismo e a redução de danos constituírem paradigmas incompatíveis, no Brasil, a mesma lei que criminaliza o uso prevê a redução de danos como forma estratégica lidar com o uso de drogas. Essa relação paradoxal é justamente o objeto desta pesquisa, que tem como problema **compreender como a redução de danos é posta em prática num contexto em que o uso de drogas é criminalizado**, por meio de revisão da bibliográfica e pesquisa

documental. Neste momento, saliento que, apesar de a redução de danos ser uma abordagem aplicável também às drogas que não têm o uso criminalizado (como o álcool, o tabaco, medicamentos, entre outros), o recorte da pesquisa é, exclusivamente, em relação às ilícitas, já que não existe a mesma ambiguidade entre o proibicionismo e a redução de danos no caso das drogas de uso permitido.

Para alcançar isso, pretendo: (1) expor os marcos normativos no âmbito do modelo de controle promovido pela Organização das Nações Unidas e do ordenamento jurídico brasileiro no âmbito federal, (2) bem como as discussões que se dão no âmbito da ONU e do nosso país acerca do tratamento dado ao uso de drogas; (3) estudar o uso de drogas, para compreendê-lo numa perspectiva científica calcada na empiria; (4) avaliar a criminalização como modelo de controle do uso de drogas; (5) me verticalizar nos sentidos de redução de danos; e, ao final, (6) compreender como a redução de danos é posta em prática num contexto em que o uso de drogas é criminalizado. Cumpro tais objetivos em 3 capítulos.

É comum que o primeiro capítulo de monografias em Direito comece com uma narrativa acerca da "evolução histórica" do instituto pesquisado, apontando o seu "surgimento" – que por vezes se dá no Código de Hamurábi, mesmo em relação a objetos bastante modernos – e a sua onipresença até o presente (OLIVEIRA, 2004, p. 10). Essa prática é comum, mas, segundo Luciano Oliveira, possui alguns problemas. O primeiro é que a perspectiva de evolucionismo cultural a que remete é bastante desprestigiada no campo acadêmico, inclusive entre os historiadores (OLIVEIRA, 2004, p. 11). Além disso, a simples indicação de marcos legais não pode ser considerada uma narrativa histórica e esses apontamentos, via de regra, não contribuem para o trabalho, principalmente por sua superficialidade, e servem apenas para o tornar volumoso (OLIVEIRA, 2004, p. 12). Como Luciano Oliveira orienta, é necessário se perguntar "para que serve" (2004, p. 12) a menção à tal "história".

Por conta disso, neste trabalho, não escrevo sobre "a história da criminalização do uso de drogas" ou "a história da redução de danos" – mesmo

porque se trata de um trabalho de conclusão de curso de Direito, não de História. Mas, como "a primeira tarefa do estudante de direito é conhecer o ordenamento dentro do qual vai trabalhar" (OLIVEIRA, 2004, p. 13), no primeiro capítulo exponho um esboço dos principais marcos normativos sobre o uso de drogas e a redução de danos, tanto no âmbito da ONU quanto no âmbito nacional. Ressalto que esta proposta não se confunde com aquela. Sobre as normas da ONU, abordo a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção contra o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 apenas porque o referencial teórico adotado reiteradamente aponta que a criminalização das drogas no Brasil sofreu influência da política proibicionista da referida organização. Salo de Carvalho, por exemplo, afirma que houve uma "opção das agências penais brasileiras em integrar o plano internacional de repressão" (2016, p. 71). Portanto, de certa forma, o próprio aporte teórico da pesquisa exige essa providência, sob pena de incoerência teórica. No âmbito brasileiro, exponho parte do ordenamento jurídico relativo ao uso de drogas e à redução de danos, principalmente a antiga e a "nova" Lei de Drogas (respectivamente, Leis nº 6.368/76 e nº 11.343/06); a Política Nacional Antidrogas (Decreto nº 4.345 de 26 de agosto de 2002); e a Política Nacional sobre drogas (Resolução nº3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005). O texto, por coerência com o objeto da pesquisa, é centrado em relação à forma que o Estado reage em relação ao uso de drogas e às previsões sobre redução de danos.

No segundo capítulo, teço considerações sobre o uso de drogas, já que, nas palavras de Carl Hart, "no fundo, boa parte do que achamos que sabemos a respeito de drogas, vício e escolhas possíveis está errado" (HART, 2014, p. 15). Assim, com algumas leituras alheias à dogmática jurídica, realizo um esforço para compreender o uso de drogas numa perspectiva cientificamente coerente, dialogando, principalmente, com o sociólogo Howard Becker e o neurocientista Carl Hart. Ambos contribuem para a adoção de um modelo de análise sequencial em relação ao fenômeno, em desprestígio a um simultâneo. Também permitem a compreensão de

que os efeitos das drogas não dependem apenas de suas características químicas, mas também da interpretação que o consumidor dá aos efeitos fisiológicos provocados, o que varia bastante – mesmo uma única pessoa pode perceber efeitos divergentes da mesma droga em ocasiões diferentes, devido uma ressignificação dos mesmos. O vício, como já adiantei nesta introdução, não pode ser explicado como um resultado natural do uso de drogas, já que a grande maioria de quem experimenta não se torna adicto. Ainda neste capítulo, escrevo sobre a criminalização do uso e, tangencialmente, do tráfico de drogas como modelo de controle, mostrando os principais dilemas dessa escolha política. Em diálogo com Becker, aciono as teorias interacionistas para compreender o desvio, inserindo-me no paradigma epistemológico da reação social. Nessa orientação, abordo como se dão os processos de imposição de regras e de rotulação dos desviantes, que são estruturalmente seletivos. Escrevo também as dissimetrias entre as funções declaradas e as funções exercidas pelo sistema penal, indicando os danos sociais causados por essa intervenção penal no campo das drogas, principalmente em relação ao usuário (em conformidade com o recorte da pesquisa).

Por fim, inicio o terceiro e último capítulo expondo sentidos do que é redução de danos, na busca da construção de uma conceituação, já que não há consenso sobre um significado precisamente delimitado do termo – que surgiu com um âmbito de atuação restrito, mas hoje já é frequentemente usado de forma a contemplar não só uma forma de atenção à saúde de indivíduos vulneráveis que fazem uso de drogas. Ao mesmo tempo que procuro os sentidos desse termo, exemplifico experiências de políticas, programas e práticas orientadas por essa abordagem. Ao fim, escrevo sobre a posição do usuário imerso em uma sociedade que criminaliza o uso de drogas em relação à redução de danos. Nesse último ponto, pude observar que a abordagem acaba sendo limitada a duas perspectivas, que chamei de "redução de danos *outsider"* e "redução de danos clandestina". Respectivamente, se referem a (1) iniciativas de terceiros para com indivíduos adictos que correm o risco de contrarair doenças infecciosas; e (2) auxílio e orientação que usuários trocam entre si, o que é

essencial para que aprendam a fazer o uso de drogas de forma a evitar experiências danosas ou perturbadoras.

A pesquisa pode auxiliar quem pretende colocar a política de drogas brasileira em relação ao usuário em perspectiva, assim como as suas alternativas, notadamente a redução de danos. A compilação teórica do trabalho permite avaliar a forma que o Estado brasileiro administra a conduta num plano normativo e empírico; ao mesmo tempo que destrincha o uso de drogas sociologicamente, contextualizando-o na conjuntura brasileira, onde a criminalização e a estratégia de redução de danos coexistem. Assim, o texto pode subsidiar diálogos sobre o uso de drogas, o sistema penal e a redução de danos.

2 PARÂMETROS NORMATIVOS SOBRE O USO DE DROGAS E A REDUÇÃO DE DANOS

Como adiantei na introdução, o referencial teórico adotado aponta que as normas da ONU sobre as drogas ilícitas possuem grande importância no Brasil. Thiago Rodrigues, por exemplo, escreve que o modelo de controle de drogas da ONU é um "raro consenso global a aproximar países que, na maioria das questões de política internacional, são antagônicos, como, por exemplo, os Estados Unidos e o Irã" (2012, p. 16). O Brasil é signatário das 3 convenções internacionais da organização sobre o tema, que fazem parte de seu ordenamento jurídico atualmente. Nessa toada, reitero a justificativa para as considerações seguintes, que consiste, basicamente, na necessidade de se conhecer os marcos normativos referentes ao objeto da pesquisa e de ser coerente com os autores com os quais dialogo. Todavia, é preciso fazer uma ressalva: a mera exposição desses marcos legais não é suficiente para compreender a dinâmica com que se deu a criminalização na ONU, muito menos no Brasil. Não podemos aceitar que o país simplesmente internalizou tudo que vinha de fora, pois a questão é bastante complexa e envolve diversas variáveis (FIORE, 2012, p. 9):

> [...] é preciso ressaltar que não se "explica" o empreendimento proibicionista por uma única motivação histórica. Sua

> realização se deu numa conjunção de fatores, que incluem a radicalização política do puritanismo norte-americano, o interesse da nascente indústria médico-farmacêutica pela monopolização da produção de drogas, os novos conflitos geopolíticos do século XX e o clamor das elites assustadas com a desordem urbana. Além disso, sem desconhecer a importância histórica do pioneirismo e do empenho dos EUA para torná-la universal, é preciso notar que somente convergências locais na mesma direção puderam fazer da proibição uma realidade global. O caso brasileiro, nesse sentido, é exemplar, na medida em que as legislações proibicionistas foram criadas pari passo às norte-americanas e, no caso específico da maconha, droga já há muito estigmatizada pelas elites locais, a perseguição oficializou-se primeiro aqui.

Na verdade, a própria existência da Convenção Internacional do Ópio, assinada em Haia no ano de 1912, indica que o uso de certas substâncias era pauta internacional antes mesmo da existência da ONU. Dessa forma, seria inconsistente, por falta de coerência empírica, o argumento de que as leituras dos tratados dessa organização são suficientes para compreender a gênese da criminalização das drogas no Brasil. De todo modo, apesar da questão não se resumir a isso, fato é que tais normas são importantes e vigem contemporaneamente no Brasil. Daí reitero que o objetivo da primeira parte deste capítulo não é de desenvolver o processo histórico da criminalização, mas apenas de expor um panorama dos marcos legais da ONU, já que esses documentos estão internalizados no ordenamento jurídico brasileiro. Mas para compreender a criminalização "não basta referir-se ao conteúdo textual dessa produção", o que Bourdieu chamaria de interpretação internalista ou interna (2004, p. 20), assim, o interessado em se verticalizar no assunto pode buscar, por exemplo, o texto "Narcotráfico e militarização nas Américas: vício de guerra", de Thiago Rodrigues (2012).

Portanto, nesse capítulo, primeiramente abordo (1) A Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em 30 de março de 1961 em Nova York; (2) Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viana em 21 de fevereiro de 1971; e Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. Logo em seguida, no segundo tópico, apresento os debates que a organização

vem travando recentemente. O terceiro ponto é referente às normas brasileiras em âmbito federal sobre o uso de drogas e a redução de danos, com destaque para a atual Lei de Drogas (nº 11.343/06) e a Política Nacional sobre Drogas (Resolução nº3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005). Essa parte, como ressaltei na introdução, justifico pelo fato de que "a primeira tarefa do estudante de direito é conhecer o ordenamento dentro do qual vai trabalhar" (OLIVEIRA, 2004, p. 13). Ao fim, concluo o capítulo apontando a possível intervenção do STF na política de drogas brasileira, considerando a discussão acerca da descriminalização da maconha no RE nº 635.659/SP; assim como a omissão dos outros poderes em se debruçar sobre a questão.

Feitas essas considerações, antes de iniciar o conteúdo do capítulo propriamente dito, para facilitar a compreensão da linguagem das Convenções, sugiro ao leitor que, desde já, tenha em mente a formulação de Maurício Fiore sobre o paradigma proibicionista. Segundo o autor, essa perspectiva tem dois axiomas: "1) o uso dessas drogas é prescindível e intrinsecamente danoso, portanto não pode ser permitido; 2) a melhor forma de o Estado fazer isso é perseguir e punir seus produtores, vendedores e consumidores" (2012, p. 10). Ter isso como parâmetro para guiar a leitura poderá auxiliar a compreensão.

2.1. Tratados internacionais da ONU

A Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em 30 de março de 1961 em Nova York, inaugurou a política de contenção de drogas na ONU ao instituir um sistema de controle com atenção especial para o ópio, a cocaína e a maconha. A justificativa para a convenção foi, nos termos de seu preâmbulo, o reconhecimento de "que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade" e do dever dos Estados parte "de prevenir e combater esse mal". Todas as vezes que a convenção se refere ao uso de drogas, classifica-o ou como "uso médico"; ou como "toxicomania" ou "uso indevido". Ou

seja, pela linguagem da Convenção só se concebe o uso medicinal e o abuso, um extremo ou o outro, nada no meio disso.

O objetivo declarado foi extinguir o uso de drogas que não fosse médico no mundo nos seguintes prazos: 15 anos para o ópio e 25 anos para a coca e a maconha (artigo 49, item 2, alíneas "d", "e" e "f"). Essas metas não foram cumpridas até a data da finalização deste trabalho e a própria organização já reajustou seu objetivo de dissipar o consumo não medicinal de drogas, mas, na época, acreditou-se que esse fim seria alcançado por meio da absoluta proibição do uso e do comércio das substâncias e uma aliança internacional para reprimir penalmente quem agisse em desconformidade com a Convenção (BOITEUX et al., 2009, p. 18). De acordo com o desenvolvido no capítulo dois, qualquer prazo eleito para acabar com o uso de drogas no mundo provavelmente não será cumprido, pois, como Hart escreve, "nunca houve uma sociedade sem drogas, e provavelmente nunca haverá" (2014 p. 205). Todavia, essa é uma estratégia e um objetivo que a ONU ainda mantém contemporaneamente: 2019 é o prazo atual para extinguir, ou ao menos minimizar, o tráfico e a demanda de drogas, conforme o relatório da 52ª sessão da Comissão de Narcóticos (CND) (2009, p. 44).

Um ponto interessante dessa convenção é a extensa quantidade de condutas descritas no art. 36 consideras crime quando praticadas em desacordo com o que estipula. São 18 núcleos no total. A mesma técnica de redação foi utilizada no art. 12 da Lei nº 6.368, de 1976. Nesse último artigo também existem exatamente 18 núcleos e a maioria dos verbos da convenção foi reproduzida na lei brasileira, que entrou em vigor 12 anos depois da promulgação da convenção, que ocorreu por meio do Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964.

Segundo essa primeira convenção, a simples posse é uma conduta suscetível à criminalização (art. 36), o que acena no sentido de que o usuário também seria criminalizado. Ocorre que o art. 38 dispõe sobre o "Tratamento aos Toxicômanos", incentivando as partes a ter preocupação com "o tratamento médico, o cuidado e a reabilitação dos toxicômanos", o que reforça sua lógica médico-sanitarista, calcada

na ideologia da diferenciação, ou seja: tem como pilar a distinção entre usuário, que é um doente e deve ser tratado, e traficante, um criminoso, que deve ser combatido (CARVALHO, 2016, p. 54).

Diante do aumento pela demanda por outras drogas que não eram preocupação à época do primeiro acordo, os membros da ONU redigiram a Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena em 21 de fevereiro de 1971 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 79.388, de março de 1977. Esta amplia o controle sobre o LSD, o MDMA (ecstasy) e outras substâncias psicotrópicas, como estimulantes e anfetaminas. O discurso altruísta, preocupado com o bem-estar da humanidade, e maniqueísta, em relação à droga e ao uso, continua, como podemos observar no preâmbulo:

> As partes, Preocupadas com a saúde e o bem-estar da humanidade; Observando, com preocupação, os problemas sociais e de saúde-pública que resultam do abuso de certas substâncias psicotrópicas; Determinadas a prevenir e combater o abuso de tais substâncias psicotrópicas; Determinadas a prevenir e combater o abuso de tais substâncias e o tráfico ilícito a que dão ensejo;

A formulação de Maurício Fiore, de que o paradigma proibicionista tem como premissa que o uso de droga é intrinsecamente danoso (2012, p. 10), parece estar implícita também no texto dessa convenção. Assim como na Convenção Única Sobre Entorpecentes, existe aqui uma forma padrão de se referir ao uso de drogas no decorrer do texto, que eu divido em duas formas: (1) "uso médico", "para fins legítimos" ou "para fins médicos e científicos", que seria o único permitido, apesar de submetido a um grande controle; e (2) "abuso" (termo utilizado em praticamente todas as passagens) e "uso indevido" ou "inapropriado". Portanto, ainda há uma ideia maniqueísta de "uso médico x uso abusivo", que seriam polos opostos e incompatíveis, não havendo previsão de outras formas de uso além dessas.

Sobre a Convenção como um todo, há um reforço do viés repressivo em relação ao tráfico. Por exemplo, o art. 22 recomenda a aplicação de sanções adequadas com a gravidade dessa conduta, que seriam "a de prisão ou outra

penalidade privativa de liberdade". Outro dispositivo autoriza a tomada de "medidas de controle mais estritas ou mais severas do que as previstas" caso sejam "convenientes ou necessárias à proteção da saúde e bem-estar públicos" (art. 23). Por outro lado, quanto aos usuários – que, como já expus, são todos abusadores e dependentes pela linguagem da Convenção – há uma ressalva: autoriza-se a adoção de medidas alternativas, como tratamento, educação e ressocialização (art. 22). Isso sugere que a proposta da ONU até então continua sendo de um modelo sanitarista: combate ao traficante e tratamento ao usuário/dependente.

Por fim, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, concluída em Viena e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, lapidou as pretensões de se erradicar o uso e o tráfico de drogas sob o slogan: "A Drug-Free World: We Can Do It". Diante do "world drug problem", a necessidade de intervenção penal para proteger os usuários adictos era uma premissa (FIORE, 2012, p. 10). Nesse momento, houve recomendação de criminalização inclusive nos casos em que a droga fosse destinada para consumo próprio, com ressalva em relação ao ordenamento jurídico das partes (art. 3, item 2):

> 2 - Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencional de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

Por outro lado, o mesmo artigo autoriza que a condenação pela posse de droga destinada a consumo pessoal seja complementada ou substituída por outras medidas (art. 3, item 4, alínea "c"):

> As Partes poderão, seja a título substitutivo de condenação ou de sanção penal por um delito estabelecido no parágrafo 2 deste Artigo, seja como complemento dessa condenação ou dessa sanção penal, propor medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinqüente.

Em relação ao tráfico, a recomendação é de "sanções proporcionais" – ou seja, a "pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o confisco" (art. 3, item 4, alínea "a"). Assim como no caso do uso, há a possibilidade de complementar a condenação com outras medidas (art. 3, item 4, alínea "b") e, nos casos de menor gravidade, quando o indivíduo vende para sustentar o vício, até mesmo substituí-la (art. 3, item 4, alínea c):

> Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinqüente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior.

Se por um lado formalmente se admite um tratamento mais brando, por outro, "o apelo à guerra era emocional e mesmo irracional" (BOITEUX et al., 2009, p. 19). Foi justamente nesse momento "que se internacionalizou de forma definitiva a política americana de 'guerra às drogas'" (BOITEUX et al., 2009, p. 19). Tanto que, para além da criminalização nos casos de porte para consumo próprio, ampliou-se o controle para as condutas chamadas de "ofensas relacionadas com drogas", determinando (BOITEUX et al., 2009, p. 20):

> a previsão legal da proibição e apreensão de equipamentos e materiais destinados a uso na produção de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (precursores); a criminalização da incitação pública do uso e consumo de drogas; a punição da participação no crime de tráfico; a associação, tentativa, cumplicidade e assistência para a prática deste tipo de delito.

As principais características do modelo da ONU podem ser resumidas da seguinte forma (BOITEUX et al., 2009, p. 21):

> é um modelo uniforme de controle que submete as substâncias proibidas a um regime internacional de interdição, sendo o seu uso terapêutico bastante restrito; ii) defende-se a criminalização do uso e do comércio, com opção primordial pela pena de prisão; iii) o tratamento e a prevenção ao uso de drogas ilícitas não é priorizado; iv) rejeição de alternativas, dentre elas as medidas de redução de danos, como a troca de seringas; v) não reconhecimento de direitos das comunidades e povos indígenas em relação ao uso de produtos tradicionais,

> como a folha de coca, diante da meta de erradicação das plantações e da cultura tradicional.

Com esse cenário normativo, não há abertura para iniciativas de redução de danos. Esses tratados internacionais estão profundamente calcados no proibicionismo e, consequentemente, na premissa dupla de que "1) o uso dessas drogas é prescindível e intrinsecamente danoso, portanto não pode ser permitido; 2) a melhor forma de o Estado fazer isso é perseguir e punir seus produtores, vendedores e consumidores" (FIORE, 2012, p. 10). Sob essa perspectiva, ainda que se recomende tratamento – em vez de pena – para os consumidores, não se admitiria a manutenção do uso cumulada à medidas que objetivem reduzir os riscos relacionados, já que se acredita que o dano proveniente do consumo é intrínseco àquela prática e não um risco capaz de ser prevenido.

2.2 Discussões contemporâneas sobre o modelo da ONU

Em 1998 houve uma Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU (UNGASS) para tratar do tema das drogas, considerando que a organização não cumpriu as metas de extinção do uso indevido de drogas. Em verdade, "poucos resultados práticos haviam sido alcançados, diante da manutenção da produção, tráfico e consumo de drogas ilícitas em todo o mundo, em que pesem todos os esforços de controle" (BOITEUX et al., 2009, p. 22). Embora houvessem experiências bem-sucedidas orientadas pela abordagem da redução de danos, esse paradigma foi descartado por, supostamente, incentivar o uso de drogas e, por essa razão, manteve-se a linha que já vinha sendo adotada (BOITEUX et al., 2009, p. 22-23). Continuou-se com a meta de livrar o mundo das drogas e "mesmo depois do fracasso dos prazos determinados pela Convenção de 1961 referidos anteriormente, nada mudou, mas apenas adiou-se os prazos para cumprimento da meta proposta" (BOITEUX et al., 2009, p. 23). Assim, os Estados se comprometeram a obter resultados na redução da oferta e da demanda em 10 anos, até 2008.

Decorrido o novo lapso temporal, o resultado foi o mesmo: o uso e o tráfico de drogas continuam existindo. A organização sustentou que, apesar disso, os

problemas decorrentes do abuso haviam sido contidos, o que é bastante questionável segundo os dados da própria ONU (BOITEUX et al., 2009, p. 24). Na verdade, o que muitos autores afirmam é que o modelo proibicionista não só é incapaz de controlar os danos à saúde provocados pelo abuso de drogas, como ainda contribui para exacerbar outros problemas, inclusive sociais (BOITEUX et al., 2009, p. 25):

> considera-se, com base nos próprios (e reconhecidamente falhos) dados estatísticos das Nações Unidas (cuja fonte são os estados) que a política proibicionista fracassou aos fins que se propôs pois, além de não ter conseguido "proteger" a saúde pública, ainda serviu de fator agravante na pandemia da AIDS e outras doenças, além de ter agravado a situação social dos países periféricos.

Em 2009, apesar de a organização ter demonstrado mais abertura em questões como "a saúde do usuário, o respeito aos direitos humanos e a noção de responsabilidade compartilhada das nações na implementação e financiamento do controle de drogas" (BOITEUX et al., 2009, p. 26), manteve-se a insistência em combater as drogas com a eleição de prazos para eliminar ou reduzir significativamente e mensuravelmente o uso e tráfico. Alguns trechos da declaração política dos Estados, presente no relatório da 52ª sessão da Comissão de Narcóticos (p. 37-44, grifo em negrito meu)[2]:

[2] Tradução livre:

"**Nós estamos determinados a combater o problema mundial das drogas e a promover ativamente uma sociedade livre de abuso de drogas** em ordem de assegurar que toda pessoa possa viver com saúde, dignidade e paz, com segurança e prosperidade; portanto: Nós, os Estados Membros das Nações Unidades,

[...]

Reafirmamos também que o **objetivo final das estratégias de redução de demanda e oferta e estratégias de desenvolvimento sustentável é de minimizar e, eventualmente, eliminar a disponibilidade e o uso de drogas e substâncias psicotrópicas** para assegurar a vida e o bem-estar da humanidade e encorajar o intercâmbio de melhores práticas quanto a redução da demanda e da oferta, e enfatizamos que uma estratégia é ineficiente na ausência da outra;

[...]

Reconhecemos que, apesar de nossos esforços no passado, o cultivo, produção, fabricação, distribuição e tráfico de drogas ilícitas foram cada vez mais consolidados em uma indústria organizada criminalmente, gerando enormes quantidades de dinheiro lavado por meio dos setores financeiro e não financeiro e, assim, nos comprometemos a fortalecer a implementação efetiva e abrangente de forma de combater a lavagem de dinheiro e de aperfeiçoar a cooperação internacional, incluindo a cooperação judicial, como forma de prevenir, detectar e processar tais crimes, desmantelar organizações criminosas e confiscar seus produtos de ilícitos, e também reconhecemos a necessidade

We are determined to tackle the world drug problem and to actively promote a society free of drug abuse in order to ensure that all people can live in health, dignity and peace, with security and prosperity; therefore:

We, the States Members of the United Nations,

[...]

Reaffirm also that the ultimate goal of both demand and supply reduction strategies and sustainable development strategies is to minimize and eventually eliminate the availability and use of illicit drugs and psychotropic substances in order to ensure the health and welfare of humankind and encourage the exchange of best practices in demand and supply reduction, and emphasize that each strategy is ineffective in the absence of the other;

[...]

Recognize that, despite our past efforts, illicit crop cultivation and illicit drug production, manufacturing, distribution and trafficking have been increasingly consolidated into a criminally organized industry generating enormous amounts of money, laundered through the financial and non-financial sectors and, therefore, commit ourselves to strengthening the effective and comprehensive implementation of regimes for countering money-laundering and to improving international cooperation, including judicial cooperation, in order to prevent, detect and prosecute such crimes, dismantle criminal organizations and confiscate their illicit proceeds, and also recognize the need to train law enforcement and judicial personnel to utilize the tools available in the international framework, as well as the need to encourage the development of such training;

[...]

Decide to establish 2019 as a target date for States to eliminate or reduce significantly and measurably:

---

de capacitar os agentes policiais e judiciários para que utilizem as ferramentas disponíveis internacionalmente, assim como a necessidade de incentivar o desenvolvimento de tais capacitações;

[...]

Decidimos estabelecer 2019 como prazo para os Estados eliminarem ou reduzirem, de forma significativa e mensurável:

(a) O cultivo ilícito de papoula de ópio, planta da folha de coca e planta da *Cannabis*;

(b) A demanda ilícita por drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas; e os riscos de saúde e sociais associados;

(c) A produção, fabricação, comercialização, distribuição ilícita e tráfico de substâncias psicotrópicas, incluindo drogas sintéticas;

(d) O desvio e o tráfico ilícito de percursores;

(e) Lavagem de dinheiro relacionada a drogas ilícitas;"

> The illicit cultivation of opium poppy, coca bush and cannabis plant;
>
> The illicit demand for narcotic drugs and psychotropic substances; and drug-related health and social risks;
>
> The illicit production, manufacture, marketing and distribution of, and trafficking in, psychotropic substances, including synthetic drugs;
>
> The diversion of and illicit trafficking in precursors;
>
> Money-laundering related to illicit drugs;

A meta de um mundo sem o abuso de drogas foi mais uma vez prorrogada, agora para 2019. Em 2016 houve uma nova Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre Drogas (UNGASS), evento que gerou muita expectativa no sentido de a organização rever os fundamentos de sua atuação em relação ao uso de drogas e estudar a promoção de práticas de redução de danos. Mas no "outcome document" da UNGASS 2016 o modelo desenhado nas três convenções internacionais foi reafirmado: "We reaffirm our commitment to the goals and objectives of the three international drug control conventions"[3] (p. 1). A organização continua abraçando o sonho de "a drug free world" (p. 1, grifo meu)[4]:

> We reaffirm our determination to tackle the world drug problem and to actively promote a society free of drug abuse in order to help to ensure that all people can live in health, dignity and peace, with security and prosperity, and reaffirm our determination to address public health, safety and social problems resulting from drug abuse;

Portanto, apesar da expectativa de mitigar o paradigma proibicionista em favor da promoção de políticas de redução de danos no âmbito da ONU, pelo discurso da organização, que é praticamente o mesmo desde sempre, as normas de direito internacional vão continuar rechaçando formas de lidar com certos tipos de substâncias que não pelo sistema penal.

---

[3] Tradução livre: "Nós reafirmamos nosso compromisso com as metas e objetivos das três convenções internacionais sobre controle de drogas".

[4] Tradução livre: "Nós reafirmamos nossa determinação para combater o problema mundial das drogas e para promover uma sociedade livre de abuso de drogas como forma a contribuir para garantir que todas as pessoas possam viver com saúde, dignidade e paz, com segurança e prosperidade, e reafirmamos nossa determinação para lidar com os problemas de saúde, segurança e sociais advindos do abuso de drogas;".

2.3 Brasil: Política Nacional e Lei de Drogas

Mais uma vez, ressalto o recorte deste trabalho em relação aos marcos normativos acerca do uso de drogas e da redução de danos. Esse objeto reduzido dispensa, por exemplo, remissão à primeira regra que proibiu o comércio de substância tóxica no Brasil, ainda no século XIX, já que esse fato pontual e descontextualizado, exposto como um marco histórico, não contribuiria para a compreensão do uso de drogas e da redução de danos hoje. Ademais, o objeto do trabalho (uso de drogas e redução de danos) dispensa considerações exaustivas e basilares sobre a "nova" Lei de Drogas – que, apesar de já ter mais de uma década de vigência, ainda é chamada de nova por costume –, até porque, pressuponho que o leitor possui esses conhecimentos básicos do campo. Assim, estender demais o trabalho nesses aspectos poderia configurar o que Luciano Oliveira chama de "manualismo" (2004): escrever páginas e páginas sobre conhecimentos básicos que qualquer pessoa do campo domina, o que não contribui em nada para o trabalho e o torna extenso e maçante. Até porque, para o leitor que eventualmente não tiver nenhuma proximidade com a questão das drogas, é desnecessário repetir o que outros autores já escreveram com muito mais traquejo, por isso, se for este o caso, apenas indico a obra de Salo de Carvalho (2016).

Portanto, para cumprir a proposta do trabalho, exponho parte do ordenamento jurídico relativo ao uso de drogas e à redução de danos, principalmente a antiga e a "nova" Lei de Drogas (respectivamente, Leis nº 6.368/76 e nº 11.343/06); a Política Nacional Antidrogas (Decreto nº 4.345 de 26 de agosto de 2002); e a Política Nacional sobre drogas (Resolução nº3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005). O texto, por coerência com o objeto da pesquisa, é centrado em relação à forma que o Estado reage em relação ao uso de drogas e às previsões sobre redução de danos. Sobre a Lei nº 11.343/06, que trata sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas (Sisnad), que antes era regulado por meio decreto presidencial, infelizmente é muito mais conhecida pelas disposições penais. Por isso,

privilegio a exposição do Título III da lei (das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas).

O porte de droga para uso próprio é crime no Brasil desde 1968, quando o Decreto-Lei nº 385/68 determinou que o usuário incorreria nas mesmas penas previstas ao comerciante, no art. 281 do Código Penal. Nesse caso, o Brasil se adiantou às tendências internacionais, pois, como já expus, até então a Convenção de 1961 recomendava a ideologia da diferenciação: tratamento ao usuário (dependente) e prisão ao traficante. Em 1976, a Lei nº 6.368 continuou criminalizando o usuário, mas com a imposição de uma pena diferente à do traficante, bastante menor: seis a dois anos de detenção (art. 12). Além disso, o art. 10 dessa lei previa o tratamento compulsório ao dependente, "independente da prática de crime". Há nesse tratamento uma perspectiva criminológica etiológica, pois se faz uma associação entre usuário-dependente-delinquente, sendo a intervenção estatal uma forma de prevenir os crimes futuros que a pessoa criminalizada supostamente irá cometer (CARVALHO, 2016, p. 67):

> É fusão dependência-delito, presente na lógica do tratamento e da recuperação moldada pela Lei de Drogas de 1976, gera espécie de criminalização da adicção, pois, como todos os pressupostos da criminologia etiológica, impõe como dever do Estado a intervenção no dependente para impedir sua conduta criminosa futura.

A diferenciação no tratamento legal dado ao usuário e o traficante acabou gerando uma situação em que pessoas em situações jurídicas análogas podem receber tratamento diferenciado do Estado a depender do desenrolar dos processos de criminalização secundária, já que a atuação do sistema de justiça criminal é seletiva, "atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas" (BATISTA, N., 2011, p. 25). Assim, o estereótipo criminal foi aplicado aos jovens pobres e o médico aos de classe médica, o que causou um grande processo de criminalização daqueles (BATISTA, V., 2015, p. 4):

> A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social velada que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.

Desde a década de 1990 a Lei de Drogas era objeto de debate no Congresso Nacional, pois, "segundo as exposições de motivos dos inúmeros projetos que tramitavam concomitantemente, a defasagem conceitual e operacional do estatuto impunha reformulação global" (CARVALHO, 2016, p. 91). Por isso, no começo de 2002, os congressistas aprovaram a Lei nº 10.409, todavia, grande parte dela foi vetada – inclusive todo o capítulo referente aos crimes – e apenas as disposições processuais entraram em vigor (CARVALHO, 2016, p. 93). De toda forma, quanto a essa lei, vale mencionar a redação do § 2º do art. 12: "cabe ao Ministério da Saúde regulamentar as ações que visem à redução dos danos sociais e à saúde". Essa é, provavelmente, a primeira vez que se insere a locução "redução de danos" em uma lei federal relativa ao uso de drogas ilícitas. Já aqui, a noção de redução de danos é utilizada de maneira expandida, não só como uma forma de atenção à saúde do usuário, mas contemplando também questões sociais.[5]

Esse momento histórico é importante para este trabalho pois, ao mesmo tempo que a legislação federal autorizava a estratégia de redução de danos, criminalizava o usuário com a possibilidade de imposição de tratamento compulsório – adianto que já haviam experiências de redução de danos no Brasil ainda na década de 1990, de modo que ao afirmar que esse panorama normativo é importante para a pesquisa não pretendo passar a ideia de que, antes disso, essa abordagem não existia no país. Tal importância se dá porque o objetivo deste capítulo é concentrado nos aspectos normativos acerca do uso de drogas e da redução de danos, enquanto os aspectos empíricos serão mais propriamente abordados nos capítulos posteriores. Quero dizer, o importante aqui é constatar a

[5] Sobre isso, adiantando o que escrevo no terceiro capítulo, é tendência restringir a redução de danos como uma forma de reduzir os potenciais riscos à saúde do usuário, sem considerá-la uma abordagem ampla de atenção que também considere aspectos sociais, econômicos, políticos e afetivos. Ver o ponto "3.1. Sentidos de redução de danos".

coexistência do proibicionismo e da redução de danos no âmbito normativo (lei federal). Tal objeto se constituiu por, conforme REGHELIN escreve, essa previsão legal ter constituído um paradoxo, na medida em que prevê para a mesma situação jurídica, consequências diferentes que não são complementares, mas, pelo contrário, são exclusivas e negam uma a outra (2002, p. 162):

> Paradoxal é observar que o Brasil, mesmo já dispondo de nova legislação (Lei 10.409/2002), a qual defende a redução de danos demonstrando um avanço histórico bastante relevante, pretende manter, no mesmo diploma legal, um tratamento penal criminalizador para o usuário, inclusive chegando a prever a hipótese de tratamento compulsório.

Após a UNGASS de 1998, para cumprir um encaminhamento pactuado na reunião, o então presidente Fernando Henrique Cardoso editou o Decreto nº 4.345, de 26 de agosto de 2002, que instituiu a Política Nacional Antidrogas. Se por um lado a política leva a denominação "antidrogas", "propagando o discurso proibicionista e idealizando uma sociedade livre do uso de drogas" (MACHADO e BOARINI, 2013, p. 588), contraditoriamente "também apoia a criação e a implementação de estratégias de redução de danos para o indivíduo, grupo social ou comunidade, com enfoque na prevenção das doenças infecciosas" (MACHADO E BOARINI, 2013, p. 588). Como se pode ver nos trechos a seguir, a política tem como pressuposto básico o reconhecimento da existência de diferenças entre os vários tipos de uso, o que rompe com a associação usuário-dependente-delinquente, privilegiando um tratamento diferenciado para cada caso. A partir dessa concepção, para materializar o direito constitucional à saúde, autoriza-se a adoção de estratégias que visam minimizar as potenciais consequências adversas decorrentes do uso de drogas, isso sem prejuízo de outras medidas, como a criminalização (grifo meu):

> 2. Pressupostos básicos da PNAD
>
> [...]
>
> 2.2. Reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada.
>
> [...]

> 2.16. Experimentar de forma pragmática e sem preconceitos novos meios de reduzir danos, com fundamento em resultados científicos comprovados.
>
> [...]
>
> Objetivos da PNAD [...]
>
> 3.6. Reduzir as conseqüências sociais e de saúde decorrentes do uso indevido de drogas para o indivíduo, para a comunidade e para a sociedade em geral.
>
> [...]
>
> Redução de Danos Sociais e à Saúde
>
> Orientação Geral
>
> 6.1.1. Estabelecer estratégias de Saúde Pública voltadas para minimizar as adversas conseqüências do uso indevido de drogas, visando a reduzir as situações de risco mais **constantes desse uso**, que representam potencial prejuízo para o indivíduo, para determinado grupo social ou para a comunidade.
>
> 6.2. Diretrizes
>
> 6.2.1. Reconhecer a estratégia de redução de danos sociais e à saúde, amparada pelo artigo 196 da Constituição Federal, como intervenção preventiva que deve ser incluída entre as medidas a serem desenvolvidas, sem representar prejuízo a outras modalidades e estratégias de redução da demanda.
>
> 6.2.2. Apoiar atividades, iniciativas e estratégias dirigidas à redução de danos.
>
> 6.2.3. Visar sempre à redução dos problemas de saúde associados ao uso indevido de drogas, com ênfase para as doenças infecciosas.
>
> 6.2.4. Definir a qualidade de vida e o bem-estar individual e comunitário como critérios de sucesso e eficácia para escolha das intervenções e ações de redução de danos.
>
> 6.2.5. Apoiar e promover a educação, treinamento e capacitação de profissionais que atuem em atividades relacionadas à redução de danos.

Apesar das previsões acerca da estratégia de redução de danos, Machado e Boarini entendem que o "plano não especifica o que define como redução de danos e não se posiciona em relação aos programas de troca de seringas" (2013, p. 588), o que prejudicou a sua aplicação, já que os agentes públicos tinham apenas uma autorização genérica e imprecisa e, por isso, suas iniciativas poderiam ser

questionadas. Portanto, até então, o plano normativo não teria capacidade de sustentar políticas, programas e práticas de redução de danos, seja pela deficiência das previsões, seja pela resistência social à essa abordagem.

Em 2005, um ano antes de uma alteração legislativa, o Conselho Nacional Antidrogas editou uma nova Política Nacional sobre Drogas, por meio da Resolução nº 3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005. Nesse momento, o termo "anti" foi substituído por "sobre", afastando a ideia proibicionista presente no título da política antecessora. Ademais, constituiu-se dos seguintes eixos de ação: (1) prevenção; (2) tratamento e reinserção social; (3) redução de danos; (4) redução da oferta; e (5) estudos e pesquisas. Nesta norma também se faz uma clara distinção entre usuário, pessoa em uso indevido, dependente e traficante de drogas, com a recomendação de tratamento diferenciado para cada um deles. Além disso, a adoção de estratégias de redução de danos foi ainda mais privilegiada do que na política de 2002, sendo considerada um princípio, como se pode ver nos seguintes trechos:

> PRESSUPOSTOS DA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS [...]
>
> Reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada
>
> [...]
>
> Não confundir as estratégias de redução de danos como incentivo ao uso indevido de drogas, pois se trata de uma estratégia de prevenção.
>
> [...]
>
> OBJETIVOS DA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS [...]
>
> Reduzir as consequências sociais e de saúde decorrentes do uso indevido de drogas para a pessoa, a comunidade e a sociedade
>
> [...]
>
> REDUÇÃO DOS DANOS SOCIAIS E À SAÚDE 3.1 Orientação Geral
>
> 3.1.1 A promoção de estratégias e ações de redução de danos, voltadas para a saúde pública e direitos humanos, deve ser

realizada de forma articulada inter e intra-setorial, visando à redução dos riscos, das consequências adversas e dos danos associados ao uso de álcool e outras drogas para a pessoa, a família e a sociedade.

3.2 Diretrizes

3.2.1 Reconhecer a estratégia de redução de danos, amparada pelo artigo 196 da Constituição Federal, como medida de intervenção preventiva, assistencial, de promoção da saúde e dos direitos humanos

3.2.2. Garantir o apoio à implementação, divulgação e acompanhamento das iniciativas e estratégias de redução de danos desenvolvidas por organizações governamentais e não-governamentais, assegurando os recursos técnicos, políticos e financeiros necessários, em consonância com as políticas públicas de saúde.

3.2.3. Diminuir o impacto dos problemas socioeconômicos, culturais e dos agravos à saúde associados ao uso de álcool e outras drogas.

[...]

realizadas na área de redução de danos para o 3.2.9. Promover estratégias de divulgação, elaboração de material educativo, sensibilização e discussão com a sociedade sobre redução de danos por meio do trabalho com as diferentes mídias.

3.2.10 Apoiar e divulgar as pesquisas científicas submetidas e aprovadas por comitê de ética, aprimoramento e a adequação da política e de suas estratégias.

[...]

3.2.13 Comprometer os governos federal, estaduais e municipais com o financiamento, a formulação, implementação e avaliação de programas e de ações de redução de danos sociais e à saúde, considerando as peculiaridades locais e regionais.

3.2.14 Implementar políticas públicas de geração de trabalho e renda como elementos redutores de danos sociais.

3.2.15 Promover e implementar a integração das ações de redução de danos com outros programas de saúde pública.

3.2.16 Estabelecer estratégias de redução de danos voltadas para minimizar as conseqüências do uso indevido, não somente de drogas lícitas e ilícitas, bem como de outras substâncias.

A grande questão é, justamente, o paradoxo objeto desta pesquisa: até então, o porte de drogas para uso próprio ainda era crime punido com prisão, conforme o art. 16 da Lei nº 6.368/76. Como o modelo de redução de danos não implica necessariamente em extinguir o uso de drogas, mas em torná-lo mais seguro, havia abertura para que fosse considerado crime, nos termos do art. 12, § 2º, inciso I, da referida lei, que determina que "induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente" incorre nas mesmas penas de tráfico (3 a 15 anos de reclusão). Assim, há grupos que sustentam que a redução de danos se trata de prática criminosa (MACHADO e BOARINI, 2013, p. 586):

> Por entrar em conflito com as disposições da Lei nº 6.368/1976 (Brasil, 1976), vigente naquele período e posteriormente revogada pela Lei nº 11.343/2006 (Brasil, 2006), a estratégia de redução de danos era e continua sendo avaliada por alguns segmentos, dentre eles a Igreja Católica e a polícia federal, como incitação ao uso de drogas ilícitas e, em consequência, como crime.

Um ano depois, a Lei nº 11.343/06 mantém e acentua a ideologia da diferenciação, impondo ao tráfico e ao porte de droga para uso sanções de naturezas diversas: pena severa para os traficantes; e medidas e penas diversas da prisão para o usuário (CARVALHO, 2016, p. 105):

> [...] a lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao tráfico de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 5 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

Como é amplamente sabido, com essa lei não houve a descriminalização do porte para consumo próprio. Não há mais a imposição de pena de prisão, mas ainda existe controle pelo sistema penal, com a previsão das seguintes sanções: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Então, o porte de droga para uso próprio continua sendo crime, conforme o próprio STF decidiu em 2007, ao julgar o RE 430.105 (BRASIL, 2007):

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12).

Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).

Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107).

Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.

III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

Salo de Carvalho sustenta que não houve a descriminalização, mas a descarcerização dos delitos relativos ao uso de drogas, rechaçando argumentos que

propõem o inverso[6] (2016, p. 161). Isso quer dizer que, embora ainda haja o controle penal, o resultado prático do ingresso da Lei nº 11.343/06 no ordenamento jurídico brasileiro é "que, em nenhuma hipótese, poder ser o usuário privado de sua liberdade. Nenhuma sanção que restrinja a sua liberdade poderá ser imposta pelo magistrado ou oferecida como mecanismo de transação penal pelo Ministério Público" (LINS, 2009, p. 255).

A lei prevê para o usuário e o dependente uma política de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social em seu Título III, fazendo, assim como as políticas nacionais, a distinção entre o adicto e o usuário pela primeira no corpo da Lei. Ademais, há registrado no texto o reconhecimento de que não existe vínculo intrínseco entre o vício e o uso, sendo "o respeito ao usuário e ao dependente de drogas" uma diretriz das atividades de atenção para esses sujeitos. Quer dizer, formalmente, se quebra com a associação usuário-dependente-criminoso. Por outro lado, constato que a palavra "usuário" é seguida pela palavra "dependente" todas as vezes em que é utilizada, o que indica que apesar de a norma reconhecer a diferença, adota os mesmos princípios e diretrizes indistintamente nas estratégias de prevenção, atenção e reinserção social. Dessa forma, mesmo tendo a definição de um "projeto terapêutico individualizado" (art. 22, inciso III) como uma diretriz, a lei continua contribuindo para a indistinção entre usuário e adicto. (SILVA e DELDUQUE, 2015, p. 236):

Apesar da imprescindibilidade de se assentar aqui que não houve a descriminalização, não há a mesma necessidade de expor os argumentos no sentido contrário e apontar suas impropriedades, de modo que, remeto o leitor interessado à obra de Carvalho (2016, p. 161).

> [...] ela [a Lei de Drogas] se dirige a usuários e a dependentes de drogas, sendo que em alguns trechos as mesmas ações são voltadas para ambos e em outros se fala de "usuário ou dependente", colaborando para uma indistinção entre os dois,

[6] Apesar da imprescindibilidade de se assentar aqui que não houve a descriminalização, não há a mesma necessidade de expor os argumentos no sentido contrário e apontar suas impropriedades, de modo que, remeto o leitor interessado à obra de Carvalho (2016, p. 161).

> sem considerar a mencionada distinção entre estágios na carreira.

Nessa parte da lei também há o rompimento com o ideal de abstinência total – a despeito de o capítulo seguinte criminalizar o uso, como já expus –, o que se coaduna com a estratégia de redução de danos, conforme disposto no art. 19, inciso VI, da Lei. Desse modo, com base nas previsões de redução da danos da lei, não se busca exclusivamente a interrupção completa do consumo de drogas, se admitindo como opção desejável o retardamento do uso ou, ao menos, a promoção de estratégias para dirimir os riscos de danos provenientes do uso ou do abuso:

> Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:
>
> VI - o reconhecimento do "não-uso", do "retardamento do uso" e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;
>
> Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

A estratégia de redução de danos não é prevista no ordenamento jurídico apenas para as drogas ilícitas – mais uma vez ressalto que, apesar disso, o recorte da pesquisa é exclusivamente em relação a estas, já que, em tese, no caso das drogas lícitas não há conflito entre o paradigma proibicionista e da redução de danos. Por exemplo, um ano após a atual Lei de Drogas, foi editado o Decreto nº 6.117, de 22 de maio de 2007, que aprova a Política Nacional sobre o Álcool e prevê "ações para a redução dos danos sociais, à saúde e à vida causados pelo consumo desta substância". Além disso, adota a lógica da redução de danos como uma diretriz explícita:

> IV - DIRETRIZES
>
> 6. São diretrizes da Política Nacional sobre o Álcool:
>
> 4 - utilizar a lógica ampliada do conceito de redução de danos como referencial para as ações políticas, educativas, terapêuticas e preventivas relativas ao uso de álcool, em todos os níveis de governo;

> 5 - considerar como conceito de redução de danos, para efeitos desta Política, o conjunto estratégico de medidas de saúde pública voltadas para minimizar os riscos à saúde e à vida, decorrentes do consumo de álcool;

Voltando à Lei nº 11.343/06, que é uma norma hierarquicamente superior ao Plano Nacional de Drogas, constata-se que ela dá notória atenção à estratégia de redução de danos ao mesmo tempo que retira do usuário a possibilidade de submissão ao cárcere. Todavia, Weigert entende que tal lei não representou uma mudança tão expressiva na política criminal de drogas (2010, p. 68):

> Assim, ainda que alguns considerem a recente lei um avanço em direção à política antiproibicionista, continuou-se a agir (e legislar) em consonância com a lógica proibicionista. Segue-se, no Brasil, tentando coibir o consumo e tráfico de substâncias psicoativas através dos imperativos estabelecidos nas Convenções Internacionais.

Isso porque, ainda que tenha ocorrido a descarcerização, o usuário continua submetido ao controle penal, na forma do art. 28 da Lei 11.343/06, que prevê as seguintes penas: (I) advertência sobre os efeitos das drogas; (II) prestação de serviços à comunidade; e (III) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Em relação ao caráter dessas sanções, Carvalho escreve que a prestação de serviços à comunidade "é inegavelmente inserida no sistema punitivo brasileiro como espécie de pena restritiva de direito" (2016, p. 354), o que é chancelado pelon próprio Código Penal, em seu art. 43, inciso IV[7]. Sobre a advertência em relação aos efeitos da droga, prevista no inciso I, "em razão do caráter de reprovabilidade real ou simbólica, adquire natureza punitiva" (CARVALHO, 2016, p. 354) e também "se aproxima, de forma atípica, das penas restritivas de direitos" (CAVALHO, 2016, p. 354). Já em relação à medida educativa, por possuir um "caráter reabilitador e terapêutico [...], associado à ideia prevalente no direito penal das drogas entre associação entre usuário e dependente, cria na legislação pátria espécie atípica de medida, híbrido de medida de segurança e

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

medida socioeducativa" (CARVALHO, 2016, p. 355). Essa última medida materializa a falta de coerência em si, por contradição, da Lei nº 11.343/06, que, em seu título III diferencia "usuários e dependentes de drogas" mas possibilita a imposição de tratamento a quem porta a droga para uso próprio, o que, segundo Salo de Carvalho, se associa à confusão entre usuário e dependente (2016, p. 355).

Com a exposição do caráter de todas as sanções previstas no art. 28 da Lei de Drogas, percebe-se que é possível cumular uma pena restritiva de direitos (advertência ou prestação de serviços à comunidade) e a medida híbrida de segurança/socioeducativa, o que "deflagra dupla incriminação pelo mesmo fato" (CARVALHO, 2016, p. 356). Nessa hipótese de aplicação conjunta de pena e medidas o que se tem é o seguinte: "pena retributiva à ofensa à saúde pública; medida educativa preventiva à autolesão" (CARVALHO, 2016, p. 357). Tem-se a dupla punição, porque, por mais que o fundamento da pena e da medida sejam diferentes, o mesmo indivíduo percebe as duas como consequência do mesmo fato (CARVALHO, 2016, p. 358).

Outro ponto importante é que a Lei nº 11.343/06 é uma lei penal em branco, quer dizer, possui "preceitos incompletos que requerem preenchimento por terceiros dispositivos" (CARVALHO, 2016, p. 257). No caso das drogas, atualmente, esse complemento dos tipos penais é feito pelo Poder Executivo, por meio da Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS), norma que pode ser facilmente alterada, mediante simples ato administrativo. Todavia, apesar de esse "complemento", que é parte integradora do tipo penal, não seguir o mesmo procedimento rigoroso de criação/alteração/revogação da lei penal, produz os mesmos efeitos incriminadores de uma norma com esse status (CARVALHO, 2016, p. 257).

]

2.4 Judicialização da política de drogas brasileira: discussão do STF sobre a descriminalização do uso da maconha

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs o Recurso Extraordinário nº 635.659/SP perante o Supremo Tribunal Federal, buscando a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que tipifica o crime de porte de drogas para uso pessoal. Até a presente data, votaram os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Cardoso, tendo o julgamento sido suspenso por pedido de vista do ministro Teori Zavascki em 10/9/2015, há quase 3 anos, portanto. No julgamento, o STF acena para a possibilidade de intervir no mérito da política sobre drogas brasileira, que, conforme já exposto neste capítulo, é, ao mesmo tempo, uma política criminal e uma política social que contempla questões sociais, econômicas, políticas, afetivas e de saúde.

Ressalto que, até o término deste trabalho, ainda não houve acórdão ou voto escrito definitivo e oficial, de modo que os materiais de referência para fazer este trabalho foram os votos em elaboração dos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso; e os registros audiovisuais das sessões em que a Corte apreciou o RE nº 635.659/SP, que incluem os votos proferidos oralmente.

Engelmann e Cunha Filho explicam que a doutrina jurídica que legitima a intervenção judicial na condução de políticas no Brasil é sustentada por 3 axiomas (2013, p. 59): (1) as disposições constitucionais possuem normatividade e posição hierárquica privilegiada; (2) a promoção dos direitos fundamentais é um objetivo/diretriz do Estado e do Direito; e, por conta disso, (3) os poderes e agentes públicos devem promover direitos fundamentais. Por outro lado, existem doutrinadores "contra" esse tipo de intervenção, que usam os seguintes argumentos (2013, p. 60): (1) princípio da separação dos poderes e legitimidade política dos poderes executivo e legislativo para definirem políticas; (2) racionalização da administração pública; (3) argumento do "tiro pela culatra"; (4) reserva do possível no orçamento público; (5) isonomia/equidade. Já os que se posicionam favoravelmente, invocam (2013, p. 61): (1) a dignidade da pessoa humana; (2) a

impossibilidade de "importar" a doutrina da reserva do possível; (3) a existência de direitos subjetivos extraíveis diretamente da Constituição (neoconstitucionalismo); e (4) a prevalência do direito à vida e à saúde sobre as prerrogativas orçamentárias do estado (ponderação de princípios). Os autores analisam a posição do STF em relação à possibilidade de o Estado fornecer medicamento/tratamento a cidadãos que não possuem recursos para adquiri-los. Desde a década de 1990 a Corte entende que o direito à saúde é um direito público subjetivo (2013, p. 64). Além disso, a partir de 2000, começa a julgar moralmente os poderes representativos e se posicionar "de maneira abertamente favorável aos 'menos favorecidos'" (2013, p. 65). Citam também um argumento do ministro Celso de Mello, "reiterado em inúmeras decisões" (2013, p. 65): o direito à vida e à saúde do indivíduo se sobrepõe à prerrogativa orçamentária do Estado, por "razões de ordem ético-jurídica". Sidney Sanches; Ellen Greice; e Marco Aurélio também usam esse argumento (2013, p. 65). Dessa forma, é possível sugerir que "no entendimento do Tribunal, o direito à vida e o direito à saúde são inexoravelmente mais importantes do que quaisquer tipos de preocupações financeiras" (p. 66). Os autores concluem que "questões orçamentárias são, quando comparadas com o direito à vida e à saúde, quase que irrelevantes" (p. 67)

Quando nos voltamos para o objeto dessa pesquisa, essa intervenção do STF nas políticas públicas de saúde toma importância na medida em que, no caso das drogas, no embate entre o sistema penal e o sistema de saúde, se sobressai a política criminal em detrimento da de saúde, conforme escreve Salo de Carvalho: "os princípios e diretrizes previstas na lei 11.343/06, notadamente identificados com políticas de redução de danos, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções direcionada ao sistema de saúde pública" (2016, p. 225). O próprio relator do RE nº 635.659/SP, ministro Gilmar Mendes, em seu voto em elaboração, escreveu que a discussão incluía o "deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública" (2015, p. 15). No plenário, afirmou oralmente que "a política de redução de danos segue

desprestigiada e sem efetividade, diante do óbice representado pela primazia da tutela penal" (2015, 1h43min).

Pois bem, uma das questões centrais enfrentadas pela Corte nesse recurso é justamente em relação à saúde do usuário. O relator, em seu voto oral, deixa claro que o legislador "errou" em usar a criminalização como um meio de proteção da saúde do usuário: "deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema" (2015, 51min). Assim, a premissa de que o usuário deve ser destinatário de políticas públicas de saúde configura um argumento do ministro para votar pela intervenção do judiciário na política pública sobre o uso de drogas: "o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06" (2015, p. 39).

O ministro Edson Fachin declarou que o Estado tem o papel de proteger o usuário de drogas por meio de "campanhas educativas e de prevenção, criação e execução de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde daqueles que fazem uso abusivo de drogas, estabelecer medidas que desalentem o consumo de drogas, mas segundo o autor, nunca a reprovação penal pela conduta autodestrutiva do cidadão" (2015, p. 4, grifo meu). Conclui seu voto insistindo na "formulação, adoção e efetivação real e concreta de políticas públicas de atendimento aos adictos, para fins de atuação concreta tanto do Estado quanto da sociedade, mediante redes de atenção e cuidado com a saúde pessoal e familiar de todos" (p. 18).

Luís Roberto Barroso também argumenta que a política de saúde fica mitigada pela política criminal guerra às drogas, que acaba drenando recursos que poderiam ser destinados para prevenção educação e tratamento (2015, p. 5-6). Afirma que "a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar,

acabam não tendo acesso a ele." (p. 9). Assim, rechaça o argumento de que a descriminalização do uso terá impactos negativos na saúde pública, pois, "com a descriminalização, usuários e dependentes passam a poder se tratar" (p. 14).

Os ministros, mesmo que implicitamente, reiteram alguns argumentos destacados por Engelmann e Cunha Filho. Sob a premissa de que o usuário deve ser destinatário de políticas públicas de saúde, fica clara a ideia de que a saúde é um direito fundamental que o Estado deve se mobilizar para garantir, sendo que, na hipótese em que não o faz, deverá o judiciário intervir, afinal, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, o STF deve cumprir sua função precípua, que é "a proteção dos direitos fundamentais" (2015, 1h27min). Este foi um dos argumentos presentes em todos os votos: a atual política pública sobre o uso de drogas representaria óbice ao direito à saúde dos usuários.

Esse cenário exigiria uma intervenção no mérito da política pública sobre o uso de drogas, na medida em que a discricionariedade do Estado de decidir como tratar essa conduta não poderia se sobrepor ao direito fundamental à saúde dos usuários. Isso se assemelha ao argumento de que o direito à saúde do indivíduo não pode ser afastado pelas prerrogativas orçamentárias dos entes federados, utilizado nos casos de concessão de medicamentos. Assim, os ministros furtam o papel de formuladores de políticas públicas para alterar o paradigma baseado no controle penal para um centrado na assistência à saúde e garantia de direitos.

Além disso, também continuam a favor dos menos favorecidos, na medida em que reconhecem que quem é percebido como desviante (nos termos da teoria interacionista de BECKER, 2008, p. 21-33 e 179-189) costuma estar em situação de vulnerabilidade e estigmatização, o que ensejaria um esforço ainda maior do Estado para garantir direitos fundamentais e reforçaria o argumento acerca da necessidade intervenção nessa política pública.

Por fim, esclareço que, apesar de ser possível analisar a intervenção do STF na política pública de saúde a partir dos dois casos paralelos – fornecimento de

medicamento e descriminalização da maconha –, existem algumas diferenças fundamentais. A principal delas é que as demandas por medicamentos gratuitos no STF são individuais, enquanto no caso do RE nº 635.659/SP, tem-se uma possível intervenção judicial no mérito de uma política pública para determinar como os outros poderes deverão lidar com todos os usuários, prestigiando o sistema de saúde em detrimento do penal. No primeiro, a solução é limitada ao indivíduo que demanda o judiciário, já no segundo, a decisão, possivelmente, teria eficácia estendida à atuação de todo o Estado e, consequentemente, à todos os usuários. Nesse caso, portanto, a decisão não resolve apenas um dilema individual, tendo caráter erga omnes, o que faz com que muitos argumentos não sejam fungíveis entre os casos, como o do "tiro pela culatra".

As propostas de alteração legislativa no Congresso que possuem objeto similar ao deste RE analisado pelo STF estão há muito paradas. O PL nº 7.187/2014, da Câmara dos Deputados, no qual estão apensados diversas outras proposições, dentre elas a do Deputado Jean Willys, do PSOL, de nº 7.270/2014, está desde 2014 aguardando a criação de uma Comissão Especial para sua análise, ou seja, há mais de 4 anos – não que a situação no STF seja tão diferente assim, já que o RE está igualmente "parado" desde 2015.

Diante todo o exposto no capítulo, é possível sugerir que o ordenamento jurídico brasileiro admite a redução de danos como uma estratégia para lidar com o uso e o abuso de drogas, sendo este um paradigma para orientar as atividades de prevenção e atenção tanto no caso dos usuários quanto nos casos dos adictos. Todavia, se a legislação institui um sistema de atenção calcado na redução de danos, por outro lado, também criminaliza o uso de drogas (art. 28) e, consequentemente, impõe o não-uso como regra passível de controle penal quando inobservada. Portanto, o sistema de atenção ao usuário e o sistema penal atuam mediante diretrizes que vão de encontro uma com a outra: são duas abordagens não complementares, que se negam. Desta feita, o conflito na coexistência entre os dois paradigmas está presente no próprio campo normativo: a mesma lei que proíbe o uso

de drogas e o submete a controle penal determina a redução de danos como parâmetro para as políticas públicas de saúde e de atenção ao usuário.

Tal coexistência é tencionada a ponto de se sustentar que as estratégias de redução de danos são criminalizadas pelo paradigma proibicionista (MACHADO e BOARINI, 2013, p. 586), constituindo o crime de "induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga", conforme o § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. De fato, tal dispositivo tem um âmbito de aplicação bastante nebuloso. O Supremo Tribunal Federal, em 2011, chegou a julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.274 "para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 'interpretação conforme à Constituição' e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas", mas, ainda assim, vez ou outra se noticia a atuação do sistema penal reprimindo situações como essa.[8]

Atualmente, o debate sobre a política de drogas brasileira é praticamente inexistente, mas houve discussão relativamente recente promovida pelo STF, que, no âmbito do RE 635.659/SP, discute a possibilidade de intervir para descriminalizar o uso da maconha, privilegiando uma política pública de saúde em detrimento de uma política criminal. O legislativo, apesar de ter projetos apresentados sobre o mesmo tema, não discutiu a matéria efetivamente. O andamento do PL principal, nº 7.187/2014, evidencia isso: foi apresentado, arquivado, desarquivado e teve outros apensados a si. Não houve sequer a criação de uma Comissão Temporária para sua apreciação durante os seus 4 anos de tramitação.

[8] Um exemplo de que os órgãos do Sistema Penal continuam iniciando processos de criminalização mesmo em relação a debates públicos e acadêmicos sobre o tema é a recente investigação de pesquisadores da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) por apologia ao crime durante o 5º Simpósio Internacional Maconha e Outros Saberes, realizado pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID) e pela Unifesp entre 8 e 11 de maio de 2017. Elisaldo Carlini, um dos maiores cientistas brasileiros em relação ao estudo da maconha medicinal, e outros pesquisadores foram intimados para depor sobre o evento para instruir um inquérito policial iniciado após solicitação do Ministério Público. Mais informações em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/e-uma-ofensa-a-ciencia-diz-psiquiatra-especialista-em-drogas-intimado-a-depor-por-apologia-ao-crime.ghtml>. Acesso em 11 de março 2018

Esse cenário de proeminência das discussões pelo poder judiciário é curioso, considerando que, no caso da maconha, seria possível afastar a incidência da tutela penal com uma mera alteração da Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS). Além disso, o legislativo também o poderia fazer com a aprovação de uma lei. Apesar de o poder executivo e o legislativo serem os inquestionavelmente legitimados para promover essa discussão e, eventualmente, descriminalizar a maconha, percebe-se que, fora algumas iniciativas isoladas no Congresso Nacional que não tem andamento, tais poderes não possuem protagonismo no debate, razão pela qual o judiciário vem furtando-o.

3 USO DE DROGAS E SISTEMA PENAL

Neste capítulo, escrevo sobre o uso de drogas para estabelecer um modelo interpretativo dessa conduta que sirva de parâmetro para, no capítulo seguinte, compreender a abordagem da redução de danos. Isso será feito em diálogo, principalmente, com Becker e Hart.

Ademais, no segundo tópico, exponho algumas ideias desenvolvidas na criminologia sobre desvio, os processos de criminalização e a criminalização como modelo de controle de condutas, a partir de um paradigma epistemológico centrado na reação social, baseado nas teorias interacionistas. Aqui, também percorro, especificamente, a política criminal de drogas brasileira e seus resultados empíricos.

O objetivo aqui é, fundamentalmente, contrastar os marcos normativos expostos no capítulo anterior com questões eminentemente empíricas, o que resultará também em contrapor os parâmetros das normas de direito internacional e internas de compreensão do uso de drogas e os parâmetros científicos desenvolvidos pelos autores já citados.

2.1. O uso de drogas

O modelo tipicamente utilizado para se pensar no desvio – incluindo aqui o uso de drogas – é um simultâneo, que se baseia em uma análise multivariada

(BECKER, 2008, p. 34). Resumidamente, essa análise considera que existem diversas variáveis relacionadas ao desvio e que, quando há uma certa combinação desses coeficientes, todos eles operam simultaneamente para produzir o fenômeno (BECKER, 2008, p. 34). Por exemplo, adotar esse modelo para interpretar o fenômeno do uso de drogas resultaria na afirmativa: "consomem-se drogas porque faltam saúde, afeto, cultura, religião, escola, informação, dinheiro, família, trabalho, razão, consciência, liberdade etc" (VARGAS, 2006, p. 585). Essa formulação tem como premissa a droga ser um mal, sendo o seu uso resultado de anomalias psíquicas, biológicas, sociais, etc (VARGAS, 2006, p. 584). Outra ideia presente no senso comum é a de que, quando a pessoa experimenta a droga, depois da combinação das variáveis necessárias para levá-la a isso, inevitavelmente se torna viciado, sendo que o vício seria algo praticamente instantâneo e causado pelas propriedades químicas da substância. Até algumas décadas atrás, inclusive os estudos científicos sustentavam que as drogas atuariam proporcionando um pico do neurotransmissor dopamina no cérebro, o que causaria um prazer imenso e a vontade irresistível de uma nova dose (HART, 2014, p. 80-84). Nessa perspectiva, não existiria diferença entre de uso, uso abusivo e uso adicto de droas, pois o abuso, o vício e os danos seriam pressupostos dessas condutas.

Todavia, segundo Carl Hart, "no fundo, boa parte do que achamos que sabemos a respeito de drogas, vício e escolhas possíveis está errado" (2014, p. 15) e "boa parte do que temos feito em termos de educação, tratamento e políticas públicas no terreno das drogas está em desacordo com os dados científicos" (p. 14). Existem "fatores de risco" em relação ao uso e o vício de drogas, mas a conjugação de um ou mais desses fatores "não está diretamente associado ao próprio vício, nem muito menos condena as pessoas a desenvolvê-lo de modo definitivo" (HART, 2014, p. 124). Da mesma forma, a ausência completa de circunstâncias semelhantes às exemplificadas no parágrafo anterior não isentam o indivíduo da possibilidade de se tornar usuário e adicto de drogas ilícitas. Além disso, a tese de que a dopamina é "responsável por todas as formas de prazer e desejo" (p. 80) e que pode explicar

"porque as pessoas se viciam em drogas" (p. 80) já está desprestigiada, pois, por exemplo, a maioria das pessoas que fazem uso terapêutico de outras drogas que também provocam um aumento da dopamina no cérebro não se tornam viciadas, como a Ritalina, utilizada para tratamento de transtorno do déficit de atenção com hiperatividade (TDAH) (HART, 2014, p. 86).

Assim, aquele modelo de interpretação instantânea possui limitações, já que, conforme o exposto, uma análise multivariada parece não explicar o desvio e o uso de drogas. Por essa razão, adoto outra perspectiva para encarar esses fenômenos. Em 1953, há quase 70 anos atrás, Becker já propunha um modelo de interpretação diferente do simultâneo, segundo o qual ninguém poderia se tornar um usuário de drogas instantaneamente. Segundo o autor, existem processos de aprendizagem e socialização que o indivíduo precisa, necessariamente, passar para se tornar um usuário de maconha, sendo que a possibilidade de apreciar o uso dependeria profundamente da concepção que o usuário tem da droga e de seus efeitos (2015, p. 57-59). No caso do uso de maconha, existiriam três fases pelas quais o indivíduo deve necessariamente passar em ordem de se tornar um usuário frequente (BECKER, 2015, p. 57-59):[9]

> *In summary, an individual will be able to use marihuana for pleasure only when he goes through a process of learning to conceive of it as an object which can be used in this way. No one becomes a user without (1) learning to smoke the drug in a way which will produce real effects; (2) learning to recognize the effects and connect them with drug use (learning, in other word, to get high); and (3) learning to*

[9] Tradução livre:
"Em resumo, um indivíduo será capaz de usar maconha por prazer apenas quando ele passar por um processo de aprendizagem para concebê-la como um objeto que pode ser usado dessa maneira. Ninguém se torna um usuário sem (1) aprender a fumar a droga de uma forma que produzirá efeitos reais; (2) aprender a reconhecer os efeitos e conectá-los com o uso de drogas (aprender, em outras palavras, a ficar chapado); e (3) aprender a apreciar as sensações que ele percebe. No curso desse processo, ele desenvolve a disposição ou motivação para usar maconha que não era e nem poderia ser presente quando ele começou a usar, pois isso envolve e depende de concepções da droga que só poderiam crescer a partir do tipo de experiência factual detalhado acima. Ao completar esse processo, ele está disposto e capaz de usar maconha por prazer.
[...] O ato se torna impossível apenas quando a capacidade de apreciar a experiência de estar chapado perdida pela mudança na concepção do usuário sobre a droga, ocasionada por certos tipos de experiência com ela."

> *enjoy the sensations he perceives. In the course of this process he develops a disposition or motivation to use marihuana which was not and could not have been present when he began use, for it involves and depends on conceptions of the drug which could only grow out of the kind of factual experience detailed above. On completion of this process he is willing and able to use marihuana for pleasure.*
>
> *The act becomes impossible only when the ability to enjoy the experience of being high is lost, through a change in the user's conception of the drug occasioned by certain kinds of experience with it.*

Ainda sobre o papel da concepção do usuário em relação à droga e seus efeitos, Becker aponta a imprecisão da ideia de que o deleite proveniente das drogas seria uma mera decorrência dos efeitos fisiológicos das substâncias ingeridas de problemas psicológicos do indivíduo. Em verdade, o autor sustenta que a primeira reação ao uso de drogas pode variar imensamente (2015, p. 61). Deste modo, para que o uso continue, o consumidor noviço terá que reinterpretar sua experiência para que ela seja agradável, sendo que, o papel de outros usuários mais experientes é de extrema importância nesse processo, porque eles apresentam suas próprias interpretações ao ressaltar aspectos que o noviço pode não ter percebido sozinho (2015, p. 61-62):[10]

> *This analysis of the genesis of marihuana use shows that the individuals who come in contact with a given object may respond to it at first in a great variety of ways. If a stable form of the new behavior toward the object is to emerge, a transformation of meanings must occur, in which the person develops a new conception of nature of the object. This happens in a series of communicative acts in which other point*

[10] Tradução livre: "A análise da genealogia do uso de maconha mostra que os indivíduos que entram em contato com um determinado objeto podem responder a ele de primeira vez em uma grande variedade de maneiras. Se uma forma estável do novo comportamento em relação ao objeto está emergindo, uma transformação nos sentidos deve ocorrer, na qual a pessoa desenvolve uma nova concepção na natureza do objeto. Isso acontece em uma série de atos comunicativos em que outros destacam aspectos de suas experiências para ele, apresentam a ele novas interpretações dos eventos e ajudam-no a alcançar uma nova organização conceitual de seu mundo, sem a qual o novo comportamento não é possível. Pessoas que não alcançam o tipo de conceituação adequado são incapazes de se engajar nesse determinado comportamento e de alterar a sua forma de se relacionar com o objeto ou atividade. Isso sugere que um comportamento de qualquer tipo pode ser estudado produtivamente em relação ao seu desenvolvimento, em termos de mudanças nos sentidos e concepções, suas organizações e reorganizações e da forma que canalizam comportamentos, fazendo alguns atos possível e excluindo outros."

> *out new aspects of his experience to him, present him with new interpretations of events, and help him achieve a new conceptual organization of his world, without which the new behavior is not possible. Persons who do not achieve the proper kind of conceptualization are unable to engage in the given behavior and turn off in the direction of some other relationship to the object or activity. This suggests that behavior of any kind might fruitfully be studied developmentally, in terms of changes in meanings and concepts, their organization and reorganization, and the way they channel behavior, making some acts possible while excluding others.*

Deste modo, a ideia de que alguém se torna usuário/dependente instantaneamente não subsiste, já que as variáveis necessárias para que alguém aprenda a gostar dos efeitos da maconha podem ser desprezíveis para quem ainda não aprendeu a fumá-la, por exemplo. A partir desse exemplo é possível pensar em outra forma de interpretar o desvio, que é chamada por Becker de modelo sequencial. Segundo o autor, a ideia é que "todas as causas não operam ao mesmo tempo, e precisamos de um modelo que leve em conta o fato de que padrões de comportamento se desenvolvem numa sequência ordenada" (2008, p. 34, grifo do autor). Além disso, propõe-se a teoria interacionista - mais conhecida como "do etiquetamento", apesar de o próprio Becker considerar que foi chamada assim "de maneira infeliz" (2008, p. 179) - que consiste em considerar o desvio como ação coletiva e voltar a atenção para todas as pessoas envolvidas, não apenas para o infrator de uma regra que foi percebido como desviante (BECKER, 2008, p. 184). Isso alarga consideravelmente o objeto da criminologia positivista, que se resumia às questões: "'quem é criminoso?', "'por que é que o criminoso comete crime?'" (ANDRADE, 1995, p. 30). Agora, o objeto prioritário é o processo de criminalização (COSTA; e FILHO, 2014, p. 68).

Nessa perspectiva epistemológica, quando nos voltamos para o uso de drogas, é possível diferenciar pessoas que experimentam pela primeira vez, que usam ocasionalmente, que usam regularmente e que são adictas e refletir sobre os processos sociais que se envolvem. Se "o fato de alguém fazer uso de drogas, ainda que regularmente, não significa que seja 'viciado'" ou "sequer que essa pessoa tenha

um problema com as drogas" (HART, 2014, p. 22), é preciso estabelecer um critério para o que é o vício. Segundo a definição presente no Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM), o vício só se dá quando o uso prejudica funções vitais importantes, tem consequências negativas, ocupa muito tempo e energia mental e é compulsivo (HART, 2014, p. 22). Carl Hart afirma que, com esse conceito, o vício atinge "apenas entre 10 e 25% daqueles que experimentam até as drogas mais estigmatizadas, como heroína e crack" (2014, p. 23).

Tendo esse parâmetro, a ocorrência do vício não pode ser explicada apenas pelas características químicas das drogas ou por processos fisiológicos do organismo, considerando que a mesma substância que enseja o vício em uma pessoa, na maioria das vezes, não engendra a mesma situação em outra, independente das estruturas fisiológicas similares (HART, 2014, p. 80). Conforme Carl Hart escreve, no mesmo sentido do que foi apresentado nos parágrafos anteriores em diálogo com Becker, existem outros fatores que precisam ser sopesados, como o contexto social, as motivações do usuário e a forma como ele representa o mundo (2014, p. 80). Hart faz, então, uma analogia em relação ao sexo que facilita a compreensão de seu argumento, contando que em sua juventude tinha uma vida sexual suficientemente ativa para que alguns "especialistas" o considerassem viciado em sexo, quando, na verdade, esse comportamento não poderia ser explicado por meros processos químicos do cérebro (2014, p. 80, grifo do autor)

> Na verdade era tão ativo sexualmente que certos "especialistas" em comunicação poderiam me chamar de "viciado em sexo".
>
> Mas não era exatamente isso o que acontecia. Pelo contrário, minha experiência exemplifica bem os problemas de se reduzir o complexo comportamento humano a termos simplistas como *vício*, e de se tentar botar a culpa dos atos das pessoas em determinados processos químicos do cérebro. Com isso, deixa-se de levar em consideração o contexto em que o comportamento se manifesta. E também se dá desmedida ênfase à necessidade de haver sempre uma explicação cerebral, quando a atenta compreensão do comportamento e seu contexto seria muito mais útil para explicá-lo e alterá-lo.

> Meu comportamento com as garotas não refletia apenas a biologia, mas o contexto e a experiência. Não era puro impulso sexual (embora ele estivesse presente), mas um impulso sexual modulado por meu contexto social, inclusive as expectativas da família e as normas da vizinhança. Tinha a ver com meu desejo de ser um cara legal, ou cool, os conceitos locais de cool e a maneira como eu os interpretava. Referia-se às regras que eu internalizava – como a ideia de que a masturbação não era coisa de homem – e também às que eu não internalizava. E, para falar francamente, também tinha a ver com a necessidade de conforto e de contato. Embora a ciência precise reduzir a complexidade para realizar seus estudos, a interpretação desses dados não pode simplesmente ser extrapolada de volta sem o reconhecimento dessas e de outras importantes ressalvas.

Algumas páginas depois, continua falando sobre como os "especialistas" que o considerassem viciado estariam enganados por não observar todo o contexto da sua vida sexual. Hart gostava muito de sexo e dedicava muito tempo e energia para isso, mas, para ele, o esporte era mais importante que isso. Nesse cenário, as outras coisas que tinham valor para ele não ficavam prejudicadas pela sua vivência sexual, por isso não se pode considerar que ele era "viciado" (p. 87):

> Para mim, mesmo na adolescência, quando era tão movido pelo sexo quanto qualquer outro adolescente do sexo masculino, isso não era algo que me controlasse. Eu certamente queria sexo e me orgulhava de minha fama de conquistador. Mas era fundamental manter o controle. Isso era muito mais importante para mim do que qualquer garota ou experiência sexual. Lembro-me de que, um dia, fui para o treino de basquete imediatamente depois de fazer sexo com Monica, a garota com quem tivera aquele embaraçoso primeiro orgasmo. Eu passara a noite inteira fora de casa - e decididamente estava cansado ao chegar à quadra. Meu amigo Jimmy Lopez, que atuava na defesa de um time rival, ficou de olho.
>
> "Mas você está lento, heim! Essa gatinha pegou você de jeito", disse ele. Fiquei horrorizado com a ideia de que ele podia ganhar confiança e achar que podia me dominar na quadra. De modo que nunca mais repeti a dose. A partir de então, tratei de me abster antes dos jogos, como um boxeador. Não queria correr o risco de que o sexo me deixasse menos ágil. Eu sem dúvidas gostava de sexo e passava muito tempo correndo atrás dele, mas sempre me mantinha sempre no controle.

Esse exemplo esclarece que o comportamento humano é demasiadamente complexo para ser resumido a questões bioquímicas. Nem mesmo os efeitos da droga podem ser explicados pela mera atuação da substância no organismo, pois, como já adiantei, eles "tem um caráter multiforme, que varia de pessoa para pessoa e lugar para lugar" (BECKER, 1977, p. 181). Isso porque as drogas ilícitas, assim como a maioria dos remédios disponíveis em farmácias, sempre têm mais de um efeito e os usuários podem perceber apenas um, alguns ou, até mesmo, nenhum (BECKER, 1967, p. 165). Por isso, conforme também já adiantei, "even if physiologically observable effects are substantially the same in all members of the species, individuals can vary widely in those to which they choose to pay attention"[11] (BECKER, 1967, p. 165). Por exemplo, é possível - e bem comum - que na primeira vez que alguém fume maconha não perceba que está sob os efeitos fisiológicos da droga, "even though it is obvious to others that they are experiencing them"[12] (BECKER, 1967, p. 165).

Além disso, um mesmo usuário pode não gostar de um efeito em um momento, mas depois de um tempo mudar a forma que representa a experiência fisiológica que a droga proporciona para passar a apreciá-lo. Sobre isso, a primeira vez que Carl Hart experimentou maconha, em sua juventude (2014, p. 120-121), é bastante exemplificativa. O autor narra que fumou com dois amigos mas "não sentia nada diferente do habitual" (2014, p. 120), percepção que provocou riso dos outros, que retrucavam: "pirou legal" (2014, p. 120). Hart continua: "qualquer coisa que eu falasse, toda vez que eu ria ou simplesmente olhava para um dos dois, tudo servia apenas para lhes confirmar que eu estava viajando" (2014, p. 120), mas ainda assim achava que estava normal. Apenas quando chegou em casa, começou a perceber que estava diferente, tendo passado por uma experiência que, em suas palavras, foi perturbadora (grifo meu):

[11] Tradução livre: "mesmo os efeitos fisiologicamente observáveis sendo substancialmente os mesmos para todos os membros da espécie, indivíduos podem variar muito em relação aos quais escolhem prestar atenção".
[12] Tradução livre: "mesmo que seja óbvio para outros que eles estão experienciando tais efeitos".

> Fui para o meu quarto, e as coisas começaram a ficar estranhas. Botei um disco e tentei cair no sono. Mas de repente tive a sensação de que estava dentro da bateria. Pensei com meus botões: "Mas que merda é essa?" A música me envolvia, pulsante, inescapável. Não era assim que ela costumava soar. Meu coração também estava acelerado. Eu tinha a sensação de que ele acompanhava a batida do rhythm and blues. E se aquilo não fosse saudável? Eu poderia morrer?
>
> A experiência foi perturbadora. Eu sabia que não costumava ficar tão consciente de minha batida cardíaca. Sabia que não costumava achar a música tão intensa. **Não entendia que é justamente isso que as pessoas consideravam agradável. Não gostava de ter meus sentidos ou minha consciência alterados. Achava aquilo meio desorientador e até ligeiramente intimidante. A ideia de que as pessoas buscassem deliberadamente a substância que alterassem a maneira como viam o mundo me deixavam muito intrigado**.
>
> Só muito tempo depois eu começaria a reconhecer que fatores como a experiência anterior com drogas e o ambiente em que elas são consumidas importam muitíssimo para entender e experimentar os efeitos das drogas.

Após essa primeira experiência, Hart experimentou outras vezes e aprendeu a gostar desses efeitos que da primeira vez achou desorientadores e intimidadores – quero dizer, aprendeu a interpretá-los de maneira que fossem agradáveis. Mas, ainda assim, muitos anos depois teve uma experiência ruim com a mesma droga, numa ocasião em que duas recém conhecidas foram a sua casa (2014, p. 202). Com esse exemplo, a conclusão de Becker fica bastante clara: "the effects of the same drug may be experienced quite differently by different people or by the same people at different times"[13] (BECKER, 1967, p. 165). Isso porque esses efeitos "são determinados não só pela dose e a maneira como [a droga] é administrada no corpo, mas também por diferentes características do usuário e do ambiente" (HART, 2014, p. 202). Reghelin também traz a ideia, praticamente com os mesmos termos: "os efeitos das drogas não são exclusivamente determinados pelas suas características psicofarmacológicas, mas, sobretudo, pela interação entre o produto, o sujeito e o contexto do uso" (2002, p. 25). Hart destaca que os aspectos químicos e biológicos

[13] Tradução livre: "os efeitos da mesma droga podem ser experienciados de forma bastante diferente por pessoas diferentes ou pela mesma pessoa em momentos diferentes".

da atuação da droga no organismo do indivíduo interagem com a inclinação mental do agente e o ambiente para produzir a "onda" (2014, p. 202-203). Becker desenvolve ainda mais, dizendo que "os efeitos da experiência com drogas dependem dos laços sociais e entendimentos culturais que surgem entre aqueles que usam a droga" (1977, p. 202), na medida em que a experiência do indivíduo é "influenciada por suas ideias e crenças sobre aquela droga" (1997, p. 202), que são construídas socialmente com seus companheiros usuários.

Outra questão é que, quando se fala de drogas ilícitas, há uma noção de que os seus efeitos e o vício proveniente são pertencentes a categorias diferentes em relação às drogas lícitas. Todavia, a licitude é uma qualidade extrínseca da droga, mesmo considerando que se concorde que o potencial de efeito e vício é um critério adotado pela sociedade para eleger certas substâncias como ilícitas e outras como lícitas. Como Weigert escreve, a proibição ou não de certas condutas não se dá por uma característica ontológica do ato, mas passa por um juízo moral e político que pode ser incoerente com o próprio discurso moralizador, por exemplo: um uso abusivo e adicto de uma droga (lícita) pode não ter quaisquer consequências jurídicas ou sociais, enquanto o uso eventual e moderado de outra (ilícita) pode dar causa ao princípio de um processo de criminalização (2010, p. 29):

> Não obstante, o que ocorre é que determinados prazeres e maneiras de diminuir o sofrimento são admitidos socialmente e outros não, sem se saber exatamente qual o limite e quem assim os definiu. Substâncias consideradas medicinais podem ser livremente prescritas, ao passo que está radicalmente proibido o uso de drogas entendidas como ilícitas. A principal explicação para isso é o filtro moral e político pelo qual passam as convenções sociais.
>
> Excelente exemplo é o fato de, no Brasil, não ser considerado problema o fato de após exaustivo dia de trabalho alguém desejar alterar seu estado de consciência ingerindo bebida alcoólica. Outrossim, esta mesma pessoa autorizada (social e juridicamente) a beber (publicamente, inclusive) quantas garrafas de uísque desejar está terminantemente proibida de fumar um único cigarro de maconha ou de cheirar uma carreira de cocaína, seja na privacidade de sua residência ou em ambiente público.

Nesse sentido é interessante a reflexão que Nils Christie levanta ao afirmar que o "crime não existe. Existem somente atos aos quais frequentemente são atribuídos diferentes significados em cenários sociais diferentes" (2011, p. 20). Isso é consequência do "caráter simbolicamente pré-estruturado [...] do mundo social ou da vida em sociedade", conforme escreve Cardoso de Oliveira (2013, p. 410). A ideia vai ao encontro do que Becker quer dizer quando escreve que a sociedade "cria" o crime "ao fazer regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders" (2008, p. 22). Essa formulação nos sugere que mesmo atos que a princípio infringem uma regra podem não ter o aspecto simbólico de "crime" reconhecido em determinadas circunstâncias[14]. Mas, antes mesmo disso, a definição de uma regra já configura uma superposição de um sentido não ontológico a uma situação. No caso das drogas vemos isso: como já afirmei, algumas são criminalizadas e outras não. , O impacto fisiológico da droga no organismo é um parâmetro para a decisão política de criminaliza-la e superpor esse aspecto simbólico, sendo este um argumento recorrentemente invocado para fundamentar o mérito da intervenção penal nessa área. Todavia, existe muito debate em relação ao potencial de cada droga e algumas vezes não há muita clareza nessa questão (WEIGERT, 2010, p. 35):

> Importante salientar que não é possível vislumbrar-se quais os critérios adotados para que certa droga seja considerada legal ou ilegal. Seria plausível auferirem-se tais critérios ao grau de lesividade da substância à saúde humana (perspectiva médica, portanto). No entanto tal hipótese não se verifica ao serem considerados legais o álcool e o tabaco, drogas estas outrora consideradas ilícitas e que prejudicam igualmente ou mais o organismo humano do que muitas substâncias consideradas ilegais.
>
> Percebe-se, portanto, que da mesma forma como não há possibilidade de extrair dado ontológico das condutas em

[14] É possível explicar isso, continuando o diálogo com Cardoso de Oliveira, porque "a concretude de um ato simbólico [...] não se confunde com a sua expressão material" (2007, p. 11), existindo uma "indissociabilidade entre dado e significado" (2013, p. 410). Assim, é de extrema importância reconhecer o "caráter simbolicamente pré-estruturado [...] da vida em sociedade e [...] suas implicações para a interpretação antropológica" (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2013, p. 410), pois, nas palavras de Lévi-Strauss, "os símbolos são mais reais que aquilo que simbolizam, o significante precede e determina o significado".

> gênero previstas como crime, igualmente inexiste esta referência no que diz respeito à definição da (i)licitude de determinadas substâncias entorpecentes, restando a opção no plano essencialmente político e moral.

Sobre o processo de criminalização das drogas, como escrevem Silva e Delduque, é um processo social recente e de difícil compreensão, não se podendo ignorar os aspectos que extrapolam estas características bioquímicas das substâncias: é um processo permeado por dilemas sociais, políticos e morais (2015, p. 233):

> [...] entre os séculos XVII e XVIII, foi a vez de os "alimentos-droga" entrarem em cena, a produção, distribuição e consumo do açúcar, do café, do chá e do chocolate sendo exemplares dessas substâncias que hoje não são classificadas como drogas, mas já foram estimulantes ora rejeitados pela Igreja, ora disponíveis apenas para poucos estratos sociais, ora utilizados cotidianamente pela grande maioria dos cidadãos. Enfim, com a emergência da indústria farmacêutica e das normativas internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU), classificamos as drogas em lícitas e ilícitas, separamos as drogas dos medicamentos e consideramos os alimentos e os condimentos produtos absolutamente diferentes uns dos outros. A criminalização das drogas, desta maneira, é um processo social recente [...]

Em relação às drogas em sentido amplo, incluindo as lícitas e as ilícitas, Ruth Gauer afirma que seu uso "pode ser considerado universal uma vez que são pouquíssimas as culturas que não se utilizam de alucinógenos" (1990, p. 60), sendo que as exceções aparecem apenas quando o meio não propicia a existência deles. Nesses casos, os grupos "geralmente usam recursos como a tortura física, o suplício e ou [sic] o autosuplício como por exemplo o jejum, outro seria o de permanecer de pé sobre uma pedra durante dias. Estes suplícios objetivam assim como o uso da droga obter visões sobrenaturais" (GAUER, 1990, p. 60). Além disso, o uso de drogas não pode ser considerado como sinônimo de desorganização psicológica ou social (GAUER, 1990, p. 61), o mesmo vale para a relação entre toxicomania e anomia (GAUER, 1990, p. 64), pois existem sociedades "com toxicomania alta e baixo índice de anomia", bem como todos os outros arranjos possíveis com essas duas variáveis (GAUER, 1990, p. 64). No mesmo sentido, Hart também afirma que (2014, p. 205):

> até onde sabemos os seres humanos tentam alterar seu estado de consciência com agentes psicoativos (não raro extraídos de plantas) desde que habitam o planeta, e é provável que essas tentativas não tenham fim. Em outras palavras, nunca houve uma sociedade sem drogas, e provavelmente nunca haverá. De modo que Slogans como 'Nosso objetivo é uma geração livre de drogas' não passam de retórica política vazia.

Como Hart escreveu no trecho acima, o sonho de um mundo sem drogas é algo que provavelmente nunca existirá, ainda mais se contemplarmos com esse termo o álcool, droga que, apesar de ter o maior nível de mortes relacionadas[15], é exibida em propagandas televisivas que incentivam o uso no Brasil. Para além disso, uma "sociedade livre de drogas" também não parece ser algo desejável, já que os efeitos das drogas não são necessariamente danosos, sejam elas lícitas ou ilícitas, à exemplo do que Baratta escreve: "*nadie, en nuestra tradición cultural, podría poner en tela de juicio el efecto positivo de un buen vaso de vino o de una taza de café*"[16] (1988, p. 355). Mas é inegável que, em certos casos - que, como já expus, são exceções - as drogas, sejam lícitas ou ilícitas, causam danos. A forma de lidar com essas excepcionalidades tem sido criminalizar o uso e comércio de algumas substâncias para que o uso seja erradicado ou, ao menos, minimizado. Escrevo sobre isso no ponto subsequente.

3.2. A criminalização como modelo de controle

Há no Brasil um movimento expansionista, com a edição de diversas leis penais mais duras, a exemplo da Lei de Crimes Hediondos na década de 1990, quando houve um aumento no rigor penal em relação a certos delitos eleitos como mais graves, mas, apesar disso, nada indica que a ocorrência de crimes vem

[15] Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) extraídos do *Global status report on alcohol and health* de 2014, 5,9% das mortes ocorridas em 2012 foram atribuídas ao álcool, 1 a cada 20 mortes. O número total é de aproximadamente 3,3 milhões de mortos. 33,4% morreram por doenças cardiovasculares e diabetes; 17,1% por ferimentos não intencionais; 16,2% por doenças gastrointestinais; 12,5% por câncer; 8,7% por ferimentos intencionais; 8,0% por doenças infecciosas; e 4% por doenças neuropsiquiátricas (p. 48).

[16] Tradução livre: "nada em nossa tradição cultural poderia questionar o efeito positivo de uma boa taça de vinho ou de uma xícara de café".

diminuindo – mesmo considerando a "cifra oculta da criminalidade"[17] –, pelo contrário. Pune-se mais: a população carcerária aumentou 707% entre 1990 e 2016, segundo o INFOPEN de junho de 2016. Por outro lado, paradoxalmente, a taxa de mortes violentas por 100 mil habitantes, um bom indicativo da violência, também aumentou de 22,2 para 29,7 no mesmo período, segundo dados, respectivamente, do Mapa da violência de 2012 e do Atlas da Violência de 2016. A conclusão de Salo de Carvalho é de que "a reação contra o delito conduzida pelas agências oficiais de punitividade caracteriza-se pela seletividade e pela desigualdade, gerando danos muitas vezes superiores aos do próprio delito praticado" (CARVALHO, 2016, p. 133). Por isso, é possível concluir que existe uma diafonia entre as funções declaradas (redução/eliminação da criminalidade) e as exercidas (multiplicação da violência) pelo sistema penal (CARVALHO, 2016, p. 138).

Contemporaneamente, "há um esgotamento conceitual, político e de efetividade do sistema penal como instrumento de contenção de condutas criminosas e como pedagogia comportamental" (COSTA; e FILHO, 2014, p. 59). Se, por um lado, declara-se que se busca prevenir o delito, por outro, "seu desempenho é repressivo", o que acaba frustrando "suas linhas preventivas" (BATISTA, N., 2011, p. 25-26). Costa e Filho apontam que alguns dados, como os altos índices de reincidência, "mostram que o sistema prisional não recupera aqueles que por ele passam" (2014, p. 62). Em verdade, atuaria em sentido contrário, estigmatizando o indivíduo e "promovendo uma degradação na figura social de sua clientela" (BATISTA, N., 2011, p. 26). Nesse contexto, o argumento de que maior rigidez penal é a solução para diminuir a prática de crimes não se sustenta, ainda mais num país com uma realidade carcerária tão precária (COSTA; e FILHO, 2014, p. 63):

> A realidade carcerária brasileira é de crueldade e gravidade na aplicação das penas, o que não resulta em baixo número de reincidência. Dessa forma, o argumento de que sanções

[17] Segundo Juarez Cirino dos Santos, "a cifra oculta representa a diferença entre a aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sob pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social" (2008, p. 13).

> maiores e mais duras levam à intimação e dissuasão não se confirma na prática.

Para além disso, tem-se que essa segregação e estigmatização, dissociada "de qualquer perspectiva de ressocialização do apenado, leva a um círculo negativo em que o sujeito tende a confirmar seu rótulo, levando a crer que isso possa ser 'da sua natureza'" (COSTA; e FILHO, 2014, p. 59). Sobre essa questão, Becker argumenta que "a rotulação põe o ator em circunstâncias que tornam mais difícil para ele levar adiante as rotinas normais da vida cotidiana, incitando-o a ações 'anormais'" (2008, p. 181). Diante disso, Costa e Filho expõem que "a criminologia crítica tem vasta e intensa reflexão sobre o tema, propondo que os benefícios do sistema penal sejam menos importantes socialmente do que os seus efeitos reprodutores de criminalidade" (2014, p. 60). Evidente, portanto, a dissonância entre o que se declara serem as funções do sistema penal e as que ele verdadeiramente se serve (COSTA; e FILHO, 2014, p. 64)

> O discurso e a prática do sistema penal são, no Brasil, essencialmente contraditórios, na medida em que se professa uma desejada ressocialização e as condições para que isso ocorra não são dadas. Entre o ato linguístico e o agir há um hiato insuperável, o que se observa pelos dados e fatos relativos à realidade do sistema prisional.

A criminalização do uso e do tráfico, "que se firma na falsa ideia de que a tutela penal em relação ao tema de drogas é medida necessária para a proteção da saúde coletiva" (GONÇALVES, 2016, p. 99), "representa um fracasso histórico do ponto de vista da prevenção e freio do consumo dessas substâncias" (GONÇALVES, 2016, p. 100). Para além disso, "a instrumentalização do 'controle penal das drogas' tem servido para aprofundar marcas de violência que constituem a história da punição no Brasil" (GONÇALVES, 2016, p. 100). No século passado Becker já dizia sobre o uso maconha: "uma recreação relativamente inofensiva, cujas piores consequências, sociais e individuais, parecem provir do modo como não usuários reagem aos usuários" (2008, p. 200).

Na questão das drogas, além dos efeitos do uso, que, como vimos, são o resultado da interação de fatores bioquímicos, mentais e sociais, existem os efeitos

"secundários": os que são engendrados pela criminalização. Mais precisamente, pela atuação do sistema penal e pela reação social informal. Baratta sustenta que, diferentemente dos primários (os efeitos do uso), "los efectos secundarios parecen ser todos efectos calificables de negativos"[18] (1988, p. 366). Tenho dificuldade em aceitar esse enunciado, pois o que é "positivo" e "negativo" não é um dado intrínseco da realidade mas, para utilizar as palavras do autor, reflexo de uma tradição cultural. Por exemplo, existe dificuldade no fornecimento da droga causada pela sua clandestinidade (Becker, 2008, p. 71-75), o que, a depender dos critérios adotados, pode ou não ser considerado um efeito "positivo". De todo modo, independentemente dessa ressalva apriorística, exitem os "custos da criminalização".

Baratta afirma que o que é entendido como efeitos das drogas muitas vezes é um efeito secundário (1988, p. 336). Um exemplo é a ideia de que quem usa drogas vai, eventualmente, praticar delitos para sustentar o vício, o que é incorreto, primeiro porque, como já vimos, "la gran mayoría de los consumidores de drogas ilícitas no son dependientes"[19] (BARATTA, 1988, p. 330). Além disso, como Becker afirma, "o tratamento dos desviantes lhes nega os meios comuns de levar adiante as rotinas da vida cotidiana acessíveis à maioria das pessoas" (2008, p. 45). Isso se porque "tratar uma pessoa como se ela fosse em geral, e não em particular, desviante produz uma profecia autorrealizadora", já que esse tratamento "põe em movimento vários mecanismos que conspiram para moldar a pessoa segundo a imagem que os outros têm dela" (BECKER, 2008, p. 44). Um exemplo disso é que para o indivíduo reconhecidamente desviante é difícil se manter trabalhando, devido a marginalização, o que se soma ao alto preço das drogas causados pela clandestinidade do mercado (BECKER, 2008, p. 45). Esse cenário – e não o mero uso de drogas – aumenta as chances de prática de crimes, ou seja, nesses casos, "o

[18] Tradução livre: "os efeitos secundários parecem ser todos efeitos qualificáveis como negativos".
[19] Tradução livre: "a grande maioria dos consumidores de drogas ilícitas não são dependentes".

comportamento [criminoso] é uma consequência da reação pública ao desvio, não um efeito das qualidades inerentes ao ato desviante"[20] (BECKER, 2008, p. 45).

Os efeitos secundários das drogas – também chamados de custos da criminalização – podem ser classificados como os concernentes aos consumidores e dependentes; ao sistema educacional e médico; à economia; à administração da justiça penal; e ao sistema carcerário (CARVALHO, 2016, p. 183-205). Considerando o foco da pesquisa, privilegio a exposição dos custos individuais. Resumindo-os (CARVALHO, 2016, p. 188-192): a proibição impede o controle de qualidade da droga e o usuário consome substâncias com composição química, efeitos e dose de segurança desconhecidos; é gerado um estigma sobre o usuário que o leva à clandestinidade, impede que tenha assistência médica e social, no caso de adicto, e o faz esconder sua condição, pois aqueles que poderiam ajudá-lo, também podem denunciá-lo; como a criminalização do uso é incompatível e inviabiliza políticas de redução de danos e, por vezes, os ambientes em que as drogas são consumidas são desprovidos da devida higienização, tem-se a propagação de doenças como HIV e hepatite e maior dano à saúde dos indivíduos.

Além dos danos individuais, considero os causados ao sistema carcerário de notável expressão. O tráfico é o principal responsável pela superlotação no Brasil: 28% das prisões são por conta do tráfico, segundo dados do INFOPEN de junho de 2016 (p. 43), sendo que a porcentagem sobe para 30% em relação ao sistema penitenciário federal (p. 62). Em relação às mulheres, a porcentagem é de 62% (p. 43). Em dezembro de 2005 eram 32.880 presos; em dezembro de 2006, 47.472; em

[20] Apesar de ser algo um tanto óbvio, para que não se compreenda o autor equivocadamente, registro que, segundo o próprio Becker, "o ato de rotular, [...] embora importante, não pode ser concebido como a única explicação para o que pretensos desviantes realmente fazem. Seria tolice propor que assaltantes atacam simplesmente porque alguém os rotulou de assaltantes, ou que tudo o que um homossexual faz resulta do fato de alguém tê-lo chamado de homossexual. No entanto, uma das contribuições mais importantes dessa abordagem foi centrar a atenção no modo como a rotulação põe o ator em circunstâncias que tornam mais difícil para ele levar adiante as rotinas normais da vida cotidiana, incitando-o a ações 'anormais' (como quando um registro de passagem pela prisão torna mais difícil ganhar a vida numa ocupação convencional, predispondo assim o sujeito a ingressar numa atividade ilegal). O grau em que a rotulação tem esse efeito é, contudo, uma questão empírica, a ser resolvida pela pesquisa em casos específicos e não por *fiat* teórico" (2008, p. 181).

dezembro de 2008, 77.371; e em dezembro de 2010, 106.491[21]. Um aumento de mais de 3 vezes em 5 anos - entre 2005 e 2010. Em 2016, segundo o INFOPEN de junho daquele ano, o número chegou a 151.782 presos (p. 42), aumento de cerca de metade entre 2010 e 2016, o que faz com que hoje o tráfico seja o tipo penal com maior relevância na situação das cadeias do país. Isso é ainda mais importante caso se considere o cenário atual do sistema carcerário brasileiro, pois, segundo o INFOPEN de junho de 2016 a população carcerária total é de 726.712 pessoas (p. 7), número que vem aumentando vertiginosamente. Os dados do relatório indicam que a população carcerária aumentou 707% entre 1990 e junho de 2016, passando de 90 mil presos para 726 mil. "Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano" (p. 15). A taxa de aprisionamento, conforme o relatório de junho de 2016, aumentou 157% entre 2000 e 2016, de 137,1 para 352,6. Outros números grandes são o de déficit de vagas, 358.663; e a taxa de ocupação, de 197,4% (p. 7).

O resultado empírico material desses números é que apenas nas primeiras semanas do ano de 2017, o número de mortos em presídios superou o massacre do Carandiru (ROSA, 2018, p. 1):

> Nos primeiros quinze dias do ano de 2017, "assistimos" a notícias de 133 "mortes" registradas em prisões brasileiras que ultrapassam as 111 mortes do Massacre do Carandiru, no estado de São Paulo, em 1992.

Um aspecto importante a ser ressaltado em relação aos danos causados pela atuação do sistema penal é a própria forma que ele atua, que, conforme sedimentado na academia, é seletiva, sendo a variação da reação social em relação ao autor e a vítima algo que tem especial atenção dos criminólogos. Em verdade, uma compreensão do desvio calcada no paradigma da reação social tem isso quase que

[21] Informações extraídas dos relatórios estatísticos do Ministério da Justiça, disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CP TBRIE.htm>. Acesso em 2 de maio de 2016

como pressuposto, pois essa perspectiva parte da premissa de que "o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um infrator", ou seja, "o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso" (BECKER, 2008, p. 22, grifo do autor). Resumindo, para que uma conduta seja considerada desviante, "depende em parte da natureza do ato (ou seja, se ele viola ou não alguma regra) e em parte do que outras pessoas fazem acerca dele" (BECKER, 2008, p. 26). Deste modo, alguém infringir uma norma não pressupõe que alguém reagirá àquela conduta, rotulando-a como desvio/crime. Isso fica adstrito à existência de alguém com interesse em impor a regra às quais "os outsiders não se conformam" (BECKER, 2008, p. 129). Becker explica que é "o interesse pessoal que as estimula a tomar a iniciativa" (2008, p. 130) de empreender a imposição da regra, que se efetivará – ou não – a depender do "modo como o interesse pessoal, iniciativa e publicidade interagem com a complexidade da situação" (2008, p. 130).

Para exemplificar isso, o Becker aciona exemplo da Melanésia, descrito por Malinowski, quem cito diretamente aqui[22]. Este último, em seus estudos etnográficos na Melanésia, percebeu que a lei da exogamia dividia o mundo sexual para um homem em duas metades: "uma delas, envolvendo as mulheres do próprio clã, está proibida para ele, e a outra, a que pertencem as mulheres dos restantes três clãs, é legal" (MALINOWSKI, 2013, p. 53). Malinowski ressalta a grande importância dessa regra para a cultura em questão nos seguintes termos: "é a grande barreira sexual da vida do homem, além da qual é ilícito ir e constitui também a mais importante regra moral" (2013, p. 52). Embora tenha esse status privilegiado, há certa tolerância à infração da regra a depender da proximidade entre os amantes: o incesto entre irmãos é impensável; entre primos é bastante grave; e "à medida que o parentesco recua, o rigor diminui e, quando cometido com aquele que simplesmente pertence ao mesmo clã, a violação da exogamia é somente uma ofensa desculpável e

[22] A despeito de o exemplo ser o mesmo, além da obra "Crime e costume na sociedade selvagem" (2015), cito também Sexo e repressão na sociedade selvagem" (2013), do mesmo autor, que se verticaliza na questão da sexualidade dos Melanésios.

facilmente tolerável" (MALINOWSKI, 2015, p. 63). Em verdade, a violação da exogamia, embora considerada uma grave infração ao padrão ideal de comportamento naquela sociedade, do ponto de vista do nativo é "uma forma apimentada da experiência exótica" (MALINOWSKI, 2015, p. 63), sendo que muitos se vangloriariam por tal conduta, com a devida discrição, é claro. E o exemplo de Malinowski citado por Becker trata justamente dessa experiência: o caso é de dois primos maternos que sistematicamente violavam a regra da exogamia, o que "era sabido e geralmente desaprovado, mas nada foi feito até que o amante rejeitado da garota, que tinha desejado casar com ela e que se sentiu pessoalmente ofendido, tomou a iniciativa" (MALINOWSKI, 2015, p. 60). O rival acusou o primo perante toda a comunidade, publicizando a infração da norma, o que resultou numa tragédia. O primo exposto cometeu suicídio e os membros de seu clã, para vingá-lo, atacaram o denunciador. Malinowski concluiu então que o mero conhecimento do crime não resultou em nenhuma reação da comunidade, "ela tinha que ser mobilizada por uma confirmação pública do crime e pelos insultos que foram lançados ao culpado por uma parte interessada" (2015, p. 61). Se a prática permanecesse velada e discreta, não causaria mais que fofoca, mas se "explode o escândalo então todos se voltam contra o casal culpado e, por banimento e insultos, um ou outro pode ser levado ao suicídio" (2015, p. 61).

Isso exemplifica a ideia de Becker: "se um ato é ou não desviante [...] depende de como outras pessoas reagem a ele" (2008, p. 24). A infração à regra não pressupõe que outros reagirão como se a violação houvesse sido cometido e, inversamente, a não infração não significa que o agente não poderá ser tratado como desviante (2008, p. 24). Existem inclusive muitas variações entre o grau da reação, como as que se dão: 1) ao longo do tempo; 2) em relação ao autor e vítma; e 3) em relação às consequências (BECKER, 2008, p. 24-26). Assim, chega-se à conclusão sociológica de que a imposição de regras a desviantes é seletiva, mesmo quando se trata de uma regra legal, tipologia que, em tese, dá ao impositor menos margem para

decidir se é o caso de aplicação ou não, por serem precisas e claras (BECKER, 2008, p. 140):

> Regras específicas podem ser corporificadas em leis. Podem também ser simplesmente consuetudinárias num grupo particular, defendidas apenas por sanções informais. As regras legais, naturalmente têm maior probabilidade de ser precisas e claras; regras informais e consuetudinárias são mais provavelmente vagas e passíveis de várias interpretações em grandes áreas.
>
> Mas a história natural de uma regra não termina com a dedução de uma regra específica de um valor geral. Esta última tem ainda de ser aplicada em casos particulares a pessoas particulares. Deve receber sua corporificação final em atos particulares de imposição.
>
> Vimos em capítulo anterior que atos de imposição não decorrem automaticamente da infração de uma regra. A imposição é seletiva, e diferencialmente seletiva entre tipos de pessoa, em diferentes momentos e em diferentes situações.

O paradigma da reação social, epistemologia criminológica calcada fundamentalmente nas noções de desvio desenvolvidas por Becker, permite desenvolver ainda que, no caso especificamente das regras que definem crimes, tem-se que o sistema penal é incapaz de absorver todos os atos tipificados como tal, já que "só pode exercer seu poder repressivo em um número insignificante das hipóteses de intervenção planificadas" (ZAFFARONI, 2001, p. 27). Daí se conclui que sua atuação é estruturalmente seletiva. Além disso, mesmo que as agências de controle penal pudessem absorver toda inobservância às regras, isso não seria desejável na medida em que causaria a criminalização de toda a população diversas vezes (ZAFFARONI, 2001, p. 26):

> A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.
>
> Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente

> criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.

Dados empíricos reforçam a ideia: segundo o INFOPEN de junho de 2016, existe um perfil bem definido do preso, constituído por jovens (p. 30) negros (p. 32), e apenas quatro tipos penais (tráfico, roubo, furto e homicídio) são responsáveis por mais de três quartos da população carcerária brasileira (p. 43). Assim, é possível concluir, com coerência empírica, que certas condutas e certas pessoas são mais criminalizadas que outras.

Essa noção é bastante desenvolvida por criminólogos críticos, que, dentro do paradigma da reação social, consideram que os processos de criminalização são marcados pelas "relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista" (BARATTA, 2011, p. 197) e adotam um compromisso político com o "ponto de vista do interesse das classes subalternas" (p. 199). Nessa perspectiva, tem-se que o crime "é o resultado da reação social à conduta, que não é desviante em si mesma, mas sua valoração é fruto de uma interação entre o sujeito e a sociedade que responde de uma determinada forma" (COSTA; e FILHO, 2014, p. 65). Com isso, a liberdade é colocada em questão, já que "os mecanismos de seleção etiquetariam de forma discriminadora os mais vulneráveis e, em contrapartida, deixariam de apontar as condutas que são mais comumente realizadas pelas parcelas poderosas da sociedade" (COSTA; e FILHO, 2014, p. 65). Isso porque, conforme Baratta escreve, a classe dominante está interessada "na manutenção da própria hegemonia no processo de definição e perseguição da criminalidade" (2011, p. 197), de forma que "as classes subalternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização" (2011, p. 198).

Sobre a seletividade especificamente em relação à criminalização das drogas, para exemplificar, apresento, suscintamente, alguns pontos da dissertação de mestrado de Cristhovão Gonçalves, quem acompanhou o processo de criminalização secundária no caso de crimes relacionados às drogas processados no âmbito da Central de Plantões da Capital (CEPLANC), em Recife, por onde passam as pessoas em situação de flagrância por uso ou tráfico. Com a pesquisa empírica, o autor

acabou criando categorias como "traficante por azar", "usuário por sorte", "traficante típico" e "usuário típico". O traficante por azar é um dependente químico que "possui marcas corporais como a magreza, queimaduras e outras características que explicitam o quadro social e clínico de adicção e vulnerabilidade" (2016, p. 91). Apesar das evidências físicas degradantes, "por questão de azar, a polícia civil, por fatores diversos", considera-os traficantes (2008, p. 91). Em contraste, o usuário típico, "indivíduo de algumas posses e instrução educacional, apreendido, geralmente, em áreas não pauperizadas como as demais categorias de sujeitos criminalizados o são" (p. 97), é "considerado usuário de drogas desde o primeiro ato criminalizador realizado pela polícia militar" (2008, p. 97). Normalmente esses usuários sequer são encaminhados para a delegacia[23], pois há pouca disposição da PM em conduzi-los e o procedimento é bastante demorado (2008, p. 97-98) – nos termos que Becker desenvolve, sobre esses casos em que as autoridades não tem disposição para conduzir os usuários, é possível afirmar que não há "interesse pessoal que as estimula a tomar a iniciativa" de impor a regra (2008, p. 130).

A partir do exemplo descrito acima, é possível perceber como questões sociais e econômicas tem relevância nos processos de criminalização por uso e tráfico de drogas no Brasil. Além disso, os vulneráveis não ficam prejudicados apenas nos processos de criminalização secundária, mas também pela estrutura do mercado de drogas, que no Brasil tem a forma de uma pirâmide (BOITEUX et. al., 2009, p. 42). A base é constituída por pequenos varejistas responsáveis pelo fornecimento direto ao usuário, atividade que "absorve grande parte dos excluídos do sistema de trabalho formal", sendo o tráfico fortalecido "pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão" (BOITEUX et. al., 2009, p. 39) que atinge esses jovens. São justamente esses os que têm mais risco de serem presos, pois, além de fazerem diversas transações diariamente, não possuem dinheiro para subornar policiais como

[23] Como escrevi no capítulo 1, uso de drogas é crime. O usuário não pode ser submetido a prisão, todavia, em tese, o usuário abordado por um policial deveria ser submetido a um processo de criminalização abrandado, com a lavratura de um termo circunstanciado que pode gerar diversos inconvenientes para ele – e também para o policial, como vemos no exemplo em questão, que "perde" muito tempo com o procedimento e acaba não tendo disposição para iniciar o processo de imposição da regra

quem está no topo na pirâmide (BOITEUX et. al., 2009, p. 43). Esses indivíduos descartáveis e facilmente substituíveis "representam os elos mais fracos do comércio de drogas ilícitas, e sofrem toda intensidade da repressão" (BOITEUX et. al., 2009, p. 43).

Voltando à repressão e o processo de criminalização secundária propriamente dito, entende-se que "são os policiais que decidem quem irá ou não irá ser processado por mero uso ou por tráfico, porque são eles que apresentam as provas e iniciam o processo" (BOITEUX et. al., 2009, p. 44). Via de regra, as únicas testemunhas de crimes de uso e tráfico de drogas são policiais militares. "A PM é então a soberana voz que prende e que acusa" (GONÇALVES, 2016, p. 37) e dificilmente a classificação dada pela polícia será alterada pelo Ministério Público ou pelo juiz, sendo que os maiores prejudicados por isso são os pequenos ou microtraficantes. Como é incapaz de extinguir o comércio e enfrentar os traficantes pertencentes ao topo da pirâmide, visto que por vezes estes estão melhor armados, "a polícia atua eventualmente, quando interessa e da maneira que interessa" (BOITEUX, 2009, p. 43).

Em resumo, para concluir o capítulo, a partir do exposto é possível sugerir que o uso de drogas, via de regra, não provoca vício, tampouco configura um problema na vida do usuário. Por outro lado, a criminalização exerce seu controle e dá causa a consequências sentidas inclusive pelos usuários que não possuem problemas com a droga. Assim, para o usuário, na maioria dos casos, o problema não é a droga em si, mas o próprio Estado que reage à sua conduta, já que grande parte deles não apresenta comportamento patológico. A intervenção, da forma como é feita hoje, além de não cumprir suas funções declaradas, acaba contribuindo, em parte, para que o problema se agrave com danos sociais adicionais provenientes da própria criminalização (custos da criminalização). Ainda mais quando consideramos que mesmo quem não faz uso de drogas fica submetido a algumas das consequências da proibição.

4 USO DE DROGAS E REDUÇÃO DE DANOS

Neste capítulo, no primeiro tópico, busco expor alguns sentidos para redução de danos, de forma a criar um parâmetro para compreensão dessa abordagem. Conforme exponho a seguir, não existe uma total simetria na produção acadêmica sobre isso, por isso a necessidade de um tópico exclusivo para desenvolver esse sentido, na busca de um conceito.

Posteriormente, parto para o problema de pesquisa propriamente dito e trato sobre a situação do usuário em num contexto de criminalização do uso e do comércio de drogas, ressaltando a forma como a redução de danos é posta em prática. Sobre isso, cheguei à conclusão de que se limitam ao que chamo de redução de danos outsider e redução de danos clandestina.

4.1 Sentidos de redução de danos

Dentre as iniciativas que se pautam pelo paradigma da redução de danos, a mais conhecida "é a troca de seringas, cujo objetivo específico é o de evitar a propagação da AIDS e da hepatite C entre usuários de drogas por via endovenosa" (WEIGERT, 2010, p. 118). Em verdade, inicialmente, o foco da redução de danos em relação ao uso de drogas no Brasil estava, justamente, em evitar a transmissão de doenças entre os usuários de drogas injetáveis (SANTOS; SOARES; e CAMPOS 2010, p. 1.008). Elias e Bastos esboçam um resumo da implementação dessas políticas no Brasil e apontam que as primeiras experiências, na década de 1990, se deram justamente nesse contexto, tendo a epidemia da AIDS como foco de atuação. O princípio de tudo foi a tentativa de criação um programa de troca de seringas em Santos no ano de 1989, que acabou não sendo implementado. Apenas em 1995 foi executado o primeiro programa calcado na ideia de redução de danos no Brasil, na cidade de Salvador (ELIAS; e BASTOS, 2011, p. 4.726-4.728).

Aos poucos a estratégia de redução de danos vai deixando de ser uma mera política de prevenção de DST/AIDS e se forma uma ideia de um novo paradigma para lidar amplamente com a questão das drogas (PASSOS; e SOUZA, 2011, p. 158)

Contemporaneamente, o conceito de redução de danos vem se expandindo, até mesmo porque o cenário atual em relação às drogas está cada vez mais complexo, com existência de diversos tipos de drogas além das injetáveis, o que demanda o contínuo aperfeiçoamento dos órgãos estatais de atenção à saúde dos usuários (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 590):

> A configuração atual do cenário das drogas no País demanda a avaliação e a construção de estratégias de redução de danos que contemplem a especificidade de cada droga, pois o contexto em que surgiu a estratégia de RD no Brasil por meio dos programas de troca de seringas não é mais hegemônico, uma vez que as drogas injetáveis deram espaço a uma gama de outras drogas usadas de diferentes formas, que exigem, por isso mesmo, novas estratégias e adequação da redução de danos a essas outras realidades sociais.

Nesse sentido, contemporaneamente, Weigert destaca dois pontos de partida que uma abordagem calcada na perspectiva da redução de danos possuirá. Em primeiro lugar, a consciência de que é impossível extinguir o uso e que alguns usuários, inevitavelmente, continuarão usando drogas; e, em segundo, que, conforme exposto no segundo capítulo, alguns danos são decorrentes da criminalização (custos da criminalização) e não das propriedades da substância em si (WEIGERT, 2010, p.116):

> Em primeiro lugar, nesta política, se parte da certeza de que existem (e sempre existirão) usuários (dependentes ou não) que, seja pelo motivo que for, não abandonarão as drogas. Optam pelo consumo e assim permanecerão, razão pela qual defini-los como delinquentes ou doentes em lugar de meros consumidores significa frear o movimento no sentido de respeitar seus direitos como cidadãos. Em segundo lugar, crê-se que os danos causados pelo uso de entorpecentes não advêm propriamente de suas propriedades intrínsecas, senão da sua ilegalidade.

Com isso, se rompe com "a política proibicionista, projeto que, tendo como ideal a abstinência, estabelece a coibição total ao uso e comércio de drogas ilegais"

(WEIGERT, 2010, p. 168). “A questão não é mais prevenir o uso de drogas, simplesmente, mas reduzir os danos associados a esse uso” (REGHELIN, 2002, p. 76). Já não se busca, necessariamente, a interrupção do uso de drogas, mas sim minimizar os riscos que essa prática possa causar à saúde do usuário (WEIGERT, 2010, p. 171):

> Seja quanto à opção por consumir drogas, ou por realizar tratamento desintoxicante, a redução de riscos demonstra seu zelo pela dignidade da pessoa humana. Sua preocupação é basicamente diminuir os danos causados pelo uso de drogas, não importando como esse objetivo se materialize. Sua meta não é outra senão a de contribuir para a qualidade de vida dos indivíduos, independentemente de se desejam continuar consumindo drogas ou não. Não tem, pois, por ideal a abstinência, ainda que esta seja sempre uma possibilidade em qualquer tratamento ao usuário ou drogodependente.

Weigert dá alguns exemplos de práticas que materializam os fundamentos norteadores desse paradigma: “a) informação sobre os riscos de danos aos consumidores; b) distribuição de seringas; c) acolhimento do dependente e disponibilização de tratamento médico voluntário; d) criação de lugares de consumo permitido; e) concretização de programas de substituição de drogas e f) prescrição de heroína a toxicômanos; g) programas de reinserção social e melhoria da qualidade de vida dos drogodependentes” (2010, p. 118).

Ocorre que, Santos, Soares e Campos realizaram um estudo acerca das concepções dessa expressão em 46 publicações nacionais e chegaram à conclusão de que existem diversas (2010). Outros autores entendem que “tais divergências em relação à estratégia de redução de danos dificultam sua consolidação, a disseminação de seus princípios e sua aplicação na saúde pública”, mesmo considerando que “independentemente da aceitação parcial ou total, o rompimento com o paradigma proibicionista é visível no âmbito acadêmico, embora não se tenha clareza sobre a configuração do novo paradigma de abordagem do fenômeno das drogas” (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 589-590). Todavia, existe algum parâmetro sobre o que é redução de danos no Brasil: basicamente, a premissa de que o uso de drogas não é necessariamente problemático, existindo diversas formas de se

relacionar com as drogas, cada uma única em si; assim, a abordagem não se deve limitar à abstinência, sendo a redução dos riscos de danos decorrentes do consumo um objetivo possível independente da forma pela qual vai ser alcançada (SANTOS; SOARES; e CAMPOS, 2010, p. 1.007):

> De maneira geral, no Brasil, a RD se apresenta como um conjunto de práticas de saúde fundamentadas na perspectiva teórica que concebe a existência de diferentes formas de relação do homem com as drogas, nem sempre vinculadas a um consumo problemático e, nesse sentido, seus objetivos não se restringem à eliminação do consumo. As medidas propostas visam a um conjunto de políticas voltadas para a redução de riscos e danos relacionados a todo tipo de consumo potencialmente prejudicial, distanciando-se do enfoque da guerra às drogas.

Considerando o exposto, concluo que a forma mais completa de se referir a essa abordagem para sintetizar o seu sentido seria "redução dos riscos" ou "redução dos riscos de danos", o que afasta de pronto a ideia equívoca de que tais danos são intrínsecos ao uso e que essa forma de atenção se restringiria a diminuí-los. Alerto o leitor que tal ideia é equivocada, pois o uso de drogas, como já vimos no capítulo anterior, não necessariamente é problemático e danoso – o que também não quer dizer que ele nunca tem potencial de ser, por isso mesmo que um dos principais objetivos dessa abordagem é extinguir os danos e reduzir os riscos "relacionados a todo tipo de consumo potencialmente prejudicial" (SANTOS; SOARES; e CAMPOS, 2010, p. 1.007), sendo a abstinência prescindível para isso.

O modelo de redução de danos, em vez de buscar extinguir ou prevenir o uso, "é uma tentativa de minimização das consequências adversas do consumo de drogas do ponto de vista da saúde e dos seus aspectos sociais e econômicos" (REGHLIN, 2002, p. 74), o que implica "assumir a impossibilidade de erradicar e extinguir a presença das drogas" (REGHELIN, 2002, p. 27). Assim, não se confunde com programas como o PROERD, que reproduzem um discurso simplista de "não às drogas" e não atingem quem "já disse sim", pois nesses acontece o chamado "efeito bumerangue" (REGHELIN, 2002, p. 60): a inexatidão do discurso, por exemplo, em relação à não distinção entre uso e dependência, faz com que o seu conteúdo seja

incompatível com a experiência e o conhecimento do usuário, o que resulta em "*una actitud de rechazo del mensaje pedagógico y de la autoridad que lo emite*"[24](BARATTA, 1988, p. 341).

Em complemento – e não em contrariedade – aos primeiros sentidos de redução de danos, que configuravam, basicamente, na promoção de medidas para prevenir a disseminação de doenças, há uma concepção que tende a expandir a abordagem para "outras esferas, tais como a social, a econômica e a política, que também determinam e influenciam o comportamento individual" (MACHADO; E BOARINI, 2013, p. 586). Machado e Boarini escrevem sobre essa ampliação no objeto da redução de danos que, apesar de apresentar novos elementos, ainda se funda no mesmo paradigma científico (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 591):

> Além da necessidade de delimitação do campo de ação da redução de danos, os desafios práticos estão intensamente relacionados com as divergências teóricas e com a falta de clareza em relação à estratégia. Sendo assim, é possível afirmar que, apesar de as estratégias de redução de danos terem sido incorporadas às políticas nacionais sobre drogas, as experiências práticas muitas vezes focalizam ainda a prevenção de doenças, deixando de fora questões sociais como violência, exclusão e preconceito em relação ao usuário de drogas.
>
> Domanico denomina essa centralidade nas ações de caráter instrumental de "tendência hegemônica à instrumentalização" (2006, p. 88), o que significa que, em grande parte dos projetos, as ações se concentram na distribuição de insumos de prevenção, sem explorar temas que legitimaram a consolidação da redução de danos como estratégia de saúde pública, como o resgate da cidadania e a promoção dos direitos humanos.

Nesse sentido, o blog da Associação Brasileira de Redução de Danos (ABORDA), instituição fundada em 1996 "com a função de capacitar e articular os Programas de Redução de Danos" (PASSOS e SOUZA, 2011, p. 159), afirma que redução de danos se refere a políticas, programas e práticas que visem reduzir as

[24] Tradução livre: "uma atitude de rechaço da mensagem pedagógica e da autoridade que o emite".

potenciais consequências adversas causadas pelo uso de drogas tanto no aspecto da saúde quanto no aspecto social e econômico[25] (grifo meu):

> Definição Redução de Danos se refere a políticas, programas e práticas que visam primeiramente reduzir as consequências adversas para a saúde, sociais e econômicas do uso de drogas lícitas e ilícitas, sem necessariamente reduzir o seu consumo.

Dentre esses elementos, políticas, programas e práticas, destaco este último para concluir que a redução de danos não se restringe à atuação de alguém para com o usuário. Se, conforme vimos acima, práticas que visam dirimir os riscos de prejuízos sociais, econômicos e à saúde constituem essa perspectiva, o próprio usuário pode ser protagonista da abordagem de redução de danos quando adotar uma prática nesse sentido. Por exemplo, programas de troca de agulhas de seringas para o uso de drogas injetáveis possuem o objetivo de incentivar que os usuários se habituem com práticas mais saudáveis, como não usar agulhas não esterilizadas ou dividi-las com outras pessoas. Como Weigert explicita, "informações sobre os riscos de danos aos consumidores" é uma forma "de se colocar em prática os fundamentos da Redução de Danos" (2010, p. 118). No fim, quando o usuário escolhe não adotar essas condutas de risco, ele mesmo está, segundo o desenvolvimento teórico dos últimos parágrafos, materializando uma prática de redução de danos. Ou seja, nesse paradigma há um nítido protagonismo do usuário, que é retirado da posição de objeto e, conforme fundamento dessa abordagem, tem sua "autonomia e responsabilidade individual" (CARVALHO, 2016, p. 225) reconhecidas. Como veremos no próximo tópico, num contexto proibicionista, em que o usuário se afasta do Estado por medo de ser criminalizado, essas práticas tomam especial importância.

Com base no mesmo fundamento da redução de danos (respeito à autonomia e à responsabilidade individual), busca-se afastar um uso potencialmente behaviorista do direito para reconhecer outras crenças morais, respeitando a liberdade individual de quem escolhe e quer fazer uso de drogas, lícitas ou ilícitas.

[25] O texto foi retirado da aba "O que é redução de danos?" do blog da Associação. Disponível em: <http://abordabrasil.blogspot.com.br/p/o-que-e-reducao-de-danos.html>. Acesso em 13 de junho de 2017

Com esse paradigma, não se questiona "se determinado comportamento é certo ou errado, bom ou mau, e sim se é seguro ou inseguro" (REGHELIN, 2002, p. 26). Nesse sentido, Ribeiro, citado por Salo de Carvalho[26], ressalta que esse paradigma também se justifica por ser uma forma de controle que não intervém com a imposição de valores morais de forma coercitiva (RIBEIRO apud CARVALHO, 2016, p. 244-245):

> No fundo, se eu decido reduzir os danos, em vez de impor aos outros meus valores morais, não é por preguiça nem por complacência. É porque percebo que não dá para ter uma única visão de mundo. E neste sentido a redução de danos deixa de ser, apenas, a busca de um mal menor. Deixa de ser a renúncia ao bem. Toma-se, isso sim, a renúncia ao bem propriedade privada minha, à minha pretensão de ser dono da verdade. E é bom para a sociedade que as pessoas não queiram ter, sozinhas, toda a razão

Até porque, como escreve Débora Diniz," a discórdia moral é o destino irrevogável da humanidade" (2001, p. 32), sendo que "onde houve seres humanos organizados em sociedades existiram diferenças, diferenças estas que conduziram ao conflito" (p. 210), pois tal característica é "constitutiva da vida humana em sociedades" (p. 205), já que "inexistem instrumentos para solucionar o conflito moral de uma maneira que venha a contemplar plenamente os interesses discordantes" (p. 205). Portanto, "o reconhecimento de que todas as crenças [...] são, em alguma medida, uma crença no nada, [...], deve ser colocado na ordem-do-dia para a mediação dos conflitos morais. A desnaturalização das certezas seria, portanto, o primeiro passo para o exercício da tolerância" (p. 210). A partir da fenomenologia das atitudes morais proposta pela autora é possível sugerir que, para alcançar a tolerância, no caso do uso de drogas, talvez o primeiro passo dependa,

[26] Faço a citação ciente de que "em teoria, um trabalho científico sério não deveria *jamais* citar uma citação, mesmo não se tratando do autor diretamente estudado" (ECO, 2016, p. 51) e simpatizando com Débora Diniz, quando brinca descrevendo "*apud*" como um acrônimo de "a preguiça, uma desgraça" (2013, p. 68). Ocorre que não foi possível encontrar a obra citada, pois o autor consultado, ao referir-se ao texto em sua bibliografia (CARVALHO, 2016, p. 408), não explicita as informações acerca da publicação física, apenas anota um endereço eletrônico que já não existe. Diante disso, como "existem certas exceções" (ECO, 2016, p. 51) para a regra de jamais citar uma citação, assim procedo.

justamente, de um esforço racional para afastar as ilusões morais que cultivamos acerca dessa conduta.

Assim, uma característica fundamental dos programas e das políticas de redução de danos, sejam elas promovidas pela iniciativa privada ou pelo Estado, é o respeito às escolhas dos usuários e a sua participação voluntária. O documentário "Hotel Laide" (2017) é representativo em relação a isso: fala-se de um hotel social localizado na região chamada de "Cracolândia", na cidade de São Paulo, que funcionava com uma perspectiva de redução de danos. No documentário, é mostrada a chegada de Angélica, uma mulher viciada em crack: a cena a mostra entrando na recepção e aguardando, sozinha, por vários minutos, por Brenda, a responsável por receber as novas pessoas e expor as regras para a permanência no hotel. Angélica permanece ali. Espera. Sozinha. Fica aguardando porque tem interesse em morar no hotel e viver melhor, está ali por vontade própria. Posteriormente ela conta que da última vez que foi internada, "vivia totalmente dopada" (14 min), o que não mudou sua condição de viciada, então conclui que "a mudança não é dentro de um laboratório que você arruma, é dentro de si próprio". Depois de um ano no hotel, ela diminuiu bastante a quantidade de droga que usa, tem "um canto pra poder dormir", "um serviço", parou de "fazer programa" e, para além disso, passou a conviver com outras pessoas e criar vínculos afetivos saudáveis. Esse caso é instrutivo por exemplificar a visão do usuário de drogas em relação à um programa de redução de danos.

Salo de carvalho esquematiza as características da redução de danos mais ou menos nesses termos (2016, p.228-230): (a) assiste os dependentes em dois níveis, terapia e tratamento; (b) fornece o tratamento que melhor atenda ao paciente, permitindo que este interaja e se envolva no processo; (c) oferece várias opções diferentes de tratamentos/terapia, conforme a demanda do usuário; (d) considera a intervenção e voluntariedade do paciente no tratamento como necessárias para legitimá-lo; (e) fomenta que o usuário contribua e demande o Estado na alteração de políticas públicas; (f) aceita as recaídas como algo natural que não ensejará a

interrupção ou mudança do tratamento; (g) separa "os mercados das diversas substâncias"; (h) incrementa "programas de ação médica, psicológica e social"; (i) leva as ações até as zonas de risco, aproximando-as de grupos vulneráveis; (j) possibilita processos de desintoxicação por meio do uso de metadona e outros fármacos; (l) oferece possibilidades de trabalho e estudo ao usuário; (m) limita "o consumo a determinados locais e ao domicílio", restringindo ou vedando o uso em público, assim como ocorre com o tabaco; (n) restringe o comércio de droga a estabelecimentos submetidos a controle estatal; (o) controle da venda de substâncias com maior tolerabilidade social, como o álcool e cigarro; (p) proíbe a publicidade de qualquer tipo de droga, inclusive as lícitas; (q) pune administrativamente o consumo em locais proibidos, com apreensão da droga; (r) prevê tipos privilegiados para o caso de comércio esporádico ou de pequena quantidade evitando os danos advindos do encarceramento.

Voltando, mais uma vez, àquela ideia que Carl Hart apresenta, me parece que, ao menos em relação à bibliografia consultada – que, ressalto, não teve como foco a questão que apresento em seguir –, de certa forma, também em relação à redução de danos "focalizamos os comportamentos patológicos e ignoramos o que acontece nas condições comuns e normais" (2014, p. 87). Nesse tema, especificamente, não poderia afirmar que "ignoramos", até por conta disso (redução de danos voltada para indivíduos que fazem uso em condições não patológicas) apenas tangenciar o objeto da pesquisa bibliográfica, mas, preliminarmente, pelas obras acessadas, principalmente nas escritas por criminólogas e criminólogos, parece haver uma predominância da aplicação da ideia de redução de danos de forma bastante restritiva: apenas como uma política pública de saúde voltada para indivíduos que estão em situação de vulnerabilidade devido ao uso abusivo[27]. Weigert, por exemplo, narra medidas de redução de danos na Espanha (2010, p. 171-173) que se destinam preponderantemente a adictos que possuem dependência física

[27] Como vimos anteriormente neste tópico, a redução de danos não constitui apenas a uma forma de atenção à saúde (também contempla outras esferas, como social, econômica, afetiva, etc.), tampouco se dirige apenas para usuários patológicos.

e usuários que fazem uso de drogas de forma a prejudicar sua vida social, principalmente seu trabalho; e, em relação ao Brasil, um modelo de justiça terapêutica que não está dentro da abordagem de redução de danos. Salo de Carvalho expõe exemplos sobre prescrição de heroína e metadona, distribuição de agulhas e centros de aplicação de drogas (narcossalas) e atenção ambulatorial (2016, p. 231-241), também todos voltados para usuários dependentes. Reghelin faz um apanhado de diversas experiências de redução de danos, inclusive em outros países, como Inglaterra, França, Holanda, Suíça, Alemanha, Canadá e Austrália (2002, p. 79-92), sendo que, apenas na Holanda e no Canadá é possível se ver as medidas descritas contemplando usuários com comportamentos não patológicos. A mesma autora, em relação ao Brasil, cita programa de troca e fornecimento de seringas de seringas; prescrição de metadona, heroína e outras drogas; e a disponibilização de salas preparadas para o uso de drogas com higiene e assistência médica e psicológica (REGHELIN, 2002, p. 134-156), todos voltando preponderantemente para usuários patológicos. Assim, a despeito de academicamente o termo contemplar diversas esferas, os exemplos da bibliografia parecem ainda se limitar à ideia mais antiquada de redução de danos.

4.2 A redução de danos num contexto proibicionista

No Brasil, como foi exposto no primeiro capítulo, temos com a Lei 11.343/06 um sistema jurídico que prevê a redução de danos como modelo possível de atuação do Estado em relação às drogas ilícitas. Ocorre que a criminalização dificulta bastante essa abordagem e, como a lei não especifica as ações que devem ser tomadas nesse sentido, a parte que autoriza esse tipo de política acaba sendo de difícil implementação (CARVALHO, 2016, p. 225):

> Ocorre que os princípios e diretrizes previstas na lei 11.343/06, notadamente identificados com políticas de redução de danos, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções direcionada ao sistema de saúde pública. É notório que em matéria de direitos sociais, sobretudo aqueles relativos às áreas da educação e da saúde, se a legislação não determinar

> claramente as ações e os órgãos competentes, prevendo mecanismos de responsabilização administrativa, a tendência é de as pautas programáticas restarem irrealizadas.

A coexistência do proibicionismo e da redução de danos no Brasil levanta diversos dilemas, na medida que, como Salo de Carvalho afirma, "a eleição do uso e do comércio de droga e de seus sujeitos como inimigos da sociedade tem reduzido toda a discussão sobre o problema ao âmbito do penal, impossibilitando a busca por soluções menos danosas e efetivas alternativas à criminalização, em face da demonstração da absoluta incapacidade resolutiva do sistema penal" (2016, p. 226). Em verdade, a proibição atua no sentindo inverso, potencializando os danos sociais provenientes da incriminação: "a promessa de contramotivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e com intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população" (CARVALHO, 2016, p. 226). Ademais, a criminalização ainda produz problemas sanitários e econômicos, favorece o aumento da corrupção dos agentes de segurança pública, estabelece "regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes", e restringe os programas médicos e sociais de prevenção (CARVALHO, 2016, p. 226).

Conforme Machado e Boarini escrevem, a discussão do tema no Brasil oscila entre o sistema penal, pautado na segurança pública, e o sistema de saúde pública, que compõe uma forma de atenção ao usuário, sendo que as políticas do Estado são pautadas pelo ideal de abstinência e pela ideologia de "guerra às drogas", o que faz com que a redução de danos ainda seja uma abordagem incipiente no país, que se restringe, via de regra, a usuários com comportamento patológicos que fazem uso de drogas injetáveis e podem contrair doenças infecciosas (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 592-593):

> O descompasso do surgimento das políticas públicas sobre drogas nos campos da segurança e da saúde pública reflete o debate histórico a respeito do tema no País, que oscilou entre esses dois âmbitos, o da segurança e o da saúde pública, carregando sinais das políticas proibicionistas pautadas, até o

> presente momento, no ideal de abstinência e na ideologia norte-americana da guerra às drogas.
>
> Embora estratégias como a redução de danos tenham conquistado espaço na agenda pública brasileira a partir da década de 90, em vista da necessidade de respostas eficazes à epidemia da AIDS, resgatando o enfoque na prevenção e os direitos à saúde do usuário de drogas, sua implementação e compreensão ainda se apresentam incipientes. Atualmente, a redução de danos depara com inúmeros desafios, que demandam uma compreensão ampliada do fenômeno das drogas no contemporâneo, a fim de formular ações diversificadas que vão além do uso de drogas injetáveis e da prevenção de doenças infecciosas, como a AIDS.

Desta feita, as experiências de redução de danos no Brasil "são, ainda, situações isoladas e pontuais, como iniciativas de ONG's e trabalhos voluntários" (WEIGERT, 2010, p. 131). Até porque, como o uso de drogas é crime, "os usuários são afastados do eventual auxílio do poder público" (WEIGERT, 2010, p. 131), o que ainda se soma com o "déficit de políticas públicas na área da saúde" (p. 131). A criminalização, portanto, a despeito de declarar "intenção de proteger a saúde pública, contraditoriamente cria, com a proibição, maiores riscos à integridade física e mental dos consumidores daquela substância proibida" (REGHELIN, 2002, p. 164). Ainda mais considerando que a clandestinidade em relação à distribuição e ao consumo "favorece a ausência de um controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando a possibilidade de adulteração, impureza e desconhecimento de sua potência, com riscos maiores daí decorrentes" (REGHELIN, 2002, p. 164).

Salo de Carvalho também escreve sobre isso, argumentando que há um paradoxo, pois, em ordem de se proteger uma "saúde pública" abstrata, se institui um modelo que dificulta a atenção eficaz em relação a saúde individual e concreta, como se houvesse confronto entre esta e aquela (2016, p. 214):

> O paradoxo apontado encontra raízes na cisão artificial entre os interesses públicos e os direitos individuais (privados). É fundamental perceber, para que se possa apresentar respostas razoáveis ao problema, que inexiste hierarquia ou graduação entre direitos, ou seja, é impossível vislumbrar confronto entre os direitos individuais, identificados tradicionalmente como

> interesses privados, e os coletivos e/ou transindividuais, incorporados à ideia de interesse público.

Em outras palavras, "sob a justificativa da tutela da saúde pública", são cometidos "inúmeros danos à saúde e à liberdade de pessoas de carne e osso" (CARVALHO, 2016, p. 340, grifo do autor). Isso porque, por mais que a Lei de Drogas disponha sobre políticas de redução de danos, o que se vê é que é difícil harmonizá-las a criminalização do uso (CARVALHO, 2016, p. 191). E mesmo as iniciativas de redução de danos que existem parecem estar, em grande medida, limitadas ao uso de drogas injetáveis e à prevenção de doenças infecciosas por usuários patológicos (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 592-593), como sugeri ao fim do tópico anterior, o que representa a aplicação do paradigma a uma minoria dos usuários.

É preciso ressaltar que, conforme já escrevi, mesmo usuários que não tem quaisquer problemas com as drogas se submetem a riscos ao usá-las num contexto proibicionista, embora os riscos provenientes de um uso patológico sejam muito maiores. A falta de informações básicas, como por exemplo as características químicas das substâncias, pode causar consequências graves, até mesmo a morte, o que sugere que, como já sugeri no tópico anterior, a mera disponibilização de informações aos usuários é também uma forma de reduzir os riscos associados ao uso (WEIGERT, 2010, p. 87):

> Da política de repressão às drogas também decorre a falta de controle sobre a substância, o que faz com que o consumidor não saiba exatamente quanto está consumindo e qual a porcentagem de pureza da droga. E deste desconhecimento advêm os casos de overdose, concluindo-se que inúmeras mortes poderiam ser evitadas se as informações necessárias fossem fornecidas aos usuários.

Talvez por isso Carl Hart tenha escrito que, nos Estados Unidos, no caso dos opiáceos, as pessoas estão morrendo não por conta do uso de drogas propriamente dito, mas por completa ignorância, por exemplo, em relação a qual substâncias realmente estão ingerindo, qual o nível de concentração dela, qual a dose segura,

forma de uso mais segura, medidas para evitar efeitos adversos, entre outros, o que pode ser fatal (2017, sem paginação):[28]

> It is certainly possible to die from an overdose of an opioid alone, but this accounts for a minority of the thousands of opioid-related deaths. Many are caused when people combine an opioid with another sedative (such as alcohol), an antihistamine (such as promethazine) or a benzodiazepine (such as Xanax or Klonopin). People are not dying because of opioids; they are dying because of ignorance.
>
> There is now one more opioid in the mix—fentanyl, which produces a heroinlike high but is considerably more potent. To make matters worse, according to some media reports, illicit heroin is sometimes adulterated with fentanyl. This, of course, can be problematic—even fatal—for unsuspecting heroin users who ingest too much of the substance thinking that it is heroin alone.

Sobre esses casos de adulteração da droga, Hart indica que uma forma simples de prevenir os potenciais danos seria distribuir testes de pureza da droga, de forma a possibilitar que os usuários saibam se a substância está adulterada antes de usá-la, assim como já acontece em outros países (2017, sem paginação). Esse exemplo de solução, poderia ser considerado uma abordagem de redução de danos. Ocorre que, pelo menos num juízo preliminar, seria difícil ver a sua implementação em um país que adota uma perspectiva proibicionista, como o Brasil.

De fato, a redução de danos acaba sendo limitada pela criminalização. Os usuários, mesmo quando se deparam com iniciativas que procuram afastar a punição em benefício da priorização da saúde, dificilmente possuem sua autonomia respeitada, à exemplo do que Weigert relata em relação à Justiça Terapêutica, onde há nítida obrigatoriedade de se submeter às medidas impostas pelo juízo, além de o

[28] Tradução livre: "É possível morrer de uma overdose de um opiáceo sozinho, mas essa é a minoria de milhares de mortes relacionadas a opiáceos. Muitas ocorrem quando pessoas combinam um opiáceo com outro sedativo (como álcool), um anti-histamínico (como prometazina) ou uma benzodiazepina (como Xanax ou Klonopin). As pessoas não estão morrendo por causa de opiáceos; elas estão morrendo por causa de ignorância. Há agora mais um opiáceo na mistura – fentanil, que um efeito parecido com o da heroína, mas consideravelmente mais potente. Para piorar a situação, de acordo com alguns relatos da mídia, a heroína ilícita é, por vezes, adulterada com fentanil. Isso, é claro, pode ser problemático – e até fatal – para usuários de heroína que não suspeitam essa possibilidade e ingerem muito da substância pensando que é heroína pura."

ideal abstêmio ser um ponto central (2010, p. 132-161). Sobre essas formas de submissão obrigatória, Reghelin argumenta que, se por um lado elas são constituídas de boas intenções, apresentando uma roupagem de um discurso altruísta, por outro, esse foi o mesmo timbre de fala que resultou, por exemplo, nos manicômios judiciários, que hoje são considerados um evento perverso de nossa história (2002, p. 166):

> a sugestão aparentemente benévola de que aqueles que praticam crimes sob efeitos de drogas precisam mais de tratamento do que de prisão leva essa visão "humanitária" da questão ao mesmo discurso que embasou a criação dos manicômios judiciários e que acabou no que conhecemos hoje como uma das práticas mais perversas no trato de qualquer ser humano, uma vez que tira dele não só sua liberdade social, mas também, e pior que tudo, sua liberdade psíquica, aquilo que o configura enquanto uma personalidade e que vem protegido pela nossa Constituição Federal.

A conclusão é de que as políticas e programas do Estado são limitadas no tocante à redução de danos. Mas, pra além disso, num contexto proibicionista, como já adiantei nos parágrafos anteriores em diálogo com Hart, o usuário também fica com as suas opções de cuidado próprio limitadas. Isso se dá pois, além de não ter um auxílio amplo do Estado, não possui amplo acesso a informações seguras e precisas acerca das drogas, o que poderia lhe auxiliar a consumi-las com mais controle e menor risco. Sobre isso, Becker ressalta a importância da disseminação de conhecimento sobre as drogas entre os usuários como forma de evitar os efeitos potencialmente perigosos ou perturbadores (1977, p. 191, grifo meu):

> Os consumidores, assim, têm disponível, sob condições ótimas de produção de conhecimento, respostas de relativa confiança e precisas para suas questões sobre a droga que utilizam. Eles usam esse conhecimento para maximizar os benefícios que desejam com o uso da droga, quaisquer que possam ser estes benefícios, e para minimizar efeitos colaterais. Freqüentemente, porque participam de grupos de consumidores, quando surge uma questão da qual eles não sabem a resposta, alguém que a sabe está prontamente disponível.
>
> Isso é particularmente importante ao se lidar com os efeitos colaterais potencialmente perigosos ou perturbadores.

> Naturalmente, as circunstâncias ótimas raramente são obtidas; quando o conhecimento é incompleto, impreciso, ou não pode ser obtido, os consumidores têm problemas previsíveis. Isso é particularmente óbvio quando uma droga aparece pela primeira vez e o conhecimento ainda não foi produzido e disseminado.

Como o trecho acima ressalta, "circunstâncias ótimas raramente são obtidas" justamente pela falta de conhecimento completo, preciso e de fácil acesso num contexto em que tais substâncias são criminalizadas e o uso tem caráter clandestino. Assim, considerando que as iniciativas de redução de danos promovidas por terceiros têm uma perspectiva antiquada e restritiva, muitos usuários contam apenas com outros usuários para apreender informações necessárias para evitar ou ao menos minimizar os riscos de efeitos colaterais potencialmente perigosos ou perturbadores. O que Becker coloca, em outras palavras, é que muitas práticas que diminuem os riscos de danos provenientes do uso de drogas são decorrentes de informações compartilhadas entre os usuários. Isso é uma forma de compensar: a ineficiência das iniciativas de redução de danos promovidas por terceiros; e a dificuldade que a criminalização representa para que o usuário cultive práticas que evitem efeitos potencialmente perigosos ou perturbadores.

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível sugerir que um esforço do Estado em garantir as informações citadas por Becker poderia ter um impacto significativo em relação aos potenciais danos provenientes do uso de drogas, o que constituiria uma política de redução de danos simples e que, ao mesmo tempo, atingiria não só os usuários patológicos de drogas injetáveis – lembrado que, atualmente, a atuação do Estado está preponderantemente voltada para esses usuários (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 592-593). Se "circunstâncias ótimas" fossem alcançadas, a disseminação das informações se refletiria em práticas mais saudáveis entre os usuários, de forma a evitar efeitos danosos das drogas. Isso reforça aquela ideia de que as políticas, programas e práticas de redução de danos se complementam, na medida em que uma política do Estado acaba se derivando em práticas seguras entre usuários.

Como Hart escreveu sobre uma visita que fez à Cracolândia, na cidade de São Paulo, o contexto de criminalização do uso de drogas do Brasil dificulta a promoção de uma política pública de assistência social, econômica e à saúde que tenha como premissa que o problema do uso, do abuso e do vício de drogas não está apenas na substância (2015, p. 2):[29]

> I recognise [sic], of course, that some people struggle to control their consumption of various substances, including crack cocaine, which may disrupt their ability to meet important obligations, such as childcare, employment, social interactions, etc. It would be a mistake, however, to conclude that the substance itself is the problem and, as a result, wage a war on it. People become addicted for a variety of reasons ranging from psychiatric disorders to economic desperation to underdeveloped responsibility skills. Empty slogans obfuscate this fact. That is why firstly it is critically important to determine the reasons underlying each person's addiction before perpetuating myths about the cause and before intervening with half-baked solutions. For example, if a person is abusing alcohol or heroin to deal with anxiety or trauma, effective treatment of the psychiatric illness should lessen the abuse of either drug. Likewise, providing destitute addicts with employable skills and viable economic opportunities goes a long way in helping them to overcome their addiction.

Resumindo este tópico, pude perceber a materialização da ideia de redução de danos em duas principais perspectivas, que acabam sendo bastante limitadas pela criminalização. Chamo a primeira de redução de danos outsider. Ela é promovida pelo Estado, ONG's e redes de trabalhos voluntários e se destina preponderantemente a usuários de drogas injetáveis que têm uma relação patológica com as drogas e correm o risco de contrair doenças infecciosas (MACHADO; e

[29] Tradução livre: "Eu reconheço, é claro, que algumas pessoas lutam para controlar seu consumo de várias substâncias, incluindo o crack/cocaína, que pode perturbar suas habilidades de cumprir obrigações importantes, como cuidado de crianças, emprego, interações sociais, etc. Seria um erro, no entanto, concluir que essa substância é, em si, o problema e, como resultado, promover uma guerra contra isso. Pessoas se tornam adictas por uma variedade de razões, desde desordens psicológicas até desespero econômico ou responsabilidades pouco desenvolvidas. Slogans vazios ofuscam esse fato. Esse é o primeiro motivo pelo qual é muito importante determinar as razões subjacentes do vício de cada pessoa antes de perpetuar mitos sobre a causa e antes de intervir com soluções imaturas. Por exemplo, se uma pessoa esta abusando de álcool ou heroína para lidar com ansiedade ou trauma, tratamento efetivo da doença psiquiátrica deverá diminuir o abuso das duas drogas. Da mesma forma, prover viciados desamparados com habilidades para o mercado de trabalho e oportunidades econômicas viáveis representará um grande passo para ajuda-los a superar o vício".

BOARINI, 2013, p. 592-593) – o que é uma abordagem bastante restritiva, considerando que a maioria dos usuários não são viciados. O proibicionismo pode ser visualizado nesse contexto na medida em que os usuários mais vulneráveis, que são justamente o público alvo dessas iniciativas, são, ao mesmo tempo, os mais recorrentemente selecionados nos processos de criminalização, o que os afasta desse tipo de assistência[30]. Chamo a segunda perspectiva de redução de danos clandestina, pois ela se constitui de informações que são difundidas pelos próprios usuários, sendo que os mais experientes orientam os noviços sobre como obter mais vantagens do uso de drogas e evitar os efeitos potencialmente danosos ou perturbadores. Essa dinâmica de troca de informações entre os usuários é uma forma que eles encontram para lidar com um cenário causado pela criminalização.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho permitiu a verticalização sobre a coexistência entre a criminalização como paradigma de atuação do Estado em relação ao uso de drogas e a autorização da redução de danos como abordagem à essa mesma conduta, tanto no plano normativo quanto no empírico.

Em resumo, no ordenamento jurídico brasileiro há ampla autorização normativa para o desenvolvimento de políticas, programas e práticas de redução dos riscos de danos voltadas para os usuários de drogas ilícitas. Todavia, a criminalização, da forma como se dá hoje, acaba por dificultar este tipo abordagem e, para além disso, agravar e somar os danos provocados pelo consumo dessas substâncias. Diante disso, a partir da metodologia proposta, é possível sugerir que a redução de danos no Brasil fica em uma posição desprivilegiada, resumida ao que chamo de redução de danos outsider e redução de danos clandestina. Nesse contexto, o Estado acaba figurando como promotor de processos de criminalização seletivos, que atingem os vulneráveis com mais rigor, inclusive punindo-os como traficantes e não como usuários. Portanto, os objetivos da pesquisa foram atingidos.

[30] Sobre isso, ver capítulo 2

Na pesquisa pude traçar um panorama normativo acerca do uso de drogas e da redução de danos. No âmbito da ONU não há previsão expressa deste tipo de abordagem, na medida em que as convenções estão calcadas numa perspectiva proibicionista que impõe a abstinência. Mesmo as previsões sobre saúde são muito mais voltadas para a ideia de uma medida impositiva do que para o oferecimento de assistência voluntária calcada na redução de danos. No texto dessas normas, constatei duas formas padrão polarizadas para se referir ao uso de drogas: (1) uso medicinal ("uso médico", "para fins legítimos" ou "para fins médicos"); e (2) abuso ("toxicomania", "abuso" e "uso indevido" ou "inapropriado"). Diante disso, pela linguagem da convenção, concluo que há uma ideia maniqueísta de "uso médico x uso abusivo" em relação ao consumo de drogas, não havendo previsão de outras formas de experimentá-las além dessas, apenas os dois extremos, sem nada no meio.

Contemporaneamente as discussões dentro da organização voltadas para a revisão ou abandono do modelo proibicionista e adoção da redução de danos como paradigma vem crescendo, todavia, continua-se apostando em metas temporais para eliminar ou diminuir significativamente o uso e o comércio de drogas, mesmo depois de tantos prazos extrapolados. O ano de 2019 é o prazo atual para extinguir, ou ao menos minimizar, o tráfico e a demanda de drogas, conforme o relatório da 52ª sessão da Comissão de Narcóticos (CND).

Já o ordenamento jurídico brasileiro admite a redução de danos como parâmetro para a atuação do Estado. De outra mão, ao mesmo tempo, criminaliza-se

uso de drogas e, consequentemente, impõe-se o não-uso como regra passível de controle penal quando inobservada. Portanto, sistema penal atua mediante diretrizes que vão de encontro com a lógica do paradigma da redução de danos, o que configura um conflito na administração da conduta no âmbito normativo. Nesse cenário, as previsões redutoras acabam sendo privilegiadas, principalmente devido as deficiências da norma em materializar essa abordagem. A Lei nº 11.343/06, por exemplo, reconhece que não existe vínculo intrínseco entre uso e vício, quebrando com a associação usuário-dependente-criminoso; mas adota os mesmos princípios e

diretrizes nas estratégias de prevenção, atenção e reinserção social de usuários e abusadores e dependentes, indistintamente. Dessa forma, mesmo tendo a definição de um "projeto terapêutico individualizado" (art. 22, inciso III) como uma diretriz, a lei continua contribuindo para a confusão entre usuário e adicto. Isso fica claro na previsão de imposição de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, inciso III) indistintamente a quem porta a droga para uso próprio, o que mostra a associação entre usuário e dependente. Quer dizer, mesmo o consumidor que não possui qualquer problema com as drogas poderá ser submetido a essa medida, que possui um "caráter reabilitador e terapêutico [...], associado à ideia prevalente no direito penal das drogas entre associação entre usuário e dependente, [e] cria na legislação pátria espécie atípica de medida, híbrido de medida de segurança e medida socioeducativa" (CARVALHO, 2016, p. 355).

Apesar de ser possível a descriminalização de qualquer droga por meio de simples alteração da Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) ou de edição de lei pelo Congresso Nacional, o que se vê é que os poderes executivo e legislativo se escusam de promover um diálogo a respeito da atual política de drogas brasileira. O PL nº 7.187/2014, por exemplo, no qual estão apensadas as demais proposições sobre a descriminalização da maconha, aguarda a criação de uma Comissão Especial para sua análise desde que foi apresentado, em 2014, inexistindo qualquer debate efetivo entre os parlamentares sobre o tema – o projeto foi apresentado, arquivado, desarquivado e mais nada. A par desse vácuo, o poder judiciário toma protagonismo em relação à discussão acerca do conflito entre a perspectiva que criminaliza e a voltada para a atenção social, econômica, afetiva e à saúde dos usuários. Assim, tem-se o julgamento do RE nº 635.659/SP pelo STF como o locus mais recente de debate da matéria, onde é possível que se declare a inconstitucionalidade da criminalização do uso da maconha. Todavia, mesmo nesse caso, constata-se que o julgamento do recurso foi interrompido em 2015, o que sugere que não há perspectiva de uma decisão num futuro breve.

Sobre o uso de drogas, apontei, dialogando com Hart e Becker, as impropriedades da adoção de um modelo simultâneo, baseado em uma análise multivariada, para a compreensão desse fenômeno. Assim, elegi a perspectiva de Becker, no sentido de que o indivíduo passa por fases para se tornar um usuário de drogas, o que constitui um modelo de análise sequencial (2008, p. 34). A partir dele, conclui que o deleite proveniente do uso de drogas não é uma mera decorrência dos efeitos fisiológicos da substância no organismo, e o vício menos ainda. Em verdade, a reação ao uso de drogas pode variar imensamente, pois apesar de os efeitos fisiologicamente observáveis serem basicamente os mesmos, indivíduos podem escolher prestar atenção em diferentes arranjos deles, bem como ignorar alguns e outros não. Isso faz com que os efeitos das drogas tenham um caráter multiforme, que podem ser experienciados de maneiras diferentes por diferentes pessoas ou, até mesmo, pela mesma pessoa em ocasiões diferentes, a depender da interpretação que o indivíduo dá a eles (BECKER, 1967, p. 165). Hart também contribuiu para a constatação de que o uso de drogas não é necessariamente patológico e o vício só se dá em uma minoria absoluta dos casos, quando o uso é compulsivo, prejudica funções vitais importantes e ocupa muito tempo e energia (2014, p. 22). Assim, o uso frequente de drogas não significa que o consumidor é usuário, tampouco que tenha qualquer problema com a droga. O vício só se dá quando o uso prejudica funções vitais importantes, tem consequências negativas, ocupa muito tempo e energia mental e é compulsivo. Tendo esse parâmetro, o vício decorrente do uso de drogas, assim como os efeitos, só pode ser explicado se considerados outras variáveis além das características químicas das drogas e dos processos do organismo, como como o contexto social, as motivações do usuário e a forma como ele representa o mundo. Por fim, observei em Hart que os seres humanos alteram seu estado de consciência com drogas desde que habitam o planeta e é provável que isso não tenha fim (2014, p. 205).

Quanto à criminalização como modelo de controle do uso de drogas, a adoção das teorias interacionistas, principalmente com referência a Becker, permitiu a

inclusão do trabalho num paradigma epistemológico (da reação social) que considera o crime ação coletiva, possibilitando uma ampliação no estudo desse fato social. A partir disso, conclui que a atuação do sistema penal contradiz a suas funções declaradas, havendo um esvaziamento dele como forma de contenção de crimes e de pedagogia comportamental. Isso porque, como Becker argumenta, o indivíduo percebido como desviante discriminado fica em uma situação em que é difícil que mantenha sua vida normal, o que o incentiva a desviar (2008, p. 181). Em relação às drogas ilícitas não é diferente: há quem sustenta que a criminalização "representa um fracasso histórico do ponto de vista da prevenção e freio do consumo dessas substâncias" (GONÇALVES, 2016, p. 100). Isso se dá pois, além dos efeitos primários das drogas, causados pela atuação da droga no organismo (que não são necessariamente danosos), existem efeitos secundários (também chamados de custos) gerados pela criminalização, que podem ser classificados como os concernentes aos consumidores e dependentes; ao sistema educacional e médico; à economia; à administração da justiça penal; e ao sistema carcerário. Quer dizer, a intervenção penal acaba por gerar mais danos, em vez de preveni-los. Outro elemento constitutivo da atuação do sistema penal é a seletividade estrutural, pois é impossível criminalizar todas as condutas definidas como crime. Diante disso, os processos de criminalização acabam tendo como parâmetro as relações de desigualdade próprias da sociedade capitalista: os mais vulneráveis são os mais propensos de serem selecionados e punidos. Assim, a criminalização do uso e do comércio impõe prejuízo inclusive para quem faz uso não patológico da droga e, até mesmo, para quem sequer é usuário.

No último capítulo, foi possível desenvolver, como contraponto à estratégia proibicionista para lidar com o uso de drogas, sentidos do que é chamado de redução de danos. Em resumo, não existe completa uniformidade no emprego do termo. Tem-se algumas premissas: o uso de drogas não é necessariamente danoso, existindo diversas formas de se relacionar com as drogas; e, por isso, a abstinência não é o único objetivo possível. Ademais, parte-se da constatação de que os danos, quando

presentes, não são causados apenas pela atuação da substância química no corpo, mas também por outras questões, por exemplo, por exclusão e vulnerabilidade social, displicência em relação a cuidados higiênicos, ausência de vínculos familiares e afetivos, ignorância sobre a concentração da substância, etc. A partir disso, é possível ter uma abordagem em relação ao uso de drogas constituída de políticas, programas e práticas que, como o nome indica, têm como objetivo não necessariamente extinguir o consumo, mas, quando isso não for possível, apenas reduzir os riscos de danos que podem decorrer do uso (independente de ser recreativo, adicto, etc.) de drogas (lícitas[31] ou ilícitas). Portanto, essa abordagem não se restringe à atuação de um terceiro para com o usuário, pois as políticas e programas de redução de danos podem ter o objetivo de incentivar e possibilitar que o usuário se habitue com práticas que diminuem os riscos do uso de drogas. Ou seja, outra característica desse paradigm o protagonismo do usuário, que é retirado da posição de objeto e tem sua autonomia e responsabilidade individual reconhecidas. Por isso a abordagem da redução de danos se propõe a fornecer e otimizar as ferramentas necessárias para que o próprio indivíduo tenha capacidade de reduzir as chances de passar por experiências perigosas ou perturbadoras ao consumir drogas. Por fim, tenha-se em mente que qualquer atitude que vise dirimir riscos que podem advir do uso de drogas podem ser considerada pertencente a essa abordagem, mesmo que adotada pelo usuário instintivamente e sem que este a represente como "redução de danos"[32]

A partir do sentido de redução de danos do parágrafo anterior, construído no primeiro tópico do terceiro capítulo, pude observar que essa abordagem é materializada de duas formas principais num contexto proibicionista, que chamarei de: redução de danos *outsider*[33]; e redução de danos clandestina.

[31] Apesar de a redução de danos ser aplicável também em relação às drogas lícitas, ressalto que o recorte desta pesquisa se deu exclusivamente sobre as ilícitas.

[32] Digo isto porque muitas vezes a ideia de redução de danos é associada apenas a usuários de drogas consideradas "mais pesadas", como o crack e outras injetáveis.

[33] Tomei o termo *outsider* emprestado de Becker (2008), no sentido de que é promovida por um grupo social e dirigida para outro. Usei-o em língua estrangeira devido a sua consagração assim, mesma

A redução de danos outsider se refere às iniciativas que tem como público destinatário indivíduos vulneráveis que fazem uso patológico de drogas e correm o risco de contrair doenças transmissíveis por meio de seringas e cachimbos. Ressalto que, inicialmente, a redução de danos possuía um sentido restrito a uma forma de atenção à saúde de usuários de drogas injetáveis, para prevenir doenças como a AIDS, etc. Contemporaneamente há um movimento no sentido de se expandir o objeto dessa abordagem, ocorre que, apesar dos esforços nesse sentido, a promoção de políticas e programas de redução de danos no Brasil ainda é restritiva, nos termos que delineei no começo deste parágrafo: quase a totalidade dos exemplos da bibliografia consultada são voltados para os usuários patológicos e a prevenção de doenças transmissíveis por meio de seringas e cachimbos e alguns autores chegam a acusar essa característica[34]. Essas experiências são construídas principalmente por ONGs, redes de trabalho voluntários e o Estado. Chamo essas experiências de redução de danos outsider por serem promovidas por terceiros não pertencentes ao grupo social dos destinatários, que são indivíduos vulneráveis, viciados, etc.

O âmbito de atuação restrito do que estou me referindo como redução de danos outsider cria um vácuo: os usuários que não são viciados e não possuem problemas com as drogas, que são a maioria, não são contemplados. Isso sugere que mesmo as iniciativas reducionistas incorrem no problema que Hart acusa: focalizar nos comportamentos patológicos e ignorar os que acontecem em condições normais (Hart, 2014, p. 87). Quer dizer, aparentemente, não se pensa na redução de danos direcionada a usuários que não fazem um uso abusivo e não estão em situação de vulnerabilidade; que trabalham e convivem em harmonia com sua família e comunidade, desempenhando suas funções; e que, eventualmente, usam drogas ilícitas por prazer, assim como poderiam consumir álcool com moderação e segurança ocasionalmente. Embora possa parecer que esses indivíduos não

justificativa utilizada para nomear o primeiro capítulo da edição brasileira da obra: "A edição anterior deste capítulo em português optou por traduzir outsiders por 'marginais e desviantes', assinalando que 'marginais' significava, nesse contexto, alguém que está do lado de fora, para além das margens de determinada fronteira ou limite social. Na presente edição, optou-se por manter o termo outsider porque seu uso já se tornou consagrado nas ciências sociais" (2008, p. 15).

[34] Sobre isso, ver Machado e Boarini (2013, p. 592-593).

demandem qualquer preocupação, já que o uso não lhes causa problemas, a verdade é que também existem riscos no seu uso. Tais riscos são agravados num contexto como o brasileiro, pois a proibição dificulta que o usuário tenha acesso a informações seguras e precisas acerca das drogas, o que poderia lhe auxiliar a consumi-las com mais controle e menor risco. Por exemplo, uma falsa noção acerca da qualidade e concentração de uma substância pode causar uma overdose mesmo para o usuário mais cuidadoso, circunstância que poderia ser evitada se houvesse algum controle sobre a produção e distribuição da droga (WEIGERT, 2010, p. 87).

Claro que, ao apontar o âmbito restrito de aplicação da redução de danos, não pretendo diminuir as iniciativas voltadas para os usuários mais vulneráveis - que são aqueles adictos que correm risco de contrair doenças infecciosas. Também não se trata de um juízo de valor sobre a abordagem voltada para uns ser mais importante do que a voltada para outros, tampouco sobre estarem em pé de igualdade. O propósito do trabalho não é o de elencar os critérios para priorizar o desenvolvimento da redução de danos em um âmbito, em prejuízo dos outros. O que pretendo é apenas indicar que pela bibliografia da pesquisa existe um vácuo em relação a experiências de redução de danos para usuários não adictos que não possuem problemas derivados do uso de drogas[35] e que, conforme expus, constituem a maioria dos consumidores. A explicação para isso, provavelmente, é um juízo no sentido de que mais urgente voltar as atenções para esses comportamentos patológicos – sobre isso, não cabe a mim, na posição de pesquisador, concordar ou discordar – e uma consequência das dificuldades que a criminalização impõe para a efetivação dessa abordagem. De toda forma, observo que, como Hart alerta, esses comportamentos não constituem a totalidade dos casos – mas, em verdade, uma minoria – e existem poucas pesquisas que focalizam especificamente no outro lado (2014, p. 87).

[35] Ressalto mais uma vez que, apesar de não problemas derivados do uso de drogas, há sempre o *risco* de danos. Dirimir esses riscos é o objetivo da ideia de redução de danos

Como disse, essa redução de danos que é promovida por terceiros e destinada a usuários vulneráveis tem um âmbito de atuação restrito, pois a maioria dos usuários não são viciados e, diante disso, ficam à própria sorte. A situação se agrava quando se leva em conta que a criminalização do uso dificulta o acesso a conhecimento completo, preciso e de fácil acesso sobre as drogas, o que poderia contribuir para que o consumo tivesse mais controle e menor risco. A possibilidade de serem criminalizados afasta esses usuários do Estado e de instituições. Assim, o compartilhamento de informações entre os próprios consumidores acaba sendo um meio de obtenção de conhecimento que permite maximizar os benefícios e evitar os efeitos potencialmente perigosos ou perturbadores (BECKER, 1977, p. 191). Essa troca de experiência possibilita a adoção de práticas que diminuem os riscos de danos provenientes do uso de drogas. Tal proceder por parte dos usuários é indispensável num contexto proibicionista, considerando a ineficiência do Estado em promover políticas e programas de redução de danos amplas; e a dificuldade que a criminalização representa para esse tipo de abordagem. É isso que eu chamo de redução de danos clandestina: informações e conhecimentos que (1) derivam em práticas seguras, com o objetivo evitar efeitos danosos; e (2) são compartilhados dentro de um grupo dedicado a uma atividade clandestina (no caso, o uso de drogas), o que exige discrição.

Verifico que seria possível refletir separadamente sobre diversos pontos dessas duas ideias de redução de danos num contexto proibicionista que delineei. Em relação ao que chamei de redução de danos outsider, por exemplo, me parece que um questionamento é acerca dos problemas que podem ser gerados pelo fato de que os promotores e os destinatários da redução de danos pertencem a grupos sociais diferentes e, portanto, representam o mundo diferentemente (MOSCOVICI, 2015, p. 16). No mesmo sentido, sobre o que me referi como redução de danos clandestina, é possível a verticalização na questão para investigar como se dá o processo de compartilhamento de informações redutoras de danos entre os usuários e como eles representam as práticas derivadas delas. Essas questões não fizeram parte do objeto

deste trabalho – até porque, ao que me parece, esses temas exigiriam uma pesquisa empírica. Assim, o processo de pesquisa acabou servindo também para despertar mais questionamentos, sendo essa uma abordagem de pesquisa possível para trabalhos futuros.

A partir de tudo que foi exposto, concluo que a revisão bibliográfica permitiu perceber que a redução de danos e a criminalização do uso de drogas coexiste "aos trancos e barrancos", sendo que a abordagem reducionista acaba ficando desprivilegiada. A redução de danos como estratégia de política pública e de assistência de terceiros para com o usuário fica preponderantemente restrita a indivíduos vulneráveis que fazem uso patológico de drogas e correm risco de contrair doenças infecciosas, o que chamei de redução de danos outsider. Para além disso, é possível ver a redução de danos se materializando dentro dos grupos de usuários, que compartilham informações e conhecimentos para maximizar os efeitos positivos e reduzir os potencialmente danosos. Todavia, dificilmente existe conhecimento completo, preciso e de fácil acesso num contexto em que o uso de tais substâncias é criminalizado e tem um caráter clandestino – por isso me referi a esse âmbito como redução de danos clandestina.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>. Acesso em 26 de abril de 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Introducción a la criminología de la droga**. Tradução de Maurício Martínez. Nuevo Foro Penal, Bogotá, n. 41, p. 329-347, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **Voto proferido oralmente em sessão de julgamento do RE nº 635.659/SP no dia 10/9/2015**. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=d6z2l4TClQg&t=15s>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

_____. **Anotações para o voto oral do RE nº635.659/SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revam, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. A juventude e a questão criminal no Brasil. *In:* MAGALHÃES, José Luiz Q. de; SALUM, Maria José G.; OLIVEIRA, Rodrigo T. (orgs.). **Mitos e Verdades sobre a Justiça Infanto-Juvenil Brasileira:** Por que somos contrários à redução da maioridade?. Brasília: ed. CFP, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1053773b21eb7cc6e5600f16cc 0663e4.pdf>. Acesso em 3 de junho de 2017.

BECKER, Howard Saul. **Becoming a marihuana user**. The University of Chicago Press: Chicago, EUA, 2015.

_____. **Truques da escrita**: como começar e terminar teses, livros e artigos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

_____. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Segredos e truques da pesquisa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. Consciência, poder e efeito da droga. *In:* **Uma teoria da ação coletiva**. Rio de Janeiro: Zahar, p. 181-204, 1977.

_____. History, Culture and Subjective Experience: An Exploration of the Social Bases of Drug-Induced Experiences. **Journal of Health and Social Behavior**, vol. 8, n. 3, pp. 163-176, set. 1967. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2948371>. Acesso em 11 de março de 2018.

BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Tráfico de Drogas e Constituição**. Ministério da Justiça, série Pensando o Direito, n. 1, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência:** por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. Concretude simbólica e descrição etnográfica (sobre a relação entre antropologia e filosofia). **Mana**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 409-435, dez. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132013000300001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. O ofício do antropólogo, ou como desvendar evidências simbólicas. **Série Antropologia**, vol. 413, Brasília: DAN/UnB, 2007. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/001DOCUMENTOS/Artigos%20e%20Textos/Artig o%20Luis%20R%20Oficio%20Antrop.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2017.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

COSTA, Ana Cláudia Lago; e FILHO, Roberto Freitas. **Direitos Humanos e mulas do tráfico internacional de drogas**: proposta de cooperação jurídica internacional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

DAMATTA, Roberto. **A casa & a rua**: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. 5ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DINIZ, Débora. **Cadeia**: relatos sobre mulheres. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

_____. **Carta de uma orientadora**: o primeiro projeto de pesquisa. 2ª ed. Brasília: LetrasLivres, 2013.

_____. **Conflitos morais e bioética**. Brasília: LetrasLivres, 2001.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 26ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.

ELIAS, Lucília de Almeida; e BASTOS, Francisco Inacio. Saúde pública, redução de danos e a prevenção das infecções de transmissão sexual e sanguínea: revisão dos principais conceitos e sua implementação no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 12, p. 4721-4730, dez. 2011. Disponível em <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011001300021&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 25 de setembro 2017.

ENGELMANN, Fabiano; e CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. **Revista de**

Sociologia e Política, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 57-72, março de 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 de novembro de 2017

FACHIN, Edson. **Voto-vista proferido oralmente em sessão de julgamento do RE nº 635.659/SP no dia 10/9/2015**. Registro audiovisual disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=d6z2l4TClQg&t=15s>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

_____. **Anotações para o voto oral do RE nº 635.659/SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

FIORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 92, p. 9-21, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 de março de 2018.

GAUER, Ruth Ma. Chittó. Uma Leitura Antropológica do Uso de Drogas. In: **Drogas: abordagem interdisciplinar**. Fascículos de Ciências Penais (03). Porto Alegre: Fabris, 1990.

HART, Carl. People Are Dying Because of Ignorance, not Because of Opioids. **Scientific American: Public Health**. November, 2017. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/people-are-dying-because-of-ignorance-not-because-of-opioids/>. Acesso em 26 de março de 2018.

_____. Empty slogans, real problems. **SUR 21**: international journal on human rights. v. 12, n. 21, ago. 2015. Disponível em: <http://sur.conectas.org/en/empty-slogans-real-problems/>. Acesso em 27 de março de 2018.

_____. **Um preço muito alto:** a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HOTEL Laide. Direção: Débora Diniz. Produção: Luciana Brito; e Sinara Gumieri. São Paulo: Itinerante Filmes, 2017. 23 min, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=05ZEhEElNwY>. Acesso em 14 de junho de 2017.

JUSTIÇA. Direção: Mariana Ramos. Produção: Luis Vidal; Niek Koppen; Jan de Ruiter; e Renée Van Der Grinten. São Paulo: Limite Produções, Selfmade Films e NPS, 2004. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=qUWZHNWcj7U>. Acesso em 5 de abril de 2018.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 13ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2017.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Introdução à obra de Marcel Mauss. In: **Sociologia antropologia**. São Paulo: Cosac Naify. p. 11-46, 2003.

LINS, Emmanuela Vilar. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. *In:* NERY FILHO, Antônio, *et al.* orgs. **Toxicomanias:** incidências clínicas e socioantropológicas. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009, p. 243-267. Drogas: clínica e cultura collection. ISBN 978-85-232-0882-0. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>. Acesso em 4 de junho de 2017.

MACHADO, Letícia Vier; e BOARINI, Maria Lúcia. Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 33, n. 3, p. 580-595, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 de março de 2018.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

_____.**Sexo e repressão na sociedade selvagem**. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

MENDES, Gilmar. **Voto proferido oralmente em sessão de julgamento do RE nº 635.659/SP no dia 20/8/2015**. Registro audiovisual disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H9AaWI6JyEo>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

MENDES, Gilmar. **Voto em elaboração do RE nº 635.659/SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

MOSCOVICI, Serge. **Representações Sociais**: Investigações em psicologia social. 11ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PASSOS, Eduardo Henrique; e SOUZA, Tadeu Paula. Redução de danos e saúde pública: construções alternativas à política global de "guerra às drogas". **Psicologia Sociedade**, Florianópolis, v. 23, n. 1, p. 154-162, abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822011000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 de março de 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Redução de Danos:** prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico e militarização nas Américas: vício de guerra. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 1, p. 9-41, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292012000100001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de março de 2018.

ROSA, Marinês da. Mulheres na máquina do abandono: a escuta de Debora Diniz num presídio feminino. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 26, n. 1, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2018000100800&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 de março de 2018.

RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas**. 2ª edição. Florianópolis: Departamento De Ciências da Administração/UFSC, 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/11259556/Politicas_Publicas_-_Maria_das_Gra%C3%A7as_Rua>. Acesso em 18 de novembro de 2017

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Radical. 3ª edição. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Vilmar Ezequiel dos; SOARES, Cássia Baldini; CAMPOS, Célia Maria Sivalli. Redução de danos: análise das concepções que orientam as práticas no Brasil. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 995-1015, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000300016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 25 setembro 2017.

SEM pena. Direção e produção: Eugenio Puppo. São Paulo: Heco Produções, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ&t=20s>. Acesso em 5 de abril de 2018.

SILVA, Martinho Braga e; DELDUQUE, Maria Célia. Patologização e penalização do uso de drogas: uma análise socioantropológica de proposições legislativas (2007-2010). **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 231-250, mar. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312015000100231&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 7 de junho de 2017.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 de novembro de 2017

SZAFIR, Alexandra Lebelson. **descasos:** uma advogada às voltas com o direito dos excluídos. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA MENDES, Regina. Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, ano 4, n. 13, p. 81-98, 2004.

VARGAS, Eduardo Viana. Uso de drogas: a alter-ação como evento. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 49, n. 2, p. 581-623, dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 8 de março de 2018.

WEIGERT, Mariana de Assim Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal**: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

RELATÓRIOS, LEGISLAÇÕES E JURISPRUDÊNCIAS CONSULTADAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 635.659 / SP**. Tribunal Pleno. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator atual Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em 23 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 4.274 DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimados: Presidência da República; e Senado Federal. *Amicus curiae*: Associação Brasileira

de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 23 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4274&cl asse=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 11 de março de 2018.

BRASIL. **Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspublicas.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 430.105 QO / RJ**. 1ª Turma. Recorrente: Ministério Público do estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro; e 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=430105& classe=RE-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 11 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 21 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em 4 de junho de 2017.

BRASIL. **Portaria nº 344/SVS/MS, de 12 de maio de 1998**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em 23 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em 4 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 385, de 26 de **dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>. Acesso em: 4 de junho de 2017

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 4 de junho de 2017.

Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. *In*: BRASIL. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em 27 de abril de 2017.

Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. *In*: BRASIL. **Decreto nº 79.288, de 14 de março de 1977**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 29 de maio de 2017.

Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961. *In*: BRASIL. **Decreto nº 54.216, de agosto de 1964**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 29 de maio de 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**, junho de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 21 de março de 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**, dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>. Acesso em 21 de março de 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**, junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 21 de março de 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da Violência**, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atla s_da_violencia_2016_finalizado.pdf> Acesso em 27 de abril de 2017.

INSTITUTO SANGARI. **Mapa da violência:** Os Novos Padrões da Violência Homicida no Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf> Acesso em 27 de abril de 2017.

Política Nacional Sobre o Álcool. *In*: BRASIL. **Decreto nº 6.117, de 22 de maio de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6117.htm>. Acesso em 21 de março de 2018.

Política Nacional Sobre Drogas. *In:* BRASIL. Gabinete de Segurança Institucional. Conselho Nacional Antidrogas. (2005). **Resolução nº3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspublicas.pdf>. Acesso em 21 de março de 2018.

Política Nacional Antidrogas. *In:* BRASIL. **Decreto nº4.345, de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4345.htm>. Acesso em 11 de março de 2018.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. World Drug Report 2017. United Nations Publication, Sales No. E.17.XI.6. Disponível em: <https://www.unodc.org/wdr2017/field/Booklet_1_EXSUM.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2018.

_____. **Outcome document of the 2016 United Nations General Assembly Special Session on the World Drug Problem:** our joint commitment to effectively addressing and countering the world drug problem. United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna, junho de 2016. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/postungass2016//outcome/V1603301-E.pdf>. Acesso em 3 de junho de 2017.

UNITED NATIONS. **Report of the fifty-second session of the Commission on Narcotic Drugs (14 march 2008 and 11-20 march 2009)**. Economic and Social Council, Official Records, 2009. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/825/56/PDF/V0982556.pdf?OpenElement>. Acesso em 29 de maio de 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global status report on alcohol and health -2014**. WHO Press, 2014. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112736/1/9789240692763_eng.pdf?ua=1>. Acesso em 12 de junho de 2017

Ciências Criminais

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA: DIREITO PENAL DA LOUCURA

Wanderson Rodrigues Fernandes Almeida

RESUMO

As medidas de segurança, são resposta penal as condutas ilícitas típicas, aplicadas aos inimputáveis, desta forma, ao doente mental é aplicada medida de segurança e não pena em sentido estrito. As medidas terapêuticas criminais têm atualmente condão de prevenir que aquele acometido por doença mental venha a praticar fato tido como crime, com este trabalho busca-se analisar as medidas de segurança, a sua aplicabilidade, com ideia nuclear em qual a medida de segurança adequada de caráter curativo a ser imputada ao agente, dissociando-se daí do modelo de imputação meramente preventivo. Busca-se perquirir o tratamento terapêutico curativo, uma vez que, a cura do agente é o fim buscado com as medidas aplicadas, assim entendido e defendido com este trabalho.

Palavras-chaves: Medidas de Segurança; Direito Penal; Lei de Reforma Psiquiátrica; Periculosidade; Transtorno Mentais; Inimputáveis.

1 INTRODUÇÃO

As medidas de segurança são "sanções penais" impostas pelo Estado, ao agente de fato típico e ilícito criminal considerado inimputável ou, semi-imputável. Essas medidas se fundamentam na periculosidade do agente, e visam à cessação da periculosidade deste.[1]

O caráter dessas medidas é puramente preventivo, agindo exclusivamente sobre o agente, impedindo-o, (pelo menos em tese), que esse volte a delinquir, tem

[1] FEITOSA, Isabela Brito, A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5982. Disponível em: 22/07/2017

como escopo, a prevenção geral especial, visando garantir que o indivíduo possa ter condições, depois de cessada sua periculosidade, de conviver em sociedade.[2]

O tema é de relevante valor social, pois torna-se irrefutável a importância desse instituto para o ordenamento jurídico atual, haja vista sua aplicabilidade ao inimputável e a finalidade das medidas que aqui abordaremos.

Notadamente, as medidas de segurança carecem de estudos científicos aprimorados que visem fomentar o debate a cerca do tema, no sentido de se achar uma alternativa menos gravosas a aquele incapaz de entender o caráter ilícito do fato (inimputáveis e semi-inimputáveis).

O grande questionamento acerca das medidas de segurança, é a forma como são aplicadas, como é feita a escolha da medida de segurança adequada, e se realmente elas chegam a sua finalidade, bem como a gravidade de sua aplicabilidade ao inimputável.

O caráter preventivo será posto a prova durante todo esse trabalho, onde o foco será apontar a ilegalidade das medidas de segurança hoje, e suas causas, tomando como ideia nuclear o caráter meramente preventivo das medidas.

O problema apresentado durante todo esse trabalho será abordado com base nas hipóteses que tornam as medidas totalmente contrarias ao ordenamento jurídico, pois notadamente, não é o caráter curativo das medidas que é levado em conta, e sim, a prevenção a eventuais reincidências. Ora se não é seu caráter curativo o objetivo, logo o sujeito não terá tratamento apropriado aos fins de tais medidas, qual seja cessação da periculosidade.

Desta forma, procurou-se no primeiro capítulo conceituar o que é sanção penal, sendo essa, ferramenta utilizada pelo Estado para exercitar o seu *jus puniendi*, suas espécies e princípios limitadores desse poder de punir, tendo como foco as garantias limitadoras atinentes a sanção penal medida de segurança.

[2] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. p. 6.

No capítulo seguinte tratou-se especificamente da resposta penal ao agente inimputável, qual seja, as medidas de segurança, procurando para isso sua conceituação, pressupostos para sua aplicação, caráter das medidas de segurança, distinções entre essas e a pena (*stricto senso)*, finalidade de tais medidas de segurança e suas espécies.

No último capítulo deste trabalho, tenta-se desconstruir a forma de aplicação das medidas de segurança como são aplicadas hoje, para isso utilizou-se de uma breve introdução a Lei de reforma psiquiátrica, trazendo nesse momento a discussão quanto a forma que deveriam ser aplicadas, bem como a possibilidade de desinternação progressiva e progressão das medidas de segurança introduzidas com a lei antimanicomial, finaliza-se o capítulo com a crítica a forma de escolha objetiva aos crimes apenados à titulo de reclusão, qual seja internação.
Por fim conclui-se o trabalho criticando a forma de escolha das medidas de segurança, salientando-se a forma cruel como estas são aplicadas hoje devido sua classificação errônea, pois, como se verá, não é nos dias de hoje seu tratamento curativo a finalidade, e sim a prevenção de novos crimes.

2 SANÇÃO PENAL

Sabe-se que a sanção penal (gênero) é consequência jurídico penal do crime, tendo como espécies a pena (*stricto senso*) e as medidas de segurança, sendo a primeira a resposta estatal ao desviante imputável que comete algum delito, porquanto a segunda é aplicada aos inimputáveis. Naturalmente a sanção penal deve ter incidência somente quando houver uma sentença penal condenatória, por esse motivo não é possível aplica-la por meio de prisões provisórias.[3]

O presente capítulo pretende ser uma introdução a este tema sempre atual, procurando apontar qual a resposta penal ao agente que comete o ilícito criminal, suas espécies e, limitações ao poder de punir do Estado.

[3] QUEIROZ, Paulo, Curso de direito penal: parte geral. Ed. Jus Podivm, 9 Ed. 2013. p. 413.

2.1 O *Jus puniendi* do Estado

Caracteriza-se pela prerrogativa que tem o Estado em punir o indivíduo transgressor de uma norma, ou seja, ao Estado é dado exclusivamente o poder de aplicar ao indivíduo a sanção penal, isto é dizer que somente é admissível a aplicação do direito penal se exercitado pelo poder púbico.[4]

Vale dizer que a prerrogativa estatal de punir nasce com sua função de caráter obrigatório, imperativo, inafastável de conforme o ordenamento jurídico, aplicar a sanção penal coercitiva em resposta ao mal causado a um bem jurídico de outrem. Em melhores dizeres é sinalizar, portanto, que a sanção penal é a resposta a uma conduta, omissiva ou comissiva, tipificada penalmente.[5]

Contudo, deve se atentar o poder público a apenas intervir no que é necessário, desta forma, a aplicação do ramo penal só deverá ter incidência na esfera particular quando todos os outros ramos do direito falharem, em homenagem ao princípio da intervenção mínima (ou subsidiariedade). A legislação penal é em verdade mecanismo estatal de controle social, que, comina a aquele "desviante" a sanção penal, sendo esse gênero, que tem como espécies pena ou medidas de segurança como se verá adiante.[6]

A sanção penal é portanto a resposta a uma conduta omissiva ou comissiva tipificada penalmente, que tem por escopo não tão somente reprimir e retribuir o mal causado injustamente, mas também prevenir a pratica de novas infrações penais. Cesar Dario Mariano da Silva explica: “A sanção é resposta estatal à pratica delitiva que visa além de reprimir aquele que praticou um delito, a prevenir a ocorrência de novas infrações penais”.

---

[4] GOUVÊA, Claudiane Rosa, Curso: Medidas de Segurança, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE_GOUVEA.pdf, pg 5. (disponível em 14/07/2017)

[5] Idem, pg 6.

[6] GOUVÊA, Claudiane Rosa, Curso: Medidas de Segurança, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE_GOUVEA.pdf, pg 7. (disponível em 14/07/2017).

2.2 Pena x medidas de segurança

Já visto que o direito penal responde as condutas delitivas por meio das sanções penais (gênero), ao qual tem como espécie pena e medidas de segurança.

As penas são em regra a resposta penal por excelência, sendo pressupostos para sua aplicação o cometimento de fato típico-ilícito, por agente culpável, ou seja, imputável penalmente. Desta forma, faz-se necessário destacar os caracteres da pena, quais sejam:[7]

> A pena é preventiva, pois tem por finalidade evitar a prática de novas infrações penais, tem-se daí a ideia de prevenção geral ou especial, geral porque tem por escopo intimidar os demais membros da sociedade a não praticarem o ilícito; especial, pois age sobre o agente, retirando-o de circulação segregando-o e colocando-o num sistema carcerário, como forma de retribuição ao injusto praticado.[8]

É também aflitiva, sendo o indivíduo privado de sua liberdade, levada a cabo pelo Estado, respeitado o devido processo legal.[9]

Por fim retributiva, pois visa retribuir a lesão causada por um ilícito típico praticado pelo agente, é em primeiro plano a resposta estatal ao mal causado a um bem jurídico tutelado.[10]

2.3 Garantias constitucionais penais limitadoras do *jus puniendi*

Faz-se necessário nesta assentada abordar algumas garantias constitucionais inerentes ao jus puniendi estatal, haja vista que o direito de punir encontra limites constitucionais, infraconstitucionais e até no direito externo que influência o ordenamento jurídico vigente, esta abordagem é de suma importância para o que se defende aqui, pois, ao Estado foi dada a legitimidade de punir o indivíduo

[7] Ibidem, pg 8.
[8] Ibidem.
[9] Ibidem, pg. 9.
[10] Ibidem pg. 10.

transgressor da norma penal, o que o faz por meio do direito penal, respeitando todas as garantias a este inerente.

O direito penal, assim como todos os outros ramos do direito, é regido pela observância de tais garantias, que servem de orientações ao poder punitivo estatal, ao qual, em última análise, só será perfeitamente aceitável se observado os limitadores constitucionais impostos a este.

Depreende-se daí, que o direito penal não é um fim em si mesmo, devendo, para sua aplicabilidade, respeitar os princípios e garantias previstos na Magna Carta, mormente, porque não há direito de punir absolutamente ilimitado. Os órgãos estatais, aqueles dotados da prerrogativa de aplicar a norma penal, devem seguir tais orientações e ao fim de todo o procedimento, respeitado os limitadores, por fim, aplicar as sanções penais cabíveis a cada caso.

Os princípios orientadores do direito, precipuamente aqueles que regem as normas penais, têm por finalidade garantir ao sujeito que sofre a persecução penal, a observância de seus direitos enquanto sujeito de direito, não somente isso visa também permitir que este se utilize de todos os meios para não ver sua liberdade usurpada arbitrariamente pelo poder público, que o fará respeitando todas as diretrizes basilares do direito penal.[11]

A intervenção penal estatal nas liberdades individuais deverá pautar-se ao respeito aos direitos fundamentais do cidadão, direitos que recebem diversas nomenclaturas pela doutrina, podendo destacar alguns citados por Cezar Roberto Bitencourt:[12]

> "Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito"

[11] CARVALHO, Salo de, Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: *fundamentos e aplicação judicial*. 2013, editora Saraiva. Pg 39.
[12] BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003, pg. 49.

Pode-se encontrar os princípios norteadores do direito penal em diversos textos normativos espalhados na imensa legislação, não somente penal, brasileira, já sendo possível encontrar alguns deles já no preâmbulo da nossa CF/88, ali proclamados princípios como a liberdade, igualdade e justiça, que servem como base interpretativa, orientadoras das diretrizes políticas, ideológicas, filosóficas e também ideológicas da constituição, para todo o sistema normativo nacional[13].

Cinco são os princípios básicos do Direito Penal para Nilo Batista[14], a saber: Intervenção mínima, lesividade, legalidade (ou intervenção legalizada, ou reserva legal), culpabilidade e humanidade.

Márcia Dometila Lima de Carvalho destaca a luz constitucional os princípios básicos como sendo os princípios da legalidade e da culpabilidade.[15] Já na ótica de René Ariel Dotti, tem-se como princípios basilares constitucionais do direito penal tais como: Legalidade dos ilícitos e das sanções, Intervenção mínima, irretroatividade da lei mais gravosa, retroatividade da lei mais benéfica, intervenção legalizada, personalidade e individualização das sanções, retribuição proporcionada, responsabilidade em função da culpa e humanidade das sanções.[16]

Todos extremamente importantes ao direito penal, no entanto, analisar-se-á àqueles mais relevantes quanto à aplicabilidade das medidas de segurança, sendo eles: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Legalidade, Princípio da Intervenção Mínima, Princípio da Igualdade, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Judicialidade e Princípio da ofensividade lesiva.

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003, pg. 49.
[14] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: revan, 1990. Pg. 64 – 105.
[15] CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. Pg. 53 – 74.
[16] DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do Direito Penal Democrático; Reforma penal brasileira, Rio de Janeiro: Forense, 1988. Pg. 350 – 358.

2.3.1 Limites e princípios aplicáveis às medidas de segurança.

Na aplicação da medida de segurança deve se observar os mesmos princípios e garantias constitucionais que fundamentam a aplicação da pena. Os mais importantes para a aplicação da medida de segurança: o princípio da legalidade, da intervenção mínima, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da legalidade, inscrito no art. 2º do Código Penal e art 5º. inc, XXXIX da Constituição Federal de 1988, limita rigidamente o *jus puniendi* estatal, isto evita que o juiz por seu arbítrio imponha medidas não expressamente previstas em lei.[17]

Em sentido semelhante, afirma Muñoz Conde:

"O princípio da legalidade é o principal limite imposto pelas exigências do Estado de Direito ao exercício da pretensão punitiva".[18]

O princípio da proporcionalidade encontra-se no art. 59 do Código Penal, que determina a fixação de uma pena base, que se mostre necessariamente suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Tal princípio tem por base a limitação do poder punitivo estatal, observe-se que este princípio busca corresponder uma pena condizente com o delito praticado, não sendo está tão branda que venha a estimular a vingança privada e nem tão dura que venha a ultrapassar o limite da culpabilidade do agente pelo fato.

O princípio da proporcionalidade nada mais é de que, uma correspondência entre a gravidade do delito praticado e a duração da medida de segurança, visa impedir que o poder punitivo seja utilizado em excesso. Contudo, diferentemente da pena a medida de segurança deve possuir caráter curativo, sendo assim, não deve ser imposta com base na gravidade do delito, mas sim, proporcionalmente ao tratamento terapêutico adequado, o que aqui se defende.

[17] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p.93.
[18] MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoria geral do delito. 1988, p.99.

O princípio da intervenção mínima aponta que o direito penal apenas deve atuar em *ultima ratio*, ou seja, que este seja utilizado somente quando estritamente necessário e que havendo meio capaz de dar solução ao caso concreto que ocasione menor intervenção penal, deve este ser utilizado.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve se observar em se tratando de medida de segurança, que os estabelecimentos onde estes delinquentes doentes forem tratados, tenham condições mínimas para tratamento. Bem como seja observada a salubridade, a segurança e os fins que se prestam tais estabelecimentos.

2.3.2 Princípios penais explícitos e implícitos

Os princípios norteadores do direito penal podem tanto estar previstos na Magna Carta, como noutros momentos podem derivar de construção social interpretativa e não estarem previsto na CF/88. Pode-se dizer assim que sub-existem os princípios constitucionais explícitos, ou seja, positivados e, princípios constitucionais implícitos, por sua vez não positivados, que não estão escritos no texto, mas dele podem ser diretamente deduzidos.[19]

As regras do ordenamento jurídico tem caráter inferior em comparação aos princípios, estes últimos devem ser observados para a edição de tais regras jurídicas, isso em todos os ramos do direito, uma vez que a semântica e o alcance daqueles são determinados por esses.

2.3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana rege que todas as sanções aplicadas pelo Estado devem ser executadas com o respeito máximo a dignidade do indivíduo enquanto pessoa, ou seja, com o grau máximo de humanidade, isto é dizer que toda sanção penal aplicada, levada a cabo pelo poder público, devem ter respeito

[19] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P.62.

a direito elementares do sujeito a quem é imposta tal sanção enquanto pessoa humana. Trata-se de princípio extremamente importante, se não o mais importante, sendo inclusive fundamento da CF/88.[20]

Logo em seu art. 1.º a Constituição Federal vigente, define a dignidade da pessoa humana como uma premissa irrenunciável, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.[21] Constitui esse princípio valor supremo que atrai todos os outros para si. Segundo Mazzuoli[22], "a dignidade da pessoa humana é da ordem normativa interna elevada como valor fundante"

Pode-se conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana como "referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais".[23] De acordo com esse princípio, a sanção penal desnecessária ou ilimitada não recairá a nenhum cidadão, devendo haver limitações temporais máximas quanto à sua punição[24].

Um Estado Democrático de Direito só é possível se respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, assim destaca Igor Luis Pereira e Silva[25] quando diz:

> "[...]não há Estado democrático de Direito sem respeito a dignidade ao ser humano. Daí a humanidade da pena passa a ser um elemento constitutivo do próprio Direito Penal. Já que sem ela este carece de racionalidade limitadora e se transforma em mera vingança pública".

Para ser imposta, a sanção penal necessita de condições humanitárias que deêm ao cumprimento de suas finalidades legais ou filosóficas potencialidade, isto é, em se tratando da sanção penal medida de segurança, segregar o inimputável em

[20] Ibidem, P.71.
[21] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 121.
[22] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*, 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 128.
[23] LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional* – A imposição dos princípios constitucionais penais. 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 32.
[24] FERRARI, Op. Cit. P. 22.
[25] SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. 1ª. Ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2012. p. 76.

casa de custódia e tratamento psiquiátrico que não ofereça a possibilidade mínima de recuperação de nada adiantaria. Para Ferrari[26] significa dizer:

> "O princípio da dignidade da pessoa humana exige que as autoridades administrativas confiram ao deliquente-doente condições mínimas a tratamento, destacando-se, essencialmente, salubridade no ambiente institucional, presença de profissionais habilitados laborando na instituição, progressividade terapêutica, individualização na execução da medida de segurança criminal e, especialmente, transmissão de valores essenciais à convivência em uma livre sociedade político-pluralista".

Num Estado Democrático de Direito, é vedada a criação, a aplicação ou a execução de pena ou qualquer outra medida que afronte a dignidade humana, a exemplo, o tratamento degradante ou desumano[27]. Nos modernos modelos jurídicos de Estado, precipuamente, aqueles num contexto democrático, a humanização das penas encontra forte aparato constitucional, com a vedação de penas de caráter perpétuo, penas corporais, pena de morte e das penas exemplificadoras[28].

A carta magna assegura aos presos (aqui deve-se entender presos de forma ampla, incluindo também os internados em cumprimento de medida de segurança, cuja liberdade foi tirada pelo próprio Estado), o respeito à integridade física e moral (art. 5. º, XLIX), proibindo a aplicação de pena de natureza cruel e degradante (art. 5. º, XLVII). Nesse diapasão, Guillermo Yacobucci[29] diz: "a própria dignidade do homem determina a existência do princípio pelo qual ninguém pode legalmente consentir que se lhe aflija um sério dano corporal"

Ademais, constitui-se o Princípio da Dignidade Humana, como principio limitador do próprio poder punitivo do Estado, ficando desta forma obstado de aplicar sanções que lesionem a constituição físico-psíquica dos

[26] FERRARI, Op. Cit. P. 123.
[27] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 71.
[28] Ibidem. P. 72.
[29] YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de lós princípios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 215.

infratores/internados.[30] Conclui-se assim, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter por finalidade o atentado contra a incolumidade da pessoa como ser social, aqui estendendo o entendimento de pena privativa de liberdade também a internação do inimputável, uma vez que também tem sua liberdade retirada.

Concluindo, em se tratando do princípio de dignidade da pessoa humana, não importa se trata-se de pena ou medida de segurança, certo é, que ambas devem ser executadas respeitando tal princípio, nos termos do art. 1. º da CF, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

2.3.4 Princípio da legalidade

Visto que o ordenamento jurídico pátrio é norteado pelo Princípio da Dignidade da pessoa humana, torna-se pertinente então, analisar os demais princípios constitucionais penais com enfoque nas medidas de segurança, tema central desse trabalho.

O princípio da legalidade aqui abordado constitui uma limitação efetiva ao jus puniendi estatal, trata-se de princípio fundamental ao direito penal. Também conhecido como princípio da reserva legal art. 1. º do CP, pode-se dizer que, por este princípio a elaboração de normas incriminadoras é exclusivamente dada por lei. Portanto, para que a sanção criminal seja aplicada, é imprescindível prévia previsão legal, nas palavras de Andrade[31]

> "Assim, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que, antes da ocorrência desse fato, exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente".

Entende-se, pois, que o princípio da legalidade está dentre os princípios basilares à aplicação da medida de segurança criminal, estando presente tanto em sua concepção formal como em sua concepção material. Quanto ao aspecto formal,

[30] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p 122.
[31] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 64.

determina que para que alguém seja submetido à medida de segurança criminal faz-se necessário anterior previsão legal. Nesse sentido contempla Reale:[32]

> "Elege a lei a fonte primária e indispensável para a imposição da medida de segurança criminal, constituindo imprescindível, para sua existência jurídica, a presença formal do procedimento legislativo bicameral".

Espécie de sanção, a medida de segurança criminal priva e restringe bens jurídicos individuais, constitui essa, imperiosa observância ao princípio da legalidade, impondo ao juiz que, apenas, aplique as medidas de segurança previstas no ordenamento jurídico, impossibilitando-o que aplique medida diversa daquelas previstas formalmente.

É necessário entender aqui, que toda norma penal incriminadora necessariamente deverá ser composta de preceitos primário e secundário. O preceito primário é constituído pela descrição da conduta proibida e, o secundário pela consequência jurídica em resposta ao descumprimento à conduta não permitida. A clareza tanto da descrição da conduta como da consequência jurídica é obrigatória, devendo também ser determinadas e definidas previamente, não podendo a sanção penal, ser indefinida temporalmente.[33]

É, portanto, com base nesse princípio e em todos os demais que se verá nesse trabalho, inconcebível a aplicação de medida de segurança de caráter meramente preventivo.

2.3.5 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima coloca limites ao arbítrio judicial, proscrevendo que o Estado deve apenas intervir no que necessário, se abstendo de intervir na vida do particular por motivos irrelevantes, mas não obsta que o Estado

[32] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p 92.
[33] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 93.

crie tipos penais injustos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, é necessário limitar ou, se possível, proscrever o arbítrio do legislador quanto ao conteúdo das normas penais incriminadoras[34].

Procura-se com esse princípio, como premissa, restringir o mínimo possível os direitos dos cidadãos, a fim de se conseguir o máximo possível de liberdade[35]. É, portanto, admitida somente quando estritamente necessária a intervenção penal, isso porque, ao direito penal só se pode socorrer quando os demais campos do direito não forem suficientes.

A tipificação e a punição, de acordo com o princípio da intervenção mínima, não exigem apenas a existência formal do delito, deve haver concomitantemente a material ou substancial. Diz-se então, que a interferência penal pauta-se a restringir condutas que inflijam valores ou interesses efetivamente relevantes socialmente, devendo sempre ser respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana.[36]

Conhecido também pela nomenclatura de *ultima ratio*, cuida esse princípio de limitar o poder incriminador do Estado, portanto, só é legitimo a criminalização de determinada conduta se essa contituir-se meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico relevante. Isto é, se por outro ramo do direito for possível a tutela de determinado bem jurídico, a criminalização faz-se desnecessária, sendo assim inadequada e não recomendável, por exemplo, se para a tutela de um bem jurídico violado, forem suficientes medidas administrativas ou civis, serão essas a serem utilizadas e não as penais.[37]

[34] BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003, p. 53.
[35] FERRARI, Op. Cit. pg. 107.
[36] Ibidem, pg.108.
[37] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 111.

Por se tratar de ramo do direito mais austero, o direito penal somente deverá atuar como *ultima ratio leges* do ordenamento jurídico, uma vez que impõe ao indivíduo desviante, rígidas e invasivas penalidades.[38]

Em se tratando de pena e medidas de segurança, essas somente serão utilizadas se mostrarem-se necessárias e adequadas para reparar o injusto penal e, deverão ter incidência até o limite que se mostrem necessárias sob pena de ferir o princípio da intervenção mínima.

Denota-se daí que , a sanção penal somente terá incidência e só se justificará se possível o alcance de seus fins, portanto, a medida de segurança criminal apenas será aplicável quando o tratamento for necessário, pois, não se justifica tal imposição se o indivíduo já tenha se recuperado[39]. No entanto, verificando-se que o cidadão ainda não se recuperou contínuo será seu tratamento, porém, como o entabulado em recente súmula do Egrégio STJ de nº: 527, limitado temporalmente será, pois não se admite no ordenamento jurídico pátrio penas indeterminadas como visto anteriormente.

Deverá o magistrado, ao analisar o caso em concreto verificar a medida de segurança mais adequada ao seus fins, ou seja, devendo optar por àquela que se mostrar efetiva e menos onerosa a liberdade do cidadão, configurando-se assim esse princípio também como princípio judicial.[40]

Deve-se adotar tal princípio na busca do instrumento mais adequado e menos oneroso ao cidadão quando da incidência da sanção penal, devendo ser apurado qual mecanismo penal mais apto à tutela requerida, havendo que se preferir o meio adequadamente necessário e efetivo ao caso.

Ademais, a medida de segurança somente deverá ter incidência quando minimamente eficaz, pois, se politico-criminalmente inoperante será dispensável,

[38] FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios Constitucionais Penais.* 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137.
[39] FERRARI, Op. Cit. pg. 110.
[40] Ibidem, p. 111.

desnecessária, não havendo que se falar em sua incidência, pautando-se sua escolha na medida curativa mais adequada.

2.3.6 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade está previsto no art. 5. º. da Constituição Federal, determina que todos são iguais perante as leis. isto é, confere tratamento isonômico a todos a quem as leis se aplicam.[41]

Quando fala-se de Princípio da Igualdade, deve-se ter em mente, que há igualdade formal e a igualdade material, a primeira nada mais é que a igualdade de todos perante a lei, enquanto a segunda consiste na imposição de regras que proíbem a distinção de certos fatores, a igualdade material busca a igualização daqueles menos favorecidos, na medida de suas desigualdades.

Tal princípio, contemplado na CF/88 em seu art. 5º, destaca a igualdade de todos perante a lei, vedando distinções de qualquer natureza. No entanto, é flagrante o desrespeito à esse princípio quando o tema confere ao inimputável e ao semi-imputável (que necessita de tratamento), tratamento desigual em relação ao imputável e semi-imputável (que não necessita de tratamento curativo), sendo muitas vezes a sanção medida de segurança até mais gravosa que a própria pena, que em regra é a resposta penal, por excelência aos delitos.

Para ilustrar o desrespeito ao princípio ora analisado, pode-se exemplificar da seguinte forma: Digamos que Caio (imputável) e Tício (inimputável), cometeram o crime de roubo, ou outro qualquer punível com reclusão, após o devido processo legal Caio é condenado a pena determinada e limitada temporalmente, já Tício será internado em hospital de custódia, já que inimputável, no entanto, a sanção penal sobre Tício se dará por tempo também determinado, no entanto, para aplicação da medida de segurança será observado a principio caráter objetivo da pena, ou seja, se esta é punível com detenção ou reclusão. Com isso, o paciente sofrerá este

[41] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P.68.

intervenção penal, em razão do tipo de pena cominada e não em razão da sua condição mental, o que na maioria das vezes mostra-se ineficaz, desnecessária e muito mais gravosa de que a pena.

Os infratores-doentes mentais não podem sofrer tratamento mais severo se comparados aos imputáveis, isto é dizer, não pode a doença mental servir como fundamento à discriminação.[42]

Um exemplo da consagração do princípio da igualdade é o princípio da individualização da pena, que trata de encontrar as claras diferenciações existentes entre os delitos e os sujeitos que o cometem, conferindo a estes um quantum de pena adequado a ser cumprida.

A sanção penal, especialmente as medidas de segurança, é imposta com base nesse princípio, uma vez que ao inimputável, não se pode impor pena *strictu sensu*, e sim medidas de segurança de caráter curativo (o que se defende com o presente trabalho), pois, uma vez que o agente desviante possuía transtorno mental completo, não existe a possibilidade de se aplicar a pena pois baseasse na culpabilidade do agente, da mesma forma, incabível seria, inserir um inimputável um imputável no mesmo estabelecimento prisional, recebendo o mesmo tratamento.[43]

Concluindo, ao inimputável, portanto, acaba sobrevindo intervenção penal discriminatórias, uma vez que pode receber tratamento por tempo mais longo do que ao imputável, ainda que cometa crime menos grave e, permanecer cerceado de sua liberdade por mais tempo de que o agente capaz e culpável que cometeu crime mais grave.

[42] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 125.
[43] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 69.

2.3.7 Princípio da proporcionalidade

Trata-se de se observar o tratamento dispensado pelo interprete da norma, em relação ao agente delituoso, de acordo com a conduta praticada, levando em consideração suas características pessoais, devendo agir de forma adequada, necessária e proporcional.

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como proibição do excesso, destaca que a lei somente pode cominar penas estritamente necessárias, faz-se necessário caso a caso, ponderar a intervenção penal aplicável ao sujeito que comete determinado delito. Ademais, não pode o magistrado impor sanções penais desnecessárias e extremamente excessivas, do mesmo modo, lhe é vedado aplicar penas brandas a crimes graves, é dizer por fim, que a pena cominada por determinação legal a determinada infração penal, deverá observar sua adequação, necessidade e proporcionalidade.[44]

Tratando-se de medidas de segurança, o princípio em analise, tem por objetivo impedir que a medida de segurança imposta se mostre meio desproporcionalmente grave da sanção penal. Saliente-se que o princípio deve estar presente não somente na aplicação de qualquer sanção penal, mas, também, na execução das mesmas.[45]

Cabe aqui analisar a proporcionalidade com enfoque nas medidas de segurança, que tem por finalidade garantir um limite proporcional entre a medida e o delito, o que não pode ser extrapolado, sob pena de se transgredir o princípio da proporcionalidade, bem como o tratamento curativo adequado.

No direito penal, dito que determinada sanção penal é proporcional, se essa necessariamente mostra-se justa e, uma vez que a retribuição estatal deve guardar

[44] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 100.
[45] Ibidem, pg. 104.

certa proporção, nunca sendo mais grave, nunca sendo menos branda em correspondência ao delito praticado.

Em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade impede a aplicação de medidas terapêuticas criminais, desproporcionais ao ilícito-típico praticado e à periculosidade do agente, proibindo-se a carga desigual, desajustada e excessiva.[46]

Comunga-se com o entendimento de Ferrari[47] quando diz:

> "[...] tanto o princípio da culpabilidade para a pena como o princípio da proporcionalidade *stricto senso* para a medida de segurança limitam o poder sancionatório do Estado, a restringir a intervenção das sanções na liberdade do cidadão, admitindo a incidência da medida terapêutica apenas quando absolutamente imprescindível à proteção de bens jurídicos". Ressalvamos aqui, somente a limitação temporal quanto a essa intervenção, que em suma também decorre do princípio da proporcionalidade.

Se na medida de segurança, seu caráter é preventivo e curativo, ou seja, se pretende prevenir a reincidência do agente considerado apto de tornar a praticar infrações penais e, se tem por finalidade a cessação da periculosidade, levando-se em conta o tratamento terapêutico adequado, nem sempre a medida será proporcional ao delito, uma vez que o sujeito pode ter praticado crime menos grave e sofrer medida de segurança mais gravosa, a depender da necessidade de tratamento ou de internação nos casos dos inimputáveis, ao qual ao juiz é licito verificando-se a necessidade, imputar sanção penal (medida de segurança) necessária ao tratamento curativo.

Porém, a proporcionalidade deve ser observada quanto a duração da medida de segurança, jamais devendo exceder o máximo da pena em abstrato cominada ao delito, uma vez que, mesmo com a não cessação da periculosidade, manter o indivíduo em cárcere por toda a vida, seria claramente desproporcional, desprovida de razoabilidade qualquer sanção nesse sentido. Como já visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro não permite penas perpétuas, discriminatórias e

[46] Ibidem, pg. 104.
[47] Ibidem, pg. 105.

cruéis, devendo as sanções serem determinadas e terem limite temporal pré-fixado. Conforme Ferrari:[48]

> "O princípio constitui uma característica de um Estado Social e Democrático de Direito, devendo a cominação e a aplicação da medida de segurança criminal serem proporcionada à gravidade do ilícito questionando-se a ilimitada perpetuidade temporal, vez que, configurada como qualquer outra sanção criminal, ofende e atinge de modo categórico a dignidade do cidadão, a violar o art. 1. º da nossa Constituição Federal".

Para Haroldo da Costa Andrade:[49]

> "Em verdade, trata-se de um limite máximo que não pode ser de modo algum, ultrapassado, ainda que a medida de segurança, durante o tempo em que foi executada, não tenha logrado recuperar e curar o criminoso". Entendimento que defendemos com a presente tese de monografia, ora, não se pode aceitar que o inimputável venha a sofrer a sanção penal desproporcional, ilimitada e desnecessária, se o Estado deseja prevenir a reincidência do inimputável, deverá fazê-lo de forma menos gravosa, aplicando recursos em políticas públicas para esse fim, como veremos em capitulo mais a frente.(...)

Com isso foi editada súmula de número 527 do Superior Tribunal de Justiça, onde determinou o quantum máximo de duração de tais medidas, grande avanço para o direito penal brasileiro, *in verbis*:

> Súmula 527-STJ: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.
>
> STJ. 3ª Seção. Aprovada em 13/05/2015.

2.3.8 Princípio da judicialidade

O princípio da judicialidade ou também conhecido como princípio da jurisdicionalidade aponta que a medida de segurança somente poderá ser aplicada por decisão judicial, vez que, por se tratar de sanção penal, qualquer que seja a

[48] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 101.
[49] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 67.

espécie de medida de segurança, para sua aplicação, imprescindível será a determinação da autoridade judiciária.[50]

Em suma, para que o Estado exerça a prerrogativa do poder punitivo por meio dos seus órgãos públicos, necessário será a confirmação da sentença penal coativa a liberdade do doente mental, mormente, porque, não se pode admitir a incidência de medida de segurança criminal, se não determinada por autoridade judiciária competente.

2.3.9 Princípio da ofensividade lesiva

O princípio da ofensividade no direito penal, cuida de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos a saber: o primeiro plano seria o plano da atividade legiferante, que com base em tal princípio, na elaboração do tipo penal, seria imprescindível que a conduta incriminadora represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes, devendo somente tipificar condutas de perigo concreto, sendo inconstitucional as normas incriminadoras de tipos penais de perigo abstrato. Em segundo plano serve de critério interpretativo para o interprete legal que, constrangido por tal princípio, deve em cada caso concreto encontrar indispensavelmente a lesividade ao bem jurídico tutelado.[51]

Por isso, Ferrari[52] aduz: " Imperiosa a afirmação no sentido de que o direito penal somente deve interferir se houver lesividade concreta ao bem jurídico-criminal que afronte a comunidade social".

Pauta-se a intervenção penal somente quando ocorrerem lesões ou perigo de lesões a bens jurídicos criminais concretos, exigindo-se daí então, dano ou ofensa a bens de relevante valor social.

---

[50] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 73.
[51] BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003, p. 62.
[52] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 116.

Com cerne nas medidas de segurança, levando-se em conta o princípio ora estudado, a aplicação de medida criminal terapêutica quando afronta bens jurídicos apenas de repercussão social, não se justifica, vez que, existe a necessidade de lesão relevante a bem jurídico social, a exemplo, não deverá ter incidência de medida terapêutica criminal quando houver ação meramente pecaminosas, imorais, escandalosas ou indesejáveis, etc.

Defende-se aqui, com base nesse princípio que, a aplicação de medida de segurança não deverá ser utilizada se fundamentada tão somente no estado subjetivo ou na mera intenção delituosa do cidadão-deliquente, porque, como já dito anteriormente, necessária a reprodução concreta da lesividade, sendo afastada a medida de segurança em casos de perigos abstratamente previstos.

Destaca ainda Reale[53] que para a aplicação de medidas de segurança, faz-se-a necessário a lesividade material da conduta como requisito essencial para sua incidência, vale transcrever adiante:

> "A danosidade material representada pela ofensividade social constitui requisito para a aplicabilidade da medida de segurança criminal, não significando a expressão danosidade sinônimo da conduta desviante".

Por fim, conforme o princípio da ofensividade, só se justifica a medida terapêutica criminal quando presente o comportamento jurídico-penal material, "concreta e contextualmente desajustado no âmbito social"[54]. Serve então o princípio em análise como parâmetro essencial à aplicação da medida de segurança, devendo somente ter incidência ao indivíduo inimputável e semi-inimputável, nos casos em que a relação da conduta tenha efetiva intolerabilidade social.

Aplicar às medidas de segurança sem observância a este princípio, seria aplicar o direito penal máximo, vez que restringir-se-ia cada vez mais garantias fundamentais, tratando o doente mental desviante como o “inimigo”, seria aplicar a

[53] Ibidem, p. 109.
[54] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 119.

resposta penal de forma desarrazoada, o que implicaria em gritantes injustiças se comparado ao tratamento dado aos imputáveis.

3 MEDIDAS DE SEGURANÇA: CONCEITOS E PRESSUPOSTOS

Ás infrações penais no direito brasileiro são respondidas através das penas e medidas de segurança. A resposta estatal por excelência são as penas, que se destina aquele sujeito imputável que cometeu o ilícito penalmente punível, porquanto, as medidas de segurança alcançam aqueles cuja capacidade de entender o ilícito cometido é inexistente, pois, devido a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto não são capazes de entender o caráter ilícito do fato.[55]

Quando se tratar do sujeito semi-imputável, ou seja, sujeito não completamente imputável, que por força de perturbação da saúde mental ou semelhante, tem sua capacidade de entendimento diminuída, poderá o magistrado, conforme for mais conveniente e recomendável socialmente, aplicar-lhe ou pena, ou medida de segurança, jamais as duas cumulativamente, haja vista que após a reforma de 1984 o direito penal brasileiro adotou o sistema vicariante, onde, ou se aplica a medida de segurança, ou se aplica a pena, diferentemente do sistema duplo binário, já abolido, onde era perfeitamente aceitável a cumulação da sanção penal pena e medida de segurança sucessivamente.[56]

Note-se que aquele que comete o injusto penalmente punível, mas em razão de sua inimputabilidade não culpável, terá como sanção penal a medida de segurança, pois a este se destina, mormente, porque para a aplicação de tais medidas de segurança (tratamento ambulatorial ou internação), há de se preencher todos os requisitos e pressupostos do crime, excetuando-se a imputabilidade.

[55] QUEIROZ, Paulo, Curso de direito penal: parte geral. Ed. Jus Podivm, 9 Ed. 2013. p. 547.
[56] Idem.

Em hipótese alguma, será aceitável a medida de segurança se ao fato não couber pena por quaisquer motivos.[57] Seja por ser atípico, licito, ou não culpável, ou se for alcançado por causas de extinção de punibilidade.

Exigi-se ainda como primeiro pressuposto da aplicação da medida de segurança a prática de um ilícito penal, pois como sinaliza Ferrari " O ilícito típico penal consiste em uma condição *sine qua non* à incidência da medida de segurança criminal"[58]

Ao ver de Mirabete, depreende-se dos artigos 97 e 98 do código penal brasileiro, mesmo que de forma implícita, o cometimento de fato tido como crime e a periculosidade do agente como pressuposto, sendo imprescindível também que o fato típico cometido seja punível para a aplicação das medidas de segurança, vale a transcrição de breve trecho de sua obra para ilustrar o supracitado entendimento:

> "Não basta a periculosidade, presumida pela inimputabilidade, ou reconhecida pelo juiz em casos de semi-imputabilidade. Necessário e imprescindível que, na condição de sujeito ativo, tenha a pessoa cometido um fato típico punível"[59]

É também pressuposto para aplicação das medidas de segurança a periculosidade, que deverá ser comprovada por perícia. A periculosidade do agente, será presumida em se tratando do inimputável (art. 26 CP), e se tratando do semi-inimputável será real (art. 26 § único).

A perícia será sempre realizada ao final do prazo mínimo fixado, e deverá ser refeita periodicamente, em regra anualmente, podendo o juiz da execução a qualquer tempo ordenar nova perícia.[60]

---

[57] Ibidem. Pg. 548.
[58] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 137
[59] MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal. 30 Ed. São Paulo: Atlas S.A. 2014 Vol - I, pg. 356.
[60] QUEIROZ, Paulo, Curso de direito penal: parte geral. Ed. Jus Podivm, 9 Ed. 2013. p. 551.

3.1 Pressuposto subjetivo: conceito de perigosidade e periculosidade.

Para a aplicação da medida de segurança, torna-se obrigatoriamente necessário, além da pratica do fato ilícito-típico a presença da perigosidade criminal.[61]

A perigosidade consiste no estado ou qualidade do que é perigoso, ou seja, o conjunto de circunstâncias que sinalizam a probabilidade do sujeito de praticar ou voltar a praticar um crime.[62]

A periculosidade nada mais é, senão, a capacidade do agente de voltar a delinquir, pois se assim não fosse, estaríamos falando de um fato acidental e esporádico, já o agente que tem uma personalidade criminosa, tem maior periculosidade, pois as chances de recindir são bem maiores, de que a do sujeito que eventualmente comete um ilícito típico punível.[63]

A periculosidade das medidas de segurança é presumida pela lei (art.26 CP), ou reconhecida pelo juiz (art. 26, § único CP), todo o caso, trata-se da verificação da probabilidade de tornar a praticar o delito por parte do agente.[64]

Para que subexista a medida de segurança imprescindível a existência dos pressupostos a)ordinários (objetivos), e o pressuposto b)subjetivo, quais sejam: No primeiro caso, da prática do ilícito típico, da inimputabilidade do agente e que o fato seja punível penalmente; já como elemento subjetivo não basta apenas estes elementos, necessário se faz a constatação da periculosidade/perigosidade do indivíduo que praticou o delito.

---

[61] FERRARI, Op. Cit. p. 152.
[62] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, 2. Ed. Ver, e aum., 33.ª impressão, Nova Fronteira, 1986, p. 1310.
[63] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p..154.
[64] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 8.

3.2 Caráter da medida de segurança atualmente (preventivo x curativo).

Medidas de segurança são consequências jurídicas do delito, estas são rígidas por razões de prevenção especial. O primórdio da medida de segurança imposta, é evitar que o agente a qual tal medida é imposta volte a delinquir, revelando assim mero caráter preventivo.[65]

A medida de segurança se fundamenta no *jus puniendi*, tais medidas são impostas ao agente inimputável ou semi-imputável que pratica fato ilícito e típico, baseado no grau de sua periculosidade.[66]

Observe-se que atualmente as medidas de segurança tem o caráter preventivo, agindo por sobre o agente, ou seja, o indivíduo inimputável ou semi-imputável, procurando elidir sua periculosidade, fazendo que com isso esse não retorne a delinquir, o que se rebate com este trabalho, posto que as medidas de segurança devem primar pelo tratamento terapêutico curativo do paciente a ela imposta.

Extrai-se então o caráter preventivo das medidas de segurança, seja de prevenção especial, seja de prevenção geral negativa como se verá adiante.

3.3 Peculiaridades da pena e das medidas de segurança.

A pena diferentemente das medidas de segurança não tem o caráter puramente preventivo, ou seja, não visam evitar apenas aquele que delinque e se mostre perigoso, venha cometer novas infrações penais.[67] A pena é aquela posta pelo Estado, de caráter aflitivo, do ato ilícito praticado.

---

[65] Ibidem. Pg.06.
[66] FREITAS, Ana Clelia de Medida de segurança: princípio e aplicação - Artigo jurídico. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8536/Medida-de-seguranca-principios-e-aplicacao, acesso em: 02/11/2015.
[67] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. P. 07.

As medidas de segurança e as penas são formas de sanção penal .[68] A natureza da medida de segurança é em sua essência preventiva, enquanto a pena além de caráter preventivo é também retributiva.

Notadamente, observam-se as peculiaridade entre pena e medida de segurança quanto ao fundamento, a primeira, se embasa na culpabilidade do delinquente, já a medida de segurança se justifica na periculosidade.

Quanto ao objetivo, a pena traz consigo a reafirmação do ordenamento jurídico, assim como os requisitos vinculados a prevenção geral e a prevenção especial, enquanto as medidas de segurança atende a fins preventivos especiais.[69]

Para Bittencout, as quatro principais mudanças entre a pena e a medida de segurança são:

> "I - As penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm essência preventiva;
>
> II - A pena se fundamenta na culpabilidade; as medidas de seguranças se embasam exclusivamente na periculosidade;
>
> III - As penas têm duração determinada, ou seja, tempo fixo, pré-determinado, enquanto as medidas de segurança têm duração indeterminada, só findam quando cessar a periculosidade do agente;
>
> IV - As penas são aplicadas aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis e excepcionalmente , aos semi-imputáveis, quando estes se mostrarem necessitados de tratamento especial curativo".[70]

Quanto aos sujeitos, a pena atua aqueles considerados imputáveis e semi-imputáveis, a medida de segurança à inimputáveis e a semi-imputáveis quando assim o magistrado decidir.

Depreende-se que as medidas de segurança são imensamente relevantes ao ordenamento jurídico, no entanto, sua aplicabilidade somente se justifica se em caráter curativo e não tão somente preventivo.

---

[68] Ibidem, p. 06.
[69] Ibidem, p. 07.
[70] BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003, p.681.

3.4 Finalidades das medidas de segurança.

As medidas de segurança tem por finalidade de acordo com Francisco Muñoz Conde, defender a sociedade e curar o enfermo. [71]Porém não é essa a finalidade que aqui se defende, deve a medida de segurança imposta ter por finalidade a cura do agente a ela submetida.

A finalidade da medida de segurança seria a reintegração social adequada de um indivíduo para a própria sociedade considerado perigoso.[72] No Código Penal de 1940 adotou-se o sistema duplo binário onde a pena e a medida de segurança podiam ser aplicadas concomitantemente.[73]

Já o Código de 1969 trouxe uma importante mudança, a adoção do sistema vicariante, proibindo a cumulação das sanções (pena + medida de segurança). Deve o julgador fazer uma análise do caso concreto, se for o agente imputável, a este se aplicará a pena. Se inimputável, a este, a medida de segurança. Então, enquanto a pena se fundamenta na culpabilidade, a medida de segurança tem base na periculosidade aliada à inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente.

As medidas de segurança atualmente têm por finalidade impedir que o inimputável, ou semi-imputável a depender do caso, volte a delinquir, no entanto, defende-se a finalidade terapêutica curativa da medida, com isso as medidas de segurança devem ter dupla finalidade.

Primeiramente as medidas de segurança tem finalidade de prevenção especial, pois age diretamente sobre o agente desviante inimputável ou semi-imputável, impedindo-o de retornar a delinquir, visando tão somente neutralizar o individuo e a possibilidade de reincidência.

[71] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. p.09.
[72] DIAS, Apud LEVORIN, Marco Polo.2003, p.161.
[73] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 35.

E também devem ter por finalidade a atuação estatal com vistas a se dar ao inimputável e semi-imputável, tratamento adequado e eficaz de acordo com seu problema, visando à cura de sua enfermidade.

3.5 Medidas de segurança em espécie (detentiva/internação x restritiva/tratamento ambulatorial)

O Direito Penal responde às infrações de que cuida através de penas e medidas de segurança.[74]

As medidas de segurança dividem-se em detentivas/internação e restritivas/tratamento ambulatorial, devendo essas serem imputadas, à depender do caso concreto de acordo com o tipo de pena cominada ao delito, desta forma, sendo a infração penal punível com pena de reclusão, ao agente desviante recairá a medida de segurança detentiva internação, enquanto em caso de cometimento de delito punível à titulo de detenção, caberá ao magistrado definir, levando em conta a periculosidade do agente se a este se aplicará a medida detentiva ou restritiva, qual sejam: internação ou tratamento ambulatorial.

3.5.1 Internação

À internação hospitalar se trata de medida detentiva que será executada em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, esse tipo representa a fusão das medidas de segurança e a pena prevista na legislação anterior.

No mesmo sentido Andrade:

> "A internação é uma medida de natureza detentiva, pois que priva o interno de sua liberdade, devendo ele ser submetido a tratamento (art. 99, do CP). Será aplicada àquele que tiver praticado fato punível com pena de reclusão (art. 99, primeira parte, do CP)".[75]

[74] QUEIROZ, Paulo, Curso de direito penal: parte geral. Ed. Jus Podivm, 9ª edição, 2013. p. 547.
[75] ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004. p. 18.

Entretanto, é possível a aplicação de internação, mesmo ao inimputável que pratique crime punível com pena de detenção.

O internado deverá ser submetido obrigatoriamente aos exames psiquiátricos, criminológicos e de personalidade (Arts. 100 e 174, CC os artigos 8º e 9º da da LEP).

Quando o estabelecimento penal não estiver guarnecido para prover assistência médica psiquiátrica adequada, esta pode ser prestada em outro local, com autorização da direção do estabelecimento (Art. 14, § 2º, C.C. Art. 42 LEP).[76]

Há posição da Suprema Corte brasileira, no sentido de permitir a internação do individuo inimputável em hospital particular na falta de estabelecimento adequado oferecido pelo Estado.[77] Dessa forma deve ser garantida a custódia do paciente, visto que a medida tem caráter puramente preventivo.

3.5.2 Tratamento ambulatorial

Nesta modalidade, cabe ao sentenciado comparecer ao hospital de custódia e tratamento psiquiátrico nos dias que lhe forem determinados pelo profissional competente, para que este seja submetido à modalidade terapêutica prevista (art. 101 da LEP).[78]

Essa medida é aplicável não tão somente aos inimputáveis, mas também aos semi-imputáveis, note-se o caráter dessa modalidade, que diferentemente da internação, pois essa tem caráter restritivo e não detentiva como aquela.

Saliente-se que o exame criminológico para os sentenciados submetidos a tratamento ambulatorial, é meramente facultativo, na dependência da natureza do fato e das condições do agente (art. 174, c.c. arts. 8).

[76] MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal. 30ª Ed. São Paulo: Atlas S.A. 2014 Vol - I, pg. 360.
[77] Idem.
[78] Ibidem, pg. 361.

4 DA DESCONSTRUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

O sistema penal pátrio tratou de impor aos inimputáveis tais medidas, mas até onde elas são benéficas? Até onde elas são curativas? Ou, será que elas têm mesmo esses objetivos?

A fim de ilustrar melhor a resposta às mencionadas perguntas, procurou-se entender o posicionamento do campo científico da psiquiatria, já que o principal pressuposto pra aplicação das medidas aqui discutidas é o estado de loucura permanente do agente, ou, ao menos no momento da prática do ilícito, podendo se dar também de forma superveniente, ou seja, durante o cumprimento da pena, e substituída pela medida de segurança no momento da constatação de perturbação mental.

Assim, quando diz Virgílio de Mattos:

"Talvez estejamos diante de um novo fenômeno de grande internação, assim como vivenciamos o controle total do estado penal. O que causa espécie é o fato de que a psiquiatria no mundo dito ""civilizado"", caminha para a desospitalização, enquanto direito penal marcha em sentido inverso: prisionização".[79]

Veja, para Virgílio de Mattos, o aprisionamento não seria a melhor alternativa para aquele acometido de doença mental, não se trata de apenar, nem tampouco de tratar, e sim prevenir, concordo plenamente com Virgílio quando diz que o Estado deve dar enfoque a prevenção, seja por meio de políticas públicas ou seja por condições mas favoráveis desses sujeitos na sociedade.

Como definir que aquele que não conhece o significado ilícito da sua conduta voltará a delinquir? Ora, se este não tem capacidade mental para entender as consequências e a reprovação de sua conduta, como poderia esse ter o "querer" necessário para voltar a delinquir, se a medida de segurança tem um caráter preventivo especial, como dizer que o incapacitado terá maiores chances de voltar a

[79] - MATTOS, Virgílio de. Crime Psiquiatria Uma Saída: preliminares para desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006 pg. 112.

delinquir do que aquele com desenvolvimento mental completo? Não se justifica as medidas de segurança apenas na prevenção de "possível" reincidência em fato delituoso.

Vale aqui mais uma vez, citar Virgílio de Mattos:

> "O comprometimento da capacidade de querer e de entender trouxe para o portador de sofrimento mental infrator, além de um instituto que, quanto mais quer se distanciar da pena, tanto mais dela se aproxima uma perplexa possibilidade de coisa muito pior".[80]

As medidas de segurança analisada nesse aspecto, serão muito pior que a pena, pois privará aquele imposta a essa a liberdade em condições muito piores do que àqueles apenados imputáveis.

4.1 Lei antimanicomial: Lei da reforma psiquiátrica

A lei 10.216, promulgada em 6 de abril de 2001, dispõe sobre o direito e proteção das pessoas acometidas de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental. Estabelece o supracitado diploma, pautado nos ideais de luta antimanicomial, que "os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra" (art. 1º). Tornando aplicável desta forma aos atendimentos em saúde mental de qualquer natureza (art. 2º), a referida lei garante o acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades (art. 2, I), com vistas a se alcançar sua recuperação pela inserção na família, na comunidade, no trabalho, por meio de um tratamento respeitoso, humano e no intuito exclusivo de beneficiar a sua saúde (art;2, II), e o de ser tratado em ambiente terapêutico adequado, pelos meios menos invasivos possíveis (art. 2º, VIII), estabelece ainda, a aplicação da internação de forma subsidiária, que esta

[80] MATTOS, Virgílio de. Crime Psiquiatria Uma Saída: preliminares para desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006 pg. 147.

somente terá incidência quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (art. 4º).

Faz-se necessário pontuar a inadequação normativa e conceitual do fundamento das medidas de segurança, qual seja a periculosidade.[81]

Com o advento da lei 10.216/2001, tornou-se possível avaliar a (in)adequação dos preceitos do Código Penal, "que sustentam a absoluta ausência de responsabilidade penal do portador de sofrimento psíquico"[82], que incidiu na prática de ato ilícito.

Conclui-se que a lei de reforma psiquiátrica, proibiu qualquer forma de tratamento manicomial, e mesmo em casos específicos sua aplicação é subsidiária, sendo indicada apenas quando os recursos extra-hospitalares falharem com fundamento no § 3º e o caput do Artigo 4º que entabulam "é vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares".[83]

O que se pretendeu com a referida lei foi um tratamento menos nocivo e invasivo, com a observância das garantias constitucionais inerentes àqueles acometidos por doença mental, ou seja, um tratamento mais humano, digno e que possa realmente lhe proporcionar o alcance à almejada "cura". Visa, portanto, a reinserção social do paciente, fornecendo-lhe o melhor tratamento disponível.

Defende também a reforma, a desinstitucionalização do tratamento oferecido ao paciente, propõe ainda que o tratamento de pessoas com transtorno mental em conflito com a lei seja feita pela rede pública de saúde, transferindo assim o agente submetido à medida de segurança a Centros de Apoio Psicossocial (CAPs) do Sistema Único de Saúde (SUS).

[81] CARVALHO, Saulo de. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013. pg. 523.
[82] Ibidem, pg. 523.
[83] Ibidem, pg. 527.

Porém, ainda que se acredite que tais medidas de desinstitucionalização das medidas de segurança acarretariam o desafogamento e a extinção progressiva dos HCTPs (Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico). Não se discorda de tal apontamento, no entanto, indaga-se: Não se estaria apenas transferindo o problema de um lugar para outro? Ou ainda, não se estaria afogando um sistema (aqui sistema refere-se ao Sistema Único de Saúde – SUS) já extremamente superlotado?

Transferir o tratamento do infrator doente mental para a rede pública de saúde, apesar de interessante, -não parece ser uma solução viável, pois, para tanto, é imprescindível estudos aprimorados sobre o tema e um levantamento estatístico dos impactos de tais mudanças.

Uma boa alternativa seria o amoldamento dos estabelecimentos já existentes para o tratamento desses pacientes à lei de reforma psiquiátrica; a qualificação dos profissionais ali atuantes; e a adequação estrutural do ambiente de tratamento conforme os preceitos da lei, chegando assim, por fim, ao rompimento atual com o modelo asilar.

4.2 Da desinternação progressiva e progressão das medidas de segurança

Partindo-se da premissa de que todos são iguais perante a lei (art. 5º da Constituição Federal Brasileira), inquestionável que todos os direito e benefícios aproveitados pelos imputáveis, sejam também, com maior razão, aproveitados também aos inimputáveis e semi-imputáveis, inclusive as causas de extinção e exclusão da culpabilidade, sendo possível até a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, executória e superveniente.

Tratando-se da progressão das medidas de segurança, Ferrari[84] ao tratar do tema utiliza-se do termo “reintegração comunitária”, conceituando da seguinte forma: “ Reintegração comunitária significa possibilidade de integração social

[84] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 168.

exteriorizada progressividade na execução de qualquer espécie de sanção penal, estendendo-se também àqueles suscetíveis as medidas de tratamento criminal".

O que se pretende com a aplicação da progressividade é a reinserção do imputável no seio do familiar-social, por meio da transferência de medida de segurança mais severa para outra mais branda.

Ainda que não exista na legislação pátria, sistema progressivo aplicável aos deliquentes-doentes mentais, já constitui uma realidade aceitável hoje, apesar da lacuna legislativa.[85]

A regressão de medidas é expressamente prevista pelo Código Penal, em seu §4º, art. 97, *in verbis*:

> Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.
>
> [...] § 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Apesar de não haver previsão progressiva, defendemos sua aplicação também às medidas de segurança, pois, como o aqui defendido, os benefícios aplicáveis às penas imputadas ao imputável, devem estender-se as medidas curativas criminais.

4.3 Medidas de segurança: Reclusão e medida de internação

De acordo com o critério adotado pelo Código Penal, o inimputável por doença mental é presumidamente perigoso[86], sendo a medida de segurança de aplicação obrigatória. Consiste a medida de segurança em internação em hospital de custódia ou tratamento ambulatorial, atente-se aqui aos crimes puníveis com pena de reclusão, onde, nesses casos a internação é a única medida de segurança permitida.

---

[85] FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001, p. 168.

[86] MARCHEWKA, Tania Maria Nava. As Contradições das Medidas de Segurança no Contexto do Direito Penal e da Reforma Psiquiátrica no Brasil. Revista de Direito da UPIS, 2003, v. 1, Nº 1. Pg. 109.

O molde com que vem sendo aplicada a medida de segurança de internação não parece ser válido, vez que obriga o magistrado a decretar a internação do inimputável, sempre que este cometer infração penal punível a título de reclusão.

Partilha-se o entendimento de que há a possibilidade do Magistrado, analisando o caso em concreto, ao inimputável cominar tratamento ambulatorial e não medida de internação, diferente da exegese do artigo 97 do Código Penal "*in verbis*":[87]

> "Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial".

Nessa senda, uma conclusão tomada somente por base na exegese desse dispositivo, poderia conduzir ao entendimento de que aos inimputáveis que praticaram fatos ilícitos que cominem pena de reclusão, seriam solucionados com a imposição de medida de segurança internação[88], é este o entendimento majoritário, na doutrina e na jurisprudência, como exemplo:

> CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO. SEMI-IMPUTÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. ALTERAÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL OPERADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE. REU CONDENADO A PENA DE RECLUSÃO. RECURSO PROVIDO.
>
> I - Hipótese de réu semi-imputável condenado à pena de reclusão, para o qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dando parcial provimento ao pleito defensivo, substituiu a medida de internação anteriormente imposta pelo tratamento ambulatorial.
>
> II - O art. 98 do Código Penal, aplicando as regras do artigo 97 do mesmo estatuto repressor, prevê, para os casos de semi-imputabilidade, a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança de internação (nos casos de réus apenados com reclusão) ou de tratamento ambulatorial (para apenados com detenção).

[87] ARAÚJO, Fabio Roque da Silva, Medidas de Segurança: *Caráter Residual da internação.* Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, 2009. V.9, nº 57. Pg. 7.
[88] Ibidem. Pg. 8.

> III - Recurso provido, nos termos do voto do Relator.
>
> (REsp 567.352/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 513)

Tem-se ainda pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, também adotando o entendimento, *in verbis*:

> MEDIDA DE SEGURANÇA - INTERNAÇÃO - TRATAMENTO AMBULATORIAL - INIMPUTAVEL - DEFINIÇÃO. TANTO A INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTODIA E TRATAMENTO PSIQUIATRICO QUANTO O ACOMPANHAMENTO MEDICO-AMBULATORIAL PRESSUPOEM, AO LADO DO FATO TIPICO, A PERICULOSIDADE, OU SEJA, QUE O AGENTE POSSA VIR A PRATICAR OUTRO CRIME. TRATANDO-SE DE INIMPUTAVEL, A DEFINIÇÃO DA MEDIDA CABIVEL OCORRE, EM UM PRIMEIRO PLANO, CONSIDERADO O ASPECTO OBJETIVO - A NATUREZA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREVISTA PARA O TIPO PENAL. SE O E DE RECLUSÃO, IMPÕE-SE A INTERNAÇÃO. SOMENTE NA HIPÓTESE DE DETENÇÃO E QUE FICA A CRITÉRIO DO JUIZ A ESTIPULAÇÃO, OU NÃO, DA MEDIDA MENOS GRAVOSA - DE TRATAMENTO AMBULATORIAL. A RAZÃO DE SER DA DISTINÇÃO ESTA NA GRAVIDADE DA FIGURA PENAL NA QUAL O INIMPUTAVEL ESTEVE ENVOLVIDO, A NORTEAR O GRAU DE PERICULOSIDADE - ARTIGOS 26, 96 E 97 DO CÓDIGO PENAL.
>
> (STF - HC: 69375 RJ, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 25/08/1992, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 18-09-1992 PP-15409 EMENT VOL-01676-01 PP-00173 RTJ VOL-00143-02 PP-00589)

Discorda desse entendimento Jacobina quando diz[89]:

> "São logicamente incompatíveis dispositivos do sistema penal que determinam a presunção da periculosidade do louco e o seu tratamento em função do tipo de delito que cometeu (se punido com detenção ou reclusão), baseado em prazos fixos e rígidos,

[89] JACOBINA, Paulo Vasconcelos, Direito Penal da Loucura: Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica. Revista de Direito Sanitário, vol.5, n. 1, 2004, pg. 79.

> com as normas sanitárias que determinam que o tratamento visará como finalidade permanente a reinserção social do paciente em seu meio, e que o internamento só será indicado quando os recursos extra-hospitalares mostrarem-se insuficientes (art. 4º e parágrafos da lei de reforma psiquiátrica)".

A medida de segurança, para que seja legitima, deverá estar ausente à culpabilidade, devendo estar presente os demais elementos do crime, quais sejam, fato típico e antijurídico, com isso, quer se dizer, que embora o agente possa demonstrar periculosidade, não será aceita a aplicação de medida de segurança se inexistentes os demais elementos constitutivos do crime, pois, desta forma, se consagraria um direito penal do autor, e não do fato, em total dissonância aos princípios constitucional que regem o direito penal. -Destaca-se o da dignidade da pessoa humana, uma vez que, se o agente não incide a prática de um injusto penal, jamais poderá ser objeto de tais medidas.[90]

.Depreende-se daí, que embora a aplicação das medidas de segurança se fundamentem na periculosidade daquele considerado inimputável, não é este o único requisito idôneo para sua aplicação. Portanto, não é a periculosidade o requisito necessário para a imposição da medida de segurança, é, porém, ela que torna legitima a sua aplicação, sua existência e duração.[91]

Muito embora o entendimento majoritário se sustente na literalidade do art. 26 do Código Penal. Na medida em que o supracitado diploma legal, somente admita a imposição de medida de segurança (tratamento ambulatorial), em casos em que a pena cominada seja a detenção, deixando ao arbítrio do julgador a medida mais adequada (internação ou tratamento ambulatorial). Subtraí ao Judiciário que se faça

[90] ARAÚJO, Fabio Roque da Silva, Medidas de Segurança: *Caráter Residual da internação.* Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, 2009. V.9, nº 57. Pg. 9.
[91] Ibidem, pg. 9.

a aferição em concreto da efetiva periculosidade do agente, nos casos de o crime ser punível com reclusão.[92]

Não parece coerente tal imposição, ora! Não se pode aceitar que a medida de segurança internação esteja vinculada a elemento objetivo da pena, sem que se considere o tratamento terapêutico adequado. Nesse sentido vale transcrever posicionamento de Marchewka:[93]

> "Ora, isso torna inviável para muitos a libertação, razão pela qual não nos parece válida nos dias de hoje essa orientação, pois obriga o juiz a decretar a internação sempre que o fato cometido seja reprimido com a pena de reclusão. Isso significa que o doente mental que venha a praticar um furto simples, uma receptação dolosa ou culposa ou uma lesão corporal grave (crimes punidos com reclusão) será obrigatoriamente internado em hospital psiquiátrico".

Nesse mesmo sentido exemplifica muito bem Araújo quando diz:[94]

> "A adoção do entendimento majoritário conduz a injustiças gritantes, senão vejamos: vislumbremos um caso em que um agente comete o delito capitulado no art. 296, inciso I, do Código Penal ("art. 296. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os: I – selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município"); no curso da instrução, conclui-se, por perícia médica, que o agente é inimputável, não tendo qualquer possibilidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta. Por seu turno, o inimputável em questão não demonstra qualquer resquício de periculosidade, jamais se comportou de forma violenta, agressiva ou temerária, além de receber todo o auxílio e amparo por sua família. O crime em questão é apenado com reclusão de dois a seis anos e multa. Pergunta-se: qual a razão para se manter sob o regime de internação o referido inimputável?"

Fica claro com base em tais entendimentos que, a internação não pode ser medida de segurança de aplicabilidade obrigatória ao inimputável que comete ilícito passível de reclusão. Retirar tal aferição do Judiciário é temerário, pois, poderia o

[92] Ibidem. pg. 9.
[93] MARCHEWKA, Tania Maria Nava. As Contradições das Medidas de Segurança no Contexto do Direito Penal e da Reforma Psiquiátrica no Brasil. Revista de Direito da UPIS, 2003, v. 1, Nº 1. Pg. 100.
[94] ARAÚJO, Op. Cit. Pg. 10.

juiz, caso a caso, fazer uma analise individualizada e aplicar a medida de segurança mais adequada, nesse passo, fez bem o legislador quando conferiu ao magistrado essa faculdade nos crimes puníveis com detenção, no entanto, não observou tal premissa ao tratar dos ilícitos com penas de reclusão.

É dizer noutras palavras, que o Código Penal ao tratar dos imputáveis, as sanções impostas seguem uma lógica punitiva tradicional, ou seja, a pena deverá ser tanto severa quanto a gravidade do crime, sendo assim a sanção primordialmente é definida em função da gravidade do crime cometido e não na ressocialização do condenado.[95] No entanto, tais pressupostos são também utilizados pelo Código Penal para tratar as medidas de segurança, onde se define a medida de segurança não em observância as peculiaridades do transtorno mental, mas do tipo e da gravidade do crime.

Nesse diapasão, o tipo de tratamento a ser oferecido ao paciente, se de internação ou tratamento ambulatorial, depende do tipo penal e da pena que lhe seria imposta por consequência desse tipo penal, e não em função das peculiaridades do transtorno mental do paciente.[96]

O que se defende com este trabalho é a adequação das medidas de segurança ao tratamento terapêutico adequado, pois, não podem as medidas de segurança, após a reforma psiquiátrica advinda em 2001, apenas terem caráter meramente preventivo, o que se postula com a presente tese, é que se deve imputar ao doente mental, a resposta mais adequada a sua patologia, dando a estes reais e eficazes meios de tratamento, deve-se para isso, superar essa lógica punitiva tradicional aplicada tacitamente às medidas de segurança. Há sobre tudo que se abandonar essa

[95] SÁ, Alvino A. de. Criminologia clinica e execução penal: *proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: RT, 2011. p. 227.
[96] BARROS, Carmen S. De M. Aplicação da reforma psiquiátrica e da política de saúde mental ao louco infrator. Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n.320, maio 2010 (sem paginação).

vinculação para que assim ocorra, em sede de medida de segurança, a migração do tratamento penal para o verdadeiro tratamento de saúde.[97]

Nessa toada, tem-se que a ideia de periculosidade deve dar lugar à preocupação com o transtorno e seu tratamento, inversamente do que ocorre hoje com o modelo penal adotado.

5 CONCLUSÃO

As medidas de segurança atualmente merecem fortes criticas, a começar pela forma de escolha de qual medida de segurança será aplicada, veja, não é o tratamento curativo apropriado que define qual a medida de segurança será imposta (internação ou tratamento ambulatorial), mas sim o tipo de pena cominada ao delito, se detenção ou reclusão.

Note que as medidas de segurança são aplicadas de forma cruel, devido sua classificação errônea, levada em conta apenas uma classificação simplista, sem que haja maiores conhecimentos do campo da psiquiatria para que se possa aferir de forma acertada a medida cabível.

É preciso repensar a abordagem jurídica em matéria criminal à questão da loucura, implica em reavaliar os alicerces filosóficos do Direito Penal, os fundamentos e a função social de punir.

É da essência da pessoa humana a potencialidade de prejudicar outrem, e em especial cometer infrações penais. Em tese, todos em alguma medida são perigosos, embora àqueles submetidos a certas condições tem probabilidades maiores de cometer delitos. No entanto, uma conclusão probalística não pode servir como base filosófica para a construção de todo um sistema repressivo.[98]

---

[97] SÁ, Alvino Augusto de. Medidas de Segurança: *Necessárias Reflexões Pós - Advento da Lei de Reforma Psiquiátrica* (Lei 10.216/2001). Boletim IBCCRIM, 2013. Pg. 12.

[98] JACOBINA, Paulo Vasconcelos, Direito Penal da Loucura: Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica. Revista de Direito Sanitário, vol.5, n. 1, 2004, pg. 84.

É necessária a superação dos manicômios judiciários e a implantação de novos espaços de assistência à saúde dignos e humanizados, que ofereçam ao doente mental infrator condições de resgatar sua autonomia, que lhe devolvam sua voz, e lhe garantam sua reinserção social.

Por fim, torna-se importante um estudo aprofundado no que tange as medidas de segurança, suas finalidades, princípios, características, fundamentos de aplicação entre outros. As medidas de segurança devem ter por primazia que assegurar o tratamento curativo mais apropriado, levando em conta qual delas melhor se adéqua ao caso concreto, ora, se o tratamento imposto não visa à cura do estado de debilidade daquele a ela imposta, certamente que a medida imposta nunca alcançará sua finalidade, assim sendo, a periculosidade do agente não cessará, e nunca sobreviera cura alguma.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Haroldo da Costa, Das medidas de segurança. Ed. America Jurídica, 2004.

ARAÚJO, Fabio Roque da Silva, Medidas de Segurança: *Caráter Residual da internação.* Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, 2009. V.9, nº 57.

BARROS, Carmen S. De M. Aplicação da reforma psiquiátrica e da política de saúde mental ao louco infrator. Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n.320, maio 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal Vol.I - Parte Geral, 2003.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CARVALHO, Saulo de. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Apud LEVORIN, Marco Polo.2003.

DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do Direito Penal Democrático; Reforma penal brasileira, Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios Constitucionais Penais.* 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRARI, Eduardo Reale, Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito. 2001.

FEITOSA, Isabela Brito, A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5982.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, 2. Ed. Ver, e aum., 33.ª impressão, Nova Fronteira, 1986.

FREITAS, Ana Clelia de, Medida de segurança: princípio e aplicação - Artigo jurídico. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8536/Medida-de-seguranca-principios-e-aplicacao.

GOUVÊA, Claudiane Rosa, Curso: Medidas de Segurança, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/CLAUDIANE_GOUVEA.pdf.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos, Direito Penal da Loucura: Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica. Revista de Direito Sanitário, vol.5, n. 1, 2004.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional* – A imposição dos princípios constitucionais penais. 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATTOS, Virgílio de. Crime Psiquiatria Uma Saída: preliminares para desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MARCHEWKA, Tania Maria Nava. As Contradições das Medidas de Segurança no Contexto do Direito Penal e da Reforma Psiquiátrica no Brasil. Revista de Direito da UPIS, 2003, v. 1, Nº 1.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*, 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal. 30ª Ed. São Paulo: Atlas S.A. 2014 Vol – I.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoria geral do delito. 1988.

SÁ, Alvino Augosto de. Criminologia clinica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: RT, 2011.

SÁ, Alvino Augusto de. Medidas de Segurança: *Necessárias Reflexões Pós - Advento da Lei de Reforma Psiquiátrica* (Lei 10.216/2001). Boletim IBCCRIM, 2013.

SILVA, Germano Marques da. Direito Penal Português: parte geral III, teoria das penas e das medidas de segurança. 2536 ed. Lisboa/São Paulo. Editorial Verbo. 1999.

YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de lós princípios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.1

Direito Civil, Consumidor e Empresarial

UNICEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ABANDONO AFETIVO CONTRA VUNERÁVEL IDOSO

Ana Beatriz Rosário de Araújo

RESUMO

O presente trabalho estuda a possibilidade de ser reconhecido o instituto do abandono afetivo em se tratando do vulnerável idoso. Para tanto, utilizando-se do método dedutivo, fora realizada uma pesquisa teórica, com diversos materiais bibliográficos – incluindo livros, revistas acadêmicas, artigos, legislações, jurisprudências e sites. O primeiro capítulo tratou de estabelecer a devida compreensão do que consiste o princípio da afetividade e o abandono afetivo propriamente dito, inclusive, diferenciando tal instituto de outros que possam vir a ser confundidos com ele. Ademais, no segundo capítulo, buscou-se identificar como o idoso é visto perante o ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando tanto as disposições da Constituição Federal de 1988 quanto do Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, apontando seus direitos fundamentais estabelecidos, a sua proteção integral e vulnerabilidade. Por fim, no terceiro capítulo, foram feitas análises de decisões judiciais em que a temática central deste trabalho pôde ser observada em casos concretos, tanto direta quanto indiretamente, ao trazer uma decisão que verificou o abandono afetivo em face de criança e adolescente, outra que possibilitou que os autos voltassem à fase de instrução a fim de averiguar se as provas justificariam ou não o reconhecimento do instituto do abandono afetivo à idosa em questão e, por fim, uma decisão que viabilizou que um filho pudesse reduzir sua carga horária em seu trabalho com o objetivo de cuidar de seu pai idoso, a fim de não se omitir ao seu dever de cuidado para com ele, afastando, dessa forma, a aplicação do instituto ora estudado.

Palavras-chaves: Abandono afetivo. Idoso. Decisões judiciais.

1 INTRODUÇÃO

A afetividade, advinda, no contexto aqui apresentado, das relações familiares, pressupõe que os indivíduos integrantes de uma mesma família possuam, uns pelos outros, sentimentos de amor, cumplicidade, cuidado, afeto, etc.

No panorama atual, essas relações afetivas familiares não mais se apoiam nos fatores relacionados à dependência econômica ou ao vínculo estabele- cido por meio do casamento ou de uma união estável, por exemplo. Tais relações passaram a ser valorizadas e, mais do que isso, passaram a ser vistas como sinôni- mos da obtenção pessoal de alegria, dignidade e plenitude.

Diante da importância desses relacionamentos afetivos nos conceitos de família atuais, o instituto do abandono afetivo vem sendo cada dia mais questionado e estudado a fim de que, ao conseguir entendê-lo, possa-se descobrir formas de evitá- lo ou mesmo, caso inevitavelmente ocorra, de compensá-lo.

O princípio da afetividade, basicamente, em sua definição, volta-se ao fato de que os pais têm deveres em relação aos seus filhos e os filhos também pos- suem obrigações e responsabilidades para com os seus pais, consoante dispõe a Constituição Federal de 1988. Nessa perspectiva, o abandono afetivo consiste no rompimento em relação a essas obrigações impostas aos membros de uma família, os quais acabaram por descumprir com as responsabilidades.

Dessa forma, o abandono afetivo gera sofrimento na vítima e, inclusive, pode causar danos psíquicos e/ou psicológicos diante do desprezo, da indiferença, do descuido e da omissão com a qual o abandonado teve que lidar.

Em regra, o abandono afetivo é visto como um conceito ligado direta- mente à criança e ao adolescente, por serem estes vulneráveis dentro do contexto familiar. No entanto, surge o chamado abandono afetivo inverso, voltado a cuidar de outro ser vulnerável em se tratando das famílias, ou seja, o idoso.

Ademais, a fim de obter a correta compreensão do que, de fato, consiste o abandono afetivo é de suma importância estabelecer essa definição distinguindo-a de outros conceitos que, eventualmente, possam vir a ser objeto de confusão em relação àquele instituto.

Portanto, foi necessário elucidar, de maneira clara e compreensível, a distinção dos conceitos de abandono material, abandono intelectual, abandono de incapaz e alienação parental em face do abandono afetivo.

Após discorrer sobre as diferenças entre o abandono afetivo e os demais institutos acima mencionados, viu-se a necessidade de apontar quais os efeitos decorrentes do abandono afetivo, o qual, como já dito, por incorrer em responsabilidade civil, pode gerar direito à indenização por dano moral em virtude dos prejuízos causa- dos à vítima.

Sucessivamente, adentrando propriamente no contexto do idoso, mos- trou-se cabalmente como tal indivíduo é encarado no ordenamento jurídico brasileiro, tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto por sua regulamentação própria, o Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, apontando as disposições que elucidam seus direitos fundamentais, as que o fazem ser visto como vulnerável e, consequente- mente, a que dispõe sobre sua proteção integral.

O objetivo geral deste trabalho é o de, após a devida compreensão do instituto do abandono afetivo e de como o idoso é visto perante a ordem jurídica naci- onal, estabelecer como esse vulnerável pode ser resguardado pelo judiciário em pos- síveis decisões judiciais que venham a, no mérito, julgar situações em que esse indi- víduo foi negligenciado em se tratando de seus direitos e garantias previstos.

Sendo assim, o presente trabalho é composto por três capítulos.

No primeiro capítulo, a princípio, discorre-se acerca da definição da afetividade, seguida da conceituação e caracterização do abandono afetivo, porquanto, apesar desses dois conceitos serem destoantes, complementam-se um ao devido entendimento do outro. Posteriormente, no mesmo capítulo, são feitas as distinções en-

tre o abandono afetivo e outros institutos que podem ser confundidos com ele, quais sejam o do abandono material, do abandono intelectual, do abandono de incapaz e da alienação parental. Por fim, aponta-se os efeitos gerados por esse abandono afetivo, ou seja, a responsabilidade civil decorrente da negligência em virtude das incumbências que deveriam ter sido prestados em favor do vulnerável em questão.

No segundo momento, observa-se a tutela jurídica conferida ao idoso pelo ordenamento jurídico brasileiro, em suas disposições presentes na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso, dispondo sobre seus direitos fundamentais, sua proteção integral e vulnerabilidade.

Por fim, no terceiro capítulo, são feitas análises de três decisões judiciais acerca da temática central deste trabalho. A primeira decisão trata de um caso em que se configurou, de fato, o abandono afetivo, porém em relação ao contexto do vulnerável criança e adolescente. A segunda, trata de um caso em que ainda não ocorreu uma decisão transitada em julgado, estando ainda em fase instrutória, mas que, por suas características, pode-se vislumbrar uma possível identificação do insti- tuto do abandono afetivo em se tratando do vulnerável idoso. A última decisão trazida diz respeito a um caso de um filho que, ciente de seus deveres de cuidado em relação ao seu pai, idoso, e, a fim de que não incorra em abandono afetivo, pede diminuição de sua carga horária no trabalho para conseguir cumprir com suas obrigações para com seu pai na velhice.

Impende mencionar que o método de procedimento utilizado será o monográfico e o de abordagem será o dedutivo, sendo o método de pesquisa realizado por meio de documentação indireta.

2 DO ABANDONO AFETIVO

O presente capítulo pretende trazer um panorama geral sobre o conceito de afetividade possibilitando adentrar no mérito do abandono afetivo, por meio de dispositivos legais, artigos acadêmicos e informativos, doutrinas e outros meios de informação.

Para tanto, faz-se necessário abordar a conceituação da afetividade, a fim de possibilitar a definição, a caracterização, o reconhecimento e a identificação da ocorrência de casos em que se verifique o abandono afetivo propriamente dito.

Dessa forma, além de definir e caracterizar o abandono afetivo, impende diferenciá-lo de outros institutos que, possivelmente, de alguma forma, possam vir a ser confundidos com esse, de modo que fique evidente sobre o que o abandono afetivo versa e, ainda, os efeitos relativos à reponsabilidade que tal instituto pode desencadear.

2.1 Definição de afetividade

Inicialmente, importante salientar que a família, nos dias atuais, não se funda tão somente no quesito de dependência econômica, como ocorria em tempos mais remotos da sociedade, ligando-se, atualmente, mais ao sentido de solidariedade mútua, cumplicidade e afetividade entre seus membros, o que tornou essa instituição em um "centro de realização pessoal", conforme afirma Rodrigo Cunha Pereira (2011, p. 193).

Com isso, Jackelline Fraga Pessanha (2011, p. 2) aponta que "o vínculo familiar passou a ser afetivo, no qual as pessoas que queiram a constituição de uma família, começaram a se unir por laços de afeto".

Ademais, cabe apontar que essa afetividade aqui abordada se traduz em um dos princípios utilizados no direito de família no Brasil, estando previsto implícita e/ou explicitamente na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e, ainda, em diversas outras regras do ordenamento jurídico brasileiro, conforme afirma Ricardo Lucas Calderón (2013).

Na Constituição Federal, pode-se extrair o conceito da afetividade de seu Título VIII, Capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, inclusive de seu artigo 229, o qual dispõe que "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e

amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. ". Dessa forma, é possível observar o dever do cuidado nas relações afetivas familiares.

Ademais, de acordo com Paulo Roberto Lotti Vecchiatti (2008, p. 42) o afeto pode ser entendido como:

> [...] o elemento essencial das relações interpessoais, sendo um as- pecto do exercício de direito à intimidade garantido pela Constituição Federal. A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que apro- xima as pessoas dando origem aos relacionamentos que geram rela- ções jurídicas, fazendo jus ao status de família.

Sendo assim, como bem ressalta Pessanha (2011) é imperioso verificar que não mais existe apenas o conceito de laço familiar baseado no vínculo do casamento ou da união estável ou, ainda, no de dependência econômica. Atualmente, as famílias contemporâneas ligam-se pelos laços de afeto, cujo amor e cuidado são imprescindíveis e as relações afetivas são valorizadas.

Ainda, de acordo com a autora acima mencionada (2011), o afeto é o elo que liga o conceito atual de família, sendo seu propósito estabelecer o amor entre os entes da família, vislumbrando a felicidade, uma vida digna e plena.

Já o professor Danilo Porfírio de Castro Vieira (2014, p. 2) afirma que, portanto, o princípio da afetividade se traduz "como um imperativo vinculado aos sen- timentos de proteção e ternura". E vai além ao dispor que a afetividade não apenas vincula-se as questões sentimentais, como já afirmada algumas vezes neste trabalho, mas também a autonomia da vontade dentro do direito de família, que pode ser vista, por exemplo, por meio das formações de uniões solenes ou tácitas, o que vem por gerar a responsabilidade dos entes envolvidos sobre seus efeitos.

Ademais, vale mencionar que o afeto e a afetividade não se confundem. O primeiro é entendido, para a psicologia, como um sentimento de amor ou ódio, afeição ou desafeição, já a afetividade é a forma como o direito enxerga a presença do afeto nas relações interpessoais, ao contrário do que se pode entender pelo conceito de abandono afetivo, que se traduz na carência gerada pela falta do afeto em tais

relações, conforme menciona Flávio Tartuce (2013) e como poderá ser melhor compreendido no próximo tópico.

2.2 Definição e características do abandono afetivo

Conforme demonstrado acima, obtendo a devida compreensão do que se entende por afetividade, percebe-se a grande relevância e magnitude que tal princípio vem alcançando nos últimos tempos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente para o campo do direito de família.

Sendo assim, conforme disposto por Paulo Lôbo (2011), o princípio da afetividade traduz-se em uma incumbência dos pais perante seus filhos e dos filhos perante os seus pais, ainda que não se vislumbre a presença de amor ou afeição entre esses sujeitos. Dessa forma, a violação a essa responsabilidade vem a se caracterizar no que é chamado de abandono afetivo.

Lôbo (2011) ainda afirma que o instituto do abandono afetivo é vislum- brado por meio da indiferença, do desprezo, do descaso para com a assistência afe- tiva que os vulneráveis devem receber, o que pode gerar um dano ao futuro destes.

O referido autor (2011, p. 312) vai além e define o que vem a ser o aban- dono afetivo na relação do pai para com seus filhos:

> [...] o "abandono afetivo" nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito atraiu para si, conferindo-lhe consequência jurídicas que não podem ser desconsideradas.

Já Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006, p. 136), nessa mesma perspectiva, dispõe que "o abandono afetivo se configura pela omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua concepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo".

De acordo com o desembargador Jones Figueirêdo Alves (2013), o abandono afetivo inverso, ou seja, aquele que diz respeito ao abandono dos filhos em relação aos pais nada mais é do que:

> [...] a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afe- tiva da família.

O desembargador (2013), ainda, afirma que quando ocorre o abandono de um idoso, além da violência física e/ou financeira, ocorre também uma violação ao seu direito à vida, pois nesse caso lhe é negada a oportunidade de viver com quali- dade.

Dessa forma, pode-se desenvolver o entendimento, pela explanação acima, que qualquer atitude que vá de encontro ao princípio da afetividade, deixando qualquer de seus pressupostos de lado, pode vir a ser considerado como abandono afetivo ou seja, a ausência ou omissão nos cuidados devidos para com o vulnerável será vista como tal.

2.3 Diferença entre abandono afetivo e abandono material

Conforme já mencionado em outro momento neste trabalho, o artigo 229 da Constituição Federal traz em seu dispositivo as incumbências tanto dos pais em relação aos filhos quanto dos filhos em relação aos pais. Entretanto, quando tal dever não vem a ser cumprido, pode ser caracterizado, judicialmente, como crime de abandono afetivo, material ou até mesmo intelectual, de acordo com notícia trazida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2015).

O crime de abandono material tem previsão legal no Código Penal, encontrando-se dentro do capítulo que estabelece os crimes contra a assistência familiar, em seu artigo 244, que dispõe o seguinte:

> Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; dei- xar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Sendo assim, como pode-se entender do referido dispositivo, o aban- dono material nada mais é do que deixar de oferecer materialmente o necessário a subsistência da vítima, que pode ser o cônjuge e os descendentes ou ascendentes em determinadas condições.

Já o abandono afetivo, conforme afirmado na notícia trazida pelo CNJ (2015), configura-se quando do "descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia presente, previstos implicitamente na Constituição Federal", ou seja, esse tipo de abandono abarca um parâmetro subjetivo ligado ao aspecto emocional e sentimental da pessoa.

De acordo com Luiz Edson Fachin (2012), quanto a intervenção judicial em relação a caracterização do abandono afetivo no ambiente familiar, essa deve ser mensurada a fim de propiciar o livre desenvolvimento da pessoa naquele espaço familiar, protegendo, no entanto, aquele que seja jurídica ou faticamente mais vulnerável, por suas condições pessoais, como, por exemplo, a criança, o incapaz ou o idoso.

Dessa forma, pode-se entender o abandono material como sendo o descumprimento do dever de cuidado quanto a não deixar faltar o que for materialmente necessário ao ente vulnerável e o abandono afetivo como a negligência ou omissão em relação ao dever de cuidado no que tange a um bem não palpável, extrapatrimonial, sentimental, afetivo, conforme afirma Gustavo Tepedino (2011).

2.4 Diferença entre abandono afetivo e abandono intelectual

A princípio, cabe apontar o amparo constitucional e legal estabelecidos sobre a educação para que, posteriormente, possa-se identificar o que se caracteriza por abandono intelectual.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 208, inciso I, estabelece o seguinte:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

> I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (de- zessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

Além de a educação ser determinada como um dever do Estado na Constituição, em seu artigo 227, há também sua previsão como sendo uma incumbência da família para com as crianças, adolescentes e jovens.

Ademais, leis infraconstitucionais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e até mesmo o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) preveem a obrigação da família em dar amparo a essas pessoas no que tange a educação.

O Código Penal, em seu artigo 246, traz uma definição para o abandono intelectual propriamente dito, qual seja:

> Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:
>
> Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Assim, de acordo com artigo de Bruno Gilaberte (2017), divulgado no site da Escola Superior de Direito Público, o abandono intelectual pode ocorrer de duas maneiras, quais sejam "deixando de matricular o filho em um estabelecimento de ensino, sem substituição por ensino domiciliar; ou obrigando-o a faltar às aulas reiteradamente, sem reposição de conteúdo".

Dessa forma, nota-se a diferença entre abandono intelectual e abandono afetivo, pois, no primeiro caso, é evidente que esse abandono se dá no que tange ao intelecto da pessoa, deixando de fornecer a educação mínima exigida tanto pela Constituição quanto por leis infraconstitucionais.

Já em se tratando do abandono afetivo, apesar de poder ser considerado um reflexo do descuido com a educação, conforme define Grace Costa (2015), este se dá mais especificamente em decorrência da carência emocional por omissão de cuidado, companhia, assistência moral, psíquica e social para com os mais vulneráveis da relação familiar.

2.5 Diferença entre abandono afetivo e abandono de incapaz

Em se tratando do abandono afetivo, reitera-se que esse se relaciona ao sentido da perda das qualidades mais importantes advindas do convívio familiar, con- forme afirma Maria Berenice Dias (2005, p. 58), quais sejam “o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe”.

Já o abandono de incapaz está previsto no artigo 133 do Código Penal Brasileiro, o qual dispõe que:

> Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigi- lância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:
>
> Pena - detenção, de seis meses a três anos.
>
> § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos.
>
> § 2º - Se resulta a morte:
>
> Pena - reclusão, de quatro a doze anos.
>
> § 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo;
>
> - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.
>
> – se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos

Sendo assim, pode-se entender do artigo acima transcrito que o aban- dono de incapaz se traduz na hipótese de colocar em risco – seja por falta de cuidado, guarda, vigilância ou autoridade – uma pessoa incapaz de se defender.

Ademais, conforme afirma Ney Moura Teles (2004, p. 234), estará co- metendo o crime de abandono de incapaz mesmo quando o responsável se encontrar próximo a vítima caso "simplesmente deixe de realizar as ações necessárias à sua proteção".

Dessa forma, constata-se que o abandono de incapaz está mais voltado ao sentido de resguardar a integridade física e a saúde, acautelar as ações tomadas por um ser vulnerável e exercer um poder-dever de autoridade e aconselhamento, de

acordo com João José Caldeira Bastos (2007). Diferentemente do abandono afetivo, que, como já fora dito, está mais ligado ao cuidado sentimental, emocional e/ou psicológico do vulnerável, que quando deixa de ser suprido causa dor, angústia e sofrimento, conforme disposto por Carlos Roberto Gonçalves (2013), o que pode, inclusive, caracterizar o dano moral.

2.6 Diferença entre abandono afetivo e alienação parental

Segundo matéria divulgada no site do Senado Federal, em 2014, o Es- tatuto das Famílias estabelece o instituto da alienação parental como sendo uma ten- tativa de alguém, que possua autoridade, convivência ou vigilância sobre uma criança ou adolescente, de distanciá-lo de um ou de ambos os genitores.

Já de acordo com a Lei n. 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental, em seu artigo 2º:

> Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na for- mação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou indu- zida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manu- tenção de vínculos com este.
>
> Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:
>
> - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
>
> - dificultar o exercício da autoridade parental;
>
> - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
>
> - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência fa- miliar;
>
> - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e altera- ções de endereço;
>
> - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

> - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Sendo assim, consoante Márcia Cavalcante de Aguiar (2016) afirma, diferencia-se a alienação parental do abandono afetivo, pois, na primeira, necessariamente, incide a ação de um terceiro, a fim de desvirtuar a relação entre filho(s) e genitor(es). Já em relação ao abandono afetivo, esse se dá diretamente e tão somente pela ação de quem abandona, que o faz por sua própria vontade, sem a interferência de outras pessoas.

Ademais, outra diferença visível entre os conceitos de alienação parental e abandono afetivo é que este pode se dar tanto na relação de pais para filhos, de filhos para pais, cônjuges, etc.; já naquele fica evidente que só ocorre em relação à alienação que se dá perante o(s) filho(s) diante de um ou de ambos os genitores.

Dessa forma, apesar de ambos os institutos colocarem em risco à saúde emocional e psicológica das vítimas, a diferença entre eles fica evidente ao se verificar de onde parte a iniciativa para que cada um venha a ser configurado e, ainda, sobre quem eles podem incidir, conforme propõe a autora acima mencionada.

2.7 Dos efeitos do abandono afetivo

Consoante afirma o professor Danilo Porfírio de Castro Vieira (2014), conforme demonstrado na explanação relativa à afetividade, a formação de uniões solenes ou tácitas, por meio da autonomia de vontade, pode gerar responsabilização ao ente que venha a cometer alguma falta diante da relação afetiva que se configurou.

De acordo com Lôbo (2011), a ausência de assistência afetiva, amor, carinho, cuidado e dedicação pode ocasionar danos gravíssimos à qualidade de vida da pessoa abandonada, devendo, dessa forma, tal atitude ser objeto de responsabilização, não com o objetivo de reparar, pois nesse caso não seria possível, mas sim de compensar o prejuízo dessa conduta à vida de quem sofreu o abandono afetivo.

Assim, na situação de abandono afetivo é possível a caracterização de responsabilidade civil, especificamente no que tange ao campo do dano moral, tanto em conformidade com a Constituição Federal quanto com o Código Civil de 2002, que subsidiam a incidência deste tipo de indenização, conforme dispõe Ana Cecília Parodi (2007).

A supramencionada autora afirma, ainda, que a possível indenização pode ocorrer tanto a fim de ressarcir – de modo que a vítima retorne ao *status quo ante* – ou de reparar – de modo a compensar dano sofrido –.

De acordo com Cleverton Elias Vieira (2006), para que possa ocorrer o dever de indenizar, é necessário que possam ser vistos atos prejudiciais à vítima e que possam ser vislumbrados com clareza os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta humana, tanto de ação quanto de omissão; o nexo de causalidade; o dano; e a culpa.

O pressuposto da conduta humana, conforme menciona Maria Helena Diniz (2017), é entendido como determinado ato humano, seja configurado por ação ou omissão, tanto lícito quanto ilícito, que se dê de forma voluntária ou seja-lhe objetivamente imputável, do próprio agente que venha por configurar prejuízo a um terceiro, o que vem por conferir ao lesado um direito em face do dever que deixou de ser satisfeito de alguma forma.

Já em relação ao pressuposto do nexo de causalidade, Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 39) estabelece que:

> O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causali- dade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida

Ademais, o dano, também requisito essencial para a configuração da responsabilidade civil, conforme afirma Diniz (2017), pode ser constatado como

uma lesão sofrida por uma pessoa sobre determinado bem ou interesse de cunho jurídico, patrimonial ou, ainda, moral, ocorrido devido a determinado acontecimento contrário a sua vontade.

Para Rui Stoco (2007, p. 133), o conceito da culpa pode ser expresso da seguinte forma:

> Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de oca- sionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligencia, existe a culpa (stricto sensu).

Em se tratando deste pressuposto, Pablo de Paula Saul Santos (2012) o menciona como sendo quando não se tem a intenção de fazer algo, em uma visão *stricto sensu*, ou seja, a conduta de determinado ato foi voluntária, no entanto, todavia, ocasionou um fim indesejado por falta de cuidado, podendo esta falta ter ocorrido em decorrência dos fenômenos da negligência, imprudência ou imperícia.

Por fim, ainda em relação ao pressuposto da culpa, impende mencionar que, conforme disposição do Código Civil de 2002, em seu artigo 927, parágrafo único, independentemente da existência do instituto da culpa, haverá a obrigação de reparar o dano, portanto esse pressuposto não é indispensável para uma possível caracterização de responsabilidade civil.

Dessa forma, no caso do abandono afetivo, conforme se pode extrair das informações mencionadas acima, a conduta humana que se estabelece é a de omissão em relação ao cuidado e zelo do vulnerável da relação familiar; o nexo de causalidade decorre do abandono em si que pode causar transtornos diversos à vítima por vontade própria do agente que abandona; o pressuposto do dano liga-se diretamente a afetividade que deveria ter sido conferida a alguém e em decorrência desua omissão pode ocasionar danos emocionais, sentimentais, sociais e/ou psíquicos a essa pessoa e; por fim, a culpa do agente que abandona é, certamente, dolosa, pois esse sabe ou deveria saber de suas obrigações para com o vulnerável que deveria estar sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade.

3 DA TUTELA JURÍDICA AO IDOSO

Este capítulo pretende demonstrar, cabalmente, como o idoso é aludido pela legislação brasileira como um todo, desde a Constituição Federal, que traz apontamentos mais genéricos a tudo aquilo que acredita ser importante para a construção da sociedade idealizada, até a lei infraconstitucional n. 10.741/2003, que se volta especificamente a ele.

Assim, é de suma importância conhecer quais princípios e direitos cer- cam os cuidados para com a pessoa idosa e confirmar os deveres de amparo, assis- tência, cuidado e cooperação da família, da sociedade e do Estado para com essas pessoas

Nesse sentido, o propósito deste capítulo é o de obter uma perspectiva geral de como o idoso é encarado juridicamente no Brasil para que, posteriormente, possa-se vislumbrar, em decisões judiciais, situações fáticas em que o instituto do abandono afetivo foi verificado, de modo que se perceba como ele pode ser aplicado ao vulnerável idoso.

3.1 Constituição Federal de 1988

Genericamente, no Título I da Constituição, já confere proteção ao idoso ao estabelecer como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III, e, ainda, ao dispor que é um objetivo promover o bem de todos, sem preconceitos, inclusive em face da idade, conforme pode-se observar em seu art. 3º, inciso IV, conforme apontam Patrícia Fortes Lopes Donzele Cielo e Elizabete Ribeiro de Carvalho Vaz (2009).

Assim, percebe-se, de início, que os direitos das pessoas idosas se encontram em diversos capítulos da Carta Magna de 1988, no entanto, de acordo com as autoras acima citadas (2009), a CF/1988 não apenas tratou dos idosos de forma abrangente como também diretamente, ao cuidar de sua situação no Título VIII, Capítulo VII, que traz disposições cuja finalidade é a de conferir uma maior proteção aos

mais vulneráveis dentro do seio familiar, quais sejam a criança, o adolescente, o jovem e o idoso.

Ademais, o referido capítulo, em seus artigos 229 e 230, demonstra o real intuito da norma maior ao dispor mais especificamente sobre os idosos, qual seja o de conferir amparo a tais pessoas, tanto por parte da família quanto do Estado, conforme se pode extrair da leitura dos artigos:

> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos me- nores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
>
> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defen- dendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
>
> § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferen- cialmente em seus lares.
>
> § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Ainda sobre os artigos supramencionados, interessante notar que do art. 230, *caput*, pode-se extrair o princípio da solidariedade social, tendo em vista a incumbência estabelecida em face da família, da sociedade e do Estado como um todo para com o dever de amparo com o idoso.

Para Paulo Lôbo (2013), o fenômeno da solidariedade social consiste numa dimensão ética e moral cuja projeção transcendeu para o mundo jurídico. Tal conceito relaciona-se a um sentimento de responsabilidade que, subliminarmente, acaba por exigir que se estabeleça uma ligação de "cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado" para com outras pessoas possivelmente mais vulneráveis em alguma perspectiva.

Nessa perspectiva, para Martinez (2001, p. 74), a solidariedade social consiste em uma:

> [...] projeção de amor individual, exercitado entre parentes e estendido ao grupo social. O instinto animal de preservação da espécie, sofisti- cado e desenvolvido no seio da família,

> encontra na organização so- cial ambas possibilidades de manifestação.

Dessa forma, destaca-se que todo ser humano, por sua condição inata, é vulnerável por si só, contudo algumas pessoas que se encontram em determinadas situações, seja pela idade, sexo, cor, raça, etc., podem acabar por se tornarem mais que o normal, o que faz com que haja a necessidade de fornecer cuidados especiais para com elas, o que no mundo jurídico se traduz em prever uma tutela específica e concreta e fim de salvaguardá-las do perigo, consoante aborda Heloísa Helena Barbosa (2009).

Por isso, a autora citada acima (2009) aponta que esse cuidado em re- lação ao idoso é relevante tendo em vista sua vulnerabilidade, que decorre do fato desse possuir uma idade avançada, tornando-o frágil e indefeso perante os demais, motivo pelo qual deve-se observar mais especificamente o que diz a Lei n. 10.741/2003, a qual dispõe acerca do Estatuto do Idoso.

3.2 Estatuto do Idoso e sua proteção integral

Apesar de a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 ter contemplado diretamente a pessoa idosa em suas disposições, permitindo que ela possa ser vislumbrada pela sociedade como um ser vulnerável, que precisa de cuidados mais especiais e específicos que outros grupos, viu-se a necessidade de criar uma regulamentação própria a fim de que essa proteção conferida pelo legislador constitucional pudesse, na prática, atingir seus objetivos.

Dessa forma, surge o Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, que, de acordo com seu art. 1º, *caput*, está voltado a finalidade de "regular os direitos assegu- rados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos".

O Estatuto do Idoso, em seu Título II, estabelece os direitos fundamen- tais desses indivíduos, os quais são de suma importância para o completo entendi- mento da proteção que lhes foi conferida, com o intuito final de conseguir visualizar como o legislador percebeu e protegeu sua vulnerabilidade perante os demais.

De início, o Título II, Capítulo I, do referido Estatuto começa abordando o direito do idoso à vida, assim como previsto na CF/1988, em seu art. 5º, porém, ao contrário desta que previu tal disposição de forma geral e ampla a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, o regulamento quis ratificar o referido direito voltando-o particularmente para o idoso, afirmando, ainda, a incumbência do próprio Es- tado em relação à manutenção desse direito e, consequentemente, do direito da sa- úde, devendo dar seguimento a eles por meio de políticas públicas.

Nessa perspectiva, no que tange ao direito à vida, todos os indivíduos, incluindo os idosos, possuem tanto o direito de se manterem vivos como de, enquanto sobreviver, poderem seguir com dignidade, conforme afirma Maria Helena Diniz (2009, apud Deyvson Humberto da Silva Costa, 2016):

> Têm-se que, o direito à vida é o mais fundamental e inviolável de todos os direitos, sendo este assegurado pelo Estado por dois contextos: 1) o direito que se tem de permanecer vivo, ou seja, ninguém pode tirar a vida de outra pessoa, fato que quando ocorre, é considerado crime tipificado no art. 121 do Código Penal; 2) dignidade enquanto se vive, a ser citado como exemplo a inclusão social e igualdade entre indiví- duos.

Já o Capítulo II do referido título traz à tona a responsabilidade do Estado e da sociedade em relação aos direitos de liberdade, respeito e da já mencionada dignidade.

A disposição no Estatuto do Idoso acerca dos direitos acima menciona- dos é de suma importância tendo em vista muitas vezes a pessoa com mais idade ser encarada perante a comunidade, rotineiramente, com “preconceito e rejeição”, até mesmo em situações que tão somente digam respeito a sua própria vida, conforme informativo publicada no *site* do Ministério Público do Estado de Pernambuco – MPPE (2012).

O referido informativo disponibilizado pelo MPPE (2012) vai além ao afir- mar que “A capacidade de poder escolher, de votar, de andar livremente, de manifes- tar suas opiniões de qualquer ordem, de ter preservado seu espaço físico, seus obje- tos e bens pessoais são direitos de cidadania, previstos também na Constituição”.

Sucessivamente, o Capítulo III, do Título II, do aludido Estatuto dispõe acerca do direito à alimentação da pessoa idosa, ou seja, se esse indivíduo não possuir condições mínimas para sua subsistência poderá pedir auxílio tanto para seu côn- juge ou para outros parentes a fim de prestar-lhe alimentos, consoante afirma Roberto Mendes de Freitas Junior (2011).

Ademais, Silvio Rodrigues (2004) aponta que a doutrina de forma geral diferencia os alimentos entre aqueles chamados naturais e civis. Os alimentos intitulados como sendo naturais consistem naquilo que se considera fundamental para a sobrevivência do que necessita da prestação alimentar, tanto no que tange aos alimentos propriamente ditos quanto a outros itens que se façam tão necessários quanto, como, por exemplo, aqueles relativos a vestimentas, moradia, saúde, educação e etc. Já os chamados alimentos civis têm a função de manter o alimentante naquele mesmo padrão em que se encontrava anteriormente, de forma a manter sua qualidade de vida.

Indo adiante, em relação aos direitos fundamentais previstos no Título II do Estatuto do Idoso, seu Capítulo IV prevê isoladamente o direito do idoso à saúde, mesmo já o tendo feito, de forma breve, em seu Capítulo I, o qual estabelecia ser de responsabilidade do Estado resguardar tanto à vida quanto à saúde de talindivíduo.

O Capítulo IV, já mencionado acima, estabelece várias garantias ao idoso no exercício de seu direito à saúde, dentre essas encontram-se a atenção inte- gral a sua saúde, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, inclusive em face de enfermidades que aflijam em especial esse grupo, além de seu acesso universal e igualitário a tal direito fundamental, dentre outros estabelecidos nos artigos

Ademais, constituir como sendo um direito fundamental do idoso o seu amplo e integral acesso à saúde nas diretrizes traçadas pelo Estatuto do Idoso, dentre seus artigos 15 e 19, consiste em uma prerrogativa para que esse indivíduo possa usufruir de outros direitos e garantias previstos na própria Constituição Federal, no mencionado Estatuto e nas diversas outras normas que venham a conferir algum direito ou benefício a ele, tendo em vista que esse só será capaz de se fazer valer de

outras garantias que lhes sejam concedidas caso esteja em plenas condições para que o faça, consoante estabelecido por Barletta (2014, p. 126):

> Compreende-se que a existência digna dos anciãos também se com- põe pelo acesso à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profis- sionalização e ao trabalho. Mas sem saúde não há como desfrutar desses e de outros direitos tratados com especial atenção no Estatuto do Idoso. Resta evidente que, sem o ânimo que só um bom estado de saúde torna possível, não há espaço para a dose de esforço necessá- ria à dedicação aos estudos, à profissionalização e ao trabalho.

Partindo do direito à saúde conferido ao idoso em seu Estatuto, e, con- forme dito acima, a educação, a cultura, o transporte e o lazer são direitos fundamen- tais também garantidos a esse grupo no Título II da norma referida, em seu Capítulo V.

Com a previsão de conferir aos idosos os direitos acima descritos, o Estado fica incumbindo de formar as oportunidades ligadas a sua educação e, inclusive, fomentar instituições de ensino superior a oferecer atividades, presenciais ou a dis- tância, a essas pessoas, resguardar sua participação em eventos relativos ao lazer ou à cultura proporcionando, no mínimo, 50% de desconto nos ingressos e, também, seu acesso prioritário em tais ambientes

O Capítulo VI, do Título II, do Estatuto do Idoso trata da profissionaliza- ção e do trabalho desse grupo. Dentro desse Capítulo, o art. 26 dispõe que "O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas" e o art. 27 proíbe que haja qualquer discriminação ou previsão máxima de idade na admissão de emprego pelo idoso, inclusive para fins de con- cursos públicos.

De acordo com Carolina de Souza Novaes Gomes Teixeira (2013), a garantia em relação à profissionalização e ao trabalho, além de um direito constituci- onalmente previsto e reafirmando pelo Estatuto, também se mostra indispensável, a fim de manter o idoso financeiramente saudável e, consequentemente, por esse indi- víduo passar a se sentir capaz de prover o próprio sustento, gerar-lhe dignidade e bem-estar físico e mental.

Ademais, ainda a esse respeito, o Supremo Tribunal Federal – STF edi- tou a Súmula n. 14 e, posteriormente, a de n. 683, a fim de pacificar e reafirmar o entendimento da disposição prevista no Estatuto que veda a previsão de idade máxima para inscrição em concursos voltados para provimento de vagas em cargos públicos, conforme transcritas abaixo:

> Súmula 14 do STF
>
> Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público.
>
> [...]
>
> Súmula 683 do STF
>
> O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Sucessivamente, o Capítulo VII dispõe acerca da previdência social, a qual visa, por meio dos "benefícios de aposentadoria e pensão", outorgar respeitabilidade para com o sujeito que contribuiu por meio de seu trabalho.

A Lei n. 8.213/1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, em seu art. 1º, enuncia sua finalidade no que tange aos indivíduos que visa amparar, inclusive em relação aos idosos, conforme abaixo transcrito:

> Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim asse- gurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Ademais, o Capítulo VIII trata da assistência social que, consoante dis- posto pelo art. 33 do Estatuto do Idoso, será realizada "de forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, na Política Nacional do Idoso, no Sistema Único de Saúde e demais normas pertinentes".

Assim como a previdência social, a assistência social faz parte do rol de direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, o qual afirma que "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o

transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Nesse sentido, a Lei Orgânica de Assistência Social (Lei n. 8.742/1993), em seu art. 1º, define o seguinte:

> Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de inici- ativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessi- dades básicas.

Indo além, a mencionada lei que trata da assistência social, em seu art. 2º, dispõe sobre vários de seus objetivos sendo um deles, previsto no inciso I, alínea "e", "a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiên- cia e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família", ou seja, ao idoso vem sendo conferida diversas pro- teções conforme pode ser visto pelas disposições da Constituição, do Estatuto do Idoso e da Lei Orgânica de Assistência Social.

Consecutivamente, o Capítulo IX do Título II do Estatuto em estudo, dis- põe sobre o direito fundamental do idoso à habitação, ou seja, "O idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada", conforme exporto pelo art. 37 da norma em questão.

A esse respeito, o Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1991, por meio do Comentário Geral n. 4, estabeleceu elementos que levam a uma noção do que representa o conceito de moradia digna, o qual é reconhecido como sendo um direito humano pelo Pacto Internacional de Direi- tos Sociais, Econômicos e Culturais (1996, apud Jefferson Luiz Alves Marinho, 2008, p. 5) e abaixo transcrito:

> Segurança Jurídica da Posse: todas as pessoas devem possuir um grau de segurança da posse que lhes garanta a proteção legal contra despejos forçados, expropriação, deslocamentos, e outros tipos de ameaças;

> Disponibilidade de Serviços e Infraestrutura: acesso ao forneci- mento de água potável, fornecimento de energia, serviços de sanea- mento e tratamento de resíduos, transporte, iluminação pública;
>
> Custo de Moradia Acessível: adoção de medidas para garantir a proporcionalidade entre os gastos com habitação e a renda das pes- soas, criação de subsídios e financiamentos para os grupos sociais de baixa renda, proteção dos inquilinos contra aumentos abusivos de alu- guel;
>
> Habitabilidade: a moradia deve ser habitável, tendo condições de saúde, física e de salubridade adequadas;
>
> Acessibilidade: constituir políticas públicas habitacionais contem- plando os grupos vulneráveis, como os portadores de deficiências, os grupos sociais empobrecidos, vítimas de desastres naturais ou de vi- olência urbana e conflitos armados;
>
> Localização: moradia adequada significa estar localizada em lugares que permitam acesso às opções de emprego, transporte público efici- ente, serviços de saúde, escola, cultura e lazer;
>
> Adequação cultural: respeito à produção social do habitat, à diver- sidade cultural, aos padrões habitacionais oriundos dos usos e costu- mes das comunidades e grupos sociais.

Nessa perspectiva, percebe-se a importância do direito fundamental da habitação conferido ao vulnerável idoso e, ainda, como tal direito deve lhe ser garantido a fim de subsidiar seu objetivo maior, qual seja o de fornecer a ele uma moradia digna.

Por fim, em se tratando dos direitos fundamentais conferidos aos idosos pelo Estatuto, em seu Título II, Capítulo X, está previsto o seu direito ao transporte.

Tal Capítulo traz disposições como a de que os indivíduos cuja idade seja superior a 65 (sessenta e cinco) anos possuem gratuidade em relação aos trans- portes públicos urbanos ou semiurbanos, bastando que apresente um documento pes- soal para fazer jus a esse direito; o direito a ter, no mínimo, 10% dos assentos nesses meios de transportes reservados; o direito a reservas de, pelo menos, 5% das vagas em estacionamentos tanto públicos como privados, visando gerar maior comodidade ao idoso; dentre outras previsões que poder ser extraídas dos artigos referentes.

Outrossim, o Estatuto do Idoso, em seu art. 2º, *caput*, afirma que esse grupo possui além de todos os "direitos fundamentais inerentes à pessoa humana", os quais já foram individualmente tratados acima, proteção integral por lei ou outras formas que lhe confiram "facilidades e oportunidades", de modo que sua saúde, tanto física quanto psicológica e emocional, seja salvaguardada.

Da mesma forma que ocorre com crianças e adolescentes, o idoso tam- bém precisa de uma assistência jurídica própria, no que tange aos cuidados com seus direitos e garantias, pois, do mesmo modo que aqueles, é vulnerável perante a sociedade tendo em vista sua idade e, também, sua condição econômica, conforme pode-se perceber por meio do art. 203, incisos I e V da nossa Carta Magna de 1988:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por ob- jetivos
>
> I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
>
> [...]
>
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;

Em se tratando da vulnerabilidade, esta se adequa a diversos tipos de contextos que, de alguma forma, como visto do trecho trazido acima da CF/1988, ge- rem algum risco social, podendo ser vista de duas formas: vulnerabilidade relativa, para aqueles indivíduos que apresentam alguma autonomia, e vulnerabilidade abso- luta, para aqueles que precisam de uma proteção total em sua vida, conforme aponta Bitencourt (2015).

Tal vulnerabilidade, além de prevista na CF/1988, conforme visto acima, é reafirmada pelo Estatuto em diversas disposições, inclusive em seu art. 14, *caput*, o qual afirma que "Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social".

Dessa forma, para Favier (2012), e como pode ser percebido pelos enun- ciados, tanto da CF/1988 quanto do Estatuto do Idoso trazidos acima, a vulnerabili- dade do indivíduo está atrelada a uma particularidade da sua relação social, o que se desdobra, inicialmente, no preceito fundamental da República Federativa do Brasil, qual seja, o de respeitar a dignidade da pessoa humana e, consequentemente, os direitos individuais e sociais do indivíduo, advindos dos dispositivos legais que res- guardam tais relações no âmbito interno de um país.

Nesse sentido, acerca da vulnerabilidade, Junges (2007) afirma que, para sua correta definição, é necessário ver esse conceito de forma abrangente e sob várias perspectivas, visando suas funções biológicas, psicológicas, emocionais, espi- rituais, culturais, sociológicas e ambientais.

As pessoas idosas se encontram em um período da vida o qual tende a ocorrer o acumulo de várias das variáveis citadas acima de forma negativa, seja por fatores políticos ou sociais vivenciado ao longo dos anos ou por questões ambientais que, por ventura, degradaram sua saúde física e/ou mental, dentre outras inúmeras possibilidades.

Dessa forma, fica evidente a vulnerabilidade do idoso com a explanação de Zimerman (2000, p. 24):

> […] com o passar dos anos é impossível que o nosso corpo não se ressinta: adoece-se mais vezes e mais facilmente; o tempo de recupe- ração torna-se maior; diminui a visão, a audição, a força e a memória, e ocorrem alguns problemas cardiovasculares e/ou reumáticos.

Nessa perspectiva, Schumacher, Puttini e Nojimoto (2013) afirmam que a fragilidade do idoso, aqui traduzida como expressão da vulnerabilidade a ele confe- rida, é natural e acontece de forma paulatina, tendo em vista seu desgaste físico, emocional e social, que ocorre com o passar do tempo, revelando-se em uma poten- cial forma de agressão social.

Com isso, conforme já mencionado acima neste trabalho, a Constituição Federal de 1988, em seu Título VIII, Capítulo VII, traz algumas disposições para de-

terminados grupos, sendo eles os da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso.

Dentro do capítulo acima mencionado, a CF/1988 traz, em especial, ar- tigos que determinam comportamentos da família, da sociedade, do Estado, dos pais e/ou dos filhos um para com os outros a fim de minimizar as vulnerabilidades dos indivíduos mais frágeis dentro do convívio familiar, quais sejam as crianças, os adolescentes e os idosos e, para tanto, acaba por conferir-lhes, implicitamente, uma proteção integral.

O princípio da proteção integral, conforme definido por Cury, Garrido de Paula e Marçura (2002), entende-se como sendo a concorrência de vários direitos e garantias de determinados grupos da sociedade, que, por algum motivo, não tenham todos os pressupostos para agir em sua própria defesa e cuidado, de forma que, ao contrário dos direitos fundamentais que são conferidos a todo e qualquer indivíduo, a proteção integral se mostra não apenas de forma negativa, ou seja, deixar de tomar determinadas condutas para que não se viole tais direitos, mas, inclusive, de forma positiva, ou seja, determinando que determinadas pessoas, órgãos, entidades ou a sociedade como um todo devam fazer coisas em favor destes.

Nesse sentido, os referidos autores (2002, p. 21) voltando-se ao campo relativo às crianças e aos adolescentes, dispõem que:

> A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crian- ças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à socie- dade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direi- tos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

Confirmando a ideia trazida pelos autores acima mencionados, o Esta- tuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei n. 8.069/1990, em seu art. 1º, de forma sucinta e clara afirma que "Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente" e, vai além ao dispor, ainda, em outros momentos sobre a importância

da proteção integral, tanto em seu art. 3º quanto em seu art. 100, parágrafo único, inciso II:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos funda- mentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desen- volvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
>
> [...]
>
> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessi- dades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortaleci- mento dos vínculos familiares e comunitários.
>
> Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:
>
> II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes sãotitulares;

Isto é, pelo que se pode perceber das citações transcritas acima, o prin- cípio da proteção integral visa não somente resguardar os direitos conferidos a determinados grupos, como no caso acima que especificamente trata do grupo das crian- ças e dos adolescentes, mas também assegurar que tais direitos e garantias sejam efetivamente respeitados, exercidos e concretizados.

Assim como nos casos das crianças e dos adolescentes, o idoso, tam- bém por sua vulnerabilidade e fragilidade perante a sociedade como um todo, possui, de forma distinta, direito ao princípio da proteção integral, o que foi confirmado em seu próprio Estatuto, Lei n. 10.741/2003, no art. 2º:

> Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportu- nidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em con- dições de liberdade e dignidade.

A forma distinta de se tratar as crianças e os adolescentes em relação aos idosos no que tange ao princípio da proteção integral diz respeito ao fato que o ECA

busca assegurar que, por lei ou por outros meios, sejam fornecidas todas as oportunidades e facilidades com o intuito de propiciar o progresso e evolução, tanto física quanto mental, para as crianças e os adolescentes; já em relação aos idosos, o Estatuto do Idoso volta-se à busca de garantir, também por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades a fim de que seja-lhe conservada e resguardada sua saúde psicofísica, conforme afirma Fabiana Rodrigues Barletta (2008), em sua tese de doutorado.

Sendo assim, Barletta (2008, p. 98) afirma que ao passo que a criança e o adolescente possuem a garantia ao direito de "crescer moralmente, espiritual- mente e socialmente em condições de liberdade e dignidade", ao idoso, por sua vez, são garantidas "todas as oportunidades e facilidades para o aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social do idoso, em condições de liberdade e dignidade".

Em outras palavras, a autora acima mencionada (2008) quer dizer que tudo que a pessoa cuja idade já está avançada obteve ao longo de sua vida deve ser conservado e protegido, na medida do possível. Já em se tratando das crianças e dos adolescentes, a variedade de formas em relação ao seu desenvolvimento saudável é ampla, tendo em vista sua natureza propícia tanto em relação a sua evolução física quanto ao seu aprendizado e crescimento intelectual.

4 A POSSIBILIDADE DE TUTELA AO IDOSO EM ABANDONO AFETIVO

O presente capítulo visa apresentar situações fáticas que demonstrem como se dá o reconhecimento do abandono afetivo perante o Poder Judiciário brasi- leiro e, consequentemente, verificar como esse instituto pode e deve ser aplicado no caso específico do vulnerável idoso.

A demonstração de como o abandono afetivo é identificado de fato será possível por meio de análises de algumas das decisões judiciais em que foram apre- sentadas situações nas quais o julgador pôde vislumbrar as características apresen- tadas neste trabalho, no primeiro capítulo, relativas ao princípio da afetividade; ao

abandono afetivo e suas respectivas diferenças em relação aos abandonos material, intelectual, de incapaz e à alienação parental; e, ainda, a responsabilidade civil advinda de tal conduta.

Dessa forma, serão analisadas três decisões judiciais acerca da temá- tica proposta, cujas ementas estarão transcritas abaixo, juntamente com suas devidas observações, a fim de deixar evidente a forma que o judiciário brasileiro enxerga a presença do abandono afetivo e a possibilidade de aplicação desse instituto no contexto social do idoso.

4.1 Análises de decisões judiciais

Inicialmente, será analisado um caso em que se deu o reconhecimento do instituto do abandono afetivo com a consequente admissão da responsabilidade civil do Recorrente, tratando-se de uma filha em face do pai, tendo em vista o mesmo tê-la abandonado material e afetivamente em sua infância e juventude, conforme des- crito no relatório do Recurso Especial – REsp n. 1.159.242/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi e consoante pode ser percebido pela transcrição da ementa aseguir:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à respon- sabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Di- reito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a im- posição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reco- nhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso por- que o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibi- lidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a pos- sibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação

> psicológica e in- serção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem re- volvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy An- drighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

No caso acima mencionado, ainda de acordo com o relatório da referida decisão do REsp, a autora, filha do Recorrente, ajuizou a dita ação por ter sido abandonada pelo seu genitor durante sua infância e juventude, conforme já exposto acima.

Na sentença relativa a essa ação inicial proposta, o Juiz acabou por jul- gar improcedente o pedido realizado pela Recorrida, afastando o reconhecimento do abandono afetivo, considerando o argumento de que o fato de ter o Recorrente se distanciado da filha foi, tão somente, por conta das atitudes da genitora da mesma, que agia de modo agressivo quando tinha algum contato com ele, tendo em vista o término do relacionamento de ambos.

Todavia, consoante acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJ/SP, a apelação interposta pela Recorrida foi provida, admitindo ter ocorrido o instituto do abandono afetivo no caso apresentado por parte do Recorrente, pai da autora da ação inicial, devendo esse compensá-la pelos danos morais advindos desse abandono na quantia de R$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), conforme se pode observar da transcrição da ementa a seguir:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MO- RAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIAL- MENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁ- RIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIAL- MENTE PROVIDO.

Inconformado com a decisão, o Recorrente alegou em sede de Recurso Especial desrespeito ao artigo 159 do Código Civil de 1916 – o qual, no Código Civil de 2002, está proposto pelo art. 186 –, e, ainda, aos artigos 944 e 1638 do Código Civil de 2002, além de ir contra jurisprudência do STJ a respeito da temática, conforme pode ser vislumbrado por meio do julgado relativo ao REsp n. 757.411/MG, em con- formidade com a ementa apresentada a seguir:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO.
>
> DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano mo- ral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabili- dade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228)

O REsp n. 757.411/MG, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 29 de novembro de 2005, afastou a obrigação de indenizar em se tratando de dano moral por abandono afetivo, tendo em vista a justificativa de que "escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo" e, sendo assim, "nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização plei- teada", conforme pronunciado pelo próprio Ministro Relator em seu voto referente à decisão.

Ademais, o Recorrente afirma não ter abandonado a filha e, mesmo que o tivesse feito, conforme foi reconhecido pelo TJ/SP, tal atitude não pode ser encarada como um ato ilícito, e sim como uma inobservância de suas incumbências no que tange ao poder familiar que lhe era conferido, devendo, dessa forma, ser sua única penalidade perder esse poder em relação à filha.

Sucessivamente, o Recorrente pede que seja reduzido o valor da com- pensação por dano moral fixada.

A Recorrida, no entanto, contrarrazoa reiterando os fatos já narrados, quais sejam ter sido abandonada material, moral e psicologicamente, desde o seu nascimento, sofrimentos esses que devem ser suficientes para fundamentar a decisão tomada pelo Tribunal de origem e o valor definido como compensação pelos danos morais.

Tendo o TJ/SP permitido o Recurso Especial, a Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, visa determinar se a omissão dos deveres paternos negados por toda a infância e juventude da Recorrida são suficientes para que se caracterize a compensação do dano moral sofrido.

Em suma, a Relatora, quando trata da existência do dano moral nas relações familiares, em seu voto (2012, p. 5) afirma que "não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família".

Adiante, ao verificar os elementos necessários à caracterização do dano moral, a Relatora vai além e declara que o reconhecimento da responsabilização civil subjetiva por meios dos elementos dano, culpa e nexo causal se torna complicada quando encarada perante relações familiares, visto que o vínculo existente entre os indivíduos de uma família está cercado por conceitos abstratos, como o afeto, o amor, a mágoa, etc.

Contudo, apesar da dificuldade para vislumbrar a correta demonstração da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, a Relatora (2012, p. 7) afirma que:

> Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas tam- bém legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento dou- trinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, desta- cam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

A Relatora vai além (2012, p. 11) e afirma que "Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos", ou seja, o amor por seu caráter abstrato e subjetivo não pode ser materializado ou explicado de maneira clara e bem definida, porém o cuidado é cercado por elementos objetivos e, por isso, pode ser verificado de modo a se estabelecer se o mesmo foi cumprido ou não.

Dessa forma, a Relatora ainda afirma, a fim de sintetizar sua fundamentação sobre o tema: "amar é faculdade, cuidar é dever".

Ademais, a Relatora (2012, p. 11) apresenta algumas das condutasque podem ser analisadas efetivamente com o fim de que esses mencionadas ações, re- lativas ao dever de cuidado, estarem sendo devidamente realizadas, sendo elas a "presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelaspartes".

Mais adiante na decisão, a Relatora (2012, p. 13) ainda considerou o fato de todo esse desprezo e desmazelo do pai terem gerado "sofrimento, mágoa e tristeza" na filha.

No entanto, a Relatora acabou por considerar excessivo o valor da compensação pelo dano moral causado fixada em R$415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), apesar de ter havido a ratificação do entendimento quanto à negligência para com o dever de cuidado do pai em relação à filha. Sendo assim, reduziu o referido valor para R$200.000,00 (duzentos mil reais).

Dessa forma, pode-se concluir por tudo que foi observado acerca da de- cisão decorrente do REsp n. 1.159.242/SP que ausência do cumprimento do dever de cuidado implica em ato ilícito pelo Direito Civil, podendo, inclusive, gerar o dever de indenizar.

Apesar de tal decisão em comento ter sido gerada a partir do abandono afetivo de um pai em relação a sua filha, pode-se claramente vislumbrar que tal ideia

trazida no voto de relatoria da Ministra Nancy Andrighi poderia fácil e corretamente ser aplicado ao contexto de um pai ou uma mãe idosos que foram abandonados pelo(s) descendente(s).

Aqui, o mais importante a se constatar é que o dever de cuidado é um imperioso ato a ser resguardado no âmbito das relações familiares, e, principalmente, que a ausência desse dever pode gerar danos irreparáveis aos que dele necessitam, pelo sofrimento moral, psicológico, afetivo e/ou sentimental provocado, que poderão ser objetos de compensação quando comprovada a existência do instituto do aban- dono afetivo em tais relações.

Adiante, outra decisão acerca do tema que chama a atenção no que tange mais especificamente ao campo do vulnerável idoso é o caso julgado pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJ/PR, tendo a autora proposto ação em face dos seus irmãos por terem abandonado material e afetiva- mente sua genitora, que tinha problemas de saúde e necessitava de cuidados espe- ciais, desde 1988, de acordo com a ementa abaixo transcrita:

> DECISÃO: ACORDAM os Julgadores integrantes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de vo- tos, em dar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do Relator. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - AÇÃO PROPOSTA PELA AUTORA EM FACE DE SEUS IRMÃOS - DANOS EMERGENTES - ALEGAÇÃO DE GASTOS COM A SUBSISTÊNCIA DA MÃE IDOSA - LUCROS CESSANTES - ALEGAÇÃO DE PERDA DA OPORTUNIDADE DE TER UMA PROFISSÃO, EM RAZÃO DOS CUIDADOS DEMANDA- DOS PELA MÃE - PLEITO DE PENSÃO MENSAL - DANOS MORAIS -ALEGAÇÃO DE DANOS MORAIS REFLEXOS, PELO SUPOSTO ABANDONO AFETIVO DA IDOSA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO - MATÉ- RIAS FÁTICAS QUE EXIGIAM ADEQUADA INSTRUÇÃO PROBATÓ- RIA - PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA - QUESTÃO PRELIMINAR - NECESSIDADE DE REABERTURA DA FASE INSTRUTÓRIA - RECURSO PROVIDO. (TJ-PR - APL: 15391645 PR 1539164-5 (Acórdão), Relator:

Gilberto Ferreira, Data de Julgamento: 30/03/2017, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 2022 08/05/2017)

Inicialmente, conforme descrito no relatório da decisão referente à Ape- lação Cível n. 1539164-5, da 4ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, fora proposta ação indenizatória resultante dos danos materiais e morais sofridos conforme afirma a autora, que, após separar-se de seu marido, passou a residir com seus pais, a convite desses, em 1983.

Posteriormente, em 1988, o pai da autora e dos réus faleceu e a autora passou a amparar sua mãe sozinha, tendo em vista a saúde da mesma já estar debi- litada.

Os réus distanciaram-se da mãe, a qual desenvolveu depressão e doença de Alzheimer, tendo seu quadro de saúde se agravado mais em meados de 2005, quando não conseguia mais se locomover e sua alimentação era realizada por meio de sonda. A situação de não conseguir sair da cama, nem mesmo para tomar banho, começou a causar-lhe feridas grandes pelo seu corpo, o que demandava cui- dados diários que eram fornecidos tão somente pela autora.

Concomitantemente, a autora também se encontrava com a saúde fra- gilizada e os médicos que assistiam à mãe em seu domicílio perceberam que a autora não tinha mais condições de cuidar da mãe sozinha. Por esse motivo, os médicos vieram a acionar a Secretaria do Idoso, a fim de que os irmãos da autora tomassem alguma providência e, em caso contrário, ajuizaria uma ação contra os mesmos.

Diante do ocorrido, os irmãos da autora contrataram uma pessoa para realizar os cuidados de que a idosa necessitava, no entanto, essa pessoa não tinha formação para realizar tal serviço. Após 4 (quatro) meses decidiram por colocar a idosa em um asilo, onde, após apenas 2 (dois) dias, a idosa veio a óbito.

Ademais, ainda de acordo com o relatório da decisão referente à Apelação cível n. 1539164-5 (2017, p. 4) os pedidos iniciais da autora foram julgados como improcedentes, e, inconformada com a decisão, ela traz argumentos pelos quais entende que a decisão merece ser reformada, quais sejam:

> Os danos materiais são devidos, pois diante do abandono material de seus irmãos aos pais, precisou utilizar toda a parte que lhe cabia na partilha para o cuidado de seus pais, abdicando de toda a sua vida profissional e de uma contribuição social; a obrigação de prestar ali- mentos aos pais era solidária, conforme preceitua o art. 1.698, CC, mas foi suportado apenas pela autora, razão porque afirma a existência do direito à reparação;
>
> De igual modo, sustenta a existência de danos morais indenizáveis, consistentes não somente no abandono afetivo dos pais por parte dos réus, mas nas consequências e reflexos que esse fato impingiu à autora, que foi obrigada a descuidar de sua própria saúde e abdicar de sua vida pessoal.

Voltando-se ao campo que é o ponto de debate deste trabalho, ou seja, o abandono afetivo e seu possível reconhecimento em se tratando do vulnerável idoso, é possível que, nesse sentido, considerando que as alegações da autora sejam verdadeiras, verifique-se a configuração do instituto do abandono afetivo.

Contudo, na decisão ora analisada, o Relator (2017, p. 6-7) entendeu que não haviam nos autos elementos suficientes para que ele pudesse vislumbrar a devida ocorrência do instituto, e, por isso, ele acabou por conceder provimento ao recurso de apelação, com o objetivo de que os autos voltassem para a fase instrutória, garantindo, assim, "a prestação jurisdicional justa e adequada ao caso concreto".

No entanto, ao se considerar, hipoteticamente, que a autora forneceu informações verídicas ao caso, ficaria evidente a presença do abandono afetivo, pois seus irmãos abandonaram sua mãe, deixaram de visitá-la, distanciaram-se da mesma apesar de estar doente e precisar de cuidado.

Conforme já mencionado em outras oportunidades nesse trabalho, a idosa em questão possuía direito a esse cuidado por parte de seus filhos em sua velhice e doença, sendo que tal negligência é passível de indenização por dano moral. Mais do que deixar de cumprir com a incumbência de cuidado com os pais na velhice, esses filhos vieram por infringir disposições da própria Constituição Federal e, tam- bém, do Estatuto do Idoso, como os direitos à vida, ao respeito, à dignidade, à saúde, dentre outros.

Ademais, a falta desse cuidado e o abandono a essa idosa podem, in- clusive, ter contribuído para a piora de seu estado de saúde.

Consoante afirma Maria Berenice Dias (2015), em seu livro, podem ser geradas sequelas psíquicas nos genitores idosos ao passar por essa situação de abandono e negligência de cuidados por parte de seus descendentes, devendo a in- denização ser um reflexo dessa atitude, configurando o dano moral, cujo fim é o de atenuar os prejuízos psicológicos causados.

Por fim, impede apresentar uma última decisão que, se analisada aten- tamente, estabelece um *link* muito interessante ao que fora proposto até aqui, sobre a temática estudada neste trabalho.

A decisão mencionada, decorre de mandado de segurança, impetrado por servidor público da Secretaria de Estado da Educação do Distrito Federal contra ato de seu Gerente de Recrutamento, pois o impetrante exerce cargo público de professor, em regime de 40 (quarenta) horas semanais, e, tendo em vista o seu pai já ser idoso e estar com problemas de saúde, não possuindo outra pessoa que possa dele cuidar, precisa se responsabilizar pelos cuidados com o seu genitor e, para tanto, se faz necessária a sua redução de carga horária, com consequente redução salarial, para 20 (vinte) horas semanais, conforme ementa transcrita a seguir, derivada da Ape- lação Cível n. 20050110076865/DF:

> MANDADO DE SEGURANÇA - PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE MÁ- XIMA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS - PEDIDO DE REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA, COM REDUÇÃO DE SALÁRIO, FORMU- LADO POR FILHO DE PESSOA IDOSA OBJETIVANDO ASSISTIR- LHE DIANTE DA DOENÇA E SOLIDÂO QUE O AFLIGEM - CUIDA- DOS ESPECIAIS QUE EXIGEM DEDICAÇÃO DO FILHO ZELOSO, ÚNICA PESSOA RESPONSÁVEL PELO GENITOR - DEVER DE AJUDA E AMPARO IMPOSTOS À FAMÍLIA, À SOCIEDADE, AO ES- TADO E AOS FILHOS MAIORES - DOUTRINA - ORDEM CONCE- DIDA. I. DE CEDIÇO CONHECIMENTO QUE SE DEVE PROCURAR CONFERIR A MAIOR EFETIVIDADE ÀS NORMAS CONSTITUCIO- NAIS, BUSCANDO-SE ALCANÇAR O MAIOR PROVEITO, SENDO TAMBÉM CERTO QUE AS

MESMAS (NORMAS CONSTITUCIO- NAIS) TÊM EFEITO IMEDIATO E COMANDAM TODO O ORDENA- MENTO JURÍDICO. II- AO ESTABELECER QUE "A FAMÍLIA, A SO- CIEDADE E O ESTADO TÊM O DEVER DE AMPARAR AS PESSOAS IDOSAS, ASSEGURANDO SUA PARTICIPAÇÃO NA COMUNIDADE, DEFENDENDO SUA DIGNIDADE E BEM-ESTAR E GARANTINDO- LHES O DIREITO À VIDA." (ART. 230 CF/88), E QUE OS FILHOS MAIORES TÊM O DEVER DE AJUDAR E AMPARAR OS PAIS NA VELHICE, CARÊNCIA OU ENFERMIDADE (ART. 229, 2ª PARTE CF/88), A CARTA MAIOR PRIORIZA A ATENÇÃO AO IDOSO EM RA- ZÃO DESTA SUA CONDIÇÃO ESPECIAL QUE O TORNA MERECE- DOR DE PROTEÇÃO E ATENÇÃO ESPECIAL POR PARTE DAQUE- LAS ENTIDADES (FAMÍLIA, SOCIEDADE E O ESTADO). III- A EFE- TIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL IMPLICA EM RESUL- TADOS PRÁTICOS TANGÍVEIS E NÃO MERAS DIVAGAÇÕES ACA- DÊMICAS, PORQUANTO, DE HÁ MUITO JÁ AFIRMAVA CHIO- VENDA, QUE O JUDICIÁRIO DEVE DAR A QUEM TEM DIREITO, AQUILO E JUSTAMENTE AQUILO A QUE FAZ JUS, POSTO NÃO PODER O PROCESSO GERAR DANOS AO AUTOR QUE TEM RA- ZÃO. IV - DOUTRINA. "OS IDOSOS NÃO FORAM ESQUECIDOS PELO CONSTITUINTE. AO CONTRÁRIO, VÁRIOS DISPOSITIVOS MENCIONAM A VELHICE COMO OBJETO DE DIREITOS ESPECÍ- FICOS, COMO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO (ART. 201, I), DO DI- REITO ASSISTENCIAL (ART. 203, I), MAS HÁ DOIS DISPOSITIVOS QUE MERECEM REFERÊNCIA ESPECIAL, PORQUE O OBJETO DE CONSIDERAÇÃO É A PESSOA EM SUA TERCEIRA IDADE. ASSIM É QUE NO ART. 230 ESTATUI QUE A FAMÍLIA, A SOCIEDADE E O ESTADO TÊM O DEVER DE AMPARAR AS PESSOAS IDOSAS, AS- SEGURANDO SUA PARTICIPAÇÃO NA COMUNIDADE, DEFEN- DENDO SUA DIGNIDADE E BEM-ESTAR E GARANTINDO-LHES O DIREITO À VIDA, DE PREFERÊNCIA MEDIANTE PROGRAMAS EXECUTADOS NO RECESSO DO LAR, GARANTINDO- SE, AINDA, O BENEFICIO DE UM SALÁRIO MÍNIMO MENSAL AO IDOSO QUE COMPROVE NÃO POSSUIR MEIOS DE PROVER A PRÓPRIA MA- NUTENÇÃO OU DE TÊ-LA PROVIDA POR FAMÍLIA, CONFORME DISPUSER A LEI (ART. 203, V), E, AOS MAIORES DE SESSENTA E CINCO ANOS, INDEPENDENTES DE CONDIÇÃO SOCIAL, É GA- RANTIDA A GRATUIDADE DOS TRANSPORTES URBANOS." (SIC IN CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, MALHEI- ROS, 18ª EDIÇÃO, JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2000, PÁGS.

> 824/825). V- IN CASU, A DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA EM CA- SOS COMO O DOS AUTOS IMPLICA EM NEGATIVA DE VIGÊNCIA ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCRUSTADAS NOS ARTIGOS 229 E 230 DA LEI FUNDAMENTAL, DE OBSERVÂNCIA COGENTE E OBRIGATÓRIA POR PARTE DE TODOS (FAMÍLIA, SOCIEDADE E ESTADO), NA MEDIDA EM QUE A NECESSIDADE DO IDOSO KYU SUK CHO EM TER A COMPANHIA, O AMPARO, PROTEÇÃO E AJUDA DE SEU ÚNICO FILHO, O IMPETRANTE, DIANTE DA EN- FERMIDADE DE SEU VELHO PAI, CONSTITUI CONCRETIZAÇÃO DAQUELAS NORMAS CONSTITUCIONAIS EM FAVOR DE QUEM FORAM (NORMAS CONSTITUCIONAIS) INSTITUÍDAS E PENSA- DAS PELO LEGISLADOR CONSTITUINTE. VI - SENTENÇA REFOR- MADA PARA CONCEDER-SE A SEGURANÇA NOS TERMOS DA INICIAL (TJ-DF - AC: 20050110076865 DF, Relator: JOÃO EGMONT,
>
> Data de Julgamento: 08/11/2006, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 26/04/2007 Pág. 104)

Preliminarmente, o impetrante realizou o requerimento de tal mudança em sua carga horária administrativamente, tendo seu pedido sido negado em virtude da falta de professores para substituí-lo.

Em seguida, o impetrante, por meio de mandado de segurança, pediu que, liminarmente, sua carga horária fosse reduzida com consequente redução sala- rial, o qual também lhe foi negado.

Inconformado, o impetrante, em sede de recurso de apelação, reafirma o seu direito de ter a carga horária reduzida a fim que possa cumprir com suas obri- gações em relação ao seu pai, idoso e cuja saúde encontra-se debilitada.

O Relator, Desembargador João Egmont Leôncio, dispõe em seu voto que o pai do impetrante possui 75 (setenta e cinco) anos de idade, apresenta diversas doenças além de não ter outros parentes no Brasil, sendo considerado, portanto, uma pessoa solitária.

Nessa perspectiva, o Relator (2006, p. 6) dispõe corretamente que:

> Ao estabelecer que “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comu- nidade, defendendo sua dignidade e

> bem-estar e garantindo-lhes o di- reito à vida.” (art. 230 CF/88), e que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, 2ª parte CF/88), a Carta Maior prioriza a atenção ao idoso em razão desta sua condição que o torna merecedor de proteção e atenção es- pecial por parte daquelas entidades (família, sociedade e o Estado), sendo certo, ainda e porquanto oportuno, que a efetividade da presta- ção jurisdicional implica em resultados práticos tangíveis e não meras divagações acadêmicas, porquanto, de há muito já afirmava Chio- venda, que o judiciário deve dar a quem tem direito, aquilo e justa- mente aquilo a que faz jus, posto não poder o processo gerar danos ao autor que tem razão.

Sendo assim, nada mais estaria fazendo o judiciário do que cumprir os preceitos constitucionalmente estabelecidos ao conferir a redução de carga horária objeto da decisão ora em comento. Apesar disso, neste caso, o impetrante precisou lutar para conseguir permissão de fazer tão somente o que lhe era devido, ou seja, cuidar de seu pai na velhice.

Esse filho tinha consciência de sua obrigação em face de seu pai, e, a fim de cumprir esses deveres, acionou o judiciário e tomou as providências cabíveis para lograr êxito em amparar seu pai, não o abandonando afetivamente e assegu- rando que seus direitos fundamentais, tanto conferidos pela Constituição Federal quanto pelo Estatuto do Idoso, fossem resguardados.

Dessa forma, o recurso foi provido a fim de que o impetrante tivesse a carga horária reduzida para 20 (vinte) horas semanais, com redução proporcional de seu salário.

5 CONCLUSÃO

A afetividade é o aspecto que tem regido as famílias na sociedade atual e se consagrou no princípio, relacionado mais propriamente ao campo do Direito de Família, que, por manter as pessoas próximas em decorrência de seus vínculos fami- liares, é capaz de constituir relações jurídicas, tendo em vista tais relacionamentos se desdobrarem em uma série de direitos e deveres entre as partes envolvidas.

Nesse sentido, surge o instituto do abandono afetivo, que é caracteri- zado justamente quando ocorre alguma falta em face desses direitos e deveres mencionados acima, os quais decorrem do princípio da afetividade, sendo eles capazes, inclusive, de virem a se tornar objeto de responsabilização ao indivíduo que se ausentou de prestar suas obrigações.

Em suma, o abandono afetivo configura-se, basicamente, quando um vulnerável sofre em virtude da falta de cuidado, afeto, carinho, amor e zelo que deveriam ser-lhe concedidos por alguém, no entanto, tal indivíduo, furta-se de sua obrigação, podendo gerar danos irreversíveis à vítima, que fica impossibilitada de viver com qualidade.

A definição acerca do instituto do abandono afetivo talvez fique mais fácil de ser compreendida ao se imaginar uma criança ou adolescente que, por motivo de separação dos pais ou qualquer outro fator, vê-se distante de um deles, sem qualquer contato, apoio ou cuidado, o que lhe causa tristeza e sofrimento. No entanto, outro vulnerável integrante das relações familiares também tem sido deixado de lado por muitas vezes e acaba sofrendo e se tornando vítima em casos de abandono afetivo, qual seja o idoso.

O idoso, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é considerado também um ser vulnerável, tendo em vista tanto sua idade avançada quanto sua condição física, psicológica e social, que, com o passar do tempo, pode ter sido prejudicada de alguma forma, o que acaba por lhe conferir um maior cuidado tanto por parte de sua família, da sociedade e do Estado como um todo.

Esse vulnerável foi resguardado de diversas formas pela legislação brasileira, como pode ser observado na Constituição Federal ou no Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, os quais estabelecem diversos direitos a que fazem jus esse grupo. Inclusive, o Estatuto do Idoso traz um título com dez capítulos, os quais são voltados exclusivamente à previsão de direitos fundamentais desses indivíduos, além de conferir-lhes o direito à proteção integral.

Dessa forma, o instituto do abandono afetivo é amplo, e, assim como pode ser claramente percebido e aplicado ao campo da criança e do adolescente, pode e, se for o caso, deve ser igualmente adotado ao âmbito do grupo dos idosos, por serem esses também vulneráveis perante a relação familiar e terem como um de seus direitos a proteção integral.

Ademais, a responsabilização decorrente do abandono afetivo já pôde ser observada em alguns casos, principalmente em relação ao grupo infanto-juvenil. No entanto, já começaram a surgir possibilidades de que tais responsabilizações pos- sam ser conferidas à salvaguarda também do idoso, como em um caso trazido neste trabalho, objeto da decisão referente à Apelação Cível n. 1539164-5, da 4ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, que, todavia, não ter reconhecido, de fato, o abandono afetivo inverso, ordenou que os autos retornassem a fase de instrução, a fim de que pudessem ser produzidas as provas que constatariam a ocorrência ou não do instituto em questão.

Sendo assim, conclui-se que o abandono afetivo é uma realidade vivida por diversos indivíduos dentro de suas relações familiares atualmente e, visando a proteção de tais vulneráveis, integrantes desses relacionamentos, o Poder Judiciário tem agido de forma a responsabilizar àqueles que se omitiram, descuidaram-se e foram negligentes em face de suas obrigações. Dessa forma, o idoso, assim como as crianças e os adolescentes, faz jus a essa proteção e deve ser alcançado pelo judiciário em suas decisões, quando esse verificar os pressupostos, principalmente relativos à omissão de cuidado, em face de um indivíduo que faça parte desse grupo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Márcia Cavalcante de. **Abandono afetivo x alienação parental**: institutos que não são sinônimos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52950/abandono- afetivo-x-alienacao-parental-institutos-que-nao-sao-sinonimos>. Acesso em: 18 jan. 2018.

ALVES, Jones Figueirêdo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A pessoa idosa e seu direito prioritário à saúde**: apontamentos a partir do princípio do melhor interesse do idoso. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/82809/85764>. Acesso em: 3 mar. 2018.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O direito à Saúde da Pessoa Idosa**. 2008. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito, Programa de pós-Graduação, Pontifícia Uni- versidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, fev. 2008.

BASTOS, João José Caldeira. **Abandono de incapaz**: estrutura típica, formas qualificadas e aumento de pena. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10663>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BITENCOURT, C. R. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita**. Dispo- nível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/08/21/o-conceito- de-vulnerabilidade-e-a-violencia-implicita/>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Entenda a diferença entre abandono inte- lectual e abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241- entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Dis- ponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompi- lado.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Disponível em: <http://www.pla- nalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em: <http://www.pla- nalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.318/2010, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.pla- nalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Alienação parental e abandono afetivo são punidos por estatuto**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/23/alienacao-parental-e-abandono-afetivo-sao-punidos-por-estatuto>. Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 757.411/MG**. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente De Paulo Ferro De Oliveira. Disponível em:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp- 757411-mg-2005-0085464-3-stj/relatorio-e-voto-12899600>. Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.159.242/SP**. Recorrente: Antônio Carlos Jamas Dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes De Oliveira Souza. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510- 02.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 14**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 683**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 28 fev. 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. VAZ, Elizabete Ribeiro de Carvalho. **A legislação brasileira e o idoso**. Disponível em: <http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquvos/upload/temp/d69c5c83201f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

COSTA, Grace Regina. **Abandono afetivo**: indenização por dano moral. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**.5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação cível n. 20050110076865**. Impetrante: Benjamin Sangik Cho. Impetrado: Gerente de recrutamento, seleção e movimentação da Secretaria de Estado da Educação do Dis- trito Federal. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurispruden- cia/2725138/apelacao-civel-ac-20050110076865-df/inteiro-teor-101070952>. Acesso em: 01 abr. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Famílias**: entre o público e o privado. In: Congresso Nacional do IBDFam., 8, 2011, Porto Alegre. Anais, 2012. p. 158-169.

FAVIER, Y. **Vulnerabilidade e fragilidade no envelhecimento: a abordagem do direito francês**. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/17287-43102-1- SM.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2018.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**: doutrina, ju- risprudência e legislação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GILABERTE, Bruno. **Um breve olhar sobre o abandono intelectual**. Disponível em: <http://esdp.net.br/um-breve-olhar-sobre-o-abandono-intelectual/>. Acesso em: 22 dez. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da (coord.). A ética da Convivência Familiar: sua efetividade no Coti- diano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JUNGES, J.R. **Vulnerabilidade e saúde: limites e potencialidades das políticas públicas**. In: BARCHIFOINTAINE, C.P.; ZOBOLI, E.L.C.P. (Orgs.). Bioética,

vulnera- bilidade e saúde. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007. p. 110- 138.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25364>. Acesso 16 jan. 2018.

MARINHO, Jefferson Luiz Alves. **Moradia digna**: um direito de todos, um dever do Estado, uma realidade de poucos. In: Encontro Regional de Estudantes de Direito e Encontro Regional de Assessoria Jurídica Universitária, XII, 2008, Crato. Disponível em: <http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Jefferson_MARI-NHO.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2018.

MPPE. Ministério Público do Estado de Pernambuco. Caravana da Pessoa Idosa. **Estatuto do Idoso: Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/caravanadapessoaidosa/?p=425>. Acesso em: 20 fev. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação cível n. 1539164-5**. Apelante: Nair De Almeida Molinari. Apelados: Idalina De Almeida e outros. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/456010230/apelacao-apl-15391645- pr-1539164-5-acordao>. Acesso em: 02 abr. 2018.

PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos**. Campinas: Russell, 2007.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetivi- dade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil**: origem e pressupostos gerais. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_arti- gos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 24 dez. 2017.

SCHUMACHER, A. A.; PUTTINI, R. F.; NOJIMOTO, T. **Vulnerabilidade, reconheci- mento e saúde da pessoa idosa: autonomia intersubjetiva e justiça social**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n97/v37n97a10.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859>. Acesso em: 15 dez. 2017.

TEIXEIRA, Carolina de Souza Novaes Gomes. **A proteção do trabalhador idoso**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32325/a-protecao-do-trabalhador-idoso>. Acesso em: 22 fev. 2018.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **O nexo de causalidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). O Superior Tri- bunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 474 e 489.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA. Cleverton Elias. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na Educação: sob a perspectiva da doutrina da proteção integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade.** Disponível em: <https://sites.google.com/a/criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/danilo>. Acesso em: 15 dez. 2017.

ZIMERMAN, G. L. **Velhice: aspetos biopsicossociais**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Bruna Luiza de Freitas Lima

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar, embasando-se na interpretação da doutrina, legislação e jurisprudência, a possibilidade jurídica da multiparentalidade no Direito Brasileiro. Nesse sentido, é demonstrado a maneira que a nova composição familiar emergiu no seio da sociedade, bem como os princípios consagrados pela Constituição de 1988, os quais culminaram na alteração da legislação infraconstitucional. Observou-se que a tutela da afetividade resultou em um tipo de filiação instituído pela doutrina e jurisprudência, a parentalidade socioafetiva. Em decorrência desse novo tipo de parentalidade, assim como da pluralidade dos arranjos familiares, a multiparentalidade mostrou-se apropriada toda vez que a simultaneidade do reconhecimento dos vínculos biológico e socioafetivo alcançarem o melhor interesse do descendente. No decurso do trabalho, foram analisados os requisitos para essa concessão e quais seriam os reflexos dela decorrentes. Por fim, foi relatado de que feitio os tribunais brasileiros têm decidido a respeito do presente tema.

Palavras-chave: Direito de Família. Multiparentalidade. Dupla paternidade. Filiação Socioafetiva. Filiação biológica. Coexistência de vínculos.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo analisar o tema da possibilidade jurídica da multiparentalidade, ou seja, a simultaneidade no reconhecimento de filiação biológica e socioafetiva.

O assunto tem notável relevância no contexto jurídico, posto que demonstra como o Direito acompanha as dinâmicas ocorridas no meio social, bem como os fatos e costumes, culminando nessa nova categoria jurídica. A importância da tutela desse tipo de parentesco decorre da garantia dos direitos inerentes à personalidade, da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do descendente e da compreensão de que paternidade e maternidade vão além de preceitos preconcebidos por lei.

Para essa análise, será necessário examinar se é possível, através da interpretação do Direito Brasileiro, se conceber a realidade da multiparentalidade, tendo em vista que por muitos anos apenas se admitiu uma única filiação, devendo-se optar pela biológica ou socioafetiva.

A hipótese é afirmativa e o presente trabalho consistirá em demonstrar de que maneira o pensamento jurídico - doutrina, legislação e jurisprudência - resultou na aceitação da multiparentalidade.

De início, o primeiro capítulo abordará a visão e os argumentos utilizados pelos principais doutrinadores cíveis, expondo o Direito de Família contemporâneo, bem como a realidade do parentesco e multiparentalidade da atualidade. A família, em tempos atuais, é caracterizada por uma pluralidade de tipos e pela igualdade entre filhos.

Sob esse aspecto surge o principal elemento caracterizador da entidade familiar, a afetividade. Segundo a doutrina, a família é uma das principais responsáveis pela emancipação pessoal e felicidade de cada membro. Assim, a parentalidade socioafetiva deriva da relevância dada à afetividade das relações, posto ser condição de saúde moral e psíquica, além de valor ético e jurídico associado à dignidade humana.

Ocorre que, por diversas vezes, a consideração do vínculo biológico e socioafetivo são essenciais para o melhor interesse do descendente, é sob essa perspectiva que a doutrina tem corroborado com a ideia de admitir simultaneamente

o reconhecimento de mais um vínculo, socioafetivo e biológico, ambos gerando os efeitos jurídicos decorrentes da filiação.

O segundo capítulo relatará de que maneira a legislação tem contribuído para a definição da multiparentalidade. A Constituição Federal de 1988 erradicou ideias passadas, consagrou os novos princípios norteadores do Direito de Família contemporâneo e garantiu à família e aos filhos proteção integral, independentemente de como tiverem sido originados.

Há também uma releitura da codificação civil de 1916, o que culminou no novo Código Civil de 2002. O novo código buscou reorganizar a família tomando-se por base os princípios constitucionais. Em suma, privilegiou a dignidade da pessoa humana e a afetividade.

Assim, apesar de não haver expressa disposição sobre a multiparentalidade na Constituição e no Código Civil, ambos possuem um instituto normativo que permite a interpretação de sua possibilidade jurídica, qual seja, a igualdade entre parentalidade biológica e socioafetiva, não sendo admitido, portanto, qualquer hierarquia ou prevalência de uma sobre a outra.

No âmbito da legislação extravagante, diversas leis contribuíram para o entendimento sobre a multiparentalidade. Todavia, é imperioso destacar a Lei nº 12.010/2009, a qual consolida a ideia de família extensa e ampliada como aquela formada por vínculos de afinidade a afetividade.

O terceiro capítulo consistirá em demonstrar em que âmbito as decisões jurisprudenciais estão sendo decididas para o favorecimento da hipótese, bem como o trajeto que foi necessário percorrer para que ambas não fossem consideradas excludentes.

Ademais, demonstrará como o julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 foi um marco para as decisões jurisprudenciais. Ao reconhecer a multiparentalidade, firmou a busca pelo melhor interesse do descendente e enalteceu a dignidade do indivíduo em face de modelos familiares projetados por lei.

O marco teórico do presente trabalho é a doutrina brasileira do Direito de Família, os princípios, ordenamento jurídico e as decisões proferidas pelos tribunais. Assim, a metodologia consistirá em pesquisas nas principais fontes doutrinárias contemporâneas, na legislação, bem como suas alterações ao decorrer do tempo, e na coleta de jurisprudências proferidas por diversos tribunais brasileiros, favoráveis ou desfavoráveis à possibilidade jurídica da multiparentalidade.

2 A DOUTRINA DA MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

O primeiro capítulo abordará a visão e os argumentos utilizados pelos principais doutrinadores cíveis, expondo o Direito de Família contemporâneo, bem como a realidade do parentesco e multiparentalidade da atualidade. Segundo a doutrina, a família é uma das principais responsáveis pela emancipação pessoal e felicidade de cada membro. Assim, a parentalidade socioafetiva deriva da relevância dada à afetividade das relações, posto ser condição de saúde moral e psíquica, além de valor ético e jurídico associado à dignidade humana. Ocorre que, por diversas vezes, a consideração do vínculo biológico e socioafetivo são essenciais para o melhor interesse do descendente, é sob essa perspectiva que a doutrina tem corroborado com a ideia de admitir simultaneamente o reconhecimento de mais um vínculo, socioafetivo e biológico, ambos gerando os efeitos jurídicos decorrentes da filiação.

2.1 Direito de Família Contemporâneo

A família é uma construção cultural, ou seja, é uma formação espontânea no meio social, um fato natural. O direito veio para estruturar essa relação que está em constante mudança (DIAS, 2017, p. 39).

O conceito de família veio sendo moldado ao longo do tempo e do espaço, tendo como sua primeira definição aquelas pessoas que descendem de um mesmo ancestral em comum. No tempo pré-histórico, o patrimônio familiar tinha o objetivo econômico de subsistência (SANTOS, 2016, p. 60).

No direito romano o *pater famílias* exercia a plena autoridade sob esposa e filhos, tendo inclusive direito sobre a vida e morte dos filhos. O ascendente comum e mais velho era o de maior autoridade, sendo considerado por todos o juiz, o chefe político e o sacerdote (GONÇALVES, 2016, p. 31).

O *pater* romano exercia total controle na vida privada da mulher e dos filhos, visto que era ele que escolhia a profissão que os filhos iriam desempenhar e, para a filha, escolhia um noivo. Essa organização patriarcal perdurou no direito e no costume do Brasil até o século XX (PEREIRA, 2017, p. 33).

Passado esse período essencialmente patrimonial e da superioridade do homem, a família aparece com uma concepção cristã, em que questões de ordem moral tem relevância. Então, pouco a pouco, a mulher e os filhos foram ganhando autonomia dentro da entidade familiar. Era o direito canônico que regia as relações familiares durante a Idade Média, assim, o casamento era tido como indissolúvel (GONÇALVES, 2016, p. 32). Destarte, nas palavras de Clóvis Beviláquia (apud PEREIRA, 2017, p. 83):

> O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

É no Direito Clássico que a família cria laços afetivos dando, então, mais importância ao sentimento, se perde o forte caráter patriarcal das relações familiares. Nesse momento também se tem o enfraquecimento do casamento dito indissolúvel, da inferioridade da mulher e da subalternidade dos filhos ilegítimos. Na Revolução Industrial as mulheres ingressam com sua força de trabalho devido ao forte mercado de consumo. O foco é a busca pelo bem-estar social das famílias (SANTOS, 2016, p. 60-63).

As ideias do Iluminismo influenciaram o Direito Civil, especificamente o Código Civil de 1916, o qual trouxe em si o individualismo e liberalismo como princípios. As ideias de casamento legítimo (diferenciando, assim, filhos legítimos

dos ilegítimos quanto aos seus direitos) e dissolução do casamento apenas com a morte do outro foram presentes nesse Código (SANTOS, 2016, p. 63-64).

No que tange à casamento e filhos legítimos significa que apenas o parentesco que advinha de casamento válido seria considerado legítimo (MALUF; MALUF, 2016, p. 460). Portanto, todas as relações não legalizadas eram consideradas ilegítimas (NADER, 2016, p. 204). Assim, se diferenciava os filhos legítimos, ilegítimos, incestuosos e adulterinos (PEREIRA, 2017, p. 8).

Dessa forma, nesse período, regulava-se apenas a família construída através do matrimônio, ainda com forte caráter patriarcal e hierarquizada (GONÇALVES, 2016, p. 32). Eram excluídos de direitos aqueles filhos obtidos de relação extraconjugal (DIAS, 2017, p. 41).

O fim da família patriarcal se deu com a urbanização acelerada do século XX, e a emancipação feminina, com a desvinculação da mulher ao ambiente doméstico (LÔBO, 2011, p. 20). É imperioso destacar que a evolução da engenharia genética e a utilização dos meios contraceptivos também contribuíram para a maior autonomia da mulher. Assim, em consequência do espaço conquistado pela mulher e da mudança do pensamento social, quebrou-se a ideia de casamento sacralizado e indissolúvel (DIAS, 2017, p. 40).

Em um novo ambiente fundado, e tutelado pela Constituição Federal de 1988, as ideias basilares do direito de família foram alteradas substancialmente, estabelecendo-se, então, três eixos que norteadores do novo Direito Família. O primeiro deles é a família consagrada como uma pluralidade de tipos, ou seja, são várias as formas de constituição. O segundo, é a igualdade entre filhos, proibindo qualquer designação discriminatória para se referir a filhos não concebidos no casamento. E o terceiro está pautado na igualdade entre homens e mulheres, sendo proibida qualquer distinção de direitos e deveres (GONÇALVES, 2016, p. 33).

Destarte, no direito de família contemporâneo, os filhos nascidos, adotados, acolhidos, seja dentro ou fora do casamento terão os mesmos direitos garantidos,

sendo vedado qualquer tipo de discriminação. Da mesma forma, haverá a igualdade de direitos e deveres dentro de uma relação conjugal, para homens e mulheres. (PEREIRA, 2017, p. 65).

A proteção dada à família foi ampliada, posto que tutela todos os membros de forma igualitária. Além do casamento, a proteção também recai para união estável e à família monoparental. Há também a possiblidade do divórcio extrajudicial, o que retira do poder do Estado a dissolução da sociedade conjugal (DIAS, 2017, p. 41).

Essas profundas mudanças ocorridas no seio da sociedade e no ordenamento jurídico culminaram na necessidade da criação de um novo Código Civil, visto que a Constituição de 1988 invalidou diversas normas do Código Civil de 1916 (GONÇALVES, 2016, p. 34). Houve a aniquilação de diversos conceitos e expressões de caráter negativo e discriminatório que não cabiam mais na sociedade moderna (DIAS, 2017, p. 41).

Sob a concepção doutrinária, deveria haver um novo código para trazer a perspectiva de que entidade familiar se sobrepõe a uma verdade biológica ou laços sanguíneos, devendo estar ligada à um vínculo afetivo que une seus membros. E assim surgiu o Código Civil de 2002. Ele foi dividido para abranger separadamente o direito pessoal e o direito patrimonial de família, o que demonstra ainda mais a retirada do aspecto patrimonial da família para dar enfoque às relações afetivas. As mudanças foram diversas, a começar pelo exercício da sociedade conjugal, sendo igual para homens e mulheres (GONÇALVES, 2016, p. 34).

Além disso, a união estável é regulamentada e admitida como uma formação familiar que merece tutela jurídica. Não há mais de se falar em filho legítimo, o que deve permanecer é a igualdade absoluta entre eles. Há a regulamentação da dissolução conjugal. Além de diversas outras normas que modificam profundamente o direito de família, porém todas com o mesmo objetivo, o de atingir a função social da família na sociedade (GONÇALVES, 2016, p. 34-35).

A família atual é pluralista, ou seja, abrange os mais variados meios de formação, posto que o elemento caracterizador de uma entidade familiar é a afetividade, o que independe do meio utilizado para sua formação. Há, portanto, uma diferença entre direito obrigacional e familiar. O primeiro tem como pressuposto que negócios são realizados por ato vontade. O segundo está vinculado ao afeto, ao envolvimento emocional, ao amor, capazes de gerar responsabilidade e comprometimento mútuos. Esse é o novo panorama da família que se deu com o fim da família patriarcal, a qual se sustentava pela procriação e questões de ordem econômica, religiosa e política (DIAS, 2017, p. 147).

Na doutrina já se tem diversas tipos de família com nomenclaturas específicas. Além da tradicional família matrimonial, aquele que decorre do casamento, se tem a informal (decorre de união estável), a monoparental (apenas um genitor e seu filho), anaparental (apenas os filhos), homoafetiva (por pessoas de mesmo sexo) e eudemonista (caracterizada pelo vínculo afetivo) (GONÇALVES, 2016, p. 35).

A supremacia do amor, a busca pela felicidade e a solidariedade são os requisitos que garantem o meio mais eficaz de definição de família, porque é por meio da felicidade e realização pessoal que se alcança a emancipação de cada membro da família. Esse é o sentido da família eudemonista, a qual busca alcançar a almejada felicidade através, principalmente, de vínculos interpessoais, em especial, os familiares (DIAS, 2017, p. 158). Em mesmo sentido, leciona Rodrigo da Cunha Pereira: “[...] e assim foi deixando de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do amor e do afeto.” (PEREIRA, 2016, p. 217).

O conceito de parentalidade socioafetiva decorre diretamente da consideração e relevância dada à afetividade das relações. O entendimento doutrinário e jurisprudencial corre no sentido de que a derivação bioquímica é menos importante na medida que se tem alguém que dá amor e se entrega em serviço a favor da criança. Dessa forma, busca-se resguardar melhor interesse da criança, e se necessário, prevalecendo o critério socioafetivo sob o biológico. Em virtude desse

forte vínculo afetivo existente, há um tratamento mútuo em que ambos se tratam como se parentes fossem (CASSETTARI, 2017, p. 10-17).

Assim, há uma repersonalização das relações familiares, a qual deixa de ser aquela apenas constituída pelo matrimônio e passa a ser o lugar onde seus membros encontram solidariedade, lealdade, afeto, amor e respeito. Dessa forma, não há mais que se falar em obrigatoriedade de manutenção da família, ela é um desafio diário em busca da felicidade, sobrevive enquanto vale a pena e assim desejarem seus integrantes (DIAS, 2017, p. 42; 147-148).

No atual cenário pátrio, a relação socioafetiva tornou-se amplamente reconhecida pela sociedade, principalmente após os direitos fundamentais concebido na Constituição Federal de 1988. Assim, a doutrina postula que o amor e o afeto são os verdadeiros meios de conexão da família que garantem à pessoa sua dignidade, podendo ou não terem relação com a consanguinidade (SANTOS, 2016, p. 64-65).

Todavia, o que se tem de mais recente na doutrina do Direito de Família é a possibilidade de um filho ter mais de um pai, ou mãe, registrado. Ocorre que, em alguns casos, a criança mantém um vínculo afetivo de amor, carinho, acompanhamento, por um certo tempo, a ponto de que esse vínculo seja essencial para a vida emocional de ambos os pares. Esse vínculo deve ter caráter materno ou paterno para que seja identificada a parentalidade socioafetiva (RIZZARDO, 2014, p. 382).

Por diversas vezes, esse vínculo afetivo é criado, todavia, não se perde a proximidade e o afeto com o biológico, sendo ambos importantes para a vida da criança. Perante essa realidade, a doutrina e a jurisprudência começaram a admitir a possibilidade da dupla paternidade, ou maternidade, qual seja, a retificação do registro original para a inclusão do nome do segundo pai ou segunda mãe, sem a exclusão do anterior (RIZZARDO, 2014, p. 382).

2.2 Parentesco no Direito de Família atual

Parentesco é uma relação jurídica que pode ser dada por lei ou por decisão judicial, entre uma pessoa e as integrantes da família. É formado por um grupo de pessoas que possuem direitos e deveres. Se dá tendo em vista os costumes e valores de uma certa sociedade (LÔBO, 2011, p. 205).

Para Pontes de Miranda, parentesco é a vinculação que tem pessoas que descendem umas das outras ou que possuam um ancestral em comum, que aproxima o cônjuge aos parentes; ou que se dá por ficção jurídica, como o adotante e o adotado (GONÇALVES, 2016, p. 298).

A fontes das relações familiares atuais são o casamento, a afinidade, o parentesco e a adoção (VENOSA, 2012, p. 215). Apesar de vários aspectos em comum, parentesco e família não são sinônimos. Parentesco decorre de vínculos de consanguinidade e afinidade, com o fim de formar um grupo familiar. Dessa forma, cônjuges e companheiros não são parentes, embora integrem a mesma família (DIAS, 2017, p. 396).

No parentesco consanguíneo as pessoas decorrem de um mesmo tronco ancestral, ou seja, possuem um mesmo ancestral em comum. As pessoas que fazem parte de um mesmo tronco ancestral tem, portanto, laços de sangue em comum (GONÇALVES, 2016, p. 299).

A afinidade é o vínculo estabelecido com os parentes do parceiro, resultante de casamento ou união estável, e tem seus limites dispostos na lei (GONÇALVES, 2016, p. 299). Afinidade não gera afinidade, por isso, não há de se falar em vínculo de afinidade entre os parentes dos cônjuges. Assim, caso se tenha um segundo casamento, os afins do primeiro casamento não serão afins também da pessoa com quem se casou (VENOSA, 2012, p. 221).

As mudanças sociais do conceito de família influenciaram também na ideia de parentesco. Os avanços da engenharia genética, as concepções artificiais, a adoção e as relações decorrentes de vínculos afetivo geram efeitos jurídicos. Dessa

forma, parentesco não está necessariamente vinculado a uma origem biológica – principalmente quando tratar-se de pais ou mães – mas deve-se considerar à vontade, a afetividade, o consentimento e a responsabilidade jurídica para caracterizá-lo (DIAS, 2017, p. 396-397).

Assim, parentesco pressupõe também vínculo jurídico (por lei), além do natural, é o chamado parentesco civil. Esse tipo de parentesco abrange os filhos adotivos, os concebidos por reprodução assistida heteróloga e todos aqueles que não tem vínculo de consanguinidade com os pais, como os socioafetivos. O parentesco civil é uma criação da lei, é utilizado apenas para fins acadêmicos tendo em vista que não é possível nenhum tipo de discriminação em relação a filiação. (GONÇALVES, 2016, p. 299-300).

Em todos os casos, nenhum tipo de parentesco pode ser desfeito por ato de vontade, tendo em vista os direitos e deveres decorrentes desse vínculo. Os efeitos jurídicos que emanam dessa relação cumprem um critério de proximidade, ou seja, aqueles parentes considerados mais próximos são os primeiros a serem convocados quando surge alguma obrigação (DIAS, 2017, p. 396).

É necessário o conhecimento da relação de parentesco para que se estabeleça os efeitos jurídicos que decorrem dele, que são direitos e obrigações recíprocas, de caráter pessoal, patrimonial e as proibições derivadas dessa relação, como as de ordem processual e eleitoral (GONÇALVES, 2016, p. 298-299).

São nos mais diversos campos do Direito que o vínculo de parentesco apresenta seus efeitos. No direito penal por exemplo, a intensidade da pena pode ser agravada caso se tenha relação de parentesco entre autor e vítima. No fiscal, se tem isenções, deduções e outro nível de tributação. No constitucional e administrativo se existem restrições para ocupar certos cargos. No sucessório, se estabelece as classes de herdeiros para concorrer à herança. Mas é no direito de família que se tem os mais variados efeitos, como impedimentos para casamento, dever de prestação alimentícia, entre outros (VENOSA, 2012, p. 222).

O vínculo de parentesco é avaliado juridicamente pelas linhas retas e colaterais. Os parentes em linha reta são aqueles que estão na condição de ascendentes ou descentes. É ascendente quando se sobe de uma determinada pessoa aos seus antepassados, como pai e avô. Cada um possui duas linhas retas, uma paterna e outra materna. É descendente quando desce da pessoa aos seus descendentes, como filhos e netos (GONÇALVES, 2016, p. 305).

A descendência não poderá ser desfeita por vontade das partes, ainda que o pai perca seu poder familiar, não deixará de ser pai. Na hipótese de adoção, porém, o parentesco é extinto, tendo em vista que o adotado perde o vínculo com seus parentes consanguíneos (LÔBO, 2011, p. 209).

Há diversos direitos e deveres que decorrem do parentesco em linha reta, principalmente no direito das sucessões e das obrigações. No âmbito das sucessões, por exemplo, parentes em linha reta tem preferência na ordem da vocação hereditária, primeiros os descendentes e depois os ascendentes. Nas obrigações, por exemplo, é anulável venda feita de ascendente a descendente, sem a anuência dos outros descendentes. Além desses, parentes em linha reta são proibidos de casar, não podem adotar um ao outro, entre diversos de outros efeitos jurídicos estabelecidos (LÔBO, 2011, p. 207-208).

Na linha colateral os parentes possuem um ancestral comum aos dois, mas não descendem diretamente um do outro, como os primos, por exemplo. Diferentemente da linha reta que não há limites de grau, os colaterais vão apenas até o “quarto grau” (GONÇALVES, 2016, p. 305-306). São parentes de segundo grau os irmãos, de terceiro os tios e sobrinhos, e de quarto os tios-avôs e primos. (DIAS, 2017, p. 403).

Além do direito civil, o parentesco colateral interessa também ao direito processual e eleitoral. No Processo Civil, por exemplo, o juiz é considerado suspeito quando for parente até terceiro grau de uma das partes. Já em âmbito civil, os parentes até terceiro grau estão impedidos de casar e os até segundo grau tem a

obrigação de prestação alimentícia, caso se faça necessário, entre diversos outros efeitos decorrentes (LÔBO, 2011, p. 210).

No que consiste à filiação, é caracterizada pela relação de parentesco que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou receberam como a se tivesse gerado – parentesco consanguíneo em primeiro grau e em linha reta. Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. Atualmente se preza pela absoluta igualdade de direitos e qualificações entre os filhos, sem a distinção de legítimos ou ilegítimos (GONÇALVES, 2016, p. 311-312).

Assim, a relação que existe entre os genitores e sua prole é chamada de filiação. Ocorre que não é necessário que decorra de vínculo biológico, tendo em vista que a conjunção carnal não é fundamental para a caracterização da filiação. Na contemporaneidade, filiação também decorre da inseminação artificial, da adoção e da relação socioafetiva, resultado da posse do estado de filho (MALUF; MALUF, 2016, p. 466).

Os filhos legítimos eram os filhos oriundos do casamento e ilegítimos quando não decorresse de casamento. Além disso, os filhos eram considerados naturais ou espúrios. Naturais se não houvesse impedimento para o casamento e espúrios quando resultasse de adultério ou de relação de parentes próximos – chamados filhos incestuosos (GONÇALVES, 2016, p. 312).

Na pós-modernidade todos os filhos são equiparados, independentemente de serem biológicos e terem sido concebidos de forma natural. É vedada as designações discriminatórias que por muito tempo foram utilizadas. A constituição da família transcende a mera formalidade de casamento e filhos naturais para dar espaço à socioafetividade, tendo em vista a família ser a formadora da personalidade dos seus integrantes (MALUF; MALUF, 2016, p. 478).

Atualmente, para os filhos procedentes de justas núpcias há uma presunção de paternidade, para os havidos fora do casamento há critérios para seu

reconhecimento, seja voluntário ou judicial e para os adotados se tem os requisitos para sua efetivação (GONÇALVES, 2016, p. 312).

Desde o Direito Romano já se proclama a ideia de presunção de paternidade – presume-se filho o concebido na constância do casamento. Assim, se presume que o filho da mulher casada foi fecundado por seu marido pois tal presunção visa a preservação da segurança e da paz familiar. Da mesma forma, essa presunção se estende para união estável. Com o avanço da ciência, há a possiblidade da certeza da paternidade através do exame de DNA, assim, prevalecerá a verdade biológica. Essa presunção não exclui, no entanto, a família socioafetiva. Independentemente da fidelidade da mulher, o pai que aceita a paternidade do filho consolida o estado de filiação (GONÇALVES, 2016, p. 313-317).

Dessa forma, por vezes, de um lado existe a verdade biológica, comprovada através de exame laboratorial e de outro um estado de filiação que decorre de laços afetivos entre pais e filhos. Essas duas não se conflitam e nem se confundem. Um indivíduo tem o direito fundamental de conhecer sua origem genética, tendo em vista ser um direito de personalidade. O estado de filiação é pressuposto para paternidade, o que independe da origem biológica (DIAS, 2017, p.416-417).

Nesse contexto, se tem a chamada posse de estado de filho, estabelecido por um ato de vontade, e tem como pressuposto a afetividade, portanto, independe de origem biológica (DIAS, 2017, p. 417).

A filiação socioafetiva se sustenta na posse do estado de filho, quando se trata aquele como se filho fosse, em decorrência dos laços afetivos. Dessa forma, se dá valor jurídico à afeição, tendo em vista que o cuidado, o amor e participação na vida do filho já são essenciais. A doutrina estabelece três critérios para caracterização da posse do estado de filho. O primeiro é o tratamento dado como se filho fosse - é criado, educado e os pais o apresentam para todos como filho (*tractatus*). O segundo é a utilização a apresentação do nome da família (*nominatio*). O terceiro diz respeito a reputação, ser conhecido publicamente como filho daqueles pais (*reputatio*) (DIAS, 2017, p. 428-429).

O afeto é condição para a saúde psíquica e moral de qualquer ser humano, é um valor ético e jurídico associado à dignidade humana. Na pós-modernidade, a filiação tem como pressuposto o afeto e a vontade, para além da verdade biológica ou vínculos legais (MALUF; MALUF, 2016, p. 521).

A paternidade socioafetiva pode ser manifestada na adoção, na reprodução assistida, na posse do estado de filho decorrente da adoção à brasileira e pela adoção informal ou de fato (MALUF; MALUF, 2016, p. 521).

O princípio da derivação genética, ou seja, a parentalidade puramente reconhecida pela verdade genética, perdeu importância com o reconhecimento da socioafetividade das relações. O primeiro marco para essa mudança foi o abandono da ideia de que a identidade da família é pautada no casamento. O matrimônio não é mais o elemento constitutivo da família, a afetividade é o elemento essencial dentro de uma relação familiar. Assim, a filiação se desliga da verdade biológica e passa a ser caracterizada pela vivência familiar (DIAS, 2017, p. 416-419).

O outro marco foi o avanço científico, que possibilitou a identificação da filiação biológica através de um exame simples. Esses dois marcos refletiram a possibilidade da descoberta da chamada verdade real, porém, essa passou a ter pouca importância perante os laços afetivos que são formados dentro de uma entidade familiar. Nesse contexto, surge a diferenciação entre pai e genitor. Pai é aquele que cria, que dá proteção e amor, o genitor somente gera a vida. Por muitos anos essas figuras se confundiam em um só, porém, hoje, é possível identificá-las em pessoas distintas (DIAS, 2017, p. 418-419).

2.3 Multiparentalidade no Direito de Família atual

A multiparentalidade é a valorização direta da família socioafetiva. Em suma, significa a possiblidade de um filho possuir dois pais ou mães reconhecidas pelo direito, o biológico e o socioafetivo. Dessa forma, se pressupõe três filiações no mínimo (GONÇALVES, 2016, p. 303). Essa múltipla filiação constará no registro de nascimento do filho, com o objetivo de espelhar a realidade vivida. Assim, constará

no registro o nome de mais de um pai ou mãe e dos avós (CARVALHO, 2017, p. 62).

A parentalidade socioafetiva é uma construção doutrinária e jurisprudencial da modernidade, em que deve-se analisar em cada caso concreto se estão presentes, comprovadamente, a posse do estado filho. Essa posse deve decorrer uma longa, intensa e estável convivência, de maneira que não deixe dúvida para os externos da família que se tratam de parentes. Isso porque, a formação da família atual está pautada na afetividade, sob a égide dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade (GONÇALVES, 2016, p. 303).

O afeto torna-se uma categoria jurídica, e por esse motivo, produz efeitos. Por tais razões, há de se considerar que tanto os pais quantos os filhos possuem o direito de ver reconhecida a parentalidade socioafetiva (CASSETTARI, 2017, p. 30).

O requisito essencial para caracterização da existência da parentalidade socioafetiva é a presença de laços emocionais e afetivos na relação, e para isso, é necessário se realizar uma rígida instrução processual. Além disso, deve-se considerar o tempo de convivência, tendo em vista que o fator tempo é um dos fatores que faz nascer esse tipo de parentalidade. O magistrado tem o dever de reconhecer se a relação é sólida o suficiente para ser comparada a um relacionamento entre pais e filhos, um dos indícios desse vínculo forte seria a guarda fática (CASSETTARI, 2017, p. 30-34).

Após estabelecida e consolidada a paternidade espontaneamente reconhecida, esta se torna um direito indisponível, irretratável e irrevogável. É indisponível tendo em vista que não é permitido a alguém refutar a socioafetividade. É irretratável devido ao fato de que não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho. É irrevogável pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para desconstituir o vínculo voluntariamente assumido (CASSETTARI, 2017, p. 33-36).

Outro requisito fundamental para que seja feito o reconhecimento da socioafetividade é a posse do estado de filho, assim haverá a produção dos efeitos

pessoais e patrimoniais. A posse do estado de filho é considerada uma relação duradoura e baseada na afetividade em que se tem o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai, dessa forma, só é possível por um ato de vontade recíproco. Para sua caracterização são necessárias três condições: a publicidade, a continuidade e a ausência do equívoco. Diante de tais requisitos fica evidente a necessidade de reputação diante de terceiros, como se filho fosse não gerando quaisquer dúvidas e a estabilidade da relação (CASSETTARI, 2017, p. 36-42).

Um exemplo de filiação socioafetiva muito comum no Brasil é a adoção de fato, ou seja, aqueles filhos de criação em que os pais criam como se biológicos fossem. A posse do estado de filho na adoção de fato, juntamente com a presença do nome, o modo de tratamento e a fama perante terceiros caracterizam uma forma de relação socioafetiva (CASSETTARI, 2017, p. 42-47).

A chamada "adoção à brasileira", também é muito comum no Brasil, se caracteriza quando alguém registra como seu um filho que é de outro, apesar de ser considerada crime. Ocorre que, apesar de ser um procedimento ilegal, seus efeitos não poderão ser posteriormente ignorados, tendo em vista que, após o vínculo de socioafetividade estabelecido, a socioafetividade não poderá ser desconstituída (CASSETTARI, 2017, p. 47-53).

A reprodução assistida heteróloga consiste em utilizar material genético alheio de doador anônimo quando os pais possuem algum impedimento para isso. Estabelece-se que terá relação de parentesco e serão criados laços afetivos mesmo não se tendo vínculo biológico. Dessa forma, não haverá qualquer distinção entre filhos oriundos de inseminação, tendo os mesmos efeitos da parentalidade biológica (CASSETTARI, 2017, p. 54-57).

Os filhos havidos fora do casamento e criados pelo cônjuge traído como se filho fosse, também podem invocar a parentalidade socioafetiva devido ao vínculo estabelecido. Em mesmo sentido, os filhos que decorrem da relação de *padrastio* ou *madrastio*. As famílias recompostas são uma realidade social, principalmente após a criação do divórcio. Diante disso, diversas relações entre o novo cônjuge do genitor

e enteado tem se tornado sólidas. Assim, entende-se também pela parentalidade socioafetiva, sendo permitido, a depender do caso concreto, um novo registro com a inclusão do pai ou mãe socioafetivo, sem a retirada do biológico (CASSETTARI, 2017, p. 53-54, 58-59).

A busca pelo eudemonismo prevalece hoje em face da necessidade de manter a família unida em favor do casamento. O que se almeja é a felicidade e a realização pessoal de cada um. Assim, quando um casal não está mais satisfeito na relação, eles se separam, independentemente da existência ou não de filhos, formando então a família monoparental - esta também é formada pela morte do parceiro (CARVALHO, 2017, p. 61).

A família reconstituída é aquela formada quando se tem a morte ou a separação do companheiro ou companheira. Em muitos casos, o pai ou mãe encontra um(a) novo(a) parceiro(a) a fim de construir uma nova família. Essa reconstrução é pautada em novos laços afetivos, cada vez mais comum na atualidade, é a chamada família pluriparental ou mosaico (CARVALHO, 2017, p. 61).

Com as mudanças sociais e a evolução da sociedade, a família está cada vez mais plural, e a multiparentalidade é o resultado dessas transformações. Assim, é dever do direito acompanhar e tutelar essa nova realidade de múltipla filiação (DIAS, 2017, p. 432).

> No que tange às famílias recompostas, surgiu uma nova espécie de unidade familiar, ou seja, a multiparentalidade, a qual consagra a possibilidade de uma convivência simultânea entre pais/mães afetivos e biológicos, sendo uma realidade presente em muitas famílias brasileiras e cientes de que a norma formal vem atender aos clamores da sociedade, não poderia aquela obstacularizar a eficácia legal desta sob pena de descredibilizar o Judiciário 28 e de não amparar o maior interesse do Direito das famílias, qual seja, o de resguardar com dignidade o meio familiar (KONRAD; TRENTIN, 2014, p. 46).

A teoria tridimensional da filiação é admitida por parte da doutrina e assume que na multiparentalidade coexistem o critério biológico, afetivo e ontológico. Essa teoria comporta a incidência de todas as obrigações e direitos atinentes à relação de

parentesco. Assim, quando uma pessoa tem mais de um pai, pode-se ter também mais de um sobrenome, mais de uma herança e mais de uma relação de parentesco (MALUF; MALUF, 2016, p. 534). Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2016, p. 534-535) prelecionam:

> Somos favoráveis à não prevalência de qualquer das espécies de parentalidade: biológica ou socioafetiva, nas relações sociais constitutivas da família, devendo em relação à multiparentalidade valorizar-se sobretudo a dignidade da pessoa humana, está ampliada na família, não nos opondo, entretanto, à configuração em casos excepcionais.

Destarte, a teoria tridimensional considera que, para formação de um indivíduo, é necessário observar a origem genética, a afetividade e a ontologia. Nesse sentido, a filiação socioafetiva é igualmente irrevogável quanto a biológica, pois a possibilidade de revogá-la feriria o princípio da dignidade da pessoa humana (MALUF; MALUF, 2016, p. 534-535).

Segundo a doutrina, na multiparentalidade há a possibilidade de ocorrência dos efeitos jurídicos em relação a todos os pais. Essa visão é contemporânea e ainda está em período de reconhecimento, tendo em vista que na filiação socioafetiva, quando essa era reconhecida em detrimento da biológica, eram rompidos os vínculos que se tinha com o pai biológico, não incidindo mais sobre este as obrigações de caráter alimentar ou sucessória (MALUF; MALUF, 2016, p. 527; 532). Maria Berenice ratifica a ideia de que os efeitos jurídicos abrangem todos os pais ao dizer que

> [...] é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade ou multiparentalidade, é necessário reconhecer a existência de vários vínculos de filiação. Pais – sejam eles quanto forem - devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória (DIAS, 2017, p. 433-434).

A preocupação da doutrina, todavia, está pautada na possibilidade que alguns busquem a multiparentalidade apenas com interesses patrimoniais (MALUF; MALUF, 2016, p. 532).

Entretanto, ao passo que um filho poderia aumentar seus recursos de sobrevivência através de mais de uma pensão alimentícia e teria seus direitos sucessórios ampliados, também teria um maior número de deveres como o de sustento de genitores. Esses genitores também possuem o direito de requerer a guarda do filho, além de terem seus direitos sucessórios também ampliados caso o filho venha falecer antes (MALUF; MALUF, 2016, p. 533).

Uma série de questionamentos decorrem com a adoção da multiparentalidade. Está em pauta se a coexistência de dois pais ou mães colocariam em prejuízo o direito à identidade pessoal; se o desenvolvimento do menor seria prejudicado pela dupla guarda e visitação; se haveria competitividade entre os pais, o que causaria prejuízos ao menor; se dupla pensão alimentícia provocaria comodismo no filho; como seriam divididas as responsabilidades de poder familiar, administração dos bens dos filhos, emancipação do menor e diversas outras atribuídas aos pais (MALUF; MALUF, 2016, p. 533).

É importante ressaltar que, no caso da adoção e dos filhos havidos por inseminação heteróloga, apesar de ser uma forma de parentesco socioafetivo, a doutrina não tem considerado que os efeitos da multiparentalidade devem correr sobre eles. Nessa visão lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho (2017, p. 233):

> Pensamos não ser possível a aplicação da tese em caso de adoção – por expressa disposição de lei -, nem aos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga. Embora tenham o direito constitucional à busca da origem biológica, não será possível extrair efeitos outros, porquanto são situações distintas da paternidade socioafetiva construída, simplesmente, pela ação do tempo.

A multiparentalidade é uma realidade contemporânea que emergiu em decorrência das mudanças sociais e do conceito plural de família. No atual modelo familiar não há uma definição única do que seja família, essa é admitida nos mais diversos moldes. Seus efeitos ainda estão em discussão doutrinária, devido ao fato de ser tema recente no direito de família brasileiro (MALUF; MALUF, 2016, p. 533-534).

3 A MULTIPARENTALIDADE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O segundo capítulo relatará de que maneira a legislação tem contribuído para a definição da multiparentalidade. A Constituição Federal de 1988 erradicou ideias passadas, consagrou os novos princípios norteadores do Direito de Família contemporâneo e garantiu à família e aos filhos proteção integral, independentemente de como tiverem sido originados. Há também uma releitura da codificação civil de 1916, o que culminou no novo Código Civil de 2002. O novo código buscou reorganizar a família tomando-se por base os princípios constitucionais. Em suma, privilegiou a dignidade da pessoa humana e a afetividade.

3.1 Multiparentalidade e a Constituição Federal de 1988

O ordenamento jurídico brasileiro tem um caráter unitário posto que as mais diversas normas jurídicas devem decorrer de um mesmo ponto de partida. Assim, apesar de possuir numerosas fontes no ordenamento, a unidade se revela pelo fato de estarem todas obedecendo a uma única norma ou fonte superior (BOBBIO, 2014, p. 58-59).

Segundo Kelsen, as normas jurídicas estão em planos distintos, é a denominada teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico. Há uma estrutura hierárquica que compreende normas superiores e inferiores, sendo as inferiores diretamente dependentes das superiores. A norma máxima superior não depende de nenhuma outra, é a chamada norma fundamental, sem ela não haveria ordenamento, pois é ela que dá unidade a todas as outras (BOBBIO, 2014, p. 58-59).

As normas constitucionais são as normas primordiais do ordenamento jurídico brasileiro, todavia essa norma pressupõe um poder normativo. As normas constitucionais são derivadas do poder constituinte, esse é poder originário e supremo em um ordenamento jurídico. Ocorre que, para o poder constituinte realizar normas, é necessário que uma norma atribua a ele esse poder, é a chamada norma

fundamental. Essa norma atribui aos órgãos constitucionais a possibilidade de elaboração de normas, ao passo que impõe aos destinatários da norma a obediência (BOBBIO, 2014, p. 66).

A norma fundamental dá legitimidade à Constituição Federal. Apesar de não ser expressa, ela garante o cumprimento do que o poder constituinte estabeleceu, ou seja, o dever de obediência à Constituição e às normas que derivam dela (BOBBIO, 2014, p. 67).

Na visão de Noberto Bobbio (2014), os princípios gerais do direito também são normais fundamentais pois são generalíssimas do sistema, esses princípios são formulados por intérpretes que buscam assimilar o chamado espírito do sistema (BOBBIO, 2014, p. 148-149).

No Brasil, foi a partir da Constituição de 1891 que passou a ter mudanças relevantes no Direito de Família. A Constituição de 1891 admitiu o casamento civil e gratuito, além de desvincular o matrimônio da religião. Já a Constituição de 1934 garantiu às famílias de muitos filhos o amparo pelo Estado, presava pela indissolubilidade do casamento assegurou que o reconhecimento de filhos naturais fosse gratuito (ALUF; MALUF, 2016, p. 58-59).

A Constituição de 1937 acolheu os mesmos princípios da Carta de 1934, acrescentando ainda a igualdade entre filhos naturais e legítimos e o dever do Estado de proteger a infância e a juventude. A Constituição de 1946 quase não inovou quanto ao conceito de família, apesar de que na época já haverem várias tendências inovadoras. Por essa Carta se tem o casamento válido indissolúvel, protegido pelo Estado, em que casamento civil se equivale ao religioso e a proteção do Estado para a maternidade, juventude e infância (MALUF; MALUF, 2016, p. 61).

A Constituição de 1967 em nada acrescentou quanto a proteção da família pela Constituição Federal. Foi a Constituição de 1988 que transformou radicalmente os mais diversos conceitos no panorama da entidade familiar. Essas mudanças foram

reflexos da ansiedade da população brasileira pela concretização do Estado Democrático de Direito (MALUF; MALUF, 2016, p 62).

Assim, a Constituição Federal de 1988 erradicou de uma só vez séculos de preconceito e hipocrisia, conforme Zeno Veloso (2015, p. 62). Ela garante à família proteção estatal conforme dispõe artigo 226. A família protegida pelo Estado é formada por casamento civil ou religioso, tendo ambo efeitos civis (§1º e 2º), a admissão da união estável (3º), as famílias monoparentais e a formada por um dos pais e seus descendentes (4º) (MALUF; MALUF, 2016, p. 63).

Além disso, foi instaurada a igualdade entre homem e mulher no âmbito de direitos e deveres (§5º); a possibilidade de dissolução do casamento por divórcio (§6º); a livre decisão do casal para o planejamento familiar em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (§7º); a incumbência do Estado de garantir assistência à família (§8º); estabeleceu a igualdade entre filhos, oriundos ou não do casamento, sendo vedada qualquer caracterização discriminatória (artigo 227, §6º) (MALUF; MALUF, 2016, p. 63).

A família é, portanto, reconhecida como uma entidade plural, sendo o casamento tradicional apenas uma das maneiras de relacionamento familiar. Assim, nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo (2011) "[...] a família referida nos artigos 226, 227 e 230 da Constituição Federal é mais ampla que nuclear, alcançando as pessoas que se vinculam por laços de parentesco, já os artigos 186 e 191 da Constituição contemplam a família sem limitar seu âmbito" (MALUF; MALUF, 2016, p. 64).

A Constituição Federal é uma carta de princípios e passa a impor eficácia às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, §1º). Assim, os princípios constitucionais adquirem força imediata e normativa, passando a ser considerados leis das leis (DIAS, 2017, p. 145-146).

Ao Direito de Família são aplicáveis diversos princípios constitucionais, como por exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), o

princípio da solidariedade familiar (artigos 3º, I e 229), o princípio da paternidade responsável (artigo 226,§ 7º) (MALUF; MALUF, 2016, p. 66-67), o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros (artigos 5º, I e 226, 5º), o princípio da igualdade jurídica entre os filhos (artigo 227, §6º) (GONÇALVES, 2016, p. 22-25), princípio do pluralismo das entidades familiares (artigo 226, §1º e §4º) e princípio da afetividade, disposto indiretamente na Constituição Federal (DIAS, 2017).

O princípio da dignidade da pessoa humana é aquele que constitui a base da comunidade familiar e garante o desenvolvimento e a realização pessoal de cada membro da família, em especial à criança e ao adolescente (GONÇALVES, 2016, p. 23). É o considerado macro princípio do qual decorrem diversos outros, como da liberdade, autonomia privada, solidariedade, igualdade, cidadania. Assim, é pautado na dignidade da pessoa humana que se preserva no novo ordenamento jurídico o afeto, a confiança, o carinho, o amor e a solidariedade (DIAS, 2017, p. 52-53).

O princípio da solidariedade familiar compreende os conceitos de fraternidade e reciprocidade. As relações familiares geram deveres recíprocos entre seus integrantes, como é o caso do dever de proteção às crianças e adolescentes pela família, pela sociedade e pelo Estado, nessa ordem. Em reciprocidade, há o dever, atribuído às mesmas partes, para com os idosos (artigo 230) (DIAS, 2017, p. 58).

A solidariedade tem como origem os vínculos de afetividade, e seu objetivo é alcançar uma sociedade justa e solidária. Para isso, no núcleo familiar deverá haver a mútua colaboração (MALUF, MALUF, 2016, p. 68). A fim de alcançar a solidariedade, a Constituição Federal estabelece no artigo 229 que "[...] os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. " (CASSETTARI, 207, p. 229).

O princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar pressupõe que é de livre decisão do casal planejar sua família, todavia, os cônjuges deverão se

pautar pela responsabilidade para realizar o planejamento (GONÇALVES, 2016, p. 24).

O princípio da igualdade jurídica entre cônjuges e companheiros estabelece que não haverá qualquer distinção entre direitos e deveres, estabelecidos na família ou fora dela, tendo como base o sexo do indivíduo. Esse princípio visa por fim definitivamente ao poder patriarcal e sua chefia, trazendo à mulher posição igualitária perante o homem (GONÇALVES, 2016, p. 23).

A igualdade entre os filhos também é um princípio consubstanciado pela Constituição Federal brasileira, em que se preza pela absoluta igualdade de todos os filhos, abominando qualquer menção discriminatória, como filhos ilegítimos e legítimos. Assim, também, não haverá qualquer distinção entre filhos concebidos ou adotados (GONÇALVES, 2016, p. 23-24).

O princípio do pluralismo das entidades familiares admite a formação familiar nos seus mais variados moldes. É com a Constituição de 1988 que se amplia a proteção do Estado à família para além daquela constituída unicamente pelo casamento, como é o caso das famílias homoafetivas e as pluriparentais, por exemplo (DIAS, 2017, p. 56-57).

O princípio da afetividade fundamenta que as relações familiares não precisam se sustentarem no caráter patrimonial ou biológico, mas admite-se a possibilidade de formação de uma família que emerge da simples afeição entre duas pessoas, o chamado *affectio societatis* (DIAS, 2017, p. 59-61).

O Estado é o primeiro compromissado a assegurar o afeto para com seus cidadãos, pois impõe a si mesmo obrigações para com eles, a fim de garantir-lhes dignidade. O afeto está intimamente ligado à felicidade e a possibilidade que tem cada um de realizar seus projetos pessoais. Assim, o Estado deve criar instrumentos e políticas públicas para encorajar os cidadãos (DIAS, 2017, p. 59).

Ainda que o afeto não esteja expressamente na Constituição, há de se percebê-lo entre suas entrelinhas e pelas normas jurídicas postas. É o caso do

reconhecimento da união estável como entidade familiar, tendo em vista que a justificativa jurídica e socialmente aceita é a formação do afeto que ambos têm para sua união e convivência (DIAS, 2017, p. 59).

Esse princípio também pressupõe o tratamento igualitário entre os filhos e a igualdade entre irmãos, sejam biológicos ou adotivos. Assim, leciona Paulo Lôbo (2011, p. 71):

> O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

O princípio da afetividade se faz presente nas relações familiares posto que está em profunda ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Ele garante estabilidade para entidade familiar (MALUF; MALUF, 2016, p. 60).

O afeto não deriva do sangue, mas sim dos laços da convivência familiar. Portanto, a posse do estado de filho é consequência do reconhecimento jurídico do afeto, e tem como cerne a visão eudemonista, ou seja, na busca pela felicidade. Essa visão, voltada para o Direito de Família, tem como pressuposto a realização dos interesses existenciais e afetivos dos membros da entidade familiar (DIAS, 2017, p. 59-60). Com relação à afetividade entre pais e filhos, João Batista Villela (apud CASSETTARI, 2017, p. 11) segue mesmo pensamento quando diz: “[...] não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança.”

A família contemporânea segue em um caminho de incessante procura pela igualdade, voltada para realização pessoal de cada indivíduo e com diminuição de regras. Dessa forma, todos os bons sentimentos são válidos e primordiais para a vida

em comum, em que se é necessário dar e receber amor. Então, percebe-se que o princípio norteador do atual direito da família é o princípio da afetividade (DIAS, 2017, p. 61).

Assim, a afetividade é o pressuposto para a formação de uma entidade familiar contemporânea. Por ela, se tem várias consequências que emergem na sociedade, mas nem todas ainda estão dispostas na Constituição Federal. Em conclusão, a Constituição Federal contém um instituto normativo que permite a interpretação da possibilidade jurídica da multiparentalidade. A multiparentalidade tem como fundamento a igualdade entre a parentalidade biológica e a socioafetiva, não devendo haver qualquer hierarquia entre elas. É a aceitação da coexistência harmoniosa entre as parentalidade (CASSETTARI, 2017, p. 271-273).

3.2 Multiparentalidade e o Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 buscou regular a organização familiar pautando-se nos novos princípios constitucionais, e assim, atualizar os principais pontos do direito de família. Dessa forma, foram eliminados diversos preceitos como a legitimidade família advinda exclusivamente do casamento, estabeleceu a igualdade entre os cônjuges para todos os aspectos, inclusive para a guarda dos filhos, devendo-se prevalecer o melhor interesse da criança (artigos 1583 e 1584), concretizou a igualdade entre os filhos. Em suma, privilegiou a dignidade da pessoa humana e a afetividade (MALUF; MALUF, 2016, p. 70).

O afeto e solidariedade na família advém da convivência familiar, e não do sangue. Assim como a Constituição Federal, o Código Civil não utiliza a palavra afeto diretamente. É possível identificar a valoração do afeto em diversos artigos do Código Civil, como quando a guarda é deferida em favor de um terceiro (artigo 1.584, §5º), quando é admitido a filiação além do parentesco natural e civil (artigo 1593) e na igualdade entre filhos (artigo 1596), por exemplo (DIAS, 2017, p. 60).

No Código Civil de 1916, artigo 358, era proibido a reconhecimento dos filhos considerados adulterinos ou incestuosos, ainda que fosse a vontade do pai

reconhecer. O filho, então, ficava sem registro paterno. Isso se dá pelo fato desse código apenas tutelar a família considerada legítima, que se dava através do casamento (PEREIRA. 2012, p. 140).

A igualdade entre filhos, além de um princípio constitucional, está disposta também no Código Civil 2002, artigo 1.596: "[...] os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.". Para esse dispositivo estão incluídos qualquer tipo de filhos, inclusive os considerados socioafetivos (CASSETTARI, 2017, p. 126).

Historicamente, os vínculos de parentesco reconhecidos sempre foram o natural, decorrente da consanguinidade e o civil, decorrente da adoção. A evolução das técnicas de reprodução ocasionou a chamada desbiologização da parentalidade, o que permitiu a abertura para novas formas de parentesco (DIAS, 2017, p. 398).

A verdade afetiva, perante a biológica, garantiu ainda mais a ampliação do conceito de filiação. É a valorização dos sentimentos nobres como o amor, a vontade de formação de uma família feliz, o carinho mútuo e o companheirismo entre os membros familiares. Dessa forma, o código civil reconheceu outros vínculos além da consanguinidade e adoção, quando dispõe no artigo 1593: "[...] o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.". A expressão "outra origem" pressupõe qualquer outra forma de parentesco além da biológica e não apenas a adoção (DIAS, 2017, p. 398-399).

Em relação às técnicas de reprodução assistida, sua existência se deu devido à evolução da biotecnologia. Assim, o artigo 1597, incisos III, IV e V do Código Civil abrange as técnicas de reprodução assistida como presunção de paternidade e maternidade. Essas técnicas são utilizadas quando há algum impedimento de se conceber o filho de maneira natural, ou seja, através do ato sexual (DIAS, 2017, p. 421). O filho que é concebido pelas técnicas de reprodução artificial tem o seu vínculo de parentesco com os pais reconhecido naturalmente, bem como com os

parentes de seus pais, os quais também serão seus, passando a pertencer, então, à mesma família (GONÇALVES, 2016, p. 455).

A concepção homóloga é quando se manipula os gametas masculinos e femininos do casal, se fertiliza *in vitro* e o óvulo é colocado na mulher. Nesse caso, não há necessidade de autorização do marido (DIAS, 2017, p. 422).

Na heteróloga, se utiliza um esperma de um terceiro doador anônimo. Se a mulher for casada, será necessário o consentimento do marido, que será considerado pai por presunção legal e absoluta, tratado como paternidade afetiva. Após a implantação do óvulo, se concedido, não existe a possibilidade de retratação. Por tratar-se de material genético de terceiro doador, na heteróloga se tem total sigilo dos doadores e receptores. Assim, caso não haja consentimento, a paternidade será incerta. Há de se destacar que apesar do sigilo profissional, há um direito superveniente que cada um tem de conhecer sua origem biológica, portanto, poderá ser proposta ação investigatória de paternidade, mas essa não valerá para efeitos registrais (DIAS, 2017, p. 422-425).

Há também a hipótese da gestação por substituição, a denominada barriga de aluguel. Todavia, apesar da denominação "aluguel", não é permitido a comercialização com fins lucrativos desse tipo de prática, bem como não é possível uma criança ser objeto de contrato. Com essa prática se elimina a presunção de *mater semper certa est*, ou seja, que a mãe é aquela tem a gestação e o parto da criança. Nesse caso, quem dá à luz não é a mãe biológica, poderia ser classificada como "mãe civil", levando-se em consideração a classificação do artigo 1593 do Código Civil (DIAS, 2017, p. 427).

Há também a técnica de procriação que é utilizada por lésbicas, ou seja, uma delas é a gestante do óvulo da outra, o qual foi fecundando em laboratório. Nesse caso há uma dupla maternidade, e não gravidez por substituição, e pode ser registrado no Cartório do Registro Civil (DIAS, 2017, p. 427).

No que tange aos tipos de parentesco – natural, por afinidade e civil – se tem a contagem de graus. A contagem de graus está pautada no número de gerações que separam os parentes. A contagem de linhas retas se distingue da colateral, conforme disposto no artigo 1594 do Código Civil. Para a contagem de grau no parentesco consanguíneo em linha reta, é contado o intervalo de uma geração para outra. Por exemplo, a relação de parentesco entre pais e filhos é de primeiro grau, pois existe apenas uma geração que o separam. Na colateral se sobe até o ascendente em comum e contar a partir dele (MALUF; MALUF, 2016, p. 459-460).

Da mesma forma da biológica é a contagem de graus no parentesco civil, pois o adotado assume posição de parente natural na família em que foi adotado (MALUF; MALUF, 2016, p. 463). Assim, para o adotado, não haverá qualquer distinção, a contagem será como se biológico fosse. O grau de parentesco é necessário para definir as responsabilidades que a que os parentes deverão se prestar (LÔBO, 2011, p. 212).

O vínculo por afinidade parte-se do pressuposto que cada cônjuge tem vínculo jurídico com os parentes do outro, limitando-se aos ascendentes, descendentes e aos irmãos de cada um, conforme disposto no Código Civil, artigo 1595. Há de se destacar também que por esse código se admitiu a inclusão da união estável como fonte geradora de relação de afinidade. A contagem de graus para esse tipo de parentesco se faz colocando o cônjuge na posição do outro, e conta-se da mesma forma como se consanguíneo fosse, portanto, terá o mesmo grau, porém, será parente por afinidade (MALUF; MALUF, 2016, p. 461-462).

Além desses tipos de parentesco, se tem também outro tido como de “outra origem”, conforme já citado no artigo 1593. Essa expressão foi a que deu espaço para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva (MALUF; MALUF, 2016, p. 463).

O parentesco socioafetivo existe quando se há uma forte relação de afetividade materna ou paterna, porém inexiste laços de sangue. Conforme já dispõe o artigo 1595 do Código Civil, uma relação de afinidade não se extingue caso o

casamento ou a união estável seja dissolvido. Assim, pode-se afirmar que quando um enteado (a) mantém uma relação afetiva com seu padrasto ou sua madrasta, esse vínculo gerado não pode ser desfeito devido a separação do casal, para além disso, podem surgir dessa relação obrigações e diretos (MALUF; MALUF, 2016, p. 463).

Um exemplo de paternidade socioafetiva é quando um homem registra como seu o filho de outra pessoa porque vive uma relação com a mãe da criança, educa, cria e dá amor à criança como se filho biológico fosse. Ocorre que, para que seja caracteriza paternidade socioafetiva é necessário que inexista vícios de consentimento, ou seja, quando se faz o registro o homem precisa saber que não se trata de filho biológico seu. Então, quando se tem a dissolução da relação do casal ou quando o homem vem a falecer e a verdade vem à tona, levanta-se o questionamento quanto à anulabilidade do registro. Assim, a ação que objetiva a desconstituição da paternidade, ou maternidade, se justifica com a prova de erro ou falsidade da declaração, em consonância com os artigos 1604 a 1608 do Código Civil (MALUF; MALUF, 2016, p. 463-464; 491).

Outro requisito para a caracterização da socioafetividade é o tratamento do filho como seu perante toda a sociedade. É a chamada posse do estado de filho, em que se configura pelas expressões *tractatus* e *reputatio* (MALUF; MALUF, 2016, p. 464).

A posse do estado filho é o resultado do afeto como reconhecimento jurídico. Assim, essa posse é considerada uma filiação socioafetiva, de maneira que é resultante de fato certo (artigo 1605, II), ou seja, uma situação fática pautada na convivência e afetividade, que tem como resultado o reconhecimento da paternidade (DIAS, 2017, p. 60; 399).

Sob essa perspectiva, da posse do estado de filho nascem direitos e deveres, dos pais para com filhos, relacionados à pessoa do filho e relacionados ao patrimônio do filho, os quais decorrem do poder familiar (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 515). Em mesmo sentido leciona Silvio Rodrigues sobre poder familiar, ao dizer que “[...] é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à

pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. ” (GONÇALVES, 2016, p. 408).

O Código Civil estabelece aos pais o dever de criação e educação, conforme disposto no artigo 1.634:

> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a **criação e educação**;
>
> - tê-los em sua **companhia e guarda**;
>
> - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> - **representá-los**, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo- lhes o consentimento;
>
> - **reclamá-los de quem ilegalmente os detenha**;
>
> - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (grifo nosso)

A prestação alimentar também é um dever que os pais têm para com seus filhos quando se tem o vínculo de filiação estabelecido. Está pautado na solidariedade humana e mútuo auxílio que deve haver entre os membros de uma mesma família. Dispõe o artigo 1.694 do Código Civil que “[...] podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”. Dessa forma, o conceito “alimentos” não está associado apenas à literalidade da palavra, mas a tudo aquilo que se faz necessário para à subsistência e a conservação física, moral e social do indivíduo (GONÇALVES, 2016, p. 495-496).

No atual cenário, analisando-se cada caso concreto, por diversas vezes não há a possiblidade de se optar pela realidade biológica ou afetiva, tendo em vista que ambas têm sua importância singular para o(a) filho(a). Nesses casos, há a aceitação da coexistência da paternidade ou maternidade de mais de um pai ou mãe (MALUF; MALUF, 2016, p. 464). Essa coexistência ainda é recente, portanto, não se encontra

legislada expressamente no Código Civil 2002, todavia, sua origem e seus reflexos estão fundamentados nele.

3.3 A multiparentalidade e a legislação extravagante

Ao longo do século XX, o Brasil passou por diversas mudanças sociais e jurídicas, as quais alteraram a concepção de filiação anteriormente imposta. Em 1941, através do Decreto Lei 3.200, foi proibido que se fizesse menção sobre a forma de filiação no registro civil do filho quando seu nascimento. O Decreto Lei 4.737, de 1942, permitiu ao filho considerado adulterino ou incestuoso fosse reconhecido caso o genitor viesse a se desquitar (PEREIRA, 2012, p. 140-141).

Em 1943, o Decreto Lei 5.213 modificou o artigo 16 do Decreto Lei 3.200 de 1941, e garantiu ao pai a guarda do filho natural caso o tivesse reconhecido. A Lei 883 de 1949 permitiu aos filhos tidos fora do casamento que fossem reconhecidos, caso fosse dissolvida a união conjugal. Além disso, a possibilidade de investigação de paternidade extramatrimonial, todavia, essa valeria apenas para fins de pagamento de pensão alimentícia e correria em segredo de justiça (PEREIRA, 2012, p. 141).

O Estatuto da Mulher Casada, regido pela Lei n. 4121/62, garantiu à mulher a sua plena capacidade, a qual havia perdido no momento em que se casava. A mulher passou a ser vista como colaboradora do patrimônio comum, e não mais subordinada ao marido. Assim, houve o ingresso da mulher no mercado de trabalho e a garantia do princípio do livre exercício de profissão. Essa emancipação feminine e a busca pela igualdade entre marido e mulher tiveram como sustentação a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (MALUF; MALUF, 2016, p. 73; 75; 77).

A Lei 6.515 de 1977, comumente chamada de Lei do Divórcio, permitiu o registro do filho concebido de relação extramatrimonial ainda na continuidade do casamento, com a única restrição que deveria ser feito em testamento cerrado (PEREIRA, 2012, p. 141).

A Lei do Divórcio instituiu a dissolução do vínculo conjugal, consagrou a comunhão parcial como o regime legal de bens e modificou para facultativa a adoção do nome do marido (DIAS, 2017, p. 149).

Essa mesma lei assegurou direito de herança a todos os filhos, em iguais condições e permitiu que, contra o genitor casado, a ação investigatória de paternidade valeria apenas para fins alimentícios. Apenas se o casamento fosse dissolvido que seria possível o registro (DIAS, 2017, p. 409).

Em 1977, ainda com a Lei do Divórcio, os filhos havidos fora do casamento, e criados pelo cônjuge traído como se filho fosse, também podem invocar a parentalidade socioafetiva, bem como os filhos que decorrem da relação de *padrastio* ou *madrastio* (CASSETTARI, 2017, p. 53-54; 58-59).

A Lei 7.250 de 1984 permitiu ao filho adulterino o direito de ser reconhecido caso houvesse separação de fato por mais de 5 anos, de seu pai e o cônjuge. Foi em 1989, com a Lei 7.841, que foi revogado expressamente o dispositivo do Código Civil de 1916 que negava aos filhos adulterinos ou incestuosos o direito de serem reconhecidos. Esse artigo já havia sido revogado tacitamente pela promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual garantiu direitos iguais a todos os filhos, com a proibição de qualquer designação discriminatória (PEREIRA, 2012, p. 141).

A obrigatoriedade de investigação de paternidade foi imposta pelo artigo 2º da Lei 8.560 de 1992. A lei determina que o Estado deverá mandar averiguar a paternidade para todos os registros de nascimentos que não constem o nome do pai. Para isso, será indicado um suposto pai e se fará as averiguações necessárias. Essa lei possui duas concepções distintas. Na primeira, o Estado estaria adentrando excessivamente na vida privada dos indivíduos. Em contrapartida a esse pensamento, deveria ser garantido ao filho o direito de um pai reconhecido (PEREIRA, 2012, p. 143).

De qualquer forma, a lei reconhece na figura do pai um papel de importante formador da família e do sujeito. O Conselho Nacional de Justiça, em consenso com

o pensamento de importância do pai para a formação do indivíduo, publica o provimento 12, em 10 de agosto de 2010. O provimento defende a eficácia da Lei 8.560 e objetiva a paternidade responsável. Ele determina que, todos aqueles que não tenham um registro paterno em sua certidão, sejam notificados para indicar o um suposto pai (PEREIRA, 2012, p. 144).

Ocorre que, a lei e o provimento consideraram apenas um dado genético para a definição de pai. O mero registro civil não é suficiente para instituir a paternidade, pois esse seria apenas aquele que cumpre as imposições da lei. Para ser pai é necessário ir além do cumprimento de obrigações e deveres jurídicos, é necessário que ele tenha também importância emocional na vida do filho. Assim, o verdadeiro pai não é aquele que apenas registra o filho por ter lhe dado a vida, mas pai é aquele que cria e que dá ao filho o status de "posse de estado", pautados no nome, no trato e na fama (PEREIRA, 2012, p. 145-146).

A Lei n. 11.924 de 2009 também se mostra favorável à afetividade no sentido de que permite o acréscimo do nome do padrasto ou madrasta ao do enteado, desde que caracterizada a relação de afetividade (NADER, 2016, p. 308).

Assim, quanto aos efeitos registrais civis, há a possibilidade de alteração do nome da pessoa devido a inclusão do patronímico do pai ou da mãe socioafetivo. O amor e o afeto são os verdadeiros meios de conexão da família que garantem à pessoa sua dignidade, independentemente de consanguinidade. Desta forma, a Lei n. 11.924 de 2009 regulamentou a possibilidade de alteração no registro de nascimento a fim do enteado adotar o nome de seu padrasto ou madrasta (SANTOS, 2016, p. 64-65).

Em mesmo sentido, o mesmo vínculo gerado pela socioafetividade que garantiu o nome, também é capaz de gerar outras consequências jurídicas, como é o caso da impossibilidade de casamento entre irmãos socioafetivos, posto que devem ser tratados como biológicos, o que incidiria impedimento conforme dispõe o Código Civil. Além desse, diversos outros que são discutidos em âmbito doutrinário

e jurisprudencial, como é o caso da possibilidade ou não do reconhecimento do dever de alimentos (TARTUCE, 2017, p. 61; 553).

A multiparentalidade segue mesma linha de pensamento, no sentido de que permite registrar o nome de um novo pai ou uma nova mãe devido ao vínculo afetivo existente. Não se trata do reconhecimento voluntário de uma criança, legislado desde 1992, mas sim da filiação plural, a coexistência de registro biológico e afetivo na mesma certidão de nascimento (SANTOS, 2016, p. 64-65).

3.3.1 Da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente

As diversas mudanças da família contemporânea resultaram na alteração constitucional e legislativa do Código Civil, conforme já mencionado. Além dessas, houveram também diversas alterações no texto legal do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual, pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na solidariedade, visa a satisfação integral de cada integrante da família (PEREIRA, 2017, p. 62).

O estatuto da criança e do adolescente tutelou direitos à família substituta, o que traça o caminho à família socioafetiva, lugar aonde os laços afetivos estão sobre os requisitos tão somente formais (GONÇALVES, 2016, p. 24).

O estatuto corrobora com a ideia constitucional que garante a supremacia da pessoa e seus valores existenciais em face do patrimônio. Portanto, conforme dispõe artigo 23 do estatuto, por exemplo, a insuficiência de recursos materiais não determina a perda ou suspensão do poder familiar (PEREIRA, 2017, p. 71).

O artigo 3º pressupõe os direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, os quais possuem o objetivo de alcançar seu integral desenvolvimento, pautando-se na dignidade e liberdade (GAGLIANO, 2017, p. 107).

Em complementação, o artigo 4º do estatuto enuncia a prioridade absoluta à efetivação desses direitos, sendo dever da família, da sociedade, da comunidade e do

poder público. Toda essa proteção integral visa respeitar o princípio do melhor interesse da criança, consagrado também na Convenção Internacional de Haia (TARTUCE, 2017, p. 24).

Quando uma criança ou adolescente vai para uma família substituta se pressupõe que ela será ouvida, e caso tenha mais de 12 anos, se fará necessário sua anuência e consentimento, nos termos do artigo 28, §1º e §2º do estatuto. Por essa regra se tem um exemplo da busca pelo melhor interesse do menor, em que se é dado a ele o direito de ficar no ambiente que melhor assegure seu bem-estar (TARTUCE, 2017, p. 266-268).

O estatuto não dá o conceito de família substituta, mas pelo senso comum faz referência às famílias cadastradas para a adoção. Essas famílias recebem a guarda das crianças e firmam compromisso conforme previsão no artigo 32 (DIAS, 2017, p. 157).

No artigo 41 do estatuto o legislador prevê que após o filho ser adotado, se tem o rompimento com a família biológica. Todavia, o artigo 48 prevê a possiblidade do adotado maior de 18 anos buscar sua origem biológica, levando-se em consideração a dignidade humana e a integridade psíquica do indivíduo (PERERIA, 2017, p. 418).

Ocorre que, se a adoção for de um cônjuge que adota o filho do outro, não há de se falar em perda do poder familiar, pois é a chamada adoção unilateral, conforme prevê §1º do artigo 41. Em suma, entre filho adotivo e o consanguíneo não há qualquer distinção (GONÇALVES, 2016, p. 402).

O nome é um direito que o filho tem, independentemente da origem de sua concepção. Assim, conforme artigo 47, §5º o adotado terá o nome do adotante, e ambos têm o direito de requerer a modificação do prenome. A nova realidade das famílias constituídas, determinadas pelo compromisso e responsabilidade, retratam a força da afetividade e do princípio do melhor interesse do descendente em detrimento da verdade puramente biológica. Por essa regra, é também plenamente

cabível a inclusão do nome do padrasto, por exemplo, nos casos de forte vínculo psicológico e social entre eles (PEREIRA, 2017, p. 466).

A Lei n. 12.010/2009 convocou a chamada família extensa e ampliada, incluindo o parágrafo único do artigo 25 do estatuto. Família ampliada é aquela que se forma por vínculos de afinidade e afetividade (PEREIRA, ,2017, p. 355).

> Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.
>
> Parágrafo único. Entende-se por **família extensa ou ampliada** aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e **afetividade**. (grifo nosso)

Em consonância com esse conceito de família se tem o conceito da Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006, artigo 5º, inciso II, a qual considera família como uma formação de indivíduos que são ou se consideram parentes, e que a união desses pode ser dar por laços naturais, de afinidade ou por vontade expressa (TARTUCE, 2017, p. 40). Assim é também a multiparentalidade, reflexo do conceito de ampliação de família e formada por vínculo de afetividade.

4 A TUTELA JUDICIAL DA MULTIPARENTALIDADE

O terceiro capítulo consistirá em demonstrar em que âmbito as decisões jurisprudenciais estão sendo decididas para o favorecimento da hipótese, bem como o trajeto que foi necessário percorrer para que ambas não fossem consideradas excludentes. Ademais, demonstrará como o julgamento do Recurso Extraordinário

898.060 foi um marco para as decisões jurisprudenciais. Ao reconhecer a multiparentalidade, firmou a busca pelo melhor interesse do descendente e enalteceu a dignidade do indivíduo em face de modelos familiares pré-concebidos por lei.

4.1 Jurisprudência favorável à possibilidade da multiparentalidade

Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. **Reconhecimento concomitante**. Possibilidade. **Pluriparentalidade**. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias

construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. **O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei**. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13.

> A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, **tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.** 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de **"dupla paternidade"** (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. **Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).** 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte **tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios."** (grifo nosso).
>
> (STF RE 898060 / SC - Repercussão Geral 622- Santa Catarina, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, publicado no PJE em 24/08/2017).

Em 21 de setembro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal nega provimento ao Recurso Extraordinário 898060 interposto por pai biológico contra acórdão que estabelecia sua corresponsabilidade patrimonial para com o filho, em que pese haver paternidade socioafetiva reconhecida. Assim, foi mantido o acórdão de origem, o qual reconheceu os efeitos jurídicos decorrentes do vínculo genético, quais sejam, nome, herança e alimentos.

Nesse sentido, foi firmada repercussão geral admitindo os vínculos biológico e afetivo concomitantemente, bem como os efeitos jurídicos deles provenientes. Em maioria, os ministros acordam que a existência da responsabilidade socioafetiva não é prerrogativa impeditiva de deveres do pai biológico.

A questão corre no sentido da possibilidade jurídica da simultaneidade das paternidades e, em consequência, quais seriam os efeitos de uma posterior descoberta de parentesco biológico, já havendo um prévio e reconhecido parentesco socioafetivo. No caso em tela, a recorrida é filha biológica do recorrente, em que pese ter sido registrada por outro pai quando do seu nascimento, tendo cuidado dela por mais de vinte anos.

O relator, ministro Luiz Fux pauta-se nos argumentos de que os vínculos familiares vão além daqueles preconcebidos por lei, e em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e da busca do indivíduo pela felicidade, o ser humano não pode ser mero instrumento para alcançar a vontade dos governantes. Tanto o vínculo socioafetivo como o biológico devem ser tutelados pela lei, podendo o reconhecimento da paternidade ser, até mesmo, de forma simultânea, se assim for necessário para o melhor interesse da criança.

O ministro destaca também que, em época do Código Civil de 1916, o paradigma da família estava centralizado no casamento, independentemente de afeto ou origem biológica, era ele que deveria ser preservado. No decorrer tempo, novas realidades de família emergiram na sociedade, o que fez com que a centralidade da família saísse do casamento e fosse para as relações interpessoais e afetivas, tendo por base a dignidade da pessoa humana.

No novo ordenamento, preza-se pelo preceito de cada indivíduo busca pela felicidade. O Estado deve atuar apenas para expandir as capacidades de autossuficiência, autodeterminação e liberdade de escolha de cada um deve ter, e não se sobrepor com leis e enquadramentos no âmbito do arranjo familiar. Assim, o conceito de família, em especial, no âmbito da filiação, deve abarcar todas as formas de parentalidade possíveis na atualidade, quais sejam: pela presunção do casamento ou hipóteses legais (fecundação/inseminação artificial homóloga/heteróloga), pela descendência biológica e pela afetividade.

Ademais, acrescenta ainda que em consonância com o princípio da paternidade responsável, devem ser considerados tanto os vínculos decorrentes da

socioafetividade quanto da consanguinidade e não a escolha de apenas um deles, em virtude do melhor interesse do descendente.

O voto de Fux foi seguido pela maioria dos outros ministros, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Rosa Weber e pela presidente, Carmem Lúcia, ambos corroborando com a possibilidade de reconhecimento de vínculo afetivo e consanguíneo coexistindo. Os ministros Edson Fachin e Teori Zavascki foram vencidos em parte (BRASIL, 2016).

Para Edson Fachin, o vínculo biológico, como parentesco jurídico, deve ser reconhecido apenas quando não houver um outro relacional preexistente, posto que o afetivo se sobrepõe. Para Teori Zavascki, a genética por si só não é suficiente para gerar relação de paternidade e seus efeitos, tendo em vista que, no caso em tela, é a paternidade socioafetiva que deve ser preservada (BRASIL, 2016).

O julgado vai de encontro ao entendimento dos principais doutrinadores do Direito de família na atualidade, bem como com o mais recente da legislação, conforme demonstrar-se-á nos parágrafos que se seguem.

De início, a ementa do Recurso Extraordinário n. 898060 reputa-se à nova noção de família, bem como de filiação, trazida pela Constituição de 1988, a qual abandona conceitos referentes à legitimidade de filhos e à centralidade do casamento.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 32) corrobora com o entendimento disposto quando afirma que o Código Civil de 1916 regulava apenas a família constituída pelo casamento. Conforme dispõe Adriana Maluf (2016, p. 460) apenas era considerado filho legítimo aquele advindo do casamento. É com a Constituição Federal de 1988 que se tem o reconhecimento da família como uma entidade plural, portanto, o casamento tradicional é apenas uma das maneiras de formação familiar (MALUF; MALUF, 2016, p. 64).

O relator também se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito individual de cada um pela busca da felicidade.

Os mais diversos doutrinadores ratificam o entendimento da busca da felicidade em âmbito familiar. Em especial, Maria Berenice Dias (2017, p. 158) compreende que a busca pela felicidade é requisito essencial para a formação família, pois é através das relações interpessoais no seio familiar que um indivíduo encontra sustento para sua emancipação pessoal. Assim, conforme menciona Dilmas Messias de Carvalho (2017, p. 61), a busca pelo eudemonismo prevalence sobre a necessidade de se manter um casamento, tendo em vista o abandono da ideia de casamento indissolúvel.

A despeito do princípio da dignidade da pessoa humana, de acordo com Gonçalves (2016, p. 23), constitui o cerne da comunidade familiar e visa alcançar a realização pessoal de cada membro da dela

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, conforme acrescenta Pablo Stolze Gagliano (2017, p. 107), visa garantir à criança e adolescente seus direitos fundamentais, e para tanto, pauta-se no princípio da dignidade. No mesmo sentido defende Caio Mário (2017, p. 62) quando afirma que o estatuto está pautado nesse princípio tendo em vista a satisfação integral de cada membro da família.

Tendo como prerrogativa os novos arranjos familiares, muito se discute no voto a respeito da afetividade, em especial a paternidade socioafetiva, bem como quais são seus efeitos perante à uma paternidade biológica.

Para o relator, qualquer formação familiar deve ser tutelada. Ademais, afirma que conforme o princípio da paternidade responsável e do melhor interesse do descendente, é plenamente possível a concomitância entre vínculo afetivo e biológico, sem que seja necessário decidir um pelo outro. Na mesma perspectiva, firma tese jurídica admitindo não só a concomitância, mas também os efeitos jurídicos dela decorrentes.

A decisão enaltece a realidade da multiparentalidade, que conforme entendimento de Christiano Cassettari (2017, p. 271-273) é a coexistência

harmoniosa entre a parentalidade biológica e a socioafetiva, sendo inexistente qualquer hierarquia entre elas.

Caio Mário (2017, p. 322) cita a Lei n. 12.010/2009 a qual confere, em seu artigo 25, o título de família extensa ou ampliada para aquela em que a criança ou adolescente mantém vínculo de afinidade. A multiparentalidade seria um reflexo desse conceito ampliado de família tendo em vista a existência de vínculo de afinidade.

No mesmo sentido do julgado, Adriana Maluf (2016, p. 532) ratifica pela possibilidade de ocorrência de todos os efeitos jurídicos tanto para a paternidade afetiva quanto para a biológica.

Para Maria Berenice Dias (2017, p. 433), na atual realidade não se pode dizer que só um indivíduo tenha mais de uma mãe e um pai, e, diante dessa situação fática, o Direito deve reconhecer a existência de todos os vínculos, atribuindo à cada um os encargos que decorrem do poder familiar, bem como os direitos dessa relação. Esses efeitos devem correr não só no direito de família, mas também em sucessões.

4.2 Jurisprudência desfavorável à possibilidade da multiparentalidade

O Direito, não apenas no campo de Família, busca acompanhar as transformações que ocorrem no seio social, se emoldurando e se reinventando sobre elas. Para chegar no entendimento da jurisprudência favorável à possibilidade da multiparentalidade, foi necessário percorrer um vasto caminho, no qual em diversos outros momentos havia sido negada, diretamente ou indiretamente.

O acórdão proferido em 1961 pelo Supremo Tribunal Federal reafirma essa mudança paradigmática no discurso do Direito. À época, não era possível se quer imaginar a possibilidade da dupla paternidade, e, menos ainda questionar sobre a legitimidade de um que filho havia nascido na constância do casamento.

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. REGISTRO CIVIL, PROMOVIDO PELO

> PAI NATURAL, DE FILHAS NASCIDOS DE MULHER CASADA COM OUTRO HOMEM, QUE NÃO LHES CONTESTOU A LEGITIMIDADE, NO TEMPO MARCADO PELO ART. 178, PAR 3, DO COD. CIVIL, QUE FEZ EXPRESSA REMISSAO AOS ARTS. 338 E 344, NÃO ALTERADOS PELA LEI 883, ART. 6 - IMPOSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO, A REQUERIMENTO DA MÃE DOS REGISTRADOS, PARA A INSERÇÃO DO SEU NOME NOS RESPECTIVOS ASSENTAMENTOS, **PORQUE O SUPRIMENTO IMPORTARIA EM CONFERIR-LHES DUPLA PATERNIDADE E NEGARIA O PRINCÍPIO PATER EST QUEM JUSTAE NUPTIAE DEMONSTRANT.**
>
> (STF RE 48354 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator Ministro ANTONIO VILLAS BOAS, Segunda Turma, julgado em 17/10/1961, publicado no DJ em 20/11/1961).

O princípio *pater est quem justae nuptiae demonstrant*, acolhido pelo Código Civil de 1916, não admitia que fosse contestada a legitimidade de filhos nascidos de um matrimônio. Com as mudanças sociais, o casamento passou a ser apenas uma forma de relacionamento, dentro tantas outras que hoje são também são tuteladas pelo Direito. Com isso, os filhos passaram a ser sujeitos de direitos, independentemente de sua origem, e então, instaurou-se o princípio da igualdade entre os filhos, não sendo mais admitidos os conceitos de legítimos ou ilegítimos. (DIAS, 2017, p. 40-41).

Posteriormente, com o desenvolvimento tecnológico e, principalmente com a descoberta do exame de DNA, a família biológica foi altamente resguardada no campo jurídico, por considerarem, à época, que a verdade real deriva exclusivamente da descendência genética (DIAS, 2017, p. 418-419).

> DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. PATERNIDADE BIOLÓGICA E PATERNIDADE SOCIOA ETIVA. EXAME DE DNA COM RESULTADO CONCLUSIVO. PREDOMINÂNCIA DA VERDADE BIOLÓGICA. HOMENAGEM AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.
>
> O direito à filiação é direito constitucionalmente protegido, o qual decorre intrinsecamente do princípio da dignidade da pessoa humana. A origem biológica é, pois, direito fundamental indisponível que não pode ficar ao sabor da vontade dos pais. É atributo ínsito à personalidade humana,

> direito essencial ao nome de família, o qual, além de conceder o status de filiação, garante determinadas vantagens e responsabilidades de cunho patrimonial (sustento, guarda, proteção etc.). Destarte, o direito ao reconhecimento da paternidade, com a **valorização da busca da verdade real fortalecida pelo exame de DNA, reforça a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.** (grifo nosso)
>
> (TJDFT - Acórdão: 406845, 20070510102906APC, Relator: WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, data do julgamento: 10/02/2010, data da publicação DJE: 08/03/2010)

No caso em tela, o julgador considerou que a verdade real deve ser prevalecer, pois é através dela que se alcança o princípio da dignidade da pessoa humana.

No decorrer do tempo, a família ganha um aspecto multifacetado, em que pai ou mãe não é aquele que apenas dá a vida, mas que cuida e mantém relação de afeto (DIAS, 2017, p. 418-419).

Nessa nova realidade, o direito procura tutelar, principalmente, as relações de afeto decorrentes no seio família. A família é considerada como o principal meio de formação do caráter de um indivíduo, além de que é o lugar basilar que ele busca apoio para satisfazer suas necessidades, desde as mais básicas até o alcance de sonhos almejados. A família, do ponto de vista ideal, é um lugar de bem-estar, em que indivíduos decidem estar juntos simplesmente pela busca da felicidade (PEREIRA, 2016, p. 217).

Destarte, a realidade puramente biológica perde espaço, e as novas decisões jurisprudenciais passam a sobrepor o caráter socioafetivo em detrimento do biológico. (CASSETTARI, 2017, p. 10-12).

Em 2015, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu decisão em que negou alteração do registro civil e qualquer repercussão patrimonial que decorresse de filiação biológica, posto que, conforme seu entendimento, o vínculo socioafetivo impera sobre o biológico.

O caso versa sobre o pleito do pai biológico de um adolescente que, comprovada a filiação por meio de exame de DNA, pede alteração do registro civil para que fizesse constar seu nome. Ocorre que, em decorrência do estudo social em que confirma o relacionamento entre filho e pai socioafetivo, decidiu-se pela prevalência da paternidade socioafetiva. Veja-se:

> APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RELAÇÃO DE PARENTESCO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DNA. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.
>
> Estando demonstrada nos autos a filiação socioafetiva, esta relação impera sobre a verdade biológica. Incabível, assim, alteração no registro civil e qualquer repercussão patrimonial decorrentes da investigatória.
>
> RECURSO DESPROVIDO.
>
> (TJRS - APC 70065544017, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Sétima Câmara Cível, data do julgamento: 29/07/2015, data da publicação: 03/08/2016).

Não é regra que as decisões jurisprudenciais sejam unicamente decorrentes desse caráter tempo, cada caso concreto deve ser avaliado e tomada a decisão que mais convém, ao passo que é necessário considerar o princípio do melhor interesse do descendente e da dignidade da pessoa humana.

Segue abaixo ementa de decisão do Superior Tribunal de Justiça que corrobora com a concepção supracitada:

> FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e
>
> 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92. 1. Ação de petição de herança, ajuizada em 07.03.2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.08.2011. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da

> relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 4. **A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade**, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 5. **Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão**. 6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação. 8. Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar. 9. Recurso especial desprovido. (STJ REsp 1274240 / SC, 2011/0204523-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, data do julgamento: 08/10/2013, DJe 15/10/2013).

No caso em tela, o filho que passou a maior parte de sua vida em contato com o pai socioafetivo, o qual o registrou como filho. Todavia, ao descobrir que na realidade seu liame biológico era ligado à outra pessoa, pleiteia a alteração de seu nome, bem como seus direitos sucessórios - a inclusão como herdeiro universal no inventário do pai biológico.

Apresentadas ação e contestação, a sentença proferiu parcialmente o pedido para declarar a paternidade biológica, bem como a retificação do registro de nascimento e o direito à herança. A sentença foi fundamentada no direito à dignidade da pessoa humana e o direito que o Código Civil garante ao filho de impugnar o reconhecimento da paternidade.

O recurso especial interposto pelo pai biológico alega violação à legislação por ter atribuído prevalência ao vínculo biológico em detrimento do socioafetivo. Segundo a Relatora Ministra Nancy Andrighi, o cerne da questão consiste em definir se a existência da paternidade socioafetiva é capaz de impedir o reconhecimento do vínculo biológico e seus devidos reflexos.

Em seu voto, a relatora discorre sobre os aspectos caracterizadores da paternidade socioafetiva conforme a doutrina e jurisprudência, bem como esse vínculo tem prevalecido em diversas decisões. Ressalta também que essa prevalência é uma quebra de paradigma, posto que o direito brasileiro, em razão do avanço da ciência, possuía a tendência anterior de favorecer o vínculo biológico, inclusive com decisões que, mesmo com sentença transitada em julgado, era reincidida quando houvesse prova, através de exame de DNA, que excluía a paternidade.

Esse novo paradigma, muito mais relacionado com convivência familiar do que com vínculo biológico visa garantir o melhor interesse do descendente e a formação de sua personalidade e identidade. Ocorre que, conforme o entendimento da relatora, no caso específico é o filho que busca o reconhecimento biológico, sendo, então, portador de direito de ter sua verdade biológica esclarecida, bem como sua pretensão alcançada.

Posto isso, o voto coaduna com a ideia de que filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível e pauta-se no princípio da dignidade da pessoa humana (CASSETTARI, 2017, p. 33-36). Este princípio carrega sim o direito à identidade biológica e pessoal, sendo o nome um direito inerente à identidade. (PEREIRA, 2017, p. 466)

Por fim, sob os argumentos de se valer o princípio da dignidade humana e no direito que tem a recorrida de reconhecer sua identidade genética, a ministra afirma que deve prevalecer o reconhecimento do vínculo biológico, bem como os efeitos dele decorrente, posto que, não é razoável a imposição da paternidade socioafetiva para negar ao filho um direito que lhe pertence.

Diante de todo o exposto, conclui-se que em todos os casos foi necessário decidir entre a paternidade biológica ou a socioafetiva, como duas excludentes. Essa maneira de decidir, ainda que de forma indireta, nega a multiparentalidade, tendo em vista que se discute qual deve prevalecer.

No atual cenário do Direito de Família, conforme já foi amplamente discutido, acolhe a concomitância das duas paternidades, quando assim for necessário e viável, garantindo tanto ao pai quanto aos filhos os direitos e deveres dela decorrentes

5 CONCLUSÃO

Ao longo de um contexto histórico o conceito de família sofreu diversas alterações. A promulgação da Constituição de 1988 tutelou a família multifacetada e estabeleceu diversos princípios que serviram de base para as legislações posteriores.

Em consonância com o demonstrado pelos doutrinadores, a família contemporânea busca pelo eudemonismo, ou seja, pela felicidade, bem como pela realização pessoal de cada indivíduo. Sob essa perspectiva surge a realidade da parentalidade socioafetiva.

Foi demonstrado que a família se caracteriza, principalmente, por essa relação entre pares, composta por laços emocionais e afetivos. Posteriormente, tendo a socioafetividade já sido consolidada pela ordem jurídica, emergiu uma nova realidade, a de se analisar a possibilidade da coexistência do vínculo biológico com o socioafetivo.

A discussão sobre a possibilidade jurídica da multiparentalidade só foi concebível em decorrência da alteração de cenário social e jurídico, o qual trouxe diversos princípios e preceitos que possibilitaram ampliar a interpretação dada às normas jurídicas.

Em que pese não haver regulamentação expressa, à medida que a legislação estabelece a igualdade entre os filhos, de forma a não admitir hierarquia entre

paternidade biológica ou socioafetiva, entende-se pela coexistência harmoniosa entre as duas, e não a valoração de uma em detrimento de outra.

Em âmbito jurisprudencial, atualmente há uma aceitação pela simultaneidade no reconhecimento dos vínculos, bem como garantidos os efeitos jurídicos dele decorrentes. No passado, os tribunais decidiam pela escolha de apenas um vínculo, em prejuízo de outro.

O julgamento da Repercussão Geral 622 trouxe aspectos relevantes para o efetivo reconhecimento da multiparentalidade no sistema jurídico brasileiro. A aprovada tese esclareceu, entre outras particularidades, que a paternidade socioafetiva não é dependente de registro civil, bem como retirou qualquer possibilidade de hierarquia entre paternidade socioafetivo e biológico.

Por fim, retrata-se a ampla aceitação do instituto da multiparentalidade de acordo com os argumentos utilizados pelos doutrinadores, pela legislação e pela atual jurisprudência.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. **Lei n. 11.924**, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nomeda família do padrasto ou da madrasta. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.010**, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, 1962. Disponível em:

<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=545963&id=14 2 34726&idBinario=15714713&mime=application/rtf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1274240, SC, 2011/0204523-7**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 08 out. 2013. Publicado no DJe em 15 out. 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274960/recurso-especial-resp-1274240- sc-2011-0204523-7-stj>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF [Internet]. **Notícias STF**. Brasília, set. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 48354**. Segunda Turma. Relator: Ministro Antônio Villas Boas. Rio de Janeiro, 17 out. 1961. Publicado no DJe em 20 nov. 1961. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/689913/recurso-extraordinario-re-48354>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 898060**. Relator: Ministro Luiz Fux. Santa Catarina, 21 set. 2016. Publicado no DJe em 24 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=898060 &classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n. 406845, 20070510102906APC**. Segunda Turma. Relator: Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior. Brasília, 10 fev. 2010. Publicado no DJe em 08 mar. 2010. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=plhtml02&MGWLPN=SERVIDOR1&submit=OK&SELECAO=1& CHAVE=20070510102906apc>. Acesso em: 26 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70065544017**. Sétima Câmara. Relator: Liselena Schifino. Rio Grande do Sul, 29 jul. 2015. Publicado no DJe em 03 ago. 2016.

CARVALHO, D. M. **Direito das famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASSETTARI, C. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. V. 6.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. V. 6.

LÔBO, P. **Direito civil:** famílias.: de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 (divórcio). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, A. C.; MALUF, C. A. **Direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTEIRO, W. D.; SILVA, R. B. T. **Curso de direito civil:** direito de família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 2.

NADER, P. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V. 5.

PEREIRA, C. M. S. **Direito de família:** uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil:** direito de família. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. V. 5.

PEREIRA, C. M. S. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIZZARDO, A. **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, D. B. V. Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e os seus reflexos jurídicos. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 60-76, jul./ago. 2016.

TARTUCE, F. **Direito civil:** direito de família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. V. 5.

TARTUCE, F. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Conteúdo Jurídico**. Brasília, 02 jan. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22637&seo=1>. Acesso em: 27 mar. 2018.

TRENTIN, T. R.; KONRAD, L. R.; BARCELLOS, F. C. Multiparentalidade nas famílias recompostas e a parentalidade socioafetiva. In: ANAIS DA SEMANA ACADÊMICA FADISMA ENTREMENTES, 11, 2014. **Anais eletrônicos.** 2014. Disponível em: <http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/multiparentalidade-nas-familias-recompostas-e-a-parentalidade-socioafetiva/>. Acesso em: 10 fev. 2018.

VENOSA, S. S. **Direito civil:** direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

O DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS EM CASOS DE *POST-MORTEM*

Felipe Linde Lima

RESUMO

Com o advento das técnicas de Reprodução Assistida (RA), tornou-se possível o surgimento de uma nova vida após a morte do genitor, por meio da chamada inseminação homóloga. Existe uma lacuna na lei sobre o direito sucessório desses filhos que venham a nascer com vida, por isso a importância deste trabalho. Com base na jurisprudência e nos projetos de Lei da Câmara dos Deputados, advoga-se a necessidade de o Poder Judiciário tomar posicionamento sobre o assunto e criar legislação que regulamente os direitos dos embriões excedentários, inclusive os sucessórios. A garantia de maior segurança jurídica de herança aos que nascerão a partir das técnicas de RA responde ao objetivo essencial do Direito Sucessório, de correta distribuição dos quinhões aos herdeiros.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Embrião Excedentário. Inseminação artificial homóloga. *Post mortem.* Direito sucessório.

1 INTRODUÇÃO

Em 1978, nascia o primeiro "bebê de proveta" no mundo. Desde então, é possível a concepção de uma nova vida por meio das técnicas de Reprodução Assistida (RA), em que a formação de um novo indivíduo por procedimentos artificiais, possibilita a constituição de uma família por métodos alternativos.

A fertilização *in vitro* (FIV) é uma das RA's mais utilizadas no Brasil, na qual resulta o embrião excedentário, que são embriões manipulados e preparados, mas que não são implantados imediatamente no útero da mulher, pois são congelados para uma futura implementação ou não, ou seja, são criopreservados.

No primeiro capítulo, será discutido os métodos de RA e a incidência do Direito Civil no seu âmbito. No Brasil, é adotado a teoria natalista para a aquisição da personalidade jurídica, conforme previsto no artigo 2º do Código Civil de 2002. Em outras palavras, um indivíduo adquire direitos e contrai obrigações com o seu nascimento com vida.

Dessa maneira, os embriões excedentários não possuem direitos e obrigações, pois estão excluídos do rol da teoria natalista, já que ainda não foram concebidos e não nasceram com vida.

Por envolver graves problemas ético-jurídicos, o Direito ainda não chegou a um consenso sobre o assunto, justamente por abordar questões de herança abrangidas pelo Direito Sucessório, o que será abordado no segundo capítulo.

O ramo do Direito responsável pela herança é o Direito Sucessório, expresso nos arts. 1.784 ao 2.027 do Código Civil de 2002. Nesse Direito, é explicitado como deve ocorrer a sucessão, ou seja, como deve ocorrer a distribuição do quinhão hereditário para os respectivo(s) herdeiro(s), que deve obedecer o trâmite legal do CC, justamente por estar cuidando do patrimônio ativo e passivo do *de cujus*. O ordenamento jurídico brasileiro prevê duas modalidades de sucessão *mortis causa*: *(i)* sucessão legítimo; e *(ii)* sucessão testamentária.

Apesar desse requisito do nascimento com vida para adquirir personalidade jurídica, o princípio da coexistência previsto no art. 1.798 do CC/2002 prevê duas exceções, na qual, é possível aquisição do direito hereditário sem o indivíduo ter nascido ainda, é o caso do nascituro e da prole eventual.

Os embriões excedentários não estão previstos nas exceções presentes no princípio da coexistência, ou seja, não possuem nenhum direito defendido pela lei. Por esse motivo, é necessário que se resolva esse problema, ou seja, que se crie uma legislação especifica sobre o assunto. Na Câmara dos Deputados já tramitam projetos de lei regulamentando o assunto, porém, nenhum foi aprovado até o presente momento, devido a inércia do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, será abordado a questão da filiação e o art. 1.795 do CC de 2002, além da explicação da legitimidade do filho concebido *post mortem* em ser herdeiro legítimo.

O CC de 2002 assegura a filiação da criança gerada por inseminação artificial homóloga, conforme art. 1.597. Logo, se a filiação dessa técnica de RA é reconhecida, e através do princípio da igualdade entre os filhos e do cabimento da petição de herança nesses casos, não há motivo para excluir os direitos sucessórios dos embriões excedentários no ordenamento jurídico brasileiro.

O embrião excedentário decorrente da inseminação artificial homóloga, caso venha a nascer com vida, é herdeiro necessário, pois o CC/2002, no inc. I do artigo 1.829 alega que um dos sucessores legítimos é o descendente. Como esse novo indivíduo que nascer com vida é descendente, pois é filho do genitor, deve ter o direito ao seu quinhão hereditário. Além disso, o filho concebido *post mortem* em casos de inseminação artificial homóloga possui legitimidade para ser herdeiro legítimo, conforme será demonstrado no terceiro capítulo.

Conforme exposto na Resolução nº 2.168 do CFM, com a aprovação de novas técnicas de RA e a ampliação do seu público-alvo (pessoas solteiras, casais homoafetivos e outros) a sua utilização será cada vez maior, e por isso a relevância do presente trabalho. É um assunto polêmico, pois envolve Biodireito e Bioética, mas que deve ser solucionado de maneira plausível com os princípios constitucionais e o CC de 2002, pois existe uma possibilidade desse embrião excedentário decorrente de *post mortem* resultar numa vida nova, ou seja, que venha adquirir personalidade jurídica e direitos.

2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Os métodos de reprodução assistida (RA) são métodos artificiais que permitem a procriação da mulher por métodos alternativos, isto é, sem o coito. Existem várias razões para a concepção de uma vida não ocorrer pelo contato físico entre

homem e mulher: *(i)* fatores biológicos; *(ii)* fatores psicológicos; e *(iii)* fatores de ordem médica.

Esses métodos interferem no ordenamento jurídico brasileiro, pois questões como paternidade, família, e início da personalidade jurídica influenciam diretamente o Direito Familiar e Cível. Tudo isso será explicado ao decorrer do presente capítulo, pois são assuntos introdutórios fundamentais para a compreensão da presente tese discutida.

Como o atributo jurídico de cada pessoa está relacionado a personalidade, deve-se analisar em que momento ela se inicia e termina, para o estudo das suas consequências jurídicas, como questões éticas e sucessórias, o que será abordado a seguir. E por fim, será abordado a extinção da personalidade jurídica, que ocorre com a morte.

2.1 O direito de família

A entidade familiar é fundamental para o estudo das técnicas de RA. Conforme §3º do art. 226 da CF: "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (BRASIL, 1988). Entretanto, atualmente reconhece outros tipos de entidades familiares, o que é fundamental para um Estado Democrático de Direito.

2.1.1 Família

Contemporaneamente, a jurisprudência passou a reconhecer arranjos familiares distintos dos previstos no Texto Maior. Esse referencia-se exclusivamente às famílias encabeçadas por homem e mulher, enquanto aquela abarca *(i)* homem e homem; *(ii)* mulher e mulher, indo além do padrão da família composto somente por casais heteroafetivos, desde que exista o desejo subjetivo de constituir família (PEREIRA, 2014, p. 32-36). Conforme decidido no Resp nº 1183378/RS:

> "Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado 'família', recebendo todos eles a 'especial proteção do Estado'" (BRASIL, 2011).

Nesse âmbito adentra o planejamento familiar, conforme §7º do art. 226 da Constituição Federal (CF) de 1988 que o institui como livre decisão do casal. Com esse princípio, surge o direito à procriação, sendo a família livre para decidir sobre o número de filhos, como educará seus filhos, ao acesso às informações, instruções e serviços, incluindo a utilização das técnicas de RA (LÔBO, 2015).

Atualmente, o conceito de "família" valoriza o afeto e a interação existente entre as pessoas no âmbito familiar, sendo esse "sentimento" fundamental para incidência do campo jurídico, pois define o próprio conceito de entidade familiar. Diante desses novos tipos de "família", "o princípio da dignidade humana é o princípio norteador do Direito de Família Brasileiro" (PEREIRA, 2014, p. 63). Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, família pode ser definida como:

> "Uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. [...] Um indivíduo pode ocupar um lugar de pai sem ser o pai biológico" (PEREIRA, 2012, apud, PEREIRA, 2014, p. 26-27).

O afeto sustentado pelo convívio duradouro, que decorre de uma origem comum ou em razão de um destino comum, conduz suas vidas tão intimamente, que as torna "cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico" (PEREIRA, 2014, p. 36-37). Por esse motivo, são reconhecidas várias entidades familiares.

2.1.2 Parentesco

O parentesco pode ser consanguíneo, por afinidade, ou civil. Este ocorre por uma origem diferente da origem biológica ou da afinidade, conforme definido no

art. 1.593 do CC (BRASIL, 2002). O segundo acontece entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro, como por exemplo, sogra e cunhado. Esse parentesco está previsto no caput do art. 1.595: "cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade" (BRASIL, 2002). Ainda no §1º desse artigo: "o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro" (BRASIL, 2002). O laço consanguíneo ocorre pelo vínculo biológico ou de sangue, ou seja, é um relacionamento entre pessoas de tronco comum, como pai e filho, por exemplo (TARTUCE, 2014).

2.1.3 Paternidade

A paternidade é "o reconhecimento do direito a um filho", isto é, quando um pai reconhece que determinada pessoa é seu filho(a), seja uma paternidade biológica, que é o filho consanguíneo ou afetiva, que ocorre pelo laço familiar construído com o tempo. (DINIZ, 2002, p. 136). Esse vínculo sofreu transformações ao decorrer do tempo, pois antigamente a única paternidade reconhecida era biológica, o que causava um tratamento diferenciado entre filhos biológicos e adotados. Devido a esse tratamento diferenciado, a Constituição Federal reconheceu o tratamento igualitário entre todos os filhos, com fulcro no §6º do art. 227 (BRASIL, 1988).

Todos dispõem do direito paterno (DINIZ, 2002). Dessa maneira, a todo indivíduo é o reconhecido o direito de ter o seu pai reconhecido, segundo o art. 1.597 do CC:

> "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
>
> - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
>
> - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
>
> - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

> - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
>
> - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido" (BRASIL, 2002).

A relação entre pai e filho não depende do fator biológico, e sim do laço afetivo que é construído ao longo do tempo, como por exemplo, nos casos de inseminação artificial heteróloga, já que o sêmen utilizado é de um terceiro nessa RA (TARTUCE, 2014). Segundo Dias:

> "Ser pai era considerado algo da ordem natural e da ciência, mas as mudanças socioeconômicas e culturais que consolidaram nos últimos tempos, juntamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mostraram-nos que a paternidade requer envolvimento afetivo e primordialmente resguardar a dignidade da pessoa humana e o interesse da criança" (DIAS, 2007, p. 320).

A Constituição Federal legitima o afeto no âmbito da juridicidade, pois nomeou a paternidade afetiva de entidade familiar, tendo como consequência, a proteção do Estado (BRASIL, 1988). Conclui-se que há diversas entidades familiares, que unem-se por laços de afeto e devem ser tuteladas, independentemente de relações sanguíneas, mas mormente pela comunhão da vida (PERLINGIERI, 1999).

Assim sendo, o instituto da paternidade é fundamental para o Direito de Família e Direito Sucessório, pois traz em seu bojo muita responsabilidade, incluindo as de ordem moral ou patrimonial. A terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº 1274240/SC, entendeu que devem ser "assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação" (BRASIL, 2013).

2.2 Personalidade Jurídica

Conforme expresso no Texto Maior, toda pessoa é centro do interesse jurídico. Nas palavras de Paulo Thompson Flores (2013, p. 186), o "legislador ressaltou que ao Direito Civil não incumbe apenas assegurar o direito à vida, mas sim e, principalmente, o direto à vida digna". Esse é o conceito do princípio da

dignidade humana, que com fulcro no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, a define como base do Estado Democrático do Direito (BRASIL, 1988).

A expressão jurídica do ser pessoa é a personalidade, definida como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Qualidade inseparável do ser humano, independentemente de quaisquer requisitos psíquicos, tem sua segurança jurídica da pessoa resguardada na imagem do sujeito de direito, entendido como a titularidade de direitos e deveres por um ser humano (FLORES, 2013).

O sujeito de direito participa de relações jurídicas (AMARAL apud FLORES, 2013, p. 203), definidas como as relações humanas que geram efeitos jurídicos para as partes envolvidas, devido aos direitos e obrigações decorrentes dessa relação. Dessa maneira, nem toda relação humana é uma relação jurídica, como por exemplo, a amizade (FLORES, 2013, p. 203). Segundo a lei brasileira, interpreta-se, da definição do sujeito de direito como elemento da relação jurídica, três entes centrais:

(i) pessoa natural; *(ii)* nascituro; e *(iii)* prole eventual. Este constitui-se no ser humano não concebido, o segundo refere-se ao ser humano concebido no ventre materno, e aquele consiste no ser humano já nascido. Assim sendo, existe uma lacuna na lei em relação ao embrião humano concebido *in vitro* (MEIRELLES, 2000).

A personalidade é a origem de todos os direitos, e por esse motivo, a limitação do seu início é fundamental para garantir a segurança jurídica. Para o ordenamento jurídico brasileiro a instituição da personalidade inicia-se com o nascimento com vida, com a ressalva de que "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", conforme art. 2º do CC (BRASIL, 2002).

2.2.1 Perspectivas do início da vida segundo a Medicina

A Medicina possui diferentes posicionamentos sobre o início da vida. Essas posições são medulares para o Direito, pois influenciam diretamente na esfera jurídica dessa ciência, como o destino dos embriões excedentários, por exemplo. Esses embriões são manipulados e preparados, mas não são implementados de

imediato, continuando armazenados para uma futura implementação ou não (GAMA, 2003). Três são as posições predominantes a respeito do instante em que a vida se inicia, entre elas: *(i)* momento da fecundação; *(ii)* momento da nidação; e *(iii)* momento da formação do sistema nervoso (FLORES, 2013).

i. Momento da fecundação: acontece quando o espermatozoide penetra o óvulo maduro, ocorrendo a fertilização da célula reprodutora feminina, o óvulo. Esse posicionamento é o mais clássico, tanto no âmbito científico, quanto no âmbito religioso;

ii. Momento da nidação: inicia-se aproximadamente no 6º e 7º dia depois da fecundação, e reside na fixação do óvulo na parede do útero (nesse processo já ocorreu a divisão celular). É nessa fase que se inicia propriamente a gravidez, além disso, ocorre o início das transformações hormonais no corpo feminino. A maioria dos autores modernos adotam esse posicionamento porque é nessa fase que inicia-se uma vida possível;

iii. Momento da formação do sistema nervoso: começa ao redor do 14º dia de gestação, aproximadamente 3 (três) semanas após a fecundação. Diversos juristas defendem essa posição, pois sem a existência de atividade cerebral não haveria vida, sendo sua instituição marcada pelo início da atividade cerebral.

2.2.2 Perspectivas do início da vida segundo o Direito

O debate sobre o início da personalidade jurídica ocorre desde as origens do direito romano. Desses dois critérios surgiram as principais teorias discutidas: *(i)* teoria concepcionista; *(ii)* teoria natalista; e *(iii)* teoria da personalidade condicional (FLORES, 2013).

Segundo o Direito, o início da vida começa no instante em que o indivíduo nascer com vida, conforme art. 2º do CC (BRASIL, 2002).

2.2.3 Teorias concepcionistas, natalistas e da personalidade condicional

A vertente concepcionista defende que o início da personalidade ocorre no momento da concepção. Os seus defensores advogam que a qualidade de sujeito de direito é inseparável da pessoa, e conforme já mencionado, à figura da personalidade é inerente à toda pessoa. Portanto, sendo sujeito de direito, ocorre o início da personalidade na pessoa, já que essas qualidades são intrínsecas à figura do ser humano. A ordem jurídica reconhece direitos ao nascituro, tanto no âmbito patrimonial, como o direito à herança e de receber doação, quanto direitos no âmbito pessoal, a exemplo do direito à vida e ao reconhecimento como filho. Dessa maneira, a personalidade é a fonte de todos os direitos, e como o próprio nascituro possui direitos certos e definidos, a personalidade desse remontaria à concepção (FLORES, 2013).

Os defensores dessa teoria utilizam como base de seu argumento o artigo 1º da CF de 1988, que versa sobre a dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 1988). Na vida intrauterina o ser já possui características genéticas e pertence ao gênero humano, logo, deve ser entendido como titular de personalidade. A maior dificuldade enfrentada por essa teoria, entretanto, é a definição do exato momento em que a concepção torna-se fato dado para a atribuição da personalidade.

Conforme o artigo 2º do CC, a teoria natalista é adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Seus defensores argumentam que a personalidade inicia-se com o nascimento com vida. Esse dispositivo é muito questionado, pois a lei resguarda desde a concepção direitos do nascituro. Apesar disso, essa vertente natalista defende-se usando o argumento de que o direito do nascituro nada mais é do que a proteção ao ser que irá nascer (FLORES, 2013). O momento de aquisição da personalidade jurídica será apenas com o nascimento com vida, sendo a posição majoritária dos defensores natalistas (MÁRIO, 2006 apud FLORES, 2013).

Alguns defensores dessa teoria defendem a personalidade fictícia, artificial, presumida do nascituro. Isto é, mesmo a pessoa adquirindo personalidade somente

com o nascimento com vida, garantem-se direitos ao nascituro se esse nascer com vida. Segundo Orlando Gomes (apud FLORES, 2013, p.213):

> "O nascituro não tem personalidade, mas desde a concepção, é como se tivesse... Estas ficções atribuem personalidade porque reconhecem nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu ou já morreu. Trata- se de construção técnica destinada a alcançar certos fins".

A teoria natalista empregada pelo ordenamento jurídico brasileiro provoca muitas discussões, pois de um lado defende o direito do nascituro, e de outro alega que o início da personalidade decorre do nascimento com vida, gerando uma contradição de posicionamentos. A lei brasileira reconhece que o nascituro possui direitos, mas não tem personalidade, já que ainda não nasceu. Assim sendo, a problemática da questão concentra-se em qual é a condição jurídica do nascituro (FLORES, 2013).

Como exemplo, podemos citar o decidido no Resp nº 1415727/SC, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual entendeu ser cabível indenização pelo seguro DPVAT em decorrência de um aborto sofrido por um acidente automobilístico, tendo como consequência, a morte do nascituro. Conclui-se que o ser humano concebido no ventre materno possui não somente direitos patrimoniais, quanto o direito à vida (BRASIL, 2014). Nas palavras do Ministro:

> "As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros" (BRASIL, 2014).

Como exposto pelo Ministro, a teoria natalista envolve muitas discussões pelo fato de levar em consideração a imagem do nascituro. É fundamental que esse tenha todos os direitos respeitados, pois caso contrário, ocorrerá uma violação ao

princípio da dignidade humana. Todo aplicador da lei deve levar em consideração a seguinte tese do Resp nº 1415727/SC:

> "[...]hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais [...]" (BRASIL, 2014).

Já a teoria da personalidade condicional é uma posição formada pela teoria natalista e teoria concepcionista. A vertente condicionalista defende que o nascituro possui direito. Porém, para esse direito existir dever-se-ia observar certos requisitos, ou seja, é um direito condicional. Para os seus defensores, esse direito condicional será obtido mediante o nascimento com vida do ser (FLORES, 2013).

Para Francisco Amaral, o sistema jurídico brasileiro permite outro entendimento. O direito à vida é garantido pela lei, conforme *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Feto é sujeito de direito, pois desde sua concepção, pode vir a ser parte de futuras relações jurídicas, concretizando-se somente com o nascimento com vida (AMARAL, 2006, apud, FLORES, 2013, p. 216-217). Esse defensor chegou a essa conclusão com base nos artigos 1.799, I, 1779, 1.609, parágrafo único, e 542 do CC, e reforça seu posicionamento com a seguinte concepção "o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide" (AMARAL, 2006, apud, FLORES, p. 217).

2.2.4 Extinção da personalidade jurídica

Segundo o artigo 6º do CC, a perda da personalidade civil ocorrerá no caso de falecimento da pessoa natural ou nos casos de paralisia cerebral. Em regra, o *de cujus* perde os direitos e obrigações de natureza personalíssima, inclusive os contratos celebrados *intuito personae*. Porém, não são todos os direitos que a pessoa

falecida perde, como por exemplo, os direitos não personalíssimos (de natureza patrimonial), transmitidos aos seus herdeiros (FLORES, 2013).

O cadáver é o elemento que comprova a morte de alguém, tendo como consequência, uma prova indubitável sobre o ocorrido. Essa confirmação deve ser declarada por atestado médico e levada a registro no Registro Civil das Pessoas Naturais, conforme o inc. I do art. 9º do CC (FLORES, 2013).

2.3 Métodos de Reprodução Assistida (RA)

O início de uma nova vida ocorria, exclusivamente, pela cópula entre homem e mulher. Entretanto, devido ao avanço da tecnologia tornou-se possível a concepção de um novo ser pelos métodos laboratoriais de reprodução assistida (RA): *(i)* a inseminação artificial, subdividida em homóloga e heteróloga; *(ii)* a gestação/útero de substituição; e *(iii)* a fertilização *in vitro* (FIV). Esta última ocorre fora do corpo da mulher, sendo as células ovarianas fertilizadas pelo espermatozoide. Na gestação/útero de substituição, o óvulo e o espermatozoide são preparados em laboratório e inseridos no útero da futura gestante, que deu seu consentimento para tanto. Aquela, por sua vez, consiste na introdução dos espermatozoides na cavidade uterina ou canal cervical da mulher. As técnicas supracitadas são objeto do biodireito, ramo jurídico dedicado à positivação de normas bioéticas, e por isso geram discussões polêmicas no ordenamento jurídico brasileiro, assunto que será abordado ao longo do presente trabalho (LEITE, 1995).

A década de 1970 foi o ponto de partida para a aplicação de técnicas de RA (LEITE, 1995). Entretanto, ainda hoje seguem tendo alto grau de incerteza, pois nem sempre as taxas de investimento financeiro repercutem no resultado esperado. Por exemplo, o sucesso do procedimento diminui conforme a idade dos pacientes aumenta. Em mulheres de até 30 anos, a taxa fica ao redor de 45%; aos 35 anos diminui para 35%; de 35 a 40 anos, a chance é de 25% a 30%; e acima de 40 anos, de 18% a 20% (PESSINI, 2005, p. 297).

Fatores de ordem biológica, médica ou psíquica podem causar a incapacidade para conceber uma nova vida pelo coito. Tal técnica permite a realização do sonho de muitas famílias, pois nem todo casal pode ter filho pelo método habitual, como por exemplo, os casais homoafetivos. Dentre as limitações de ordem médica, relacionadas a infertilidade, que ocorre em casos que o casal atinge a gravidez, mas a gestação não prossegue, sendo interrompida precocemente (NEUSPILLER; ARDILES, 2003), podem se citar: "*(i)* doença hereditária; *(ii)* malformação congênita; e *(iii)* obstrução das trompas de falópio ou ausência de útero, no caso das mulheres" (DINIZ, 2002. p. 478). Estima-se que a infertilidade atinja cerca de 20% da população mundial, tanto homens quanto mulheres (PESSINI, 2005).

O Conselho Federal de Medicina (CFM) alega que a infertilidade é um "problema de saúde", conforme a Resolução nº 2.168 de 2017. A RA permite contornar tal condição. As despesas de um tratamento, entretanto, chegam a custar R$ 12 mil por tentativa (CORDÓN; GARRAFA, 2006). E por esse motivo, é importante garantir o direito ao acesso integral, universal e equitativo à saúde, previsto na CF de 1988, visando a realização gratuita da RA pelo Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 1988). O ordenamento jurídico brasileiro permite o uso dessa tecnologia em conformidade com o *caput* do artigo 5º da CF de 1988, que o compreende como recurso de direito à vida (BRASIL, 1988).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) também adota o posicionamento de que a RA é um direito. Conforme decidido no caso "Artavia Murrilo *y otros* (*Fecundación in vitro*) contra Costa Rica", em 2012, o direito à vida privada está diretamente interligado com a autonomia reprodutiva, além de ser um direito da mulher. Portanto, qualquer impedimento do uso dessa técnica consiste numa discriminação contra à imagem da mulher (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

A RA está enquadrada no âmbito de um direito humano fundamental, o da procriação. Conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, em seu artigo XVI: "os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer

restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar a família" (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Nas palavras de Diniz, (2002, p. 477-478): "[...] gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do ser humano", o que requere regulamentação rígida sobre as técnicas de RA".

Todas as técnicas de RA devem observar as normas éticas do Conselho Federal de Medicina, que estabelecem normas sobre responsabilidade civil por dano moral e patrimonial que venham a causar (DINIZ, 2002). Dentre as diretrizes da Resolução nº 2.168/2017, podem-se citar aquelas em que: *(i)* as técnicas de RA só poderão ser utilizadas quando houver probabilidade de sucesso, e quando não comprometerem a saúde da paciente ou possível descendente; *(ii)* "consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA" ; *(iii)* proíbe-se a seletividade do sexo ou quaisquer outras características biológicas, salvo em casos que se tratem de evitar doenças; *(iv)* "o documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de RA; *(v)* veda-se "a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana; *(vi)* restringe-se o número de oócitos e pré-embriões que serão transferidos para a receptora, a fim de minorar a ocorrência da multiparidade, que segundo O'BOYLE et al (2005) é o múltiplo número de gravidez; e *(vi)* desautoriza-se a redução embrionária nos casos em que o procedimento resultou em gravidez múltipla (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

2.3.1 Inseminação artificial

A inseminação artificial (IA), conhecida como Inseminação Intrauterina (IIU), é o procedimento de RA mais antigo. Essa técnica consiste na inserção do

sêmen na cavidade uterina da mulher, de maneira artificial[1], e sem manipulação externa do óvulo ou do embrião. Assim sendo, apenas o espermatozoide é preparado em laboratório, e posteriormente, inserido no corpo da mulher. Ao contrário da FIV, a união entre os gametas ocorre nas trompas, que seguem para o útero (DINIZ, 2002, p. 475). Esse método de RA tem como objetivo aumentar o potencial de fecundação dos espermatozoides, sendo indicado para os seguintes casos: *(i)* mulheres mais jovens com problemas de ovulação (como ovário policístico); e *(ii)* baixa quantidade e mobilidade de sêmen (DINIZ, 2002).

O primeiro caso desse procedimento ocorreu na Idade Média, quando Arnaud de Villeneuve, médico de reis e papas, obteve sucesso na inseminação artificial da esposa de Henrique IV de Castela[2]. Nesse caso, ocorreu a inseminação homóloga, pois o sêmen utilizado foi o do marido da paciente (LEITE, 1995, p. 31). Esse procedimento ocorre em três etapas: *(i)* induz-se à ovulação com a utilização de medicamentos; *(ii)* separam-se os espermatozoides pela locomobilidade, com seleção laboratorial daqueles mais habilitados; e, finalmente, *(iii)* ocorre a inserção do sêmen masculino na cavidade uterina, por meio de uma seringa (DINIZ, 2002, p. 478-479).

Em síntese, a inseminação artificial consiste em adiantar ou abrir o caminho para os espermatozoides. Para que fique claro o conceito de inseminação artificial:

> "A inseminação artificial é a técnica científica mais antiga e consiste, basicamente, na introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado. Pode ser homóloga ou heteróloga. A inseminação artificial homóloga é realizada com a utilização do sêmen do marido ou do companheiro da paciente. Para a inseminação artificial heteróloga, utiliza-se o esperma de um doador fértil" (SCARPARO, 1991, *apud* MEIRELLES, 2000, p. 18).

A IA pode ocorrer de duas maneiras distintas: RA homóloga e heteróloga.

Esses procedimentos serão explicados no próximo tópico.

[1] O sêmen é introduzido na mulher através de uma sonda/cateter (ALAMIGEON, 1986).
[2] Henrique IV de Castela foi rei de Castela e de Leão de 1454 até sua morte em 1474 (DAVID, 1990).

2.3.2 Reprodução assistida homóloga e heteróloga

A inseminação artificial (IA) pode ocorrer de duas maneiras: *(i)* reprodução assistida homóloga e *(ii)* reprodução artificial heteróloga. Esse procedimento é aceito moralmente e eticamente pela sociedade, inclusive sob o aspecto religioso, já que as outras técnicas de RA geram muitas discussões polêmicas (NAKAMURA, 1984). O prefixo grego "homo" significa igual; dessa forma, a reprodução assistida homóloga ocorre com a utilização do sêmen do parceiro. O prefixo "hetero", advindo do mesmo idioma, remete à ideia de distinção. Dessa maneira, o procedimento heterólogo ocorre com o sêmen originário de terceiro, que não seja o marido/companheiro da mulher, como no caso das mulheres solteiras ou quando o parceiro sofre de esterilidade irreversível. A primeira inseminação artificial heteróloga ocorreu em 1884 pelo médico inglês Pancoast (NAKAMURA, 1984). Já a RA homóloga ocorre com o sêmen do marido/companheiro (LEITE, 1995).

Nos casos que o tratamento apresenta forte riscos de esterilização, o CFM permite a remoção e conservação do material genético do homem para posterior inseminação (CFM, 2017). Conforme entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, (2008, p. 732):

> "É possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida."

Assim sendo, a reprodução assistida homóloga *post mortem* pode ocorrer em dois casos: *(i)* introdução do espermatozoide do marido/companheiro falecido no útero da mulher/companheira viúva; *(ii)* implementação no útero do embrião fecundado *in vitro*, também com o material genético do *de cujus* (GAMA, 2003). A possibilidade de procriação *post mortem* ocorre em casos particulares, para homens que ainda desejam ter filhos, mas por estarem realizando algum tipo de tratamento

médico correm o risco de ficarem estéreis e por isso a importância do congelamento do seu material genético. Cita-se Eduardo de Oliveira Leite:

> "Trata-se principalmente de sujeitos atingidos por uma doença grave (câncer dos testículos, doença de Hodgkin, certas nefropatias, etc.). Como nestes tratamentos, geralmente de longa duração, a possibilidade de cura não é frequente e se acompanha de esterilidade, o esperma conservado pode servir à inseminação homóloga, o que explica a principal razão da conservação. Diante da possibilidade da esterilização irreversível, pedidos são feitos aos bancos de esperma para conservação. **O homem que congelou seu esperma num destes bancos, pode morrer e à sua viúva faculta-se, então, reclamar a devolução do material coletado, para se inseminar com o esperma do marido falecido**" (LEITE, 1995, p.154-155, Grifo nosso).

Diante do exposto, é necessário que o CFM regulamente de maneira rígida as técnicas de RA, pois sua não observância pode levar a graves danos, o que é vetado pelo próprio Conselho. Nesse entendimento:

> "**Para evitar que as clínicas inescrupulosas utilizem embriões excedentes, os médicos são obrigados a informar aos pacientes quantos foram produzidos, para que o casal decida quantos pré-embriões serão implantados e se haverá criopreservação do excedente**" (SÉGUIN, 2001, p. 95, Grifo nosso).

Conforme decidido pelo STJ, no Recurso Especial (Resp) nº 1.332.773 – MS (2012/0139674-5), existe a equiparação entre companheiro(a)/cônjuge. Esse entendimento aplica-se aos casos de inseminação artificial, já que tanto o cônjuge quanto o companheiro da mulher poderão doar seus espermatozoides de forma igualitária. O disposto no art. 1.723 do Código Civil (CC), de 2002, reconhece "como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (BRASIL, 2002).

2.3.3 Fertilização in vitro (FIV)

A fertilização *in vitro* (FIV), também conhecida como "bebê de proveta", é um procedimento médico que ocorre fora do corpo da mulher, em laboratório. Essa

técnica consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com o espermatozoide do marido ou de outro homem. Após essa etapa, insere-se o embrião no seu útero ou no de outra mulher. O processo tem durabilidade de 18h a 24h após o procedimento. Com o resultado bem-sucedido, o embrião permanece no laboratório por cerca de cinco dias. Em seguida, é colocado diretamente no útero da futura mãe, sendo indicado para os seguintes casos: *(i)* mulheres com mais de 38 anos; *(ii)* distúrbio nas trompas ovarianas; *(iii)* endometrioses severas; e *(iv)* alterações no sêmen (DINIZ, 2002, p. 475). Conforme imagem:

Figura 1: Veja como funciona a fertilização in vitro

Fonte: Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, 2015.

A FIV é uma técnica nova, cujo início foi em 1944, tendo como primeiro "bebê de proveta" Louise Brown, nascida em 26 de julho de 1978, na Inglaterra. O primeiro bebê concebido pela FIV, no Brasil, foi Anna Paula Caldera, em 7 de outubro de 1984. Entretanto, devido ao aprimoramento da técnica, passou a ser o mecanismo

de RA mais utilizado, pois além de apresentar baixo risco para as pacientes é o mais efetivo (DINIZ, 2002, p. 489).

2.3.4 Gestação/útero de substituição

Óvulo e espermatozoide são preparados em laboratório e inseridos no útero da pessoa que aceitou fazer a gestação, a chamada barriga de aluguel. Nesse procedimento não há troca genética e todo o DNA corresponde ao dos gametas. Esse procedimento é indicado para os seguintes casos: *(i)* ausência ou má-formações uterinas; *(ii)* doenças que impeçam ou fragilizem a gestação (por exemplo, distúrbios de coagulação); e *(iii)* abortos de repetição (CAMARGO, 2003).

2.4 Novas regras de Reprodução Assistida (RA)

O CFM, na resolução nº 2.168/17, alterou as regras para as técnicas de RA. As principais alterações são: (*i)* ampliação do número de parentes que podem ceder o útero para uma gravidez, pois nas regras anteriores, somente familiares ascendentes, como avó, mãe e tia, poderiam receber o óvulo da doadora. Com as novas regras, filhas e sobrinhas, portanto, descendentes, também foram incluídas no rol de parentesco e podem ceder o útero para gestação. A técnica de RA é voltada para quem tem problemas de saúde que obstam ou comprometem a gestação. As novas regras abrangem também pessoas solteiras, que não têm um companheiro, mas desejam um filho, além de atenderem a casais homoafetivos (Res. CFM nº 2.168/17). Outras mudanças realizadas pelos CFM em relação a criopreservação de gametas ou embriões:

i. permissão de pessoas que mesmo não possuindo nenhum impedimento para engravidar possam congelar óvulos, espermatozoides ou embriões caso desejem ter um filho futuramente e queiram garantir essa possibilidade (Res. CFM nº 2.168/17).

ii. “as clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos”. (Res. CFM nº 2.168/17).

iii. “o número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados” (embriões excedentários) (Res. CFM nº 2.168/17).

iv. “no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los” (Res. CFM nº 2.168/17).

v. “os embriões crioperservados com três ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes” (Res. CFM nº 2.168/17).

vi. “embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica” (Res. CFM nº 2.168/17).

Em 2016, foram realizados 33 mil procedimentos de RA no Brasil. Segundo Hitomi Nakagawa, ginecologista e presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) houve um aumento da oferta por clínicas de infertilidade para atender a expansão do número de pessoas que procuram esse procedimento.

3 O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA COEXISTÊNCIA

O Direito Sucessório teve origem no Direito Romano, e foi o responsável pela origem da sucessão legítima. Inicialmente, é importante destacar que suceder significa tomar o lugar de outro. O Direito Sucessório é responsável por partilhar todo o patrimônio do *de cujus* para seus respectivos herdeiros, ou conforme a sua própria vontade, nos casos que deixa um testamento válido. A sucessão pode ocorrer

através de dois meios *(i)* sucessão legítima; e *(ii)* sucessão testamentária. A primeira decorre da própria lei (art. 1.788 do CC), e a segunda da vontade do *de cujus*, que é expressa através de um documento formal.

A herança abrange tanto o patrimônio ativo (bens) quanto o passivo (dívidas) da pessoa falecida. Quando alguém falece e possui patrimônio ativo e/ou passivo, é necessário que se identifique quem herdará todos os ativos e quem será responsabilizado por quitar todas as dívidas do *de cujus*.

O Direito Sucessório está fundamentado no direito de propriedade e na sua função social, conforme art. 5º, XXII e XXIII, da CF vigente. No entanto, esses não são os únicos pilares desse direito, já que o princípio da dignidade humana também possui forte influência, seja do ponto de vista individual ou coletivo, segundo o art. 1º, inc. III e o art. 3º, inc. I, do Texto Maior de 1988.

3.1 Modalidades de herdeiros previstas no Direito Brasileiro

Existem dois tipos diferentes de herdeiros no ordenamento jurídico brasileiro,

i. herdeiros necessários, forçados ou reservatórios; e *(ii)* herdeiros facultativos (TARTUCE, 2013).

ii. Herdeiros necessários, forçados ou reservatórios são protegidos pela lei, isto é, possuem em seu favor metade do patrimônio do autor da herança, segundo o art. 1.846[3] do CC. O valor da legítima é calculado sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, excluindo-se as dívidas e as despesas do funeral, e posteriormente, o valor dos bens sujeitos à colação (art. 1.847 do CC) é acrescentado, tendo como resultado final, o valor total da herança a ser recebida pelo(s) respectivo(s) herdeiro(s). Para proteger a legítima, o ordenamento jurídico brasileiro prevê quenos casos em que haja herdeiro necessário o testador somente poderá dispor da metade da herança, conforme art. 1.789 do CC. Os herdeiros necessários são: descendentes (até

[3] Código Civil, art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (BRASIL, 2002).

o infinito), os ascendentes (sem qualquer restrição) e o cônjuge (art. 1.845[4]). É importante ressaltar que a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário é uma inovação do sistema sucessório em vigor, além de já ter jurisprudência do STJ sobre o assunto, conforme mencionado no primeiro capítulo. E por fim, mesmo o testador deixando uma parte disponível ou mesmo um legado para o herdeiro necessário, este não perde o direito à legítima (art. 1.849) (TARTUCE, 2014, p. 1.344).

iii. Herdeiros facultativos não possuem em seu favor a proteção da legítima, podendo ser sucessores por força de testamento, conforme art. 1.850 do CC (BRASIL, 2002). Como o próprio nome desses herdeiros diz não se trata de uma sucessão legítima, ou seja, não decorre da lei e sim de uma "faculdade", leia-se possibilidade. São herdeiros facultativos os colaterais até quarto grau (irmão, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos netos) (TARTUCE, 2014). No caso do *de cujus* falecer e não ter expressado sua vontade com o que seria feito com sua herança, além de não ter descendentes, ascendentes e nem cônjuge/companheiro, os colaterais de quarto grau irão suceder do mesmo jeito, mesmo não tendo havido manifestação de vontade, conforme art. 1.839 do CC (BRASIL, 2002).

3.2 Herança e sua gestão

A herança é a soma de todos os bens formados pelo de cujus, logo, todo patrimônio formado pelo falecido durante a sua vida. Conforme entendimento consolidado pela doutrina e jurisprudência, a herança é responsável pela formação do espólio[5], que é a universalidade de bens deixada pelo de cujus (TARTUCE, 2014). O

[4] Código Civil, art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (BRASIL, 2002).

[5] O espólio, como entidade transitória composta pelo acervo hereditário legado pelo extinto, somente ostenta subsistência jurídica até o momento da ultimação da partilha, pois encerrado o processo sucessório com a destinação do acervo que o integrara aos seus destinatários legais se exaure, e, exaurindo-se com o aperfeiçoamento da partilha, já não ostenta capacidade nem legitimidade para residir em juízo ativa ou passivamente, devendo os sucessores assumirem a angularidade ativa da lide em que demandam direito anteriormente titularizado pelo extinto. (Acórdão n.990181,

espólio é tão importante para o direito sucessório, que enquanto não houver a partilha, é a herança que responde por eventual obrigação deixada pelo de cujus, entretanto, é do espólio a legitimidade passiva ad causam para compor o litígio (BRASIL, 2015).

No momento do início da sucessão, que ocorre com a morte, é necessário que os herdeiros realizem a abertura do inventário (totalidade de todo patrimônio hereditário), tendo um prazo de até 30 dias após o falecimento do indivíduo, conforme art. 1.796 do CC (BRASIL, 2002). Entretanto, pelo fenômeno da morte ser um momento melancólico para a família do de cujus, passou a se reconhecer um prazo maior, justamente por ser comum o atraso na abertura do inventário.

Assim sendo, o processo de inventário e de partilha pode ser instituído num prazo de até 60 (sessenta) dias a partir da abertura da sucessão. E para garantir a "segurança jurídica", já que essa não ocorre no quesito partilha da herança, o inventário deve ser finalizado no período de 12 (doze) meses decorrentes da abertura. Apesar disso, o juiz pode prorrogar de ofício ou a requerimento de parte esse prazo, segundo o art. 611[6] do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015).

3.3 Princípio de *saisine*

Assim que ocorre a morte do *de cujus*, a herança é transmitida imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários. Esse é o princípio de *saisine*, conforme art. 1.784 do CC (BRASIL, 2002). Trata-se da consagração da máxima *droit de saisine* (TARTUCE, 2013, p. 1.341). Conforme entendimento do REsp nº 1355479/SP (STJ):

> [...] "Ante o princípio da *saisine* (artigo 1784 do Código Civil, correspondente ao artigo 1.572 do Código Civil de 1916), com a morte da titular do direito, houve a transmissão, imediata e automática, da posse e domínio dos bens e dos direitos aos herdeiros, independentemente de inventário ou partilha" [...] (BRASIL, 2015).

20160020388576AGI, Relator: TEÓFILO CAETANO 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/01/2017, publicado no DJE: 10/02/2017. Pág.: 143-176)

[6] Código de Processo Civil, art. 611. O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte (BRASIL, 2015).

Em outras palavras, a herança é transferida aos seus sucessores no mesmo instante em que ocorre o falecimento do indivíduo, independentemente de qualquer ato dos herdeiros (TARTUCE, 2013).

Dessa maneira, nos casos de crianças concebidas pela inseminação *post mortem*, a herança se transmitiria automaticamente quando essas nascessem com vida e o patrimônio recebido ficaria sob cuidado de um curador tutelado pelo juiz que acompanhou a petição de herança, conforme os casos da prole eventual ou herdeiro desconhecido, nos termos do CC (BRASIL, 2002).

3.4 Aceitação e renúncia da herança

Para que ocorra a transmissão da herança, é necessário que o herdeiro expresse sua vontade em receber o deixado pelo de cujus, ou seja, depende da aceitação (BRASIL, 2002). A aceitação é fundamental para o direito sucessório, pois ninguém pode ser herdeiro contra a sua própria vontade (TARTUCE, 2013).

A partir do momento que o herdeiro expressa sua vontade em receber a herança (aceitação), ocorre sua transmissão definitiva para o favorecido, desde a abertura da sucessão, conforme dispõe o art. 1.804 do CC (BRASIL, 2002).

Em conformidade com os arts. 1.805 e 1.807 do CC, a manifestação de vontade em receber a herança pode ocorrer de 3 (três) maneiras (BRASIL, 2002):

a) Aceitação expressa: ocorre por declaração escrita do herdeiro, e pode ocorrer por meio de dois modos: instrumento público ou particular (BRASIL, 2002).

b) Aceitação tácita: decorre exclusivamente de atos próprios da condição de herdeiro (BRASIL, 2002).

c) Aceitação presumida: consiste numa terceira pessoa interessada em saber se o herdeiro aceitará ou renunciará a herança. Assim sendo, poderá após 20 dias da abertura da sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não podendo

ultrapassar trinta dias, para nele se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita (BRASIL, 2002).

Segundo o entendimento do doutrinador Flávio Tartuce, (2014, p.1.363), o repúdio pela herança pode ocorrer de duas maneiras:

a) Renúncia abdicativa: o herdeiro apenas nega sua herança, alegando que não possui interesse em recebê-la. Com isso, ocorre a alienação pura e simples para todos os coerdeiros, o que consiste na renúncia. Nessa modalidade de renúncia não ocorre a incidência do *Imposto de Transmissão Inter Vivos* contra o renunciante.

b) Renúncia translativa: o herdeiro abre mão de seus direitos a favor de determinada pessoa (*in favorem*). Nessa modalidade de renúncia existe negócio jurídico de transmissão, logo, há incidência do *Imposto de Transmissão Inter Vivos* contra o favorecido.

Ressalta-se que não se pode aceitar ou renunciar apenas uma parte da herança, ou seja, ou o favorecido aceita a fração total da herança ou a renúncia totalmente sob alguma condição (evento futuro e incerto) ou a termo (evento futuro e certo), em conformidade com o art. 1.808 (*caput*) do CC (BRASIL, 2002). Em outras palavras, a lei veda que se aceite ou renuncie a herança fragmentada por um mesmo e único título (TARTUCE, 2014, p. 1364). Por exemplo, o herdeiro não pode aceitar a herança de um imóvel quitado e de alto padrão, e renunciar um imóvel que ainda está com o pagamento em aberto e que esteja localizado num bairro que não agrade o favorecido.

Apesar dessa imposição do CC, há uma exceção em relação a aceitação/renúncia parcial quando se trata de um legado, que é um bem certo e determinado deixado para uma pessoa escolhida pelo *de cujus* (TARTUCE, 2014, p. 1433). O herdeiro pode aceitar o legado e renunciar a herança, assim como pode aceitar a herança e renunciar o legado, segundo o §1º do art. 1.808 do CC (BRASIL, 2002). Ainda em relação ao art. 1.808, nos casos que o herdeiro for sucessor legítimo

e sucessor testamentário, poderá esse aceitar os bens transmitidos por meio do testamento, e renunciar à sucessão legítima (§2º do dispositivo citado) (BRASIL, 2002).

Em outras palavras, independentemente do herdeiro aceitar ou renunciar a herança, ambas as manifestações de vontade são atos irrevogáveis pelo ordenamento jurídico brasileiro, especificados no art. 1.812 do CC (BRASIL, 2002).

3.5 A exclusão da sucessão: indignidade sucessória e deserdação

Existem ações realizadas pelo herdeiro que podem excluí-lo legalmente do seu direito sucessório. Nesses casos ocorrerá a indignidade sucessória ou a deserdação, e em ambas as situações o favorecido perde sua "moral" para receber a herança, uma vez que praticou alguma atividade nociva ao *de cujus* (TARTUCE, 2014).

A indignidade sucessória decorre da própria lei por meio de uma sentença (decisão judicial), podendo atingir qualquer herdeiro (art. 1.815 do CC) (BRASIL, 2002). O Ministério Público (MP) e o próprio interessado são legitimados a propor ação de indignidade quando houver questão de ordem pública, consoante o Enunciado n. 116 CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil. O prazo para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário termina no prazo decadencial de 4 (quatro) anos, de acordo com o §1º do art. 1.815 (BRASIL, 2002).

Já na deserdação, há uma manifestação de vontade que afasta herdeiro necessário, sendo a sentença o meio formal para sua concretização. E por esse motivo, existe um capítulo próprio da sucessão testamentária (arts. 1.961 a 1.965 do CC) para tratar do instituto da deserdação (TARTUCE, 2014).

Segundo o art. 1.814 do CC, as hipóteses de exclusão dos herdeiros e legatários ocorrem pelos seguintes motivos: *(i)* quando "tiverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente"; *(ii)* em casos de terem acusado "caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro"; e *(iii)*

quando "por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade" (BRASIL, 2002).

Além desses motivos, conforme o art. 1.962, a deserdação dos descendentes por seus ascendentes é autorizada nos seguintes casos: *(i)* ofensa física entre essas respectivas pessoas; *(ii)* injúria grave entre tais pessoas; *(iii)* relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; assim como as relações ilícitas com a mulher ou companheira do(a) filho(a) ou a do(a) neto(a); e *(iv)* desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002). Segundo entendimento jurisprudencial do STJ, houve equiparação entre cônjuge/companheiro, e por esse motivo aplica-se atualmente a deserdação para o companheiro, uma vez que foi reconhecido que esse é herdeiro necessário, conforme decidido no Resp nº 1.332.773 – MS (2012/0139674-5. Anteriormente, o companheiro(a) ficava excluído da deserdação (BRASIL, 2017).

Conforme art. 1.963 do CC, a deserdação também pode ocorrer pelos ascendentes contra os descendentes nos seguintes eventos: *(i)* ofensa física; *(ii)* injúria grave; *(iii)* relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta e; *(iv)* desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

Para o ocorrer a deserdação é fundamental que haja declaração expressa do porquê dessa "exclusão" no testamento deixado pelo *de cujus*, de acordo com o art. 1.964 do CC (BRASIL, 2002). Caso não ocorra, essa cláusula de deserdação terá pena de nulidade absoluta, por não ter cumprido com a forma e a solenidade exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 166, IV e V, do CC) (BRASIL, 2002). Além disso, ao herdeiro indicado, ou aquele a quem aproveite a deserdação, cabe provar a veracidade da causa alegada pelo testador na ação de confirmação da deserdação (art. 1.965, *caput*, do CC) (BRASIL, 2002). A partir do momento da data da abertura do testamento, o prazo decadencial para que o herdeiro indicado/aquele a que aproveite a deserdação prove a causa da deserdação é de 4 (quatro) anos (BRASIL, 2002).

Assim sendo, se o embrião excedentário não for excluído ou deserdado de seu direito sucessório, não há que se falar de sua exclusão na partilha da herança, principalmente por causa da ação de petição de herança, sendo um direito fundamental desse que será discutido no próximo capítulo (BRASIL, 2002).

3.6 Petição de Herança

A petição de herança (*petitio hereditais*) é o meio processual cabível de um herdeiro preterido da sucessão hereditária, e por isso, ingressa com essa ação. O seu principal objetivo consiste em obter o que é seu por direito, a herança, conforme art. 1.824 do CC (TARTUCE, 2014). Segundo entendimento do STJ no REsp nº 1.475.759/DF: "a petição de herança objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de *quota* ideal da herança da qual não participou" (BRASIL, 2016).

Por exemplo, um filho não reconhecido e que pretende seu reconhecimento posterior (paternidade) e seu direito sucessório, poderá ingressar com a petição de herança (TARTUCE, 2014). Dessa maneira, um filho concebido por técnicas de RA em casos de *post mortem* pode ingressar com essa ação processual, tendo em vista que ficou "excluído" da partilha (CAHALI; HIRONAKA, 2012).

Nos termos do art. 1.825 do CC: "a ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários". Logo, é um direito personalíssimo do excluído da partilha em solicitar o que é seu por direito (BRASIL, 2002). Diante dos casos de inseminação *post mortem*, ressalta-se que "o herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados" (BRASIL, 2002).

3.7 Considerações iniciais sobre a ordem de vocação hereditária – Sucessão Legítima

A sucessão legítima decorre da lei, conforme exposto no art. 1.788 do CC, e ocorre sempre nos casos em que o falecido não tiver deixado testamento, já que em todos os casos de sucessão deve prevalecer a vontade do morto (BRASIL, 2002). Essa sucessão também ocorrerá nos casos em que os bens deixados não estiverem previstos no testamento (TARTUCE, 2014, p. 1341). Bem como nos casos que o testamento caducar ou for julgado nulo (nulidade absoluta). Conclui-se que a sucessão deve sempre em primeiro lugar levar em consideração a última vontade do *de cujus*, desde que o testador tenha discernimento (BRASIL, 2002). E caso isso não seja possível, pelas razões já expostas, a sucessão legítima será a vigente (TARTUCE, 2013). Para que fique claro o conceito de sucessão legítima, conforme entendimento do STJ:

> "A sucessão legítima, quando ocorre por força de lei, torna os herdeiros, de pronto, donos da herança e dos direitos do de cujus, salvaguardado, porém, a possibilidade de renúncia, sendo certo que a morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento, por expressa previsão legal" (BRASIL, 2017).

O sistema sucessório brasileiro sofreu uma alteração do CC/1916 para o CC/2002, na qual foi introduzido o sistema de concorrência previsto no art. 1.829 do CC vigente entre o cônjuge e os descendentes/ascendentes (BRASIL, 2002). O cônjuge, atualmente, é considerado herdeiro necessário, assim como os descendentes e ascendentes (art. 1.845 do CC) (BRASIL, 2002).

Entretanto, o sistema de concorrência não ocorre sempre. Para sua incidência, deve-se observar o regime de bens adotado no casamento com o falecido, acontecendo nos seguintes casos: *(i)* Regime da separação convencional de bens; *(ii)* Regime da participação final nos aquestos; e *(iii)* Regime da comunhão parcial de bens, em havendo bens particulares do falecido. Em todos esses regimes, o cônjuge herda em concorrência (TARTUCE, 2014).

Devido ao sistema de concorrência estabelecido no CC/2002, surgiu o instituto da meação, que não pode ser confundido com a herança. A meação é o instituto que advém do Direito de Família e depende do regime de bens adotado entre o falecido(a) e o cônjuge/companheiro(a). Já a herança é o instituto do Direito das Sucessões, proveniente da extinção da personalidade jurídica do *de cujus* (TARTUCE, 2014). Dessa maneira, nos casos de inseminação *post mortem*, dependendo do regime de bens adotado entre cônjuge/companheira e o falecido, haverá a partilha da herança entre o filho e a cônjuge/companheira sobrevivente, devido ao sistema de concorrência previsto no CC/2002 (BRASIL, 2002).

Inicialmente, deve-se discutir quem são as pessoas legítimas que poderão suceder pelo sistema de concorrência em conjunto com o cônjuge/companheiro nos regimes de bens já definidos. As pessoas nascidas ou já concebidas (nascituros) são as legítimas para suceder de forma legítima o patrimônio do de cujus, conforme o art. 1.798 do CC. O direito de suceder legitimamente seus parentes ocorre independentemente de existir testamento que os beneficie, sendo uma garantia legal em relação a própria herança (TARTUCE, 2014). Assim sendo, existe uma lacuna na lei em relação aos embriões excedentários sobre se esses são ou não sucessores legítimos (BRASIL, 2002).

A vontade do testador só terá eficácia se o nascituro nascer vivo, logo, se o nascituro nascer morto a sucessão não terá validade, sendo ineficaz para todos os seus efeitos. O que será discutido no próximo capítulo é a questão especifica do embrião excedentário, sendo que para este deverá existir o mesmo requisito do nascituro para a sucessão ser eficaz, que é nascer com vida (TARTUCE, 2013).

3.8 Dos Testamentos em geral e da capacidade de testar – Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária decorre da própria vontade do *de cujus* que pode ser expressa através de três tipos de documentos formais *(i)* testamento; *(ii)* legado; e *(iii)* codicilo. Apesar disso, no Brasil, não existe o costume de dispor sua última vontade

pelo testamento, por vários motivos. O país é emergente, logo, muitos brasileiros não possuem patrimônio. Outro motivo é o próprio medo das pessoas em relação a morte, tendo como consequência, o não planejamento sucessório. E o último argumento é que os cidadãos possuem a ideia "falsa" que a ordem de vocação hereditária no ordenamento jurídico brasileiro é eficaz e justa (TARTUCE, 2014).

Nas palavras de Pontes de Miranda, 1972, "testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos" (TARTUCE, 2014). As pessoas leigas acham que a aptidão para realizar um testamento depende da existência de patrimônio líquido e certo, porém, isso não é verdade. Segundo §2º do art. 1.857 do CC: "são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado" (BRASIL, 2002). Em outras palavras, o testamento é um negócio jurídico unilateral, que para ser válido deverá observar certas formalidades previstas na lei (TARTUCE, 2014). E caso alguma formalidade seja descumprida ou alguma falha detectada, a sanção será a nulidade do testamento, conforme incs. IVe V, do art. 166 do CC (BRASIL, 2002).

As características do testamento estão previstas no CC. O testamento é ato personalíssimo, isto é, realizado exclusivamente pelo testador, e pode ser mudado a qualquer tempo (art. 1.858 do CC) (BRASIL, 2002). De acordo com o *caput* do art. 1.857: todo cidadão que possua capacidade jurídica poderá dispor, por testamento, de todos os seus bens, ou de parte deles, para o usufruto de outros, podendo ser herdeiros legítimos ou herdeiros testamentários, após a sua morte (BRASIL, 2002). Uma das qualidades mais importantes para a presente tese é que "a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento", conforme §1º desse dispositivo citado, levando em consideração o direito sucessório dos herdeiros necessários (BRASIL, 2002).

Assim sendo, em casos de inseminação artificial *post mortem*, na hipótese em que um novo filho seja concebido em laboratório (técnicas de RA) e nasça com vida, terá o direito à legítima, tendo em vista que é um herdeiro necessário, pois possui o

direito à paternidade reconhecido. E por isso, não poderá ficar excluído da partilha da herança (BRASIL, 2002). Portanto, numa situação hipotética, em que o *de cujus* deixe uma herança para sua companheira/cônjuge no regime de bens em que essa não herde tudo, poderá ser chamando um ascendente ou mesmo colateral na sucessão hereditária para partilha. Dessa maneira, esse filho concebido posteriormente por RA ficará "excluído" da partilha, por ter nascido após a divisão hereditária. E isso não é plausível, uma vez que esse filho possui o direito à legítima (herdeiro necessário), tendo como consequência, a modificação da sucessão testamentária (BRASIL, 2002). E por esse motivo, é que deve ser criada uma legislação específica para abordar os direitos sucessórios dos concebidos por técnicas de RA em casos de filiação *post mortem*, assunto que será esclarecido no próximo capítulo. Tendo em vista as formalidades exigidas na elaboração do testamento, o prazo para impugnar sua validade expira em 5 (cinco) anos a partir da data do seu registro (BRASIL, 2002).

O legado é um bem certo e determinado que o testador deixa para outrem através de uma disposição específica sucessória. A sucessão do legatário acontece a título singular (TARTUCE, 2014, p. 1.433). Conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa:

> "O legado é uma deixa testamentária determinada dentro do acervo transmitido pelo autor da herança: um anel ou as joias da herança; um terreno ou um número determinado de lotes; as ações de companhias, ou as ações de determinada companhia." (VENOSA, 2008, p. 257)

Diante do exposto, o legado concede uma liberdade para o testador dispor dos seus bens da maneira que achar melhor, tendo como consequência, o benefício da pessoa escolhida. Entretanto, o legado por vir com alguma condição ou encargo, e nesses casos, fica a critério do legatário em cumprir esses requisitos ou não para obter o legado. Caso essas "obrigações" causem um ônus pesado ao legatário, esse poderá renunciar o bem deixado pelo *de cujus* (VENOSA, 2007, p. 241).

O codicilo é uma disposição testamentária que abrange bens de pequeno valor, como, por exemplo, os livros que o *de cujus* deseja deixar para determinada pessoa (TARTUCE, 2014). Conforme entendimento de Flávio Tartuce e José Fernando

Simão: “trata-se de ato de última vontade simplificado, para o qual a lei não exige tanta solenidade em razão de ser o seu objeto considerado de menor importância para o falecido e para os herdeiros” (TARTUCE, 2014, p. 1424).

Conforme o CC, por meio do codicilo, qualquer pessoa que possui discernimento poderá testar mediante um instrumento particular “datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal” (art. 1.881) (BRASIL, 2002). Apesar do codicilo exigir menos formalidades do que o testamento, “o codicilo depende de procedimento judicial para o respectivo cumprimento, o que se mostra inviável diante do objeto da declaração” (TJMG - Apelação Cível 1.0035.10.011075-4/001, Relator(a): Des.(a) João Cancio, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/10/2013, publicação da súmula em 03/10/2013).

Ressalta-se que é possível a concomitância entre um codicilo e testamento, porém, seus objetos devem ser divergentes (TARTUCE, 2014, p. 1424). Além disso, os objetos do codicilo são de pequeno valor em relação aos do testamento. E o que o ordenamento jurídico brasileiro considera como um bem de pequeno valor? Essa análise deverá ser feita em cada caso, conforme a soma dos bens do espólio. Trata-se de uma análise relativa, e não absoluta (TARTUCE, 2014, p. 1424). Nesse sentido, da jurisprudência paulistana mais remota:

> “A doutrina define codicilo ou pequeno codex como o documento que traz em seu bojo disposições específicas de última vontade, que se relacionam, na maioria das vezes, com o enterro, esmolas de pouca monta, assim como móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal. **O critério avaliatório é subjetivo e leva em consideração ao status socioeconômico da codicilante**” (TJSP; Agravo de Instrumento 0161122- 08.2012.8.26.0000; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 18/10/2012; Data de Registro: 23/10/2012).

O CC, no art. 1.799, indica quem pode ser chamado a suceder através da sucessão testamentária: *(i)* os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas essas ao abrir-se a sucessão; *(ii)* as pessoas jurídicas; e *(iii)* as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação (BRASIL, 2002).

3.9 Princípio da coexistência e sua importância para a capacidade sucessória

Em regra, no direito sucessório brasileiro aplica-se o princípio da coexistência, o qual defende que somente os concebidos[7] ou nascidos[8] possuem capacidade para herdar no momento em que a sucessão é aberta, conforme art. 1798 do CC. Assim sendo, o requisito da coexistência é um pressuposto fático da capacidade sucessória (BRASIL, 2002).

Ressalta-se que para ocorrer o direito sucessório devem ser observados certos requisitos ou pressupostos, logo, depende de uma condição para ser concretizado. E isso ocorre para garantir uma "segurança jurídica" (possui uma falha no quesito sucessório), já que na sucessão ocorrerá a transferência de todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*. Esses preceitos dividem-se em *(i)* negativos, *(ii)* jurídicos e *(iii)* fáticos.

Os requisitos negativos abrangem situações que ocasionem um processo declaratório de indignidade ou deserdação, por exemplo. Os requisitos jurídicos estão diretamente ligados ao vínculo do falecido com seu sucessor, independentemente de ser um laço legal ou testamentário. Já os requisitos fáticos estão relacionados a capacidade sucessória, isto é, para o sucessor receber a herança terá que coexistir e sobreviver ao morto. Sem esses três requisitos não há que se falar em direito sucessório, já que o ordenamento jurídico brasileiro veta uma sucessão ilegal (BRASIL, 2002).

[7] Gerado; criado por concepção; que foi fecundado: filho concebido
[8] Indivíduo que nasceu com vida e continua respirando até o momento que ocorre a abertura da sucessão

Dessa maneira, para os casos de RA (em que o filho venha nascer após a morte do pai), ainda não está presente o requisito da coexistência, e por esse motivo não é possível a concessão de direitos sucessórios, conforme exigido pelo art. 1.798 do CC. Segundo o art. 1.798 do CC: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". Entretanto, existe uma lacuna na lei em relação aos direitos sucessórios dos que nascem por inseminação artificial *post mortem*. Mas devido a duas exceções existentes ao princípio da coexistência, é possível a abertura de uma exceção para os concebidos por técnicas de RA. Essas exceções serão abordadas a seguir.

3.9.1 Exceção ao princípio da coexistência (Nascituro e Prole Eventual)

Apesar do princípio da coexistência ser claro em relação a quem pode suceder (capacidade sucessória), existem duas exceções em relação a essa instituição: (a) prole eventual e (b) nascituro (BRASIL, 2002).

a) Prole Eventual (não concebidos)

A prole eventual[9] ainda não possui os requisitos exigidos da coexistência, que é nascer com vida e já ter sido concebida, porém poderá ser herdeira testamentária (BRASIL, 2002). Como o próprio nome já diz, a prole eventual ocorrerá no futuro, é uma condição (evento futuro e incerto). Os não concebidos herdam a partir do nascimento (LEITE, 2004).

Mesmo o art. 1.798 do CC 1.798 deixando claro que somente as pessoas nascidas ou já concebidas podem suceder, a prole eventual também poderá ser herdeira testamentária, se essa for a vontade do de cujus (BRASIL, 2002). Conforme o art. 1.799 e 1.800 do CC, mediante o testamento é possível conceder a prole eventual de pessoa viva no momento da abertura da sucessão, direito à herança,

[9] Pessoa(a) que podem vir a nascer, concebida por pessoas designadas pelo testador, sendo essas existentes no momento da sua morte (VENOSA, 2014, p. 216).

desde que concebido o eventual herdeiro no prazo de dois anos, salvo se na disposição testamentaria não houver sido fixado prazo diferente. Segundo o CC:

> "Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
>
> **- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;**
>
> - as pessoas jurídicas;
>
> - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.
>
> **Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.**
>
> § 1o Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.
>
> § 2o Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.
>
> **§ 3o Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.**
>
> **§ 4o Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos**" (BRASIL, 2002, Grifo nosso).

Com essa análise mais detalhada, chega-se à conclusão precipitada que o conteúdo desses dois artigos do CC são a solução da prole eventual, uma vez que o indivíduo que manifestava em vida seu desejo de procriação, e ciente da sua condição de esterilidade, por exemplo, poderia resguardar o direito sucessório de seu filho por meio de testamento (BRASIL, 2002). Entretanto, esses artigos não resolvem a problemática dessa exceção, que ainda possui uma lacuna na lei sobre os casos de inseminação *post mortem* decorrentes de inseminação artificial homóloga.

Além disso, foi estabelecido um prazo de 2 (dois) anos para a concepção desse "futuro" sucessor testamentário, com os requisitos já expostos no inc. I do art. 1.799 do CC (BRASIL, 2002). Isso ocorre pois não se pode esperar permanentemente o nascimento do sucessor, conforme §4º do art. 1800 do CC (BRASIL, 2002).

Nessa lógica, caso ocorra a concepção desse herdeiro, todos os bens guardados para esse ser-lhe-ão transferidos para os herdeiros legítimos (BRASIL, 2002). Na hipótese do herdeiro ser concebido, e caso essa nasça com vida (princípio da coexistência), todos os bens lhe serão transferidos como se fosse vivo no momento da sucessão (*droit de saisine*) (BRASIL, 2002). Para garantir a vontade testamentária do *de cujus*, todos os bens reservados a prole eventual ficarão sobre o cuidado de um curador escolhido pelo juiz, após a liquidação e partilha, seguindo o trâmite do Direito Sucessório (BRASIL, 2002). A prole eventual não pode ser considerada indigna e nem deserdada para ser sucessora testamentária, pois caso contrário, o *caput*[10] do art. 1.802 estará sendo violado (BRASIL, 2002).

Os incisos III, IV e V do art. 1.597 reconhecem a filiação dos filhos concebidos por técnicas de RA. O embrião excedentário ainda não foi concebido quando da morte do seu pai, tendo em vista que ainda estava criopreservado, portanto não pode ser considerado nascituro (BRASIL, 2002). Nesse sentido, os embriões criopreservados são considerados prole eventual, conforme entendimento do CC, já que esse reconhece a filiação dos filhos concebidos por técnicas de RA, inclusive *post mortem.* Outra interpretação que pode ser retirada do CC é que o art. art. 1.798 do CC versa somente sobre os filhos nascidos ou já concebidos, portanto, afastou as hipóteses dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do CC, tendo em vista que esses não foram nem concebidos e nem nascidos (BRASIL, 2002).

b) Nascituro

O nascituro é o ser já concebido quando da morte do *de cujus*, conforme exigido pelo princípio da coexistência (BRASIL, 2002). Entretanto, para o nascituro ter o direito sucessório terá que nascer com vida, ou seja, conclui-se a princípio que sua sucessão depende de uma condição (evento futuro e incerto) (BRASIL, 2002). Ressalta-se que o nascituro ainda não possui personalidade, pois ainda não nasceu

[10] Código Civil, Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa (BRASIL, 2002).

com vida, sendo apenas concebido (BRASIL, 2002). E mesmo assim o direito sucessório permite que seja herdeiro testamentário (BRASIL, 2002).

Entretanto, a atribuição de herança ao nascituro não pode ser considerada como uma condição, apesar de ser um caso semelhante. Isso ocorre pois como se trata de um direito eventual do nascituro, caso esse nasça com vida, já será automaticamente herdeiro testamentário (BRASIL, 2002). Assim sendo, não há que se falar em condição para o direito sucessório do nascituro, pois caso essa nasça com vida, já terá seu direito à herança e não existirá nenhuma condição para tal acontecimento (VENOSA, 2014). Conforme decidido no Resp nº 1477498/SP-2011 (STJ): não existe direito adquirido à sucessão, pois essa ocorre pela morte, que é o momento que realiza-se a transferência do acervo hereditário aos respectivos titulares, e por essa razão é regulada pela lei vigente à data da abertura (art. 1.577 do Código Civil de1916 e art. 1.787 do Código Civil de 2002) (BRASIL, 2011).

Ressalta ainda Venosa (2014, p. 216):

> "Se, porém, o concebido nasce morto, não existiu herdeiro, porque o natimorto não foi pessoa (art. 4º). Pelo princípio de *saisine*, como o nascituro nunca foi herdeiro, a herança passa diretamente do morto para os herdeiros legítimos, ou para quem o testador tenha substituído ao nascituro (caso tivesse previsto a hipótese) (Miranda, 1973, v. 58:14). Quando o nascituro nasce com vida, seu direito sucessório também se realiza no momento da abertura da sucessão".

Nesse sentido, essa exceção ao princípio da coexistência baseia-se na teoria concepcionista, pois garante direitos sucessórios para quem não nasceu ainda. O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria natalista, na qual, o início da personalidade civil começa somente com o nascimento com vida (BRASIL, 2002). Logo, se para o nascituro foi aberta uma exceção a questão sucessória, porque o embrião excedentário fica excluído do direito sucessório em casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*?

Cita-se o entendimento de Maria Helena Diniz sobre o direito do nascituro:

> "O nascituro poderá receber bens por doação (CC, art. 542) ou por herança (CC, art. 1.798), mas o direito de propriedade

> somente incorporará em seu patrimônio se nascer com vida, mesmo que faleça logo em seguida, hipótese em que os bens, recebidos por liberalidade, transmitir-se-ão aos seus sucessores. Se nascer morto, caduca estará a doação ou a sucessão legítima ou, ainda, a testamentária. Enquanto estiver na vida intrauterina seus pais ou o curador ao ventre serão meros guardiães ou depositários desses bens doados ou herdados, bem como de seus frutos e produtos" (DINIZ, 2010, p. 132).

Dessa maneira, o concebido é uma outra exceção ao princípio da coexistência, justamente por não ter um dos requisitos exigidos ainda, que é nascer com vida. E mesmo assim, o legislador permitiu o direito desse de receber uma herança futura, conforme §3º do art. 1.800 do CC: "nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador" (BRASIL, 2002).

c) Embrião Excedentário decorrente da inseminação artificial homóloga: nascituro ou prole eventual?

Devido a essa lacuna na lei sobre as técnicas de RA, discute-se atualmente é se o embrião excedentário pode ser considerado nascituro ou prole eventual. Nas palavras da Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

> "O problema não mais se refere aos nascituros que se encontravam implantados no útero materno, senão aos embriões, congelados em laboratório. Assiste-lhes a condição de nascituros? Ou, ao contrário, são considerados prole eventual já que não se sabe se serão efetivamente alojados em útero apto a gestá-los?" (CAHALI; HIRONAK, 2003 apud TARTUCE, 2013, p. 24).

Os três incisos do art. 1.597 abordam a temática dos filhos concebidos por técnicas de RA. Com a leitura desses incisos, chega-se à conclusão que todos abrangem a prole eventual (BRASIL, 2002). Nesse sentido, o art. 1.798 do CC versa somente sobre os filhos nascidos ou já concebidos, afastando as hipóteses do art. 1.597 do CC (BRASIL, 2002). A partir desse entendimento, os filhos decorrentes das técnicas de RA estariam excluídos do direito sucessório, mas porque o ordenamento jurídico os excluiu?

Existem autores que defendem os direitos sucessórios do embrião excedentários e outros que não defendem. Conforme entendimento contrário a essa defesa, cita-se o entendimento de Luís Roberto Barroso (2006, p.):

> "O embrião resultante da fertilização in vitro, conservado em laboratório: a) não é uma pessoa, haja vista não ter nascido; b) não é tampouco um nascituro, em razão de não haver sido transferido para o útero materno. As normas e categorias tradicionais do direito civil não se aplicam à fecundação extra corporal. Vale dizer: até o advento da Lei nº 11.105/2005, não havia qualquer disciplina jurídica específica para esta entidade: embrião produzido em laboratório, mediante processo de reprodução assistida. Foi precisamente a lei aqui impugnada (Lei de Biosseguranca) que instituiu normas limitadoras das pesquisas genéticas e protetivas do embrião".

No entendimento de Eduardo de Oliveira Leite, (2004, p. 71), que defende os direitos sucessórios dos embriões excedentários:

> De imediato assalta-nos o questionamento crucial: estariam os filhos, concebidos através de procriações artificiais, fora do rol dos legitimamente habilitados para receber a reserva?
>
> Certamente não. Uma exegese conciliadora se impõe para contornar o impasse garantindo a legítima daqueles filhos oriundos das procriações artificiais. E, certamente, esta exegese exigirá releitura do art. 1.798 que passaria a ter a seguinte redação: "Art. 1.798. Legitima-se a suceder as pessoas nascidas, ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após a abertura da sucessão".

Conforme exposto, existe uma omissão legislativa acerca do tema. Nesse sentido, Maria Helena Diniz, defende a necessidade da inserção do termo embrião no artigo 2º do CC, para que o ordenamento jurídico consiga promover proteção não somente ao nascituro, constituído após a concepção, mas também ao embrião ainda não implantado no útero da mãe.

4 REFLEXOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO SUCESSÓRIO

O direito sucessório dos filhos concebidos por RA ainda é um tema polêmico e que precisa de muita discussão no ordenamento jurídico, pois existe uma lacuna na lei sobre este assunto.

Dessa maneira, através de dois estatutos importantes para entender a situação jurídica dos embriões excedentários, quais sejam, a presunção e filiação e o art. 1.795 e o princípio da coexistência e o art. 1.798 do CC restará evidente a lacuna na lei sobre esse assunto e a sua complexidade para o ordenamento jurídico vigente.

Com isso, será exposto possíveis soluções para resolver essa problemática atual, pois, caso contrário, ocorrerá uma "ineficiência" do sistema jurídico brasileiro frente a esse assunto, uma vez que já existem métodos de combater essa ambiguidade do direito sucessório brasileiro em casos de RA *post mortem*.

4.1 Presunção de filiação e o art. 1.795 do CC/2002

O estudo da presunção de filiação é fundamental para o direito sucessório, principalmente nos casos de inseminação *post mortem*. Segundo Maria Darlene Braga Araújo: "O estudo do estabelecimento da filiação revela-se uma prodigiosa fontepara haurir a essência do sistema legislado, uma vez que as regras que compõe o Direito de filiação demostram a própria concepção de família embutida no texto legal" (ARAÚJO, 1996, p. 53).

A filiação é o vínculo afetivo entre pais e filhos, independentemente desses terem sido gerados de forma biológica ou adotados. Desse relacionamento decorre uma relação jurídica entre pais e filhos (BRASIL, 2002). Conforme entendimento de Maria Helena Diniz: "a relação de filiação pode ser consanguínea, socioafetiva ou, também, proveniente de inseminação artificial" (DINIZ, 2005).

Dessa relação jurídica da filiação podem surgir três efeitos jurídicos distintos, entre eles: *(i)* filiação biológica; *(ii)* filiação socioafetiva; e *(iii)* filiação jurídica.

Filiação biológica: é a relação identificada pela consanguinidade, ou seja, pelo DNA, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta do primeiro grau (FUJITA, 2011). É através dessa violação que os filhos possuem o conhecimento de sua origem, sendo esse um direito fundamental, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp n° 1632750/SP, entendeu que:

> "Os direitos à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade integram uma parcela significativa dos direitos da personalidade e são elementos indissociáveis do conceito de dignidade da pessoa humana, impondo ao Estado o dever de tutelá-los e de salvaguardá-los de forma integral e especial, a fim de que todos, indistintamente, possuam o direito de ter esclarecida a sua verdade biológica" (BRASIL, 2017).

A reprodução humana natural, ou seja, realizada pelo coito e a gravidez através das técnicas de RA, mais especificamente a inseminação artificial homóloga (sêmen do marido ou do companheiro), são exemplos de filiação biológica (FUJITA, 2011).

i. Filiação socioafetiva: é a relação identificada pela livre espontânea vontade de um casal adotar uma criança, tendo como consequência, a criação de um vínculo afetivo entre pais e filhos (FUJITA, 2011). Essa filiação é reconhecida pelo "tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição" (REsp 1500999/RJ). Conforme Rolf Madaleno, 2016: "a filiação é reconhecida pelo zelo, pelo amor aos filhos e pelo livre desejo de convívio entre pais e filhos".

ii. Filiação jurídica: é a relação prevista no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o art. 1.597 do CC (BRASIL, 2002).

Com a CF de 1988, o instituto da filiação sofreu diversas alterações. A mais relevante foi que a conduta dos pais não interfere mais na filiação, isto é, o princípio da igualdade entre os filhos veda qualquer tipo de discriminação ou sanção em relação aos filhos havidos dentro ou fora do casamento, adotados ou concebidos por técnicas

de RA, que é a tese discutida no presente trabalho (FARIAS, 2015). Segundo entendimento jurisprudencial do STJ:

> [...] ‘‘**As discriminações existentes entre os filhos foram definitivamente extintas com o advento da Constituição Federal de 1988**. No entanto, os direitos sucessórios dos filhos extraconjugais já eram assegurados pela Lei n° 883/49 (com a redação dada pelo artigo 51 da Lei 6.515/77), que estabeleceu o direito à investigação de paternidade e à participação em grau de igualdade na herança, qualquer que seja a natureza da filiação” [...] (BRASIL, 2017, Grifo nosso).

Além disso, a filiação é responsável pela participação igualitária na herança dos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, não podendo receber tratamento diferenciado entre os outros filhos já existentes, caso esses existam, e não podem ter o direito à investigação de paternidade negado em hipótese alguma. Esse é o entendimento majoritário do STJ: “[...] o direito à investigação de paternidade e à participação em grau de igualdade na herança, **qualquer que seja a natureza da filiação** [...]” (BRASIL, 2017, Grifo nosso).

É importante ressaltar que como se reconhece a relação de filiação ao concepturo não há nenhuma justificativa plausível para que se afaste o direito à legítima dos filhos resultantes da inseminação homóloga *post mortem* (ALMEIDA, 2003).

Diante do exposto, independentemente da natureza da filiação, o direito à investigação de paternidade não poderá ser negado em hipótese alguma, inclusive nos casos de inseminação artificial *post mortem* com o material genético do *de cujus* (Resp nº 1279624/PR). Nessa lógica, se o direito à paternidade e filiação forem confirmados em determinado caso de inseminação artificial homóloga, não há que se falar da exclusão da herança desse filho (DINIZ, 2005).

4.1.2 Princípio da igualdade entre os filhos

Na contemporaneidade, o instituto da filiação é regido pelo princípio da igualdade entre os filhos, previsto no §6º do art. 227 da CF: “Os filhos, havidos ou não

da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação" (BRASIL, 1988).

Esse princípio está presente em outras legislações infraconstitucionais, no art. 20[11] do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 1.596[12] do CC, que defendem um tratamento igualitário entre os filhos, não importando a forma de como a família tradicional, monoparental ou mesmo decorrente da união estável obteve aquele filho(a).

No CC de 1916, somente os filhos legítimos eram reconhecidos, ou seja, somente esses possuíam direito à filiação. Conforme previa o art. 337: "São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé" (BRASIL, 1916). Atualmente, essa ideia de filho legítimo viola diretamente a Carta Magna, devido ao princípio da igualdade entre os filhos (BRASIL, 1988). Assim sendo, a distinção entre filho legítimo e ilegítimo não é mais permitida no ordenamento jurídico brasileiro, pois isso violava o princípio da dignidade humana (FARIAS, 2015).

Nesse sentido, percebe-se que não há, portanto, nenhuma diferença entre o filho concebido pelo coito e o filho concebido em laboratório por alguma técnica de RA, conforme o princípio da igualdade entre os filhos (BRASIL, 1988). Realizando uma equiparação entre filho extraconjungal e filho concebido por técnica de RA, cita-se jurisprudência do STJ para comprovar que entre nenhum tipo de filho existe diferença, sendo todos iguais perante a lei:

> "As discriminações existentes entre os filhos foram definitivamente extintas com o advento da Constituição Federal de1988. No entanto, os direitos sucessórios dos filhos extraconjugais já eram assegurados pela Lei n° 883/49 (com a redação dada pelo artigo 51 da Lei 6.515/77), que estabeleceu

[11] Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação

[12] Código Civil, art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação

> o direito à investigação de paternidade e à participação em grau de igualdade na herança, qualquer que seja a natureza da filiação". (BRASIL, 2017, Grifo Nosso).

Diante do exposto, todo filho é igual perante a lei, não importando se foi concebido pelo método natural, por RA ou se é adotado. Com esse entendimento, será abordado a capacidade sucessória e o art. 1.798 do CC, pois o filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* não pode ser excluído dos seus respectivos direitos, sendo a herança um deles.

4.2 A capacidade sucessória e o art. 1.798 do CC

Conforme já mencionado, a capacidade sucessória exige três requisitos formais, sendo as condições fáticas fundamentais para a aplicação do art. 1.798 do CC. E levando em consideração o conteúdo do art. 1.799 e 1.800 do CC não se chega a uma solução plausível para a questão da prole eventual para os casos envolvendo técnicas de RA após a morte do cônjuge/companheiro.

Em relação a prole eventual, é possível que o testamento seja feito por via reflexa: "[...] basta que indique a doadora do óvulo." Entretanto, o testamento de forma reflexa não é eficaz para o ordenamento jurídico brasileiro, pois realizar testamento não é um ato habitual dos cidadãos brasileiros.

Dessa maneira, a aplicação do princípio da coexistência, anteriormente mencionado, nega a concessão de direitos sucessórios ao inseminado *post mortem*, o que é um argumento precipitado por dois motivos: *(i)* a prole eventual é uma exceção, conforme o CC de 2002 *(ii)* nascituro é uma exceção, segundo o CC de 2002 (BRASIL, 2002). Por esse pretexto, o embrião excedentário também deve ser tratado como uma exceção, mesmo que exista uma lacuna na lei nesse sentido, uma vez que os meios legais vigentes não são capazes de solucionar o tema.

O art. 1.798 do CC não prevê a capacidade sucessória do inseminado *post mortem* (BRASIL, 2002). Esse entendimento ocorre por uma omissão legislativa, e por esse motivo não é plausível e eficaz sua aplicação no caso concreto, uma vez que

quando existe uma lacuna na lei, não se pode utilizar qualquer artigo simplesmente por não ter nenhuma legislação aplicável.

O ordenamento jurídico existe para auxiliar os juristas e todos os aplicadores do Direito, porém, a sociedade passa por uma contínua transformação, e para vários casos problemáticos não há nenhuma lei vigente. E não é por esse motivo que devemos aplicar qualquer proibição expressa se utilizando apenas da legislação vigente. O vácuo legislativo não é uma justificativa para uma solução injusta e ineficaz da situação problemática, mesmo porque a lide não será resolvida (BRASIL, 2002).

E a omissão não pode ser resolvida por um artigo que não se aplica ao caso concreto. Ressalta-se a necessidade de uma legislação própria para o assunto. Segundo Maria Helena Diniz:

> "Tema delicadíssimo e de grande atualidade, pelas implicações valorativas e éticas que engendra, pois as novas técnicas conceptivas, de um lado, "solucionam" a esterilidade do casal, que terá seu filho, com a interferência de ambos, de um só lado deles ou de nenhum deles, mas, por outro lado, acarretam graves problemas jurídicos, éticos, sociais, religiosos, psicológicos, médicos e bioéticos. Por isso, urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-a na medida do possível porque gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do ser humano" (DINIZ, 2010, p. 572).

Assim sendo, a falta de uma legislação específica regulamentando a RA é prejudicial para o ordenamento jurídico brasileiro, pois não respeita o princípio da segurança jurídica previsto na CF de 1988.

4.3 Princípio da segurança jurídica e sua influência no Direito Sucessório

O princípio da segurança jurídica exerce influência nos casos de investigação de paternidade *post mortem*, especialmente no procedimento sucessório em geral, pois caso nasça um filho após a morte do *de cujus*, toda a partilha hereditária poderá

ser alterada nos termos do inc. I do art. 1.839 do CC, pois a sucessão legítima ocorre na seguinte ordem:

> "**Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente**, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares." (BRASIL, 2002).

E a inseminação *post mortem* resulta no filho do *de cujus*, que é seu descendente, e um herdeiro necessário, conforme previsto na legislação vigente (BRASIL, 2002). Um exemplo que descreve bem a perspectiva de segurança jurídica relativa nos procedimentos sucessórios é explicado por Carlos Cavalcante:

> "A título de exemplo observe-se que, se o falecido não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendente de primeiro grau, pais e mães vivos, a herança seria partida em três quotas iguais, nos termos dos artigos 1.836 e 1.837, do Código Civil, no entanto, havendo ação de investigação de paternidade post mortem, julgada procedente, restariam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (cf. art. 1.829, I, do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente" (ALBUQUERQUE FILHO, Carlos, 2010).

E por esse motivo, o princípio da segurança jurídica não pode ser totalmente eficaz e confiável no direito sucessório, já que existe a possibilidade de haver filhos post mortem do *de cujus*, o que mudará toda a partilha dos bens. E sempre que isso ocorrer, a decisão já transitada em julgada em relação a partilha hereditária deverá ser revogada, conforme o código civil vigente, justamente para garantir uma segurança jurídica. Nessa situação, caso o filho nascido após a morte do falecido não tenha o seu direito à herança garantido, estará ocorrendo uma violação da Carta Magna e do CC.

Como o processo de inventário pode ser refeito, não há nenhuma lógica em negar o direito do embrião excedentário a partilhar da herança do pai. Caso esse embrião excedentário nasça, é o seu direito por lei usufruir do patrimônio deixado pelo seu pai, pois caso negativo, estaria ocorrendo uma violação contraditória ao

princípio da razoabilidade, segurança jurídica, e da própria Carta Magna vigente (BRASIL, 1988).

Assim sendo, o embrião excedentário que nascer após a morte do *de cujus* deverá entrar com uma ação de paternidade cumulada com ação de petição de herança para assegurar o seu direito hereditário, sendo esse o entendimento da jurisprudência, conforme ementas abaixo do STJ:

> [...] O herdeiro que não participou do processo de inventário não sofre os efeitos da coisa julgada, referente à sentença que homologou a partilha amigável" [...] (BRASIL, 2013, Grifo nosso).
>
> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. PRÉVIA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PENDENTE DE JULGAMENTO.
>
> INVENTÁRIO CONCLUÍDO. REGRA ESPECIAL DE COMPETÊNCIA (CPC, ART. 96).
>
> VIS ATTRACTIVA. NÃO INCIDÊNCIA.EFEITOS DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DA PARTILHA. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA EM RELAÇÃO A HERDEIRO QUE NÃO PARTICIPOU DO PROCESSO. CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE EXTERNA ENTRE AS AÇÕES DE PETIÇÃO DE HERANÇA E DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REUNIÃO DOS FEITOS.
>
> Tem-se conflito negativo de competência em ação de petição de herança, tendo em vista a existência, em juízos diversos, de anterior ação de investigação de paternidade, pendente de julgamento, e de inventário, já concluído, com homologação de partilha.
>
> A regra do art. 96 do CPC determina que: "o foro do domicílio do autor de herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro." 3. Essa regra especial de fixação de competência, entretanto, não incide quando já encerrado o inventário, com trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha. Precedente (CC 51.061/GO, Rel. Ministro MENEZES DIREITO).
>
> **A sentença homologatória da partilha não faz coisa julgada em relação a herdeiro que não participou do**

processo de inventário. Precedente (REsp 16.137/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA).

O fundamento deduzido na ação de petição de herança não diz respeito a um vício propriamente dito verificado no bojo do inventário já encerrado, o qual observou o procedimento legal pertinente, dentro das condições de fato então existentes. O fundamento a respaldar a ação de petição de herança - existência de um novo herdeiro até então desconhecido - é externo, alheio a qualquer circunstância levada em consideração no julgamento do processo de inventário e partilha, pois decorrerá da eventual procedência da investigação de paternidade.

Sendo assim, não se está diante das clássicas hipóteses de desconstituição de coisa julgada previstas nos arts. 485 e 486, ou mesmo 1.029 e 1.030, todos do CPC, porquanto, como já mencionado, não há vício a ser sanado no processo de inventário. A eventual nulidade da partilha, neste caso, advirá de mudança qualitativa posterior verificada na situação de fato antes considerada no julgamento do inventário, em decorrência do resultado de procedência da ação de investigação de paternidade a viabilizar a pretensão deduzida na ação de petição de herança. Essas causas externas afetarão a partilha antes realizada, mas não por vício intrínseco desta.

Então, data venia, os fundamentos invocados pelo d. Juízo perante o qual tramita a ação investigatória para declinar da competência não merecem prosperar, pois há relação de dependência lógica entre a ação de investigação de paternidade e a de petição de herança, uma vez que a viabilidade desta depende da comprovação, naquela, da qualidade de herdeira da autora.

Em situações desse jaez, na qual é reconhecida a conexão por prejudicialidade externa (a solução que se der a uma demanda direciona o resultado da outra - CPC, art. 265, IV, a e c), é recomendável a reunião dos feitos para trâmite conjunto, motivo pelo qual a ação de petição de herança deve tramitar no juízo em que tramita a ação de investigação de paternidade

> **anteriormente proposta, não sendo a existência de regra de organização judiciária estadual óbice à prevalência das regras processuais invocadas.**
>
> **Eventual acolhimento do pedido formulado na ação de petição de herança ensejará uma nova partilha de bens, a ser executada mediante simples petição, sem necessidade de propositura de ação anulatória.**
>
> Conflito conhecido para declarar competente o d. Juízo de Direito da 1ª Vara de Família e Registros Públicos de Cascavel/PR" (BRASIL, 2013, Grifo nosso).

Além desse entendimento majoritário do STJ, o próprio CC regula essa matéria em seu art. 1.824: "O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua" (BRASIL, 2002). Destaca-se que é um direito do herdeiro, mesmo sendo *post mortem*, de postular o que é seu por direito, no caso a herança.

Conclui-se que o princípio da segurança jurídica não possui uma razoabilidade concreta para ser aplicado nos casos de inseminação post mortem, uma vez que qualquer procedimento sucessório pode vir a ter uma insegurança da coisa julgada, pelo fato de poder existir um herdeiro até então desconhecido. Assim sendo, é uma questão que abrange vários fatores, e por isso é delicada. E por esse motivo, o jurista deve ser muito cauteloso na hora de dar uma sentença envolvendo matéria sucessória, para que se evite uma futura lide desnecessária ou mesmo injusta (BRASIL, 1988).

Desse modo, não há que se falar de violação do princípio da segurança jurídica em casos de inseminação *post mortem*, pois para esse ato ocorrer legalmente é necessário o consentimento de ambos, do pai e da mãe (Res. CFM nº 2.168/17). O material genético criopreservado não pode ser utilizado como uma herança pela viúva, já que seu companheiro/cônjuge precisa ter deixado seu consentimento expresso que autorizaria a utilização de seu sêmen caso viesse a falecer (Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).

4.4 A situação jurídica dos embriões que ainda não foram concebidos

Segundo o CC de 2002, existe uma lacuna na lei sobre o direito sucessório dos embriões que ainda não foram concebidos (BRASIL, 2002). O CC reconhece apenas a filiação dos filhos "havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido" e "havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga" conforme inc. III e IV do art. 1.597, respectivamente (BRASIL, 2002). Assim sendo, não há sentido em reconhecer a filiação dos embriões excedentários resultantes de inseminação *post mortem* enegar-lhes o direito sucessório.

Nesse sentido, ressalta-se o entendimento da professora Maria Helena Diniz (2002, p. 180):

> "Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável, com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida"

Conforme o inc. I do art. 1.799 do CC, na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder "os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão". Esse inciso está correlacionado às inseminações artificiais e fertilização assistida em geral, decorrentes na maioria das vezes em casos *post mortem*. Logo, se não houver nenhuma previsão testamentária para esses filhos, eles não serão herdeiros, e os embriões excedentários estão inseridos nesse quadro (BRASIL, 2002).

4.5 Correntes doutrinárias acerca dos direitos sucessórios dos embriões excedentários

Existem doutrinas que defendem o direito sucessório dos embriões excedentários, porém, também existem doutrinas que possuem um entendimento

contrário, negando-lhes o direito sucessório. Ambos entendimentos serão abordados a seguir.

4.5.1 Favoráveis

Para Dias (2011) existe o direito sucessório do embrião excedentário, porém, a principal dúvida é identificar se esses embriões resultantes de RA são nascituros ou prole eventual. Segundo entendimento da autora, se os embriões congelados em laboratório forem considerados nascituros, não restará dúvida que possuem o direito sucessório, pois serão herdeiros necessários, sendo irrelevante o momento em que foi realizada a implantação no útero da mãe. Assim sendo, com o nascimento com vida teriam seu respectivo "quinhão hereditário e aos seus frutos desde a abertura da sucessão" (DIAS, 2011, p. 340).

Diante da outra situação, se os embriões excedentários forem considerados prole eventual poderão ser unicamente herdeiros testamentários, conforme inc. I do art. 1.799 do CC/2002 (BRASIL, 2002). Apesar disso, ficariam excluídos do direito sucessório do pai que não conheceram, mas que se reconhece a paternidade biológica (DIAS, 2011). Esse é o posicionamento de Débora Gozzo: "o emprego da analogia para assegurar o direito sucessório resultante das técnicas de reprodução assistida, da mesma maneira que se admite a nomeação de filho eventual" (GOZZO; VENOSA apud DIAS, 2011, p. 340).

O entendimento majoritário da doutrina é o reconhecimento da "ruptura do testamento na hipótese de ocorrer a implantação e o posterior nascimento" (HIRONAKA in CAHALI; HIRONAKA apud DIAS, 2011, p. 341). Entretanto, Dias (2011) não concorda com esse entendimento, seja na RA homóloga ou heteróloga, em que há autorização expressa para utilização de material genético de terceiros, conforme incs. III, IV e V do art. 1.597 do CC/2002.

Fernando Simas Filho também defende o direito sucessório dos embriões excedentários em casos de inseminação post mortem. Cita-se:

> O fato de estar e poder permanecer por longo tempo congelado, não tira desse "Ser Vivo" a sua condição de pessoa e de nascituro. O congelamento simplesmente suspende o seu desenvolvimento normal...! Um dia, ele será descongelado e implantado no útero de alguma mulher, desenvolvendo-se normalmente até o nascimento. Assim, em nosso entender, o embrião congelado é um "nascituro condicional", e, ipso facto, uma pessoa condicional (SIMAS FILHO, 1999, p. 60).

Diante do exposto, o advogado defende que o nascituro é uma pessoa condicional, pois sua aquisição de personalidade jurídica depende do seu nascimento com vida, já o embrião congelado é o "condicional do condicional" pois depende da sua implementação no útero materno e do nascimento com vida para ser sujeito de direito (SIMAS FILHO, 1999).

4.5.2 Contrárias

Por se tratar de um assunto polêmico e que envolve a bioética, muitos autores não defendem o direito sucessório dos embriões excedentários e são contrários a própria RA, por alegarem que essas técnicas trazem vários problemas de difícil resolução para a sociedade moderna.

Para Maria Helena Diniz, enquanto não existir uma regulamentação legal que consiga discutir todos os casos problemáticos envolvendo a RA, deverá ocorrer um pedido de ajuda, tanto para os médicos quanto ao legislador, para uma reflexão responsável sobre as técnicas de RA. Para essa autora, muitas pessoas não possuem maturidade suficiente para respeitar a RA de maneira ética e bioética (DINIZ, 2002). Conforme suas próprias palavras:

> "Quanto à criação de vida humana em laboratório, é preciso muita cautela, por estar em jogo a dignidade do homem; por haver coisificação do ser humano; por atingir o embrião psicologicamente, deixando marcas indeléveis, trazendo traumas, reações de ordem psíquica e por possibilitar a degeneração da espécie humana, ante a possibilidade, no futuro, de relações incestuosas com o doador do material genético ou com sua prole etc." (DINIZ, 2002, p. 523).

Nesse sentido, enquanto não existir uma legislação apropriada que resolva todos os possíveis problemas decorrentes da RA, a jurista defende o investimento de projetos alternativos, em favor dos "bebês de sarjeta", que são as crianças abandonadas em instituições de abrigo, ou seja, não possuem família. Dessa maneira, a autora é contra o investimento nos projetos de "bebê de proveta", pois para essa, é mais importante salvar uma criança sem uma entidade familiar do que um casal sem filho (DINIZ, 2002).

Em relação a esse projeto alternativo, Maria Helena Diniz concorda com o entendimento do médico Genival V. França: "O sentimento que criou a adoção, muitas vezes, é maior do que qualquer resultado de laboratório, por mais espetacular que ele apareça" (DINIZ, 2002, p. 522).

Por esse motivo, é necessário que o Legislativo proceda com competência, discernimento e bom-senso para editar normas regulamentadoras de técnicas conceptivas, pois dessa maneira, excluirá "tudo o que for contrário à natureza das coisas e dos homens, aos valores sociais e aos da personalidade" (DINIZ, 2002, p. 524).

A autora ressalta a necessidade de cautela ao legislar sobre RA, pois caso seja feita uma legislação "precária", a sociedade cairá numa armadilha maior do que se possa imaginar, tendo como consequência, vários infortúnios: *(i)* incesto; *(ii)* eugenia; *(iii)* coisificação do ser humano; *(iv)* a desproporcional quantidade de embriões descartados em relação ao número de gestações bem-sucedidas etc.

Orlando Gomes também contrário a inseminação *post mortem* dos embriões excedentários, conforme suas próprias palavras: "Sério problema ocorrerá com a possibilidade de inseminação post mortem dos embriões excedentários" (GOMES, 2012, p. 30). Segundo Gomes (2012, p. 30):

> "Em vida do autor da herança, o embrião só poderá ser inseminado com autorização do próprio. Porém, após seu óbito, a autorização dada em vida perderá seu valor. Essa autorização só poderá se efetivar através do testamento, o ato válido para disposições post mortem, quer se trate de patrimoniais ou não".

Para o autor, o direito sucessório dos embriões excedentários decorrentes de inseminação *post mortem* ocorrerá somente com a aprovação de uma lei complementar regulamentando a matéria, caso contrário, o direito sucessório não será reconhecido (GOMES, 2012).

4.6 Defesa à sucessão dos embriões não-concebidos

Pelos motivos que serão abordados a seguir, não restam dúvidas que o embrião excedentário decorrente de *post mortem* possui direito sucessório. Além disso, na Câmara dos Deputados já tramitam Projetos de lei (PL) que reconhecem esse direito.

i. Reconhecimento da Filiação

Conforme já explicado anteriormente, ao filho de inseminação artificial homóloga *post mortem* é reconhecido o direito à filiação, conforme incs. III e IV do art.

1.597 do CC (BRASIL, 2002). Assim sendo, todo filho nascido de técnica de RA após a morte do pai, terá o direito da paternidade reconhecido (BRASIL, 2002).

Seria muito contraditório do legislador brasileiro reconhecer o direito à filiação desses filhos e os excluírem do direito sucessório, sendo esses herdeiros necessários, ou seja legítimos (BRASIL, 2002). Além disso, agindo dessa maneira, o ordenamento jurídico brasileiro viola o princípio da igualdade entre filhos, o que infringe diretamente o Texto Maior (BRASIL, 1988). De acordo com Maria Berenice Dias:

> Nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Deve ser dada ao dispositivo legal interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários. A normatização abrange não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução humana assistida post mortem (DIAS, 2013, p. 125, Grifo nosso).

Assim sendo, o legislador brasileiro deve ter uma interpretação adequada do tema, tendo em vista a lacuna da lei sobre a presente tese discutida. É necessária a regulamentação das técnicas de RA de acordo com os princípios da Constituição Federal vigente, pois caso contrário, o Texto Maior do país estaria sendo violado constantemente. A lei existe para ser cumprida principalmente nos casos que abordar um dos direitos fundamentais, que é o da herança (BRASIL, 1988).

Portanto, não existe uma lei específica que trate dos direitos sucessórios do concebido *post mortem*. Ao se fazer uma análise de casos concretos, é necessário um amparo dos princípios constitucionais para que se tenha uma interpretação justa e possa ser assegurado os direitos da criança, conforme expresso na CF e no ECA (BRASIL, 1988; 1990).

Diante do exposto, não há que se falar em negação ao direito à filiação nos casos de inseminação *post mortem*, pois é um direito fundamental da criança concebida por inseminação artificial após a morte do seu pai (BRASIL, 1988).

ii. filho concebido *post mortem* e sua legitimidade para ser herdeiro legítimo

O art. 1.798 não levou em consideração os "havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido", ou seja, mesmo se reconhecida a filiação dos concebidos por técnicas de RA, o princípio da coexistência deixou uma lacuna na lei sobre o direito sucessório desses (BRASIL, 2002).

Por meio dos princípios constitucionais já expostos no presente trabalho, entre eles, segurança jurídica, dignidade humana e planejamento familiar, não faz sentido o legislador tirar um "direito" do concebido em laboratório, pois não existe mais diferença entre filhos, seja eles concebidos por meios naturais ou técnicas de RA (BRASIL, 1988). Além disso, a partir do momento em que o falecido depositou seu material genético é porque manifestava vontade de ter um filho. E devido a tecnologia, esse material genético depositado em banco de sêmen poderia ser implantado posteriormente (DIAS, 2011). Nesse sentido, Maria Berenice Dias

expressa seu entendimento que nada justifica a exclusão do filho concebido post mortem da herança:

> A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores**. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.** [...]. **Quando foi autorizada a fertilização post mortem, independe a data em que ocorra o nascimento; o filho tem assegurado direito sucessório.** Havendo autorização, sem expressa manifestação sobre a possibilidade de fertilização após a morte, nem por isso é possível excluir o direito de quem nascer por expresso consentimento daquele que o desejava como filho. O fato de o genitor ter morrido não pode excluir vínculo de filiação que foi aceito em vida (DIAS, 2011, p. 123-124, Grifo nosso).

Nessa perspectiva, nenhum parente, seja ele descendente, ascendente ou colateral até o 4º grau, pode ter um "benefício" maior do que o filho concebido por técnica de RA em relação ao quinhão hereditário. Por meio de entendimento jurisprudencial, não existe diferença entre os filhos de uma determinada família, cita- se:

> "A interpretação do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que instituiu o princípio da igualdade entre os filhos, veda que, dentro da família adotante, seja concedido, com fundamento em dispositivo legal do Código Civil de 1916, benefício sucessório extra a determinados filhos que implique reconhecer o direito de participar da herança dos parentes adotivos e dos parentes consanguíneos". (BRASIL, 2015, Grifo nosso).

Dessa maneira, um filho natural não pode receber por sucessão legítima mais do que um filho concebido em laboratório por meio de RA, pois isso representaria um atentado ao princípio da igualdade entre os filhos, retirado do art. 227, §6º, do Texto Maior (BRASIL, 1988).

Seguindo esse raciocínio, e com base no inc. IV do art. 1.597 do CC, os casos de inseminação artificial homóloga póstuma são menos polêmicos do que as outras técnicas de RA *post mortem*, pois o embrião foi criopreservado antes da morte do seu genitor. E por esse motivo são herdeiros necessários e devem ter o seu direito

sucessório reconhecido, conforme estabelecido no art. 1.798 do CC. Conforme posicionamento de Eduardo de Oliveira Leite sobre o assunto:

> "Em se tratando de criança concebida *in vitro* (sem recurso a um terceiro doador) e cujo pai faleceu antes da implantação do embrião, a hipótese é cientificamente plausível já que a congelação do embrião permite sua conservação. A criança herdaria de seu pai porque concebida na data da abertura da sucessão. No caso de criança concebida, a máxima *infans conceptus pro nato habetur quoties ejus agitur* confere a aptidão a herdar sob a condição de nascer com vida" (LEITE, 2003, p. 109-110).

Assim sendo, o filho concebido em casos de inseminação artificial homóloga *post mortem* possui legitimidade para ser herdeiro legítimo e não pode ter o seu respectivo quinhão hereditário excluído. Dessa maneira, terá que entrar com a peça processual cabível, a petição de herança, para legitimar um dos seus direitos fundamentais caso nasça com vida, o da herança.

iii. Cabimento da Petição de Herança

Conforme já mencionado, a petição de herança é o meio processual eficaz para aqueles que ficaram excluídos da partilha hereditária pleitearem o seu direito sucessório (BRASIL, 2002). Nesse mesmo sentido, os filhos concebidos por inseminação artificial em casos de *post mortem* decorrentes de inseminação artificial homóloga são excluídos do seu direito sucessório, e por esse motivo, podem ajuizar essa peça processual.

A natureza jurídica da petição de herança é de desconstituição, pois torna nula a partilha feita, tendo como consequência, a devolução de parte ou totalidade da herança ao herdeiro preterido, conforme entendimento da Apelação nº 0002887-52.2014.8.26.0426, da Comarca de Patrocínio Paulista – TJSP. Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

> "A ação de petição de herança objetiva não somente o reconhecimento da qualidade de herdeiro, mas também e principalmente sua integral satisfação no acervo hereditário. Diz que essa ação é universal, porque busca a universalidade da herança ou de parte dela" (Direito Civil Volume VII, 16ª Edição Direito das Sucessões p. 118)

E no caso analisado, o herdeiro preterido é um herdeiro necessário, pois é filho do *de cujus*. Conforme ensina Maria Berenice Dias:

> "A sentença declara sua condição de sucessor e condena quem está na posse da herança a entregá-la. Trata-se de verdadeira 'devolução' a quem é titular desde a abertura da sucessão. Por isso, os efeitos da sentença retroagem à data da abertura da sucessão. A ação de petição de herança é chamada de universal, eis que o autor não pretende a devolução de coisas destacadas, mas si do patrimônio hereditário por inteiro" (DIAS, 2013, p. 629).

Por esse entendimento, estabelece-se que a ação de petição de herança é sujeita ao prazo de 20 (vinte) anos sob o CC de 1916 (art. 177) e 10 anos no CC vigente (art. 205), conforme julgamento da Apelação nº 0002887-52.2014.8.26.0426, da Comarca de Patrocínio Paulista – TJSP.

Para isso, é necessário determinar o início da contagem desse prazo de 10 anos, conforme o CC de 2002. Conforme entendimento do STJ, o início do prazo começa a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade em caso de filiação biológica, conforme exposto no art. 189 do CC:

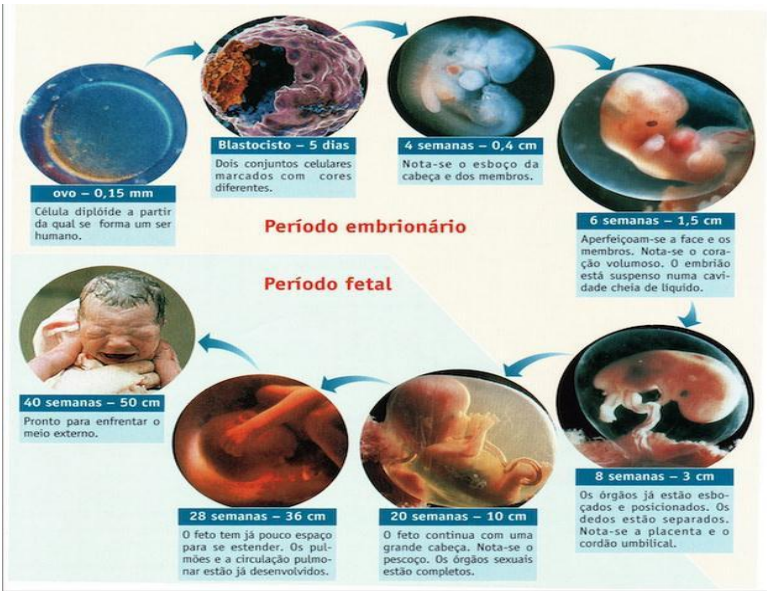
> O termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro. 3. [...]. 4. [...]. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. (BRASIL, 2016).

Portanto, é cabível essa peça processual com base no art. 189 do CC de 2002. Dessa maneira, os embriões excedentários decorrentes de inseminação artificial homóloga poderão ingressar com a petição de herança, tendo em vista que são herdeiros necessários.

iv. Princípio valorativo da pessoa humana como valor e sua influência nos concebidos por técnicas de RA e seres humanos

Todo ser humano é proveniente de um embrião. Seguindo essa linha de raciocínio, todos os embriões criopreservados podem metamorfosear em seres humanos no futuro (SÁ e OLIVEIRA, 2004). Conforme imagem abaixo:

Figura 2: Ciclo da Vida Humana



Fonte: Ciclo da Vida humana. Fonte:http://educacao.globo.com/biologia/assunto/fisiologia-humana/embriologia.html. Acesso em: 26/01/2018.

Assim sendo, tanto um embrião quanto um ser humano possuem a mesma natureza comum, que é o ciclo da vida humana (SÁ; OLIVEIRA, 2004). Conforme entendimento doutrinário, existem três linhas de pensamento sobre o embrião:

> "1º linha: admite que a origem de toda pessoa humana e o termo inicial do necessário amparo encontra-se na concepção – segundo esse posicionamento, o embrião teria igual valor ao de uma pessoa plenamente desenvolvida;
>
> 2º linha: a que reconhece diferenciada proteção, conforme as diversas fases de desenvolvimento do novo ser que se forma (assim, somente a partir do 6º dia após a concepção; ou depois da nidação do zigoto ao útero; ou 14 dias após a concepção, quando se vislumbra o início de formação do sistema nervoso central; ou após o 18° dia, com a formação da placa neural; ou somente após a configuração dos órgãos; ou confirmada a viabilidade do ser que se forma; ou após a infusão da alma; ou se possível a re-identificação, etc.) e

> 3º linha: a que identifica no embrião uma pessoa humana potencial, com autonomia a lhe assegurar um estatuto próprio" (SÁ; OLIVEIRA, 2004).

Diante do exposto, caso ocorra o descarte de um embrião *in vitro*, estaria ocorrendo a violação da vida ali presente e que poderia ser concebida. Nesse sentido: "a necessidade de se respeitar o ser embrionário, desde o início do seu ciclo vital, decorre, sobretudo, da extrema proximidade individual existente entre ele e a pessoa humana que em breve poderá apresentar-se plenamente desenvolvida" (SÁ; OLIVEIRA, 2004).

Por esses motivos expostos, toda prática violenta aos embriões *in vitro* atinge diretamente o princípio valorativo da pessoa humana, tendo como consequência, uma violação a dignidade humana com base no princípio da proporcionalidade (BRASIL, 1988). Segundo entendimento do STJ:

> "Atualmente, o princípio da proporcionalidade é entendido como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. No primeiro caso, a proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, ao passo que no segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela faz com que o Estado seja obrigado a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros". (BRASIL, 2012, Grifo nosso).

Nesse sentido, uma violação física, moral, ética e genética aos embriões *in vitro* estaria violando diretamente o Texto Maior (BRASIL, 1988). Conforme ensina Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira (2004, p. 174-175):

> "Em face da semelhança entre os embriões humanos e as pessoas já nascidas, não há como afastá-los da valorização personalista que emerge do texto constitucional. O respeito à dignidade e à vida da pessoa humana a eles se estende, fazendo-se concluir que toda atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humanas assegurado constitucionalmente".

Com base no CC de 2002 e na CF de 1988, o embrião deve ter uma regulamentação específica que respeite o princípio da dignidade humana, pois isso permitirá uma segurança jurídica nos casos sucessórios decorrentes de inseminação artificial homóloga post mortem

4.7 Consentimento expresso do *de cujus* para utilização de seu gameta ou introdução de embrião após o seu falecimento

Conforme já demostrado ao longo do trabalho, a paternidade em casos de inseminação *post mortem* ocorre quando a mulher na condição de viúva se utiliza das técnicas de RA com o material genético do *de cujus*, e além disso, é necessário que haja uma autorização escrita[13] do marido para que se utilize seu material genético após seu falecimento, sendo esse um requisito obrigatório (Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).

No mesmo sentido, a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina também defende a necessidade da autorização expressa do falecido para utilização de seu gameta ou implantação de embrião após sua morte, conforme dispõe em seu item, V, 3:

> No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los (Res. CFM nº 2.168/1, Grifo nosso).

Ainda no item VIII dessa Resolução:

> É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente (Res. CFM nº 2.168/17, Grifo nosso).

A jurisprudência também defende a necessidade do consentimento do cônjuge falecido para utilização de seu gameta ou introdução do embrião após o seu falecimento, cita-se:

> DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL

[13] Essa autorização recebe o nome de Termo de Consentimento (TC) e é realizada no momento em que o casal expressa sua vontade de realizar alguma técnica de RA

> EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.
>
> Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.
>
> "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina)
>
> Recurso conhecido e desprovido.
>
> (Acórdão n.874047, 20080111493002EIC, Relator: CARLOS RODRIGUES, Revisor: MARIA DE LOURDES ABREU, 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de
>
> Julgamento: 25/05/2015, publicado no DJE: 18/06/2015. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Conforme já mencionado anteriormente, esse consentimento expresso do falecido respeita o princípio da segurança jurídica, pois aquele material biológico pertence ao *de cujus*. Assim sendo, quando isso é feito, não há que se negar o direito sucessório do embrião excedentário, tendo em vista que seu pai consentiu com o seu nascimento. Dessa maneira, a inseminação artificial *post mortem* só ocorrerá no caso do falecido ter deixado seu consentimento expresso que seu material biológico poderia ser utilizado, por meio de um documento formal, em instrumento público ou testamento (DINIZ, 2014).

Essa presunção de paternidade é válida nos casos de união estável, e não somente aos casados, tendo em vista o princípio da entidade familiar protegida pela Carta Magna (BRASIL, 1988).

Imagina se esse material biológico pudesse ser utilizado do jeito que a viúva ou a medicina quisessem, isso violaria todo o ordenamento jurídico brasileiro vigente, principalmente o Texto Maior (BRASIL, 1988). A vontade do *de cujus* deve sempre

ser respeitada e levada em consideração, sendo esse um dos pilares básicos do direito sucessório (BRASIL, 2002).

Além disso, a utilização desse material genético violaria o biodireito e a bioética, institutos fundamentais na questão da vida humana e de sua violação. Segundo Paulo Lôbo:

> "O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a instituição responsável pelo armazenamento lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nele inseminado, por não ser objeto de herança e nem coisa. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen deve ser equiparada à do dador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade (LÔBO, 2003, p. 51)".

O consentimento expresso do *de cujus* para utilização de seu gameta ou introdução de embrião após o seu falecimento na sua cônjuge/companheira assegura os princípios da dignidade humana e segurança jurídica previstos na CF de 1988 (BRASIL, 1988).

4.8 Problemática dessa situação concreta no ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro não possui uma legislação específica sobre os direitos dos embriões, inclusive os sucessórios. A única legislação sobre o tema, lei federal nº 11.105/205, regula apenas os procedimentos das células-tronco.

4.8.1 Lei de Biossegurança nº 11.105/2005

A lei federal nº 11.105/2005, que regula as técnicas de RA, é omissa em relação a aplicação ao uso dessas técnicas, o que é contraditório para o ordenamento jurídico brasileiro. Nessa lei, regula-se apenas os procedimentos das células-tronco, deixando uma lacuna na lei sobre como proceder em casos de utilização das técnicas de RA,

que é um dos assuntos mais polêmicos na sociedade brasileira, justamente por não ter uma legislação específica (BRASIL, 2005).

Conforme art. 5º dessa lei, é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por FIV e não usados no respectivo procedimento, devendo-se observar os seguintes requisitos: *(i)* sejam embriões inviáveis; ou *(ii)* sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. Entretanto, para qualquer uma dessas duas situações, é necessário que haja o consentimento dos genitores. Além disso, é vedado a comercialização desse material biológico e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL, 2005).

Conforme exposto acima, existe uma lacuna na lei sobre a natureza jurídica do embrião excedentário. Ele é mencionado no ordenamento jurídico em vigor, Lei de Biossegurança, porém não existe nenhum posicionamento sobre sua proteção e natureza (BRASIL, 2005).

4.9 Projetos de Lei sobre os embriões excedentários

O direito sucessório dos embriões excedentários em casos de *post mortem* é um assunto tão polêmico e que exerce tanta influência no Direito que já tramitam Projetos de Lei (PL) visando solucionar a omissão legislativa do tema, conforme será abordado a seguir.

O primeiro PL n° 120/2003, sobre o assunto de RA defende que todo ser nascido de técnicas artificiais tem o direito de saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos. E desde então, surgiram vários outros PL's sobre a RA, tendo em vista que o Direito não consegue acompanhar a velocidade da ciência (BRASIL, 2003).

Todos os projetos irão passar pelas comissões de Seguridade Social e Família e Constituição e Justiça e de Redação. Como são vários projetos é comum o relator fazer um substitutivo englobando todos os projetos.

4.9.1 PL 9.403/2017

O PL 9.403/2017 é um dos principais projetos sobre as técnicas de RA (BRASIL, 2017). Sua aprovação é extremamente importante para o direito sucessório dos embriões excedentários, pois defende a alteração do art. 1.798 do CC para o seguinte texto:

> "Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão bem como os filhos gerados por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, desde que:
>
> – os conjunges ou companheiros expressem sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dados aos embriões, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los, através:
>
> Testamento público; ou
>
> Testamento particular; ou
>
> Documento assinado em clínica, centros ou serviços de reprodução humana, serviços médicos hospitalares, todos devidamente cadastrados e reconhecidos pelo Conselho Federal de Medicina ou Conselhos Regionais de Medicina.
>
> – nos casos de necessidade de gestação em útero diversos a um dos cônjuges, será obedecido o disposto na legislação vigente ou na Resolução do Conselho Federal de Medicina ou determinação judicial." (NR) (BRASIL, 2017).

O motivo para a criação desse PL é que o Direito não consegue acompanhar a velocidade da ciência, assim sendo, o atual art. 1.798 do CC é precário para tratar dos casos de paternidade decorrentes de RA. Por essa razão, é extremamente importante que esse PJ seja aprovado, pois acabará com uma omissão legislativa injusta e que causa várias divergências no sistema civil brasileiro. Além disso, ficará por uma vez de todas reconhecido o direito sucessório do embrião excedentário em casos de *post mortem* (BRASIL, 2017).

Conforme expresso no PL:

> "Nosso ordenamento jurídico é tímido ao tratar da paternidade, sobretudo nas hipóteses de reprodução assistida. Diante disso, faz-se necessário atualizar a legislação, a fim de garantir o

> direito do filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança" (BRASIL, 2017).

Ora, está evidente a necessidade de aprovação desse PJ no sistema civil brasileiro, pois isso garantirá uma celeridade e economia processual, além de respeitar o princípio da segurança jurídica exposto na CF. Entretanto, o projeto está parado desde 2015, o que é prejudicial para resolução da presente tese (BRASIL, 2017).

No presente momento, esse PL está na comissão de Seguridade Social e Família e Constituição e Justiça e de Redação. Já em relação ao seu trâmite atual, foi apensado ao PL 7591/2017 e está sujeito a apreciação do Plenário (BRASIL, 2017).

4.9.2 PL 115/2015

Esse é outro PJ fundamental para a resolução da presente tese. Em sua própria ementa: "Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Logo, a omissão da lei sobre RA e seus efeitos jurídicos será resolvida de maneira justa e eficaz (BRASIL, 2015).

No capítulo VI desse PJ, "– Dos Direitos Patrimoniais e Pessoais das Pessoas Nascidas pelo Emprego das Técnicas de Reprodução Assistida" já existe artigo específico defendendo o direito sucessório das pessoas nascidas de RA. Cita-se:

> "Art. 59. Tratando-se de fecundação post mortem, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.
>
> § 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no caput, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento.
>
> § 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou

> condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.
>
> § 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.
>
> § 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil" (BRASIL, 2015).

Conforme já defendido na presente tese, deverá existir um tempo específico para a aquisição do direito sucessório, além da petição de herança ser cabível também nessa hipótese (BRASIL, 2015).

4.9.3 PL 115/2015

Esse PL possui a mesma ementa do PL 115/2015 e defende a RA *post mortem*, desde que haja o Termo de Consentimento. Cita-se:

> "Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:
>
> – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião;
>
> – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.
>
> Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento" (BRASIL, 2015).

O documento escrito é o Termo de Consentimento já citado no primeiro capítulo do presente trabalho, e por isso, a importância ética do médico em cumprir com esse regimento (Res. CFM Nº 2.168/17). Além disso, o próprio art. 36 desse PJ defende a necessidade desse documento escrito para a realização da RA *post mortem*:

> "Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário" (BRASIL, 2015).

Esse artigo garante uma segurança jurídica na presente tese discutida, pois se fosse autorizado o uso de material genético de uma pessoa sem o seu consentimento, não seria eticamente correto, além de violar diretamente a bioética (BRASIL, 1988).

4.10 Possíveis soluções

Conforme já demostrado ao longo do presente trabalho, existe uma lacuna na lei sobre o direito sucessório dos embriões excedentários. E o ordenamento jurídico brasileiro deve adotar um posicionamento sobre o assunto, pois é um tema que demanda um cuidado especial, já que aborda o direito civil, sucessório do embrião excedentário. E todo indivíduo que nasça por RA *post-mortem* não pode ficar sem os seus respectivos direitos, pois isso fere o Texto Maior (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, serão abordadas algumas possíveis soluções para a presente temática, segundo posicionamento de doutrinadores e Projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados.

4.10.1 Resolução CFM nº 2.168/17

Essa resolução autoriza a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja "autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente" (Res. CFM nº 2.168/17). Logo, o ordenamento jurídico brasileiro deve se adequar a essa inovação tecnológica, aprovando um dos Projetos de Lei já mencionados acima, pois existe uma lacuna na lei sobre o direito sucessório dos embriões excedentários (BRASIL, 2002).

Conforme expresso na exposição dessa Resolução:

> "No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). **Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo**" (Res. nº 2.168/17, Grifo nosso).

Além disso, nessa mesma exposição do porquê dessa nova resolução, o CFM alega que "age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência

aos princípios éticos e bioéticos, que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos" (Res. nº 2.168/17).

Portanto, se o próprio CFM chegou a essa conclusão sobre o assunto, o ordenamento jurídico brasileiro deve adotar uma legislação específica sobre o direito civil e sucessório do embrião excedentário, ressaltando que é uma questão polêmica justamente por existir uma lacuna na lei (BRASIL, 2002).

O uso das técnicas de RA está aumentando e continuará aumentando devido a utilização de "preservação social e oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos", mulheres solteiras, casais homoafetivos e barriga de aluguel (Res. nº 2.168/17). O problema é que o sistema jurídico brasileiro não está preparado para lidar com essa inovação tecnológica, e como a utilização de RA só aumenta com o tempo, passará a existir maiores casos problemáticos envolvendo embriões excedentários. Dessa maneira, é imprescindível que seja aprovado um dos Projetos de Lei vigentes na Câmara dos Deputados regulando o assunto (BRASIL, 2015;2017).

Outro ponto importante dessa Resolução é sobre a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005), pois essa lei permitiu a utilização para pesquisa de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei (28.03.2005). Assim sendo, por meio da Resolução nº 2.168/17 e através da analogia, a "alteração passa de cinco para três anos o período de descarte de embriões" (Res. nº 2.168/17).

4.10.2 A instabilidade democrática como empecilho para o ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil a separação dos poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário não funciona de maneira adequada, e isso está evidente no cotidiano brasileiro. Essa problemática atual é responsável por uma má gestão do país, afetando inclusive o Direito brasileiro, transformando o país numa desordem política, econômica e social. Nesse mesmo entendimento, cita-se a ADI nº 2213 MC/DF:

> "O sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais" (BRASIL, 2002).

Uma democracia é reconhecida mundialmente como a separação de poderes entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. O pensador francês Charles de Montesquieu, autor da obra *De l'Espirit des Lois* (O Espírito das Leis), exerceu grande influência nessa divisão de poderes (CORRÊA, 2018).

Segundo Montesquieu, a separação dos poderes é fundamental para garantir o bem-estar de uma sociedade, pois o conflito de competências entre o Legislativo, Executivo e Judiciário gera uma insegurança jurídica (BRASIL, 1988). E isso não faz sentido, pois a separação dos poderes serve especialmente para ter um controle jurídico, social e político sob o cuidado de cada poder competente.

Um poder não pode interferir na função do outro, e isso é o que está acontecendo no Brasil. Para exemplificar esse conflito de competência, o autor Luiz Felipe De Seixas Corrêa, autor da notícia "Brasil: a imperfeita separação dos poderes", publicada no jornal El País se utiliza do seguinte argumento:

> "Se o legislador se confunde com o executor, está aberta a porta aos nepotismos, favoritismos e à corrupção, já que existe série risco de que o legislador formule e aplique leis que lhe sejam mais favoráveis. Se o executivo se confunde com o juiz, como controlar as decisões que dele emanam?" (CORRÊA, 2018).

Dessa maneira, a interferência de um poder no outro é prejudicial para o ordenamento jurídico brasileiro. Esse fator pode ser uma das causas da omissão do Poder Legislativo sobre a criação de um regulamento específico sobre os direitos dos embriões, inclusive os sucessórios (BRASIL, 2002).

4.10.3 Meio ambiente e o art. 225 da CF de 1988

A preservação e defesa de um meio ambiente equilibrado para futuras gerações está prevista no art. 225 Texto Maior, que diz:

> "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (BRASIL, 1988, Grifo nosso).

Dessa maneira, não há dúvidas de que o Poder Público deve defender e preservar as futuras gerações, e isso engloba os direitos sucessórios dos embriões excedentários. Para ressaltar esse entendimento cita-se Silva, 2013, p. 53: "A Constituição o tem como parte da "Ordem Social"; logo, trata-se de direito social do Homem". Esse posicionamento é sobre o art. 225 da CF de 1988 já mencionado.

Nesse sentido, o §1º e uma análise dos incs. II e V do art. 225 da CF são fundamentais para uma compreensão mais detalhada sobre o porquê da necessidade de uma regulamentação específica sobre as técnicas de RA em casos de *post mortem*:

> "§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
>
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente"; (BRASIL, 1988).

Por meios desses incisos, a lacuna da lei sobre os direitos sucessórios dos embriões excedentários é uma falha do Poder Público, pois esse possui o dever de preservar e defender as futuras gerações. E com o avanço da tecnologia e o aumento do uso de técnicas de RA, o embrião excedentário engloba as futuras gerações (BRASIL, 1988). Conforme entendimento de Silva, 2013, p. 56, menciona-se o entendimento da significação geral desses dois enunciados, II e V do art. 225 da CF de 1988:

> "II – o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo, no entanto, é imputado ao Poder Público e à coletividade;
>
> V – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético vale dizer preservar todas as espécies, através do fator

> caracterizante e diferenciador da imensa quantidade de espécies vivas do país, incluindo aí todos os reinos biológicos";

Dessa maneira, o embrião excedentário engloba as futuras gerações e deve ser defendido e protegido pela própria Constituição de 1988, pois caso contrário estará ocorrendo uma violando direta ao Texto Maior. (BRASIL, 1988).

4.10.4 ADI nº 3.510/DF e a Lei de Biossegurança 11.105/2005

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.510/DF aborda o seguinte tema: "A proteção constitucional do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implanto". Esse tópico discutido nessa ADI reforça a necessidade da aprovação de algum PL sobre os direitos do embrião excedentário, sendo o sucessório um deles. Conforme o posicionamento do Relator do caso, Ministro Aryes Britto:

> "A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica" (BRASIL, 2010).

Assim sendo, em casos de *post-mortem* e que se tenha autorização expressa do cônjuge/companheiro falecido não há que se negar o direito sucessório do próprio filho que nascer com vida, pois caso isso continue ocorrendo, estaríamos diante de uma obstrução natural de um direito, tal fato pode ser equiparado a sua natural continuidade fisiológica, e isso deve ser vetado pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme já defendido pelo Ministro Aryes Britto.

Apesar de estar ocorrendo a obstrução natura de um direito, no caso do direito sucessório do embrião excedentário em casos de *post mortem*, o Min. Ayres Britto esclarece sobre o ciclo biológico da vida:

> "As três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida

> virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível (BRASIL, 2010).

A CF de 1988 é omissa em relação ao momento em que ocorre o início da vida humana ou o preciso instante que ela começa. A legislação infraconstitucional que dispõe sobre o início da vida é o CC de 2002, que adota a teoria natalista, conforme mencionado no primeiro capítulo (BRASIL, 2002). Cita-se o posicionamento da ADI nº 3.510/DF sobre o assunto:

> "O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição" (BRASIL, 2010, Grifo Nosso).

Dessa maneira, o embrião pré-implanto, que é sinônimo de embrião excedentário, é um bem que deve ser protegido, e por isso a importância da aprovação de alguns dos PL's já mencionados, pois no presente momento não existe nenhuma proteção do direito comum para essa etapa do desenvolvimento biológico. Além disso, a única lei que aborda diretamente o bem "embrião excedentário" é totalmente ineficaz para a presente lide discutida, já que é omissa sobre qualquer proteção do direito para essa etapa da vida defendida no presente trabalho (BRASIL, 2005).

4.10.5 Cooperação entre a Bioética, Biodireito e Humanismo Jurídico

O princípio da dignidade humana previsto na CF de 1988 foi responsável por um sentido humanista entre bioética e Biodireito, tendo como consequência, um vínculo com a justiça (DINIZ, 2010). Os direitos humanos são fundamentais para a cooperação entre a Bioética, Biodireito e o Humanismo Jurídico pois "referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade" (DINIZ, 2010, p. 19).

Nesse sentido, cita-se o posicionamento de Diniz, 2010, p. 19:

> "A bioética e o Biodireito andam necessariamente juntos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o processo científico em prol da humanidade".

Assim sendo, essas injustiças contra a pessoa humana violam o art. 225 da CF de 1988, que impõe a defesa do meio ambiente "ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (BRASIL, 1988). Portanto, a CF veta qualquer meio que inviabilize a qualidade de vida das futuras gerações, inclusive as injustiças contra a pessoa (BRASIL, 1988). Além disso, "se em algum lugar houver qualquer ato que não assegure a dignidade humana, ele deverá ser repudiado por contrariar as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos" (DINIZ, 2010, p. 19).

Diante do exposto, é fundamental que a bioética, Biodireito e humanismo jurídico trabalhem juntos com o Poder Judiciário para a elaboração dos PL's sobre os embriões excedentários, pois estamos diante do princípio da dignidade humana, já que se trata de uma possível futura vida (BRASIL, 1988). Cita-se:

> "As práticas das "ciências da vida", que podem trazer enormes benefícios À humanidade, contêm riscos potenciais muitos perigosos e imprevisíveis, e, por tal razão, os profissionais da saúde devem estar atentos para que não transponham os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana e à sua vida, integridade e dignidade" (DINIZ, 2010, p. 19).

O princípio da dignidade humana deve ser respeitado por todos os seres humanos pois está previsto no Texto Maior. Entretanto, isso não ocorre de maneira eficaz no ordenamento jurídico, pois muitos casos excluem os direitos humanos.

Diante tal fato, há a necessidade da cooperação entre bioética, Biodireito e humanismo jurídico, já que por meio disso, é possível a construção de uma sociedade mais humanitária. Como elucida Maria Helena Diniz:

> "Todos os seres humanos, os aplicadores do direito e em especial os médicos, os biólogos, os geneticistas e os bioeticistas devem intensificar sua luta em favor do respeito à dignidade humana, sem acomodações e com muita coragem, para que haja efetividade dos direitos humanos. A consciência destes é a maior conquista da humanidade, por ser o único

> caminho para uma era de justiça, solidariedade e respeito pela liberdade e dignidade de todos os seres humanos" (DINIZ, 2010, p. 20).

Diante do exposto, o princípio da dignidade humana deve ser levado em consideração em todas as situações do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive as dos embriões excedentários (BRASIL, 1988).

5 CONCLUSÃO

A RA é técnica promissora para a modernidade por permitir o surgimento de um novo indivíduo por um método artificial. Com esse avanço tecnológico, surgiu uma questão polêmica desde sua origem até os dias de hoje: qual seria o direito sucessório dos embriões excedentários em casos de *post mortem*, ou seja, nos casos que a genitora decide engravidar após a morte do seu cônjuge/companheiro.

Por tratar de questões como ética, Biodireito, bioética e vida, o Conselho Federal de Medicina (CFM), criou uma resolução própria para a RA, a Res. CFM nº 2.168/2017. Na sua exposição de Motivos, essa Resolução alega que no Brasil não existe, até os dias atuais, uma legislação específica a respeito de RA. Existe, portanto, uma lacuna na lei sobre a questão dos direitos sucessórios dos embriões excedentários, e isso não pode ser admitido.

O Código Civil (CC) de 2002, no inc. III do art. 1.597 reconhece a filiação dos filhos "havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido", porém, é omisso sobre o quinhão hereditário desse filho, eis que somente confere direito à herança àquele concebido ou nascido no momento da morte do genitor. O Brasil adota a teoria natalista, logo, o embrião excedentário não possui personalidade jurídica, logo não pode adquirir direitos e contrair obrigações.

Conforme previsto no princípio da coexistência, art. 1.798 do CC, existem duas condições para um indivíduo suceder, quais sejam: ser nascido ou já concebido no momento da abertura da sucessão. Assim sendo, o embrião excedentário está excluído desses requisitos, e por isso não é reconhecido como herdeiro legítimo.

Apesar desse entendimento, o Código Civil de 2002, no inc. I do artigo 1.829 alega que um dos sucessores legítimos é o descendente. Assim sendo, o embrião excedentário decorrente da inseminação artificial homóloga *post mortem*, casonasça com vida e tenha o consentimento expresso do *de cujus*, deve ser considerado herdeiro necessário, pois é filho do falecido. O Direito sucessório defende a legítima do herdeiro necessário, que nesse caso será o embrião excedente.

Dessa maneira, todo filho nascido de técnica de RA, desde que haja o consentimento expresso de vontade do falecido, terá o direito da paternidade reconhecido. Portanto, o direito sucessório dos embriões excedentários seria cabível por intermédio da petição de herança, já que esses ficaram excluídos da herança por não serem nascidos na época da partilha. Essa peça processual é cabível em todos casos de exclusão de algum determinado herdeiro, como os embriões excedentários, e por isso a relevância de não os excluir de um direito próprio seu, que é o da herança.

Em relação às críticas de considerar o embrião decorrente de inseminação artificial homóloga post mortem herdeiro legítimo gerar uma insegurança jurídica não merece prosperar, pois no direito sucessório o princípio da segurança jurídica já é naturalmente relativo em qualquer processo por ser cabível a petição de herança dos herdeiros excluídos, mesmo após a partilha hereditária

Pelo fato de existir essa peça processual adequada para os excluídos da herança, não há motivos para o ordenamento jurídico brasileiro excluir um direito que é intrínseco dos embriões excedentários. Nesses casos, deve ser aplicado as regras da petição de herança, cujo prazo prescricional é de dez anos, que devem ser contados a partir do momento em que cessar a incapacidade do herdeiro.

Ocorre que não existe nenhuma legislação especifica defendendo os direitos dos embriões excedentários, inclusive os sucessórios. A utilização de RA está aumentando de maneira exponencial, e com isso, o número de chances de ocorrer uma inseminação *post mortem* será mais provável.

O problema é que já existem projetos de lei sobre o tema, mas mesmo esses projetos são insuficientes para a resolução do direito sucessório dos embriões excedentários. E a criação de uma legislação específica sobre os direitos dos embriões excedentários garantirá a perseverança e qualidade de vida das futuras gerações, conforme previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988 justamente por solucionar um problema que já deveria ter sido pelo Poder Judiciário há muito tempo.

Outro fator importante é o princípio da igualdade entre os filhos estabelecido na própria CF, que não permite o tratamento diferenciado entre filhos, seja ele concebido por RA, método natural ou mesmo adotado. Logo, não há que se falar da exclusão dos direitos sucessórios em crianças concebidas por inseminação artificial homóloga *post mortem.*

Com o entendimento da CF e do CC e elaboração do presente trabalho, a inseminação artificial homóloga *post mortem* só poderá surtir efeitos jurídicos no âmbito da filiação e do direito sucessório, nos casos em que restar comprovada a inequívoca manifestação de vontade do falecido expressada em vida, fato que por si só reduziria a possibilidade da mera objetivação de lucro por parte da viúva.

Diante do exposto, o Poder Legislativo deve criar uma legislação específica que regulamente os direitos dos embriões excedentários, inclusive os sucessórios. Como o princípio da coexistência prevê duas exceções a teoria natalista, entre elas, o nascituro e a prole eventual, não existe impedimento para acrescentar uma outra restrição, a do embrião excedentário.

Conclui-se que àquele que foi gerado por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem* não deve ser negada a possibilidade de pleitear direitos sucessórios na qualidade de herdeiro necessário, sendo em habilitação em inventário, seja por meio de ação de petição de herança no limite prescricional desta.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcante. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. **Revista Brasileira de Direito de Família [online]**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8>. Acesso em: 15 jan. 2018.

ARAÚJO, Maria Darlene Braga. O clássico estabelecimento da filiação e as inovações oriundas do princípio da isonomia. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 4, n. 4. p. 53, 1996).

BARBOSA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida e o novo Código Civil: capítulo 9. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249.

BARROSO, Luis Roberto**. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei nº 115/2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei nº 120/2003**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1047 7 4>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei nº 9.403/2017**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1634728&filename=PL+9403/2017>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. **CC nº 124274/PR**. Suscitante: JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA DE FAMÍILIA E REGISTROS PÚBLICOS DE CASCAVEL – PR. Suscitado: JUÍZO DE DIREITO DA 2A VARA CÍVEL DE PRIMAVERA DO LESTE – MT. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 08 de março de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27414840&num_registro=201201849037&data=20130520&tipo=5&formato=P DF>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 161.393/MG** (2010/0019644-7). Terceira Turma. Impetrante: ALTIERES DOS SANTOS RODRIGUES. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Relatora: Min. Jorge Mussi. Brasília, 19 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18154657&num_registro=201000196447&data=20120503&tipo=5&formato= PDF>. Acesso em: 19 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp nº 1183378/RS**. Quarta Turma. Recorrente: K R O. Recorrido: L P. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de outubro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=1099021&num_registro=201000366638&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp nº 1274240/SC**. Terceira Turma. Recorrente: J G Z E OUTROS. Recorrido: N F R. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 08 de outubro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31746614&num_registro=201102045237&data=20131015&tipo=5&formato= PDF>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1415727/SC**. Quarta Turma. Recorrente: Graciane Muller Selbmann. Recorrido: Seguradora Líder dos Consórcios de Seguro DPVAT S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 4 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346306&num_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1424475/MT**. Terceira Turma. Recorrente: J A E OUTRO. Recorrido: V M R C E OUTROS.

Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 03 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq uencial=45139782&num_registro=201102290401&data=20150311&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 jan. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp nº 1355479/SP**. Quarta Turma. Recorrente: ELVIRA GANHO E OUTROS. Recorrido: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 24 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47952818&num_registro=201202486864&data=20150520&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1297611/SP**. Quarta Turma. Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Recorrido: NEIDE REGINA DOS SANTOS CRUZ. Relatora: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 06 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74185448&num_registro=201102946887&data=20170801&tipo=5&formato= PDF>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1279624/PR**. Quarta Turma. Recorrente: DARCI DE SOUZA E OUTROS. Recorrido: SANDRA KAAFA SOUTELLO BARBIERI - SUCESSOR E OUTRO. Relatora: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 23 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1591056&num_registro=201101556276&data=20170614&formato=PDF>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1381655/SC**. Terceira Turma. Recorrente: D B N E OUTROS. Recorrido: D F T. Relatora: Min. Nancy andrighi. Brasília, 13 de agosto de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30391218&num_registro=201200375104&data=20131106&tipo=5&formato= PDF>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1477498/SP**. Terceira Turma. Recorrente: REGIANE RODRIGUES HERMANN PIMENTA. Recorrido: ANÉZIA BORGES HERMANN – ESPÓLIO; PAULO CESAR CARVALHO

COSTA HERMANN- INVENTARIANTE. Relatora: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 23 de junho de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&se

quencial=49292702&num_registro=201101975897&data=20150630&tipo=5&formato= PDF>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1.332.773/MS**. Terceira Turma. Recorrente: SÔNIA REGINA FRANCO TEODORO. Recorrido: ANTONIO PEREIRA DE BRITO - ESPÓLIO. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 27 de junho de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq%20uencial=37313521&num_registro=201201396745&data=20170801&tipo=5&formato=%20PDF Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1.475.759/DF**. Terceira Turma. Recorrente: V J C. Recorrido: R O DA S C. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61194803&num_registro=201303462777&data=20160520&tipo=5&formato= PDF>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp nº 163750/SP**. Terceira Turma. Recorrente: F D G. Recorrido: R M. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77874951&num_registro=201601934410&data=20171113&tipo=5&formato= PDF >. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 3.510/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Aryes Britto. Brasília, 28 de maio de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 2.213-0/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4 de abril de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0035.10.011075- 4/001**. Relator(a): Des.(a) João Cancio. Minas Gerais, 01 de outubro de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10515110030902001_21152.pdf?Signature=Ow9JuUCtHR15h900MwPGfN CiCxQ%3D&Expires=1521567984&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAX

CMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c629f26f4e5ee226b2fb91921b62d7c3>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas. **Brasil: a imperfeita separação dos poderes**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/12/opinion/1515780597_019889.html>. Acesso em: 28 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2015. **Curso de Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito Civil Parte Geral**: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: Família. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações tecnológicas e o direito das sucessões.* **Revista Jurídica**. V. 57 N. 357, p.51.

KALUME, Carolina; NUNES, Juliana Cezar; SAMRSLA, Mônica. A expectativa de mulheres que aguardam tratamento de reprodução assistida no hospital público de referência do Distrito Federal. In: GARRAFA, Volnei; CORDÓN, Jorge (Orgs.). **Pesquisa em Bioética no Brasil de hoje**. São Paulo: Gaia, 2006. p. 85-100.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Família. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MEIRELLES, Jussara Maria de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OEA. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Decisão de 28 de novembro de 2012. **Caso artavia murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa rica**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Acesso em: 8 de nov. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2005

QUAGLIA, Marcelo et al. **Reprodução assistida homóloga "post mortem" e sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SIMAS FILHO. Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 7. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil***:* direito das sucessões. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A CONQUISTA DA IGUALDADE SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO COM O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº878.694/MG

Júlia Monori Silva

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo fazer uma análise dos impactos causados na sociedade pelo julgamento do Recurso Extraordinário n° 878.694/MG com o reconhecimento da igualdade sucessória entre o cônjuge e o companheiro, bem como a consequente declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002(CC/2002). Desta forma pretende-se demons- trar que a conquista dessa equiparação é fruto de uma longa trajetória de paradig- mas que tiveram que ser quebrados para que o afeto seja considerado o fator predominante na formação de uma família e não mais somente os laços do matri- mônio. Para tanto, o estudo trará uma síntese sobre as instituições do casamento e da união estável, bem como as razões pela qual a diferença no tratamento delas foi considerada contrária à norma constitucional. Por fim, examinam-se os efeitos trazidos pela aplicabilidade da decisão, que acabou por beneficiar somente os in- ventários judiciais ainda em curso e aos extrajudiciais antes da escritura, concluindo-se pela necessidade da modulação destes.

Palavras-chave: Direito Sucessório. Casamento. União Estável. Inconstitucionalidade. Modulação dos efeitos.

1 INTRODUÇÃO

Com a inevitável mudança de valores morais e sociais ao longo dos anos, a sociedade se viu na obrigação de editar normas para regulamentar as novas entidades familiares que estavam sendo criadas, as advindas do afeto. Inicialmente, o único intuito dessa normatização seria não deixar o companheiro sobrevivente

desamparado financeiramente somente pelo fato do mesmo não ter optado pelo regime de casamento.

Dado isso, essa nova forma de instituto familiar foi reconhecida como tal com o advento da Constituição de 1988, em seu artigo 226, §3º, onde o conceito de família foi desvinculado da relação matrimonial e as relações fora do regime de casamento, atualmente conhecidas como união estável, por sua vez, foram ganhando mais es- paço no ordenamento jurídico através da criação das novas leis infra-constitucionais n. 8.971/94 e 9.278/96, com o intuito de garantir os direitos e deveres do compa- nheiro, até então nunca regulamentados antes.

Dada esta situação de progresso na legislação no que tange ao companheiro, o Código Civil de 2002, que entrou em vigor poucos anos após essa nova era familiar, foi vista por muitos juristas como um retrocesso no direito de família, uma vez que trata os institutos de união estável e casamento de formas muito distintas.

Esse tema desde então virou alvo de muita discussão, uma vez que alguns defendem que a distinção entre o casamento e a união estável fere diversos princípios constitucionais, entre eles, o princípio da igualdade, pois qualquer forma de consti- tuição familiar merece a mesma proteção e garantia do Estado.

Em contrapartida, há quem defenda que apesar de ambas serem espécies de entidades familiares, elas possuem gêneros diferentes e, desta forma, o tratamento distinto entre elas é licito e não pode ferir o princípio da igualdade exatamente por serem regimes diversos. Alegam, ainda, violação ao princípio da liberdade, pois im-pediria as pessoas de poder optar por outra forma de relação, que não o casamento.

Diante de tal polêmica, o Supremo Tribunal Federal (STF) se viu compelido a solucionar tal conflito e decidir, de uma vez por todas, se os direitos sucessórios do companheiro merecem tratamento igualitário aos dos cônjuges e, de fato o fez, através do Recurso Extraordinário (RE) nº 878.694/MG.

Dessa forma, serão analisados todos os argumentos favoráveis e contrários utilizados para a construção da decisão ora em questão que acabou por declarar

inconstitucional o artigo 1.790 do CC/2002 e equiparar os direitos sucessórios dos companheiros aos dos cônjuges.

O objetivo deste estudo é entender os motivos pelos quais somente em 2017 o regramento sucessório do companheiro, que já estava em vigor desde 2003 foi declarado inconstitucional e como ficou a situação de todos os inventários que foram concluídos com base de uma norma atualmente inválida e o que acontecerá com os que ainda estão em trâmite.

O presente trabalho ainda apresentará um estudo demonstrativo de como era feita a partilha da herança do companheiro e como ficou após a sua equiparação.

Frise-se que a antiga distinção da sucessão entre o cônjuge o companheiro acabava por trazer confusão e injustiças tanto para aqueles que optavam pelo regime de casamento quanto para os que optavam pela união estável, uma vez que dependendo do regime adotado, da quantidade de bens particulares adquiridos na constância da relação e da existência ou não de prole, cada situação em particular revelaria mais vantagens financeiras a situação do cônjuge em detrimento do companheiro e, em outras situações, aconteceria o contrário.

2 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

O conceito da palavra família veio sendo vinculado ao longo dos anos com dois princípios basilares, a relação de consanguinidade e a união de duas pessoas por meio do casamento.

Dessa forma, “o matrimônio, desde os primórdios dos tempos, foi o meio hábil de se formar uma família na sociedade” (DIAS, 2007, p. 44.)

Todavia, com a evolução da sociedade, o pensamento social vai se modificando e, consequentemente, os nossos princípios vão se adequando a nova realidade social que vai surgindo. O direito, por sua vez, também se adapta para atender as necessidades do pensamento atual, o que o torna tão complexo e volúvel, uma vez que ele caminha junto a evolução humana.

Assim, esse conceito de família foi ultrapassado pela evolução humana e o afeto se tornou primordial para a caracterização de família, sendo reconhecido como instituto familiar, além do laço sanguíneo e do casamento, a adoção, as famílias monoparentais e as uniões estáveis, tanto no que se refere a relações heteroafetivas quanto as homoafetivas.

Cabe, portanto, transcrever ensinamento de Maria Berenice Dias a respeito do reconhecimento familiar por meio do afeto:

> A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recí- proca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de res- peito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. (DIAS, 2009. p. 55.)

Tal instituto foi garantido no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 3o - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua con- versão em casamento.
>
> § 4o - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1998)

Superado o breve relato sobre a família e suas diversas formas, importante se faz introduzir um pouco da origem dessa nova entidade familiar, a união estável.

2.1 O Instituto da União Estável

O termo união estável não surgiu de um dia para o outro, essa relação de duas pessoas não casadas não era bem aceita na sociedade e foi, inclusive, intitulada preliminarmente pela expressão concubinato, palavra derivada do latim *concubinatus, de cum cubere,* que significa “deitar-se com”. (SANTOS, 2003)

Desta forma, Álvaro Villaça Azevedo traz a origem da palavra concubinato da seguinte forma,

> A expressão concubinato, etimologicamente, deriva do vocábulo latino con- cubinatus, o qual, ainda na antigüidade, significava mancebia, amasia- mento, abarregamento. Verifica-se também uma influência direta do verbo concumbo, de origem grega, que indica a ação de dormir com outra pessoa, copular, ter relação carnal, estar na cama. (AZEVEDO, 2001, p. 2001)

O concubinato foi dividido em dois tipos, o puro e o impuro. O primeiro deles se enquadra em toda e qualquer relação entre duas pessoas, desimpedidas de constituir qualquer tipo de relação afetiva, optam por uma junção não matrimonial, atualmente conhecida como união estável. Já o concubinato impuro, trata de uma relação "clandestina", aquela que não atende os requisitos necessários para o reconhecimento lícito daquela relação, trata de fato que geraria impedimentos matrimoniais, as quais se encontram previstas no artigo 1.521 do Código Civil. (BARRETO, 2009)

Evidentemente o concubinato, na época, não tinha proteção do estado e nem era reconhecida como entidade familiar, tornando qualquer relacionamento desse tipo, por mais duradouro, leal e notório que fosse, juridicamente inválido.

Desta forma, o convivente sobrevivente se via completamente desamparado financeiramente após a morte de seu parceiro por não possuir nenhum direito sucessório legal.

Por este motivo, dado essa omissão normativa, os magistrados começaram a reconhecer essa relação, até então inexistente no ordenamento jurídico, como um tipo de prestação de serviço doméstico para fins de dissolução, tanto em vida quanto por causa morte.

Assim, em 1964, o STF editou a súmula nº 380 "Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". (BRASIL, 1964)

Os demais tribunais também passaram a entender nesse sentido. Transcrevo o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) em 1995:

> CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO. Sobrando comprovados o concubinato e os serviços domésticos prestados pela companheira, cumpre ao concubino indenizá-los, tomando-se em conta o seu benefício e o tempo de duração da relação.
>
> (Acórdão n.80963, APC3575595, Relator: VASQUEZ CRUXÊN, Revisor: VASQUEZ CRUXÊN, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/09/1995, Pu- blicado no DJU SEÇÃO 3: 06/12/1995. Pág.: 18). (DISTRITO FEDERAL, 1995)

Tal entendimento jurisprudencial, por mais injusto e inaceitável que possa parecer ser nos dias de hoje, a decisão datada de 1995, ou seja, pouco mais de 20 anos atrás, era a única forma de trazer, mesmo que minimamente, algum direito aos companheiros. Para melhor entendimento, transcrevo as ilustres palavras do Ministro Luís Roberto Barroso:

> "Com a boa intenção de não deixar desamparada a companheira, che- gou-se a entender que ela teria direito a uma justa reparação por serviços prestados durante a sociedade de fato constituída com seu companheiro. Equiparava- se, assim, uma relação de amor e união a uma relação ne- gocial, como a de uma barraca de verduras em uma feira". (BRASIL, 2017, p. 6)

Finalmente, foi criada a primeira lei infraconstitucional a fim de amparar esse novo tipo de relação que tinha surgido, a lei n.8.971/1994, seguida pela n.9.278/1996, ambas no sentido de conceder aos companheiros direitos similares aos já conferidos aos cônjuges.

Atualmente a união estável nada mais é do que a união de fato de duas pessoas com o intuito de formar uma família que optaram por não se submeter ao regime de casamento. Frise-se que, formar uma família não necessariamente é exigida a existência de filhos.

O nobre doutrinador Silvio de Salvo Venosa aduz que

> A união estável passará a existir desde quando houver a formação de uma família, e é por isso que o legislador desejou

> proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento. (Venosa, 2003, p. 241)

Desta forma, veremos adiante os requisitos para configuração da união está- vel, porém cabe antecipar a informação de que a sua essência é a mesma do ca- samento, com direitos e deveres equivalentes, embora ambos os institutos possuí- rem naturezas completamente distintas.

2.1.1 Requisitos para a caracterização da união estável

A união estável, como já dito anteriormente, nasce do vínculo afetivo porém, para sua existência de fato, é necessário o seu registro cartorial com assinatura de ambos os companheiros ou decisão judicial reconhecendo a união.

Evidentemente que se há a autentificação no cartório de tal relação, não háde se falar em necessidade de reconhecimento da união, exatamente pelo fato da mesma já ter sido expressamente certificada pelos companheiros, contudo, quando se trata de reconhecimento da união pelas vias jurídicas, as provas de sua existência serão circunstanciais, dependendo de testemunhas e documentos que tragam indícios de sua vigência.

Assim, para que se conceba o reconhecimento da união estável, os principais elementos de sua caracterização estão previstos no artigo 1.723 CC/2002 e são eles: a notoriedade, ou seja, a necessidade de tornar a relação publica; a continuidade, o intuito de definitividade, ou seja, não ser um relacionamento interrupto, pelo risco de causar uma insegurança jurídica e a estabilidade, que não se exige mais um período de carência para caracterização da união estável, mas sim a vontade recíproca de formar uma família. (BRASIL, 2002)

2.2 Do casamento

Em simples e direto conceito, o brilhante jurista Miguel Reale aduz que “O casamento é a união por excelência”. (REALE, 2012 apud REGINA, 2015, p. 72)

Se trata da união de duas pessoas, capazes e não impedidas de constituir o matrimonio, sob a promessa recíproca de amor e fidelidade, estabelecendo uma comunhão de vida e de interesses por meio de um ato jurídico.

Sendo assim, consiste em um instituto diferente da união estável, uma vez que este possui formalidades para a sua exigência a serem observadas, sob pena de nulidade do ato. *In verbis*

> Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. (BRASIL, 2002)

Desta forma, há divergências acerca da natureza jurídica na doutrina, que se divide em três principais posicionamentos, um contrato; uma instituição; um ato complexo.

No primeiro deles, Carlos Roberto Gonçalves aduz que

> A concepção clássica, também chamada individualista ou contratualista, acolhida pelo Código Napoleão e que floresceu no século XIX, conside- rava o casamento civil, indiscutivelmente, um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes. (GONÇAL- VES, 2014, p.41)

Os defensores dessa teoria, portanto, conceituam o casamento como um negócio jurídico que depende da livre e consciente manifestação de vontade das partes para sua realização, visando produzir efeitos na esfera patrimonial, o que o configuraria como um contrato, por atender todos os requisitos necessários.

Orlando Gomes, por outra forma, cita o casamento um “contrato de feição especial.” (GOMES, 1999, p.59/60)

No que pese a teoria do casamento como uma instituição, ela se enquadra- ria em tal ramo por ser regida por normas de ordem pública, onde seus efeitos jurídicos já estariam previamente definidos, impossibilitando o princípio de livre vontade das partes e, por sua vez, descaracterizando a natureza contratualista de tal união, além

de não regular somente as questões patrimoniais do casal, mas também obrigações pessoais e afetivas, como a lealdade, a mútua assistência e a guarda dos filhos.

Essa teoria é defendida por Washington Monteiro de Barros, onde afirma que o casamento constitui "uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos". (MONTEIRO, 2009, p.13)

Há, portanto, uma terceira corrente, que caracteriza o casamento comoum ato complexo ou eclética, unificando as características da teoria contratualista com a do instituto.

Silvio Rodrigues é um dos seguidores dessa teoria, defendendo a natureza jurídica do casamento como um contrato por sua formação, mas no seu curso, uma instituição. (RODRIGUES, 1998)

Ultrapassando a natureza jurídica do casamento, indispensável se faz abor- dar os requisitos necessários para constituí-lo.

2.2.1 Requisitos para o casamento

A união matrimonial, como dito anteriormente, necessita de algumas formalidades para a sua convolação, a primeira a ser abordada está prevista no capítulo II do Direito de Família do Código Civil de 2002, a capacidade para o casamento.

Analisando o artigo 1.517 CC, temos que tanto o homem quanto a mulher, a partir dos dezesseis anos, podem casar perante autorização dos pais ou representantes legais, podendo eles, ainda, revogar tal autorização a qualquer momento até a celebração do casamento. *In verbis:*

> Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo- se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

> Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (BRA- SIL, 2002)

Porém, havendo a recusa do consentimento pelos representantes legais, os menores poderão recorrer à Autoridade Judiciária, para alcançar o matrimônio, conforme disposto no "art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz." (BRASIL, 2002)

Os únicos casos de exceção da exigência de idade núbil, estão previstas no artigo 1.520 cc, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal (art. 107, VII, do CP) ou em caso de gravidez. (BRASIL, 2002) (BRASIL, 1940)

2.2.2 Impedimentos

Os impedimentos matrimoniais estão previstos nos artigos 1.521, 1.522, 1.548 e 1.549 todos do CC/2002, são os casos em que a lei proíbe a união de certas pessoas por motivos de vínculo de parentesco com o pretendente (ex. incesto); por motivos de prévia existência de vínculo matrimonial (ex. bigamia) ou por motivo de impedimento de crime (ex. art. 121, VII CP). (BRASIL, 2002) (BRASIL, 1940)

Assim explica Maria Helena Diniz,

> O impedimento matrimonial é a ausência de requisitos para o casamento. Impede, portanto, a realização de casamento válido. Se alguém, que careça de alguma das condições exigidas por lei, contrair matrimônio proibido, a norma fulminará de nulidade tal união. (DINIZ, 2012)

Cabe ressaltar que os impedimentos previstos pelo vínculo de parentesco se referem tanto a relação natural, quanto a civil.

As causas impeditivas podem ser apontadas até a celebração do casamento por qualquer pessoa capaz, pelo juiz ou pelo oficial de registro, que será obrigado a declará-la se tiver conhecimento da sua existência.

2.2.3 Regimes de casamento

A eficácia do casamento é condicionada a diversos efeitos geradores, um deles é o patrimonial que será ajustado conforme a vontade dos nubentes através da escolha do regime de bens.

> Celebrado o casamento civil, portanto, os bens pertencentes a cada um dos cônjuges e também aqueles por eles adquiridos na constância da vida matrimonial, se submeterão a um regime patrimonial que tenha sido escolhido por eles, antes das núpcias, ou, no silêncio quando a esta assunção voluntária de um regime, àquele que a lei disser, ou, em alguns casos, impuser. (HIRONAKA, 20015)

Dessa forma, os nubentes poderão escolher entre o regime de comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos, separação de bens ou poderão optar pela forma de pacto nupcial, onde eles poderão definir seu próprio regime de bens.

O regime de comunhão parcial, portanto, estabelece que os bens onerosos adquiridos na constância matrimonial por cada um dos cônjuges serão considerados comuns, ou seja, pertencerá a ambos, já os bens adquiridos antes do casamento serão particulares de cada um, salvo as exceções previstas nos artigos 1.659 e 1.660 CC.

No regime de comunhão universal de bens, todo o patrimônio do casal se comunica, independentemente de ter sido adquirido antes ou depois da celebração do casamento, com a exceção dos bens expressamente excluídos na lei, estes previstos no artigo 1.668 CC. (BRASIL, 2002)

No regime de participação final dos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Já no regime de separação de bens, nenhum bem se comunica, ou seja, cada um continua com a administração exclusiva dos seus bens, podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente.

Caso os nubentes não se manifestem sobre a escolha do regime de bens, a lei presume que o regime adotado será o parcial de bens.

2.2.4 Causas suspensivas

As causas suspensivas são mecanismos legais criados a fim de resguardar os interesses dos filhos e evitar a confusão matrimonial, desta forma, necessário se faz mencionar o entendimento da ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz, *in verbis*:

> "Essas causas suspensivas são estabelecidas no interesse da prole; no in- tuito de evitar a confusio sanguinis e a confusão de patrimônios, na hipótese de segundas núpcias; ou no interesse no nubente, presumivelmente influenciado pelo outro". (DINIZ, 2012, p. 94)

À vista disso, o nosso Código Civil de 2002 arrola as causas suspensivas em seu artigo 1.523, indicando aqueles que não devem se casar, entre eles, o viúvo (a), antes do término do inventário do cônjuge falecido que tiver filho; a viúva ou mulher até dez meses após do falecimento do ex-cônjuge ou da dissolução da sociedade, se o casamento tiver sido nulo ou anulado; o divorciado, antes da homologação da partilha de bens e o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

> Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo. (BRASIL, 2002)

Ressalte-se que o parágrafo único do referido artigo autoriza o juiz a desconsiderar as causas suspensivas caso seja comprovada a inexistência de possíveis prejuízos, se tratando, portanto, de normas precatórias e não impeditivas.

Além do mais, caso os nubentes desejarem oficializar a união mesmo cientes das causas matrimoniais suspensivas, a única ressalva legal é a condição do regime de separação de bens.

"Nenhum desses impedimentos veda a celebração do matrimônio. Desatendidas as restrições legais, o casamento não é nulo nem anulável. As sequelas são exclusivamente patrimoniais. A lei impõe o regime de separação de bens." (DIAS, 2007, p.149)

2.2.5 Eficácia matrimonial

Além de todas as formalidades exigidas para validade do casamento, os nubentes se comprometem um com o outro e assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família

Tal instituto, portanto, gera efeitos sociais, pessoais e patrimoniais. O primeiro deles atinge toda a sociedade, é a formação de uma nova família matrimonial, onde os novos cônjuges se comprometem com todas as responsabilidades que lhes são conferidos a partir daquele momento.

Dessa forma, os efeitos pessoais dispõem acerca dos direitos e deveres entre as partes, sendo eles assentados no artigo 1.566 CC como, "a fidelidade recíproca; a vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. " (BRASIL, 2002)

Quanto aos efeitos patrimoniais, estes se referem a todo e qualquer direito e obrigação a respeito de bens e recursos do casal, tanto no que dispõe sobre o encargo da administração, quanto ao regime de bens adotado pelos cônjuges.

Por fim, neste primeiro capítulo tratamos individualmente dos dois principais institutos familiares atuais, a união estável e o casamento. Em cada um deles foram feitas análises acerca da sua natureza jurídica, das suas formalidades e de seus requisitos existenciais de forma mais introdutória, para enfim, no próximo capítulo, adentrarmos na sua questão sucessória.

3 O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

O termo sucessão, nas palavras de Roberto Senise Lisboa é "A substituição da pessoa física ou da pessoa jurídica por outra, que assume todos os direitos e obrigações do substituído ou sucedido, pelos modos aquisitivos existentes". (LISBOA, 2004, p.367)

Dessa forma, compreendendo a sucessão como o ato de substituir alguém, importante se faz ressaltar que existem duas formas distintas de origem da palavra, a sucessão entre vivos (inter vivos), que se dá pela transferência de direitos em vida, oriundas de contratos ou doações; e a sucessão pós morte (mortis causa), que é o foco deste estudo, ocorrendo com a transmissão do patrimônio de alguém no lugar de outrem em razão da sua morte.

Visto isso, o direito sucessório visa resguardar um direito fundamental, o direito à herança, previsto no artigo 5º, inciso XXX da CF/88. (BRASIL, 1988)

Aqui se trata de todas as normas que regem a substituição patrimonial entre pessoas após a morte, levando em consideração inúmeros aspectos para que essa transação seja feita de forma justa e que tente ao máximo respeitar as vontades do *de cujus*.

Nesse sentido, se faz necessário a transcrição de definição feita por Silvio Rodrigues:

> O direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores. (RODRIGUES, 2002, p.3)

Note-se, assim, que não assiste razão nenhum tipo de confusão feita entre a sucessão entre vivos e a causa mortis, sendo elas abordadas, inclusive, em diferentes ramos do direito civil, enquanto uma é abordada no direito das obrigações, a outra é disposta no direito sucessório.

3.1 Transmissão da herança

"Operada a abertura em razão da morte do autor da sucessão, ocorre o fenômeno jurídico designado de transmissão, operando-se de imediato, sem quaisquer formalidades. " (MARIA, 2001, p. 14)

O artigo 1.784 CC dispõe que, "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários." (BRASIL, 2002)

Esse entendimento foi emprestado do direito Francês pelo princípio saisine, onde se estabelece que a transmissão do patrimônio do *de cujus* é imediata. (MARIA, 2001)

Roberto Senise Lisboa assim explica

> Trata-se *do droit de saisine*, que se constitui a partir da relação jurídica es- tabelecida entre a pessoa que veio a falecer (*o de cujus*) e a pessoa que procede à apropriação dos bens que integravam o patrimônio do defunto (su- cessor).(LISBOA, 2004)

Obviamente, a morte do autor da sucessão é pressuposto para transferência da herança aos herdeiros, esta necessariamente provada pelo registro de óbito, salvo exceção da ausência e da morte presumida, previstas nos artigos 6 e 7 CC. (BRASIL, 2002)

A substituição do patrimônio do falecido também está fadado a existência e sobrevivência de seus herdeiros, que precisam existir ou já ter sido concebidos a tempo da abertura da sucessão e da "capacidade sucessória, que diz com a aptidão do herdeiro para herdar, conforme a lei vigente à abertura da sucessão. " (DIAS, 2009, p. 242)

Assim, existindo herdeiros, metade do patrimônio do autor será resguardado a eles, o restante, poderá ser contemplado em testamento.

Isso, contudo, é o sistema adotado no Brasil, mas nem todos os países adotam a mesma forma de transmissão, a doutrina compreende três tipos de classificações, a

concentração obrigatória, a divisão necessária e a liberdade testamentária. (LEITE, 2012)

A primeira delas, era adotada antigamente, consistia na concentração da herança nas mãos de uma só pessoa, isto na época em que o filho primogênito recebia toda a herança da família e os seus demais irmãos não possuíam direitos aquele patrimônio. Obviamente, esse sistema não é mais utilizado na atualidade.

O sistema de divisão necessária, como já dito, é o adotado no Brasil, onde autoriza o autor da sucessão a dispor 50%, enquanto a outra metade será partilhada entre seus herdeiros necessários, com o intuito de se preservar a família.

O último deles, a liberdade testamentária, é adotada em diversos países do mundo e consiste na liberdade de dispor de todo o patrimônio da maneira que quiser, sem que haja a necessidade de resguardar metade da herança para os herdeiros legítimos.

Cabe ressaltar, portanto, que existem correntes doutrinárias defendendo a adoção de um sistema misto no Brasil, com características do sistema de divisão necessária e de liberdade testamentária, isto porque na ausência de herdeiros legítimos, o autor da sucessão pode dispor de 100% de seu patrimônio.

3.2 Espécies de sucessão

Como já exposto, o Direito Sucessório visa tutelar a transmissão do patrimônio do de cujus aos herdeiros. Ela pode ser feita de duas formas, quando se divide a herança entre os herdeiros legítimos (Sucessão legítima) ou quando o autor da sucessão, ainda em vida, confia seu patrimônio a uma ou mais pessoas por meio de um testamento (Sucessão testamentária). Esta última não será objeto deste estudo.

3.2.1 Sucessão Legítima

A sucessão legitima é estabelecida em lei, regulando a transmissão da herança do autor da sucessão para seus herdeiros. Essa transmissão se faz de acordo com a

ordem da vocação hereditária, ou seja, uma escala que atribui a determinada classe a preferência quase absoluta, excluindo as classes seguintes. (BARROS, 2003)

Os herdeiros legítimos são definidos pelo Orlado Gomes como "a pessoa indicada na lei como sucessor nos casos de sucessão legal, a quem se transmite a totalidade ou quota-parte da herança". (GOMES, 2004, p.40)

Estes, por sua vez, estão elencados, em um rol taxativo, no artigo 1.82CC, onde se expõe a ordem de preferência da sucessão legitima. Vejamos:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
>
> Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
>
> Ao cônjuge sobrevivente;
>
> Aos colaterais. (BRASIL, 2002)

O companheiro, apesar de não estar enquadrado neste rol, era considerado herdeiro legítimo pela leitura do artigo 1.790, IV CC/2002, uma vezque tinha direito a integralidade da herança ante ausência de descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais. No entanto, atualmente, por força do decidido no RE 878.694, ele se equiparou ao cônjuge para fins sucessórios, ocupando a terceira posição na ordem sucessória concorrendo, ainda, com todos que lhe preferem.

Assim, os de maior direito sob a herança deixada pelo *de cujus* sempreserão os descendentes, em concorrência com o companheiro/cônjuge casado nos regimes de separação total de bens, de participação final nos aquestos ou na comunhão parcial bens, tendo o autor da herança deixado bens particulares.

Porém, na ausência dos descendentes, os ascendentes serão os detentores sob o maior direito à herança, também em concurso com o cônjuge/companheiro, dessa vez, não importando o regime de bens do casamento/união estável.

Da mesma forma, na falta de ascendentes, a totalidade da herança será transmitida ao cônjuge ou companheiro supérstite e, por último, na falta de todas as hipóteses elencadas acima, os colaterais até o quarto grau terão direito a totalidade da herança.

Nota-se, portanto, que a vocação hereditária se dá sob a forma de exclusão, ou seja, só serão chamados os herdeiros da próxima linha sucessória, após esgotadas todas as possibilidades de herdeiros da classe anterior. Isso porque, dentro de uma mesma classe sucessória, via de regra, os parentes de "grau mais próximo, excluem os de grau mais remoto, salvo o direito de representação" (Art. 1.833)(BRASIL,2002).

De maneira mais explicativa, em uma mesma classe sucessória existem diferentes níveis de parentesco, como por exemplo, na classe dos descendentes temos como parentes os filhos, os netos, os bisnetos e assim sucessivamente, porém o direito resguarda o maior direito à herança àqueles em que o grau de parentesco é mais próximo, neste caso seria os filhos e somente na ausência dos filhos, os netos poderiam obter direito aquela herança.

Quanto a exceção ao direito de representação, ela ocorre nos casos em que o herdeiro mais habilitado não pode receber o quinhão que lhe seria de direito por motivo de ser pré-morto quando da abertura da sucessão, assim, os seus descendentes, sem limitação de grau e os parentes colaterais, alcançando somente filhos de irmão (sobrinhos) poderão representá-lo na sucessão e receber a herança em seu lugar. Os ascendentes, por sua vez, não possuem o direito de representação em hipótese alguma. (SILVA, 2015)

Compreendendo um pouco sobre a sucessão legítima, se torna crucial tratar sobre os herdeiros necessários.

Assim, Roberto Senise Lisboa os define como "São os sucessores dos quais não se pode retirar o direito à herança, senão em face da ação de indignidade ou de cláusula testamentária de deserdação". (LISBOA, 2004, p.412)

Assim, fazendo uma breve distinção entre herdeiros necessários e legítimos, salienta-se que herdeiros legítimos são aqueles estabelecidos no artigo 1.829 CC (descendentes concorrendo com o cônjuge; ascendentes concorrendo com o cônjuge; cônjuge sobrevivente e colaterais), bem como o companheiro que passa a assumir posição igual a do cônjuge, todos respeitando a ordem de preferência. (BRASIL, 2002)

No que se refere aos herdeiros necessários, estes se restringem aos descendentes, ascendentes e cônjuge e, via de regra, não podem ser afastados destes o direito à metade dos bens da herança, que constituem a legítima.

Vale ressaltar que, em caráter extraordinário, há a possibilidade de se afastar um herdeiro necessário da sucessão, tais situações estão expressamente descritas nos artigos 1.814[1], 1.962[2] e 1.963[3], todos previstos no CC/2002.

Dessa forma, comparando os artigos que compreendem as disposições dos herdeiros legítimos com os necessários, temos que os parentes colaterais são herdeiros legítimos, porém não necessários, podendo ser excluídos da sucessão se assim for a vontade do *de cujus*. É também o que dispõe o artigo 1.850 CC. (BRA- SIL, 2002)

3.3 Sucessão do cônjuge

Entende-se como cônjuge aquele que possui laços matrimoniais, ou seja, que se casou respeitando todas as formalidades exigidas pela lei. Este, evidentemente, possui direitos após a morte de seu ex-parceiro.

---

[1] Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade. (BRASIL, 2002)

[2] Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. (BRA- SIL,2002)

[3] Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.(BRASIL,2002)

Como já se disse, o cônjuge sobrevivente detém status de herdeiro necessário e não pode ser afastado da herança, salvo disposições legais, e se enquadra como o terceiro na linha sucessória a receber a totalidade dos bens do *de cujus*, concorrendo com todos os herdeiros que lhe antecedem na linha sucessória, conforme prevê artigo 1829, I e II. (BRASIL, 2002)

Ressalte-se que, para fins sucessórios, o cônjuge separado judicialmente ou extrajudicialmente não tem direito algum a herança, porém, aquele que for separado de fato a menos de dois anos ou se comprovada que a separação de fato a mais de dois anos não se deu por culpa do sobrevivente, ele terá direito.

O cônjuge ainda tem direito à meação. Esta, por sua vez, não pode ser confundida com herança, isso porque a meação é a metade do patrimônio compartilhado pelo casal, ou seja, a metade que já pertence ao sobrevivente. Salienta- se, no entanto, a observância do regime de bens adotado pelo casal, uma vez que nem todos os regimes comportam a meação.

3.3.1 Direito próprio

A transmissão da herança se dá por direito próprio "quando o aquinhoado é o próprio sucessor do autor da herança, recebendo o acervo sozinho ou partilhando com outros de igual preferência, e com a mesma qualidade. É também chamada sucessão direta, ou jure próprio." (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p.130)

Sendo assim, recebe por direito próprio aquele que pertence à classe sucessória de mais direito para partilhar herança.

Dessa forma, aberta a sucessão, os filhos (descendentes de grau mais próximo) são os primeiros a receber o patrimônio e herdarão por direito próprio. Na falta destes, havendo ainda descendentes, o próximo grau de parentesco é chamado, neste caso, os netos do de cujus, que também herdarão por direito próprio.

Não havendo herdeiros descendentes de nenhum grau, a herança será transmitida aos próximos da classe sucessória, os ascendentes que, na sua falta,

passa para próxima classe e assim sucessivamente até que se encontrem herdeiros legítimos para suceder.

O cônjuge/companheiro, por sua vez, sucede por direito próprio quando concorre com descendentes, ascendentes e quando, na falta deles, detêm a integralidade do patrimônio.

Assim explica Washington de Barros Monteiro "Herda em seu nome (jure próprio), quando, em razão do parentesco com o de cujus, vem a ser o herdeiro mais próximo, sendo por isso chamado à sucessão. (MONTEIRO, 2001, p. 116)

A partilha da herança é feita em partes iguais, conhecida como suces- são por cabeça e nada mais é do que a divisão em quotas iguais para os herdeiros da mesma classe sucessória.

> Como se vê, conforme a posição sucessória, a herança passa aos herdeiros da mesma classe e grau que os demais. Cada um herda por direito próprio, recebe o quinhão a que lhe pertence. A divisão é feita pelo número de herdeiros, dai dizer-se que herdam por cabeça. (DIAS, 2009, p.223)

No entanto, a lei comporta uma exceção, o direito de representação. Segundo Washington de Barros Monteiro,

> Herda pelo direito de representação (jure reprasentations) quando convocado a suceder em lugar de outro herdeiro, parente mais próximo do falecido, mas anteriormente pré-morto, ausente, ou incapaz de suceder no instante em que se abre a sucessão. (MONTEIRO, 2001, p.116)

Admite o direito de representação na classe dos descendentes e dos colaterais, somente para sobrinhos.

Daí se extrai dois entendimentos, o primeiro se dá com a percepção que não existe direito de representação entre os ascendentes e o segundo é que o direito de representação dos colaterais é concedido somente aos sobrinhos. É também o que dispõe os artigos 1.852 e 1.853, ambos do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Nesse sentido, o artigo 1.851 CC aduz “Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse.” (BRASIL,2002)

Nesta situação, a partilha não será feita por cabeça e sim por estirpe. Isso porque os representantes do herdeiro pré-morto só podem herdar a quota parte que caberia ao representado, se vivo fosse.

“A finalidade do instituto é preservar a igualdade entre herdeiros descendentes. A lei coroa a igualdade de filiação ao estipular que os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.” (DIAS, 2007, p. 224)

3.3.2 Concorrência

O cônjuge, como já enfatizado, é o terceiro de maior direito na ordem sucessória sobre a integralidade da herança deixada pelo falecido ficando atrás somente dos descendentes e ascendentes. No entanto, o atual Código Civil de 2002, atribuiu um benefício ao cônjuge, o direito à concorrência com aqueles que estão antes dele na linha sucessória, o que não ocorria no Código Civil de 1916.

Dessa forma, em concorrência com os descendentes, além do direito real de habitação, a herança é dividida em quotas iguais àqueles que receberem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior a quarta parte da herança se o sobrevivente for ascendente dos herdeiros que estiver concorrendo.

Entretanto, caso o regime de bens escolhido pelo casal tiver sido o de comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens ou no regime de comunhão parcial sem bens particulares, o cônjuge não concorrerá com os descendentes.

Isso porque no primeiro caso o cônjuge já terá o direito a meação e não ficará desamparado com a morte de seu parceiro. “Nos casos de separação obrigatória de bens o legislador teve a intenção de eliminar as consequências patrimoniais do casamento de quem tem mais de 70 anos.” (DIAS, 2007, p. 178)

A exclusão da concorrência no regime de comunhão parcial sem bens particulares tem por objetivo resguardar aos descendentes o patrimônio particular do falecido, visto que os bens comuns, adquiridos na constânciado casamento, já serão alvo de meação ao cônjuge supérstite.

3.4 Sucessão do companheiro

Compreende-se como companheiros aqueles que não possuem laços matrimoniais, mas conservam uma relação de afeto, atingindo todos os requisitos necessários para a caracterização da união estável.

Seus direitos sucessórios foram equiparados aos dos cônjuges e agora são regidos pelo artigo 1.829 do Código Civil, porém, antes de tal equiparação, o regramento sucessório do convivente era um pouco mais limitado e estava previsto no artigo 1.790 do Código Civil (agora inconstitucional), vejamos:

> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
>
> - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
>
> - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
>
> - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
>
> - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da he- rança. (BRASIL, 2002)

É de se notar, portanto, que o companheiro só possuía direitos sucessórios quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ou seja, os bens particulares do de cujus não estavam sujeitos a sucessão nesta relação, a não ser que não existissem outros parentes sucessíveis a receber a herança. Este, por- tanto, era o único caso em que os bens particulares podem ser herdados pelo companheiro sobrevivente.

Dessa forma, os companheiros concorriam com os descendentes na mesma proporção se eles fossem filhos em comum do casal, porém, concorrendo com

descendentes híbridos (filhos somente do autor da sucessão), o companheiro só teria direito a receber metade do que coubesse a cada um dos filhos do autor da sucessão.

Por fim, ainda havia concorrência com os ascendentes e com os colaterais até quarto grau, onde era resguardado ao companheiro o direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Ressalte-se que o companheiro era considerado herdeiro legítimo, conforme aduz artigo 1790, IV CC, compondo o quinto lugar na linha sucessória, concorrendo com todos os que lhe antecediam na linha sucessória e recebendo a totalidade da herança na falta de todos eles, porém, não era considerado herdeiro necessário, podendo facilmente ser afastado da herança.

A respeito disso, Santos expõe o seguinte:

> Ao contrário do que sucede com cônjuge, que com o novo Código passa a desfrutar da condição de herdeiro necessário (artigo 1845), tendo, por isso, assegurada a sua legitima (artigo 1.846), ao companheiro não foi reconhecido igual status. Logo, não havendo outros herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), o autor da herança poderá testar a integralidade de seu patrimônio, deixando o companheiro ao desamparo, ressalvada, é claro, a possível meação, quando for o caso. (SANTOS,2003)

Maria Berenice, de igual modo, explica:

> O cônjuge agora é herdeiro necessário (CC 1.845) e figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária (CC 1.829, III). O companheiro está em último lugar e tem direito à totalidade da herança somente se não existirem herdeiros colaterais (CC 1.790, IV). Assim, o direito à herança do cônjuge não pode ser excluído da sucessão, mas o direito do companheiro pode ser afastado. (DIAS, 2010)

A questão do companheiro como herdeiro necessário ou facultativo sempre foi objeto de longa discussão entre os doutrinadores, isto porque, de fato, na letra da lei, o companheiro não está no rol de herdeiros necessários. Tal assunto será abordado mais a frente, em tópico próprio.

3.4.1 As modificações trazidas pelas leis 8.971/1994 e 9.278/1996

O reconhecimento constitucional da união estável como instituto familiar, garantido pelo artigo 226, § 3º CF/88, foi consolidado pelas leis complementares nº 8.971/1994 e 9.278/1996.

A primeira delas, com apenas cinco artigos, se direcionou às questões do direito dos companheiros a respeito de alimentos e da sucessão, onde dispôs que só teria direito a pedir alimentos os conviventes que provassem o seu estado de necessidade e que preenchessem os requisitos de serem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, com um prazo de convívio mínimo de cinco anos ou possuindo filhos em comum, enquanto não constituírem nova união. (Art. 1º Lei. 8.971/94). (BRASIL, 1994)

A partir deste momento a lei também passou a reconhecer a meação dos bens adquiridos com comunhão de colaboração (Art. 3º), além da totalidade da herança reservada ao companheiro na falta de descendentes ou ascendentes (Art. 2º, III). (BRASIL, 1994)

No que tange a concorrência com filhos comuns, a lei estabeleceu, em seu art. 2º, I e II, o direito de usufruto de um quarto dos bens deixados pelo falecido companheiro e, na falta deles, porém na existência de ascendentes, o direito ao usufruto da metade dos bens. (BRASIL, 1994)

Direitos de concorrência estes, exatamente iguais aos concedidos aos cônjuges pelo artigo 1.611, §1º no Código Civil de 1916. (BRASIL, 1916)

Ressalte-se que, em uma época onde uma relação afetiva fora do casamento não só ia em confronto com os paradigmas impostos pela sociedade, mas também era considerado inexistente na esfera jurídica, a criação desta lei veio como um grande avanço no direito do companheiro.

Assim explica o M. Ministro Luiz Roberto Barroso

> A primeira delas (Lei nº 8.971/1994) praticamente reproduziu o regime su- cessório estabelecido para os cônjuges no CC/1916, vigente à época. Desse modo, (i) estabeleceu que o companheiro seria o terceiro na ordem suces- sória (atrás dos descendentes e dos ascendentes); (ii) concedeu-lhe direito de usufruto idêntico ao do cônjuge sobrevivente, e (iii) previu o direito do companheiro à meação quanto aos bens da herança adquiridos com sua colaboração. Embora esta Lei não tenha tornado o companheiro um her- deiro necessário (era apenas herdeiro legítimo), tal regramento em nada di- feria daquele previsto para o cônjuge, que também não era herdeiro neces- sário no CC/1916. A diferença entre os dois regimes sucessórios era basica- mente a ausência de direito real de habitação para o companheiro. Tal direito era concedido somente aos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal, apenas enquanto permanecessem viúvos, e, ainda assim, só inci- dia sobre o imóvel residencial da família que fosse o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2017)

A lei 9.278/1996, por sua vez, reconheceu a união estável como uma entidade familiar de uma convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, características tais que perduram até os dias de hoje. (BRASIL, 1996)

Nota-se, logo de início, que tanto o prazo de cinco anos estabelecido em 1994 para configuração da união estável quanto a dispensabilidade da obrigação dos companheiros serem separados judicialmente, foram revogados.

A referida lei aproxima ainda mais o instituto da união estável com o do casamento quando menciona, em seu artigo 2º, a necessidade de assistência e respeito mútuo, bem como provimento do sustento e guarda e educação dos filhos entre os conviventes. (BRASIL, 1996)

Além disso, em relação a meação, enquanto a legislação de 1994 a autorizava em todo e qualquer caso em que houvesse colaboração na atividade do companheiro, a nova legislação, em seu artigo 5° previu a meação somente nos casos de bens auferidos a título oneroso. (BRASIL, 1996)

Finalmente foi concedido o direito real de habitação aos companheiros após a morte de seu parceiro, com a ressalva somente de se tratar de bem destinado a residência da família e que o sobrevivente não contraia nova união ou casamento. (BRASIL, 1996)

Nesse sentido, cito ensinamento do Ministro Luiz Roberto Barroso

> A Lei nº 9.278/1996, ao reforçar a proteção às uniões estáveis, concedeu direito real de habitação aos companheiros. E o fez sem exigir o regime de comunhão universal de bens, nem que o imóvel residencial fosse o único de tal natureza. Ou seja, a legislação existente até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 previa um regime jurídico sucessório até mesmo mais favorável ao companheiro do que ao cônjuge. (BRASIL, 2017)

Ressalte-se que a lei de 1996 não revogou por inteiro a anterior, apenas deixou em desuso alguns artigos e serviu para complementar o que havia sido omisso em 1994 e assim, para todos os efeitos legais, as leis passaram a coexistir.

De igual forma, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, apesar de não revogar expressamente as leis 8.971/94 e 9.278/96, toda a matéria contida nelas foram abordadas por esta última, dando a entender que houve uma revogação tácita das leis infraconstitucionais. (CORDOIL, 2011)

No entanto, se o direito sucessório do companheiro estava caminhando para adquirir os mesmos benefícios concedidos aos cônjuges, a nova lei veio para mudar esse direcionamento ao tratar de formas bem distintas os institutos do casamento e da união estável.

3.4.2 Companheiro como herdeiro necessário

"Aquele a quem é reconhecida a reserva se denomina herdeiro necessário." (MÁRIO, 2009, p. 71)

A reserva equivale a 50% do patrimônio do autor da sucessão que deverá, necessariamente, ser transmitida aos seus herdeiros necessários, estes, por sua vez, compreendidos pelos descendentes, ascendentes e cônjuge, conforme prevê artigo 1.845 CC. (BRASIL,2002)

Percebe-se, portanto, que o companheiro não foi protegido como tal no Código Civil de 2002, assim, ele poderia facilmente ser afastado da herança.

Entretanto, ao julgar o RE n. 878.694/MG, o Supremo Tribunal Federal equiparou os direitos sucessórios do companheiro ao do cônjuge com o entendimento de que o casamento e a união estável são institutos familiares iguais e merecem igual proteção.

Apesar disso, tal julgamento se limitou a declarar a inconstitucionalidade do artigo que normatizava a sucessão do companheiro, mas não se manifestou sobre as demais normas que regem o direito sucessório do cônjuge.

Consequentemente, apesar da omissão do supremo nesse aspecto, a maior parte jurisprudência atual tem entendido que sendo o cônjuge herdeiro necessário, o companheiro não pode deixar de ser. *In verbis:*

> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECI- MENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. PRE- SENÇA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. BEM IMÓVEL ADQUI- RIDO ANTES DO INÍCIO DA UNIÃO ESTÁVEL. EXCLUSÃO DA PARTILHA. PARCELAS DO FINANCIAMENTO ADIMPLIDAS NO CURSO DA RELA- ÇÃO. ACERVO COMUM PARTILHÁVEL. SENTENÇA MANTIDA PARCIAL- MENTE.
>
> Nos termos dos artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil, a união estável, como entidade familiar, requer publicidade, continuidade, durabilidade, objetivo de constituir família e ausência de impedimento ao casamento, ressalva- das as hipóteses de separação de fato ou judicial, e observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência mútua. O STF reconheceu a possibilidade de pessoas do mesmo sexo constituírem entidade familiar, devendo lhes ser dispensada a mesma proteção estatal conferida às famílias heteroafetivas (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumpri mento de Preceito Fundamental nº 132).
>
> Comprovado, no caso concreto, a existência de convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família entre as partes, deve serreconhecida a união estável.
>
> 1. O bem imóvel adquirido por um dos conviventes em momento anterior ao início da união estável pertence exclusivamente a ele, sendo descabida a meação. Devem ser objeto de meação, no entanto, as parcelas do financiamento imobiliário adimplidas durante a convivência.

> 2. **Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Có- digo Civil, passa a reger a união estável o art. 1.829 do mesmo diploma legal, tornando-se o companheiro herdeiro necessário.**
>
> 3. Reconhecida a união estável havida entre os companheiros, deve ser partilhado o imóvel deixado pelo companheiro sobrevivente, quitado com o seguro habitacional.
>
> 4. O direito real de habitação visa proteger o cônjuge sobrevivente e hipossuficiente de uma situação de total desamparo. Demonstrado, nos autos, que o companheiro é pessoa jovem, tem curso superior e está inserido no mercado de trabalho, não se justifica a sua manutenção no bem objeto da partilha, em detrimento do genitor, pessoa idosa, que necessita do seu quinhão hereditário.
>
> 5. Apelação do Autor conhecida e parcialmente provida. Apelação dos Réus conhecida, mas não provida. Unânime. (Acórdão n.1063882, 20140710155354APC, Relator: FÁTIMA RA- FAEL 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 29/11/2017, Publicado no DJE: 05/12/2017. Pág.: 299/303) **(grifo nosso)** (DISTRITO FEDERAL, 2017)

No entanto, também há quem defenda a tese de que o convivente não deve ser considerado herdeiro necessário.

Para sanar essa omissão, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que atua como amigo da corte no referido Recurso Extraordinário, interpôs embargos de declaração no dia 15 de fevereiro de 2018 alegando omissão nos demais artigos que norteiam a sucessão do cônjuge, principalmente quanto a questão do artigo 1.845CC, por fim, postulou pela inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários.

Por outro lado, a Associação de Direito de Família e de Sucessões (ADFAS), que também auxilia no processo, apresentou no dia 05 de março de 2018, uma manifestação contra os embargos da IBDFAM pleiteando pela inaplicabilidade do artigo 1.845CC às uniões estáveis.

Nesse sentido, o Supremo deve se manifestar logo mais quanto a alegada omissão e firmar seu entendimento quanto ao companheiro como herdeiro necessário e aos demais dispositivos que regulam o direito sucessório do cônjuge.

Dito isso, consigna-se pela defesa de também se resguardar a legítima aos conviventes, vez que não há razão equiparar somente parcialmente os direitos sucessórios destes.

4 A CONQUISTA DA IGUALDADE SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO

Como tem sido tratado nos capítulos anteriores, o Código Civil de 2002 adotou normas sucessórias diversas aos casais que optavam por se unir pelos laços do matrimônio e aos que elegiam a união estável.

Essa desigualdade foi declarada inconstitucional pelos ministros do Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário de n. 878.694/MG.

Dessa forma comentaremos adiante sobre as razões pela qual um artigo, que já estava há tantos anos em vigor, foi considerado incompatível com a nossa lei maior e quais as consequências dessa decisão.

4.1 RE 878.694

O Recurso Extraordinário julgado em sede de repercussão geral no dia 10 de maio de 2017 firmou o entendimento de que

> É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. (BRASIL, 2017)

O processo se originou em Minas Gerais com o pedido de reconhecimento de união estável concominado com petição de herança de Maria de Fátima Ventura após morte de seu companheiro, Nilo Coimbra Pereira, com quem alegou ter convividopor nove anos.

O falecido não possuía descendentes e nem ascendentes, mas possuía três irmãos vivos.

Dada situação enquadraria esta companheira no artigo 1790, III CC/2002, onde ela concorreria com os colaterais do falecido e receberia somente 1/3 dos bens do ex-companheiro adquiridos na constância do relacionamento.

No entanto, em caso idêntico, se ela fosse casada com o autor da sucessão, ela herdaria todo o patrimônio, se enquadrando, desta vez, no artigo 1.829, III do CC/2002 e não concorreria com os irmãos do falecido.

Como já dito anteriormente, a desigualdade no tratamento sucessório do companheiro em relação ao do cônjuge já era algo de muita discussão doutrinária e, com este caso, a matéria foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal que, por 8 votos a 3, "promoveram" os companheiros e concederam a eles os mesmos direitos sucessórios dos cônjuges.

Nesse sentido votaram os ministros Luís Roberto Barroso (relator), Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Carmem Lúcia, Alexandre de Morais e Teori Zavascki, enquanto os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandoski e Dias Toffoli entenderam que a distinção no tratamento sucessório do companheiro e do cônjuge não é inconstitucional.

Os argumentos utilizados pelos eminentes ministros por ambos os lados (pela equiparação ou distinção no tratamento sucessório) são de suma importância para o presente estudo e serão analisados em tópico a seguir.

4.2 Posição favorável

Para os favoráveis à equiparação do direito sucessório do companheiro ao do cônjuge, os principais argumentos utilizados foram a violação diversos princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana (art 1º, III CF), o da igualdade (art. 5º CF), o da autonomia, o da proporcionalidade e o princípio do retro-cesso. (BRASIL, 1988)

> A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. (SCARLET, 2002, p22)

O Ministro Luiz Roberto Barroso em seu voto ensina,

> A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. (BRASIL, 2017)

De igual forma, este princípio está relacionado com a violação da igualdade, que garante direitos iguais a todos e impede qualquer distinção.

Nesse sentido, entendeu-se que não poderia privilegiar o cônjuge ou o companheiro por meio da aplicação de regras sucessórias diversas, uma vez que se trataria de modo diferente pessoas em igual situação. Isso violaria tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto da igualdade.

Quanto ao princípio da autonomia, de acordo com o relator

> Consiste na capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas. Quanto maior a conexão dessas escolhas com o desenvolvimento da personalidade e a autorrealização individual, maior deve ser a proteção conferida à autonomia. Nesse sentido, não há dúvida de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de constituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais. (BRASIL, 2017)

Assim, distinguir as regras sucessórias entre os institutos do casamento e da união estável limita a autonomia do casal optar por um regime ou outro. Isso porque, em quase todos os casos, o cônjuge era mais beneficiado e isso poderia compelir os casais a adotar o modelo do casamento para garantir mais direitos aos seus parceiros.

Outro princípio violado seria o da proporcionalidade. Nas palavras de Pedro Lenza,

> O princípio da proporcionalidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, ponderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins. (LENZA, 2008, p. 75)

Isto porque as normas que regem os direitos sucessórios dos companheiros são inferiores às atribuídas aos cônjuges e tal preferência vai contra a constituição, que prevê a não hierarquia entre as famílias.

Logo, não seria proporcional e nem ao menos justo garantir maior proteção estatal ao casamento se a própria Constituição os reconhece como institutos iguais.

Quanto ao princípio da vedação ao retrocesso, este foi arduamente defendido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família e seus argumentos foram acatados pelos ministros que julgaram pela inconstitucionalidade do artigo 1.790.

Isto porque as leis 9.278/96 e 8.971/94, que normatizaram os primeiros direitos dos companheiros, conferiram a eles direitos praticamente idênticos ao da época concedidos aos cônjuges e, logo em seguida, o Código Civil de 2002 trouxe uma involução nesse aspecto, visto que não abarcou diversos direitos que já haviam sido compreendidos aos conviventes.

Nesse sentido, explica o ministro barroso

> {...} não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis. Antes do CC/2002, o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 era substancialmente igual àquele previsto para o casamento no CC/1916, então vigente. Cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (ambos ficavam atrás dos descendentes e dos ascendentes), possuíam idêntico direito à meação, e ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação. Tais leis, portanto, concretizaram o imperativo constitucional de proteção às famílias (independentemente de seu modo de constituição), previsto no art. 226 da Carta de 1988. (BRASIL, 2017)

As violações a todos esses princípios foram utilizadas como argumento para que se entenda pela inconstitucionalidade dos regimes sucessórios do casamento e da união estável.

4.2.1 Posição contrária

Por outro lado, nem todos os ministros entenderam pela igualdade no tratamento sucessório das entidades familiares. Estes, por sua vez, restaram vencidos.

A posição contrária a equiparação do direito sucessório do companheiro defende a constitucionalidade do artigo 1.790 do CC, justificando que apesar da Constituição reconhecer a união estável como entidade familiar, ela não a equipara com o casamento e, por esta maneira, não há de se falar em violação ao princípio da igualdade, vez que não se trata de institutos iguais.

A Procuradoria-Geral da República também se mostrou a favor da constitucionalidade do artigo e emitiu um parecer nos autos utilizando-se do argumento de que

> Tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestação da autonomia privada dos contraentes, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável, é porque a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento". (BRA- SIL, 2017)

Nesse sentido, o direito à liberdade estaria sendo ameaçado, isto porque não haveria mais a opção do casal em adotar um regime mais informal. O Ministro Dias Toffoli, em seu voto, explica

> Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, bem como o respeito à autonomia da vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos. (BRASIL, 2017)

De igual forma, essa posição ainda é fundamentada pela parte final do § 3º do art. 226 CF quando estipula que a lei deve facilitar a conversão da união estável em

casamento. Assim, apesar de não reconhecer qualquer diferença entre as entidades familiares para fins de proteção estatal, a letra da lei as reconhece como entidades diferentes. (BRASIL, 1988)

A Associação de Direito de Família e de Sucessões (ADFAS) também se posicionou no sentido de que

> "Não há violação ao princípio da igualdade no estabelecimento de efeitos sucessórios diversos entre o casamento e a união estável.
>
> Chega-se a tocar, aqui, numa questão de lógica formal: o fato de serem admiti- dos diversos modelos de família pela Constituição Federal já significa, por si só, que casamento e união estável não têm e não podem ter regimes jurídicos totalmente idênticos. Do contrário, não haveria a necessidade da existência dos dois institutos, bastando apenas um. " (BRASIL, 2017)

Aqui se defende o casamento e a união estável como institutos diferentes apesar de ambos serem considerados pela Constituição como entidades familiares. Assim, o tratamento sucessório distinto entre eles só daria mais liberdade aos casais para optarem pelo regime que lhe convém.

De igual forma, o fato do regime do casamento garantir, na maioria das vezes, direitos maiores aos relativos à união estável, não significa uma maior hierarquia deste em relação àquele, mas sim que existe uma diferença entre elas.

4.3 Aplicabilidade da decisão

O julgamento uniformizou a participação dos supértises na sucessão do *de cujus*, entendendo pela igualdade entre o casamento e a união estável e garantindo a ambos o regramento sucessório do casamento por ser, na maioria das vezes, mais benéfico.

Como consequência, a norma sucessória do companheiro, regrada pelo artigo 1.970 CC/2002 foi declarada inconstitucional.

De acordo com Ronaldo Paulinho Filho

> Quando ocorre o confronto de uma norma infraconstitucional com a própria Constituição, a regra é de efeitos "ex tunc", ou seja, retroativo. Se a lei inconstitucional é nula, diz que já surgiu como inconstitucional, tem vício de origem, ou seja, o tribunal declara apenas o que já existia.” (FILHO, 2018)

Sendo assim, todos os atos firmados com a norma inválida, estão eivados de vício e são nulos por sua natureza.

No entanto, a lei 9.869/99, em seu artigo 27 possibilita uma possível modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei quando entender que a nulidade da norma pode trazer danos a segurança jurídica. *In verbis:*

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999)

A modulação deve ser realizada apenas em **hipóteses extremas**, nas quais o risco à segurança jurídica seja efetivamente elevado, sob pena de enfraquecer a Constituição e de se fomentar a convalidação de inconstitucionalidades. (grifo do autor) (FONSECA, 2003)

> Essa norma, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal estabeleça limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permite também que o Supremo, ao examinar a regularidade da lei em face da Constituição, não se atenha apenas, cegamente, aos aspectos jurídicos da questão, mas que ele possa cumprir, efetivamente, no desempenho de sua missão de guardião da Constituição, e seu intérprete máximo, a sua função mais importante, exatamente a de tornar a Constituição um instrumento vivo, adaptando-a às novas condições sociais. (LIMA, 2001)

Sendo assim, com a possibilidade de se modular os efeitos de uma decisão em momento posterior ao da criação da lei e, se atendo a preservação da segurança jurídica e o interesse social de cada caso em concreto, o Supremo Tribunal Federal concluiu

> Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários

> judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. (BRASIL, 2017)

A produção de efeitos "ex nunc", ou até mesmo em momento futuro da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, responde, exata- mente, à ânsia de que seja integralmente cumprido o quanto determinado no artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "art 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". (CARMEM, 2009)

Nesse sentido, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC, os eminentes ministros não vislumbraram a possibilidade da aplicação da regra, ou seja, a atribuição de eficácia *"ex tunc"* aos efeitos da decisão para que ela retroagisse à data que a norma declarada inconstitucional entrou em vigor e sim a exceção, que é exatamente a aplicação "*ex nunc"*.

De fato, anular todos os atos viciados pela norma inconstitucional seria a forma mais justa de resolver a situação, porém a mais inviável. Em quinze anos de vigor do artigo 1.790 CC, inúmeros processos de inventário foram partilhados pelas suas re- gras e, tentar anular todas essas partilhas para reformar as decisões com base na nova legislação seria praticamente impossível, até porque o número de processos nos tribunais iria aumentar drasticamente, causando um caos jurídico, sem contar, ainda que muitos desses patrimônios já teriam se desfeito.

Assim, entendeu-se que seria necessária a modulação dos efeitos da decisão somente para os inventários em curso, mas talvez essa também não tenha sido a melhor saída escolhida pelos julgadores, isto porque ele pode ter aplicado regra di- versa para pessoas em igual situação.

A injustiça é visível quando analisamos um caso prático. Dessa forma, suponha um caso em que existem dois casais que se uniram pela união estável e no dia X, um deles vem a óbito.

No primeiro caso, o inventário é aberto no prazo de 60 dias, respeitando o disposto no artigo 611 CPC[4], a partilha é feita nos moldes do artigo 1.790 CC e a decisão é transitada em julgado, dando fim ao processo. (BRASIL, 2015)

No segundo caso, a família não abre o inventário no prazo determinado em lei e, à data em que o supremo equipara o cônjuge ao companheiro para fins sucessórios, o processo ainda está em trâmite. Dessa forma, a partilha é feita nos moldes do artigo 1.829 CC, favorecendo ao companheiro.

Nas duas situações, a sucessão (morte do autor da herança) foi aberta na mesma data, porém, aquele que descumpriu a lei e atrasou na abertura do inventário foi favorecido e teve mais direitos do que aquele que não foi diligente.

Há também de se levar em consideração que a aplicabilidade da decisão não se atentou ao disposto no artigo 1.787CC, onde prevê que a sucessão é regulada pela lei vigente à sua abertura. (BRASIL, 2002)

Assim, a lei em vigor na data do óbito do autor da herança é a que deverá regulamentar a sucessão e não o fato do inventário estar em tramite ou não à data em que se declarou a inconstitucionalidade de uma norma.

Além disso, o princípio saisine ensina que a transmissão dos bens do de cujus é feita no momento da morte, este se encontra, ainda, amparado pelo artigo 1.784 CC "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários." (BRASIL, 2002)

Sendo assim, a melhor adequação dos efeitos da decisão seria emprestar eficácia *ex nunc* ao caso e determinar que os efeitos da decisão passem a valer a partir da decisão que declarou a norma inconstitucional. Isso porque respeitaria o que dispõe no princípio saisine e no artigo 1.784CC.

[4] "O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte. "(BRASIL, 2015)

Ainda se levaria em consideração a presunção de vontade do autor da sucessão, que não poderia prever que uma alteração na norma após sua morte alteraria o direcionamento do seu patrimônio.

Nesse sentido, transcreve-se entendimento do Ministro Ricardo Lewandoviski em seu voto no RE de n. 646.721/RS

> Em adendo, se porventura avançarmos para a modulação, eu sugeriria que a nossa decisão valesse para sucessões abertas a partir do julgamento, ou seja, a partir da morte do autor da herança, porque os que já estão mortos, evidentemente, não têm mais como interferir e reagir relativamente à decisão do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2017)

Evidente que este posicionamento também traria prejuízos e até injustiças para aqueles que questionaram a diferença no tratamento entre as duas entidades familiares e ficaram tantos anos aguardando o seu tratamento igualitário, tão somente para ver o direito garantido a outros, mas não seriam beneficiados pela decisão.

Nesse sentido, a modulação dos efeitos desta decisão é de suma importância porque afetará a vida e o patrimônio de várias famílias. Analisando cada opção, não se pode trazer uma solução que beneficiária a todos, mas infere que o entendimento seja aplicado tão somente nas sucessões abertas após a declaração de inconstitucionalidade da norma, de maneira a respeitar a presunção de vontade do autor da sucessão e por estar de acordo com o que dispõe o artigo 1.784 CC e o princípio saisine.

5 CONCLUSÃO

O casamento e a união estável nunca foram institutos familiares iguais, na verdade, durante muitos anos a união de fato não era nem sequer considerada uma espécie familiar.

Somente com a Constituição de 1988 a união estável veio a ser reconhecida como uma modalidade familiar, ganhando especial proteção estatal e a facilitação em sua conversão para o casamento.

As garantias sucessórias para o companheiro, por sua vez, só vieram a ser regulamentadas pela lei 8.971 em 1994 e logo em seguida pela 9.278 em 1996 que veio para complementar a anterior, ambas com o intuito de aproximar os direitos do companheiro ao do direito do cônjuge da época, regulamentado pelo Código Civil de 1916.

Antes disso, via de regra, os casais "não casados" não possuíam direitos legais ao patrimônio do falecido, mas, com vistas a não deixá-los completamente desamparados, a jurisprudência concedia uma espécie de indenização por serviços prestados pelo tempo da convivência.

Logo após, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o legislador tratou de formas bem distintas o cônjuge do companheiro, o que foi considerado um grande retrocesso e, ainda, uma possível injustiça ao conceder mais direitos aos cônjuges na maioria dos casos e, em outros, garantir mais direitos aos companheiros.

Inclusive, esse retrocesso trazido pelo CC/2002 foi um dos fortes argumentos utilizados para que se equiparasse, para fins sucessórios, os institutos da união estável e do casamento e reconhecesse a inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC.

Por outro lado, a corrente contrária à equiparação acredita que o legislador trouxe as diferenças entre os institutos visando dar uma maior liberdade aos casais para que pudessem optar por uma relação mais séria e formal ou uma relação mais informal e caberia a cada um analisar suas preferências.

A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal através do RE 878.694/MG que foi julgada em sede de repercussão geral, caso em que um companheira supérstite pleiteava a totalidade da herança do de cujus, nos moldes do artigo 1.829 CC, uma vez que o falecido possuía três irmãos vivos e, caso a sucessão fosse feita nos termos do artigo 1.970 CC, ela só teria direito a um terço da herança do ex-companheiro.

O julgamento foi conduzido pelo Ministro Relator Luiz Roberto Barroso que votou pelo provimento do recurso a fim de que fosse declarada a

inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC para que a companheira participasse da herança em conformidade com o artigo 1.829 CC.

Fundamentou, em seu voto, que a desigualdade no tratamento sucessório do companheiro viola o princípio da igualdade entre as famílias, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da vedação do retrocesso e da proteção deficiente.

Os demais ministros acompanharam o voto do relator, exceto os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowiski, que entenderam pela constitucionalidade do artigo 1.790 CC com base na diferença entre os institutos da união estável, além do princípio da liberdade e da autonomia privada. Estes, restaram vencidos.

Por fim, decidiram pela aplicação dos efeitos da decisão somente aos inventários judiciais ainda em curso e aos extrajudiciais ainda não escriturados.

Conclui-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade da norma que regulava a sucessão do companheiro, apesar de tardia, foi mais do que justa e bem aceita nos dias de hoje, onde a maioria dos casais tem preferido constituir uma família pela união estável, possivelmente pela ausência de formalidades ou burocracia.

O matrimônio também ainda está muito ligado a questões religiosas e, ape- sar da possibilidade da realização do casamento somente no registro civil, aqueles que não são devotos acabam preferindo se unir por um instituto mais informal.

Entretanto, quanto a modulação dos efeitos da decisão, reputa-se que a solução mais adequada seria atribuir eficácia *ex nunc* de maneira a se atentar a presunção de vontade do autor da sucessão e, ainda, porque vai em conformidade ao que dispõe o princípio saisine.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

BARRETO, Fabiana Fuchs Miranda. *O tratamento jurídico do concubinato*. Disponível em:<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9775-9774-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito das sucessões. São Paulo: Curso Preparatório para Concursos, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 878.694/MG. Tribunal Pleno. Recorrente: Maria Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em:< http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 08 mar 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recuso extraordinário. RE 646.721/RS. Tribunal Pleno. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Recorrido: Geni Quintana. Relator: Luiz Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em:< http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>. Acesso em: 08 mar 2018. BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.971 de 29 de dezembro de 1994. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm>. Acesso em: 15 ago 2017.

BRASIL. Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 15 ago 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar 2018.

BRASIL. Lei nº 2.848 de 07 de setembro de 1940. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 19 jul 2017.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em:<http://www.pla- nalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 03 mar 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 380. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 02 nov. 2018.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARMEM, Lúcia. *O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade* (2009). Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/wp-con-tent/uplo-ads/2014/06/O-principio-da-coisa-julgada-e-o-vicio-de-inconstitucionali- dade.pdf. Acesso em: 18 mar 2018.

CORDOIL, Veronica Ribeiro da Silva. *Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996* (2011). Disponível em:http://www.revistajuridica.com.br/doutrina_integra.asp?id=1173. Acesso em: 15 fev 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Casar ou não casar: dúvidas sobre questões sucessórias* (2010). Disponível em: <http://www.mariabere-nice.com.br/mana-ger/arq/(cod2_779)casar_ou_nao_casar_si1.pdf> Acesso em: 06 fev 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil Brasileiro: Direito da Família*. 27ª ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. APC 20140710155354. Terceira Turma Cível. Relatora: Fátima Rafael. Brasília 29 de novembro de 2017. Disponível em:<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcor- daos-web/sistj>. Acesso em: 10 mar 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. APC 3575595. Terceira Turma. Apelante: D.R.DA.C. Apelado: J.F.DE.O. Relator: Vas- quez Cruxen. Brasília, 06 de dezembro de 1995. Disponível em:< https://pesquisaju- ris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 02 nov 2018

FILHO, Ronaldo Paulinho. *Teoria do Controle de Constitucionalidade – Tópicos Teó- ricos e Práticos* (2018). Disponível em:<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,te-oria-do-controle-de-

constitucionalidade-topicos-teoricos-e-prati- cos,590452.html>.Acesso em: 02 mar 2018.

FONSECA, Edson Pires da. *O que é modulação temporal dos efeitos da decisão?* (2003). Disponível em:<http://www.jurisciencia.com/concursos/o-que-e-modulacao-temporal-dos-efeitos-da-decisao/2133/>. Acesso em: 20 mar 2018.

GOMES, Orlando. *Direito de Família* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. *Sucessões.*12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

A DESMISTIFICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA E SEUS REAIS EFEITOS NA PRÁTICA

Lucas Rocha Rodovalho Scussel

RESUMO

A importância do princípio do melhor interesse do menor em nossa sociedade vem se destacando cada vez mais com o aumento das separações das entidades familiares. Exclusivamente quando há litígio no rompimento dos laços conjugais é que se deve prestar mais atenção. Com isso, nesse trabalho é analisado como a alteração nos artigos do Código Civil interferiram sobre o instituto da guarda, ocasionando para a imposição do instituto da guarda compartilhada em casos de separação, até mesmo quando não haver consenso entre os genitores. Porém, cada caso é um caso, e com o aumento das dissoluções conjugais em nossa sociedade deve-se aprofundar o estudo e analisar quando a guarda compartilhada será a mais benéfica para o menor e quando não será. Com essas respectivas mudanças legais, os operadores do direito de certa forma ficam presos ao texto legal, na qual a Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.626.495/SP seguiu à risca o ordenamento jurídico, decidindo para a imposição da guarda compartilhada mesmo havendo litígio entre os genitores, e de contrapartida, o Ministro João Otávio de Noronha decidiu no REsp 1.417.868 /MG que o menor não poderia ser obrigado a conviver em um ambiente litigioso e deveria ser resguardado por uma das partes genitoras, para que de forma alguma afetasse seu desenvolvimento social, emocional e psíquico.

Palavras-chave: Melhor interesse do menor. Separação Litigiosa. Guarda Compartilhada. Análise jurisprudencial.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto de estudo “a desmistificação da guarda compartilhada e seus reais efeitos na prática”, tema não tão recente, porém, de notória

importância tanto para o mundo jurídico quanto para as relações sociais nas entidades familiares, pois, as dissoluções conjugais se tornam cada vez mais comuns em nosso país e devemos amparar os menores que estão envolvidos nesse litígio.

Com o intuito de um melhor entendimento a respeito do referido tema, o presente trabalho será dividido em três capítulos. Aonde, analisaremos a "família" de uma outra perspectiva, estudando os momentos mais remotos das entidades familiares até à chegada dos dias atuais, e o quão impactante pode ser para omenor e consequentemente para nós.

Em um primeiro momento, realizaremos um breve estudo da evolução histórica do poder familiar, veremos também os conceitos de família e poder familiar, as origens do poder familiar e por fim, a evolução conceitual do pátrio poder ao poder familiar.

Posteriormente, em um segundo capítulo, a fim de examinar o instituto do poder dever nas dissoluções familiares, comentaremos sobre o conceito de poder dever, suas origens e o seu funcionamento na sociedade atual, explicaremos também como ocorre a dissolução familiar, os impactos e consequências que podem causar em nossas entidades familiares, gerando assim a implementação da guarda.

Ainda no segundo capítulo, será explicado o conceito da palavra "guarda" e quais as modalidades de guarda existentes em nosso ordenamento jurídico. Na qual falaremos separadamente da guarda unilateral, da guarda alternada, da guarda compartilhada, detalhando de forma especial, desta última, suas vantagens e desvantagens, e por fim, do instituto do aninhamento de forma breve.

No terceiro capítulo, tendo em vista simbolizar ponto de relevância para toda a sociedade, procurar-se-á demonstrar a implementação da Lei nº 13.058/2014 e quais as consequências para os juristas da imposição do instituto da Guarda Compartilhada como regra, analisando as alterações no Código Civil e abordando vagamente sobre o que se pode interpretar com essa nova mudança.

No mesmo capítulo, analisaremos em um primeiro ponto o REsp. 1.626.495/SP relatado pela Ministra Nancy Andrighi da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça

(STJ) frente à onerosidade excessiva ao menor, na qual mantém uma posição legalista e defende a importância do respeito ao texto legal em nossa sociedade, decidindo no caso exposto a imposição do instituto da guarda compartilhada.

Ainda no terceiro capítulo, analisaremos também o Recurso Especial Nº 1.417.868/MG na qual o Ministro João Otávio de Noronha teve uma forma diferente de pensar e decidir sobre a imposição da guarda compartilhada em casais com litígio, posicionando-se contra à implementação forçada do instituto nesses casos, priorizando em sua visão o princípio do melhor interesse do menor um direito da criança.

O método de pesquisa utilizado neste trabalho foi o dogmático jurisprudencial, no qual busca-se a contribuição teórica à solução de problemas práticos, visando a racionalização das técnicas jurídicas e o aperfeiçoamento jurisprudencial.

Por fim, concluiremos a presente composição, analisando todos os pontos debatidos e analisados nos capítulos anteriores, e uma breve exposição da minha opinião sobre o tema abordado.

Portanto, firmada a exposição geral do presente trabalho, cabe dar abertura a seus capítulos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR

A família é a forma mais antiga de demonstração de afeto e união entre os seres humanos. Desde os tempos mais remotos, o ser humano se organiza em grupos, no intuito de proteção e desenvolvimento de tal equipe. É essencial para qualquer pessoa a companhia de outra, como um vínculo de afeto, carinho e proteção que só uma família pode oferecer, sendo necessária para o nosso equilíbrio emocional e até mesmo para o desenvolvimento de nossa sociedade em si, aonde juntos somos mais fortes e podemos realizar coisas grandiosas.

Existiram diversas formas de organização para com esses grupos, no qual o homem já foi o líder familiar, e a mulher também, até chegarmos nos dias de hoje em que os dois membros da entidade familiar, tanto o pai como a mãe têm a capacidade de decidir sobre a liderança dessa "equipe" familiar. Por isso é importante entendermos o significado do vocábulo "família" e identificarmos sua evolução no decorrer da história para compreender a importância dela em nosso crescimento pessoal e social.

2.1 O conceito de família e sua evolução histórica

Quanto ao sentido etimológico da palavra "família" perduram algumas dúvidas. Houve quem afirmasse que deriva do termo famulus ("servente"), fazendo correspondência ao conjunto de escravos e criados enquanto propriedade de um só homem. Houve também quem afirmasse que vem do latim fames ("fome"). Hoje trata-se de um agrupamento social que se baseia em laços de parentesco. (CONCEITO.DE, 2011)

> "Segundo o Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa de José Pedro Machado, a palavra família entrou na nossa língua, no século XVI por via culta, através do latim "família" que significava << o conjunto dos escravos da casa; todas as pessoas ligadas a qualquer grande personalidade; casa de família>>". (GONÇALVES, 2003)

O vocábulo "família" pode possuir diversos significados entre todas as áreas das ciências humanas, como a antropologia, a sociologia entre outras. No entanto, para os fins deste estudo, é importante focar aos conceitos trazidos pela ciência jurídica. Nossa legislação pátria não apresenta um conceito definido da família, mas sabemos a importância dela em nossa sociedade para a manutenção e o desenvolvimento da saúde e equilíbrio emocional de seus membros, que reflete diretamente nas atitudes de nossos cidadãos. (CUNHA, 2009)

Hoje, a família é a principal forma de organização de seres humanos, baseia em um agrupamento social que se funda tanto nos laços consanguíneos, pais e filhos por exemplo, quanto nos laços afetivos, como no casamento e na adoção.

> "Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida." (LÔBO, 2011. p.17)

Existem diversas acepções de família por diversos autores, porém entre as diversas definições das doutrinas, uma das que é mais completa e melhor sintetiza o sentido de família no ordenamento jurídico brasileiro é a de Orlando Gomes que considera "o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção. (SILVA, 2014)

Já na visão do autor Paulo Lôbo, existem duas estruturas associadas também, que é o vínculo e o grupo, no qual a partir de uma das três formas de vínculo, irá se compor o grupo que a integra.

> "Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins)". (LÔBO, 2011. p. 18)

A família pode ser considerada a primeira célula de organização social mais antiga do ser humano, a qual, historicamente, até mesmo antes do homem se organizar em comunidades sedentárias, constituía-se em um grupo de pessoas que se relacionavam a partir de um ancestral comum ou através do matrimônio. (CUNHA, 2009)

Nas entidades familiares antigas, todos os membros assumiam obrigações entre si, sob o comando de um ancestral comum, conhecido como "patriarca" e geralmente da linhagem masculina, no qual compartilhavam da mesma identidade cultural e patrimonial e eram unidas por laços sanguíneos de parentesco. Tais entidades ficaram conhecidas e denominadas como "clãs". Com o crescimento desses clãs, essas entidades familiares passaram a se unir, formando as primeiras tribos. Com isso, as entidades primitivas fundadas apenas nas relações de parentesco

sanguíneo, deu-se origem às primeiras sociedades humanas organizadas, surgindo a expressão "família". (CUNHA, 2009)

A formação dos clãs, que se dava a partir da relação de parentesco com um ancestral comum, perde espaço com o desenvolvimento de sociedades mais complexas. Visto que no Direito da Roma Antiga a expressão "família natural", formada apenas por um casal e seus filhos, originada de uma relação jurídica denominada casamento, ganha importância. (CUNHA, 2009)

O modelo familiar do Direito Brasileiro baseia-se no Direito Romano, logo é importante destacar alguns pontos. A família no Direito Romano era baseada no pátrio poder, no qual o pai da família tinha responsabilidade de cuidar e zelar pelos seus membros, liderando e exercendo o papel de chefe familiar. Com a morte do patriarca, não era a matriarca, nem as filhas que assumiam o pátrio poder, mas sim o filho primogênito e/ou a outros homens pertencentes ao grupo familiar. (NOGUEIRA, 2007)

Houve um deslocamento do poder de Roma para as mãos da Igreja Católica Romana que desenvolveu o Direito Canônico, estruturado num conjunto normativo laico e religioso que se manteve até o século XX. O Direito confundido com a justiça, era ditado pela Religião, que possuindo autoridade e poder, se dizia intérprete de Deus na Terra. (NOGUEIRA, 2007)

Os canonistas eram totalmente contrários à dissolução do casamento por entenderem que não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus e, portanto, um sacramento. A evolução do Direito canônico ocorreu com a elaboração das teorias das nulidades e de como ocorreria a separação de corpos e de patrimônios perante o ordenamento jurídico. Não se pode negar, entretanto, a influência dos conceitos básicos elaborados pelo Direito Canônico, que ainda hoje são encontrados no Direito Brasileiro. (NOGUEIRA, 2007)

Então resumidamente, a evolução da família, em especial dentro das sociedades ocidentais, baseou-se em seu princípio na consanguinidade entre seus

membros, isto é, na origem comum de seus membros, formando-se grandes grupos familiares originários de um único patriarca. Gradualmente, essa estrutura foi substituída por núcleos familiares menores, formados a partir da união entre homens e mulheres mediante um ato solene, chamado casamento, que foi consolidado e sacralizado pela Igreja Católica, a qual dominou a cultura e a sociedade das nações europeias ocidentais por mais de um milênio.

2.2 Do Poder Familiar

O poder familiar é imprescindível para tal estudo, visto que é uma característica que sempre esteve presente no seio familiar, havendo a necessidade de tal "liderança" para administração dos membros da família e de organização do bem comum dos envolvidos.

Tal instituto sofreu inúmeras transformações até os dias de hoje, passando por grandes evoluções no decorrer das mudanças das entidades familiares, visto isso, é de total relevância o estudo dessa liderança da equipe sobre os demais membros em relação ao seu significado e sua evolução histórica mundial, para entendermos como funcionava e como se deu essa trajetória histórica-social até o que temos nos dias de hoje.

2.2.1 Origens do Poder Familiar

A sociedade é um organismo vivo, por isso está sujeita à mudanças e alterações no decorrer da história. Assim como alguns costumes, avanços tecnológicos, conflitos entre países, novas descobertas científicas, a batalha para a igualdade de gênero/raça/religião entre diversas outras coisas que aconteceram e modificaram os comportamentos sociais e a sociedade em si, com as entidades familiares não seria diferente, devendo- se ressaltar os avanços no âmbito jurídico familiar. (REINALDIN, 2008. p. 8)

Sobre essas mudanças da família, tanto como ocorreram diversas transformações econômicas, políticas, culturais e sociais, geraram mudanças no âmbito do modelo familiar também, tornando-se mais que evidente a necessidade de alterações para o cuidado com os filhos, devido à profundas mudanças estruturais que incidem sobre a família. (REINALDIN, 2008. p. 8)

Graças aos avanços sociais das entidades familiares, o instituto do poder familiar foi ao longo do tempo ganhando uma nova cara, com novas regras, novos direitos e novos deveres que foram sendo acrescentados na legislação brasileira no decorrer de tal evolução.

> "O poder familiar encontra sua origem em épocas muito remotas, ultrapassando as fronteiras culturais e sociais. Instituto este, que alterou bastante no curso da história, acompanhando, em síntese, a trajetória da história da própria família. Enorme foi o passo dado nesta matéria, com o Projeto do Código Civil de 1965, ao ser estabelecido que o pátrio poder seja exercido em comum pelos pais do menor[2]. Deferiu também, a Constituição Federal vigente[3], o pátrio poder ao casal, tal como já havia sido concedido pela Lei n. 4.121/62 - Estatuto da Mulher Casada. Mantendo o princípio, o Código Civil de 2002 estatui no art. 1.631, que, durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; apenas na falta ou impedimento de um deles, outro o exercerá exclusivamente[4]. A partir de então, havendo divergência entre os cônjuges, não mais prevalece à vontade paterna, e aquele que estiver inconformado deverá recorrer à justiça, pois o exercício do pátrio poder é de ambos os cônjuges, igualmente." (CHAVES, 2011. p. 10).

Mesmo com as modificações que o tempo e os costumes foram operando, existia uma evidente influência romana aonde no antigo direito luso-brasileiro vigoravam as ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal. Existia, assim, no direito da época o poder familiar romano que fora transplantado para Portugal, compreendido como um poder do pater famílias que perpetuava durante sua existência, e somente em relação aso filhos legítimos ou legitimados, conforme disciplinavam as Ordenações Filipinas. (COMEL, 2003. p. 23)

> "Conforme os estudos de José Virgílio Castelo Branco Rocha, eram as seguintes características do pátrio poder, no antigo

> direito: a) só o pai exercia o pátrio poder, não competindo à mãe senão certos direitos relativos à obediência filial; b) a maioridade terminava aos 25 anos de idade, mas não cessava com ela o pátrio poder se o filho continuasse sob a dependência do pai; c)
>
> O pátrio poder só dizia respeito aos filhos legítimos e legitimados, não alcançando os naturais e os espúrios; d) o pai podia nomear tutor aos filhos naturais, que eram chamados à sucessão se o pai fosse peão.[6]" (COMEL, 2003. p. 24)

Os pais tinham como atribuições em relação à pessoa de seus filhos, o dever de educá-los e dar-lhes profissão, castigá-los moderadamente, exigir e aproveitar seus serviços, sem obrigação de salário, nomear tutor testamentário, defendê-los em juízo ou fora dele, e por fim contratar em nome do filho impúbere e intervir com sua autoridade. (COMEL, 2003. p. 24)

Atualmente, o poder familiar continua tendo praticamente a mesma abrangência de conteúdo, englobando um complexo de normas que dizem respeito aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens de seus filhos menores de idade e que não sejam emancipados. Como dirigir-lhes a criação e a educação, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar, nomear tutor, representá-los até os 16 anos na vida civil e por fim, exigir que lhes prestem obediência. (DINIZ, 2010. p. 569-572)

Quanto às relações patrimoniais do pátrio poder, vigorava o seguinte, cabia ao pai a propriedade e o usufruto do pecúlio profetício (dado ao filho em administração); a propriedade, a administração e o usufruto do pecúlio castrense ou quase castrense (adquiridos em profissão milita ou cargo na igreja e corte imperial); e por fim quanto ao pecúlio adventício (bens da parte materna ou cônjuge) cabia ao pai apenas o uso e os frutos se o filho estivesse sob seu poder, mas a propriedade era do filho. (COMEL, 2003. p. 24)

Por outro lado, de forma breve, hoje em dia incumbe aos pais no exercício do poder familiar, em relação à esfera patrimonial a administração dos filhos menores sob sua autoridade ou não emancipados e o usufruto sobre os bens dos filhos menores que se acham sob seu poder. (DINIZ, 2010. p. 573-575)

Nessa época a extinção do poder familiar se dava de diversas formas, porém as que mais eram comuns era quando ocorria a morte do pai ou do filho, casamento do filho, emancipação ou pelo exercício de cargos públicos se o filho fosse maior de 21 anos de idade. (COMEL, 2003. p. 25)

No mesmo sentido, sobre a extinção do poder familiar, entende Paulo Lôbo nos dias de hoje:

> "A extinção é a interrupção definitiva do poder familiar. As hipóteses legais (art. 1.635 do Código Civil) são exclusivas, não se admitindo outras, porque implicam restrição de direitos fundamentais: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade, adoção e perda do poder familiar." (LÔBO, 2011. p 305)

No entanto, com a mudança dos costumes e o avanço nas relações sociais e familiares o antigo sistema das Ordenações Filipinas já não era mais suficiente. Assim, em 1831 com a Resolução de 31 de outubro foi fixada a maioridade em 21 anos causando efeitos na emancipação do menor "dependente". Da República, anota-se o Dec. 181, de 24.01.1890, no qual criou- se uma regra de significativa importância que constituiu um marco na evolução do pátrio poder, aonde concedia à viúva o direito de exercer o poder familiar, desde que não se casasse novamente. (COMEL, 2003. p. 25)

Sob a égide da Constituição da República de 1891, continua a evolução do poder familiar sob o princípio da unidade de direção, instituído pela Lei 3.071, de 01.01.1916 o primeiro Código Civil brasileiro. Com efeito dispunha em seu artigo 233 que "o marido é o chefe da sociedade conjugal", atribuindo à figura masculina poderes para comandar e representar a família alegando que causariam perpétuas perturbações se não houvesse alguém para dirigir seus membros, porém com uma maior participação da mulher. (COMEL, 2003. p. 25)

A mulher era considera companheira, consorte e colaboradora no âmbito familiar, sendo que nessas características se encontra a mulher como amiga, sócia e auxiliar do marido. Na vida em sociedade a mulher tinha um espaço relativamente restrito, aonde começava a perder a administração de seus bens quando se casava,

não podia exercer uma profissão sem autorização do marido, na qual dessa maneira de uma sociedade machista acabava a colocando em uma situação de inferioridade e dependência do marido. (COMEL, 2003. p. 28)

Desse modo, nessa época o pátrio poder continuava a ser exercido prioritariamente pelo marido e de forma subsidiária pela esposa, visto isso na forma do artigo 233 da mesma Lei também "e, na falta ou impedimento seu, a mulher". No entanto, a doutrina foi abrindo caminho para a mulher, observado que, cada vez mais, aumentava-se a vontade na criação de seus filhos, afinal mesmo não sendo declarado na lei, a mulher participava ativamente nos encargos da criação e educação dos filhos. (COMEL, 2003. p. 28)

Mesmo que só pelo casamento se constituísse família legítima, conferia- se proteção a todos os filhos que ocorresse a autoridade paterna, ou seja, os naturais, os legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos. Por entender, que o pátrio poder era uma organização da autoridade protetora dos pais, durante a menoridade de seus filhos. Os filhos ilegítimos ficavam sob o poder da mãe nos termos do artigo 383 do referido Código. (COMEL, 2003. p. 30)

Pode-se perceber a importância da proteção dos filhos, sendo uma necessidade natural do ser humano:

> "´[...] durante sua infância, de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais [...]" (GONÇALVES, 2011. p. 412)

Em relação à extinção do pátrio poder, com a implementação desse Código, o término da sociedade conjugal em nada implicava na titularidade do pátrio poder, com reflexos apenas no direito de guarda. No qual no término amigável a guarda dos filhos seria resolvida por mútuo acordo dos cônjuges. E se o término fosse oferecido pela via judicial haveriam três possibilidades, na primeira se houvesse cônjuge culpado os filhos ficariam com o inocente, segundamente se os dois fossem culpados a decisão era baseada na lei do sexo, ou seja, até os seis anos ficaria com a mãe, e por

último permanecendo os dois culpados e a criança maior de seis anos, o filho ficaria com o pai e a filha com a mãe, para não fugir do conservadorismo machista da época. (COMEL, 2003. p. 31)

Quanto ao parágrafo anterior, o juiz poderia estabelecer a guarda de outra maneira, sempre que o interesse e o bem-estar do menor permitisse. Por outro lado, a mulher se contraísse novas núpcias perderia o direito do pátrio poder sobre os filhos do casamento anterior, alegando autores da época como Clóvis Beviláqua que a mulher seria incapaz de gerir duas famílias ao mesmo tempo, podendo prejudicar as crianças do leito anterior e falhar em suas atribuições como dona de casa e esposa. (COMEL, 2003. p. 32)

Apesar da notável hierarquia do homem sobre a mulher nesse Código, observa-se pelo menos mudanças consideráveis em relação aos melhores interesses do menor, que quando ocorria a dissolução conjugal o mais importante seria resguardar os direitos do menor protegendo e educando e consequentemente emergindo a importância da mulher na criação de sua prole, mesmo com alguns obstáculos machistas. (COMEL, 2003. p. 33)

Em 1962 a Lei 4.121 de 27.08, denominada Estatuto da Mulher Casada, introduziu ao Código Civil de 1916 algumas modificações importantes relativas ao pátrio poder, respondendo às insatisfações das doutrinas e da sociedade, que tornava a mulher relativamente incapaz com o casamento. (COMEL, 2003. p. 34)

> "Conferiu-se, desse modo, o exercício do então denominado pátrio poder aos dois genitores, malgrado tivesse colocado a mulher na condição de mera colaboradora. Reconheceu-se-lhe, todavia, o direito de recorrer ao juiz em caso de divergência entre os cônjuges." (GONÇALVES, 2011. p. 415)

A primeira está no artigo 380 que passou a atribuir a titularidade do pátrio poder tanto ao homem quanto à mulher, mesmo mantendo um certo direito de preferência para com o pai. Outra mudança bastante significativa foi no artigo 393, no qual dispunha em que se a viúva se casasses novamente não perderia os direitos do pátrio poder relativamente aos filhos do casamento anterior. Por fim, no artigo

248, que conferiu a mulher casada exercer direito sobre a pessoa dos filhos e seus bens. Esse foi o marco inicial da paridade conjugal. (COMEL, 2003. p. 35)

Quinze anos depois veio a Lei do Divórcio, que não trouxe significativas mudanças sobre o pátrio poder, foi bastante polêmica e inovadora, mas não atingiu na essência, pois seu maior objetivo foi regular a situação dos filhos submetidos ao pátrio poder, os quais passariam a viver fora do convívio simultâneo dos pais. Preenchendo omissões do Código Civil de 1916 em relação a guarda dos filhos em caso de desquite, que viria a se chamar separação judicial. (COMEL, 2003. p. 35)

Nos casos de separação litigiosa e de anulação de casamento o artigo 10 e seus parágrafos, veio disciplinar em três hipóteses novamente. Na primeira se manteve que o filho ficaria com o cônjuge inocente, embora tenha recebido críticas pois a penalidade a um dos pais "culpado" traria malefícios na relação com o filho. Na segunda aonde os dois seriam culpados, houve uma mudança radical, dessa vez os filhos independentemente da idade ou do sexo ficariam com a mãe. E na última hipótese é quando o juiz achar que o filho não deve ficar nem com o pai nem com a mãe, escolhendo pessoa idônea da família para ficar com a guarda, apenas havendo razões muito sérias. (COMEL, 2003. p. 36-37)

Outro aspecto importante tratado por essa lei em relação à omissão do Código Civil de 1916, foi no que diz respeito aos direitos do pai que não tem os filhos sob a guarda. Reconhecendo expressamente o direito de visita, de companhia e de fiscalização da manutenção e educação, nos termos do artigo 15. (COMEL, 2003. p. 38-39)

Já em 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no dia 05 de outubro, atendendo ao que muito vinha sendo aconselhado pela doutrina, causou uma revolução no Direito de Família com a modificação de apenas três artigos para fazer com que mais de cem dispositivos do Código Civil de 1916 deixassem de ser recepcionados. (COMEL, 2003. p. 39)

Inicialmente, a Constituição Federal consagrou a igualdade entre o homem e a mulher como direito fundamental, além disso quebrou o precedente do casamento como única forma legítima para constituir uma família, reconhecendo a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes como entidade familiar, ainda equiparou todos os filhos, sendo proibido qualquer discriminação conforme a filiação. Visto isso, o Código Civil de 1916 passou a ser mera legislação residual, perdendo espaço para a Constituição Federal e só vindo suprir essa lacuna catorze anos depois com o Código Civil de 2002. (COMEL, 2003. p. 40)

Assim, confirma-se a evolução do modelo de família, a vitória da afetividade sobre o determinismo biológico e a igualdade dos pais na paternidade e entre os cônjuges na sociedade conjugal. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, atento aos novos valores constitucionais, elege como destinatários do poder familiar ambos os pais e enfatiza a finalidade protetiva do menor em seu vigésimo primeiro.

> "Art. 21 O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência." (BRASIL, 1990)

Sobre a coordenação geral de Miguel Reale o projeto teve início em 1975 na Câmara dos Deputados, que só foi sancionado em 2002 com a Lei 10.406 no dia 10 de janeiro. Por sua vez, os três princípios fundamentais que serviram de inspiração para o legislador foram a eticidade, que procurava superar o apego com o antigo código, a socialidade, que procurava superar o caráter individualista, e por último a operabilidade, que visava facilitar a interpretação da lei e sua consequente aplicação. (COMEL, 2003. p. 48)

Logo, todas as grandes mudanças e alterações que o instituto da família passou, repercutiram também no conteúdo do poder familiar, que evoluiu do pátrio poder, para o que é hoje, um poder consubstanciado no melhor interesse do menor, ou seja, o poder absoluto do chefe usado em seu proveito foi substituído no poder-

dever de ambos os pais para com os interesses do filho. Em seguida, observar-se-á a mudança no referido termo, adaptando melhor às realidades sociais.

2.2.2 Evolução do Conceito: Do Pátrio Poder ao Poder Familiar

Na Antiguidade o "pater" tinha poderes ilimitados sobre os filhos, enquanto a mãe, totalmente submissa, nada podia decidir quanto à educação dos filhos. A evolução do presente instituto foi no sentido do termo "poder familiar", antes intitulado pátrio-poder, deixar de ser o poder que o pai detinha sobre a vida e morte dos filhos, passando a ser um "múnus" público, um poder/dever dos pais no interesse dos filhos. Foi em virtude do reconhecimento dos filhos como seres humanos dotados de dignidade, que se passou a reconhecer seus direitos, destacando o direito/dever de convívio com ambos os pais, independente de coabitação. (KUMPEL, 2015)

Logo, a substituição da expressão foi necessária, pois a expressão "pátrio" era denotadora da prevalência de autoridade do pai (figura masculina; cônjuge varão), reconhecendo-se tal necessidade para que não houvesse dúvidas em relação à posição da mulher em relação ao comando de seus filhos. E mesmo com a nova denominação "poder familiar" devemos salientar para o sentido de poder, óbvio que existe uma certa autoridade dos pais para com os filhos, porém, é mais no sentido de ser uma responsabilidade e dever dos pais cuidarem dos interesses do menor. (COMEL, 2003. p. 53)

Assim, o Código Civil evoluiu da denominação "pátrio poder" para "poder familiar", resguardando tanto a proteção dos menores envolvidos quanto aos direitos de igualdade adquiridos no decorrer da história pelas mulheres, que graças as suas conquistas não são mais submissas a seus maridos nem seus pais e podem exercer os mesmos direitos e deveres. (COMEL, 2003. p. 53)

3 EXERCÍCIO DO PODER DEVER NA DISSOLUÇÃO FAMILIAR

A mudança significativa no conceito de família não é mais novidade para toda a sociedade. Até pouco tempo, a estrutura de uma família convencional era simples, consistia em uma espécie de "tripé" - pai, mãe e filhos. Na qual a mãe era responsável em cuidar do lar e zelar pela educação dos filhos enquanto o pai trabalhava para sustentar a prole, exercendo um papel de "líder".

Essas mudanças na estrutura familiar foram ocasionadas pelas evoluções sociais e mundiais. Dentre os fatores mais importantes estão a inclusão da mulher no mercado de trabalho, a separação e o divórcio, a igualdade de gênero na Constituição Federal Brasileira, que contribuíram para tornar as mulheres tão responsáveis pela chefia da família quanto os homens, sendo atribuído a um dos ex-cônjuges a guarda do filho, de acordo com alguns parâmetros.

Visto isso, é necessário o entendimento do instituto da guarda e seu significado, para que facilite a compreensão e possa ser demonstrado os tipos de guarda que existentes em nossa sociedade, para que futuramente possa ser demonstrado como tais organizações familiares refletem na vida do menor e de seus pais, e consequentemente no convívio em sociedade.

3.1 Conceito

Para começar a falar sobre guarda precisamos entender o significado da palavra. Guarda é obrigação imposta para proteger e zelar a coisa que lhe foi entregue. ‘‘[...] É palavra empregada para designar a pessoa que é posta em algum lugar para vigiar o que ali se passa, defendendo o que está sob sua proteção e vigilância de quaisquer pessoas estranhas, que possa trazer dano ou prejuízo’’. (LEITE, 2011, apud TOBIAS, 2011, p. 10).

Porém neste estudo, a definição de guarda é em relação ao menor, a proteção e o zelo, podendo exercer os deveres e resguardas os direitos de seus filhos, em outras palavras:

> "É um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial." (OSORIO, 2009, apud TOBIAS, 2011, p. 11).

Sobre o instituto da guarda é importante destacar como se chegou ao que temos hoje, analisando seu contexto histórico por partes:

> "Quanto ao contexto histórico do instituto da guarda de filhos, o Código Civil de 1916, quando um casal se separava ocorria o desquite (o casamento não dissolvia), os filhos menores ficavam com o cônjuge considerado inocente. Questionando apenas a postura dos pais, para só depois dessa apreciação podia estabelecer-se de quem era o dever de cuidar de seus filhos. Dispondo sobre o princípio da isonomia entre homens e mulheres, entra em vigor a Constituição Federal de 1988, estabelecendo que a guarda dos filhos deve ser estabelecida com base no princípio da prevalência dos interesses dos menores, observando que nem sempre o cônjuge "inocente" pode preservar tais interesses. O Código Civil de 2002 em seu capítulo XI art. 1.583 a 1.590 - Da Proteção da Pessoa dos Filhos, priorizou os superiores interesses das crianças e dos adolescentes, que prevalecerão, sempre, sobre os dos adultos. Portanto, o instituto da guarda é destinado à proteção de menores de idade e ao longo das décadas, tanto a sociedade como o instituto da guarda vem passando por inúmeras modificações." (CHAVES, 2011. p. 12-13).

Observado o conceito e significado da "guarda", deve-se agora, partir da premissa do âmbito jurídico familiar e abordar sobre a origem da guarda, de onde ela advém e como é estabelecida? Por quem? E só assim será possível classificar os modelos de guarda existentes em nossa sociedade.

3.2 Dissolução Entre Famílias

Portanto, para que possa se falar de guarda deve-se analisar o ponto em que seja necessário a intervenção de um responsável para proteger o menor. Existem diversas maneiras de se ter a guarda de um "incapaz", como por exemplo a morte dos pais da criança, na adoção, entre outras. Porém nesse estudo cabe falar apenas da guarda quando se dá a separação dos pais e ocorre a disputa para decidir quem cuidará e como se dará o zelo do menor.

Logo, é importante caracterizar e demonstrar os tipos de separação que podem ocorrer em uma sociedade conjugal. Primeiramente, se comentará sobre a separação consensual que acontece quando o casal termina em "paz", não visam prejudicar a si mesmos nem a vida do filho, estabelecendo entre eles um compartilhamento desse poder-dever na vida do filho.

> "Na separação consensual havendo sintonia entre os pais, a guarda compartilhada será o modelo mais adequado a ser adotado. Os genitores devem estar sempre decidir em comum acordo sobre a vida dos filhos, com os mesmos princípios e valores que são necessários para educação dos filhos. Pelas razões expostas, verificamos que quando há respeito, amizade, maturidade entre os pais, fica fácil dividir as responsabilidades de criação dos filhos, mesmo que não morem embaixo do mesmo teto." (ROCHA, 2009. p. 32)

Por outro lado, existem casais que não aceitam bem o fim do relacionamento e agem de forma imatura e irracional, ocasionando prejuízos no dia a dia do menor e na relação para com seus pais. Essa é a separação litigiosa, na qual pode ocorrer chantagem, usar o filho como objeto de controle do ex parceiro, contar mentiras ao filho a fim de prejudicar o relacionamento com um dos pais. E nesses casos, o compartilhamento da criança se torna muito mais complicado e trabalhoso, devendo sempre afetar a vida do menor.

> "É notório que o interesse primordial do judiciário sempre será o bem do menor, sendo na guarda compartilhada ou unilateral. Quando o litígio versar sobre a guarda do menor, o primeiro aspecto a ser verificado é a necessidade de proteção e o melhor interesse da prole. Segundo Cristiane Stellato, Advogada e Presidente da Associação de Mães e Pais Separados do Brasil (AMASEP): É preciso deixar claro que a figura do "pai" é diferente da figura da "mãe" como se cada uma fosse uma peça de um quebra-cabeça, havendo a necessidade do encaixe das duas para completá-lo. Quero dizer que a criança precisa do "pai" e da "mãe", pra a formação de seu alicerce. Portanto deve- se deixar de lado o egoísmo, as mágoas, a raiva...as consequências advindas da separação em si, colocando-as em segundo plano, sabendo distinguir o "casal conjugal" do "casal parental" e dar ênfase à criança...aí tudo ótimo!! mas continuo com a visão realista, a nossa, da sociedade brasileira, voltando a repetir: " A Guarda Compartilhada é "ideal", mas viável apenas em casos de CONSENSO.38Em outro sentido, é opinião de Euclydes de Souza: Encarar o litígio como fator

> impeditivo da Guarda Compartilhada é um grande erro. A guarda conjunta pode ser imposta coercitivamente sim. E para isso, nossos magistrados sempre que possível devem procurar preservar, em seus pareceres, os laços parentais que os genitores mantinham com seus filhos antes da separação. 39 O psicanalista Evandro Luiz Silva manifesta-se no sentido de que: Se os pais estão em litígio, os problemas de obstrução de contato com o progenitor que não detém a guarda podem ficar explícitos para a criança, pois a própria palavra "visita" já é por si só restritiva, e o progenitor que detêm a guarda já será legalmente considerado "mais importante", já que é ele que tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo esta situação induzir a criança ao afastamento do outro.40 Logo, conclui o psicanalista, mesmo em litígio, a guarda compartilhada – em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos.Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da idéia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não basta algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas etc.41 Segue o mesmo raciocínio, a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta. Não é o litígio judicial que impede a guarda compartilhada, é o empenho em "litigar" em toda e qualquer circunstância desqualificando-se e colocando a criança como interlocutor e intermediário das diferenças entre os pais. É o litígio que se instaura e corrói gradativamente a possibilidade de diálogo que não se pode permitir, pois diante dele nenhuma modalidade de guarda dos filhos será bem-sucedida.42 Observa-se que as opiniões são divergentes sobre a aplicação da guarda compartilhada em casos de litigo. Para os profissionais do direito tal instituto só deve ser aplicado em separação consensual, pois existe a harmonia e diálogo entre os pais, permitindo o desenvolvimento do menor de forma adequada. Os psicanalistas entendem que o fato de haver litígio não inviabiliza a guarda compartilha porque a criança precisa ter contato com ambos independente do tipo de guarda." (DA ROCHA, 2009. p. 34-35)

Observando tais fatos, conclui-se então que a guarda pode ser entendida como o exercício dos responsáveis exercerem o poder familiar, devendo cumprir com suas obrigações, deveres e ter os seus direitos também sobre a perspectiva de tomar as decisões na vida do menor. Nesse sentido, dispõe o art. 33º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> "Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.
>
> § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.
>
> § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.
>
> § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.
>
> § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público." (BRASIL, 1990)

Conclui-se então que a guarda é um instituto jurídico ao qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos que proteja os interesses do menor e ajude para que seu desenvolvimento seja o melhor possível, visto isso, deve-se escolher a modalidade de guarda que mais favorecer ao interesse do menor, para que a separação do casal afete o mínimo possível sua vida.

> "A guarda de filhos envolve direitos e deveres que competem indistintamente a ambos os pais, ora de proteção, ora de companhia dos filhos. Por se tratar de um dos elementos do poder familiar, a guarda deve ser entendida muito mais como um dever dos pais em relação aos filhos, do que uma prerrogativa daqueles em relação a estes." (LAUX; RONDI, 2003, apud TOBIAS, 2011. p. 11).

A separação dos cônjuges, geram efeitos tanto na vida do casal como na vida de seus filhos, por isso, é importante que independentemente do tipo de separação entre os envolvidos que os direitos do menor sejam resguardados e priorizados, pois é considerado pelo Estado incapaz de responder por suas ações, devendo haver alguém responsável para orientar e administrar sua vida, e consequentemente um

tratamento com o mínimo afeto e consideração para prosperar como cidadão e ser humano.

Logo, o Estado como zelador do povo teve que se adaptar às mudanças da sociedade em relação ao aumento das dissoluções conjugais. Com isso, será abordado adiante as modalidades de guarda existentes em nossa legislação, que visam a melhor comunicação e relacionamento entre os pais com os filhos.

3.3 Modos de Guarda

Com as mudanças ocorridas em nossa sociedade e com o aumento das dissoluções das entidades familiares, foi necessário, para avançar, a Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, disciplinando a guarda compartilhada e dar nova redação aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, assim dispõem:

> "Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
>
> § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.
>
> § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:
>
> I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança;
>
> III - educação.
>
> § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.
>
> § 4º VETADO. Lei n. 11.698, de 13-6-2008.
>
> Art.1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
>
> - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
>
> - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao

> convívio deste com o pai e com a mãe. (Incisos I e II acrescidos pela Lei no 11.698/2008, Art. 42, § 5º, do ECA).
>
> § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas
>
> § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.
>
> § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.
>
> § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.
>
> § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (§§ 1º a 5º acrescidos pela Lei n. 11.698/2008, Art. 1.587 deste Código).” (BRASIL, 2008)

A guarda pode ser definitiva ou temporária, mas a qualquer tempo pode ser alterada se houver motivo relevante, ou seja, as decisões de guarda não transitam em julgado, mas fazem coisa julgada formal, daí pode-se afirmar serem passíveis de reexame, através de ação própria.

> “A guarda definitiva caracteriza-se por ser estabelecida em processo de cognição exauriente, no qual chega-se à conclusão, após o exame verticalizado da situação fática e jurídica, que o menor deve ficar sob os cuidados de determinada pessoa (tutor, pais adotivos, curador ou meramente guardião, nas hipóteses de guarda satisfativa), até que, em princípio, o guardado atinja a plena capacidade, só podendo ser alterada se houver fato novo, ou seja, se sobrevier a modificação da situação factual que serviu de arrimo para a regulamentação dessa guarda dita definitiva.” (GESSE, 2001, apud TOBIAS, 2011, p. 15).

3.3.1 Guarda Unilateral

A guarda "preferida" pela maior parte da doutrina é a guarda compartilhada, porém nem sempre é viável um acordo entre os pais, devendo o juiz atribuir a um deles a guarda, essa é a chamada guarda unilateral. Pode também ser atribuída à um terceiro quando o juiz não achar que um dos pais esteja apto para oferecer o melhor para a criança. (LÔBO, 2011. p. 192)

No divórcio judicial convencional o casal pode definir com quem ficará a guarda do menor visando o melhor interesse da criança para que um ou outro que tenha mais capacidade ou tempo possa oferecer melhores condições no dia a dia de seus filhos, tal motivação deve constar em respectivo instrumento e assinado pelos cônjuges que pretendem o divórcio. (LÔBO, 2011. p. 192)

Como já foi visto, a guarda antigamente ficava para o cônjuge que não tivesse "culpa" para o fim do matrimônio, ou seja, a parte inocente. No entanto, observado que o objetivo principal agora seria de acordo com o princípio do melhor interesse da criança, revogou-se o artigo 10 da Lei n. 6.515/77, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa a separação judicial. Logo, atualmente, o juiz levará em conta na sua escolha, o genitor que ofereça melhores condições para criar o menor, não se confundindo com o que tiver em melhores condições financeiras: (LÔBO, 2011. p. 193)

> "A Lei n. 11.698/2008 indica os seguintes fatores de melhor aptidão para a atribuição da guarda unilateral a um dos pais: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; a saúde e a segurança; educação. Essa enunciação não é taxativa, nem segue ordem de preferência." (LÔBO, 2011. p. 193)

A saúde, segurança e educação são fatores importantíssimos para a criança, e nesse caso não pode vir a prejudicar um dos pais que não tenha condições financeiras melhores que o outro, afinal, a fixação do não-guardião irá suprir a deficiência financeira do genitor que for escolhido para a guarda unilateral. (LÔBO, 2011. p. 193)

3.3.2 Guarda Alternada

Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada em nossa legislação, porém, tem sido bastante utilizada no dia a dia dos brasileiros, aonde os pais se alternam na guarda dos filhos, e nessa alternância, cada um exerce com exclusividade a sua guarda, não se confundindo com a guarda compartilhada. (ORTEGA, 2017)

Conforme ressalta a autora Maria Berenice Dias:

> "[...] guarda alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação Brasiléia e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens." (DIAS, 2011. p. 528)

Na guarda unilateral não há acordo entre os pais, necessitando da intervenção do juiz nesses casos, já na guarda alternada, existe um certo consentimento do casal para a alternância da guarda do seu filho, por isso é uma espécie de guarda que se aproxima da guarda compartilhada. Sobre esse consentimento entre os pais, que é como se fosse um acordo estipulado, na guarda alternada, doutrina Paulo Lôbo:

> "Uma modalidade que se aproxima da guarda compartilhada é a guarda alternada. Nesta, o tempo de convivência do filho é dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um e de outro. Por exemplo, o filho reside com um dos pais durante o período escolar e com outro durante as férias, notadamente quando as residências forem em cidades diferentes. Alguns denominam essa modalidade de residências alternadas. "Em nível pessoal o interesse da criança é prejudicado porque o constante movimento de um genitor a outro cria uma incerteza capaz de desestruturar mesmo a criança mais maleável". A doutrina especializada recomenda que sua utilização deva ser feita em situação excepcional, porque não preenche os requisitos essenciais da guarda compartilhada, a saber, a convivência simultânea com os pais,

> a corresponsabilidade pelo exercício do poder familiar, a definição da residência preferencial do filho." (LÔBO, 2011. p. 204)

3.3.3 Aninhamento ou Nidação

Essa espécie de guarda não é mais utilizada nos países europeus, aqui no Brasil não. Primeiramente devemos entender o significado da palavra, e só assim poderemos estabelecer uma conexão com o funcionamento deste tipo de guarda. Aninhamento têm o sentido de "pôr no ninho", ou seja, manter o filho em uma única residência. (ORTEGA, 2015)

Nesse sentido, a palavra "ninho" faz relação com a residência do filho, logo, os filhos permanecem no mesmo domicílio que o casal morava antes da dissolução conjugal e os pais revezam entre si. Esse tipo de guarda não está expresso em nosso ordenamento, pois observa-se a dificuldade econômica que seria sustentar a residência dos filhos e sua própria residência: (ORTEGA, 2015)

> "A guarda por aninhamento ou nidação é um caso raro, onde os pais se mudam para a casa do filho em periodicidade alternada. Diferentemente da guarda alternada, onde são os pais que se mudam de tempos em tempos para a casa onde vivem os filhos. Este modelo de guarda e pouco praticado e também não é aconselhável, pois traz a mesma insegurança e descontinuidade familiar que a guarda alternada." (ROCHA, 2009. p. 21).

3.3.4 Guarda Compartilhada

Após citar todas as espécies de guarda, por fim, chegou a vez da guarda que é vista como a menos prejudicial e a que gera mais efeitos positivos na vida do menor, pela maior parte da doutrina. Logo, é importante conhecer a origem da guarda compartilhada pelo mundo:

> "A guarda compartilhada teve sua origem na Inglaterra, ou seja, nasce dentro do sistema common law, na década de 1960, onde ocorreu a primeira decisão relativa ao instituto joint custody. O interesse maior da criança e a igualdade parental

> foram privilegiados nas decisões inglesas, fazendo repercutir nas províncias canadenses da common law. De lá passou à França, espalhou-se pela Europa, depois atravessou o Atlântico penetrando no Canadá, alcançando, inclusive, os Estados Unidos, que atualmente aplica a noção de guarda compartilhada na maioria de seus Estados, objetivando o equilíbrio dos direitos do pai e da mãe." (CHAVES, 2011. p. 22).

Notada a importância desse equilíbrio de direitos entre os pais, e visando fortemente a proteção da pessoa do menor, é importante ressaltar os efeitos da separação conjugal em suas vidas. A guarda compartilhada é orientada para manter viva a relação dos pais e filhos, com objetivo de desenvolver o vínculo afetivo ao proporcionar maior tempo de relacionamento dos filhos com os pais após a dissolução do vínculo conjugal. E protege um bem precioso: a vida do ser humano em sua formação, a criança e ao adolescente, cujos direitos têm prioridade no plano constitucional:

> "As consequências da separação conjugal, na vida dos filhos, diminuem, pois a "guarda conjunta preservaria o relacionamento pais-filhos, proporcionando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda. Guarda conjunta ou compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas todos outros atributos da autoridade parental são exercidos em comum, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única, ou seja, é a divisão da guarda jurídica." (COUTO, 2007, apud TOBIAS, 201., p. 25).

Antigamente a guarda do menor ficava com a mãe, pelo fato da maior aproximação, aleitamento e aconchego do bebê durante a gestação que havia com a mãe. Passando essa fase, a guarda única materna afastaria a relação com o pai no crescimento da criança, com as tais visitas quinzenais. Por isso é importante a guarda compartilhada nesse aspecto:

> "A modalidade de guarda única poderá transformar-se, na prática, em guarda compartilhada, desde que cada um dos genitores proporcione ao outro um contato muito frequente com o filho e ambos procurem decidir conjuntamente as questões que a estes dizem respeito. Havendo acordo entre os

> pais, pode existir a guarda compartilhada, sem a necessidade de chancela jurisdicional." (SALLES, 2001. p. 84).

Com o aumento das dissoluções de entidades familiares, e a mudança nos papéis nas funções parentais, quebra-se o paradigma de que apenas a mãe é a maior interessada na guarda dos filhos, sendo importante destacar também o papel dos pais para o desenvolvimento do menor e o aumento de interesse particular dos homens na questão presencial do crescimento de seu filho:

> "A legislação e a maioria dos julgados reduzem a figura paterna a um mero visitador sazonal e se esquecem do direito de a criança ter um pai presente, confundindo-o com a figura do cônjuge. As visitas, frequentemente, são o motivo de disputas entre os pais, provocando uma diminuição de disponibilidade dos pais para com os seus filhos, que acabam, ante as dificuldades encontradas, desapaecendo." (GRISARD FILHO, 2000. p. 163).

Tanto os pais como as mães, eles formam um vínculo com o menor durante toda sua vida, desde o nascimento até a morte. Por isso quando ocorre a separação dos pais, é fundamental a convivência com sua prole, pois o afeto, o carinho e toda a relação de pais e filho é importantíssimo para o desenvolvimento da criança, e é necessário a participação no seu dia a dia para que todo o suporte que o menor precise lhe seja oferecido e não falte nada emocionalmente, fisicamente e psicologicamente no decorrer de seu amadurecimento:

> "A continuidade das relações paterno e materno-filiais, ou seja, a manutenção do vínculo co-parental após o divórcio, a proteção dos filhos dos conflitos parentais e o respeito ao direito de estes manterem uma adequada comunicação com ambos os genitores, mais do que quem fica com eles, são os melhores prognósticos que a guarda compartilhada pode oferecer ao desenvolvimento da personalidade do menor." (GRISARD FILHO, 2000. p. 165).

Conclui-se então que temos a guarda compartilhada como uma forma de equilibrar os dois lados do poder familiar, dando o poder de conduzir a vida de seus filhos:

> "A guarda compartilhada mostra-se como único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os pais na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou a mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com

> vantagens, à guarda única, que frustra a adequada convivência do menor com o não guardião." (GRISARD, 2009, apud TOBIAS, 2011. p. 22)

Analisado que a guarda compartilhada é necessariamente uma espécie de guarda com bastante serventia tanto para os pais como para o melhor interesse do menor, deve-se que fazer um estudo mais profundo para que possa se identificar as verdadeiras consequências desse estilo de vida, logo suas vantagens e desvantagens.

3.3.4.1 Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada

Em regra, o menor é confiado à guarda de um só dos pais, que é a guarda única. Diante desse modelo, é largamente utilizada a guarda alternada e, modernamente, a guarda compartilhada. Qualquer modelo, entretanto, apresenta vantagens e desvantagens, como será apresentado a seguir, começando pelas vantagens:

> "A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (na guarda alternada, cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda; todavia, não deixa de ser exclusiva). Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. É induvidoso, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta.No contexto da guarda compartilhada, norteado pela continuidade das relações pais-filhos e a não-exposição do menor aos (devastadores) conflitos parentais, os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os, consequentemente, bem mais ajustados emocionalmente.[...] A guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade – a necessidade de escolher entre seus dois pais. [...] A guarda compartilhada eleva os padrões éticos dos pais, quando reconhecem que, para o filho, o ex-cônjuge tem a mesma importância que eles, evitando que a criança tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar. Seu crescimento foi tão rápido que ainda não puderam determinar o significado desse tipo de família para homens, mulheres e crianças. Mostram que. Indubitavelmente, as boas relações entre pais e

> filhos pode ter uma importância decisiva no bem-estar psicológico e na autoestima dos filhos do divórcio; que, particularmente, os adolescentes são vulneráveis quando privados do relacionamento com o pai; que há um crescimento do intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher tanto no trabalho como na família; que a guarda compartilhada incentiva compromissos tácitos relativos à pensão do filho. A guarda compartilhada [...] desenvolve nos homens e nas mulheres uma genuína consideração pelo ex-parceiro em seu papel de pai ou mãe. Ambos percebem que têm de confiar um no outro como pais. Reforçam-se, assim, mutuamente como pais, significando para eles, apesar de separados, continuar a exercer em conjunto o poder parental, como faziam na constância do casamento." (GRISARD FILHO, 2000. p. 167-172).

Abaixo serão listadas algumas vantagens da guarda compartilhada em estudo feitos nos EUA, pelo psicanalista Sergio Nick, porém é necessário atentar para a diferença de cultura, de costumes entre nossos países logo, não significa que os resultados serão os mesmos: (SALLES, 2001. p. 93-94).

> "Estudos que analisaram a auto-estima constataram que as crianças em guarda conjunta possuem um melhor bem-estar-ser em relação àquelas que vivenciam a guarda única;
>
> Crianças com guarda compartilhada são mais ativas que as que viviam com um dos pais ou aquelas de famílias intactas, tendo menor retraimento;
>
> Em vários parâmetros indicativos, a boa adaptação é elemento comprobatório das crianças que vivenciam a guarda compartilhada;
>
> o relacionamento com os pais é mais facilmente desenvolvido e com melhores resultados em menores que estão no exercício da guarda conjunta;
>
> a visitação é mais frequente e o tempo despendido com a criança maior. Daí decorre outra conclusão muito satisfatória de que as crianças que passam mais tempo com o pai aceitam-no mais facilmente e mais bem ajustada será a mesma. A relação que as crianças detentoras de guarda única vivenciavam eram parecidas com uma relação com um tio/tia, indicando o decréscimo de convivência e intimidade que, idealmente, espera-se que a criança tenha com seu genitor;
>
> desenvolvimento psicoemocional das crianças que desfrutam da guarda compartilhada é de grau mais elevado, propiciando experiências mais positivas;
>
> as crianças do grupo da conjunta são mais pacientes;

> as mães que compartilham a guarda com seus ex-conviventes são mais satisfeitas de modo geral, logo, também, são mais satisfeitas com o valor do pensionamento;
>
> os países que adotam a guarda conjunta são menos pressionados pelas responsabilidades de criar filhos do que aqueles de guarda única;
>
> crianças em guarda conjunta possuem escores similares aos de crianças de famílias felizes;
>
> a guarda conjunta é um fator encorajador da cooperação entre os pais, desencorajando atitudes egoístas.[119]." (SALLES, 2001. p. 93-94).

As vantagens que a aplicabilidade da lei da guarda compartilhada (Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014.) trazem tanto na vida do menor como na de seus pais são perceptíveis: (BRASIL, 2014)

> "Sob o ponto de vista do bem-estar da criança, não restam dúvida das vantagens do compartilhamento das responsabilidades parentais. Sendo assim, se constrói o consenso que a guarda compartilhada é o melhor modo de os pais cuidarem dos filhos quando do rompimento da relação conjugal. Este novo modelo de responsabilidade parental consiste numa modalidade de guarda onde ambos os genitores têm a responsabilidade legal sobre os filhos menores e compartilham, ao mesmo tempo e na mesma intensidade, todas as decisões importantes relativas a eles, embora vivam em lares separados." (CHAVES, 2011. p. 27).

Reconhecendo a importância de tal lei para a vida do menor e dos pais, o impacto que causa em suas vidas, dar-se-á continuidade sobre as vantagens de tal instituto:

> "Daí concluir que, a guarda compartilhada possui pontos favoráveis, tais como: maior responsabilidade dos genitores ao atendimento das necessidades dos filhos; maior interação do pai e da mãe no desenvolvimento físico e mental das crianças; menos atrito entre os ex-cônjuges, pois deverão, em conjunto, atender as necessidades dos filhos por um caminho de cooperação mútua. Assim, a guarda compartilhada não deixa de reafirmar a igualdade parental desejada pela Constituição Federal. Os genitores continuam a ter participação na vida do menor como se dava no período em que viviam sobre o mesmo teto, de forma que sempre prevalecerá o melhor interesse do menor." (CHAVES, 2011. p. 30).

Percebe-se então, que a guarda compartilhada disponibiliza na vida do menor uma série de vantagens que favorecem o seu desenvolvimento, fazendo com que os pais mantenham um contato maior com sua prole e assim priorizando o princípio do melhor interesse do menor.

Uma das desvantagens encontradas é sobre a forma de manipulação dos pais para a influência do valor da pensão alimentícia, que infelizmente é uma situação bem rotineira nos costumes brasileiros, daquele famoso "jeitinho brasileiro":

> "De acordo com o trabalho realizado pelo psicólogo Sergio Nick, haveria, também, outras desvantagens que se centram na praticidade de tais arranjos quando há um conflito continuado entre os pais. A exemplo, quando o sistema de guarda conjunta for adotado como meio de redução de pensão alimentícia; a inviabilidade de tal inovação nas classes com poder aquisitivo baixo; risco para fluidez ambiental por ser inerente da guarda compartilhada provocar confusão na mente da criança." (SALLES, 2001. p. 104).

É deprimente ver o controle dos pais nessa "falsa preferência" pelo instituto da guarda compartilhada como meio de reduzir a pensão. Logo, após a caracterização do instituto, é notável o porquê da preferência da doutrina por essa modalidade de guarda, porém, apesar de parecer um instituto perfeito, sabe-se que na prática não é bem assim que funciona, e tais desvantagens dependendo do grau de intensidade poderão trazer malefícios permanentes para a vida do menor. E um dos pontos que abrem portas para tais devastações é a Síndrome da Alienação Parental.

A SAP é tão "perigosa" que foi criada uma lei (Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010.) para proteger os interesses da criança e do adolescente punindo o alienante. Tal síndrome é extremamente prejudicial para o desenvolvimento social, emocional e psicológico da criança, por isso deve ser aprofundado seu estudo, para que possa reduzir os danos nas relações familiares. (BRASIL, 2010)

Enfim, mesmo a guarda compartilhada sendo considerado o melhor instituto, na maioria das vezes as separações são litigiosas, trazendo toda essa carga do término de uma relação para o convívio com o filho. E como nossa legislação foi alterada, basicamente tornando a Guarda Compartilhada como regra, é importante os

prejuízos de uma relação "forçada" e o que ela pode acarretar para o menor nesse "jogo" do casal litigante.

Logo, em nosso mundo jurídico, não se pode parar os estudos sobre o instituto da guarda compartilhada, sendo que, sempre podemos melhorar algum ponto e chegar em um instituto quase perfeito, ou que cause o mínimo de danos possível a essas crianças, seja alterando a Lei ou aperfeiçoando os serviços de auxílio para essas famílias que no processo de desconstituição precisam de um apoio.

Por fim, no próximo capítulo tal estudo citado acima será aprofundado, ampliando no mundo jurídico a evolução deste instituto, para que a relação dos pais com os filhos seja mais próspera e mais pacífica, objetivando sempre o melhor interesse do menor e de uma vida equilibrada, livre de "chantagens" entre os pais.

4 A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA

Após abordar a evolução histórica do poder familiar, falar sobre suas origens e evolução conceitual, sobre a forma de exercício de tal poder dever em dissoluções familiares, e de explicar os tipos de dissolução tanto quanto as modalidades de guarda que advém de tais separações, e por fim, observar que a regra estabelecida é a guarda compartilhada, é importante discuti-la mais a fundo, pois é uma regra que pode trazer enormes consequências para o futuro do menor e conjuntamente refletir em nossa sociedade.

A parte dominante da doutrina defende que a guarda compartilhada é a melhor modalidade oferecida pelo Estado para o melhor interesse da criança, tanto que foi instaurada como a regra em nosso ordenamento jurídico. No entanto, é importante destacar o outro lado da moeda, pois aprofundando este estudo poderemos ter uma percepção mais ampla e que será mais favorável aos menores, logo, se trata de um tema de extrema relevância tanto para o mundo jurídico como para a população brasileira.

Com isso, neste capítulo será estudado decisões judicias, doutrinas, e posicionamentos tanto contra quanto a favor da instauração da guarda compartilhada

como regra e seus reais efeitos e consequências que podem gerar no relacionamento das entidades familiares no Brasil.

4.1 Consequências da Lei nº 13.058/2014 no Instituto da Guarda Compartilhada

Já se sabe que a guarda compartilhada é tida como a mais favorável ao menor pela maioria de nossos doutrinadores.

> "A maioria da doutrina é favorável à guarda compartilhada, não obstante as decisões judiciais ainda serem, em grande parte, a favor da guarda exclusiva. Segundo dados do IBGE, as guardas de filhos atribuídas à mãe representam 92,7% na separação e 90,3% no divórcio; atribuídas ao pai são 4,4% na separação e 5,7% no divórcio; ambos são responsáveis pela guarda na proporção de 2,4% na separação e 2,7% no divórcio.[1]" (QUINTAS, 2010. p. 67)

Por isso, houve a criação da lei nº 13.058/14, que alterou o parágrafo segundo do artigo 1.584 do Código Civil, no qual, "impõe" que deverá ser aplicada a guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais do menor, e os dois estiverem aptos a exercer o poder familiar, salvo se um dos genitores/ascendentes não desejarem a guarda da criança.

> "Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).
>
> II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).
>
> § 2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008)." (BRASIL, 2014)

Com tal alteração no texto legal, "sugerindo" a aplicação da guarda compartilhada caso os pais não cheguem à um consenso, os magistrados devem tomar muito cuidado, pois terão de analisar até que ponto a guarda compartilhada realmente será benéfica para os genitores, mas, principalmente para o menor, pois o bem jurídico inviolável dessa relação é o princípio do melhor interesse do menor.

> "[...] O melhor interesse do filho dependerá de cada caso. A criança como ser em desenvolvimento demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, portanto, interesses diferentes. As crianças são "seres singulares e mutantes".[55] Deste modo, impõe-se ao juiz um poder discricionário. Segundo Guilherme Strenger,[56] o juiz deveria buscar o que fosse mais vantajoso ao modo de vida da criança, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e equilíbrio." (QUINTAS, 2010. p. 59)

Afinal, essa "brecha" no texto legal dá a entender, principalmente para os positivistas que a guarda compartilhada pode ser imposta aos pais, apenas em caso de recusa por um dos dois, que será desvalidada tal hipótese. Logo, deve ser feita uma análise das vantagens e desvantagens dessas mudanças, afinal, temos em nosso mundo jurídico magistrados que vão juntamente com o texto legal por se tratarem de profissionais positivistas e teremos magistrados que não aplicarão a guarda compartilhada, pois acreditam mais em seus "instintos" e princípios pessoais.

Especialistas em direito de família acreditam que os benefícios dessa alteração na Lei se darão mais para os casais que terminam a relação em paz e harmonia, porém para os casais que se separam litigiosamente a lei não trará avanços significativos. Pois casais que vivem brigando e se desentendendo, não vão com uma decisão judicial, do dia para noite, começar a se entender. (CENTOFANTI, 2014)

> "Essa lei pressupõe conversa e consenso. Seu viés social é muito bonito, mas os casais que brigam não vão deixar de brigar por causa dela", afirma Beatriz Kestener, advogada cível e sócia do escritório Mattos Muriel Kestener Advogados." (CENTOFANTI, 2014)

Quando ocorre a separação litigiosa o processo de guarda se torna bastante complicado, pois caberá ao juiz decidir o que for melhor para o menor, estabelecendo um reequilíbrio na vida da criança. (STRENGER, 1998. p. 116)

> "A separação litigiosa está sempre sujeita a inúmeras vicissitudes, especialmente em relação à vida dos filhos menores, que não poucas vezes ficam à mercê das marchas e contramarchas das desavenças conjugais, o que torna a participação do juiz muito mais insinuante, porquanto atua como poder moderador, visando reestabelecer o equilíbrio que resulte em adequada colocação dos filhos menores nos planos afetivo, educacional e patrimonial." (STRENGER, 1998. p. 116)

Está evidente a importância da participação do magistrado nesses casos, devendo o juiz sempre buscar o melhor interesse do menor, portanto, sendo amparado pelo texto legal para decidir o melhor destino para a criança. (GONÇALVES, 2014. p. 293)

> "Deve-se sempre dar primazia aos interesses dos menores. Em questões de família, a autoridade judiciária é investida dos mais amplos poderes. Por isso, o art. 1.586 do Código Civil permite que, a bem deles, o juiz decida de forma diferente dos critérios estabelecidos nos artigos anteriores, desde que comprovada a existência de *motivos graves*. A questão da guarda admite revisão, sempre a bem do menor, com base no princípio *rebus sic stantibus*, não havendo coisa julgada." (GONÇALVES, 2014. p. 293)

Os problemas que a lei traz quando impõe a guarda compartilhada como regra devem ser melhor estudados, pois nas separações litigiosas, os efeitos negativos das desavenças dos genitores podem refletir no menor e afetar diretamente em seu crescimento emocional, social, entre diversas outras áreas que uma criança estará construindo nessa época de desenvolvimento e amadurecimento pessoal que ocorre na menoridade. (URAGUE, 2016)

> "Por fim, há que se salientar que, tornar obrigatória a guarda compartilhada, justamente na situação em que exista conflito entre os genitores, poderá acarretar em inúmeros outros problemas e conflitos, gerando, por consequência, prejuízos também à criança, que se vê no meio e como causador desse cenário." (URAGUE, 2016)

Porém, existem operadores do Direito que acreditam na total importância das figuras dos genitores no desenvolvimento da criança e do adolescente, sendo que uma das partes não terá a capacidade de exercer o papel de pai e mãe ao mesmo tempo. Logo refletirá diretamente no melhor interesse do menor. (ALMEIDA, 2016)

> "Com o término de uma relação conjugal de forma litigiosa, onde os cônjuges não procuram em nenhum momento satisfazer os interesses de seus filhos é que a aprovação da nova lei da guarda compartilhada (Lei 13058/2014) veio a calhar, pois, o legislador tenta buscar através do novo instituto uma forma de se amenizar o conflito psicossocial causado para os filhos menores." (ALMEIDA, 2016)

Na mesma linha de pensamento, sobre a importância das duas figuras dos genitores, posicionam-se outros operadores do direito:

> "Atualmente falar sobre a dissolução da conjugabilidade e guarda compartilhada está na própria realidade social e judiciária, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos. (...) Na sociedade atual já não são mais defensáveis as pretensões dos ex-cônjuges de sozinhos exercerem as funções de pai e mãe, pois se tem consciência que há necessidade das funções parentais sejam preenchidas de forma igualitária por seus pais, para o desenvolvimento emocional saudável." (ALMEIDA, 2016)

4.2 Análise dos Efeitos Gerados Pelo REsp. 1.626.495/SP

Agora que foi estudado a alteração no parágrafo segundo do inciso II no artigo 1.584 do Código Civil, e percebemos a força da lei em tornar a guarda compartilhada como a regra dentre as modalidades de guarda, devemos nos atentar para as consequências dessa mudança no dispositivo legal para o mundo jurídico e seus reflexos nas entidades familiares, vendo de qual forma realmente se aplica.

Mas, para falar desta enorme conquista da nova geração, é importante comentar como funciona esse instituto no Direito estrangeiro, que já é utilizada há muito tempo como forma de superar as limitações que o sistema de visitas ocasiona:

> "Na França, desde 1.976, a jurisprudência vinha admitindo a modalidade de guarda conjunta consensual, finalmente convertida em lei[1], pela qual o juiz deveria fixar a autoridade parental (equivalente ao nosso pátrio poder, hoje poder familiar), de acordo com os interesses e necessidades do filho. No Canadá e na Inglaterra, o instituto também ganhou prestígio. Enquanto para aquele a separação dos cônjuges não deve gerar sentimento de perda para nenhuma das partes envolvidas, especialmente para os filhos, do que decorre a presunção da guarda conjunta como a que mais atende aos interesses do menor, o Direito Inglês divide as responsabilidades decorrentes do pátrio poder entre pai e mãe, cabendo prioritariamente à mãe os cuidados diários com os filhos (care and control), conferindo- se ao pai o poder de dirigir conjuntamente vida dos menores (custody)[2]. Esclarecem os estudiosos que é o modelo estado unidense que mais se assemelha ao nosso modelo de guarda compartilhado, a *Joint Custody* deles. No entanto, há de se observar as

> peculiaridades do Direito daquele país sobre o assunto[3] e, ainda, que os estados americanos ainda tratam do tema de forma diversa um do outro.[4]" (MIGUEL, 2015. p. 57-58)

No Brasil, foi-se admitindo discretamente a fixação da guarda compartilhada, como cláusula estabelecida de comum acordo, nas separações consensuais. E um dos motivos que deu origem à Lei 13.058/14, é de que os juízes e Tribunais estavam aplicando da maneira indesejada, em função das "dúvidas" sobre a real eficácia de tal instituto. (MIGUEL, 2015. p. 60)

Com isso, os operadores do direito tiveram de impor seu pensamento. E foi então, que com base no dispositivo legal, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi responsável por uma ação de divórcio, precedida de ação cautelar preparatória, com pedidos de fixação de guarda, regime de visitas e partilha de patrimônio entre o pai e a mãe de uma adolescente (REsp 1.626.495/SP), aonde nesta disputa judicial julgou que deveria prevalecer a guarda compartilhada mesmo havendo desavença entre os pais. Segundo a Ministra Nancy Andrighi não importa a desavença do casal, o que importa é o interesse da criança (BRASIL, 2017)

O texto legal do artigo 1.584 do Código Civil realmente deixa a entender que a guarda compartilhada é prioridade a ser implantada, devendo ser deixada de lado apenas nos casos em que um dos pais recusem a guarda, neste pensamento a ministra Nancy Andrighi aborda mais uma vez:

> "Para Andrighi, a nova redação do artigo. 1.584 do Código Civil mostra, com força vinculante, a preponderância da guarda da guarda compartilhada. Segundo a ministra, o termo "será" não deixa margem para debate e estabelece a presunção de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, esse vai ser o sistema eleito.
>
> Ao levar seu voto para debate com os outros ministros, a relatora contou uma situação ocorrida enquanto ocupava o cargo de Corregedora-Nacional de Justiça.
>
> Diante da resistência de magistrados a respeitarem a prevalência da guarda compartilhada nesses casos de desavença entre os pais, foi preciso, segundo ela, baixar uma

> recomendação para que os juízes fiquem atentos à lei que rege a guarda compartilhada.
>
> "O que estamos vendo Brasil afora é que os juízes se negam terminantemente a cumprir o que diz a legislação", explicou Andrighi. "Relutei muito, pois é um ato antipático. Mas me senti no dever, já que existe uma lei em vigor no território nacional", afirmou." (MUNIZ, 2016)

O Superior Tribunal de Justiça destacou que em caso de disputa de guarda definitiva realmente não seria necessário o consenso dos pais para haver a aplicação da guarda compartilhada: (GONÇALVES, 2014. p. 297)

> "[...]pois o foco é o melhor interesse do menor, princípio norteador das relações envolvendo filhos. O entendimento de que é inviável a guarda compartilhada sem consenso fere esse princípio, pois só observa a existência de conflito entre os pais, ignorando o melhor interesse da criança. Não se busca extirpar as diferenças existentes entre o antigo casal, mas, sim, evitar impasses que inviabilizem a guarda compartilhada" (GONÇALVES, 2014. p. 297)

No referido REsp acima, a ministra conclui em seu voto, para dar provimento ao recurso especial e cassar o acórdão do tribunal de origem determinar o retorno do processo ao juízo ad quo para estabelecer a guarda compartilhada, pois neste caso, foram ignorados os elementos dos autos aonde mostram que o pai do menor - recorrente – é uma pessoa apta e responsável para cuidar de seu filho, logo, se tornando totalmente um afronto ao texto legal. (MUNIZ, 2016)

A guarda compartilhada tem o intuito de proteger o melhor interesse da criança, pois é um direito do menor, não dos pais. No REsp analisado pela 3ª Turma do STJ, podemos perceber que o pai quase foi excluído da vida do menor, ou seja, o prejuízo seria não só para o pai que perderia o convívio com seu filho, mas especialmente para o menor que perderia um de seus pilares para formação psicológica e social.

A Lei nº 13.058/2014 foi criada com o objetivo de tornar igual a participação dos pais nas decisões tomadas a respeito de seus filhos. Logo, é imprescindível a participação do juiz caso necessite, já que a prioridade deve se dar no intuito de preservar a relação do filho com seus pais, baseado no princípio do melhor interesse

do menor. (RODRIGUES, Séfora; MURBACH, Allana; SPAGOLLA, Jessica; RODRIGUES, Sirley, 2016)

> "Portanto, é mais lógico que a real intenção dos legisladores é manter os laços familiares da criança intactos. Ela é o ponto de partida para a decisão judicial e a sua integridade emocional e psicológica está colocada acima de qualquer outro interesse existente, motivo que justifica a possibilidade de imposição judicial da guarda no texto da lei." (RODRIGUES, Séfora; MURBACH, Allana; SPAGOLLA, Jessica; RODRIGUES, Sirley, 2016)

A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, sendo o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entres os pais separados, mesmo que isso demande deles uma nova reestruturação e adequações diversas em suas atitudes. No intuito de proporcionarem um ambiente mais favorável ao menor e construir, durante sua formação, um ideal psicológico de duplo referencial. (BRASIL, 2016)

A imposição judicial do período de convivência do menor sob o regime da guarda compartilhada, das atribuições de cada um dos pais, é medida extrema quando os genitores não chegarem à um consenso, porém necessária a implementação dessa visão, para que não se faça do dispositivo legal, mero pedaço de papel: (BRASIL, 2016)

> "[...] a guarda compartilhada, como regra geral, constitui opção legislativa que deve ser respeitada, ressalvando-se, obviamente e como sempre, ao Magistrado, no exame de cada caso, determinar outra forma de guarda que, por não ser aquela que garante a distribuição equitativa da convivência entre os genitores e o menor, possa atender (mal atender, diga-se de passagem) o real interesse do menor, nas circunstâncias que apontar, justificadamente.[7]
>
> As dificuldades na implementação da guarda compartilhada não podem mais ser invocadas como obstáculo genérico à sua imposição, para, a priori, desconsiderá-la em qualquer universo" (MIGUEL, 2015. p. 60)

A existência da figura materna e da paterna são de extrema importância para o menor e seu desenvolvimento pessoal, sendo assim. Ele terá duas referências em

sua vida, convivendo com qualidades e defeitos de ambos os pais, podendo enriquecer mais suas caraterísticas como ser humano.

> "07. Nessa linha, afirma Marlise B. Scretas:
>
> Na sociedade moderna, a divisão de tarefas dentro de uma família entre seus membros e a especial atenção que os pais dedicam à prole é medida necessária para garantir a funcionalidade e o sucesso da intermediação entre a família e o mundo social. A convivência com ambos os genitores propicia o desenvolvimento potencialmente sadio da criança, possibilitando a esta vivenciar modelos diferenciados com cada um dos adultos que a assistem, enriquecendo suas relações e seu mundo interno. Os conflitos de lealdade entre pais e filhos, que são contumazes em situações de separação, são desta forma mitigados, o sentimento de exclusão do genitor preterido na guarda unilateral dá lugar ao favorecimento ode maior intimidade entre pais e filhos, bem como a possibilidade deum convívio mais centrado na criança e não nas dificuldades do casal." (BRASIL, 2017)

Os obstáculos apesar de existirem, são considerados superáveis por essa corrente doutrinária. Segue abaixo, alguns dos motivos invocados nos julgados que negam a aplicação da guarda compartilhada:

> "[...] a) a beligerância entre os genitores; b) a falta de acordo entre eles para o exercício do múnus dividido;[12] c) moradias distantes; d) as dificuldades de ordem econômica; e) a tenra idade das crianças; f) a necessidade de rotina do menor em qualquer idade; g) os conflitos que adviriam no exercício da guarda, dentre outros." (MIGUEL, 2015. p. 62)

Nesse mesmo sentido, entendem os doutrinadores dessa corrente, que para a guarda compartilhada ser imposta como regra geral e ter virado lei, foi por que ocorreram diversas análises e estudos nessa área fazendo chegar nessa conclusão:

> "A opção pela guarda compartilhada como regra, mesmo entre genitores em litigio, é uma questão de política legislativa que todos devem respeitar, nada obstante com convicções contrárias. Mais do que isso, deve- se entender que essa opção não é fruto do acaso ou de oposição arbitrária e irreal do legislador, mas fundada em conclusões extraídas de profundos estudos, voltados para o ideal na criação, formação e preservação da saúde física, mental, psicológica e emocional das crianças e dos adolescentes, num modo marcado pelo pluralismo, pela diversidade e pela complexidade nas relações humanas.[15]" (MIGUEL, 2015. p. 63-64)

Observado que os doutrinadores dessa linha mesmo não querendo impor em todos os casos a aplicação da guarda compartilhada, ficam de mãos atadas, devendo então respeitar o dispositivo legal. Diante o exposto, deve-se analisar se seria realmente o mais correto, seguir o texto legal ou se basear em outros princípios.

> "Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar as relações de parentesco "marido / esposa" da relação "Pai / Mãe", tal Lei é totalmente desnecessária, portanto, jamais poderiam ter sido tais casais (ou ex-casais) o alvo da elaboração da lei vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas. Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão "sempre que possível" existente no inciso em pauta, como "sempre os genitores sem relacionem bem". Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade. Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não o melhor interesse da criança, mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada. Além disto, é comum encontrarmos casos onde uma medida cautelar de separação de corpos teve por principal objetivo a obtenção da guarda provisória do infante, para utilizá-lo como "arma" contra o ex-cônjuge, praticando-se assim, a tão odiosa Alienação Parental." (BRASIL, 2017)

Nota-se a preocupação do legislador com a efetividade da fixação da guarda compartilhada. Tal ponto será debatido no tópico a seguir, aonde será analisado correntes que não irão adotar a guarda compartilhada em casos que o litígio seja observado de forma excessiva e onerosa para o menor.

Encerra-se esse tópico deixando um pequeno trecho que ajudará na reflexão do assunto tratado a seguir:

> "A presidente da Comissão Nacional da Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a advogada Melissa Telles Barufi, avalia que a decisão de Andrighi fortalece o entendimento de que ainda é necessário conscientizar os operadores do direito de que a guarda compartilhada é um direito dos filhos e não dos genitores.
>
> Alguns conflitos oriundos da conjugalidade podem causar grandes descontroles emocionais, os quais podem gerar ódio capaz de superar o dito amor incondicional que mães e pais dizem sentir pelos seus filhos", afirmou. "E por este motivo os infantes são postos em zona de grande perigo." (MUNIZ,

Fica destacado então, que a guarda compartilhada é um instituto que visa resguardar o melhor interesse do menor, e não dos pais em questão. Pois existem dissoluções que os litígios se propagam para a vida do menor, prejudicando de uma forma incalculável o desenvolvimento social, moral e psíquico adequado do menor.

4.3 A Guarda Compartilhada Frente à Onerosidade Excessiva ao Menor

Visto que, a guarda compartilhada foi consagrada o melhor instituto dentre os presentes do ordenamento jurídico brasileiro, pela maioria dos operadores do direito, chega a hora de dar destaque à parte "contrária" à implementação da guarda compartilhada de forma, para os casais que se separam no Brasil.

Para isso, é importante lembrar sobre os objetivos da guarda compartilhada e qual a sua proposta para a resolução dos litígios advindos da separação, e seus reais efeitos na convivência familiar.

> "A guarda compartilhada surge com o objetivo de diminuir o sofrimento de todos os envolvidos na ruptura familiar, em especial dos filhos menores, a quem a guarda irá afetar o crescimento e desenvolvimento saudáveis, procurando solucionar os problemas apresentados pela guarda exclusiva. Objetiva que os pais compartilhem a convivência e as responsabilidades da criação dos filhos.
>
> A ruptura dos pais não virá, necessariamente, acompanhada de incompatibilidades e frustrações. A guarda compartilhada de

> maneira considerável favorece o desenvolvimento das crianças com menos sofrimento e traumas, proporcionando a continuidade da relação dos filhos com seus genitores, retirando totalmente da guarda a ideia de posse." (QUINTAS, 2010. p. 71)

Visto isso, pode-se perceber que a proposta da guarda compartilhada é bem coerente com o melhor interesse do menor, no entanto, para que ela seja realmente efetiva, é necessário que os pais da criança ajam de forma madura, para que a relação ocorra de forma harmônica e pacífica. Entende dessa forma o autor Caio Mário da Silva Pereira.

> "A maior dificuldade a ser enfrentada pelos adultos (...) é a resistência em mudar a perspectiva do desempenho do papel parental, desvinculando-o da noção de família conjugal e aproximando-o da concepção de família enquanto grupo de afeto e solidariedade." Assim, a Guarda Compartilhada é conveniente quando os pais revelam maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar as rotinas dos filhos de maneira harmônica, respeitados seus horários e suas atividades escolares e extracurriculares." (PEREIRA, 2014. p. 521)

Visto então, que para o uso adequado da guarda compartilhada necessita- se de maturidade dos pais em suas relações para não prejudicar o menor, será analisado agora o Recurso Especial Nº 1.417.868 - MG (2013/0376914-2) que teve como relator o Ministro João Otávio de Noronha Os autos tratam de ação de regulamentação de guarda compartilhada e oferecimento de alimentos, na qual busca o autor obter o compartilhamento da guarda da filha que tem em comum com a requerida, regulamentação de visitas e fixação de alimentos. (BRASIL, 2016)

O autor sustenta que após alguns anos de relacionamento nasceu sua filha. Contudo, em razão dos desentendimentos com a requerida, tem sido limitado o direito de convívio com sua filha. A ação foi julgada parcialmente procedente, tendo o juiz fixado os alimentos e definido a regulamentação de visitas, mas, indeferido o compartilhamento da guarda. A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em acórdão assim ementado: (BRASIL, 2016)

> "DIREITO CIVIL E DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA LITIGIOSA. INTERESSE DE MENOR

> A SER ATENDIDO DE FORMA EXCLUSIVA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS.
>
> NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. - A guarda de menor não é definitiva e pode ser modificada a qualquer tempo. - A guarda compartilhada, como aqui e postula o pai, é instituto que pressupõe ausência de litígio entre os interessados. Exige maturidade, que é o alicerce que afasta mágoas e vem permitir acordos, transações e pactos. Por isso é que não se deve admitir, quando normalmente considerada, a guarda compartilhada, se litigiosa, pode transformar-se em vivências de extremo sofrimento para todos. Este caso é um eloquente exemplo desta impossibilidade. As decisões maduras, refletidas, pensadas, dirigidas para um fim único (o bem do filho) são inalcançáveis no atual momento de convivência entre pai e mãe, no qual prepondera a tendência para a consideração do próprio interesse. A oportunidade poderá surgir num momento posterior, não sendo visível no instante atual. - O valor arbitrado para alimentos deve atender o binômio necessidade e possibilidade, o que aqui ocorreu. - A fixação do termo final dos alimentos para
>
> o advento da maioridade é ato preciptado, pois nesta fase de menoridade da filha (com apenas quatro anos), é prematuro antever que, ao alcançar a maioridade, não mais necessitará deles, devendo esta circunstância ser analisada e decidida na época apropriada. A jurisprudência, como sesabe, é pacífica ao decidir, sem quaisquer divergências, que a maioridade cronológica não faz cessar o dever de prestar alimentos, que pode vir a ser mantido (se por ex., o credor estuda e faz curso superior). Ou se está impedido de trabalhar, ou, ainda, em outras situações que normalmente a vida apresenta do modo quase que cotidiano nos tribunais...!" (BRASIL, 2016)

No recurso especial, sustenta o recorrente que as disposições do art. 1.584, II § 2º, do Código Civil não foram observadas, indicando também divergência de entendimento jurisprudencial com o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Afirmou também, que não existia litigio entre os genitores da menor e que têm uma relação harmoniosa com a filha, e que a harmonia entre o casal não poderia ser um pressuposto para a concessão da guarda compartilhada, ferindo seu direito de participar da vida da menor. No entanto: (BRASIL, 2016)

> “Caberá ao juiz analisar, em cada situação, a capacidade dos pais para satisfazer a necessidade dos filhos, levando em consideração a necessidade de cada criança, o relacionamento entre pais e filhos, a moradia e condições familiares. Quando os genitores não chegarem a um acordo, tornando o processo

> litigioso, a decisão caberá unicamente ao juiz, que carecerá de outras diretrizes na formulação de sua sentença e tentará buscar o acordo dos pais para uma solução efetiva do caso." (QUINTAS, 2010. p. 139-140)

Logo, visto a importância de analisar cada caso em si, foi assim que o Ministro João Otávio de Noronha pensou nesse contexto, aonde dois obstáculos se apresentaram ao compartilhamento da guarda. O primeiro é que o recorrente embora mencionasse a questão do compartilhamento, fundou-se apenas no interesse de regulamentar as visitas à filha e decidir sobre viagens com ela, nada mais, não demonstrando assumir os compromissos que a guarda compartilhada representa, que é arcar conjuntamente com os direitos e deveres em relação ao menor. O segundo foi constatado nas instâncias de origem, a imaturidade que ambos demonstraram: (BRASIL, 2016)

> "Contudo, tanto em primeiro quanto em segundo graus, decidiu- se pelo não compartilhamento da guarda em razão de o recorrente e a recorrida, além de não se entenderem, não terem disposição para tanto. Cito alguns trechos da sentença:
>
> "[...] apesar das visitas terem sido ampliadas, não há aspecto que sugiram a viabilização da guarda compartilhada [...] tanto a Sra. Luiza quanto ao Sr. Bruno não demonstram possibilidade de diálogo, cooperação e responsabilidade conjunta" (fl. 363).
>
> No acórdão:
>
> "As decisões maduras, refletidas, pensadas, dirigidas para um fim único (o bem do filho) são inalcançáveis no atual momento de convivência entre pai e mãe, no qual prepondera a tendência para a consideração do próprio interesse. A oportunidade poderá surgir num momento posterior, não sendo visível no instante atual" (fl. 644)." (BRASIL, 2016)

Observado que não há possibilidade de diálogo entre os genitores, para que possam chegar à um consenso, o Código Civil ampara o juiz nesses casos:

> "Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais." (BRASIL, 2002)

E foi assim que o Ministro João Otávio de Noronha votou. Embasando-se, no sentido de que mesmo a guarda compartilhada sendo vista como o melhor caminho

pela maior parte doutrinária e por jurisprudência firmada pela Ministra Nancy Andrighi, os fatos do presente caso, de imaturidade dos pais, seria impor à criança a absorção dos conflitos que daí, com certeza, adviriam prejuízos para o desenvolvimento psicossocial da menor. (BRASIL, 2016)

No voto citado acima, da Ministra Nancy Andrighi, está consignado que a guarda compartilhada, quando litigiosa, deve constituir forma de avanço no diálogo entre os pais, mas, na hipótese de haver frustração, caberá ao Estado- Juiz agir como mediador. Por isso, o Ministro João Otávio defende que a não imposição da guarda compartilhada nesse caso, pois, isso não pode representar uma experiência envolvendo a criança: (BRASIL, 2016)

> "Seria temerário e deporia contra os interesses da menor que a imposição da guarda se transformasse num experimento disciplinar para os pais, pois aí se estaria primando pelos interesses destes em primeiro lugar, e não dos daquele – que não deve ser tal como um objeto a ser experienciado.
>
> Firmou-se também que, se houve substancial descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada por parte de um dos pais, poderá igualmente haver drástica redução das prerrogativas desse genitor. Contudo, indago: com que custo para o menor? Porque, nessa hipótese, muito provavelmente já terá vivenciado situações que podem refletir negativamente na sua formação e vida adulta." (BRASIL, 2016)

Assim, entendeu o Ministro, negando provimento ao recurso especial, alegando que não poderia contrariar os fatos presentes nos documentos para adequar a vida do menor com base no entendimento doutrinário. Logo, conseguimos ter uma visão mais ampla agora, como tudo gira em torno do melhor interesse do menor quando se trata de guarda compartilhada. Encerra- se esse capítulo com um trecho de reflexão, sobre o que é melhor para o menor: (BRASIL, 2016)

> "Não há como se estabelecer um critério único que determine qual o melhor interesse das crianças. A família plural54 e o fim da divisão tradicional de papéis materno e paterno abrem um leque de opções para a decisão da guarda. O melhor interesse do filho dependerá de cada caso." (QUINTAS, 2010. p. 59)

Infere-se então, que a guarda compartilhada realmente se destaca entre os institutos de guarda, porém, cada caso é um caso, devendo os operadores de direito entrarem à fundo em um estudo que resolva nos mínimos detalhes o que for melhor para o interesse do menor, pois, refletirá diretamente em nossa sociedade.

5 CONCLUSÃO

Vimos então, a importância do poder familiar para a orientação de uma família, principalmente quando envolve um menor de idade, pois, é preciso haver diálogo, cooperação e respeito por todos os membros em busca de uma vida harmoniosa e saudável.

Assim sendo após demonstrado no presente trabalho todas as modalidades de guarda existentes em nosso ordenamento jurídico, e destacando a guarda compartilhada como a preferida pela maior parte doutrinária, nos resta concluir como se dá o devido instituto nas entidades familiares de nosso país.

Podemos considerar que, para todos os doutrinadores e juristas estudados neste trabalho, o princípio do melhor interesse do menor é o ponto chave quando existe a separação entre os genitores da criança, ou seja, independente da corrente que cada doutrina siga, tal princípio sempre é analisado como ponto destaque.

No entanto, existem operadores do direito que têm uma visão de que mesmo havendo litígio entre os pais, deve-se implementar a guarda compartilhada, pois, deve-se respeitar o texto legal e ao melhor interesse do menor, no sentido de que, a criança deve conviver com os dois genitores de forma igualitária, sendo imprescindível para o desenvolvimento da vida adulta do menor, a figura paterna e materna.

Como foi visto no Recurso Especial, cuja relatoria é da Ministra Nancy Andrighi, aonde conseguimos notar que ela estava presa ao texto legal, decidindo pela implementação da guarda compartilhada mesmo havendo litígio entre os pais, fazendo coisa julgada em nosso cenário jurídico.

Por outro lado, existem casos e casos, e às vezes a guarda compartilhada não é a melhor opção, que foi aonde o Ministro João Otávio de Noronha decidiu, mesmo respeitando a análise da Ministra e concordando em partes, ele destaca justamente que o princípio do melhor interesse do menor em casos de onerosidade excessiva não será a guarda compartilhada que resolverá. Pois, o convívio do menor em ambiente de "pé de guerra" pode atrapalhar seu desenvolvimento psicossocial.

Logo, a minha opinião sobre o assunto é de que a Lei 13.058/14 errou quando alterou o parágrafo segundo do inciso segundo do artigo 1.584, pois, quando os casais se separam, na grande maioria das vezes continuam com sentimentos mal digeridos e que provavelmente irá atingir o menor, então o melhor a se fazer é dar a guarda do menor para o genitor que comprove ser o mais competente, independente de situação financeira, sexo ou orientação sexual.

Pois, viver em um ambiente estressante e desarmonioso na minha opinião pode causar mais prejuízos ao menor do que compartilhar a convivência com os pais de forma separada. O ideal seria um estudo célere e completo com profissionais da psicologia em cada caso particular, para assim defender com unhas e dentes o melhor interesse do menor ou implementar a guarda compartilhada em todos os casos, mas, punir severamente casos de alienação parental.

No entanto, sabemos das condições da justiça brasileira, e infelizmente contar com isso seria uma ilusão. Por fim, sou mais a favor da corrente do Ministro João Otávio de Noronha, pois, preferiria arriscar uma decisão na qual sei que uma das partes é capaz de cuidar do menor, do que colocar a criança como peão nesse jogo de sentimentos mal resolvidos e atitudes imaturas, tornando sua vida bastante conflituosa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Markley. *Guarda Compartilhada*: uma análise de seus efeitos na família em casos de dissolução litigiosa. 2016. Disponível em: <https://markley.jusbrasil.com.br/artigos/305242183/guarda-compartilhada>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 21 Mar. 2018

BRASIL. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1.417.868/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/78/STJ%20guarda%20compartilhada%20divergencias%20entre%20os%20pais.pdf>. Acesso em 21 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1.626.495/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília 16 de maio de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468438688/recurso-especial-resp-1654103-rj-2016-0279798-8/inteiro-teor-468438694 >. Acesso em 21 Mar. 2018.

CENTOFANTI, Marcella. *Guarda compartilhada: o que muda com a nova lei*. 2014. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/guarda-compartilhada-o- que-muda-com-a-nova-lei/>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

CHAVES, Mara Julinaide. *Guarda compartilhada*. 2011. 44 f. Monografia. (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Vale do Rio Doce, Governador Valadares, 2011.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONCEITO.DE. *Conceito de família*. 2011. <Disponível em: https://conceito.de/familia>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

CUNHA, Matheus Antonio da. *O conceito de família e sua evolução histórica*. 2009. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-

direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em: 25 Mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: 5. direito de família. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Rita. *A etimologia da palavra família*. 2003. Disponível em: <https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/a-etimologia-da-palavra-familia/15348>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Do pátrio poder ao poder familiar:* o fim do instituto? 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI227629,71043-Do+patrio+poder+ao+poder+familiar+o+fim+do+instituto>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: famílias. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIGUEL, Jamil. A guarda compartilhada agora é regra: comentários à Lei nº 13.058/2014. Campinas: Millenium, 2015.

MUNIZ, Mariana. *Guarda compartilhada deve prevalecer mesmo quando há desavença entre os pais, decide STJ*. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/guarda-compartilhada-deve-prevalecer-mesmo-quando-ha-desavenca-entre-os-pais-decide-stj-24092016>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. A família: conceito e evolução histórica e sua importância. 2007. Disponível em: <http://www.pesquisedireito.com/a_familia_conc_evol.htm>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Quais são as espécies de guarda no direito brasileiro? 2017. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/439791372/quais-sao-as- especies-de-guarda-no-direito-brasileiro>. Acesso em 21 Mar. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. 22. Ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014.

QUINTAS, Maria Manoela R. de Albuquerque. *Guarda compartilhada*: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REINALDIN, Juliana. *Da evolução do pátrio poder ao poder familiar*. 2008. 53f. Monografia. (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2008.

ROCHA, Sheila Oliveira da. *Guarda Compartilhada*. 2009. 43f. Monografia. (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2009.

RODRIGUES, Séfora; MURBACH, Allana; SPAGOLLA, Jessica; RODRIGUES, Sirley. *A guarda compartilhada obrigatória nos casos de animosidade entre os genitores*. 2016. Disponível em: <https://seforaro.jusbrasil.com.br/artigos/348784994/a-guarda-compartilhada-obrigatoria-nos-casos-de-animosidade-entre-os-genitores>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

SALLES, Karen R. P. Nioac de. *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Mateus Soares da. *Uma breve análise quanto ao novo conceito de família, um avanço ou retrocesso social?* 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8426/Uma-breve-analise-quanto- ao-novo-conceito-de-familia-um-avanco-ou-retrocesso-social>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998.

TOBIAS, Daniela Canton. *A guarda compartilhada*. 2011. 32 f. Monografia. (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011.

URAGUE, Michele Andressa. *A guarda compartilhada obrigatória à luz do princípio do melhor interesse da criança*. 2016. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/advmicheleurague/artigos/a-guarda-compartilhada-obrigatoria-a-luz-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-2327>. Acesso em: 21 Mar. 2018

ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL: A INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE CUIDADO COMO ATO ILÍCITO À LUZ DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ

Sônia Maria Moreira dos Santos

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar o tema responsabilidade civil por abandono afetivo à luz do princípio da afetividade e da jurisprudência do STJ. O princípio da afetividade é considerado nos dias atuais como pilar essencial nas relações familiares. Inicialmente foi abordado a guarda no ordenamento jurídico brasileiro. Essa abordagem apontou a influência do princípio da afetividade nas decisões sobre definição da guarda, demonstrando a nova ideia de família, após o fenômeno da constitucionalização do direito desta. Discute-se, ainda, a possibilidade deste princípio como marco normativo possível, apresentando dois julgados, um que chegou a corte superior e outro do juízo de primeiro grau, para que dessa forma fosse possível verificar o entendimento jurisprudencial. Neste mesmo momento, tratamos também das obrigações decorrentes do poder familiar. Após breve demonstração de conceitos básicos de responsabilidade civil, seguimos com a análise do dano moral e a possibilidade de configuração da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Dano Moral. Dever de cuidado. Princípio da Afetividade. Responsabilidade Civil.

1 INTRODUÇÃO

Inúmeras mudanças sobre concepção de família têm ocorrido ao longo da história. Assim, sai-se de uma família patriarcal e totalmente patrimonialista para

uma baseada no afeto e igualdade de seus membros. Logo, paradigmas são rompidos, tanto de maneira coletiva como individual.

Essas mudanças ocorrem após a despatrimonialização do Direito Civil, antes de tal fato, a família tinha como base as questões de cunho patrimonial. Os princípios constitucionais tornam-se elementos essenciais na interpretação das normas jurídicas, tendo como principal base a dignidade da pessoa humana, e até mesmo a busca individual pela felicidade de cada indivíduo.

O ordenamento jurídico assume posição protecionista, onde a dignidade da pessoa humana não poderá ser violada e nenhuma norma poderá ser interpretada de maneira a ferir tal princípio. Com essas mudanças, onde a proteção do indivíduo é primordial, percebe-se que alguns são mais frágeis que outros e tem a necessidade de maior proteção. Essa, por sua vez, ocorre de diversas maneiras: física, emocional ou intelectual. Considera-se que crianças e adolescentes abandonados afetivamente mereçam maior proteção por sua vulnerabilidade.

O pátrio poder familiar será substituído pelo poder familiar, a partir desta substituição considera-se um modelo de família protecionista, onde os genitores têm o dever de proteção para com seus filhos. Essa proteção é necessária para que o menor cresça de forma sadia.

O ordenamento jurídico atual visa o melhor interesse da criança e do adolescente acima de qualquer situação. O abandono afetivo, por sua vez, surge a partir da observação do quanto é importante a proteção ao menor. Desse modo, passamos a analisar o abandono afetivo à luz da nossa doutrina e também pela jurisprudência.

O ordenamento jurídico é ostensivo ao afirmar que a punição dada a quem pratica o abandono afetivo, será a destituição do poder familiar. Contudo, o presente trabalho irá abordar a possibilidade de reparação civil nos casos de abandono afetivo, por conduta omissiva por parte de um dos genitores quanto aos deveres advindos do poder familiar.

Após uma análise acerca do novo Direito das Famílias, que se deve à inserção dos princípios constitucionais na interpretação das normas e dos elementos basilares para concretização da responsabilidade civil extracontratual, analisaremos se verdadeiramente a afetividade se institui como dever determinado pelo Poder Familiar, dentro do dever de cuidado, e a possibilidade de aplicação de danos morais em favor do menor que sofrerá o abandono. Para isto é elementar discutir a possibilidade indenizatória por abandono afetivo e também segundo relevância jurídica.

2 GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

É clara e definida a grande importância dos pais no desenvolvimento dos filhos. Estes são as primeiras pessoas com quem a criança desenvolve uma relação de afeto, convivência, referência e espelho. É no seio familiar que o menor desenvolve sua personalidade, recebe educação, afeto, imposição de limites e regras, de modo a impactar de forma direta na sociedade. Assim, esta convivência se torna possível através do instituto da guarda.

O ordenamento jurídico brasileiro atribui aos pais deveres a serem exercidos na relação familiar para com os filhos. A nossa Carta Magna de 1988, em seu artigo 227 atribui à família o dever de garantir à criança e ao adolescente total prioridade aos direitos fundamentais, proibindo que seja praticado contra o menor, qualquer discriminação, violência, exploração, crueldade ou abandono.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça o dever do cuidado dos pais para com os filhos. Já o Código Civil não se obstou de tratar sobre o tema e prevê a responsabilidade na relação paterno filial. O artigo 1.579, também do Código Civil, rege que o divórcio não modifica deveres e direitos dos pais em relação à prole, tampouco um novo casamento contraído por qualquer dos pais em nada implicará nas restrições aos direitos e deveres destes.

Veja a redação dos artigos citados acima:

> "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta

> prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". (BRASIL, 1988)
>
> "Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
>
> Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei". (BRASIL, 1990)
>
> "Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
>
> - dirigir-lhes a criação e a educação;
>
> - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; […]". (BRASIL, 2002)
>
> "Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.
>
> Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo". (BRASIL, 2002)

O conteúdo dos artigos citados acima, normatizam as obrigações inerentes ao poder familiar.

Flávio Tartuce (2017), salienta que:

> "A guarda de fato traz mais complexidade do que a mera autoridade parental (ou poder familiar), preenchido pela educação e pela constante orientação, que demandam tempo, esforço e ampla responsabilidade dos que detém a guarda. E, com o cabido, respeito, o correto preenchimento desse trinômio não pode ser realizado a distância, nem mesmo com o uso das tecnologias mais variadas. A constante presença física ainda é impreterível para os principais elementos da profunda formação de um filho". (TARTUCE, 2017, p. 227)

Assim, de acordo com Tartuce (2017), podemos então apurar que a guarda não tem como elemento somente a autoridade parental e que existem outros elementos nessa relação, como por exemplo a convivência dos pais com os filhos.

Em sua obra de grande preciosidade para o Direito de Família, Fachin (2012), aponta que:

> "A regra geral do art. 1.612 é, sempre, como não podia deixar de ser, a proteção dos interesses da criança e do adolescente.
>
> A doutrina já assentou muito bem posicionada essa perspectiva dos direitos subjetivos dos filhos, por exemplo, no campo da visitaç ão: "[...] não se deve olvidar a relevância do direito à convivência familiar, para se preservarem os direitos de personalidade da criança, protegidos na seara constitucional […]"
>
> Em sede de guarda de filhos registra-se discutível orientação: "a jurisprudência tem considerado, assim, que inexistente a preferência e no pressuposto de incorrer qualquer inconveniente material ou moral, melhor atende aos interesses do menor, de tenra idade a sua permanência na companhia da genitora, pelo menos até o julgamento definitivo da separação judicial."
>
> Nesse campo, o tema fundamental é o melhor interesse da criança, sem óbices.
>
> Há casos em que o poder familiar é suspenso ou destituído, por exemplo, na desobediência das obrigações inerentes ao pai, ao castigar o filho, ou quando o deixa em abandono, ou, ainda, quando pratica atos contrários à moral e aos bons costumes, temperados, evidentemente, com o melhor interesse da criança e não apenas com Juízos apriorísticos.
>
> Em relação a essas circunstâncias, o Poder Judiciário, por meio do órgão judicante, interfere destituindo o poder familiar, lançando mão da guarda como um meio de colocar o menor em outra família ou associação familiar, ofertando-lhe assistência, até que se defina o destino que lhe será dado". (FACHIN, 2012, p.138)

A partir dos ensinamentos de Fachin (2012) e Tartuce (2017), podemos afirmar que a guarda não está ligada somente ao poder familiar, mas sim ao que é de interesse à criança ou ao adolescente. Por isso, poderá haver destituição do poder familiar caso essa guarda não seja a prevista constitucionalmente, o que poderá ser

concedida a terceiros. Obviamente, o poder judiciário é cauteloso ao tratar desta situação, mas a destituição do poder familiar pode ser usada, embora em último caso.

Galeano (2017), em sua obra de Direito de Família, citando Fachin (2012), sobre o dever de guarda dos filhos, nos diz que:

> "A vida jurídica da família saiu da seara privada; os direitos das crianças e dos adolescentes, por exemplo, passaram a ser lei exigível anda que contra os desejos dos pais que ainda cultivam um bloqueio em admitir que, na educação dos filhos, eles também, cotidianamente, tem muito a aprender. Ademais vale ressaltar que, à liberdade adquirida falta, muitas vezes, a percepção da responsabilidade e do limite" (FACHIN *apud* GALEANO, 2017, p. 620)

A luz da fala de Fachin (2017), podemos reconhecer que os direitos da criança e do adolescente tomaram força, o novo conceito de família deixou no passado a ideia de que, o poder familiar deveria ser exercido sem questionamentos, o que não se mantém nos dias de hoje, pois o menor adquiriu o poder de exigir os seus direitos.

Dessa forma, os casos em que os pais são questionados judicialmente sobre o dever de afeto, nas ações de indenizações por abandono afetivo podem ser citados a título de exemplificação.

Ainda buscando na fonte doutrinária de Galeano (2017), encontra-se a definição das modalidades de guarda, vejamos:

> "a) guarda unilateral ou exclusiva — é a modalidade em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas. O filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião;
>
> guarda alternada — modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem caracteristicas pró prias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: de 1.o de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semanas alternados; de
>
> 1.o de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prá tica, sob o prisma do interesse dos filhos;

> nidação ou aninhamento — espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia desta. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. Tipo de guarda pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram. Haja disposição econômica para tanto!; guarda compartilhada ou conjunta — modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica". (GALEANO, 2017, p. 613)

Neste sentido, é elementar destacar que a guarda adotada em nosso ordenamento jurídico, é a compartilhada. Instituto da guarda compartilhada, se caracteriza por ambos os genitores exercerem de forma simultânea a guarda dos filhos menores. Dessa forma, os direitos e obrigações são exercidos pelos dois, não existe de forma obrigatória e pontual, uma determinação sobre a moradia, nem mesmo sobre os momentos ou datas que a criança ou o adolescente permanecerá com companhia de um ou de outro. Contudo, o filho poderá residir em uma única casa, sendo essa a do pai ou da mãe.

Estabelece-se que o genitor que não for o guardião tem direito à visita. Não será necessário que os genitores residam na mesma localidade, o que o instituto da guarda compartilhada visa é proteger a convivência tranquila e pacífica do menor com ambos os genitores. Assim, ambos poderão compartilhar decisões importantes em ralação a criança ou adolescente, de maneira a deduzir que apesar de pais separados, o menor terá sempre a presença dos dois genitores na sua formação intelectual, moral e psicológica.

Ischida (2014), ao lecionar sobre o instituto da guarda, nos ensina que:

> "Guarda é o conjunto de relações jurídicas que são firmadas entre uma pessoa e a criança ou adolescente, resultante do fato de estar sob o poder ou com companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto a vigilância, direção e educação". (ISCHIDA, 2014, p. 86)

Baseando-se nas palavras de Ischida (2014), podemos compreender que este tipo de guarda se trata de um conjunto de relações jurídicas que tem como sujeitos, o detentor da guarda e o menor. Essa relação gera algumas obrigações que deverão ser cumpridas em favor da criança ou adolescente.

Na década de 1950, de acordo Ischida (2014), a guarda era acorrentada ao poder familiar. Contudo, a partir dessa década ocorreu uma mitigação do poder quase pleno do possuidor do poder familiar, possibilitando a guarda a um terceiro, ou seja, a guarda poderá existir sem o poder familiar.

A partir na leitura de Ischida (2014), pode-se concluir que antigamente, até a da guarda se fazia como elemento e reflexo do poder familiar, o que nos dias atuais não se aplica. A guarda poderá ser dada a uma terceira pessoa, se isso atingir o melhor interesse na criança e do adolescente, principio previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Vê-se então o poder familiar não mais como soberano.

Entende-se, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, que há uma preocupação com a guarda destinada às famílias, varas de infância e da juventude e também, a terceiros. Em todas as situações, o que deverá prevalecer sempre será o que é melhor interesse da criança e do adolescente.

Lôbo (2011) disserta que:

> "O fim do vínculo dos conjugal não significa a separação de pais e filhos. Entende-se que, separam-se os pais, mas não estes em relação aos filhos menores de 18 anos. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente veio trazer ao centro da tutela jurídica, predominando sobre os interesses dos pais em relação de conflito. O fim do convívio entre os pais não faz findar a convivência familiar entre filhos e seus pais, mesmo que esses passem a morar em residências separadas". (LOBO, 2011, p.189)

Isso nos faz afirmar que, mesmo o responsável não detentor da guarda, precisa cumprir o seu papel de genitor e não pode se abster da convivência com o filho.

O autor mencionado acima, ainda nos ensina que:

> "A guarda pode ser atribuída, desde o nascimento, a outra pessoa, quando ocorrer o abandono afetivo. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou caso de disputa de guarda entre mãe biológica e avó, prevalecendo esta, que cuidou da criança abandonada desde de o nascimento. "Caracterizando o abandono afetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológico". O embasamento para a situação, está previsto do código civil, no estatuto da criança e do adolescente e também na jurisprudência". (LOBO, 2011, p.191)

A jurisprudência narrada pelo autor, nos leva a enxergar de forma clara a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo uma mãe destituída do poder familiar por prática do abandono afetivo, e a guarda desse menor sendo atribuída a terceiro; sua avó, que fora quem o criou, com carinho, amor e toda assistência necessária ao seu desenvolvimento.

Vejamos a redação do artigo 22 do ECA, citado acima e também a jurisprudência:

> "Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
>
> Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei". (BRASIL, 1990)
>
> "DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ECA. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. -
>
> Caracterizado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do Art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder". (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2004)
>
> "Embargos Infringentes. Acórdão majoritário que negou provimento à apelação contra sentença que decretou a perda do pátrio poder pelos pais biológicos e deferiu a adoção requerida pelos requerentes que vêm cuidando do menor prestando-lhe toda a assistência de que necessita. Indisfarçável

> configuração do abandono previsto no Art. 395, II do antigo Código Civil. Categórico parecer do M.P. pela manutenção do acórdão. Desprovimento do recurso". (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2004)

A decisão acima relatada, reforça a ideia do que venha a ser o direito de família após a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, que tem como característica o dever de cuidado e o afeto.

O artigo 1584 do Código Civil, reforça o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. No tocante da guarda, afirma que com a separação a guarda será concedida a quem reunir melhores condições para exercê-la.

Compreende-se, então, que não há que se falar em culpa para definição da guarda do menor, se o genitor mesmo que tenha dado causa à separação, mas sim reunir todos os requisitos e a guarda em seu favor atingir o melhor interesse da criança e do adolescente, essa será definida em favor deste. Percebe-se, então, a força do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente das relações familiares.

Sobre o tema, Gonçalves (2017) leciona que o artigo 1584 do Código Civil veio romper com o sistema que vincula a guarda dos filhos menores à culpa dos cônjuges. Não mais subsiste, portanto, a regra do artigo 10 da Lei do Divórcio de que os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. Assim, mesmo que a mãe seja considerada culpada pela separação, pode o juiz deferir-lhe a guarda dos filhos menores.

Não se indaga portanto, quem deu causa à separação, mas sim quem revela melhores condições para exercício da guarda dos filhos, cujo os interessados foram colocados em primeiro lugar. A regra inovadora amolda-se ao princípio do "melhor interesse da criança", o que é identificado como direito fundamental na Constituição Federal (art. 5º, parágrafo 2ª), em razão da retificação pela convenção internacional sobre direitos humanos – ONU/89.

Importante destacar os ensinamentos de Nader (2016) quando expõe que a relação entre pais e filhos não depende do status "*familiae*", dos pais estes, em qualquer condição jurídica em que se encontrem, devem amparo e assistência aos

filhos menores e também aos incapazes. Após a disciplina da separação e do divórcio, o Código Civil trata sobre a proteção devida pelos genitores separados e divorciados aos seus filhos.

Nader (2016) evidencia que na constância do casamento, o dever de guarda dos filhos é atinente ao exercício do poder familiar. Assim, quando a sociedade conjugal chega ao fim, mantém-se o poder familiar, mas um dos cônjuges perderá a guarda, salvo nas situações em que se defina a guarda compartilhada. Em caso de singularidade, a guarda poderá ser definida a terceiro, normalmente esses serão avós ou parentes mais próximos.

De acordo com o autor supracitado, por guarda deve-se entender não apenas o poder de guardar o menor sob cuidado e companhia, mas fundamentalmente o de orientá-lo no dia a dia, dando-lhe assistência necessária, sem com isso exonerar a responsabilidade de outrem. Nesse quesito, não se exclui a prática de ato ilícito civil praticado pelo menor, desde que provada a culpa "*in vigilando*" do guardião.

E ainda, não obstante, o mesmo autor referendado entende que o casal quando decide separar-se consensualmente, todas as questões relacionadas aos interesses próprios, e aos ligados aos filhos, serão levados ao juiz tão somente para que este as homologue. Caso não haja consenso, quanto à guarda do menor, essa será definida pelo juiz.

Barros (2016), aborda que aos genitores incumbe o papel de velar pelo filho, cuidando-o, assistindo-o, educando-o e preparando-o para os conflitos da vida. Nesta mesma linha de raciocínio, ainda vale ressaltar a admirável expressão de Rocco no círculo das relações familiares modelam-se os pais, a alma do filho, e do futuro cidadão.

A inobediência do dever de sustento, guarda e educação dos filhos impõe ao cônjuge infrator às penalidades do art. 244 do Código Penal. No que diz respeito à lei civil, o genitor pode ser suspenso e pode chegar a ser destituído do poder familiar, após análise da gravidade de sua falta (Cód. Civil, artigos. 1.637 e 1.638, e ECA, art.

24). Se negligenciarem os pais do encargo alimentar, poderão estes responder judicialmente e obrigados à prestação mediante ação de alimentos (art. 1.696). E ainda, podem ser condenados em indenização para reparar os danos acarretados ao filho, nos moldes dos princípios gerais da responsabilidade civil (Có d. Civil, art. 186).

Não há que se falar em diferença entre a mulher e o homem quanto ao exercício do poder familiar. Sobre o assunto Washington Barros (2016, p. 241) esclarece que, o art. 226, § 5º, da Constituição de 1988: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". É a confirmação do princípio constitucional do art. 5º, I: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Desta maneira, não há qualquer supremacia masculina ou feminina no exercício dos deveres pertinentes ao poder familiar, dentre os quais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, no Código Civil, como já dispunha o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Barros (2016) afirma que

> "A apuração de culpa na dissolução judicial não poderá ser motivo que determine a perda da guarda, que deve ser decidida com base no princípio de proteção ao bem-estar das crianças e dos adolescentes, que podem não ser decida em favor do cônjuge inocente" (BARROS, 2016, p. 242)

A análise que se faz na atualidade, em relação a culpa de algum dos cônjuges e que a mesma entrou em desuso, visto que em primeiro lugar está o interesse da criança e do adolescente nas relações familiares, bem como seu bem-estar.

Quanto à possibilidade de culpas recíprocas a guarda era conferida à mãe, princípio que se aplicava e amoldava ao direito do início do século passado e não aos tempos atuais, já que grande parte das mulheres na atualidade trabalham fora dos seus lares. Mudando-se os costumes, ambos os cônjuges desempenham profissão e dividem as tarefas e os cuidados para com os filhos, de forma que devem ser vistos em iguais condições de guardá-los. Cabe ao juiz, portanto, decidir com base em cada

caso concreto, analisar qual deles está mais capacitado e reúne melhores condições para o exercício da guarda, sem qualquer predominância feminina.

Rodrigues (2004) enfatiza que:

> "[…] a igualdade constitucional entre o marido e a mulher e a necessidade de preservação em primeiro lugar, do melhor interesse do menor, fizeram com que a doutrina e a jurisprudência deixassem de lado a literalidade do texto normativo para desvincular a questão dos filhos da verificação de culpa de um dos genitores pela separação.
>
> É no espirito da tutela do bem-estar dos filhos, qualquer decisão quanto a guarda e visita (homologando o acordo ou resolvendo o litigio) pode ser revista a qualquer tempo, diante de novos elementos apresentados pelos interessados". (RODRIGUES, 2004, p. 245)

Baseado em Rodrigues (2004), a igualdade constitucional entre os cônjuges afasta a ideia de que a mãe em todos os casos seria a melhor opção para definição da guarda. Torna-se necessário uma análise sobre quem detém condições que atenda a alternativa de melhor interesse para a criança.

Ao tratar sobre o instituto da guarda, Dias (2015) evidencia que:

> "A guarda dos filhos é velado conjuntamente por ambos os pais, a guarda só se dará de forma separada quando ocorrer a separação. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo o melhor interesse do menor.
>
> O critério norteador para decisão da guarda é a vontade dos genitores. No entanto, não fica exclusivamente na esfera familiar a definição de quem permanecera com os filhos em sua companhia. Pode a guarda ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membro da família extensa que revele compatibilidade com a natureza damedida e com quem tenham afinidade e afetividade". (DIAS, 2015, p.523)

Assim, o autor afirma o respeito à deliberação dos pais, que o juiz não pode deixar de observar o momento de instabilidade emocional dos cônjuges, pois esses podem por mágoa ou forte emoção, tomar decisões que não sejam o melhor para o menor, tentando assim até uma possível vingança contra o companheiro. Por isso, o juiz deverá sempre recomendar e demonstrar a efetividade da guarda compartilhada.

Tepedino (2004), esclarece que:

> "No que se refere à guarda, a própria expressão semântica parece ambivalente, indicando um sentido de guarda como feito de vigilância, sentinela que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca, na educação e formação da personalidade do filho. Tradicionalmente, a guarda era tratada como um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação, em contrapartida ao direito de visita deferido a quem não fosse outorgado esta posição de vantagem, que teria o dever de a ela submeter-se.
>
> Dessa forma acabava-se por desvirtuar o instituto da guarda, retirando-lhe a função primordial de salvaguardar o melhor interesse da criança ou do adolescente. Tal perspectiva, contudo, nitidamente inspirada na dogmática do direito subjetivo, própria das relações patrimoniais, torna-se ainda mais inadequada quando a legislação leva em conta a conduta (culpada ou inocente) dos cônjuges antes da separação como critério para a atribuição da guarda. O papel da culpa torna-se assim determinante, associando-se à exigibilidade do pretenso direito subjetivo a ausência de mora, tal qual nas relações patrimoniais.
>
> É bem verdade que a jurisprudência e a doutrina procuraram, brava e intuitivamente, diminuir o papel da culpa, investigar o melhor interesse do filho, embora não se tenha conseguido, satisfatoriamente, afastar por completo os resquícios do direito subjetivo, que acaba por reduzir o papel dos pais na educação dos filhos, uma vez extinta asociedade conjugal, a um feixe de prerrogativas e poderes a serem ostentados, exigidos e confrontados, a cada controvérsia envolvendo o destino da prole, verdadeiro duelo entre proprietários ciosos de seus confins.
>
> Daí porque se ter procurado, nos últimos anos, tornar ambos os pais corresponsáveis pela educação dos filhos, mesmo após a separação, para além de atribuições (poderes, faculdades, direitos e prerrogativas!) pré-definidas, valendo-se nessa esteira de noções usuais em países estrangeiros, como a guarda alternada e a guarda compartilhada. A construção merece aplauso, produzindo um tratamento mais ético do tema, de molde a romper o viés patrimonialista em que as responsabilidades dos pais estavam inseridas […]" (TEPEDINO, 2004 p. 4-5)

Logo, o autor acima citado afirma que apesar da grande luta travada pela doutrina e pela jurisprudência, não se pode dizer que a investigação para apuração de culpa pela dissolução da sociedade conjugal, no que diz respeito a definição da

guarda tenha desaparecido por completo, ele garante que há fortes resquícios do direito subjetivo.

> "Evidencie que a expressão "condições" que era utilizada no art. 1.584, na sua redação original, não era seguida de qualquer adjetivo, de modo que seu entendimento deveria ser ampla, levando em conta vários aspectos como morais, educacionais e ambientais, dentre outros". (BARROS, 2016, p. 242)

A expressão condições contida no art. 1.584, como leciona Barros (2016), terá sentido vasto, essa condição poderá dizer a respeito do melhor ambiente para criação do menor, condições morais dentre outras.

Silva (2016) trata sobre o tema e salienta que:

> "Cada um dos cônjuges, e ambos ao mesmo tempo, tem deveres para com a prole. O Código coloca em três itens de forma clara os referidos deveres. Cabe-lhes sustentar os filhos, isto é, prover a sua subsistência material, conceder-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, tudo que seja necessário à sobrevivência. Incube aos genitores a guarda dos filhos, isto é, tê-los em sua companhia, e sobre eles exercer vigilância. O Estatuto da Criança e do Adolescente institui aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. No que toca à educação, esta alcança a instrução básica ou rudimentar e o ensino em graus seguintes, conforme as condições sociais e econômicas dos pais; está também incluída a orientação espiritual. Em Caso contrário, constitui a inobservância dos deveres assistenciais deixar o filho ao abandono, e sem os cuidados próprios à sua idade ou adequados à sua formação. A guarda do filho traz em sua essência a obrigação à assistência material, moral e educacional, conferindo ao detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais. Esses deveres devem exercer por ambos os genitores, até mesmo com o fornecimento de recursos financeiros. Se ao marido, com melhores rendas, cumpre prover o lar dos meios indispensáveis, à mulher que disponha de rendas ou que as alcance de seu trabalho, cabe concorrer nas despesas.
>
> Elucida-se, ainda, que quando não couber aos pais, o responsável prestará compromisso em procedimento regular. Dentro da orientação definida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda em esfera externa à família, está inserida entre as formas de colocação em família substituta, em companhia com a tutela e a adoção, exigindo de o guardião manter a criança ou o jovem em sua companhia, sem poder

> transferi-lo para a companhia de terceiros, salvo autorização judicial (art. 30 da Lei nº 8.069/1990).
>
> O art. 1.583 do Código Civil, com a nova redação, define a guarda unilateral como aquela que é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, devendo ser concedida ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança e educação. A guarda compartilhada é identificada como "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (§ 1º do art. 1.583 do CC)". (SILVA, 2016. p 197.)

De acordo com Silva (2016), independente de como ocorre a convivência dos genitores com os filhos, não será possível deixar de enfatizar a importância do pernoite com o genitor não guardião. É um direito da criança ter convívio de maneira completa com cada um dos seus genitores e um dever-direito de cada genitor dar apoio psicológico aos seus filhos em cada situação e momentos de suas vidas, seja durante o dia, ou a noite.

Silva (2016) cita Nazareth (1998) e reitera que:

> "[…] sob essa perspectiva, pernoitar na casa do genitor não guardião é uma maneira de minimizar possíveis consequências negativas da perda inevitável de contato cotidiano que ocorre após a separação conjugal. É também uma forma de endossar que, apesar da separação dos pais, a criança não será deles separada e não será penalizada pela decisão dos adultos. Ademais a favor do pernoite deve-se levar em conta que é durante a noite que desabrocham mais intensamente as ansiedades próprias da idade e as emoções vividas pela criança em situação de separação de seus pais, o que torna de suma importância que cada um dos pais tenha a oportunidade de compartilhar desses momentos com seus filhos". (NAZARETH, 1998, p.221-222)

Nazareth (1998) afirma que será necessário ao menor de pais separados, pernoitar na casa daquele genitor que não detém a guarda, para que seja minimizada a falta de convivência com pai ou mãe não possuidor da guarda. Entende-se que tal situação é mesmo vital a essa criança, pois dessa maneira será um possível proporcionar a este um convívio com os dois genitores, de modo que isso só trará benefícios para criança.

Mediante interpretação extensiva, entende que o princípio adotado pelo Código Civil de 2002 será fundamento para o direito de visita dos avós. Oliveira (2003) coloca que "[…] desde que atendido o interesse do menor, objetivando sua perfeita integração dentro da comunidade familiar". (OLIVEIRA, 2003, p. 71).

No momento em que a guarda compartilhada ganha espaço na convivência entre pais separados, há que se empregar, também, uma interpretação extensiva ao instituto, identificando-o como forma de acolhimento, satisfatoriamente colocada na noção de família moderna, favorecendo a afinidade e afetividade, conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana através da valorização de cada membro que a compõe.

Venosa (2016), ao tratar do tema, evidencia que não há necessidade de que o legislador desça a miudeza nesta matéria. Destarte, afirma-se que o fundamental nesta área é a ampla margem de decisão relegada aos conciliadores e ao juiz, e que o legislador não deve atender parâmetros de forma estrita. O caso concreto deve sempre definir a solução.

Houve por bem o legislador, no entanto, incluir estes dois artigos em matéria que já vinha - há muito - sendo aplicada pelos tribunais. Não havia necessidade afligente de texto expresso para que o juiz harmonizasse a convivência de filhos e pais separados, aplicando esta chamada guarda compartilhada, ainda que não se utilizasse dessa denominação. Outros dispositivos legais, porém, foram acrescentados pela Lei n. 13.058/2014.

Venosa (2016) expõe que o melhor interesse da criança e do adolescente conduz os tribunais a sugerir e atribuir a guarda compartilhada ou conjunta. O instituto da guarda, ainda, não atingiu sua plena evolução. Há os que protegem ser plenamente possível essa divisão de atribuição ao pai e à mãe simultaneamente. Essa espécie de guarda dita compartilhada não se torna possível, de forma vasta, quando os pais se apresentam em estado de combate ou quando residem em lugares distantes um do outro. Essa solução dependerá da percepção do magistrado e em especial do perfil

psicológico, social e cultural dos pais, além do exame do grau de fomento que reina entre eles após a separação.

A ideia é definir que pais apartados, separados a qualquer título, partilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto como traz Venosa (2016). Em íntimo, essa atribuição reflete a obrigação dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões.

Para Venosa (2016), não se fazia necessário a criação de texto expresso da lei para que essa guarda compartilhada fosse sugerida pelo judiciário, de qualquer modo, "*legem habemus*". Tudo dependerá da oportunidade e conveniência avaliada pelo juiz e pelos próprios cônjuges, quando estes pactuarem sobre essa modalidade de guarda. A figura do conciliador torna-se primordial nessa área.

Assim, o autor acima citado coloca que a modalidade de guarda pode ser modificada a qualquer tempo, sempre em busca do interesse do menor. Isso significa que, a princípio, quando ainda recente a dissolução da convivência conjugal dos genitores, pode não ser o melhor momento para a guarda compartilhada ou para um compartilhamento mais amplo. Após algum tempo, acalmando os ânimos entre as partes, a guarda compartilhada pode surgir como uma solução natural.

Dividir deveres e obrigações por parte de pais separados em relação aos filhos significa manter os vínculos de afeto com maior presença na vida dos menores como coloca Venosa (2016). Não há, porém, configuração de impor o compartilhamento sem a cooperação dos pais.

A guarda compartilhada só será possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuindo relação de respeito, cordialidade e maturidade. Assim, a preponderância sobre o interesse do filho deverá existir sempre.

Venosa (2016) O novo diploma legal modifica o § 2º do art. 1.583 (BRASIL, 2002) para descrever que "na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos". Logo, não parece que

magistrado algum recalcitraria em aplicar esse princípio mesmo na ausência de texto legal.

Cuidando da questão da guarda compartilhada, Venosa (2016) traz que quando os genitores residem em locais diferentes e distantes, a nova redação do § 3º do art. 1.583 declara: "Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos" (BRASIL, 2002).

> "Como magistrados que fomos por mais de vinte e cinco anos não queremos crer que o legislador imagine todo o juiz deste País como um incompetente. Não é possível supor que se faria o contrário ao examinar o caso concreto. Mais um dispositivo inútil a nosso ver, talvez sugerido por quem nunca tenha atuado nos foros de família. O caso concreto se mostra por vezes traz a dificuldade para solução e depende do bom senso das partes, que nem sempre se faz presente, e do magistrado. Não há dúvida de que a guarda compartilhada traz um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão valores no desenvolvimento e na formação de crianças e adolescentes. Essa forma de guarda traduz também outra característica do direito de visita, que poderá ficar flexível quando acordada a guarda conjunta ou compartilhada". (Venosa, 2016, p. 208)

Baseado em Venosa (2016) pode-se dizer que a guarda compartilhada nunca poderá ser imposta se não houver boa vontade e compreensão de ambos os pais. Portanto, as leis se fazem necessárias, mas pais educados e conscientes, bem como conciliadores e juízes antenados com sua realidade social também. Não resta dúvida que a guarda compartilhada será sempre o melhor para a criança e o adolescente, tendo em vista que a aplicação de tal instituto será um viés possibilitador para o convívio diário desse menor com os dois genitores.

A nova lei traz outros excessos introduzidas no art. 1.584, bem como normas de direito procedimental como a nova redação ao art. 1.585, sobre medidas cautelares, exigindo que, salvo urgências, só poderão ser concedidas após a oitiva das partes. Cabe esclarecer que não se deve confundir a guarda compartilhada com a guarda alternada, pois a segunda, respectivamente, atende mais ao interesse dos pais do que dos filhos, o tempo de permanência divide-se destes com os pais em suas

respectivas residências, nada além disso. Essa modalidade está condicionada ao insucesso e a gerar maiores problemas do que soluções.

Venosa (2016) coloca que o texto legal traz em seu teor duas formas de guarda: unilateral ou compartilhada. Não há campos estanques entre elas, mas gradações. Então, pode-se afirmar que a guarda compartilhada pode ser mais ou menos ampla, dependendo do caso concreto. De outro viés, a guarda unilateral pode abrir válvulas ao compartilhamento, como, a exemplo, direito de visitas mais amplo que pode caracterizar forma de convivência.

Evidencie-se que a guarda unilateral definida de forma extrema afasta o filho do cuidado de um dos genitores. Se no direito em geral não se pode fazer afirmações determinantes, tal se torna muito mais verdadeiro na área da família. O fato de alguém estar com a guarda unilateral não libera o outro genitor dos deveres básicos da paternidade, devendo estar sempre atento à proteção dos interesses dos filhos. Decorrente disto, evidencie-se Venosa (2016) que traz que a decisão sobre a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la, explicitando os fatores de afeto, saúde, segurança e educação.

Notoriamente, percebe-se com facilidade as melhores condições para manter a guarda do filho, que não residem exclusivamente na situação financeira ou econômica. O texto do revogado art. 1.584 se referia às melhores condições, sem descrevê-las, no entanto. Foi salutar a descrição introduzida nesse novo texto como aborda Venosa (2016).

Madaleno (2017), deserta que os deveres do casamento se mantêm de forma permanente, enquanto as circunstâncias não puserem fim ao casamento com dissolução matrimonial dos cônjuges ou conviventes, ou com o divórcio dos consortes. No entanto, há deveres que vão além da linha divisória do casamento ou da união de um casal, que tendo filhos, leva na sequência do fim das núpcias o dever de cuidado legal, moral e ético de seguir assegurando o sustento, a guarda e a educação dos filhos comuns.

As palavras de Madaleno (2017), reforçam ideias já pautadas no presente trabalho. A dissolução do casamento não colocará fim às obrigações dos genitores para com seus filhos, devendo estes prestarem toda assistência material, moral e educacional aos filhos, comprometidos em iguais condições e na extensão dos ingressos de cada um. Considere, ainda, que o não cumprimento do dever de mútua assistência aos filhos dará ao genitor guardião o direito de ingresso com ação judicial para que tais obrigações sejam cumpridas em favor desse menor.

Rolf Madaleno (*apud* PONTES DE MIRANDA, 2001):

> "[…] sustentar é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar". (2001, p.15)

Miranda (2001) define o que é o sustento e a guarda. Conclui-se que o menor não precisa somente da guarda ou somente do sustento, será necessário o uso destes dois elementos para sua formação adequada.

Liberati (2010), ao falar sobre o instituto da guarda nos diz que:

> "Tendo como certa a unidade e solidariedade da responsabilidade parental entre os cônjuges, em reação aos filhos menores, salienta-se que os pais, conjunto, devem suportar o ônus da guarda.
>
> A igualdade dos deveres dos parentais, introduzida pelo parágrafo 5º do art. 226 na CF, permite acolher juridicamente a guarda compartilhada ou conjunta.
>
> Aliado a ordem constitucional, o art. 1.583 do CC, a exemplo do disposto no art. 9º da lei 6.515/1977, autoriza a concessão da guarda dos filhos menores segundo o que ficar acordado entre os cônjuges.
>
> Pela regra, os cônjuges poderão - e já podiam! - eleger a guarda conjunta como forma de manter as relações parentais com os filhos.
>
> Com efeito, a responsabilidade paterna não se extingue pelo deferimento da guarda a um dos cônjuges ou companheiros, no momento da separação.
>
> A guarda constitui verdadeiro encargo aos pais, que conjuntamente, devem contribuir para sua execução, mesmo estando separados. Tenha- se presente, porém, a dificuldade do

> exercício desse múnus em face da animosidade sempre manifesta na separação do casal.
>
> Todavia, a atividade conjunta dos pais nada mais é do que a continuação da relação filhos/pais após a ruptura da sociedade conjugal, ou seja, embora não existia mais sociedade conjugal permanece a sociedade parental". (LIBERATI, 2010, p.380)

A sociedade conjugal será extinta após a dissolução da união, porém a sociedade parental quando existir filhos, irá se perpetuar pela vida inteira. Essa ideia reforça mais ainda que, a dissolução da união conjugal em nada tem a ver com os filhos. Sendo necessário uma cooperação e compreensão desses genitores para o melhor exercício do poder familiar.

José Antônio de Paula Santos Neto (1994), traz mais uma definição do que venha a ser guarda:

Em lapidar definição, Rubens Mimongi França (1972, *apud* SANTOS NETO, 1994, p.138) conceitua a figura jurídica em apreço: "Guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o mesmo, demandas do fato de estar sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto a vigilância, direção e educação".

> "Parece-nos que o traço principal e característico da guarda consiste em ter garantia a posse do menor. Por isso, o conceito de propomos, partindo da ideia inicial do eminente mestre citado, fica formulado nos seguintes termos: Guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância e ampla assistência em relação a este.
>
> Guarda, com efeito, não equivale a simples companhia, como já tivemos ocasião de explicar. Guarda e posse, enquanto que o direito de companhia, embora sempre exercido pelo guardião, pode (e normalmente deverá) sê-lo também pelo genitor não guardião". (SANTOS NETO, 1994, p.138-139)

A guarda define ao guardião muitos deveres, entretanto, o genitor que não a detém não pode se abster da convivência com o filho, de acordo com Neto (1994).

Roberto João Elias (2010) afirma que é de extrema importância o convívio familiar para que o desenvolvimento da criança aconteça da melhor maneira possível. A guarda no seio da família será sempre mais interessante, em face ao acolhimento

institucional. A evolução integral da criança e do adolescente se materializa adequadamente no seio familiar.

Por isso, a revogabilidade da guarda consta no artigo 35, ECA “Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público” (BRASIL, 1990). Logo, por ser precária, a guarda tem em sua essência a possibilidade de revogação a qualquer tempo, mas cabe esclarecer que, para que isso aconteça, será necessário provar que não é favorável ao menor. O que detém a guarda terá o seu direito de defesa resguardado, exercendo assim o contraditório. O juiz terá por fim que fundamentar sua decisão, caso contrário a mesma poderá ser anulada

Ainda, nas leituras de Elias (1999):

> “Quando trata do pátrio poder quanto à pessoa dos filhos, o código civil, no seu art. 384, II, preceitua que compete aos pais, no que tange aos filhos menores, tê-los com sua companhia e guarda.
>
> Assim sendo, via de regra, a prole ficará só a guarda dos pais. Em caso da separação deles, somente um ficará com tal direito. É possível também que a guarda da criança e do adolescente seja concedida a uma terceira pessoa, parente ou não do menor.
>
> Dos genitores exige-se não somente a satisfação das necessidades materiais, mas também o cumprimento de deveres de índole spiritual, com vista à formação ética do filho.
>
> É certo afirmar, que o exercício do pátrio poder paterno requer a convivência de pais e filhos, em um mesmo lugar, porém esse direito- dever que os pais têm encaminha-se à proteção, à educação e preparação para um melhor desenvolvimento para a vida do menor.
>
> Tratando sobre o novo modelo de família e seus reflexos sobe o instituto da guarda, Roberto João Elias, cita Gustavo Tepedino, que leciona o seguinte: nas legislações modernas, o desmoronamento da unidade patriarcal e o florescimento de princípios de proteção tanto à mulher quanto ao menor”. (ELIAS, 1999, p. 52-53)

Nos dias atuais não há mais que questionar sobre a força do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, este sempre será pilar central em toda e qualquer decisão.

Nas leituras de Fiuza (2012), podemos encontrar também o conceito de guarda:

> "A guarda é relação típica do poder de familiar. É, em termos grosseiros, a "posse direta" dos pais sobre os filhos. Apesar de grosseiros os termos, a ideia de posse é tão atraente e expressa com tanta clareza em que consiste a guarda, que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente a utilizou no art.33, no seu parágrafo primeiro, ao dispor que "a guarda destina-se a regularizar-se a posse de fato […]. Assim, a guarda, em termos genéricos, é o lado material do poder familiar; é a relação direta entre pais e filhos, da qual decorrem vários direitos e deveres para ambas as partes. É óbvio que a guarda pode ser concedida a terceiros, como no caso da tutela". (FIUZA, 2012, p.1085.)

Fiuza (2012) define, então, a guarda como a posse direta dos genitores sobre os filhos.

Guilherme Gonçalves Strenger (1998, p. 32), encontramos mais um conceito de guarda: "[…] o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição".

Strenger (1998), define guarda como um poder-dever que está submetido ao um regime jurídico legal.

Vejamos o instituto da guarda pelo olhar de Basílio de Oliveira (1998, p. 84), em que a guarda do menor, é direito condicionado ao melhor interesse desse. Origina-se em princípio da lei e, incomumente, da decisão judicial, do acordo ou da situação fática.

Resulta da lei, como efeito natural do pátrio poder, dos direitos da tutela e da adoção. Da decisão judicial, porquanto ao juiz é conferida abrangente poder de regulamentação, modificação e reversão da guarda.

A regulamentação da guarda deriva também, com regularidade, dos acordos homologados em juízo com a aprovação do Ministério Público, como nos ajustes das cláusulas de guarda e visitação de filhos, realizadas nas convenções de separação consensual ou de divórcio, em que os cônjuges convencionam que os filhos ficarão em posse e guarda de um dos genitores (em geral a mãe), acarretando ao outro o encargo alimentar e o direito de vigilância e de convivência de acordo com o que ficar estipulado no calendário de visitação

Compreende-se que a guarda apesar de tantas definições doutrinárias, já explanadas ao longo do presente trabalho, tem em sua essência e ponto principal o dever de cuidado dos genitores, para com a prole. Definir a guarda em favor de um dos genitores, por ser esse o que detém melhores condições para tutela desse menor, não irá jamais definir que o outro genitor não terá direitos e deveres na criação e desenvolvimento dessa criança ou adolescente.

É necessário entender que a separação dos cônjuges não deve afetar o menor, sendo necessário maturidade e bom senso das partes. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deixa claro que, o bem-estar do menor deve superar e sobrepor qualquer que seja a situação, e por isso a guarda será sempre atribuída ao que melhor atender os interesses do referido. Para isto, a guarda deve ser decidida da melhor forma possível e sempre atenta a todos os critérios para sua definição.

Com base nisto, podemos concluir que a criança precisa de um modelo para espelhar-se e seguir. É necessário que o exercício da guarda seja realizado de fato pelo genitor que tenha compromisso com o desenvolvimento saudável da criança, pois será neste momento da vida que ela irá moldar o seu caráter e seu comportamento perante a sociedade.

3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO MARCO NORMATIVO POSSÍVEL

> O autor Fachin (2012), sobre o tema da afetividade nas relações familiares, disserta que:

> "O tema afetividade levanta algumas interrogações: seria possível a regulamentação das relações familiares sem apreciação desse elemento? Existira família sem estar presente a afetividade entre seus integrantes? […] O vínculo genético terá mais relevância do que o afetivo na construção da relação familiar? Poderá a questão sanguínea por si só estabelecer os vínculos necessários para construção da família?" (FACHIN, 2012, p. 26-27)

A filiação se institui, portanto, em sua essência, do afeto que une pais e filhos, possuindo ou não vinculo biológico entre eles. Assim, identifica o direito pátrio, mesmo antes do surgimento da Constituição de 1988, com a defesa da igualdade entre os filhos, ao determinar o instituto da adoção, reconhecendo a filiação instituída na vontade e no afeto, acima dos vinculos de sangue. Este reconhecimento conquistou espaço na doutrina como aborda Fachin (2012).

De acordo com Fachin (2012 *apud* Chaves,1995) ao descrever a importância da adoção, traz à lume a extrema relevâ ncia do afeto, como elemento fundamental dessa espé cie de filiação:

> "[...] utiliza-se, hodiernamente, da sensação de isolamento, tão característica do nosso tempo, para insuflar, em homens e mulheres desprovidos de descendência, o desejo insopitá vel de arrancarem da maré da misé ria, para trazerem, para o aconchego do seu lar, uma criaturinha abandonada em quem concentrar seus desvelos e derramar seu afeto. [e arremata, ressaltando os laços afetivos como superiores aos de sangue] [...] pelo que diz respeito às ingratidões e aos arrependimentos, bastará dizer que não são peculiares à adoç ão: existem, infelizmente, em nú mero talvez maior, com relação aos filhos de sangue". (CHAVES, 1995, p. 24-26)

O tema tomou maior assento e não se resumiu a esta formulação como trata Fachin (2012). A Constituiç ão de 1988, ao vetar o tratamento discriminatório dos filhos, a partir dos principios da igualdade e da inocência, veio consolidar o afeto como elemento de maior importância no que tange o estabelecimento da paternidade. Acolheu a constituição o que, sob um imperativo ético e humano, já estava reconhecido na doutrina, na lei especial e na jurisprudência. Éa partir daí que deve se interpretar o Código Civil brasileiro.

Ainda, baseado em Fachin (2012), tem-se que a jurisprudência pátria reconhece o valor jurídico do afeto como primordial para o estabelecimento da filiação, a exemplo do julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (na linha de pronunciamentos mais recentes), que, em processo de adoção, reconhece os vínculos afetivos entre adotante e adotado como aptos a afastar a maternidade de quem, se embrago do vínculo de sangue, não manteve relação de afeto com o menor.

> "Se a menor, há doze anos entregue voluntariamente a família substituta, mantém-se em lar amoroso e carinhoso, e inexistindo motivo sério que recomende seja modificada a situaç ão, não há como reconhecer o direito da mãe biológica em reaver a filha. [...] Provando- se que a mãe biológica abandonou a menor, sem possibilidade de criá - la, aplica-se a perda do pá - trio poder, devendo ser concedida a adoção plena à família substituta que lhe deu carinho, desvelo e amor (art. 45, pará grafo 1º da Lei no 8.069/90). Decisão: unânime". (TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PR, 1995).

Para Fachin (2012), o julgado traduz o que veio consolidar na jurisprudência essa ordem de atenções, consoante aqui sustentado. Trata-se do reconhecimento pelos tribunais de uma situaç ão que se coloca como base das relações familiares. Nada obstante, a relevância do reconhecimento dos laços biológicos da filiação, o vinculo que une pais e filhos e que, por isso, lhes oferece tais qualificações, é mais amplo que a carga genética de cada um: diz respeito às relações concretas entre eles, apreendendo o carinho dispensado, o tratamento afetuoso, a vontade paterna e materna em se realizar contribuindo no projeto pessoal de formação de outra pessoa, a quem reconhece como filho, não só em virtude do sangue, mas em virtude do afeto, construir nas relações intersubjetivas concretas. Tais relações são, não raro dotadas de objetiva recognocibilidade, inclusive por inferência de comportamentos concludentes.

Fachin (2012) demonstra através dos seus ensinamentos que, não se pode contestar o valor jurídico do afeto nas relações familiares atuais, demonstra que a família com base nos vínculos afetivos é sim o modelo atual de família, tal reconhecimento consolida-se com a Constituição de 1988, reconheceu e deu ouvidos

aos clamores sociais, e assim estabeleceu princípios que viriam nortear as relações familiares que sofreram profundas alterações na sua estrutura.

Gagliano e Pamplona (2017) lecionam sobre o tema que:

> "Todo o contemporâneo Direito de Família gira em volta do princípio da afetividade.
>
> Não pretendemos, diante disso tentar definir o amor, pois tal incumbência é impossível a qualquer aplicado, filosofo ou cientista.
>
> Mas não se pode concluir inexistir aquilo que não pode ser racionalmente desenhado. Isso seria um erro infeliz.
>
> Decerto, nesta gigantesca empreitada, houvesse sido bem-sucedido o apóstolo Paulo, em sua linda primeira Epístola aos Coríntios, quando eternizou que ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine. E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria.
>
> Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o amor, estes três, mas o maior destes é o amor". (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p.93-94)

Logo, baseado em Gagliano e Plamplona (2017), depreende-se que o amor e a afetividade tem inúmeras faces e aspectos e, nesta complexidade, temos somente a certeza inafastável de que se trata de uma força basilar impulsionadora de todas as nossas relações de vida. Nesse sentindo, fica simples concluir que a sua presença, mais do que em qualquer outra área do Direito, se faz de modo especial mais forte nas relações familiares.

A propósito, como já elencado, o respectivo conceito de família, elemento chave desta investigação científica, origina e encontra a sua raiz ôntica da própria afetividade. Vale destacar, a comunidade de existência desenvolvida pelos membros de uma família é delineada pelo laço socioafetivo que os unem, sem anular as suas singularidades.

Igualmente na guarda de filhos, énítido a aplicação do princípio, consoante se deflui da simples leitura do Código Civil:

> "Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-lá
>
> Pará grafo ú nico. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda àpessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei especif ica". (BRASIL, 2002)

O fato indiscutível é que toda a averiguação cientifica do Direito de Família sujeita-se a força do princípio da afetividade, desenhador dos standars legais típicos (e atípicos) de todos os institutos familiaristas já evidenciado por Gagliano e Pamplona (2017).

Gagliano e Pamplona Filho (2017) corroboram ao elucidar o Direito de Família, cenário de observância do princípio da afetividade, que aplica em caso concreto como apreciação racional-discursiva e entende que as partes envolvidas nesta situação posta em análise judicial, respeita as discordâncias e valores, onde envolvem afetivos que unem os seus membros. Afinal, nenhuma família é idêntica a outra, e todas precisam ser tratadas e respeitadas da mesma forma.

Cunha (2016) permite a compreensão do afeto nas relações familiares. Afinal, a família sem a presença do afeto, será uma família desordenada e sem qualquer estrutura.

> "Mas não é qualquer afeto que estabelece ou compõe um núcleo familiar. Nos laços de amizade, por exemplo, está presente o afeto, mas nem por isso há aí uma famí ia. O afeto autorizador e caracterizador de uma entidade familiar deve estar acompanhado de outros elementos como solidariedade, responsabilidade, cumplicidade, vivência e convivência. Na família conjugal, alé m desses elementos, está presente também a sexualidade entre o casal. Sem esses pressupostos não há conjugalidade, ainda que a sexualidade possa ter as mais diversas variações, já que é da ordem do desejo, muito mais do que da genitalidade. Na família parental, o afeto pode estar acompanhado dos laços de sangue, ou não, mas sempre associado ao "serviç o", isto é , ao exercício de funç ões paternas/maternas, que se exteriorizam no cuidado, sustento, educaç ão, imposiç ão de limites etc". (CUNHA, 2016, p.219)

Cunha (2016) esclarece que não é somente baseada no afeto que se constitui uma família, pois existem outros pilares para essa constituição do núcleo familiar e usa para isto outros autores.

> "Mas, alé m da afetividade, quais os elementos necessá rios para que haja uma famíl ia? Paulo Lô bo identifica como elementos definidores de um nú cleo familiar, alé m da afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade. A afetividade é o fundamento e a finalidade da famíl ia, com desconsideraç ão do "mó vel econô mico"; a estabilidade implica comunhão de vida e, simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, sem compromisso; já a ostensibilidade pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade enquanto tal, que assim se apresente publicamente13 is e devem estar presentes em um relacionamento para que se conclua pela existê ncia de uma entidade familiar. Em suma: não obstante a relevâ ncia do afeto como vinculo formador de famíl ia, ele, por si só, não é o ú nico elemento para se verificar a existê ncia de um nú cleo familiar. Ele deve coexistir com outros, embora sua presenç a seja decisiva e justificadora para a constituiç ão e subsistê ncia de uma famíl ia. Acrescentamos a esses elementos trazidos pelo Professor Paulo Lô bo um outro que, na verdade, reú ne todos eles. Esse elemento, ou melhor, essa noção de famíl ia sustentada pelo afeto, deve conter, em seu núcleo, uma estrutura psiquica, estabelecendo um elo entre os seus membros. É a partir desses pressupostos que Lacan pô de definir a famíl ia como uma estruturação psíquica". (LOBO *apud* CUNHA, 2016, p. 219)

Cunha (2016) trata do afeto como valor e como principio jurídico ao elucidar:

> A afetividade é um princípio constitucional da categoria dos proncipios não expressos. Ele estáimplícito e construído nas normas constitucionais, pois aí estão seus fundamentos essenciais e basilares: o principio da dignidade da pessoa humana (art. 1o, III), da solidariedade (art. 3o, I), da igualdade entre os filhos, independen- temente de sua origem (art. 227, § 6o), a adoção como escolha afetiva (art. 227, §§ 5o e 6o), a proteç ão à famíl ia monoparental, tanto fundada nos laç os de sangue ou por adoção (art. 226, § 4o), a convivência familiar assegurada à crianç a e ao adolescente, independentemente da origem bioló gica (art. 227)". (CUNHA, 2016. p. 219)

Um paralelo de outros institutos do direito das famílias, como o casamento e também de institutos não pertencentes ao direito das famílias, demonstra o princípio da afetividade como esclarece Cunha (2016).

> "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges" (art. 1.511); "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem"(art.1.593).Também presente em outras normas infraconstitucionais como a Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (...) III – em qualquer relaç ão íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, inde- pendentemente de coabitação" (art. 5o, III)140. A Lei n. 12.318/2010, que dispõe sobre alienação parental, traduz e valoriza o afeto como regra e principio, em seu art. 3o: "A prática de ato de alienação paren- tal fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convi- vência familiar saudável, prejudica a realizaç ão de afeto nas relaç ões com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda".(CUNHA, 2016. p. 219)

Calderón (2015), em consonância com Cunha (2016) salienta a necessidade do princípio da afetividade nas relações familiares, visto que somente os elos familiares são capazes de fomentar a formação integral do indivíduo.

E assim, o papel essencial da jurisprudência na construção e reconhecimento da afetividade, torna-se vetor necessário às relações familiares e este deve ser ressaltado. Sendo assim, os juristas sustentam o direito de atribuir valor à afetividade, encontrando respaldo na legislação. E para isto, há três correntes doutrinárias: 1) a afetividade deve ser reconhecida e pode ser classificada como princípio jurídico do direito de família; 2) defende que seja considerada pelo direito, mas apenas como valor relevante; 3) defende que a afetividade não deve ser atribuída valoração, diz que afeto é um sentimento e que não poderia ser tratada no direito.

Conclui-se que a discursão em torno da afetividade, será a possibilidade do seu reconhecimento pelo direito, e se há como inclui-la como princípio no ordenamento jurídico.

Entender a situação acima, poderá sinalizar como enxergar o direito de família na atualidade, a resposta é relevante para construção de outras advindas de

diversas situações. Percebe-se que a família atual está entrelaçada com a noção de afetividade e que o seu reconhecimento, ou não, pelo direito pode trazer consequências de diversas ordens.

A antiga concepção de família a vinculava ao matrimônio, aos liames biológicos e registrais, desfazendo-se com uma nova definição de família, em que o afeto é tido como elemento principal. Com isso, o papel principal de cada integrante da família é viabilizar a realização do afeto.

A partir da nova concepção de família, veio também situações diversas e que não eram regidas pelo direito de família. Pode-se citar alguns exemplos como: o parentesco socioafetivo, a multiparentalidade, dentre outras situações.

Como é a sociedade quem apruma o direito, foi necessário à adaptação as alterações dela, o que tornou clara a necessidade de revisão da noção dos institutos de família, para que desse modo, os conflitos pudessem ser correspondidos de maneira efetiva.

Compreende-se ainda, a importância da análise de alguns casos nas quais o afeto ganha papel relevante no ordenamento jurídico e se constitui como pilar de diversos institutos presentes na Constituição e no Código Civil.

Evidencie que mesmo antes da constituição de 1988, já existia uma parte da doutrina brasileira que tratava das distinções do que vinha a ser a figura do genitor e a do pai, sempre salientando a distinção das figuras de genitor e do pai, destacando a culturidade da relação paterno/materno filial, o que valorará mais a afetividade do que meramente os vínculos sanguíneos. Com isto, foi se construindo que a afetividade se mostrava necessária nas relações familiares e tornou-se elemento essencial da base familiar.

O princípio da afetividade não possui caráter determinado será sempre analisado em um caso concreto. Encontra-se o princípio detento de dimensões, a primeira é a objetiva (trata de fatos sociais indicadores de manifestações de afetividade) e a segunda é a subjetiva (trata sobre o afeto em si).

Para que se fale em apuração da afetividade, será necessário a verificação na dimensão objetiva, estando presentes os elementos, se identificará a presença da afetividade, a partir deste momento começa a se tratar na subjetividade. Cumpre ressaltar que, o reconhecimento jurídico da afetividade deve ser dotado de razoabilidade e de maneira ponderada.

Tartuce (2016) ao lecionar sobre o tema da afetividade ensina que:

> "O afeto talvez seja apontado, nos dias atuais, como base principal das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se sustentar que ele decorre da i continua da dignidade humana […]" (TARTUCE, 2016, p. 25)

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o afeto será elemento essencial no desenvolvimento do ser humano. Destaca-se para isto as palavras da jurispsicanalista Giselle Câmara Groeninga (2008):

> "O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade". (GROENINGA, 2008, p. 28)

Apesar de algumas críticas contundentes e de polêmicas levantadas por alguns juristas, não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar como explicita Tartuce (2016).

Dessa forma, apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema. Como é cediço, os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. Na linha do exposto por José de Oliveira Ascensão, os princípios são como "grandes orientações que se depreendem, não apenas do complexo legal, mas de toda a ordem jurídica" (ASCENSÃO, 2005, p. 404)

Os princípios estruturam o ordenamento, gerando consequências concretas, por sua marcante função para a sociedade. E não restam dúvidas de que a afetividade constitui um código forte no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira.

> "Cite-se, mais uma vez, o revolucionário acórdão do Supremo Tribunal Federal na análise da repercussão geral a respeito da prevalência da filiação socioafetiva ou da filiação biológica (RE 898.060/SC, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840). Nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, "a compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*)". (TARTUCE, 2016, p. 26)

Sobre a valorização desse vínculo afetivo como fundamento do parentesco civil (PAULO LÔBO 2006, *apud* TARTUCE, 2016, p. 26)

> "O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. [...] Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o

> ser humano constrói entre a liberdade e o desejo". (LÔBO, 2006)

O ordenamento jurídico brasileiro, passa a lançar decisões sob olhar do princípio da afetividade, e não mais somente sob o prisma biologico, fato esse que foi constatado na decisão citada por Tartuce (2016), onde o ministro Luiz Fux, cita o princípio da afetividade em seu voto.

Madaleno (2017), afirma que:

> "Essa mudança social da família patriarcal para a família celular permite que o princípio da afetividade seja atingido, não existe mais a sua antiga áurea sagrada e os tabus deitados sobre a maternidade e paternidade, parecendo interessar mais a formação natural e espontânea da família.
>
> A atual visão de família desconstrói o modelo patriarcal e suprimi alguns obstáculos, algumas armaduras para que a vida individual seja menos opressiva, para que se realizem as reais finalidades da família: de afeição e solidariedade, e de entrega às suas verdadeiras tradições.
>
> Frente a tal destaque, verificou-se um câmbio de conceitos, dando lugar a uma família que prioriza a pessoa humana, seu bem-estar e o pleno desenvolvimento das capacidades e virtudes de cada um de seus componentes, limitando sua identificação com a ordem pública para a regulação jurídica das suas instituições, e ampliando o campo da intimidade e da privacidade no Direito de Família". (MADALENO, 2017, p.39)

De acordo com Madaleno (2017), as grandes mudanças que ocorreram ao longo dos anos no âmbito familiar, deixou no passado a família patriarcal, onde não se tinha o afeto como elemento formador e passa a existir o novo modelo de família, onde será permitido a aplicação do afeto em suas relações. A possibilidade de ignorar tal fato já não existe mais, pois tornou-se uma realidade para o Direito da Família, essa afirmação no momento em que o afeto é utilizado como assento para decisões judiciais, conclui não ser possível negar o seu valor jurídico.

Segundo Dias (2007) não se pode negar o valor do afeto no ordenamento jurídico atual. Afinal, a conceituação de família nos dias atuais é centrada no princípio da afetividade como elemento agregador, e atribui aos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes deixar faltar carinho necessário para a formação plena de

sua personalidade. Assim, não há como ignorar tal realidade, de tal maneira que se passou a falar em paternidade responsável.

O distanciamento entre pais e filhos pode trazer sequelas de emocionais o que pode comprometer o desenvolvimento de forma sadia. O sentimento de dor e de abandono pode deixar cicatrizes e reflexos permanentes na vida de quem passou por tal situação. De maneira correta, o STJ decidiu por reconhecer o cuidado como valor jurídico, analisando e identificando o abandono afetivo como ato ilícito, a justificar o dever indenizatório.

Dias (2007) esclarece que:

> "O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família […]. O direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. […] as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de em dar e receber amor". (DIAS, 2007 *apud* LOMEU, 2009, p. 4)

Logo, será através do afeto que encontraremos a possibilidade de humanização das relações em família e em sociedade.

Tratando do assunto, Barbosa (2015) acrescenta que no momento em que o afeto foi posto como fundamento mais importante e caracterizador da família, percebeu-se que a falta desse, seria muito danosa. Primeiro, porque poderia deixar de caracterizar como família uma relação estabelecida entre pessoas. Segundo, porque a sua função precípua e fundamental é formar indivíduos amados, seguros, dignos, preparados para enfrentar as adversidades.

> "O afeto traz consigo e permite que o indivíduo possua uma história, pois exige o relacionamento entre as pessoas; que se tenha alguém com quem se possa contar; alguém que lhe agregue e auxilie no processo de amadurecimento; alguém que lhe sirva de exemplo e que exerça uma posição tão importante em sua vida que será eternizado na história, relembrado por várias gerações.
>
> Neste sentido, reprise-se aqui o que fora acima explicado: é dever dos pais propiciar a seus filhos o direito a convivência familiar, de vigilância e de educação. E este deve exigir a presença não somente física, mas aquela que se coaduna à ideia de participação, solidariedade, carinho e amor, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana". (BARBOSA, 2015, p.176-177)

A falta de afeto nas relações familiares, seria algo a ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não se deve falar em família sem afeto, como esclarece Barbosa (2015).

Para Costa (2016) é incontestável que o amor, o carinho, o afeto, sejam pilares sustentáveis da família. Nesse âmbito, a falta de afeto nas relações familiares pode causar danos imensuráveis, e por isso se motiva-se o afeto e todos os sentimentos que possam servir de vínculo positivos entre pais e filhos.

Costa (2016) afirma ainda que:

> "Acaba-se qualquer questionamento de que o princípio da afetividade não seja também uma base da família e consequentemente, da sociedade brasileira como um todo.
>
> Pode se dizer que o sentimento afetivo, mesmo não expresso na legislação pátria, encontra respaldo no ordenamento jurídico, estando intimamente relacionado ao direito de família, de forma que a ausência do afeto é suficiente para abalar a estrutura familiar e da coletividade". (COSTA, 2016, p.193)

Logo, está claro e definido que o afeto está relacionado ao direito de família e a falta dele compromete a estrutura familiar. Gama fomenta a afirmativa:

> "O dever de convivência valorizou o afeto nas relações familiares, o qual assumiu relevância jurídica e se expressa, por exemplo, na exigência da *affectio maritalis* (como decorrência do sentimento recíproco de amor entre o casal) e no reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, na qual o vínculo sentimental entre pais e filhos pode, muitas vezes, se sobrepor a relações de consanguinidade. A família, a partir de

> agora, passa a ser um "núcleo sócio-afetivo que transcende a mera formalidade. (GAMA, 2008, p.3)

Pode-se aferir, com base na leitura acima, que o dever de convivência dos genitores com sua prole, valorizou o afeto. A família será um núcleo afetivo, sobrepondo inclusive em muitas situações os laços de consanguinidade.

4 REFLEXOS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DE ABANDONO AFETIVO

4.1 Breves considerações sobre responsabilidade civil

Acerca da responsabilidade civil, pode-se concluir que a mesma está pautada nos direitos e obrigações. Ao praticar um ato ilícito, o indivíduo que o fizer, terá o dever de indenizar a vítima prejudicada pelo ato praticado ilicitamente. Há, portanto, a obrigação de reparação pelo dano causado. Seja ela em forma de pecúnia outrâmite processual. Dessa forma, será sempre gerada uma responsabilidade em face do autor.

Para Malheiros (2014) o instituto da responsabilidade civil visa sempre constatar um critério suficiente para fixar uma reparação apropriada aos danos produzidos em sociedade, normalmente buscando "[…] a restauração de uma igualdade destruída; qualquer que seja o fundamento que se lhe dê-culpa ou risco. É o resultado igualitário que se objetiva […]". (MALHEIROS, 2014, p. 213 *apud* VILLELA, 1991, p. 490)

Para que se configure a responsabilidade civil, será necessário três elementos, o ato ilícito, o nexo de causalidade e o dano (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 35). O elemento formal, será a violaç ão de um dever jurídico por meio de uma conduta voluntária, o elemento subjetivo, será o dolo ou a culpa e o elemento causal-material é configurado pelo dano e a respectiva relação de causalidade.

Os elementos da responsabilidade civil subjetiva estão pautados no Código Civil:

> "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a

> outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. […]"
>
> "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". (BRASIL, 2002.)

Cavalieri Filho (2015, p. 41), denomina a ação como um "movimento corpó reo comissivo, um comportamento positivo, como a destruiç ão de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante". Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenç ão de alguma conduta devida. Vieira dizia, com absoluta propriedade, que omissão éaquilo que se faz não fazendo.

Para Rosevald, Cristiano Chaves e Felipe Peixoto (2015):

> "[…] a culpabilidade manifesta-se através de um erro de conduta por omissão de diligência exigível no caso concreto, situação na qual o agente se comporta de maneira inadequada por descuido ou falta de habilidade, de maneira que, não observa o dever de cuidado […]". (ROSELVALD; CHAVES; PEIXOTO, 2015, p. 161)

Cavallieri (2015) expõe que se a manifestação de culpa ocorrer a partir de uma conduta omissiva ou negligente do indivíduo, conclui-se que o ordenamento jurídico determina aos cidadãos o dever jurídico genérico de não agir de maneira a violar o direito do outro, objetiva nesse sentido equilíbrio e a solidariedade social.

De acordo com Filho (2015), a culpa "*stricto sensu*" é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível.

> "Entende-se que, na culpa "*stricto sensu*", o indivíduo age de maneira consciente, porém não espera o efeito que será causado pelo desvio da conduta O dolo, será definido portanto, pela vontade conscientemente destinada à produção de um resultado ilicito, o indivíduo tem total consciência da ilicitude do ato e mesmo assim o realiza, esperando o resultado. É a violação consciente do dever já existente, ou o intuito de causar dano a outrem". (CAVALIERI FILHO, 2015, p.50)

Para que se analise a culpa do indivíduo, será necessário verificar mais dois elementos, antes mesmo da apuração de culpa, sem esses dois elementos não há que se falar no dever de indenizar: o nexo causal e o dano. De acordo com STOLZE e PAMPLONA (2009, p.85): "O nexo de causalidade trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (Positiva ou negativa) ao dano". Só será possível a configuração da responsabilidade civil quando se puder estabelecer esse vínculo, demonstrando o indivíduo como responsável pelo dano causado à vítima. O dano será a lesão a um interesse jurídico tutelado, esse dano poderá ser patrimonial ou não, ele surge a partir de uma ação ou omissão do agente infrator.

4.2 Dano Moral

Para que se caracterize o dano moral será necessário que haja uma ofensa ou violação dos bens de ordem moral de um indivíduo, referindo-se à sua liberdade, honra, saúde, seja física ou mental, e também de sua imagem.

Para Theodoro (2016) o dano moral irá se configurar quando for imposto a vítima. Por exemplo, a desonra e a dor acarretada por atitudes ofensivas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada**.**

Theodoro (2016),

> "De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). Derivam, portanto, de práticas atentatórias à personalidade humana. Traduzem-se em um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida capaz de gerar alterações psíquicas ou prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral do ofendido". (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1)

Galdino (2012), acrescenta que o dano não significa apenas a perda ou subtração de um bem jurídico material, mas também de ordem extrapatrimonial, como por exemplo os direitos da personalidade e os direitos de famíl ia.

Já Stolze e Pamplona (2009), ao falar sobre dano moral, afirmam que a indenização não será somente na esfera patrimonial, a mesma ocorrerá da vulneração de direitos naturais à condição humana, sem expressão pecuniária basilar.

Os danos morais são regidos pela Carta Magna, art. 5º, V e X. Vejamos:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […]
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; […]
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL, 1988.)

4.3 A configuração da responsabilidade por abandono afetivo

O abandono afetivo na filiação nos leva a seguinte reflexão, a possibilidade ou não da reparação do dano moral causado ao filho menor, o pai ao não cumprir os seus deveres decorrentes do poder familiar pode ser responsabilizado civilmente, ou não seria possível essa reparação, pelo fato de não podermos medir ou determinar o que venha ser o amor. Sob essa perspectiva, as opiniões divergem em duas posições contrapostas: aqueles que defendem que a questão do abandono afetivo na filiação encontra solução dentro do próprio direito de família, com a destituição do poder familiar, e aqueles que começam a se manifestar favoravelmente às reparações pecuniárias, uma vez comprovada a existência do dano moral. O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigo 1634 do Código Civil; no artigo 229 da Constituição Federal, dentre outros artigos que tratam do tema.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) traz os deveres dos pais de criar, educar, de guarda, sustento, de cumprir e fazer cumprir determinações, judiciais, por outro lado traz o direito do filho à convivência familiar e comunitária. O Código Civil, em seu artigo 1634, repete alguns desses deveres, e inclui outros,

dispondo sobre sete hipótese de competência dos pais quanto aos filhos menores, considerados atributos do poder familiar, contudo esse rol não é taxativo. As hipóteses são: dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar, nomear-lhes tutor, representá-los e assisti-los nos atos da vida civil, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir obediência, respeito e serviços próprios da sua condição. Vejamos a redação do artigo 1634 do código civil:

> "Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação;
>
> - tê-los em sua companhia e guarda;
>
> - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercero poder familiar;
>
> - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo- lhes o consentimento;
>
> - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição". (BRASIL, 2002.)

Esse dispositivo legal estabelece o comportamento que se exige dos pais e a responsabilidade destes para com sua prole enquanto durar a menoridade, a dependência e também enquanto estiver presente a vulnerabilidade, tendo como objetivo apoiar na formação biológica e da personalidade dos filhos sempre respeitando os padrões éticos e morais resguardados por nossa ordem jurídica e social.

Percebe-se que a nossa legislação é clara quanto aos deveres dos pais para com seus filhos, se são obrigações, ao serem descumpridas não caberia uma sanção? O art. 159 do Código Civil, prevê que todo cidadão que age, por omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A redação do referido art. 159 é claro ao afirmar que quem provoca o dano será obrigado a indenizar.

Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), é cabível a indenização por abandono afetivo, esse entendimento é pelo dever de cuidado, e não pela violação de afeto. Entendem, que o afeto é imaterial e subjetivo, o cuidado não, é objetivo e material.

De acordo com Cunha (2015), a viabilidade de tipificação de ato ilícito dentro das relações familiares conforme as regras gerais relativas aos arts. 186 e 187 do Código Civil é algo definido e irrefutável, fixando dessa maneira a existência da responsabilidade civil no Direito das Famílias. E ainda, esclarece que a responsabilidade civil leva à ideia de atribuição das consequências lesivas da conduta ao agente infrator, bem como o abandono no âmbito familiar, o qual deve ser compreendido como dano de interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no desempenho do exercício e das funções de ordem familiar.

Tal abandono não será somente de uma forma, percorre a vida do menor em vários âmbitos: moral, física e intelectual. Nessa mesma linha de raciocínio, Nader (2016) afirma que o abandono da criança, não será necessariamente físico, mas também moral, quando o genitor de maneira opcional não se liga emocionalmente ao filho, deixando de considerá-lo afetivamente, não obstante a assistência material que proporciona.

Nader (2016) realiza uma distinção sobre o que venha a ser cada dano, afirma que o dano físico será quando o genitor não cumpre o seu papel assistencial, deixa de prover o sustendo e saúde; intelectual, não o encaminhar à escola; moral, quando, não se preocupa em dar carinho e atenção, não preocupando em manter um vínculo de afetividade com o filho.

Entende-se que o abandono afetivo deve ser encarado como um dano provocado ao menor, dano esse de cunho moral, pois ao abandonar esse menor, o que se refere é a sua dignidade

Gagliano e Pamplona Filho (2017), enfatizam que dinheiro nenhum poderá compensar o abandono praticado em face do menor, mas será necessário que haja punição para que esses genitores não mais os pratiquem.

Gagliano e Pamplona Filho (2017):

> "Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a perda do poder familiar, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor". (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.761)

A afirmação acima demonstra que, as violações ao dever de afeto geram danos morais e com isso surge o dever de indenizar. A indenização viria como um meio de combater ao abandono afetivo. A intenção da responsabilização não será obrigar o amor, mas despertar a responsabilidade e o cuidado. O dever de cuidado traz em si elementos objetivos que pode ser comprovado em seu efetivo cumprimento. Já o seu descumprimento é o que possibilita a ocorrência da ilicitude civil e gera responsabilização ao genitor.

Rosenvald (2015) não acredita ser possível configurar a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, para ele, o abandono afetivo tão somente não poderá ser fonte da reponsabilidade civil. O mesmo, entende que associar o abandono afetivo a responsabilidade civil pode ser uma ameaça a segurança jurídica. Logo, recomenda o distanciamento do entendimento do abandono afetivo como fonte de responsabilidade civil.

Não há dúvidas que se deve referenciar o cuidado. É indiscutível que o cuidado é uma forma de amor, mas não se trata do amor que vincula um casal pelo afeto, ou do sentimento que os pais cultivam pelos filhos, e sim um amor construído com dispêndio de tempo e energia.

> "Associar irresponsavelmente o abandono afetivo a uma mera negativa de afeto propiciaria elevada insegurança jurídica, a ponto de filhos terem a aptidão de deduzir pretensões de responsabilidade civil contra os pais, mesmo que vivam todos no mesmo lar, pelo fato de que o genitor fora uma pessoa pouco carinhosa e amável, mesmo que jamais tenha negligenciado o dever imaterial de cuidado" (ROSENVALD, 2015)

Bicca (2015), entende ser totalmente possível que o abandono afetivo seja fonte geradora da responsabilidade civil e o define como umas das maiores formas de agressão ao ser humano.

> O abandono afetivo constitui umas mais graves formas de violência que pode vim a ser praticada contra o ser humano. A violência desse tipo é diferente de qualquer outra, sendo sempre continua, covarde e, acima de tudo, silenciosa. O abandono afetivo poder ser considerado a morte em vida. As vítimas do abandono sofrem os mais graves danos psicológicos, e junto com elas as genitoras (ou os genitores) que vivem uma angústia diária, de nada poder fazer, pois a solução quase nunca está ao alcance deles. (BICCA, 2015, p.184)

Para o autor, a violência é tão silenciosa que, muitas vezes, nem o Direito conseguiria ouvir, com tantas decisões contrárias e muita controvérsia sobre o tema. Assim, faz um paralelo entre a indenização devida a quem tem seu nome inscrito no SPC e ao abandono praticado contra milhares de crianças no Brasil.

Não será possível entender o abandono afetivo, como algo normal e comum nas relações familiares, esse abandono poderá ser o começo de um desastre familiar, que será refletido na sociedade como um todo, uma criança que cresce sem afeto, poderá ser um problema para sociedade, pois como será o caráter de um indivíduo formado em um ambiente familiar sem qualquer manifestação de afeto. Bicca (2015) alerta que não se poderá jamais considerar o abandono afetivo um fato normal, e sim, o indivíduo abandonado terá direito a uma reparação pecuniária, fato decorrente do dano causado pelo abandono afetivo.

Lobo (2008) nos diz que:

> "[…] A convivência familiar, que o art. 227 da Constituição considera integrante do melhor interesse da criança e do

> adolescente, é fato entretecido em relações sociais duradouras, com objetivo de constituição de família, o que as distingue de outras relações sociais. A afetividade, por seu turno, é dever jurídico a que devem obediência pais e filhos, em sua convivência, independentemente de haver entre eles afeto real […]" (LOBO, 2008, p. 6)

O questionamento sobre a possibilidade de identificação da responsabilidade civil na ceara do direito das famílias, já foi percorrido em algumas situações, sendo assim possível a sua configuração em diversas circunstâncias, como por exemplo, a fixação de multa pela identificação da síndrome de alienação parental.

Ressalta-se que, ao averiguarmos os elementos vitais para constatação da responsabilidade civil extracontratual de ordem subjetiva, aferimos que o tema abandono afetivo nas relações paterno-filiais acumula todos os requisitos para a identificação dessa espécie de responsabilidade, capaz de estabelecer compensação por danos morais.

Desse modo, para que possamos compreender melhor os pontos abordados acima, faremos uma análise da jurisprudência.

Em 2003, o juiz de direito Mário Romano Maggioni, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, localizada no Rio Grande do Sul, condenou um genitor revel a pagar uma quantia relevante em reais à filha, que alegou que deixou de conviver com ele ainda com poucos meses de vida, quando o genitor se separou de sua mãe, tendo constituído nova família e gerado três filhos. Afirmou, ainda que se sentiu rejeitada em virtude do tratamento frio dispensado a ela pelo pai, especialmente por todos serem membros da colônia judaica de São Paulo. Durante o trâmite processual, o Ministério Público se manifestou aduzindo que não cabia ao Judiciário condenar alguém por falta de afeto, tendo a referida sentença transitada em julgado, sem a propositura de

Em sua fundamentação, o magistrado explanou que a educação abrangia não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto afirme. Afirmou, ainda, ser menos vergonhoso,

ao ser humano dizer “fui indevidamente incluído no SPC” a dizer “fui indevidamente rejeitado por meu pai“.

Em decisão emblemática a ministra Nancy Andrighi:

> “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1.
>
> Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia- se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido”. (STJ, 2009; p. 276)

A partir da análise da jurisprudência citada, concluímos então que, a demonstração do fato ofensivo, que tenha vindo a decorrer de conduta culposa ou dolosa, se o entendimento do juiz for que tal conduta tenha sido causa suficiente para causar lesão a um bem jurídico impalpável, fica a ele resguardado, verificar a presença do dano moral e definir qual será a forma que esse dano será reparado, normalmente pecuniária, que fica a seu sabor, no que vale ressaltar que será necessário a observância de critérios já consolidados pela doutrina e pela jurisprudência. No

entanto, o magistrado levará sempre em consideração o caso concreto, entre os outros fatores que venham a ser a gravidade da lesão causada, a posição em que se encontra as partes e sem sombra de dúvidas a situação econômica.

Contudo, compreende-se que a punição tem caráter pedagógico diante dos genitores. O abandono em si já traz danos e a imposição da pena busca apenas a coerção do comportamento do indivíduo por meio da responsabilidade civil por abandono. É complexo e subjetivo quaisquer esclarecimentos ou solicitações sobre o amor, contudo a indenização faz-se mister perante despesas geradas pelos danos.

5 CONCLUSÃO

Compreende-se que a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares é algo delicado e pautado pela Constituição Federal. Contudo, deve-se estar atento ao conceito de família visto que foi alterado no ordenamento jurídico pátrio ao longo dos anos, principalmente com a vinda da Constituição Federal de 1988. O afeto como valor jurídico de fato irá surgir a partir da CF 1988. Assim como é dado aos genitores o direito ao planejamento familiar, será dever, cuidar, respeitar e educar, ou seja, o dever de convivência familiar.

O direito da família e a responsabilidade civil, foram ramos do direito que mais foram impactados com as alterações nos elementos para interpretação dos textos legais, os princípios constitucionais passam a ser usados como principal suporte para interpretação das normas jurídicas. Essa situação possibilitou que na atualidade jurisprudencial brasileira aconteça a reparação em forma de pecúnia por danos morais resultantes do abandono afetivo nas relações paterno filiais.

O direito da família tomou um novo rumo, deixando para trás as questões patriarcais dando espaço as questões afetivas, sendo o princípio da afetividade e o da dignidade da pessoa humana no atual modelo das famílias, o principal pilar nas relações familiares. O indivíduo assume um papel diferente, os antigos valores que só visavam questões e relações baseadas no patrimonialismo, são tomadas pelo

princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, o indivíduo mais vulnerável conquista uma proteção especial, dentro das relações familiares.

Compreende-se que a afetividade é condição para o desenvolvimento da vida humana em família e em sociedade. Família é o seio onde a formação do indivíduo será estabelecida. É na convivência que se constroem laços afetivos, amor e reconhecimento do outro. A família será sempre o local mais seguro para o indivíduo, é no seio familiar que esse indivíduo irá iniciar a formação do seu caráter, terá suas realizações pessoais. Para que o menor tenha um desenvolvimento sadio, será necessário conviver em um ambiente familiar adequado, como já relato ao longo do presente trabalho, hoje o afeto é pilar principal nas relações familiares, de modo que, para que o ambiente seja adequado, será necessário estar presente elementos como, amor, carinho, cuidado e proteção. Com a junção dos elementos citados chegamos ao princípio da afetividade. A afetividade não é mais presumida como no código civil de 1916, ela deve existir de fato.

O princípio da afetividade é um dos elementos inerentes ao poder familiar, tornando se assim, uma obrigação no âmbito das relações de família. O poder familiar, após a constituição de 1988, deixou de ser o mando dos pais sobre os filhos e se tornou deveres dos pais para com os filhos, o menor ganha uma personalidade própria, torna-se um sujeito de direito e obrigações.

A possibilidade de caracterização da responsabilidade civil por abandono, surge com a transformação da afetividade em obrigação dos pais em face da sua prole, obrigação essa que emana do poder familiar.

Já se percorreu a questão de que a responsabilidade possui papel primordial na resolução de conflitos intersubjetivos, dando melhor condição para o exercício da proteção de direitos individuais, coletivos e difusos. O instituto da responsabilidade civil tem papel duplo, ele aplica a sanção pelo dano causado, essa sanção tem caráter reparatório e educativo, o indivíduo ao ser punido ficará atento para não incorrer novamente no ato infracional. Ela pode ser contratual ou extracontratual.

A contratual decorre de um contrato entre as partes e a extracontratual o indivíduo não tem um vínculo contratual com a vítima, mas existe um vínculo legal, que irá derivar-se do descumprimento de um dever legal. Os danos serão de ordem patrimonial ou moral, sendo o último o que poderá ser caracterizado no abandono afetivo. Ocorrerá o dano moral quando, uma pessoa for afetada de forma psíquica, moral e intelectual.

O dano moral, está relacionado a dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade. Devido a essas características do dano moral, podemos então concluir que a responsabilidade civil no que diz respeito ao abandono afetivo será de natureza extracontratual.

O ato ilícito irá decorrer da obrigatoriedade da afetividade na relação dos pais para com os filhos, que emana do poder familiar. É a partir o exercício da afetividade que teremos a obrigação ao convívio dos genitores com sua prole, a proteção do menor no ambiente familiar e com isso esse indivíduo irá se desenvolver ao longo da vida da melhor forma possível, situações essas que serão reflexos para a convivência desse menor em sociedade, sem assim carregar para sua vida cargas negativas que poderão ser prejudiciais pelo resto de sua vida.

Partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, a família deve amparar o menor de maneira plena. O dano pelo abandono afetivo pode ser imensurável, essa rejeição é cruel e danosa demais, sendo necessário uma punição para quem a pratica.

Para ministra Nancy Andrighi, cuidar é dever, sendo o cuidado um dever jurídico atribuído aos genitores. E se um deles não observar tal dever de maneira plena e a viola, entende-se ser totalmente possível sua responsabilização na esfera civil.

Afetividade é obrigação no convívio familiar, de tal modo que se algum dos genitores não a pratica estará ferindo um direito da personalidade do menor, o que nos leva a entender que o genitor cometeu ato ilícito e terá o dever de reparar de

forma pecuniária. O objetivo não é quantificar o amor ou trazê-lo de volta, mas sim o cumprimento do dever de cuidado resultante do poder familiar.

REFERÊNCIAS

BARROS, Washington Monteiro. *Curso de direito civil*: direito de família. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, vol. 2.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* De 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1159242/SP 2009/0193701-9. Relatora: Nancy Andrigni. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial: REsp 1.147.138/SP 2009/0125640-2. 4ª Turma. Relator: Aldir Passarinho Junior. Data do Julgamento 11- 05-2010. Data da Publicação Dje 27/05/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138- sp-2009-0125640-2/inteiro-teor-14346055?ref=juris-tabs>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial: REsp 275568/RJ 2000/0088886-9. 3ª Turma. Relator: Humberto Gomes de Barros. Data de Publicação DJ de 09-08-2004 p. 267. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/ 19484634/recurso-especial-resp-275568-rj-2000-0088886-9/inteiro-teor-19484635>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. EI 00081879520008190000. Rio de Janeiro. Relator Ruiz Athayde Alcantara de Carvalho. Data de Julgamento: 17/02/2004, Nona Câmara Cível. Data de Publicação DJ de 12/03/2004. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416964203/embargos-infringentes-ei- 81879520008190000-rio-de-janeiro-tribunal-de-justica>.

BRASIL. Tribunal de Justiça - PR, A.C 60373. Rel. Des. Negi Calixto. Data de Publicação DJ de: 04/09/95

CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família.* São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHARLES, Bicca. *Abandono afetivo, o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono dos filhos.* Brasília: OWL, 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. Pai é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS. *Revista Consultor Jurídico*, 14 de março de 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-mar-14/pai_obrigado_indenizar_filha_abandono_a fetivo_rs>.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ELIAS, Roberto João. *Comentários do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder:* guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*: do Direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: GEN/ Forense, 2012, vol. 18.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil - responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, César. *Direito civil – curso completo*. 15. ed. Minas Gerais: Del Rey, 2012.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade civil por danos, imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo curso de direito civil iii*: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Paulo Stolze. *Novo curso de direito civil*: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social da família e jurisprudência brasileira*. IBDFAM Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/ 177.pdf>.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 6.

ISCHIDA, Válter Kenji. *Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial:* de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed., rev. e ampl. de acordo com a Lei 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil*: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *In*: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Volume 5. Porto Alegre: Magister, ago./set. 2008.

LOBO, Paulo. *Princípio jurídico*. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>. Acesso em: 24 jan. 2006

LOMEU, Leandro Soares. *Afeto, abandono, responsabilidade e limite*: diálogos sobre ponderação. Belo Horizonte: IBDFAM, dez. 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/222.pdf>

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: GEN/ Forense, 2017.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coordenadores). *Responsabilidade civil no direito de família.* São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. São Paulo: Bookseller, 2001.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: GEN/ Forense, 2016, vol. 5.

NAZARETH, Eliana Riberti. *Direito de família e ciências humanas*. Cad. 2. São Paulo: Cultura Jurídica, 1998.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de visitas dos avós aos netos*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2003.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio. *Guarda, visitação e busca e apreensão de filho*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Silvio Rodrigues. *Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALD, Nelson. Indenização por abandono afetivo: possibilidade. Carta Forense. 06/01/2015. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-possibilidade/14838>

SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de direito civil*: direito de família. 25. ed. Rio de Janeiro: GEN/ Forense, 2017, vol. 5.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda dos filhos*. São Paulo: Ltr, 1998.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito de família. 12. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016, vol. 5.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: GEN/ Atlas, 2016, vol. 6.

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Separada da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Desbiologizacao.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Débora Regina de Souza Xavier

RESUMO

A monografia aqui apresentada tem como escopo esclarecer os direitos dos concebidos por inseminação artificial póstuma, na sucessão. A evolução na ciência gerou diversas consequências no âmbito do Direito Constitucional, do Biodireito e do Direito Civil. As questões que antes não eram pauta de discussão, passaram a gerar conflitos na jurisprudência e na doutrina, em razão de que as lacunas existentes necessitam serem supridas pelo legislador. Para chegar neste tópico será necessário ser explanado no que tange a reprodução assistida, quais espécies, breve relato histórico, assim como uma análise da personalidade, direito do embrião e por fim acerca do direito sucessório. A metodologia usada para elaboração desta monografia será o princípio da analogia, da doutrina, da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) e da Lei de Biossegurança. Atualmente, nota-se que a falta de regulamentação, cria embaraços jurídicos que apenas a normatização desta lacuna poderá pôr fim a este tema tanto debatido e de diferentes opiniões, obviamente, portanto é necessário um estudo detalhado da hermenêutica relativa ao assunto dos direitos dos concebidos por inseminação artificial póstuma.

Palavra-chave: Biodireito. Direito da Sucessão. Direito dos embriões. Embrião congelado. Início da vida. *Post mortem*. Reprodução humana.

1 INTRODUÇÃO

Reprodução assistida é um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que têm como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades para engravidar. Nesse sentido, esse método é um assunto delicado na nossa sociedade, mesmo se apresentando como um mecanismo que se propõe a resolver o problema da esterilidade do casal que almeja ter um filho.

Assim, a falta de legislação que regularize questões como os direitos dos embriões congelados gera problemas não apenas jurídicos, mas, também, sobre questões éticas, sociais, morais, religiosas, psicológicas, médicas e bioéticas.

A fecundação *in vitro* pode ser feita com os componentes genéticos advindos do casal ou com o material fertilizado de terceiro, cujo embrião poderá ser implantado no útero da companheira ou de terceira pessoa.[1; 2]

Contudo, essa técnica de fecundação, com transferência de embrião, possui um certo problema ético-jurídico, que é a possibilidade de aplicação de lei específica e a garantia do direito sucessório para o embrião de uma fertilização *in vitro post mortem*, no ordenamento jurídico brasileiro, com base no qual não tem nenhuma legislação que o regulamente.

Diante disso, o capítulo 1 desta pesquisa analisa a reprodução, propriamente dita, trazendo a definição de esterilidade, a história da reprodução humana, as técnicas da reprodução, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) e os projetos de lei que propõem o Estatuto da Reprodução Humana assistida.

O capítulo 2 trata das teorias do início da vida, o momento em que o ser humano adquire a personalidade no ordenamento jurídico, os direitos do embrião, para o qual, atualmente, não possui um estatuto que venha regulamentar e sobre a Lei da Biossegurança.[3]

O capítulo 3 discorre sobre o direito fundamental da herança na reprodução póstuma, que é estudada por meio da hermenêutica. Nesse sentido, parte-se da

[1] A **fertilização *in vitro*, é o tratamento de reprodução humana** realizado como opção da medicina reprodutiva que oferece mais chances de gravidez para aqueles que enfrentam dificuldades para engravidar após um ano de tentativas a partir dos 35 anos. O tratamento consiste em realizar a fecundação do óvulo com o espermatozoide no laboratório de embriologia; um processo *in vitro*, que requer o cultivo em laboratório para permitir a observação do correto desenvolvimento dos embriões e posterior transferência ao útero materno para a confirmação da gravidez.

[2] No caso de gestação do embrião por terceira, o procedimento, também conhecido por "barriga de aluguel", é o seguinte: o casal gera o embrião através de técnicas de fertilização *in vitro* e, em seguida, este embrião é transferido para o útero de outra mulher, que "carrega" o bebê por nove meses. Após o nascimento, o bebê é devolvido aos pais.

[3] A Lei de Biossegurança tenta regulamentar duas polêmicas de uma só vez, a saber, (i) a produção e comercialização de organismos geneticamente modificados, e (ii) a pesquisa com células-tronco.

presunção *pater is est*, para os arts. 1.798 e 1.829, inciso I, do Código Civil (CC), de 2002, que assinalam o filho como herdeiro necessário e legítimo. Ainda, será apresentada a interpretação, conforme a Constituição, que aponta para o deferimento do direito da herança para todos os filhos, sem distinções. Além disso, serão verificados os projetos de lei que buscam pôr fim à omissão acerca dos filhos gerados pela inseminação artificial *post mortem*.

2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução assistida é a união de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas. Nesse sentido, Ribeiro (2002 apud SÁ, 2002, p. 286), diz que esse procedimento é um "conjunto de técnicas da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana".

Para Azevedo (1996, p. 44), é a "fecundação, com artificialidade médica, informada e concedida por escrito, por meio de inseminação de gameta humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou saúde, para paciente e para o seu futuro filho".

Contudo, em sua origem, a fecundação é um processo biológico, formado por uma sequência, que começa com união do espermatozoide com o óvulo e termina com a fusão dos núcleos desses dois gametas e a mistura dos seus cromossomos, formando um embrião (MOORE, 1994).

Ademais, deve-se lembrar que a fecundação não constitui *per* si uma garantia de gravidez ou nascimento de uma nova pessoa, uma vez que o embrião tem a missão de desenvolver-se, naturalmente, no interior do corpo feminino (SÁ, 2002).

2.1 Esterilidade

No ano de 1590, o estudo da esterilidade conjugal alcançou foros de cientificidade, com a invenção do microscópio, atribuída a Leeuwenhoek.[4] Porém, um século depois, Johann Ham surpreende a comunidade científica, afirmando que a esterilidade não tinha origem exclusivamente feminina, mas, antes, poderia ser também causada pela falta de espermatozoide. Portanto, a noção sobre esterilidade conjugal surgiu, apenas, no século XVII (CAMARGO, 2003).

Com isso, os estudos sobre (in)fertilidade foram se aprofundando e, com isso, abrindo possibilidades de intervenções médicas nessa área (CAMARGO, 2003).

A partir do conhecimento dos hormônios, no século XX, é que, realmente, aconteceu uma evolução nesse campo. Na década de 1970[5], várias descobertas foram capazes de garantir uma evolução das procriações artificiais (CAMARGO, 2003).

Assim sendo, os avanços biotecnológicos permitiram que casais com problemas de fertilidade pudessem reverter esse quadro, através das técnicas de inseminação e fertilização assistida (CAMARGO, 2003).

Todavia, faz-se necessário uma distinção mais específica entre os conceitos de esterilidade e de infertilidade, para designar a incapacidade de reprodução (MACHADO, 2005).

A esterilidade caracteriza-se pela impossibilidade de ocorrer a fecundação. É, nesse sentido, a incapacidade biológica de conceber um ser humano. Esse diagnóstico pode ser percebido quando o casal, depois de um ano de relacionamento sexual, com uma determinada frequência e sem uso de controle de natalidade, não consegue a gravidez (MACHADO, 2005).

[4] Leeuwenhoek foi o primeiro a observar e descrever as fibras musculares, espermatozoides e bactérias, utilizando o microscópio, um sistema óptico utilizado na obtenção de imagens ampliadas de objetos de dimensões extremamente pequenas.

[5] Tratamentos foram desenvolvidos, a partir da década de 1970, tais como: a maturação dos óvulos, a superovulação, o uso de drogas indutoras de fertilidade, o refinamento da fertilização e os meios de cultura embrionários, a transferência adiantada de embrião, a redução do número de espermatozoides usados na fertilização em placa ou tubo, e melhorias no equipamento, possibilitando, por exemplo, coleta de óvulos e transferências de embrião mais suaves.

Já a infertilidade, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), é a falha em conceber um ser humano depois de, no mínimo, um ano de vida sexual sem uso de controle de natalidade. A infertilidade[6] pode acontecer em função de problemáticas biológicas, as quais podem recair sobre um ou ambos os cônjuges (OLIVEIRA, 2000).

Nesse âmbito, usa-se o termo "infertilidade primária" nos casos em que nunca ocorreu uma gestação, e, por sua vez, "infertilidade secundária" é o termo utilizado quando já houve ao menos uma gestação, mesmo que tenha sido ectópica ou tópica[7], as quais tenham terminado em aborto (ABDELMASSIH, 2007).

Já a hipofertilidade é determinada pela ausência de uma quantidade mínima de espermatozoide, por ml. Além disso, observa-se, também, fatores como a sua mobilidade e normalidade, em índices considerados necessário para determinar a fertilidade masculina (PESSINI, 1997).

Com base nesses estudos, a reprodução humana assistida foi se desenvolvendo, com objetivo de resolver os problemas gerados pela infertilidade ou pela esterilidade, trazendo, de certa maneira, uma possibilidade para pessoas que desejam gerar um filho, mas que não o conseguem pelas vias naturais.

Nesse viés, dentre as questões que surgem com essa nova realizada tecnológica, é necessário pensar acerca das implicações jurídicas de se manipular embriões.

O direito à concepção e à descendência está previsto no artigo 5º, L, 7º, XVIII e XIX, 208, IV e 226 § 7º, da Constituição Federal (CF), de 1988.

---

[6] As causas da infertilidade podem ser: 30% de causas masculinas, tais como alterações no âmbito testicular, obstrução de dutos, patologias na próstata, alterações na ejaculação ou ereção e alterações no esperma; 30% de causas femininas, como menopausa precoce, endometriose, obstruções ou lesões das trompas de Falópio, anomalias uterinas e cervicais ou problemas ovulatórios; 20% de causas mistas ou combinadas, nas quais os dois membros do casal são os responsáveis; e 20% chega a ser uma causa inexplicável, dado que não foi possível identificar a causa. (IVI. *Causas da infertilidade*. 2018. Disponível em: <https://ivi.net.br/causas-da-infertilidade/>. Acesso em: 24 mar. 2018).

[7] Gravidez tópica é a que ocorre dentro do útero, que é local correto e seguro para o desenvolvimento do bebê. Já a gravidez ectópica ocorre fora da cavidade uterina, geralmente, nas trompas; como essas não apresentam a elasticidade do útero, conforme o feto se desenvolve, pode apresentar uma ruptura das trompas, o que causa grande hemorragia que, não sendo contida a tempo, pode levar a morte.

> Art. 5º
>
> [...]
>
> L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
>
> Art. 7º
>
> [...]
>
> XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
>
> XIX - licença-maternidade, nos termos fixados em lei;
>
> Art. 208
>
> [...]
>
> IV - o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
>
> Art. 226
>
> [...]
>
> § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988).

Já o Código Civil prevê, no seu artigo 1.565, que:

> [..] § 2º - O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL, 2002).

Por fim, nos casos de infertilidade, a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), nº 2.168, de 10 de novembro de 2017 (publicada no Diário Oficial da União (DOU), de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73, em seu Anexo, no Título I), preconiza que "as técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos" (BRASIL, 2017).

Assim, pode se concluir, a partir das diretrizes legais existentes, que no Brasil há uma garantia ao direito daqueles que desejam se tornar pais.

2.2 História da técnica da reprodução assistida

As reflexões acerca da reprodução, do nascimento de um ser humano e da vida sempre estiveram presentes na história da humanidade.

O primeiro relato na história da reprodução humana, pelo viés religioso, foi com o nascimento de Caim, filho de Adão e Eva (BÍBLIA, Gênesis, 4-1, 2014, p. 6). Contudo, outras culturas também construíram as suas narrativas religiosas no tocante à reprodução humana. De acordo com Aldrovandi e França:

> a mitologia é rica em casos de mulheres que engravidam foro do ato sexual, como, por exemplo: Ates - filho de Nana, filha do sei Sangário, que teria colhido uma amêndoa e colocado seu ventre (Grécia) Kwayin - deusa que possibilitava a fecundidade das mulheres que prestassem culto (China); Vanijin - deusa da fertilidade, mulheres que se dirigiam sozinhas a seu templo retornavam grávidas (Japão); [...] no Brasil, é conhecida a lenda amazônica do boto que engravidava as mulheres que lhe dirigem o olhar. (ALDROVANDI; FRANÇA, 2002, p. 1).

Na Ásia, a China, por exemplo, possui a lenda dos dragões, dos quais um é a representação do bem e outro do mal. Nessa perspectiva, a luta que travaram gerou uma espuma fecundante, da qual foram gerados os heróis da dinastia His (FERNANDES, 2000).

No ocidente, a mitologia grega narra, por exemplo, a lenda do nascimento do herói Perseu. Nessa narrativa, Acrísio recebe o vaticínio de que, caso a sua filha, Danae, viesse a engravidar, a criança se tornaria o seu algoz. Numa tentativa de burlar o destino, Acrísio aprisiona Danae. Do Olimpo, Zeus, vendo a beleza da jovem, é tomado pelo desejo sexual e vai ao seu encontro, durante o seu sono. Contudo, a moça, assustada, foge do contato com o deus, que, não aceitando a rejeição, transforma o seu próprio sêmen em chuva de ouro, que, caindo sobre o corpo de Danae, a insemina (GOLDMAN, 2017).

Mais tarde, a narrativa cristã apresenta, ainda, outras passagens relativas à concepção humana. Uma delas diz respeito à mensagem dado pelo anjo Gabriel à Maria, sobre a concepção e o nascimento de Jesus.

> Eis que conceberá e dará à luz um filho, a quem chamarás pelo nome de Jesus. Este será grande será chamado filho do Altíssimo; Deus, o Senhor, Lhe dará o trono de Davi, Seu pai;
>
> Então, disse Maria ao anjo: como será isto, pois não tenho relação com homem algum? Respondeu-lhe o anjo: Descerá sobre ti o Espírito Santo, e o poder do Altíssimo te envolverá com a Sua sombra; por isso, também o ente santo Que há de nascer será chamado Filho de Deus. (BÍBLIA, Lucas, 1, 31-32; 34-35, 2014, p. 1131).

Assim, a respeito da reprodução fora do ato sexual, a tradição cristã apresenta outras soluções, como, por exemplo, o nascimento de Ismael, em que se vislumbra a noção da barriga solidária.

> Ora, Sarai, mulher de Abrão, não lhe dava filhos; tendo, porém, uma serva egípcia, por nome Agar, disse Sarai a Abrão: Eis que o Senhor me tem impedido de dar à luz filhos; toma, pois, a minha serva, e assim me edificarei com filhos por meio dela. E Abrão anuiu ao conselho de Sarai. (BÍBLIA, Gênesis, 16,1-2;4, 2014, p. 17).

Na mesma linha de pensamento, tem-se o nascimento de Dã:

> Vendo, pois, Raquel que não dava filhos a Jacó, teve Raquel inveja de sua irmã e disse a Jacó: Dá-me filhos, senão morro. Então, se acendeu a ira de Jacó contra Raquel e disse: Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto de teu ventre? E ela disse: Eis aqui minha serva Bila; entra ela, para que tenha filhos sobre os meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. Assim, lhe deu a Bila, sua serva, por mulher; e Jacó entrou a ela. E concebeu Bila e deu a Jacó um filho. Então, disse Raquel: Julgou-me Deus, e também ouviu a minha voz, e meu deu um filho; por isso, chamou o seu nome Dã. (BÍBLIA, Gênesis, 3,1-6, 2014, p. 5).

Nesse sentido, nas sociedades antigas, a capacidade ou não de gerar um filho estava diretamente vinculada ao viés mítico-religioso. Assim, a esterilidade e a infertilidade[8] eram vistas como uma "maldição", enquanto que a fecundidade era

[8] Ver seção 1.1.

vista como “graça”. Portanto, a chegada da prole é associada às noções de fortuna, riqueza, prazer, fartura e dádiva divina (LEITE, 1995).

Contudo, com o desenvolvimento metódico das tecnologias científicas, o modo como compreendemos a reprodução humana foi se modificando, saindo de uma visão totalmente religiosa para um conhecimento mais próximo dos preceitos científicos, tal como o entendemos, atualmente. Acerca desse desenvolvimento, Fernandes afirma que:

> Saindo da área não-científica, tem-se como marco inicial das técnicas de reprodução assistida as civilizações babilônicas e árabes que polinizavam palmeiras com o objetivo de produzir mais e melhores frutos.
>
> Refere-se, ainda, que já no século XIV se realizava a inseminação artificial em peixes, e, no século XV, no bicho de seda.
>
> Afirma-se que em 1332 se teria obtido a fecundação de uma égua com interferência humana, sendo relato que a técnica era utilizada como artifício de guerra, seja pela inseminação de égua dos inimigos com sêmen de cavalos velhos ou doentes, seja por furto do sêmen dos bons cavalos dos adversários.
>
> [...] No século XVIII foram produzidas algumas experiências nesta área, sendo que em 1767 o alemão Ludwing Jacobi trabalhava com a reprodução de peixes, enquanto o abade italiano Lazzaro Spallanzani, em 1777, logrou obter a fecundação de uma cadela por meio da inseminação artificial, nascendo, daí três crias.
>
> Já no século XIX a inseminação artificial foi aplicada em outros mamíferos como éguas, vacas e ovelhas, destacando-se nas pesquisas com mamíferos o russo Elie Ivanoff.
>
> Especificamente no ser humano, as primeiras notícias históricas datam do século XV, quando a técnica teria sido utilizada em D. Joana de Portugal, casada com Henrique IV de Castela, ‘o Impotente’.
>
> Posteriormente, em 1785, Thoret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, fecundou sua mulher estéril, aplicando-lhe uma injeção intravaginal de seu esperma.
>
> Em 1790, o inglês John Hunter obteve a gravidez de uma mulher aplicando-lhe na vagina o esperma do marido hipospádico.
>
> O francês Girauld, em 1838, relatou o sucesso em oito casos experimentados, um dos quais com gravidez gemelar.

> Jaime Marion Sims, no ano de 1838, obteve sucesso em experimento com a introdução do líquido seminal no canal cervical de mulher o que foi repetido em 1871 por Gigon d' Angulême [...]
>
> Durante a II Guerra Mundial, milhares de crianças nortes americanas foram geradas com sêmen de soldados ingleses durante a Guerra da Coréia. Nos Estados Unidos a Suprema Corte de Nova Iorque declarou a legitimidade dessas crianças, porém, a Inglaterra a Câmera dos Comuns proibiu a inscrição, como legítimo, de crianças nascidas em razão da doação de sêmen de doador anônimo.
>
> [...] em 25 de julho de 1978 nasceu na Inglaterra Louise Bown, o primeiro ser humano fruto de uma reprodução *in vitro*, técnica pela qual também foi concebida Ana Paula Caldeira que veio a nascer em 7 de outubro de 1984, tornando-se o primeiro ser humano nascido no Brasil pela mesma técnica.
>
> Ainda naquele ano, Randolph W. Seed e Richard W. Seed desenvolveram técnica que permitia a transferência de um embrião de uma mulher para outra.
>
> Para o sucesso da fertilização *in vitro* foi extremamente importante o desenvolvimento da crioconservação, primeiro de esperma, depois de embriões, e recentemente, de óvulos, sendo que a primeira gestação com um embrião congelado foi obtida na Austrália, no ano de 1983, por equipe dirigida pelo cirurgião Wood. (FERNANDES, 2000, p. 49).

Assim, percebe-se que, com os resultados obtidos, ao longo do tempo, as pesquisas, os estudos e as tecnologias continuaram se desenvolvendo, permitindo um conhecimento cada vez mais amplo sobre os processos de reprodução humana e sobre os meios de intervenção possíveis, nos casos em que a concepção natural não ocorre.

2.3 As técnicas de reprodução humana assistida

No Brasil, atualmente, as técnicas de reprodução assistida já são bastante avançadas, o que faz com que muitas pessoas com problemas de fertilidade procurem por esses tratamentos. Contudo, apesar do grande avanço científico, a reprodução assistida ainda, é um método que suscita questões de ordem jurídica, ética, social, moral, religiosa, psicológica, médica e bioética (DINIZ, 2002a).

Nesse sentido, de acordo com Pessini e Barchifontaine (1991), compreende-se a técnica de reprodução assistida, também chamada de Técnica de Reprodução Medicamente Assistida, como um conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas femininos e masculinos, dando a origem a um ser humano. Nesse sentido, em algumas ocasiões, haverá uma indicação médica de uma técnica que se adeque melhor para cada caso, em específico.

Na atualidade, as principais técnicas de reprodução assistida são a inseminação artificial (IA), a fecundação *in vitro* (FIV), a transferência intratubária de gametas (GIFT), a transferência de zigoto nas trompas de falópio (ZIFT), além de técnicas mais complexas que podem envolver doação de óvulo, congelamento de embrião, doação de embrião, e, até mesmo, a maternidade de substituição.

2.3.1 Inseminação artificial

A inseminação artificial é uma técnica de reprodução assistida em que se tem a introdução do sêmen na cavidade uterina, podendo, nesse caso, ocorrer, ou não, a fecundação, através da fusão do óvulo e do espermatozoide. Já na fecundação artificial, o embrião, fecundado *in vitro*, será transferido para o útero materno (RAFFUL, 2000).

De acordo com o Enunciado nº 105 do Conselho da Justiça Federal, aprovada na I Jornada de Direito Civil, a inseminação artificial pode ser classificada em quatro tipos: (i) homóloga; (ii) homólogos *post mortem*; (iii) heteróloga; e (iv) bisseminal (LIMA JÚNIOR, 2013).

2.3.1.1 Inseminação artificial homóloga e post mortem

A concepção artificial homóloga é a implantação dos espermatozoides do doador no óvulo da mulher, em seu período fértil, sendo indicado quando se tem a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical; a oligospermia e a retroejaculação (SCARPARO, 1991). Essa modalidade de concepção não gera

nenhum tipo de problema jurídico, uma vez que os materiais genéticos utilizados pertencem aos cônjuges. Nesse âmbito, o nosso ordenamento jurídico, no artigo 1597, III, do Código Civil de 2002, dispõe sobre o reconhecimento da filiação, tendo expresso que "presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido".

Ainda dentro desse tipo de concepção, existe a modalidade *post mortem*, que consiste na possibilidade da técnica homóloga ser usada no período em que o marido ou companheiro de uma união estável já faleceu, desde que seja utilizado os embriões excedentários, os quais são, também, denominados como embriões congelados (FERRAZ, 2017). Essa ação está prevista no artigo 1597, IV, do Código Civil, de 2002, sendo expresso que "havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga".

2.3.1.2 Inseminação artificial heteróloga

A inseminação heteróloga pode ser realizada de duas formas: (i) com a utilização de um gameta doado por um homem que não é o marido ou companheiro da requerente para a fecundação do seu próprio óvulo; ou (ii) com a utilização tanto do sêmen quanto do óvulo de terceiros, não tendo a hospedeira, portanto, qualquer contribuição genética para a formação do embrião (MACHADO, 2005). Nesse sentido, o artigo 1597, V, do Código Civil, de 2002 (CC, 2002) entende que "presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

Assim, conforme os dispositivos legais, é possível perceber que a lei em vigor não exige que um ou ambos os requerentes sejam estéreis ou, por qualquer outra razão física ou psíquica, não possam procriar. A única exigência é que o companheiro ou marido tenha previamente autorizado a utilização do sêmen de estranhos, através de uma confirmação verbal e comprovada em juízo, sem a necessidade de um documento escrito. Com isso, o consentimento é irrevogável e em momento algum a paternidade pode ser impugnada pelo companheiro, não

podendo, assim, este voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé (LÔBO, 2011).

Nessa perspectiva, a Resolução do CFM, nº 2.168/2017, dispõe que:

> [...]
>
> IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES
>
> 1 - A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
>
> 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
>
> 3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.
>
> 4 - Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).
>
> 5 - As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.
>
> 6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.
>
> 7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
>
> 8 - Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços, participarem como doadores nos programas de RA.
>
> 9 - É permitida a doação voluntária de gametas masculinos, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência

> sobre o material biológico que será produzido. (BRASIL, 2017, p. 5-6).

Nesse sentido, a inseminação heteróloga é, geralmente, usada como um tratamento para: (i) casais sem filhos, onde se constata que a causa de infertilidade é a azoospermia ou oligospermia extrema e severa, doenças hereditárias graves do companheiro, incompatibilidades do tipo sanguíneo do casal, que pode gerar a interrupção da gravidez; (ii) por casais homoafetivos; ou (iii) por aqueles que não são casados ou estejam em uma união estável, mas que desejam gerar um filho (NAKAMURA, 1984).

2.3.1.3 Inseminação artificial bisseminal

O método da inseminação artificial do tipo bisseminal é empregado quando ocorre a oligospermia, ou seja, quando se tem a insuficiência de espermatozoides do marido ou companheiro. Portanto, é realizado com a implantação no útero da mulher de uma determinada mistura de sêmen do doador anônimo ao do marido ou companheiro (DELLAGNEZZE, 2017).

2.3.1.4 Fecundação in vitro (FIV ou FIVETE)

A fecundação *in vitro* (*In Vitro Fertilization*), mais conhecida como "bebê de proveta", permite o encontro entre o óvulo e os espermatozoides fora do corpo da mulher. Esse processo ocorre com a coleta do óvulo e do sêmen dos futuros pais. Após a coleta, os gametas são fundidos, *in vitro*, e, após um período que pode durar de um a três dias, o embrião é inserido no útero da mãe, para que a gestação transcorra a partir daí (TESTART, 1995). Nesse sentido, a Resolução do CFM, nº 2.168/2017, no Título I – Princípios Gerais, nº 7, estabelece que:

> 7 – Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões,

> considera-se a idade da doadora no momento da coleta do oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões e serem transferidos não pode ser superior a quatro. (BRASIL, 2017).

Ademais, há, também, a possibilidade de se congelar os embriões excedentes, para uma posterior utilização.

Nesse sentido, além da FIV clássica, existe a técnica de microinjeção, conhecida como *intra cytoplasmic sperm injection* (ICSI), utilizada nos casos em que o espermatozoide que não consegue fecundar no óvulo. Essa técnica faz uso de microscópio e micromanipuladores, introduzindo o espermatozoide dentro do óvulo (FERTILIDADE, 2017).

De acordo com *site* do Hospital Sírio-Libanês, o processo de fertilização consiste em três etapas, que acontecem em, aproximadamente, em quinze dias. Segundo as diretrizes médicas, o processo ocorre através das etapas de:

> **Indução da ovulação** – os ovários são estimulados por medicações habitualmente administradas por via subcutânea. Durante a indução, é realizada o acompanhamento ultrassonografia do crescimento dos folículos, as bolsinhas que contêm os óvulos. Quando atingirem aproximadamente 18 milímetros, os óvulos estarão maduros e é, então, programada a coleta de óvulos.
>
> **Coleta de óvulos** – é o procedimento de aspiração dos folículos para captação dos óvulos. Ocorre dentro do centro cirúrgico do Hospital Dia do Sírio-Libanês, onde fica o laboratório de reprodução humana. A paciente é sedada e uma agulha, guiada por ultrassom, é introduzida no interior dos ovários, por via vaginal, para que os óvulos sejam captados. O procedimento dura aproximadamente 20 minutos e a paciente recebe alta no mesmo dia.
>
> **Transferência embrionária** – É a transferência de embriões para o interior do útero da mulher, realizada após dois a cinco dias de desenvolvimento embrionário in vitro. Ocorre também no centro cirúrgico, porém não requer anestesia. (HOSPITAL SÍRIO-LIBANÊS, 2017).

Nesse sentido, é importante lembrar que essa fecundação pode ser classificada em três tipos: (i) homóloga; (ii) heteróloga; ou (iii) mista.

Na reprodução homóloga, utiliza-se os gametas (espermatozoides e óvulos) que pertencem ao próprio casal solicitante da técnica. Por sua vez, na reprodução heteróloga, ocorre a doação de gametas de um terceiro para ser realizada a inseminação. Já a modalidade mista consiste na realização da fecundação de uma mulher com sêmen de vários homens, entre os quais se encontra incluído o do seu parceiro; ou com a fecundação realizada com óvulos da parceira do casal que deseja ter filhos (CAMARGO, 2003).

No entanto, a utilização da FIV (ou FIVETE) necessita da realização de alguns exames preliminares do casal, tais sejam:

a) para a mulher, precisa de uma avaliação da normalidade do útero e da acessibilidade dos ovários. Para tanto, é examinada a cavidade uterina, no intuito de se saber se existe a possibilidade de recepção e implante do embrião. Além disso, a mulher se submete ao controle dos ciclos menstruais, por meio da obtenção da curva de temperatura, elaborada à base de dados diários, além do sangue coletado, no período da manhã, com o objetivo de se descobrir a dosagem hormonal exata da paciente;

b) já o homem é submetido ao controle de qualidade do esperma, devendo ser realizado o exame bacteriológico (espermocultura), a fim de se detectar possíveis presenças de germes.

Para ambos, é realizado o exame para constatação, ou não, da soropositividade do HIV.

2.3.1.5 Transferência intratubária de gametas (GIFT)

A transferência intratubária de gametas (GIFT) acontece por intermédio da aspiração do ovócito e da sua transferência nas trompas, juntamente com os espermatozoides (RUSSO, 1997). Nesse sentido, a GIFT possibilita à fecundação *in vivo* somente para mulheres que têm trompas falópio consideradas saudáveis.

O procedimento inicial é o mesmo utilizado na técnica de inseminação *in vitro,* com a estimulação da ovulação e preparação do esperma. Sua taxa de êxito é de, aproximadamente, de 30% a 40 % (trinta a quarenta por cento), uma vez que o encontro do óvulo com o esperma ocorre de forma natural.

2.3.2 Transferência de zigoto para as trompas (ZIFT)

O tratamento intitulado *Zibot Intra Fallopian Transfer* (ZIFT) exige os mesmos procedimentos da GITF, com a diferença de ser a fecundação realizada dentro de um laboratório.

Esse procedimento é uma variante da ectogênese, ou fertilização *in vitro*, que acontece com a retirada de óvulo da mulher para que este seja fecundado com o espermatozoide, através de um cateter. Após a obtenção a fertilização, o embrião será introduzido no seu útero, no prazo de 24 horas, contados a partir do início da fecundação.

2.3.3 Sub-rogação de útero

A gestação de substituição não é uma técnica de reprodução assistida, é, antes, um modo de aplicar as técnicas de reprodução humana por empréstimo do útero. Nesse caso, a gestação do embrião ocorrerá no útero de uma terceira mulher, e, após o nascimento do bebê, este é entregue aos pais biológicos (MACHADO, 2005).

A expressão “barriga de aluguel”, nesse sentido, é imprópria, pois, no Brasil, não é permitido ter caráter lucrativo na sub-rogação de útero. Assim, o termo mais adequado seria “barriga solidária”.

Esse procedimento abrange diversos contextos. No primeiro caso, a mulher gestante não tem ligação genética com o bebê. Assim, os gametas utilizados na

fertilização podem ser de um ou ambos os pais, ou podem, ainda, ser provenientes de terceiros (ABDELMASSIH, 2007).

Há, ainda, a possibilidade na qual a mãe gestante tem ligação genética com a criança, através da utilização do seu próprio óvulo no processo (ABDELMASSIH, 2007).

Na atualidade, não há, no Brasil, uma norma jurídica que regulamenta os casos de conflito de maternidade, a Resolução do CFM nº 2.168/2017, no item VII – sobre a gestação de substituição de doação temporária do útero, regula que:

> As clínicas, centro ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética em união homoafetiva ou pessoa solteira.
>
> 1 - A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quatro (primeiro grau - mãe/ filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau -prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
>
> 2 - A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
>
> 3 - Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:
>
> 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informando assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplado aspecto biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspecto legais da filiação;
>
> 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestado adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
>
> 3.3. Termo de compromisso entre o(s) paciente(s) e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
>
> 3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;
>
> 3.5. Compromisso, do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser

> providenciada durante a gravidez Garantia do registro civil pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser proveniente durante a gravidez;
>
> 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresenta por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável. (BRASIL, 2017).

Diante dos conflitos psicológicos que a mãe solidária pode sofrer, chega-se a um consenso de que esse tipo de gestação não é a melhor forma de resolver a infertilidade. Com isso, a própria ciência está estudando uma forma de solucionar essa questão, por meio do desenvolvimento de um útero artificial, ou através de transplante de útero.

O transplante de útero que já foi realizado, pela primeira vez, na América Latina, pela equipe de ginecologista da Divisão de Clínica Ginecológica, do Hospital das Clínicas, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), em colaboração com grupo de transplante hepático dessa instituição. Porém, esse transplante, de acordo com o Dr. Baracat, diretor da Divisão de Ginecologia do Hospital das Clínica, é um projeto experimental e não está aberto à população, em geral, embora tenha sido aprovado pelo Conselho Nacional de Ética e Pesquisa (JORNAL DA USP, 2016).

2.3.4 Congelamento de embriões (criopreservação de embriões)

O congelamento de embriões é uma técnica para conservação de embriões, em temperatura de -196ºC (cento e noventa e seis graus celso negativo), para que esse possa ser transferido para o útero, posteriormente (CLÍNICA ORIGEM, 2017).

Atualmente, o congelamento de embriões tem duas opções de procedimento, a saber, (i) a vitrificação (ultrarrápido), e (ii) o congelamento lento. (CENATTE EMBRIÕES, 2017).

O congelamento lento é considerado como o método clássico de criopreservação de embriões. Nesse método, no momento do congelamento, os embriões são removidos através do cultivo e expostos à concentração crescente do

crioprotetor. Em seguida, eles são aspirados, com o auxílio de seringa de insulina para o interior de uma paillete, e transferidos para a câmara de armazenamento do equipamento de congelamento lento. A queda da temperatura ocorre gradativamente, até o momento da pausa, para o seeding, quando se encosta em um fórceps resfriado em nitrogênio líquido nas pailletes, para indução de formação de gelo. A seguir, a temperatura continua a cair, lentamente, de 0,3ºC (zero vírgula três graus Celsius), por minute, até uma temperatura de -40ºC (quarenta graus Celsius negativo), podendo atingir os -180ºC (cento e oitenta graus Celsius negativo). Nessa fase, as pailletes são removidas da câmara do aparelho de congelamento e levadas para o interior de um recipiente contendo nitrogênio líquido (NL_2), de onde são captadas e colocadas em grupos, de uma mesma paciente, no interior de um pequeno cilindro plástico aderido a uma haste metálica. Por fim, essa haste é, então, imersa em nitrogênio líquido, em recipientes cilíndricos metálicos, nos botijões de armazenamento (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Já no congelamento de vitrificação, a taxa de sobrevivência pós-descongelamento é superior a 90% (noventa por cento), e as taxas de gravidez com embriões vitrificados têm se mostrado igual ou até superior, se comparada com a transferência de embriões frescos (RODRIGUES, 2015).

De acordo com Abdelmassih, no processo do congelamento ultrarrápido, as:

> Amostras são expostas por curtos períodos (2-3 minutos) em concentrações alta de DMSO (3,5 M) e sucrose (0,25 M), seguida por uma colocação direta dentro do NL_2. As amostras são descongeladas rapidamente em banho maria à 37ºC para remover o crioprotetor em um só passo. (ABDELMASSIH, 2007, p. 377).

Entretanto, o congelamento de embriões é, também, uma técnica discutida no campo ético, pois pode ferir a dignidade do embrião, uma vez que muitos embriões não sobrevivem ao processo de congelamento e descongelamento.

Outro problema seria o tempo de armazenamento (há casos de crianças nascidas de embriões que permaneceram congelados por um período de 10 anos),

além do abandono do embrião. Na verdade, não existem estudos que avaliem a viabilidade embrionária em relação ao tempo de criopreservação. Alguns países têm diretrizes legais em relação ao tempo de congelamento, como a Inglaterra, que optou por destruiu milhares de embriões não reclamados (BADALOTTI, 2002).

Portanto, no Brasil, há, ainda, a necessidade de se refletir acerca das diretrizes legais em relação ao uso dos embriões, e sobre quais os direitos lhes deveriam ser outorgados.

2.4 Resolução do Conselho Federal de Medicina sobre a reprodução assistida

Não há em vigor no Brasil uma lei específica que trate sobre o assunto relativo à reprodução assistida. Dessa forma, o Conselho Federal de Medicina (CFM) tomou a iniciativa de criação de resoluções, no sentido de regulamentar o uso dos procedimentos de reprodução humana assistida.

A primeira resolução do CFM foi publicada no Diário Oficial da União, em 19 de novembro, de 1992, na Seção I, p. 16053. Nela, o Conselho expôs normas éticas para utilização desses métodos (BRASIL, 1992).

Nesse documento, o CFM prevê que os usuários das técnicas de Reprodução Humana (RA) poderiam ser apenas as mulheres. Regula, também, que a doação de gametas só poderia ocorrer desde que os doadores fossem anônimos. Além disso, o útero de substituição só seria permitido se tivesse parentesco de, até, o 4º (quarto grau) com um dos parceiros, e que fosse respeitada a idade máxima de 50 (cinquenta) anos.

Na segunda Resolução do CFM, de nº 1.957, publicada no Diário Oficial da União em 6 de janeiro, de 2011, Seção I, p. 79, dispõe que todas as pessoas capazes podem se submeter ao tratamento de inseminação artificial, determinando que o número máximo de ovócitos (óvulo) e embriões a serem transferidos para a receptora não poderia ser superior a quatro.

Nesse caso, a transferência dos embriões só poderia ser feita com:

a) mulheres com até 35 anos: respeitando um limite de, até, dois embriões;

b) mulheres entre 36 e 39 anos: até um limite de três embriões; e

c) mulheres com 40 anos ou mais: no máximo de quatro embriões.

Em relação à criopreservação de gametas ou embriões, de acordo com o item V (sobre a criopreservação de gametas ou embriões), a Resolução 1.957 regula que:

> 1 - As clinicas, centro ou serviços podem criopreserva espermatozoides, óvulos e embriões.
>
> 2 - Do número total de embriões produzidos em laboratórios, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.
>
> 3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doença grave ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (BRASIL, 2010, p. 6).

Quanto à Reprodução assistida póstuma, o item VIII, da Resolução de nº 1.957, determina que: "não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia especifica do falecido(a) para o uso do material biológico criopreservados, de acordo com a legislação vigente" (BRASIL, 2010).

Novos acréscimos foram realizados na terceira Resolução, de nº 2.013, do CFM, publicada no Diário Oficial da União, de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119, que estabeleceu:

> o limite de 50 anos, ampliou a possibilidade do útero substituição para parentes até quatro grau do pai ou da mãe (situações excepcionais poderiam passar pelo crivo do Conselho Federal Regional de Medicina) permitiu o uso da técnica para relacionamentos homoafetivos, trazia regras para o registro civil da criança pelos pais genéticos ,estabelecia o limite para doação de gametas (35 anos para mulher e 50 para homens), permitia a doação compartilhada de óvulos e o uso da tipagem genética como forma de evitar doenças hereditária ou para beneficiar filho do casal que poderia ser beneficiado pelo transplante de célula-tronco. (BRASIL, 2015).

A quarta Resolução do CFM, de nº 2.121, publicada no Diário Oficial da União, de 24 de setembro de 2015, na Seção I, p. 117, teve a finalidade de preencher as lacunas que existiam na Resolução anterior. Nessa, os principais pontos estabeleceram que:

> 1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.
>
> 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o (a) paciente ou possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos.
>
> 3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.
>
> 4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer.
>
> 5 - É proibida a fecundação de oócito humano com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.
>
> 6 - O número máximo de oócito e embriões a serem transferidos a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulher até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.
>
> 7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente de uso de técnica de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.
>
> 8 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.
>
> 9 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.
>
> 10 - A doação de gametas não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

11 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

12 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.

13 - Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

14 - Na região de localização de unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.

15 - A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

16 - É permitida a doação voluntária de gametas masculinos, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

17 - O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fesco. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.

18 - No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doença grave ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

19 - Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

20 - As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnósticos de alterações genéticas causadoras de doenças - podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados.

21 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o

> quarto grau (primeiro grau - mãe; segundo grau - irmã/avó; terceiro grau - tia; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
>
> 22- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
>
> 23 - É permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia especifica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservados, de acordo com a legislação vigente. (FERTIBABY CEARÁ, 2015).

No entanto, a Resolução nº 2.121/2015 foi revogada pela Resolução nº 2.168, publicada no Diário Oficial, de 10 de novembro de 2017, na Seção I, p. 73. Com isso, as principais mudanças estabeleceram que:

> A nova resolução permite que os pacientes sem problemas reprodutivos diagnosticados possam optar às técnicas de reprodução assistida, tendo a possibilidade de planejar sua família de acordo com seu calendário pessoal;
>
> Foi estendida a possibilidade de cessão temporária do útero para familiares até 4º grau de parentesco, como por exemplo, filha e sobrinha que agora também pode ceder temporariamente seus úteros;
>
> Foi reduzido de cinco para três anos o período mínimo descarte de embriões. O novo critério vale tanto em casos de expressa vontade dos pacientes quanto em situações de abandono;
>
> Sobre a doação voluntária de gametas, a nova resolução abriu a possibilidade também para mulheres, sendo que os homens já eram contemplados;
>
> A idade máxima para ser doador em processo de reprodução assistida será de 35 anos para mulheres e de 50 anos para homens. No caso de transferência do embrião para útero de paciente, não podem se submeter a este tratamento mulheres com mais de 50 anos.
>
> O número máximo de embriões a serem transferidos será quatro, podendo ser menor de acordo com a idade do paciente. (CLÍNICA CONCEPTUS, 2018).

Portanto, as demais regras, principalmente éticas, permanecem inalteradas pela Resolução nº 2.168/2017, que possui o objetivo de proteger os indivíduos envolvidos no processo de reprodução assistida.

2.5 Projetos de Lei do Estatuto da Reprodução Assistida

Como foi discorrido nas seções anteriores deste estudo, no Brasil, existe apenas a resolução do Conselho Federal de Medicina para regulamentar o uso da tecnologia da reprodução humana assistida. No Congresso Nacional, várias propostas de projetos de lei que visam a regulamentar essas práticas foram levadas à discussão, porém, a maioria foi arquivada.

Nesse âmbito, contudo, pode-se destacar o Projeto de Lei de nº 4.892/2012 e o de nº 115/2015, que possuem a finalidade de instituir o Estatuto de Reprodução, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos nas relações civis sociais.

O Projeto de Lei nº 4.892, de 2012, possui a indexação de:

> criação, Estatuto de Reprodução Assistida, normas, utilização, reprodução humana assistida , inseminação artificial, fertilização *in vitro*, diagnóstico, princípios, proteção, critérios, doação, gameta, cessão útero, gravidez de substituição, preservação, embrião, limitação, quantidade, transferência, autorização, reprodução *post mortem*, direitos, deveres, filiação, ação de investigação de paternidade, Sistema Nacional de Reprodução Assistida, Sistema Nacional de Produção de Embriões, Banco de Células e Tecidos Germinativos, Conselho Nacional de Reprodução Assistida, Cadastro Nacional de Adoção de Embriões, tipicidade, infração penal, penalidade. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Os artigos 27 a 34, do Projeto de Lei nº 4.892, regulamentam a criopreservação de gametas ou embriões, dispondo que:

> Art. 27. É permitido o congelamento de óvulo e espermatozoides pelas Clínicas, centro médicos ou hospitais que disponibilizem tratamentos de reprodução humana assistida, cadastros na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária.
>
> Art. 28. É vedada a produção de embriões supranumerários, entendidos como aqueles que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher.
>
> Art. 29. O número de embriões a serem transferidos para a receptora será de:

> I - até dois embriões em mulheres com até 35 anos;
>
> II - até três embriões, em mulheres entre 36 e 39 anos;
>
> III - até quatro embriões, em mulheres com 40 anos ou mais.
>
> Art. 30. Em caráter excepcional, caso haja a indicação médica de não transferir imediatamente os embriões para a receptora, eles poderão ser criopreservados.
>
> Art. 31. No momento da criopreservação, a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva, justamente com seu cônjuge ou companheiro, deve expressar sua vontade, por escrito, quando ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de rompimento da sociedade conjugal, união estável, doença grave ou falecimento de um deles ou ambos em virtude de desistência, por qualquer motivo, do tratamento proposto.
>
> Art. 32. Os destinos possíveis a serem dados aos embriões criopreservados são a implantação pelo(s) beneficiário(s), entrega para a doção ou envio para pesquisa científica.
>
> § 1º Caso a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva seja casada ou viva em união estável, obrigatoriamente a escolha do destino do embrião deverá ser tomada em conjunto pelo casal.
>
> § 2º As pessoas que tem embriões criopreservados na data de entrega em vigor deste Estatuto terão o prazo de 1 (um) ano, contado a partir da vigência desta Lei, para cumprirem integralmente o disposto no artigo 31, se já não o fizeram.
>
> Art. 33. Os embriões não serão, em qualquer hipótese, descartados.
>
> Art. 34. A adoção de embriões seguirá as regras previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que couberem e não contrariarem o presente Estatuto.
>
> Parágrafo único. Para atender os fins propostos neste artigo, será criado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contado da entrega em vigor desta lei, pelo Conselho Nacional de Reprodução Assistida, um Cadastro Nacional de Adoção de Embriões. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012, p. 8-9.).

Em relação à reprodução humana *post mortem*, os artigos 35 e 36, do Projeto de Lei nº 4.892, dispõe que:

> Art. 35. É permitido uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservados, descrevendo:

> I - a pessoa que deverá gestar o ser concebido, em caso de embrião;
>
> II - a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.
>
> Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento.
>
> Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012, p. 9).

Já o Projeto de Lei nº 115, de 2015, regula que:

> Criação, Estatuto da Reprodução Assistida, normas, utilização, técnica, reprodução humana assistida, princípios, direitos, deveres, filiação, ação de investigação de paternidade, Sistema Nacional de Reprodução Assistida, Sistema Nacional de Produção de Embriões, Banco de Células e Tecidos Germinativos, Conselho Nacional de Reprodução Assistida, Cadastro Nacional de adoção de Embriões, tipicidade, infração penal, penalidade. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

O artigo 7º, VI, do Projeto de Lei 115/2015, tratou de forma precisa da responsabilidade paterna, essencial para o desenvolvimento e bem-estar da família. Nessa perspectiva, segundo o entendimento jurídico, o marido/companheiro que consentiu para a realização da inseminação heteróloga deve assumir a paternidade, sendo vedada a sua impugnação. Havendo a inseminação sem o consentimento do marido, este poderá ser impugnado da paternidade, de acordo com o artigo 1.597, inciso V, do Código Civil de 2002, e artigo 37, do Projeto de Lei nº 115. Nesse sentido, de acordo com o Projeto de Lei nº 115, os pais que desejam formar uma família por meio da inseminação artificial devem ter a certeza dessa decisão (BURGAT, 2016).

3 TEORIA DO INÍCIO DA VIDA E DIREITOS DOS EMBRIÕES

A vida é um pressuposto dos Direitos Fundamentais, expressos pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o ponto inicial da vida humana é um dos temas mais polêmicos nos âmbitos das ciências humanas. Diante disso, faz-se necessária uma reflexão sobre as discussões que tratam sobre o momento inicial da vida humana.

3.1 Momento histórico dos direitos da personalidade

O direito da personalidade tem uma formação jurídica, que surgiu na doutrina germânica e francesa, após o período da Segunda Guerra Mundial (CARVALHO NETO; FUGIE, 2002).

Em suas bases legais, os gregos não se preocupavam com uma categoria jurídica especificando e explicando o direito da personalidade. O que existia era uma certa proteção à personalidade a partir da ideia de *hybris*, que legitima a ação que se chama *dike kakegoric*, para atender à punição para o indivíduo que viole algum interesse físico e moral de outrem.

Por sua vez, o Direito Romano não tratou dos direitos da personalidade, mas contempla a chamada *action injuriarum*, a ação contra a injúria, que foi adicionado para abranger qualquer atentado contra a vida humana (SZANIAWSKI, 1993).

Nessa perspectiva, de acordo com Farias:

> [...]
>
> A Carta Magna Inglesa, de 1215, estabeleceu a proteção de aspectos fundamentais da personalidade humana, como a liberdade, vindo a reconhecer, implicitamente, os direitos da personalidade. Mais adiante, a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, valorizou a tutela da personalidade humana e a defesa de direitos individuais.
>
> No entanto, somente após a Segunda Grande Guerra Mundial, consideradas as atrocidades praticadas pelo nazismo contra a individualidade da pessoa humana e contra a humanidade como um todo, sentiu-se a necessidade de proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana. Era preciso assegurar uma tutela fundamental, elementar, em favor da personalidade humana, salvaguardando a própria raça. Nesse passo, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal de Direitos do Homem.

> Naturalmente, os Códigos Civis, como todo, não faziam menção aos direitos da personalidade. O Código Civil francês (Code de France), o alemão (BGB) e o italiano eram silentes, não possuindo qualquer referência, até porque a categoria ainda não era tutelada. Com o pós-guerra, os Códigos foram paulatinamente reformados, vindo a sua grande maioria, na atualidade, a proteger, expressa e amplamente, os direitos da personalidade. Importante colaboração adveio do Direito alemão, preocupado, após os lamentáveis episódios ali ocorridos, atentatórios contra a humanidade, em afirmar a relevância na proteção da pessoa humana e de sua integridade. (FARIAS, 2013, p. 175).

No Brasil, os direitos da personalidade só foram possíveis por conta das contribuições doutrinarias, que alcançaram o nível legislativo por normas esparsas, e consagrados pela CF (1988). Com isso, a CF prevê a subjacente da cláusula geral de tutela da personalidade, ao afirmar, como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, que precisará ser protegida e promovida individualmente e socialmente. Por sua vez, o Código Civil, de 2002, reconheceu os direitos da personalidade, no seu Capítulo II, Título I, Livro I, pelos artigos 11 a 21.

3.1.1 Definição da personalidade

Todo ser humano possui personalidade, desde do início da sua existência, ou seja, todo o ser humano que nasce com vida se torna, automaticamente, uma pessoa e adquire, por consequência, uma personalidade. Mas não podemos confundir personalidade com a pessoa. Esta é o ser humano, o qual se atribuem direitos e obrigações, já a personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações (GONÇALVES, 2008).

3.1.2 Capacidade jurídica

De acordo com a acepção clássica, a personalidade é a capacidade de direito ou de gozo da pessoa titular de direitos e obrigações, independentemente de seu grau de discernimento (LISBOA, 2004).

Para Flores (2013), a capacidade, em seu sentido *lato*, significa idoneidade para adquirir direitos; a possibilidade jurídica de o homem apropriar-se de direitos e contrair obrigações.

Neste sentido, algumas pessoas têm a capacidade plena ao atingir 18 (dezoito) anos, ou a atinge nas condições estabelecidas no artigo 5º, do Código Civil de 2002, segundo o qual:

> Art. 5º - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à pratica de todos os atos da vida civil.
>
> Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:
>
> I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvindo o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;
>
> II - pelo casamento;
>
> III - pelo exercício de emprego público efetivo;
>
> IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;
>
> V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. (BRASIL, 2002).

De acordo com os artigos 3º e 4º, do Código Civil de 2002, outras pessoas vão adquirir a capacidade de forma limitada, por precisarem ser apresentadas ou assistidas no exercício de seus direitos.

> Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16(dezesseis) anos.
>
> Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
>
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
>
> II - os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
>
> III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
>
> IV - os pródigos.
>
> Parágrafo único - a capacidade dos indígenas será regulada por legislação própria. (BRASIL, 2002).

Apesar disso, é importante destacar que não se deve misturar personalidade jurídica com a capacidade jurídica. Para entender melhor, é preciso fazer algumas distinções:

a) capacidade para aquisição de direito é aquela que todos adquirem ao nascer com vida, significa a possibilidade de receber e utilizar os bens e direitos que lhes possam ter sido deixados por herança ou por doação (MELO, 2014a);

b) capacidade para o exercício de ação refere-se àqueles que necessitam ser representados (os menores até 16 anos incompletos; aqueles que não tenham discernimento para compreensão do ato; e aquele que, mesmo temporariamente, não possam exprimir sua vontade) e aos assistidos (menores entre 16 anos e 18 anos; os ébrios, viciados e aqueles que tenham a capacidade mental reduzida; e os excepcionais) (MELO, 2014a);

c) por sua vez, legitimação que não se deve confundir com a capacidade, porque, muitas vezes, o indivíduo tem plena capacidade, mas não tem legitimidade para praticar determinados atos (MELO, 2014a).

3.1.3 Os sujeitos da relação jurídica

O livro I da parte geral do Código Civil de 2002 diz sobre as pessoas como sujeito de direitos. Nesse sentido, o dispositivo legal apenas admite que sejam titulares de direitos os entes a que atribui personalidade jurídica.

No Brasil, o direito atribui personalidade jurídica às pessoas: (i) física, pessoa natural; e (ii) pessoa jurídica, que são pessoas naturais com o objetivo de alcançarem fins de interesse comum.

3.1.4 Começo da personalidade natural

A determinação exata do momento em que se inicia a personalidade da pessoa natural é importante, pois somente podem ser sujeitos de direito a quem se atribui personalidade jurídica (DONIZETTI; QUINTELLA, 2014).

No ordenamento jurídico Brasileiro, pessoa natural é o ser humano com vida. O artigo 2º do Código Civil de 2002 dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (BRASIL, 2002). Em complemento, temos o artigo 53, § 2º, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, na qual existe uma compreensão de que o nascimento com vida, para fins legais, independe do corte do cordão umbilical.

3.1.4.1 Teoria da personalidade civil

Na doutrina, se tem três teorias fundamentais sobre a personalidade, a saber: (i) a teoria natalista, que sustenta que a personalidade começa com a vida; (ii) a teoria da personalidade condicional ou convencionalista imprópria, que defende que a personalidade começa com a concepção, com a condição de nascimento com vida; e (iii) a teoria concepcionalista, que considera que o início da personalidade se inicia com a concepção.

Nas subseções seguintes serão discutidas cada uma dessas teorias.

Teoria natalista

A teoria natalista é adotada, majoritariamente, tanto entre os autores do Direito Civil Brasileiro. Nesta tese, a personalidade jurídica civil se inicia a partir do nascimento com vida. Com isso, os nascituros não teriam direitos, mas, apenas, uma mera expectativa de direito.

Assim, para essa teoria, a aquisição da personalidade jurídica depende de dois requisitos: nascimento e vida. Nesse sentido, o nascimento seria o fato, natural ou

artificial, de separação entre o feto e o ventre materno. A vida é comprovada com a presença de ar nos pulmões, ou seja, pela respiração, verificado pelo procedimento médico, denominado docimasia hidrostática de Galeno (CARNACCHIONI, 2002).

Nesse sentido, o problema da teoria natalista:

> [...] é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos. Além disso, a teoria natalista está totalmente distante do surgimento da nova técnica de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno. (TARTUCE, 2007, p. 75).

Contudo, essa teoria não é contra o Código civil de proteção especial aos embriões e aos nascituros, mesmo não reconhecendo a sua personalidade jurídica.

3.1.4.1.1 Teoria condicionada

A teoria condicionada é a teoria pela qual a personalidade civil começa com o nascimento, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, o nascituro teria uma simples personalidade formal, lhe sendo permitido gozar de direito personalíssimo. Contudo, o nascituro só viria a adquirir direitos patrimoniais ao nascer com vida.

Para Gonçalves:

> [...] a da personalidade condicionada sustenta que o nascituro é pessoa condicionada, pois a aquisição da personalidade acha-se sob dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. (GONÇALVES, 2013, p. 103).

De certa forma, essa teoria corrobora com a natalista, pois ambas defendem que a aquisição da personalidade só acontece com o nascimento com vida. Nessa perspectiva, é possível compreender que a lei conferiu proteção ao nascituro – e, por

analogia, ao embrião – desde a sua concepção, na qualidade de pessoa em potencial ou ente, a merecer especial olhar do Estado, com respeito aos seus direitos, pois, mesmo não sendo dotado de personalidade própria, espera o implemento do evento futuro e incerto, qual seja o seu nascimento com vida (DUFNER, 2015).

Na defesa de que o nascituro é uma pessoa adotada pela teoria condicionada, Monteiro (1989, p. 60) sustenta que "por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida".

O grande dilema dessa teoria é sobre as questões patrimoniais, as quais não respondem ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro e do embrião.

3.1.4.1.2 Teoria concepcionalista

A teoria concepcionalista é inspirada nos pressupostos do Direito francês, e reconhece a personalidade ao nascituro, desde a sua concepção. Contudo, essa aquisição da personalidade, desde da concepção, ocorre apenas para titularidade de direitos da personalidade, sem conteúdo patrimonial.

Nesse viés, a doutrina classifica a personalidade jurídica de duas formas: (i) a formal; e (ii) a material.

A personalidade jurídica formal é aquela relacionada com os direitos da personalidade, os quais e o nascituro já possui desde a sua concepção; já a personalidade material mantém relação com os direitos patrimoniais, e o embrião e o nascituro só poderiam adquiri-los a partir do seu nascimento com vida.

Nesse sentido, Diniz afirma que:

> O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independentemente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra-uterina, ou

> mesmo in vitro, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido. (DINIZ, 2002a, p. 113).

Com isso, ao receber direitos, é afirmada a sua personalidade. O artigo 2º, da segunda parte, do Código Civil de 2002, reconhece ao nascituro direitos e status de filho, e não expectativa de direitos.

De acordo o Pacto de São José da Costa Rica[9], é entendido que o nascituro adquire personalidade civil com a concepção. No seu artigo 4º, I, estabelece-se que "toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da sua vida arbitrariamente" (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Além disso, com a Lei nº 11.105/2005, ganha ainda mais força a teoria concepcionalista, pela proibição da aplicação indiscriminada da engenharia genética em embriões humanos.

Portanto, nessa teoria são protegidos os direitos da personalidade do embrião fertilizado *in vitro* e do nascituro, por esses serem considerados como pessoa, mesmo que, ainda, não tenham nascido com vida.

3.2 Embrião e os seus direitos

Como não se tem uma definição a respeito do "direito do embrião", é importante entender os conceitos das palavras embrião, feto ou nascituro.

> O nascituro é aquele que irá nascer, que foi gerado, porém não nasceu ainda. Em outras palavras, nascituro é o ser já concebido e que está pronto para nascer, mas que ainda está no ventre materno. [...]

[9] O Pacto foi derivado da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, pelo artigo 5º § 3º, da Constituição Federal.

> O embrião humano é a fusão dos gametas masculinos (espermatozoide) e feminino (óvulo), determinante da união de seus núcleos numa única célula (zigoto), num processo que se denomina fecundação. É como uma célula ou grupo de células capazes de se desenvolver em um ser humano, desde que interagindo em ambiente adequado. Haverá embrião a partir da fecundação, isto é, da união dos gametas masculino e feminino, que constituem uma nova célula composta de 46 cromossomos e vocacionada à vida autônoma.
>
> Já o feto é um estágio de desenvolvimento intrauterino que tem início após oito semanas de vida embrionária, quando já se podem ser observados braços, pernas, olho, nariz e boca, e vai até o fim da gestação. (MENDONÇA, 2016).

No artigo 2º do Código Civil, de 2002, é disposto que a "personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (BRASIL, 2002). Houve, por parte do legislador, a escolha de usar a palavra "pessoa", ao invés de utilizar a expressão "ser humano", a qual já configurava no artigo 4º do Código Civil, de 1916. Com essa mudança legislativa, pode surgir uma conclusão equivocada, no sentido de que o sujeito de direito, no âmbito civil, só existiria com o seu nascimento com vida. Na verdade, não é o sentido da legislação civil, porque antes do nascimento com vida, já temos uma pessoa apta a exercer os seus direitos, só que sem a personalidade civil, que pressupõe o seu nascimento com vida.

Com isso, no ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa existe desde a sua concepção, seja ela de forma natural ou artificial, sendo esses fenômenos que antecedem ao próprio direito. Assim, o direito positivo vem, depois dos fatos, regulamentar e reconhecer esse fenômeno, conferindo a personalidade civil apenas àquele produto da concepção que venha a nascer com vida. É importante observar que o direito não cria um fenômeno natural, mas a sua função é, apenas, regulamentá-lo, seja ele a *priori* ou *posteriori*, com o objetivo de gerar segurança à comunidade, por meio da pacificação social (CORRÊA, 2007).

Já no âmbito dos direitos do embrião, a partir da emancipação de regras jurídicas próprias sobre a matéria, o que se pretende é criar mecanismos eficientes de proteção desse ser, minimizando, tanto quanto possível, os conflitos que vêm

envolvendo os cientistas, a igreja e a comunidade, no tocante ao momento inicial da vida humana.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 6.960/2002, o qual se encontra arquivado, propôs alterar ações legislativas no Código Civil brasileiro em vigor. No seu artigo 2º, há as diretrizes que protegem os direitos do embrião e do nascituro, desde a sua concepção.

É encontrado na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional elementos que apontam para a defesa de tais direitos:

a) Direito à vida, previsto no artigo 5º, da Constituição Federal:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

b) defesa da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III e artigo 3º, IV, da Constituição Federal:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> [...]
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> [...]
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Contudo, há a necessidade da criação de um Estatuto do Embrião, para que fique claro os limites de atuação dos cientistas com a manipulação da vida humana, uma vez que o nosso ordenamento jurídico atual protege apenas parcialmente os direitos do embrião.

O conceito da vida humana, não se delimita, contudo, na definição cientifica, mas abrange, também, uma análise ética e religiosa, dentre outras. É através dessa conjunção que conseguimos obter os limites do que se entende por existência da vida humana, e a sua base seria alicerçada na dignidade da pessoa humana.

Todo os direitos elencados no ordenamento jurídico de proteção ao nascituro, enquanto não estabelecido um Estatuto do Embrião, devem ser estendidos, igualmente, aos embriões *in vitro* e *in vivo*, posto que eles devem ser vistos como pessoa e não como coisa passível de transferência, alienação e destruição (CORRÊA, 2007).

Ao embrião, além do direito à dignidade humana, também são resguardados outros direitos, estendendo-lhe o direito à adoção e ao não abandono, entre outros.

3.3 Lei da Biossegurança sobre os embriões

A manifestação jurídica na área da genética vem se desenvolvendo, cada vez mais, sendo já uma realidade em muitos países, como, por exemplo, no Reino Unido, Alemanha, Espanha, França, Itália e Noruega.

Com isso, o Brasil apresenta a Lei nº 8.978, de janeiro de 1995, modificada pela Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 1.752, de 20 de dezembro de 1995. Neste dispositivo, cuida-se do organismo geneticamente modificado e do conceito de engenharia genética, além de abordar a manipulação genética de células germinais humanas.

Nesse sentido, a manipulação, produção e armazenamento de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível passou a ser proibida. Essa lei previa a severa pena de seis a vinte anos para o transgressor, de acordo com o artigo 3º, IV e V; artigo 8º, II e IV e; artigo 13, III, da Lei nº 8.974/1995, mas que foram revogadas pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (SARTORI, 2005).

A Lei nº 11.105/2005, conhecida como a Lei de Biossegurança, é fruto de uma evolução da Lei nº 8.974/1995. Após várias polêmicas, foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, entrando em vigor na data de sua publicação, conforme publicação no Diário Oficial da União, de 28 de março de 2005, Seção 1, p. 5, regulamentado o artigo 225, § 1º, II, IV e V, da Constituição Federal:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo- se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> [...]
>
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
>
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
>
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, método e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. (BRASIL, 2005).

Em resumo, a Lei nº 11.105/2005 autoriza o uso de embriões criopreservados há mais de 3 (três) anos ou que não seriam usados em processos de fertilização para pesquisas que englobam o uso de células-tronco.

Takeuchi e Tannuri definem células-tronco como sendo:

> Células indiferenciadas e não especializada com as características de auto- renovação ilimitada, ou seja, de gerar células iguais a si mesmas durante toda a vida e também diferentes tipos celulares com funções especificas. As pesquisas mostram a existência de célula-tronco adultas em diversos tecidos como hematopoiético, hematopoiéticas já são usadas, com sucesso, no tratamento de linfomas, leucemias e algumas doenças lissomais. (TAKEUCHI; TANNURI, 2006).

Existe um limite nas pesquisas para a manipulação das células-tronco. Não existem ainda meios para determinar qual é o momento em que se deve cessar a reconstrução de um tecido danificado, para que as células-tronco não venham a desenvolver tumores no local (CORRÊA, 2007).

Mas não é apenas a célula-tronco embrionária que é objeto de discussão ética e jurídica. As células-tronco adultas se apresentam como um meio menos contravertido para sua obtenção, como a extração do material do próprio paciente, proveniente do seu do cordão umbilical ou da placenta (SARTORI, 2005). Estudos mais recentes permitem, ainda, a utilização de células-tronco originadas de tecido humano adiposo, ou mesmo da sua coleta de embriões, sem que esses sejam destruídos.

Contudo, de todas as capacidades de extração de célula-tronco, a que mais provoca interesse na medicina são as células-tronco embrionárias ou células pluripotentes, obtidas por meio dos embriões humanos, pela sua extraordinária possibilidade de se transformar em qualquer tipo de células adultas e por regenerar todo tipo de células de um corpo, o que permite dar mais chances de obter mais êxito nos tratamentos de doenças degenerativas, lesões, medulares, dentre outras (CÉLULAS TRONCORS, 2017; SUA PESQUISA, 2017).

O emprego de embriões congelados, autorizado pela Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), ocorre em decorrência dos embriões descartados na fertilização assistida *in vitro*. Isso acontece porque nesse procedimento são produzidos cerca de 7 (sete) a 8 (oito) embriões e, após a seleção, são introduzidos no útero materno até 4 (quatro) desses embriões. O restante, de acordo com a Lei de Biossegurança, mediante a observância de alguns critérios específicos, podem ser destinados para pesquisas com célula-tronco. Existe ainda outro meio de produção de células-tronco, através da clonagem, contudo, essa prática é vedada por lei, por questões éticas (CORRÊA, 2007).

Nesse sentido, a Lei nº 11.105/2005 nasceu em meio à divergências, com protestos de dirigentes ligados à igreja, que, por razões morais, manifestaram-se

contrários ao uso de célula-tronco embrionária de seres humanos. Nessa perspectiva, os embriões são uma forma de vida, e, assim, não podem sofrer modificações ou manipulações genéticas.

Por meio dos protestos religiosos e com o apoio da comunidade científica, a Lei de Biossegurança resistiu, mas teve diversas modificações no seu projeto inicial. Assim, após a sua aprovação, a Lei de Biossegurança venceu sua segunda etapa, sendo regulamentada pelo Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005.

Lemes e Crepaldi (2005) consideram insano o ato permissivo de utilização de células-tronco embrionárias obtidas por meio de embriões humanos, por fertilização *in vitro*, porque, segundo eles, a Lei da Biossegurança fere a dignidade humana, além de ser antiética e imoral. De acordo com os autores, o embrião, esteja ou não acolhido no ventre materno, é um ser humano que já possui dignidade.

O artigo 5º da Lei de Biossegurança foi, nesse sentido, objeto de uma ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo ex-Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;
>
> [...]
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I – sejam embriões inviáveis; ou
>
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
>
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
>
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas

> deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
>
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL, 2008).

Defende a Procuradoria Geral da República que a vida tem início na fecundação, e, nesse sentido, qualquer manipulação genética no embrião é um ato que viola ao direito à vida, contrariando, assim, o artigo 1 º, III e artigo 5º, da Constituição Federal, os quais dispõe que:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;
>
> [...]
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. (BRASIL, 1988).

Contudo, o assunto questionado pela ADIN nº 3.510, de 29 de maio de 2008, do STF, sobre o início da vida, foi julgado improcedente, nos termos do relator, o Ministro Ayres Britto, e por maioria de voto, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes.

> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INSCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNADAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS- TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULA-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS.DESCARECTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradiças em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquele incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei n° 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapreço pelo embrião "in vitro", porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e

inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e

permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do

art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICARÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA

> CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.
>
> IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (BRASIL. Superior Tribunal de Federal. ADIN nº 3.510/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 maio 2008. p. 134-141. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 10 de nov. 2017.).

Porém, mesmo a ADIN nº 3.510/2008 nos gera uma reflexão, uma vez que a vida, em seu termo inicial, é um *leit-movit*, o que nos leva a um debate sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, na Constituição Federal, o princípio da dignidade humana vai além da pessoa, posto que mais amplo do que a vida humana digna, englobando todos os seres humanos.

Diante disso, nos resta entender que a saída não é tentar encontrar uma solução do que é dignidade, mas, sim, encontrar valores acerca da dignidade do homem. Por isso, é necessário entender que o embrião tem a sua própria dignidade e os seus direitos tanto quanto um indivíduo que se encontra com enfermidade.

4 DIREITO À SUCESSÃO DOS EMBRIÕES *POST MORTEM*

O Código Civil Brasileiro de 2002, por meio do Projeto nº 634 de 1975, não avançou na área da reprodução humana assistida, deixando lacunas legislativas, principalmente referentes à inseminação artificial *post mortem*, além de não regular os direitos dos embriões criopreservados, os quais necessitam de uma tutela jurídica específica.

4.1 Conceito fundamental da sucessão

O livro das Sucessões é o último do Código Civil de 2002, assim como acontecia com a codificação privada brasileira de 1916, e ocorre com o vigente código civil português. E não poderia ser diferente, pois a morte deve fechar qualquer norma geral da vida privada da pessoa humana (TARTUCE, 2016).

A ideia de sucessão, genericamente, sugere uma transmissão de bens, que implica na existência de um adquirente de valores, o qual ocupa a posição jurídica do antigo titular. Desse modo, em tese, a sucessão opera-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*, em que alguns doutrinadores dividem em sentido amplo e estrito (RODRIGUES, 2003).

A palavra "sucessão", no sentido amplo, decorre somente pela sucessão *inter vivos*, e, de acordo com Gonçalves significa:

> [...] o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. Numa compra e venda, por exemplo, o comprador sucede ao vendedor, adquirindo todos os direitos que a este pertencia. De forma idêntica, ao cedente sucede o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou direito.
>
> A ideia de sucessão, que se revela na permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares, não ocorre somente no direito das obrigações, encontrando-se frequentemente no direito das coisas, em que a tradição a opera, e no direito de família, quando os pais decaem do poder familiar e são substituídos pelo tutor, nomeado pelo juiz, quando ao

> exercício dos deveres elencados nos arts.1740 e 1741, do Código Civil. (GONÇALVES, 2017, p. 19).

Já o direito das sucessões no sentido estrito se refere à transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. Esse ramo do direito das sucessões compreende-se num conjunto de normas que disciplinam a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte, ou seja, o ativo e o passivo do *de cujus* ou autor da herança a seus sucessores (GLACIANO, 2017).

A expressão "*de cuju"*" é a abreviatura da frase "*de cujus sucessione"*" (ou *hereditatis*) e "*agitur"* significa "aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata".

O direito das sucessões é a parte especial do Direito Civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa que veio a óbito. Refere-se, apenas, às pessoas físicas, pelo fato de que as pessoas jurídicas não se configuram nesse âmbito, nem têm natureza de disposição de última vontade, que regulam o patrimônio social (GOMES, 2012).

Nesse sentido, Beviláqua (1945) conceitua o direito sucessório como um complexo dos princípios nos quais é realizada a transmissão do patrimônio de alguém que deixou de existir. Essa transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido denomina-se herança; e quem o recebe se diz herdeiro.

4.1.1 Abertura da sucessão

A abertura da sucessão hereditária é um fenômeno sucessório que ocorre com a morte da pessoa natural ou física, sendo esta a causa e pressuposto da sucessão *causa mortis*, pois não existe herança de pessoa viva, embora possa ocorrer a abertura da sucessão do ausente, presumindo-se lhe a morte (arts. 26 e ss., do Código Civil de 2002).

Com a morte, transmite-se a herança aos herdeiros, de acordo com a ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829, do Código Civil. Na inexistência destes, será a herança recolhida pelo Município, pelo Distrito Federal ou

pela União, com o entendimento do artigo 1.844 do mesmo diploma (GONÇALVES, 2017).

A morte a que se refere o legislador é a morte natural, real ou biológica, que é dada com a constatação ou com a presunção do cadáver, mediante atestado médico, ou, ainda, na ausência deste, de duas testemunhas qualificadas que tiverem presenciado ou atestado o falecimento. Há, também, a possibilidade de atestar o óbito por meio da constatação médica da cessação da atividade encefálica, ao atingir as funções celebrais e respiratórias (e não pelas funções circulatórias) (CARVALHO, 2015).

Assim sendo, o meio para se atestar a morte natural é, hoje, realizado através da verificação da completa cessação das atividades celebrais, e não mais pela paralisação definitiva da atividade cardíaca, conforme o rol do artigo 3º, da Lei de remoção dos órgãos, de 1997 (Lei nº 9.434/1997):

> Art. 3º - A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.
>
> 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.
>
> § 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde.
>
> § 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica. (BRASIL, 1997).

No tocante à morte real sem cadáver essa é chamada de morte assemelhada a real ou presunção de morte. Acerca desse tema, Carvalho explica que:

> [...] esta surge ao ocorrer uma catástrofe ou acidente (p. ex.: inundação, incêndio, naufrágio, queda de aeronaves etc.) de tal magnitude que é perfeitamente perceptível o inevitável perigo de vida das pessoas nela diretamente envolvidas, plasmando-se no desparecimento do cadáver ou na impossibilidade de seu reconhecimento, tudo com indício tais que levam à certeza (ou quase certeza) de que o desaparecido, nessas circunstâncias, foi vítima fatal. (CARVALHO, 2015, p. 64).

Dessa forma, a lei autoriza os herdeiros do ausente a, inicialmente, ingressarem com um pedido de abertura de sucessão provisória. Se, depois de 10 (dez) anos da abertura dessa sucessão, o ausente não tiver retornado, ou não se tiver confirmação de sua morte, os herdeiros poderão requerer a sucessão definitiva, que também terá o prazo de 10 (dez) anos.

Nesse sentido, o artigo 88 da Lei dos Registros Públicos, de 31 de dezembro de 1973, já autorizava a justificação da morte:

> Art. 88. Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. (BRASIL, 1973).

Há, ainda, o disposto no parágrafo único do artigo 88, da Lei nº 6.015/197, que admite a justificação da morte nos casos de desaparecimento em campanha, em que é provada a impossibilidade de ter ocorrido o seu registro, nos termos do artigo 85 do mesmo diploma, e os fatos que convençam da ocorrência do óbito. Contudo, nos casos em que tenham sido lavrados incorretamente o óbito, por erro ou malícia, as consequências jurídicas transportam-se para o campo da responsabilidade civil (artigo 186, do Código Civil de 2002).

O artigo 7º, do Código Civil de 2002, legitima, ainda, a hipótese de morte declarada, independentemente da declaração da ausência, no caso da morte presumida sem decretação de ausência dentro do sistema sucessório:

> Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:
>
> I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

> II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.
>
> Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento. (BRASIL, 2002).

Existe o caso da comoriência, que acontece quando dois ou mais pessoas falecem em condições que impossibilitam identificar qual morreu primeiro, e se ocorreu ou não a sobrevivência do herdeiro. Essa hipótese está disciplinada no rol do artigo 8º do Código Civil, da seguinte forma: "se dois ou mais indivíduos falecem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos" (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, Gonçalves explica sobre a mortes simultâneas e os efeitos que essas geram para o direito sucessório:

> Quando duas pessoas morrem em determinado acidente, somente interessa saber qual delas morreu primeiro se uma for herdeira ou beneficiária da outra. Do contrário, inexiste qualquer interesse jurídico nessa pesquisa.
>
> O principal efeito da presunção de morte simultânea é que não tendo havido tempo ou oportunidade para a transferência de bens entre os comorientes, um não herda do outro.
>
> Não há, pois, transferência de bens e direitos entre comorientes. Por conseguinte, se morre em acidente casal sem descendentes e ascendentes, sem saber qual morreu primeiro, um não herda do outro. Assim, os colaterais da mulher ficaram com a meação dela; enquanto os colaterais do marido ficaram com a meação dele.
>
> Diversas seria a solução se houvesse prova de que um faleceu pouco antes do outro. O que viveu um pouco mais herdaria a meação do outro e, por sua morte, a transmitiria aos seus colaterais. O diagnóstico científico do momento exato da morte, hodiernamente representado pela paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória, só pode ser feita por médico legista. Se este não puder em adiantado estado de putrefação, por exemplo, presumir-se à morte simultânea, com as consequências já mencionadas. A situação de duvida que o art. 8º pressupõe é a incerteza invencível.
>
> Para que se configure a comoriência não é mister que as mortes tenham ocorrido no mesmo lugar. Pode, por exemplo,

> uma ter ocorrido na Europa e outra na América. (GONÇALVES, 2017, p. 849).

Por isso, a *successio causa mortis* é aberta no momento do óbito do seu autor, quando cessa a sua personalidade jurídica. Assim, o artigo 1.784 do Código Civil de 2002 nos diz que a "abertura da sucessão, da herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" (BRASIL, 2002).

4.1.2 Princípio da Saisine

No ordenamento jurídico brasileiro permite-se a transmissão da posse automática sem o consentimento ou a aceitação dos herdeiros beneficiados, ou decisão de qualquer natureza. Até mesmo o herdeiro que não tenha tido conhecimento da abertura da sucessão, a transmissão se dá a seu favor, desde do momento do falecimento do autor da herança. A transmissão ocorre, assim, por força da lei. Com isso, o indivíduo que herdou e ainda não sabe, ou não aceitou, já ingressou em seu patrimônio, conquanto não definitivamente (LÔBO, 2014).

Nesse sentido, trata-se da consagração da máxima chamada *droit de saisine*, uma regra fundamental do Direito das Sucessões de origem germânica, que foi incorporada pelo direito francês, por volta do século XIII, e, depois, foi positivada no Código Napoleônico, de 1804. Nessa perspectiva, os herdeiros legítimos, bem como os testamentários e o cônjuge sobrevivente, entram na posse da herança, no mesmo instante em que se constata a morte do *de cujus* (MELO, 2014b).

Esse princípio de *saisine* encontra-se no nosso ordenamento jurídico, no artigo 1.784, do Código Civil de 2002, *in verbis*: "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" (BRASIL, 2002).

De acordo com Carvalho:

> [...] o fenômeno da saisine exsurge através de uma ficção jurídica (ficta iuris), cujo sentido primeiro é evitar que o patrimônio do morto, dele destacado com morte, fique sem titular (acéfalo).

> Diante de tais circunstância, a transferência opera-se diretamente do morto para seus sucessores universais dentro da antiga fórmula: les mort saisit le vif, son hoir plus proche et habli a succéder (o morto prende o vivo, seu herdeiro mais próximo é hábil a lhe suceder).
>
> Sem demitir-se dessa qualidade, a transmissibilidade só será efetiva se os sucessores universais do falecido estejam vivos, mesmo por fração ínfima de tempo, ou ao menos concebidos, ao abrir a sucessão (art. 1.798 do CC, de onde extrai o princípio da coexistência), sendo previamente designados, e agora vocacionados , para recolher a respectiva herança – na sucessão legal, em regra através da ordem preferencial da vocação hereditária, prevista nos artigos 1.829 e 1.790, ambos do Código Civil, e, na sucessão testamentária, por virtude da vontade do hereditando, consoante os arts.1.857 e ss. do Código Civil. (CARVALHO, 2015, p. 63).

Por fim, devemos mencionar a consequência decorrente do princípio da *saisine*, em que o herdeiro que sobrevive ao *de cujus*, ainda que por instante, herda os bens por este deixados e os transmite aos seus sucessores, se falecer em seguida (GONÇALVES, 2017).

4.1.3 Espécies de sucessão

Em termos gerais, duas são as modalidades básicas de sucessão *mortis causa*. De acordo com o artigo 1.786 do Código Civil: “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (BRASIL, 2002). Quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento, é denominada de sucessão testamentária; quando se dá em virtude da lei, chama-se sucessão legítima.

A sucessão legítima ocorre quando em virtude de lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança. É, também, chamada de sucessão *ab intestato*, legal ou intestada justamente nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento, conforme os arts.1.786 e 1.788 do Código Civil.

Um exemplo de sucessão legítima é quando o falecido deixou de fazer um testamento. Nesse caso, o seu patrimônio, por força de lei, irá a seus descendentes;

inexistindo descendentes, aos ascendentes; não tendo descendentes e ascendentes, ao seu cônjuge; à falta daqueles parentes e de cônjuge, aos colaterais até 4º (quarto) grau.

Já a sucessão testamentária ou voluntária ocorre no momento da manifestação de última vontade, expressa em testamento, legado ou codicilo, mecanismo sucessório para o exercício da autonomia privada do autor da herança. A esse respeito, Gonçalves, explica que:

> a sucessão testamentária dá se por disposição de última vontade. Havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuges), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade, denominada porção disponível, para outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou mesmo a estranhos, pois a outra constitui a legítima, àqueles assegurada no art. 1.846 do Código Civil. (GONÇALVES, 2017, p. 857).

Além dessas duas modalidades acima mencionadas, existe uma outra modalidade que é denominada de simultânea legítima e testamentária ou sucessão mista, que ocorre quando o testamento do defunto não abrange todos os bens, dessa forma, os não incluídos passarão a seus herdeiros legítimos (RODRIGUES, 2003).

4.1.4 Legitimidade para suceder

O Código Civil de 2002, adicionou no Título I do livro V, da parte geral especial sobre a vocação hereditária. Neste capitulo denominado “da vocação hereditária” trata-se da legitimação para suceder o *de cujus*.

A origem da palavra “vocação” vem do latim *vocation*, cujo o significado vem de convocação, chamamento feito em face do falecido (DOMINGUES, 2014). A vocação hereditária abrange a capacidade para suceder, ou aquela que decorre da lei, na qual determina a ordem sucessória, ou de testamento, quando a pessoa, independentemente da classificação de herdeiro ou não, é contemplada com bens do falecido.

Contudo, devemos lembrar que a legitimidade para sucessão não se confunde com a capacidade civil, pelo fato de estar atribuído às pessoas físicas ou pessoas jurídicas. Para Lôbo:

> [...] A legitimação para sucessão não se confunde com a capacidade civil, pois esta é atributo das pessoas físicas (seres humanos nascidos com vida) ou de pessoas jurídicas. A legitimação para a sucessão hereditária é mais ampla que a capacidade civil, pois alcança outros sujeitos de direito que não são pessoas, sendo esta espécie daquele. Todos aqueles entes ou entidades que sejam legitimados a adquirir, defender e transmitir direito dotados de plenitude de capacidade civil. Porém, há outros sujeitos de direito não personalizados, dotados de capacidade jurídica ou exercício limitadas, que são legitimados parcialmente a adquirir, defender e transmitir direitos. O Código Civil tomou o rumo certo quando substituiu a expressão capacidade por legitimação para suceder, atendendo à crítica da melhor doutrina. Não há, portanto, de se falar em capacidade ou incapacidade para suceder.
>
> A evolução do direito e as exigências do mundo da vida levam à necessidade de se conferir a certos entes partes ou parcelas de capacidades para aquisição, exercício e defesa de direitos, dispensando-lhe a personalidade. São os entes não personificados. Para a realização dos fins a que estão destinados, ou para sua tutela jurídica, não precisão ser personalizados nem equiparados a pessoas. Para que possam defender seus interesses em juízo basta que lhes atribua excecional capacidade processual. (LÔBO, 2014, p. 62).

Por sua vez, Farias explica que:

> a capacidade sucessória é a aptidão que alguém possui para receber a herança deixada pelo falecido. Diferente da capacidade civil, que é a qualidade de que uma pessoa possui para a prática dos atos da vida civil. O incapacitado mental, apesar de ser incapaz para prática dos atos da vida civil, tem capacidade para ser herdeiro em um inventário. (FARIAS, 2013, p. 11).

Já Diniz (2002b, p. 25-27), para apurar a capacidade sucessória, afirma que é necessário se observar a ocorrência dos seguintes pressupostos:

a) morte do *de cujus*;

b) o herdeiro, seja ele legítimo ou testamentário, adquire a posse e a propriedade dos bens que constituem o acervo hereditário, ou seja, há necessidade de apuração da capacidade sucessória;

c) é necessário que o herdeiro pertença à espécie humana, em razão que somente o homem e as pessoas jurídicas têm legitimidade para adquirir a herança *causa mortis*; e

d) o herdeiro deve estar vivo ou, pelo menos, concebido, ou, ainda, que seja nascituro para ocupar a ordem da vocação.

O artigo 1.798 do Código Civil de 2002 consagra a regra geral do Direito Sucessório, que é aplicável tanto na sucessão legítima como na sucessão testamentária, segundo a qual tem legitimidade para suceder "as pessoas nascidas ou já concedidas no momento da abertura da sucessão".

Portanto, se o sucessor, beneficiário da herança, já é falecido ao tempo da morte do autor da herança, é evidente que não vai herdar absolutamente nada, bem como, nesta mesma linha, as pessoas ainda não foram concebidas, em regra, também não herdam.

Todavia, no âmbito da sucessão testamentária, podem ainda ser chamados a suceder, *in verbis*:

> Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
>
> I - filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
>
> II - as pessoas jurídicas;
>
> III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de função. (BRASIL, 2002).

A respeito dos herdeiros ainda não concebidos, os bens serão confiados a um responsável, nomeado pelo juiz (SANTANA, 2014).

Com relação ao nascituro, nascido com vida, são feitos os trâmites sucessórios, no momento da abertura da sucessão. Mas, nascendo sem vida, e se com

a passagem de 2 (dois) anos ainda não tiver herdeiro esperado, serão distribuídos para os herdeiros legítimos os bens resguardados, salvo se o *de cujus* tenha deixado um testamento com disposição contrária.

É, ainda, permitida a sucessão de pessoas jurídicas não existentes, mas que, futuramente, serão constituídas ou personalizada, após a abertura da sucessão, com bens deixados pelo testador. Nesse sentido, a única maneira aceita é a fundação de direito privado, excluída as associações civis, sociedade empresárias ou quaisquer entidades admitidas em direito civil ou direito empresarial (LÔBO, 2014).

4.1.5 Prole eventual: sucessão testamentária

No artigo 1.718 do Código Civil de 1916 (o qual foi revogado), dizia que o testador designasse prole eventual de pessoas existentes, ao abrir a sucessão. No Código Civil de 2002, isso está prevista no seu artigo 1.799, I.

A respeito dessa capacidade testamentária passiva da prole eventual que, no atual Código Civil, é denominada de concepturo, a lei está se referindo ao testamento condicional, pelo fato de que depende de 2 (dois) eventos futuros e incertos, a saber, (i) a concepção e (ii) o nascimento da prole eventual da pessoa viva, ao abrir a sucessão do testador. Por exemplo, no caso em que a Senhora Maria redija um testamento em que especifica que deixará 50% (cinquenta por cento) do seu patrimônio para a prole futura da sua colega de trabalho, caso venha falecer. Com isso, a prole eventual é uma expressão que só compreende os filhos e não os netos indicados pelo testador (DINIZ, 2002b).

Diante da atual lei, o testador deveria excluir o filho adotivo, expressamente, em razão da pessoa indicada que poderia adotar, para conseguir o benefício do testamento, por força do artigo 41 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Nesse estatuto é definido que “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessório, desligando-o de

qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais" (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, Rizzardo afirma que:

> o testador indica a prole que terão determinadas pessoas, reservando-lhe a participação ou quinhão da herança que no futuro se abrir. É evidente que se trata de uma previsão incerta e condicionada. Opera-se a sucessão se nascerem os filhos da pessoa indicada. (RIZZARDO, 2001, p. 48).

Na abertura da sucessão, caso a prole futura não seja concebida, a primeira providência a ser feita é a partilha, e essa deve ser nomeada por um curador pelo juiz, com a finalidade de resguardar e administrar os bens (artigo 1.800, do Código Civil) (RIZZARDO, 2001). Dessa forma, salvo em disposição contrária por parte do testador, será a pessoa cujo o filho se espera ser sucessor ou, então, sucessivamente, aqueles previstos na ordem preferencial, indicada no artigo 1.775 §§ 1º, 2º e 3º; e artigo 1.800, § 1º, ambos do Código Civil.

Conforme o artigo 1.800, § 3º, do referido Código, "nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferido a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador" (BRASIL, 2002). De acordo com Venosa (2017, p. 223), "é relevante a administração do curador no tocante a esses bens, sujeita-se ele a todas as responsabilidades inerentes à curatela de incapazes (artigo 1.800, § 2º). Essa matéria pode, como se nota trazer incontáveis problemas na prática".

Além disso, o artigo 1.800, § 4º, do Código Civil, entende quem "se decorrido dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos" (BRASIL, 2002). Nota-se que, como a herança não pode ficar sem dono, a parte reservada à prole futura, que ainda não nasceu, vai para os

herdeiros legítimos que fazem parte da ordem da vocação, ou seja, aqui, não entra a figura da fiduciária, que exerceria na situação fideicomisso[10] (VENOSA, 2017).

4.2 Análise hermenêutica com o Código Civil de 2002 sobre direito sucessório do embrião *post mortem*

Nesta seção, realizar-se-á uma análise hermenêutica dos dispositivos do Código Civil de 2002, que são:

a) Artigo 1.597, que trata da presunção da paternidade dos filhos havidos na constância do casamento;

b) Artigo 1.798, que elenca os sujeitos da relação da herança;

c) Artigo 1.799, inciso I, que tratada dos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que estejam vivas ao abrir-se a sucessão;

d) Artigo 1.829, inciso I, que estabelece a ordem da vocação hereditária da sucessão legítima.

4.2.1 Presunção da paternidade

O Código Civil Brasileiro de 2002, tentando acompanhar a evolução da tecnológica sobre a reprodução humana, incluiu, no artigo 1.597, entre as diversas hipóteses de filhos presumidos na constância do casamento e da união, que são: (i) os nascidos por fecundação artificial homóloga, mesmo falecido o esposo; (ii) os nascidos, a qualquer tempo, quando se trata dos embriões congelados excedentários,

[10] Fideicomisso é um ato de disposição de vontade expressa em testamento, pelo qual uma pessoa pode deixar um bem imóvel para o sucessor do seu herdeiro. O herdeiro ou legatário que recebe em primeiro grau o imóvel denomina-se fiduciário, ficando ele com o encargo de transmitir a propriedade para aquele que será o proprietário final do bem, designado fideicomissário. O Código Civil de 2002, no seu art. 1.951, assim define o fideicomisso: "pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário" (BRASIL, 2002).

consecutivos da concepção homóloga; e (iii) os nascidos por inseminação heteróloga, quando se tem uma autorização prévia do esposo.[11]

Para efeito da reprodução assistida do tipo homóloga, regula-se, *ab initio* (DUFNER, 2015), pelos prazos e situações dos incisos III e IV, do artigo 1.597, do Código Civil, o qual regula que "será considerada quando o falecido o marido e para o embrião excedentário dar-se á a qualquer tempo" (BRASIL, 2002). Já na reprodução assistida do tipo heteróloga, inexistindo prévia autorização do marido, é facultado a ele negar o reconhecimento, uma vez que não se configura a presunção de paternidade. Havendo autorização, quando o pai ou a mãe não contribuiu com seu material genético para ser fecundado, configura-se numa modalidade de parentesco civil chamada de "outra origem", constante do artigo 1.593 do Código Civil, ao lado da adoção e da filiação sociafetiva (LUZ, 2009).

Por consequência deste efeito referente que o embrião excedentário, o qual pode ser gerado antes ou depois da morte do pai, e congelado, há chances de esse ser implantado a qualquer tempo. Nesse sentido, portanto, é questionado em que momento se teria a presunção de paternidade.

Como existe a dúvida acerca do momento da presunção, o Enunciado nº 106, da I Jornada de Direito Civil, decidiu fazer a seguinte orientação:

> Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatoriamente que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução humana assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, de acordo com Dufner:

> A presunção de paternidade em caso de utilização de embriões excedentários e formados com gametas do marido ocorrerá a qualquer tempo após o óbito, desde que – segundo o enunciado n. 106 – a viúva ainda esteja nessa condição e exista autorização por escrito do falecido para utilização de seu material após sua morte. Os dois últimos requisitos não foram exigidos por lei, mas pelo Enunciado n. 106, logo,

[11] Ver seção 3.1, e suas subseções, deste estudo.

> plenamente possível, o questionamento da viúva à luz do princípio da legalidade. (DUFNER, 2015, p. 98).

Desse direito de filiação que o embrião excedentário possui, surgem os direitos e os deveres, como esclarecem Lamenza, Costa e Chinellato:

> a filiação constitui o vínculo entre pais e filho. Analisando a filiação do ponto de vista do parentesco, pode ser classificado como um liame consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre determinado indivíduo e os pais [...]. Nem sempre a filiação é oriunda de relacionamento sexual entre pai e mãe. Pode decorrer de inseminação artificial ou fertilização in vitro. O direito à filiação não é nominalmente indicado pela legislação, mas há o direito ao reconhecimento da filiação (art. 26 da Lei n. 8.069/90). De forma mais ampliada, há o direito da criança e do adolescente (art. 17 da Lei n. 8.069/90) que abrange o direito da preservação da identidade. Este, por sua vez agrega o direito a ter um pai e uma mãe, de ter um nome a ostentar perante a comunidade e de ser reconhecido como perante a este ou aquele grupo familiar. (LAMENZA; COSTA; CHINELLATO, 2009, p. 1277).

Em regra, o artigo 2º do Estatuto da Criança e do adolescente dispõe que "considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompleto, e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade" (BRASIL, 1990), não se excluindo a proteção ao nascituro.

Diante dessa omissão jurídica em relação ao embrião congelado, deve-se fazer o uso da analogia entre o nascituro e o embrião, conforme se estabelece no rol do artigo 4º do Código Civil (BRASIL, 2002).

Para que se possa proceder à análise dos direitos decorrentes da presunção de paternidade, declarada no artigo 1.597 do Código Civil, é considerada a equiparação como um resultado da integração entre os direitos resguardos ao embrião criado pela técnica de reprodução humana assistida (DUFNER, 2015).

4.2.2 O embrião post mortem e o direito de herança

Em Portugal e na Itália, a fertilização póstuma com o sêmen do falecido é uma prática proibida, mesmo com autorização expressa do marido; nos Estados

Unidos é permitida, com a autorização prévia do marido; e, no Brasil, esse consentimento é imposto pelo Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil e pela Resolução do CFM nº 2.168/2017 (GOZZO, 2013).

Essa proibição de realizar a técnica de fertilização póstuma, em alguns países, é plausível, em razão de acarretar instabilidade jurídica em matéria sucessória para todos os herdeiros; tanto aos filhos já nascidos quanto aos gerados *post mortem* (MALUF; MALUF, 2016).

Assim sendo, a partir da interpretação do rol do artigo 1.597 do Código Civil, extrai-se as premissas de que é permitida a procriação *post mortem*; e de que há a possibilidade de presunção da paternidade. Com isso, Dufner, com referência aos argumentos dos valores morais, diz que:

> O filho privado da convivência paterna biológica poderá ser contemplado durante sua existência com a paternidade sócioafetiva, fato comum na construção das relações familiares, mas ainda que isso não ocorra, o filho terá memórias do pai falecido, sua estória com a mãe biológica, fotos, cartas, vídeos e outros pertences pessoais que retrataram a dignidade e personalidade do pai morto. O direito brasileiro contemporâneo vislumbrou na vida do seu filho, a despeito da ausência paterna, a crença de que terá uma vida digna, pois a dignidade se expressa em várias vertentes. (DUFNER, 2015, p. 126).

Dessa maneira, tem-se como garantia fundamental do filho privado a existência do pai, mesmo por sua morte prévia, e, por consequência, o seu direito a receber sua herança, conforme o dispõe o artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988.

Como foi mencionado no começo deste capítulo, a herança é dividida em testamentária e legítima, e, se no caso de existir herdeiros necessários, que são os descendentes, os cônjuges e os ascendentes, pertencem a esses herdeiros a metade dos bens da herança (artigo 1.846, Código Civil). Assim, o sujeito poderá, em vida, realizar o testamento para destinar até a metade do seu patrimônio a quem deseja, conforme o artigo 1.857 do Código Civil.

Em outras palavras, se o *de cujus* não fez a delegação dos seus bens aos seus herdeiros enquanto ainda estava com vida, ou a fez somente relativa a parte disponível, a outra parte será levada pelas normas da sucessão legítima, que fala sobre a ordem da vocação, no artigo 1.829, do Código Civil:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> I - Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou seja, no regime da comunhão parcial da herança não houver deixado bens particulares.
>
> II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
>
> III - ao cônjuge sobrevivente;
>
> IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

Essa ordem da vocação, imposta pelo artigo 1829 do Código Civil para os herdeiros legítimos, é organizada com relação ao grau de parentesco e à afinidade. Assim, o artigo 1.594 do mesmo diploma legal dispõe que:

> Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente. (BRASIL, 2002).

Portanto, dessa ordem de preferência é contemplada o parente mais próximo com a herança, e se exclui o parente mais remoto o direito de a receber.

4.2.3 Herdeiros já concebidos ao tempo da abertura da sucessão

Os artigos mencionados na seção anterior podem ter uma interpretação de oposição com relação ao dispositivo no artigo 1.798, do Código Civil, porque traz uma limitação temporal à legitimidade da sucessão legítima, ou seja, segundo a lei, "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (BRASIL, 2002).

Com relação ao filho já nascido ao tempo da abertura da sucessão não existem polêmicas. Em razão da isonomia, quando o filho é nascido antes da morte

do pai, seja biológico (pela reprodução natural ou artificial) ou adotivo, sucederá ao pai, pelo fato de ser considerado pessoa e sujeito de direito, para todos os fins (DUFNER, 2015).

Com relação ao nascituro em desenvolvimento no ventre materno, não há dúvida, porque é um ser concebido antes do óbito do pai, de modo que:

a) só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência de transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva;

b) se nascer com vida, ainda que a mãe tenha falecido no trabalho de parto ou em acidente colapso, terá capacidade para suceder;

c) se nascer morto é como se nunca tivesse existido, logo a sucessão será ineficaz (DINIZ, 2007).

Nessas hipóteses, por igualdade material, é irrelevante se o nascituro foi concebido por via natural ou artificial.

A polêmica aparece na reprodução assistida *post mortem*, uma vez que, em razão do avanço da medicina, há duas situações possíveis de acontecer: (i) quando o embrião excedente é criopreservado à época do óbito do pai; e (ii) quando o embrião é gerado após o falecimento do pai (DUFNER, 2015, p. 130).

4.2.3.1 Criopreservação de embriões antes da morte do pai e ser concebido no momento da abertura da sucessão

A partir da explicação feita no capítulo 1 deste estudo acerca do momento da concepção e da reprodução humana assistida, podemos ter mais facilidade para interpretar o conjunto normativo do artigo 1.798 do Código Civil, no qual "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão" (BRASIL, 2002).

Em razão de o embrião já existente antes do óbito do *de cujus*, sendo esse pré implantatório e congelado para ser utilizado e concebido ao tempo da morte do pai, mesmo que venha a nascer depois da sua morte, não há desrespeito com a lei civil, por esse ser considerado herdeiro do genitor.

Dufner afirma, a partir da interpretação do artigo 1.798, do Código Civil, que é legitimo para herdar ao tempo da abertura da concepção os já concebidos que:

> a) pode encontra-se no ventre materno ou fora dele, fruto do uso das técnicas de reprodução assistida, uma vez que, desde o surgimento do zigoto humano, no primeiro dia da fertilização – conforme abalizada corrente científica – conhecido por embrião ou pré-embrião, isto é, desde o surgimento da vida em potencial, há proteção jurídica da vida (art. 2º e 1.798 CC);
>
> b) a rigor, desde a concepção ser-lhe á deferida legitimação para suceder, conforme análise do texto normativo, em outras palavras, quando do surgimento do zigoto ou pré-embrião formando antes do falecimento do pai, pouco importando se a implantação em útero materno ou nascimento ocorram bem depois do óbito.
>
> c) o texto do artigo 1.798 elegeu o momento da concepção e não o do nascimento como marco da legitimação à qualidade de herdeiro, pois desde o zigoto formado antes da morte do pai é garantido o direito à herança, ainda que esteja congelado. (DUFNER, 2015, p. 184).

Por sua vez, Lamenza, Costa e Chinellato, ao esclarecer o artigo 1.597, IV, do Código Civil, sustentam que:

> No caso de embriões excedentários ainda não implantados, considera-se a existência de um ser já concebido que está aguardando in vitro ou na crioconservação a implantação no ventre materno (segundo Silmara Juny de Abreu Chinellato). Aplica- se aqui o dispositivo nos arts. 2º e 1.798, ambos do CC, pois já há uma concepção. Ainda segundo os princípios gerais das normas éticas para as técnicas de reprodução humana (Resolução n. 1.957/2010), há restrições à implantação de embriões no ventre materno (não deve ultrapassar o número de quatro) e, em caso de gravidez múltipla, proíbe-se a manobra de redução embrionária. (LAMENZA; COSTA; CHINELLATO, 2017, p. 1408).

É significativo lembrar que o direito de herança é dado condicionalmente ao nascimento com vida, por ser atribuído aquisição plena dos direitos patrimoniais,

quando o beneficiado possui a personalidade e a capacidade de direito, conforme os artigos 1º e 2 º do Código Civil (BRASIL, 2002).

Diniz reconhece também esse direito sucessório do embrião:

> A capacidade sucessória do embrião, implantado no útero após o óbito de seu pai, ou do nascituro (CC, art. 1.798) é excepcional, já que sucederá se nascer com vida. O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder; adquirir, em estado potencial, desde logo, o domínio e a posse da herança, como se já fosse nascido; porém, como lhe falta personalidade jurídica material (CC, art. 2º), nomeia-se- lhe um curador ao ventre [...]. (DINIZ, 2011, p. 533).

Portanto, podemos entender que os embriões excedentários congelados *post mortem*, quando concebidos antes da abertura da sucessão, podem herdar em ambas espécies de sucessão: legítima e testamentária.

4.2.3.2 O filho concebido em laboratório depois da abertura da sucessão

Os procedimentos de reprodução humana assistida não resultam apenas dos filhos fecundados antes do falecimento do genitor, pois a criopreservação do sêmen e do ovócito possibilita a fertilização depois do falecimento do pai ou da mãe. Sendo assim, pela interpretação literal do artigo 1.798 (CC, 2002), os filhos concebidos depois da abertura da sucessão não possuem legitimidade para suceder.

Contudo, a hermenêutica não usa somente a interpretação gramatical, porque acarretaria num resultado desprovido do espírito da lei e das considerações harmoniosas do ordenamento jurídico. De acordo com Monteiro e Pinto (2012, p. 47), a interpretação gramatical é: "[...] fundada sobre as regras da linguística, examina-se literalmente cada termo do texto, que isola, quer sintaticamente, atendendo-se a pontuação, colocação dos vocábulos, origem etimológica e outros dados".

Já para Dantas (2010), a hermenêutica é um processo plural consolidado na utilização de inúmeros métodos de interpretação jurídica, para se analisar o direito, enfatizando que cabe ao intérprete não usar uma técnica que menospreza outra, mas

defende um manejo de todas em conjunto, a que chamou de princípio do terceiro incluído. Segundo o autor:

> assim, conjecturamos que será o direito bem interpretado- pelo menos para os fins de solução de litígio – se aquele a quem compete produzir a subsunção não operar racionalmente apenas guiado pelo princípio do terceiro excluído ("ou este ou aquele método de interpretação podem ser aplicados") mas também aberto à possibilidade de fundar e aplicar o direito com base – na falta de expressão melhor – no princípio do terceiro incluído ("este e todos os métodos de interpretação jurídica são válidas, não se excluem, mas poderão ser concomitante empregados tendo em vista as exigências do caso concreto"). (DANTAS, 2010).

Nessa perspectiva, os métodos de interpretação se somam a uma racionalidade sensível, capazes de defender a dignidade humana, a verdade e a justiça, solucionando os problemas que surgem, ao longo do tempo.

Desse modo, a intepretação gramatical da expressão contida no artigo 1.798 do Código Civil, "já concebidos no momento da abertura da sucessão" fere os outros dispositivos (a saber, os artigos 1.597, III e IV, 1.829, I, do Código Civil e o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988).

Assim, Barboza (2008) propôs o uso da conjunção literal (interpretação sistemática), e nos remete ao exato momento da concepção, que se inicia com a fertilização do ovócito pelo espermatozoide. De fato, essa autora pauta-se na presunção da paternidade instituída pelo artigo 1.597, III e IV, para adotar, por ficção jurídica, a constância do casamento ou da união estável como momento da concepção. Com isso, o filho concebido e nascido depois será, para fins sucessórios, herdeiro, antes mesmo da morte do genitor.

O tema da assertiva vai de encontro com a hermenêutica constitucional, mediante o princípio da concordância prática ou da harmonização, de acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero, que:

> [...] também designa pela doutrina germânica de princípio da harmonização, o princípio da concordância prática implica que bens jurídicos reconhecidos e protegidos constitucionalmente precisam ser ordenados de tal forma que, notadamente onde

> existirem colisões, um não se realize às custas do outro, seja pela ponderação apressada de bens, seja pela ponderação de valores em abstrato. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 223).

Os argumentos constitucionais do posicionamento de Barboza (2008) repousam numa alteração importante do papel do direito sucessório brasileiro, pelo fato de sustentar que o direito à herança necessita ser regulamentado, interpretado e aplicado à luz de princípios constitucionais, como o da dignidade humana.

Com a III Jornada de Direito Civil, o seu Enunciado nº 267 trouxe uma explicação sobre a expressão "já concebido antes da abertura da sucessão", escrita no artigo 1.798 do Código Civil, da seguinte forma:

> a regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança. (BRASIL, 2004).

Dessa forma, o Conselho da Justiça Federal adotou a hermenêutica e obteve um resultado extensivo da norma, com a finalidade de beneficiar todos os filhos com a herança legítima do ascendente.

No entanto, o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, considera que o "ainda não concebido" (prole eventual) só pode ser titular de direito sucessório na sucessão testamentária. Nesse caso, após a partilha, os bens serão entregues a um curador, que será o seu administrador, até o prazo de 2 (dois) anos da morte do testador (artigo 1.800, § 1º do Código Civil). Se, decorrido o prazo de 2 (dois) anos, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados retornarão ao espólio e serão divididos entre os herdeiros legítimos (artigo 1.800, § 4º, do Código Civil).

De acordo com Tartuce e Simão (2010), o embrião, apesar de ter personalidade formal (direito de personalidade), não tem a personalidade jurídica material (direito patrimoniais), e só será herdeiro por força de disposição testamentária.

Em resposta à essa problemática (sobre quem seria aquele concebido à época da abertura da sucessão e legitimado ao direito de herança), há três posicionamentos na doutrina:

> a) O primeiro sustenta que seria somente o nascituro gestado em ventre materno e nenhum filho decorrente da reprodução artificial post mortem;
>
> b) outro alude que além do nascituro, encontram-se os embriões excedentários e congelados porque já concebido ou fertilizado antes do falecimento do genitor;
>
> c) terceiro consiste como herdeiro, além do nascituro, todos os embriões gerados na reprodução assistida, em qualquer tempo e por gozar de presunção de paternidade, têm direito sucessório por força da isonomia constitucional estabelecida entre filhos. (DUFNER, 2015, p. 145).

Assim sendo, cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer elementos para solucionar esse problema, uma vez que os seus pressupostos se inclinam pela negação legítima dos filhos nascidos por método de reprodução humana artificial, quer na hipótese de concepção após a morte do ascendente, quer na implantação após a abertura da sucessão (GONÇALVES, 2003).

4.3 Direito sucessório do embrião congelado *post mortem* à luz da Constituição Federal de 1988

As normas constitucionais que regulam a matéria de direito sucessório dos embriões congelados *post mortem* estão dispostos nos artigos 5º, inciso XXX, e 227, § 6º. O primeiro dispositivo garante o direito fundamental de herança como cláusula pétrea; o segundo, estabelece a igualdade entre os filhos de qualquer natureza, proibidas as distinções entre eles.

À princípio, o conjunto normativo que elimina o filho gerado pela reprodução *post mortem da vocação* hereditária fere o preceito constitucional da igualdade. Considerado como aparente conflito entre as normas usadas no critério hierárquico para a solução ao artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que indica para inconstitucionalidade do artigo 1.798 do Código Civil, configure-se como um

problema de controle de constitucionalidade das normas, ao ser realizado pelo modo difuso e concentrado (DUFNER, 2015).

Segundo Lenza (2016), o controle de constitucionalidade concentrado de lei recebe essa denominação pelo fato de "concentrar-se" em único tribunal.

Já o controle difuso ou concreto é exercido por qualquer juiz ou tribunal, ou seja, qualquer pessoa pode levantar a questão diante de qualquer juízo ou grau. Contudo, o seu uso é condicionado à relação de prejudicialidade, em face do objeto central.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade das normas inferiores dá-se por outras vias, em especial, pela via hermenêutica, pelo fato de que a interpretação se adequa ao texto constitucional, o que impede a retirada do sistema e garante uma aplicação justa e correta.

Kelsen (2003) ressalta que a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito, por meio do órgão jurídico que fixa o sentido das normas que irá aplicar.

O autor explica o processo de interpretação de forma singular:

> se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, se não que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (KELSEN, 2003, p. 390-391).

Há, ainda, outros métodos modernos, além dos tradicionais de interpretação, que são utilizados com a finalidade de se alcançar uma maior clareza de algum conflito normativo que venha a surgir.

Desse modo, pode-se compreender que existem diferentes soluções para o problema da inconstitucionalidade do artigo 1.798 do Código Civil. Dentre elas, a melhor opção é a da interpretação conforme os dispostos na Carta Magna, por não ter a necessidade de se eliminar a lei civil do sistema brasileiro.

Sobre essa questão, Barroso explica que:

> Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional sem redução de texto. Figura próxima, mas não equivalente, é a da interpretação conforme a Constituição para declarar que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato. Em qualquer caso, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto. (BARROSO, 2014, p. 325-326).

A partir desse critério hierárquico, se tem a solução da divergência e da interpretação, de acordo com a Constituição, para se conseguir o resultado constitucional do conjunto normativo, buscando-se responder se o filho concebido depois da morte do pai estaria excluído da sucessão, como é sustentado por parte da doutrina.

Segundo os princípios constitucionais, da norma de direitos fundamentais e hermenêutica plural contemporânea, nenhum filho pode ser excluído da herança legítima do seu pai, pelo entendimento da igualdade entre os filhos (artigo 227, § 6º, da CF/88).

A esse respeito, Gozzo, explica que:

> Independentemente, todavia, de filho ser matrimonial ou não, o art. 227, par. 6º, da Constituição, impede que se façam diferenças entre eles, mesmo nos casos de adoção. O texto constitucional vai além, inclusive, no estabelecimento desta

> igualdade no campo dos direitos fundamentais e das normas de direito de família, para disciplinar a equiparação dos filhos no âmbito do direito sucessório. (GOZZO, 2013, p. 263).

Assim sendo, a melhor interpretação constitucional do artigo 1.798 (CC, 2002) é a que confirma a dignidade humana dos envolvidos na reprodução *post mortem*, posto que a herança na acepção constitucional é:

> a) direito fundamental material a garantir a transmissibilidade da propriedade privada no âmbito familiar;
>
> b) é meio de assegurar os rumos do destino do órfão de pai e outros direitos e garantias fundamentais desse ser como acesso à moradia, convivência familiar, educação, saúde física e psicológica, trabalho, e tantos outros. (DUFNER, 2015, p. 152).

O direito de herança do embrião e nascituro serão resguardados, desde da concepção, mas adquiridos em sua plenitude como seu nascimento com vida. Assim, caso venha a nascer com vida, ele deve ter os mesmos direitos, em relação aos outros descendentes.

Gozzo sustenta este resultado hermenêutico como único aceitável, diante o nosso ordenamento jurídico pátrio.

> Ora, o chama direito fundamental de herança, [...], tem a ver com o direito de todo e qualquer herdeiro, legítimo ou testamentário, de suceder o autor da herança em seu patrimônio ativo e passivo, conforme consta dos já mencionados art. 5º, XXX da Constituição, e art. 1.784 do Código Civil. Desde modo, como afirma-se que o filho nascido por meio de reprodução assistida homóloga post mortem (CC, art. 1.597, III e IV) não é herdeiro de seu falecido pai? A única resposta consoante com o ordenamento jurídico brasileiro é no sentido de que esse filho tem direito à devolução da herança de seu pai, já morto por ocasião de seu nascimento e, mais, morto por ocasião de seu nascimento e, mais, morto há mais de trezentos dias, como presunção constante do art. 1.797, II, da lei civil. Se este direito fundamental do filho de lhe de exercer seu direito de herança. Afinal, se ele é filho biológico do autor da herança, não pode ser excluído dela. (GOZZO, 2013, p. 271).

Dessa maneira, a reposta da problemática presente no artigo 1798 (CC, 2002), conforme o conjunto normativo do artigo 1º, III; artigo 5, XXX e o artigo 227, § 6º da CF/88, apontam para o resultado de interpretação extensiva do texto, a

fim de incluir os filhos concebidos pela fertilização artificial em vida ou depois da morte do pai, e a qualquer tempo, como herdeiro necessário na sucessão legítima (DUFNER, 2015).

4.4 Projeto de Lei nº 7.591/2017 e 9.403/2017

Diante da multiplicidade de questões referentes às técnicas de reprodução humana, foi criado o Projeto de Lei n° 7.591, de 2017, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, filiado ao Partido do Movimento Democrático do Mato Grosso (PMDB-MT); e o Projeto de Lei nº 9.403, de 2017, de autoria do Deputado Vitor Valim, filiado ao Partido do Movimento Democrático do Ceará (PMDB-CE). Ambos têm o intuito de modificar a redação do artigo 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer o direito à sucessão do filho gerado pela inseminação artificial após a morte do autor da herança.

Com isso, o artigo 2º do Projeto de Lei nº 7.591/2017 propõe que o artigo 1.798 do Código Civil passe a ter a seguinte redação:

> Art. 1.798. Legitima-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.
>
> Parágrafo único. Legitimam-se a suceder, ainda, as pessoas concebidas após a abertura da sucessão com o auxílio de técnicas de reprodução assistida. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017a, p. 1).

Já o artigo 2º do Projeto Lei n° 9.403/2017 propõe que o artigo 1.798 do CC (2002) tenha a seguinte disposição:

> [...] Art. 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão bem como os filhos gerados por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, desde que:
>
> I - os cônjuges ou companheiros expressem sua vontade, por escrito, quando ao destino que será dado aos embriões, em caso de divórcio, doença graves ou de falecimento de um deles ou de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los, através:
>
> a) Testamento público; ou
>
> b) Testamento particular; ou

> c) Documento assinado em clínica, centros ou serviços de reprodução humana, serviços médico-hospitalares, todos devidamente cadastrados e reconhecidos pelo Conselho Federal ou Conselho Regional de Medicina.
>
> II - nos casos de necessidade de gestação em útero diversos a um dos cônjuges, será obedecido o disposto na legislação vigente ou na Resolução do Conselho Federal de Medicina ou determinação judicial. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017b, p. 1-2).

Portanto, pode-se concluir que o Projeto de Lei nº 7.591/2017 permite que o concebido no momento da abertura tenha legitimidade para suceder à herança do *de cujus*, independentemente de este ter deixado ou não um testamento. Em contrapartida, caso fosse aprovado o Projeto de Lei nº 9.403/2017, o concebido gerado por meio da inseminação artificial no momento da abertura da sucessão só teria direito à herança do *de cujus* caso este tivesse feito um testamento ou um documento assinado pelo casal, em uma clínica especializada na reprodução humana artificial.

5 CONCLUSÃO

A reprodução humana assistida, homóloga e heteróloga, é autorizada pela lei brasileira, mas ainda não foi totalmente regulamentada, de modo que existem várias dúvidas sobre os efeitos jurídicos que podem ser gerados.

Por intermédio da técnica de reprodução humana, onde se faz o procedimento da criopreservação (congelamento) de gametas masculinos, femininos e embriões excedentários, que pode ser fecundado um embrião, o qual pode vir a nascer, mesmo depois da morte dos pais. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma indagação sobre o caso de, se esse filho nasça posteriormente, ele teria direito a filiação e o direito à herança.

O artigo 1.597, inciso III e IV, do Código Civil de 2002 estabeleceu a presunção da paternidade do marido/companheiro quanto aos embriões *in natura* e congelados que são fertilizados na constância do matrimônio ou da união estável, ou mesmo em uma situação de inseminação artificial homóloga póstuma, quando o

marido deixa o seu material genético para ser usado depois de sua morte, sendo dada a presunção da paternidade, em qualquer momento.

No artigo 1.798 do Código Civil são legitimados a suceder apenas os nascidos ou já concebidos ao tempo da abertura da sucessão, o que, de acordo com a doutrina civilista, traz uma discussão acerca da possibilidade ou não desse herdeiro vir a receber a herança, a qualquer tempo.

Conforme os artigos 1.829, inciso I, e 1.845 da lei civil, os descendentes aparecem na primeira classe e grau, e os filhos, possuem o direito reservado e prioridade ao recebimento da herança do pai que veio a óbito. Dessa aparente divergência entre as normas, nasce o choque de ideias entre os doutrinadores, dos quais, em certos momentos, concordam que os embriões excedentários têm o direito à herança, mas, em outros, não.

Já no âmbito do Direito Constitucional, temos o artigo 5º, XXX, e o 227, §§ 6º e 7º, que garantem o direito à herança como uma cláusula pétrea. Nessa perspectiva, o artigo 227 estabelece a igualdade entre os filhos de qualquer natureza, tratando, assim, do princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, além da questão do livre planejamento familiar do casal. Com isso, esses dispositivos garantem ao filho fruto da fertilização *in vitro post mortem* ter o direito sucessório do pai que veio a óbito. Nesse sentido, uma interpretação distinta nos levará ao tratamento distintivo entre os filhos, o que violaria o artigo 227, § 6º, da Carta Magna.

Como existe uma omissão no ordenamento jurídico sobre o tema da reprodução humana assistida, a solução seria a alteração do artigo 1.798 da lei civil, conforme os Projetos de Lei nº 7.591/2017 e nº 9.403/2017.

O Projeto de Lei nº 7.591 de 2017, caso seja aprovado, irá dar o direito à herança ao que já está concebido e ao nascituro, no momento da abertura da sucessão, além de garantir o direito à herança para as pessoas concebidas com auxílio da reprodução *in vitro*, depois da abertura da sucessão.

Já o Projeto de Lei nº 9.403/2017 determina que só teria direito à sucessão o concebido por meio da inseminação artificial *in vitro*, caso o autor da herança tenha deixado um testamento ou um documento assinado em uma clínica especializada na reprodução humana assistida.

Desse modo, como ainda não foi aprovado nenhum Projeto de Lei que venha por fim à omissão legislativa acerca do direito da herança dos filhos frutos da inseminação artificial *post mortem*, fica a cargo da interpretação dos operadores de direito, levando em conta os princípios e as regras constitucionais, bem como preservação da cláusula pétrea e da dignidade do herdeiro.

REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Roger. *Avanços na reprodução humana assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007.

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução humana assistida e as relações de parentesco*. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>. Acesso em: 5 out. 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 729, p. 43-51, jul./1996.

BADALOTTI, Mariangela. *Bioética e reprodução assistida*. 2002. Disponível em: <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena. Aspecto controverso do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 321-322.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEVILÁQUA, Cloves. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

BÍBLIA, A. T. Gênesis. In: BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2014. p. 3-63.

BÍBLIA, N. T. Lucas. In: BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2014. p. 1130-1176.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 106*. In: I JORNADA DE DIREITO CIVIL, 12-13 set. 2002. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 4 mar. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 267*. In: III JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1-3 maio 2004. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>. Acesso em: 4 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Mulheres com mais de 50 anos poderão utilizar técnicas de reprodução assistida desde que assumam riscos justamente com o médico*. 22 set. 2015. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25753:2015-09-22-15-52-49&catid=3>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.168, de 10 de novembro de 2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search="n%C2%BA 2.168">. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.358, de 11 de novembro de 1992*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.957, de 15 de dezembro de 2010*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.013, de 9 de maio de 2013*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Lei de Biossegurança. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11105-24-marco-2005-536209-norma-pl.html>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Federal. *ADIN nº 3.510/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 maio 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 10 de nov. 2017.

BURGAT, Victor. *Efeitos da PL 115/2015 e sua influência na sociedade*. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52338/efeitos-da-pl-115-2015-e-sua-influencia-na-sociedade>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 115*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 14 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.892*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012>. Acesso em: 14 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 7.591, de 2017a*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1556651&filename=PL+7591/2017>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 9.403, de 2017b*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=954E1597A1B82307DAF56014F499B61A.proposicoesWebExterno2?codteor=1634728&filename=PL+9403/2017>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de nº 6.960, de 2002*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002>. Acesso em: 8 nov. 2017.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana*: ética e direito. Campinas: Edicamp, 2003.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil*: parte geral – institutos fundamentais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érica Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado*. Curitiba: Juruá, 2002. v. 1.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CÉLULAS TRONCORS. *Célula-tronco*. 2017. Disponível em: <http://celulastroncors.org.br/celulas-tronco-2/>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CENATTE EMBRIÕES. *Congelamento de embriões*. 2017. Disponível em: <https://www.cenatte.com.br/solucao?id=3&title=Congelamento%20de%20Embri%C3%B5es>. Acesso em: 25 out. 2017.

CLÍNICA CONCEPTUS. *Reprodução assistida*: conheça as novas regras no Brasil. 16 fev. 2018. Disponível em: <http://clinicaconceptus.com.br/2018/02/reproducao-assistida-novas-regras/>. Acesso em: 16 mar. 2018.

CLÍNICA ORIGEM. *Reprodução humana*: transferência de embriões congelados. 2017. Disponível em: <https://origen.com.br/reproducaohumana/tratamentos/transferencia-de-embrioes-congelados/>. Acesso em: 25 out. 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José da Costa Rica, de 1969*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 8 nov. 2017.

CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade. *Biodireito e dignidade da pessoa humana*: diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Luís Rodolfo Ararigboia de Souza. *Hermenêutica constitucional e transponibilidade das cláusulas pétreas*. 2010. Disponível em:

<http://bugiosepapagaios.blogspot.com.br/2010/06/hermeneutica-constitucional-e.html>. Acesso em: 6 mar. 2018.

DELLAGNEZZE, Réne. *A maternidade por substituição, é um direito ou é um crime*? 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19484&revista_caderno=14>. Acesso em: 23 mar. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das sucessões. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002b. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*: direito das sucessões. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002a.

DOMINGUES, Euler da Silva. *Da vocação hereditária*: histórico, doutrina e aplicação. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30742/da-vocacao-hereditaria>. Acesso em 28 fev. 2018.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. *Direito de herança do embrião*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

FARIAS, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*: teoria e prática. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução humana em face da bioética e do biodireito*: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e filiação*. 2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34980/Ana+Claudia+Brando+de+Barros+Correia+Ferraz.pdf/921bad92-94c9-4205-81/0b-5c3d1b24d751>. Acesso em: 12 out. 2017.

FERTIBABY CEARÁ. *Novas regras para reprodução assistida:* nova resolução CFM 2.121/2015. 10 nov. 2015. Disponível em:

<http://www.fertibabyceara.com.br/novas-regras-para-reproducao-assistida-nova-resolucao-cfm-2-121-2015/>. Acesso em: 16 mar. 2018.

FERTILIDADE. *Fertilização in vitro por ICSI*. 2017. Disponível em: <https://fertilidade.org/content/fertiliza%C3%A7%C3%A3o-vitro-por-icsi>. Acesso em: 23 out. 2017.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito civil*: parte geral: das pessoas dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GLACIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 7.

GOLDMAN, Elisa. *O mito de Perseu*. 2017. Disponível em: <http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/historia/0013.html>. Acesso em: 20 out. 2017.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito das sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

GOZZO, Débora. Direito fundamental de herança e inseminação *post mortem*. In: GOZZO, Débora; BITTAR, Eduardo G. B; LEISTER, Margareth (Org.). *Direitos humanos fundamentais*: doutrina, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 263-271.

HOSPITAL SÍRIO-LIBANÊS. *Reprodução humana*: fertilização in vitro. 2017. Disponível em: <https://www.hospitalsiriolibanes.org.br/hospital/especialidades/centro-reproducao-humana/Paginas/reproducao-humana-fertilizacao-in-vitro.aspx>. Acesso em: 23 out. 2017.

IVI. *Causas da infertilidade*. 2018. Disponível em: <https://ivi.net.br/causas-da-infertilidade/>. Acesso em: 24 mar. 2018.

JORNAL DA USP. *HC realiza primeiro transplante de útero da América Latina*. 6 out. 2016. Disponível em: <http://jornal.usp.br/atualidades/hc-realiza-primeiro-transplante-de-utero-da-america-latina/>. Acesso em: 22 out. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAMENZA, Fracismar; COSTA, Antonio Cláudio Machado; CHINELLATO, Silmara Juny (Org.). *Código Civil interpretado*. São Paulo: Manole, 2009.

LAMENZA, Francismar; COSTA, Antonio Cláudio Machado (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código Civil*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.10. ed. Barueri, SP: Manole, 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*: aspectos médicos, religiosos, psicológico, ético e jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEMES, Ana Maria Nogueira; CREPALDI, Joaquim Donizete. A lei do biocrime: lei nº 11.105/2005. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 795, 6 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7243/a-lei-do-biocrime>. Acesso em: 10 nov. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA JÚNIOR, Daniel Veríssimo de. *Reflexos da inseminação artificial homóloga post mortem no âmbito do direito sucessório*. 1 fev. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj041943.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUZ, Valdemar P. da. *Manual de direito de família*. Barueri, SP: Manole, 2009.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida*: aspecto ético e jurídico. Curitiba: Juruá, 2005.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Nehemias Domingos de. *Lições de direito civil*: família e sucessões: para concursos, exame da ordem e graduação em direito. São Paulo: Atlas, 2014b. v. 5.

MELO, Nehemias Domingos de. *Lições de direito civil*: teoria geral. São Paulo: Atlas, 2014a. v. 1.

MENDONÇA, Leonardo Araújo Porto. *Dos direitos do nascituro e do embrião no direito brasileiro*. 2016. Disponível em: <https://leonardoapmendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dos-direitos-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 7 abr. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 1989.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012. v. V.

MOORE, Keith L. *Embriologia clínica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1994.

NAKAMURA, Milton. *Inseminação artificial humana*. São Paulo: Rocco,1984.

OLIVEIRA, Neiva Flávia de. A evolução da pesquisa genética e o novo conceito de família. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 777, p. 57-74, jul./2000.

PESSINI, Léo. *Problema atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 1997.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. *Problemas atuais da biótica*. São Paulo: Loyola, 1991.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos de personalidade*. São Paulo: Themis, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Fábio Eugênio. *Transferência de embriões congelados*: mudança de paradigma da FIV? 2015. Disponível em: <https://medicinareprodutiva.com.br/fertilizacao-in-vitro/transferencia-de-embrioes-congelados-mudanca-de-paradigma-na-fiv/>. Acesso em: 25 out. 2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito* civil: direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

RUSSO, Giovanni. *Educar para a bioética*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo,1997.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTANA, Flávia Cristina Venâncio. *Capacidade para suceder, indignidade e deserdação*. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34116/capacidade-para-suceder-indignidade-e-deserdacao>. Acesso em: 28 fev. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. *Célula tronco*: o direito. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7186/celula-tronco-o-deireito>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida*: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SUA PESQUISA. *Célula-tronco*: o que são, tipos e pesquisa com células-tronco, resumo, embrionárias e adultas, as terapias, clonagem, tratamentos para doenças, genética, questões éticas e religiosas, citologia. 2017. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/ecologiasaude/celulas-tronco.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais,1993.

TAKEUCHI, Carlos Augusto; TANNURI, Uenis. A polêmica da utilização de células-tronco embrionárias com fins terapêuticos. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 52, n. 2, mar./abr. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302006000200001&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 10 nov. 2017.

TARTUCE, FLÁVIO. *Direito civil*: direito das sucessões. 10. ed. Forense, 2016. v. 6.

TARTUCE, FLÁVIO. *Manual de direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2007. v. único.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Método, 2010.

TESTART, Jacque. *O ovo transparente*. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: USP, 1995.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Criopreservação*. 2017. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/topicosembriao/Criopreserv.html>. Acesso em: 26 out. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ANEXO A – REPORTAGEM DO CORREIO BRAZILIENSE

A espera possível

Recurso de congelar óvulos é opção para mulheres que escolhem adiar a maternidade ou que são hospitais de engravidar por alguma doença grave de tratamento invasivo

POR CAROLINA MILITÃO*

A criopreservação de oócitos — ou congelamento de óvulos — tem crescido nos últimos anos e é a fertilidade feminina. O procedimento é um dos métodos de reprodução sendo mais procurados entre as mulheres que desejam ter filhos após os 40 anos. O preço varia entre R$ 4 mil e R$ 15 mil, a depender do uso de medicações especiais e do tipo de técnica utilizada.

A paciente que optar pelo congelamento deve se submeter ao estímulo ovariano controlado e passar por uma punção ovariana — extração dos óvulos no interior dos folículos. Com isso, ela consegue congelar. Alguns óvulos para serem utilizados posteriormente, caso as tentativas pelas vias naturais falhem ou da coleção com a reserva ovariana esgotada.

A reserva ovariana é limitada. Os óvulos já estão presentes no corpo da mulher por ocasião do nascimento — o número vai diminuindo gradativamente ao longo da vida, havendo uma diminuição importante, tanto na quantidade quanto na qualidade, após os 35 anos, quando o potencial reprodutivo começa a cair.

Para as mulheres que têm mais de 30 anos e estão sem perspectiva de engravidar nos próximos 5 anos, a dica é procurar um ginecologista ou um especialista em reprodução para avaliação da reserva ovariana. Quanto mais cedo o congelamento dos óvulos, maior a chance de uma gravidez saudável.

Especializado em ginecologia obstetrícia, o médico João Marcos de Menezes Silva ilustra que há dois tipos de mulheres que buscam o congelamento de óvulos. A primeira é a mulher moderna, independente, que deseja se dedicar às suas conquistas profissionais antes de engravidar. Outro caso é quando a mulher, por motivo de doença, ainda jovem, como um câncer, precisa preservar seus óvulos das agressões da quimioterapia e radioterapia. Após esses procedimentos, ela poderá dar continuidade aos planos de maternidade.

* Estagiária sob supervisão da Editoria de Revista, especial para o Correio

A GESTAÇÃO EM JOGO

- O pico reprodutivo acontece aproximadamente aos 28 anos.
- Após os 30 anos, 1% das mulheres podem apresentar falência ovariana prematura.
- Com 38 anos, aproximadamente 75% dos óvulos já podem ter alguma alteração de DNA.
- Após os 40 anos, a cada ano a chance de engravidar cai aproximadamente 51%.
- Cerca de 80% das gestações não chegam ao fim, após os 40 anos.
- Atividades físicas e dietas são aliadas para uma gestação e um bebê saudáveis.

ATENÇÃO AOS RISCOS

- As chances de abortamento espontâneo são de 25% na idade dos 20 aos 40 anos e de 51% após os 40 anos, devido ao aumento de alterações cromossômicas. Isso aumenta o risco de malformações congênitas, principalmente cardíacas, ligadas à síndrome de Down e da trissomia do 13.
- A atenção pela mulher e o risco de hipertensão gestacional, diabetes mellitus gestacional e pré-eclâmpsia também aumentam com a idade.
- O risco de morte materna é duas vezes maior quando a mulher engravida após os 35 anos e cerca de três vezes maior após os 40 anos.

Doenças como endometriose, síndrome de ovários policísticos, miomas, pólipos, câncer de mama e de colo de útero podem impedir a gestação.

Hábitos como fumar e abusar do álcool e de drogas podem impedir a gestação.

O tempo para procurar um especialista em reprodução humana é de 6 meses a 1 ano de tentativas sem sucesso de engravidar depois dos 35 anos.

Palavra do especialista

Qual é a idade perfeita para engravidar?

Não existe uma idade ideal para uma mulher engravidar, uma vez que cada caso é único. Contudo, recomendo para as mulheres entre 20 e 25 anos. Nessa idade, a fertilidade feminina é máxima, a chance de abortamento é mínima e a mulher tem menos chances de ter filhos com alterações cromossômicas. Após os 35 anos, a fertilidade começa a declinar e a chance de abortamento aumenta.

Quais são os pontos de atenção de uma gravidez tardia?

O pré-natal deve ser realizado com cuidado, pois a mulher já é considerada de risco. Hipertensão, diabetes gestacional, pré-eclâmpsia, descolamento de placenta, entre outras, são complicações que exigem atenção. As doenças preexistentes, como diabetes e hipertensão, também pode ser agravadas com a gestação. Por isso, é importante ter um bom acompanhamento médico. Vida saudável, com alimentação adequada e atividade física regular, também ajuda a reduzir os riscos. Mas, em geral, uma mulher saudável, que não tenha nenhuma doença crônica, pode ter uma gestação tranquila, sem maior preocupação.

Quais as dicas para as mulheres que querem engravidar após os 40 anos?

Procurar um especialista em reprodução humana o mais rápido possível e não perder tempo. A fertilidade começa a declinar após os 35 anos e, depois dos 40, a queda é mais acentuada. A gravidez natural ainda é possível, mas a mulher precisa ter em mente que a chance de abortamento é maior e que a gestação pode ser mais difícil. Também é importante ter um bom acompanhamento médico durante a gestação, pois a mulher tem mais chances de ter complicações. Hoje pode contar com a ajuda de técnicas de reprodução assistida, como a fertilização in vitro, para realizar o sonho de ser mãe.

O que pode atrapalhar?

Hábitos como fumar e consumir álcool em excesso são prejudiciais à mulher, mesmo — e principalmente — durante a gestação. Se você tem mais de 35 anos e deseja engravidar, o primeiro passo é procurar um ginecologista e fazer um check-up ginecológico e obstétrico para diagnosticar qualquer doença que possa atrapalhar a gestação, como miomas, endometriose, pólipos, câncer de mama e de útero, hipertensão, hipotireoidismo, diabetes, obesidade, distúrbios. Todo tratamento deve ser feito antes de pensar em engravidar.

Carla Soares é especialista em reprodução humana e ginecologia

Revista
CORREIO BRAZILIENSE
Brasília, domingo, 26 de novembro de 2017
16 • 17

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PERSONALIDADE DOS ANIMAIS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Ana Luiza Lima de Queiroz

RESUMO

O presente trabalho tratou da possibilidade jurídica de atribuir personalidade aos animais, buscando fundamentos éticos e jurídicos para tal, tendo em vista que a legislação brasileira não traz explicitamente essa opção. Desde o início do pensamento do homem em sua relação com a natureza, o animal foi subjugado como algo a servir o ser humano, tendo esse pensamento perdurado até hoje por meio do especismo. As legislações atuais, apesar de ainda os tratarem como objetos, trazem específica proteção através da tutela do meio ambiente, que, entretanto, ainda permite sua subordinação e uma punição ínfima para quem viola suas vidas e dignidade física. Assim diversos filósofos e juristas passaram a pretender a atribuição do status de sujeito de direito aos animais, tendo em vista valorizar sua vida como ser senciente e dar fim ao sofrimento animal. Existem aberturas na legislação brasileira, que permitem refletir acerca do tema e exemplos estrangeiros que demonstrar ser possível o instituto. Existem projetos de lei em trâmite requerendo a atribuição de uma personalidade *sui generis* aos animais, mas concretamente, não houve qualquer mudança ainda. Conclui-se que a proteção do animal e do meio ambiente vem ganhando importância, mas para concretização da tese deste trabalho seria necessária inovação legislativa.

Palavras-chave: Personalidade jurídica. Proteção animal. Senciência. Meio ambiente.

1 INTRODUÇÃO

O tema em questão discorrerá sobre a possibilidade de atribuição de personalidade jurídica aos animais, analisando, por consequência, a viabilidade da modificação do seu status de bem – semovente para o particular e bem de uso

comum para a coletividade – para sujeito de direito, com as devidas especificidades referentes à sua natureza, porém ganhando assim maior relevância legislativa. Para tal, será feita análise do reconhecimento da proteção animal desde os primórdios da história humana, até os dias atuais, tanto na vertente legal quanto na vertente ético-moral.

A importância do animal no mundo jurídico atual ainda se permeia por duas vertentes: aquela mais tradicional, encontrada na legislação, que ainda vê o animal como bem a ser útil ao ser humano, a lhe garantir o direito a um meio ambiente equilibrado e como objeto a possibilitar o exercício de sua livre manifestação cultural; e outra visão, mais moderna, trazida por um grupo de ambientalistas do direito que já entende o direito inato do animal à vida, a dignidade física e ao livre desenvolvimento, em consequência da sua simples existência sensível, isto é, da sua senciência, o que lhe daria amparo para se tornar sujeito de direito, dentro dos limites de suas particularidades. Fato é que a legislação protetiva e jurisprudência vêm demonstrando, ainda que lentamente, maior apreço aos animais, como será enunciado.

A partir do conhecimento destas vertentes, torna-se possível responder o problema aqui posto: é possível juridicamente atribuir personalidade aos animais diante das mudanças de paradigmas do direito moderno?

A hipótese irá desenvolver esta resposta afirmativamente, com base principalmente no entendimento dos doutrinadores do assunto, mas sem descartar as aberturas da legislação e os direcionamentos da jurisprudência.

No primeiro capítulo far-se-á primeiramente uma análise quanto à doutrina da personalidade jurídica no direito civil e no pensamento clássico, como ela surge para o ser humano e o englobe do animal como objeto de direito, desde o pensamento dos filósofos arcaicos; em seguida, irá se verificar a ideia da personalidade no direito contemporâneo e como as novas concepções criam uma abertura para que seja pensada a doutrina da personalidade para outros seres além do humano; por fim, irá

se relacionar essas novas visões acerca da personalidade jurídica com a proteção animal, a fim de configurar o direito à personalidade jurídica animal.

No segundo capítulo, será feita exposição do tratamento animal perante o ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se inicialmente a Constituição Federal e como ela traz a tutela animal, seguida do Código Civil e dos exemplos que os Códigos de outros países trazem em relação à defesa animal. Enfim, será exposta a proteção animal na legislação especial desde o início do país até os dias atuais.

No terceiro capítulo, serão relatadas decisões de tribunais no que concerne à proteção animal, por um lado em sentido favorável, por meio de um Recurso Extraordinário e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e por outro de maneira desfavorável, em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e uma Reclamação.

Como marco teórico foi utilizado as doutrinas do direito civil e ambiental contemporâneos brasileiros. A metodologia desta pesquisa monográfica diz com a utilização de fontes documentais, bibliográficas e virtuais.

2 A DOUTRINA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO DOS ANIMAIS

O presente capítulo irá tratar da doutrina da personalidade jurídica no direito civil e no pensamento clássico, englobando os conceitos de sujeito de direito para pessoa e objeto de direito para o animal, bem como a doutrina da personalidade jurídica no direito contemporâneo e sua relação com a proteção animal, à luz do Código Civil e do pensamento de filósofos e ambientalistas que tratam do assunto.

2.1 A doutrina da personalidade jurídica na tradição do direito civil e no pensamento clássico

Ser sujeito de direito é possuir personalidade. Personalidade consiste na aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.[1] A personalidade é adquirida

[1] FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 188.

quando do nascimento com vida, quando a pessoa se torna então um sujeito de direito.

Para o direito civil tradicional, somente pessoa, ser humano nascido de mulher pode ter personalidade, e todo ser humano nascido com vida, independente se suas características físicas ou patrimoniais terá adquirido personalidade a partir desse momento, porque é pessoa.[2]

Significa dizer que todo ser humano nascido com vida é pessoa, e como somente pessoa pode adquirir personalidade, o recém-nascido, pessoa, terá adquirido sua personalidade a partir do momento em que nasce vivo.

Todo aquele que possui personalidade é sujeito de direito, o que tem como consequência sua capacidade para adquirir direitos. A capacidade é a idoneidade para adquirir direitos, e se divide em capacidade de direito, ou seja, a possibilidade de adquirir direitos, e capacidade de fato, que é a possibilidade do sujeito de exercer por si próprio os direitos que possui.[3]

O ser humano, ao nascer com vida, já possui capacidade de direito, pois existem direitos inerentes à condição da pessoa que são adquiridos instantaneamente com a aquisição da personalidade,[4] enquanto que o exercício pleno de todos os direitos somente ocorrerá com a maioridade de acordo com a condição pessoal de cada um.

Objeto de direito é, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald "um bem sobre o qual recairá o direito subjetivo do sujeito ativo".[5] Caio Mário, no

[2] FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 190.
[3] FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 188.
[4] FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 191.
[5] FARIAS; ROSENVALD, 2006 apud FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 452.

mesmo sentido, diz que objeto de direito é "bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce o poder assegurado pela ordem legal."[6]

Os animais de particulares são considerados pelo Código Civil como bens semoventes, isto é, bens que têm movimento próprio. Os demais animais são bens públicos, conforme art. 98 do Código Civil, que dispõe: "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem."[7] Assim deduz-se que, em qualquer dos casos, no direto civil tradicional, os animais são objetos de direito.

Na relação jurídica, três são os elementos de sua composição: o sujeito de direito, o objeto de direito e o vínculo jurídico. A relação irá se formar em decorrência de sujeitos de direito, em alguma forma de relacionamento com um bem, entre os quais se estabelece um vínculo jurídico decorrente de um fato.[8]

Os animais são, como objetos de direitos, bens sobre os quais recai o direito subjetivo do ser humano, que sobre eles pode assim exercer poder. Entre o ser humano e o animal, surge um vínculo jurídico que permite a integração do animal ao patrimônio do ser humano, o que dá a ele direito sobre o animal, pois aí ocorreu a aquisição de um direito.

A aquisição do direito pode ser originária – quando não havia titular anterior – ou derivada – quando o direito decorre de titular anterior. Dessa forma, quando o homem toma posse de um animal abandonado, exerce uma aquisição originária, entretanto, quando compra o animal, está adquirindo-o de modo derivado.[9]

---

[6] FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 452.

[7] BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

[8] FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 508.

[9] FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 520.

Com isso, percebe-se que o animal, para a doutrina tradicional, é bem sobre o qual o homem, único detentor de personalidade jurídica, irá exercer poder, pois é ele que, sobre os objetos de direito faz agir seu direito subjetivo, da forma como melhor lhe aprouver, ainda que dentro da lei.

A razão para o tratamento diferenciado concedido aos animais tem a ver com o fato de que, juridicamente, os animais e seres humanos ocupam posições completamente diferentes, sendo os seres humanos sujeitos de direito capazes de ter direitos e exercê-los; Os animais, por outro lado, são considerados meros objetos de direito, bens que podem ser adquiridos pelos seres humanos ou que pertencem ao coletivo. Dessa forma, a legislação não é capaz de conferir maior importância aos interesses de um mero objeto do que aos de seu proprietário.[10]

Diante desse tratamento jurídico, prescreve Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

> Os animais são bens sobre os quais incide a ação da pessoa humana. Com isso, deve-se frisar que *animais e vegetais não são sujeitos de direitos*, porquanto a proteção do meio ambiente existe para favorecer a própria pessoa humana e somente por via reflexa para proteger as demais espécies.[11]

Daí decorre também a conclusão de que a proteção animal existe porque como parte do meio ambiente e como componente da natureza, integram o direito fundamental do homem de viver em um planeta saudável e com biodiversidade.[12]

De fato, desde os primórdios da história do homem ocidental, existe a ideia de que sua relação sobre a natureza e sobre os animais é de domínio e propriedade. É uma conclusão que, ao longo do tempo, foi difundida tanto pela razão quanto pela dogmática: a crença bíblica dizia que Deus outorgou ao homem o domínio sobre

[10] FRANCIONE, Gari L. *Personhood, Property and Legal Competence*. Disponível em: <http://www.animal-rights-library.com/texts-m/francione01.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.
[11] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 280.
[12] FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 196.

todas as criaturas, enquanto que a filosofia demonstrava que o homem, por ter o controle do pensamento e da racionalidade, estaria acima dos demais seres.[13]

Consequentemente, as sociedades modernas, influenciadas por um pensamento ou pelo outro, ainda que sem crença direta na religião e na filosofia, pouco repensaram a questão do domínio sobre o meio ambiente e tudo que dele faz parte – a flora e fauna. Segundo Edna Cardoso,

> Tornou-se imperiosa a substituição, de forma progressiva, de normas jurídicas insuficientes, superadas e contraditórias por uma legislação suficiente e compatível com a realidade atual sobre a proteção aos animais.[14]

No pensamento clássico, foram várias as formas como foi entendida a posição dos animais na vida social. Os gregos acreditavam na genealogia dos deuses, em que existia uma natureza racional e uma natureza irracional; a natureza racional carece de direito, e por isso aos homens é concedido o direito. Já os seres irracionais, os animais, deveriam sobreviver por sua necessidade vital, ou seja, "podem, portanto, devorar uns aos outros."[15]

Para Edna Cardoso, "esse foi, talvez, o primeiro passo que, séculos mais tarde, viria excluir os animais de uma proteção legal criada só para os homens."[16]

Os pré-socráticos, ao contrário, não a toa também ditos filósofos da natureza, relativizavam a importância do homem diante da natureza, entendendo-o como parte da natureza, e dela dependente e associado. Heráclito, por exemplo, entendia a diferença (inclusive entre homens e animais), como harmonia. Para ele, a presença do divino estava em tudo, e não somente no homem, além de acreditar que todos os seres eram interdependentes.[17]

[13] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.17.
[14] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 7.
[15] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 18.
[16] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 18.
[17] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 18-19.

Com Sócrates, se inicia o antropocentrismo, ou seja, o homem como centro de tudo, graças à sua razão e capacidade de seguir regras éticas.[18] A novidade de pôr o ser humano como centro do pensamento, fez com que a indispensabilidade da natureza (e seus agregados) ao homem e o respeito a ela ficassem esquecidos no pensamento socrático, sendo de responsabilidade da filosofia o estudo do homem em sociedade, e não da natureza e seus fenômenos.[19]

Platão acreditava que todos os seres tinham alma, mas somente o homem tinha espírito. Dizia que a alma era imortal, "sujeita a recompensas ou castigos, e na sua elevação ou rebaixamento na escala dos seres vivos."[20] Nesse sentido, os animais tinham a função de carregar a alma dos homens maus, não virtuosos, que decidam a ele se corporificar, como é demonstrado no diálogo atribuído a Sócrates por Platão:

> [...] - Exemplo: em corpos de asno ou de animais semelhantes é que muito naturalmente irão entrar as almas daqueles para quem, a voracidade, a impudicícia, o a bebedeira constituíram um hábito, as almas daqueles que jamais praticaram a sobriedade. Não pensas assim?
>
> E para aqueles para os quais o mais alto prêmio era a injustiça, a tirania, a rapina, esses animarão corpos de lobos, falcões e milhafres. Ou a caso pode haver outra destinação para essas almas?[21]

Aristóteles, por sua vez, via o animal na sociedade da mesma forma que o escravo. Diz em *A Política*, "a família se formou da mulher e do boi feito para lavra. O boi serve de escravo aos pobres."[22] Levando em conta que o escravo era o ultimo em importância na sociedade grega, o animal, equiparado ao escravo, tinha como função puramente a servidão ao homem.

---

[18] *Conhece-te a ti mesmo*, máxima do pensamento socrático, é símbolo do início do pensamento antropocêntrico.
[19] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 22.
[20] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 25.
[21] PLATÃO. *Diálogos*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultura,1991. p. 147-148.
[22] ARISTÓTELES. *A Política*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

Para ele, era óbvia a superioridade do homem em relação ao animal, já que não são racionais e nem possuem o dom que para Aristóteles faz do homem o ser mais elevado em relação aos demais: o dom da palavra. Segundo ele, os animais se comunicam, mas somente o homem pode discutir o que é justo ou injusto, e por essa razão não merecem, os primeiros, consideração perante a sociedade.[23]

Da mesma forma que seria natural o domínio do homem que tem ideias sobre aquele que somente tem força, é também natural o domínio do homem sobre o animal, pois "é o comércio da palavra o liame de toda a sociedade civil."[24] Segundo Edna Cardoso, Aristóteles "considera mesmo um privilégio para o animal viver sob o domínio do homem, defendendo que a situação do animal dominado é melhor do que daquele que vive em liberdade, ao qual ele denomina "*fera selvagem*."[25]

É assim que o animal é descrito ao longo de toda a obra *A Política*, sem qualquer consideração que não a utilitária ao ser humano, sempre em subordinação:

> [...] é aos homens que ela (a natureza) destina os próprios animais, os domesticados para o serviço e para a alimentação, os selvagens, pelo menos a maior parte, para a alimentação e para diversas utilidades, tais como o vestuário e os outros objetos que se tiram deles.[26]

Durante o império Romano, os animais passaram oficialmente a serem considerados objetos. Encaixavam-se na classificação de coisas quanto à ordem econômico-social romana; as coisas, nessa classificação se dividiam em "*res mancipi* (coisa passível de apropriação), aquelas em número limitado como as casas, os escravos e os animais de carga e tração, e *res nec mancipi* (coisas não passíveis de apropriação), aquelas que existem em número ilimitado, como os carneiros, as cabras."[27]

---

[23] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 26.
[24] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 26.
[25] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 27.
[26] ARISTÓTELES. *A Política*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.
[27] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 152.

Essa classificação era puramente econômica, pois as *res mancipi* eram as coisas mais preciosas aos romanos da época. Segundo Moreira Alves, nessa época a ideia de propriedade ainda não existia como se conhece hoje no direito, mas o termo *mancipi* representava o poder absoluto do dono sobre suas *res.*[28]

Além disso, os animais poderiam ainda ser classificados como *res nullius* (coisas de ninguém), como os animais silvestres, ou *res derelictae*, (coisas abandonadas por seus donos). Os animais que se encaixavam em *res derelictae* poderiam ser apropriados por outras pessoas, já que seu dono renunciou seu direito de propriedade.[29]

O interesse econômico pelos animais aumentou no Império Romano com a política do pão e circo, em que o governo romano desenvolveu várias formas de entretenimento com o objetivo de manter a alienação política do povo. O coliseu, cenário de exibições desses espetáculos, recebia não só seres humanos com habilidades excêntricas, como também animais exóticos, havendo inclusive, no período de perseguição ao cristianismo, "a sangrenta entrega de cristãos a felinos."[30]

Com a queda do Império Romano e as invasões Bárbaras, houve, durante a Idade Média, uma reviravolta no entendimento sobre os animais no direito romano: passaram a ser sujeitos de direito na relação processual, sendo considerados como parte detentoras de capacidade processual. Isso não significava, obviamente, que tinham capacidade postulatória, demonstrando a injustiça imposta aos animais; a eles eram imputados crimes cometidos contra os humanos em processos penais e danos

[28] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 153.
[29] SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda Responsável e Dignidade dos Animais. *Revista Brasileira de Direito dos Animais*. Salvador, Vol. 1, n.1. p. 77, jan. 2006.
[30] MARTINS, Renata de Freitas. *O respeitável público não quer mais animais em circos!* Revista Brasileira de Direito Animal. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana/Documents/8%C2%BA%20Semestre/Mono%20I/10462-29414-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

materiais por eles causados em processos cíveis. Poderiam até mesmo ser assistidos por advogados e ter direito a todos os meios de provas admitidas.[31]

A incoerente "igualdade processual" dada aos animais em relação aos homens, chegou à absurda realidade de se ter animais sendo presos junto com seres humanos nas cadeias.[32]

Com o surgimento do cristianismo, a Idade Média é preenchida pelo pensamento da Escolástica. Seus maiores representantes foram Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.

A interpretação tradicional da Bíblia sempre admitiu o domínio do homem sobre qualquer outro ser vivo na terra, por leitura simplista de alguns trechos:

> E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra.[33]

Baseada nela, Santo Agostinho acreditava que sendo o homem racional, teria poder sobre a vida e domínio sobre os animais e as plantas, e não haveria pecado em matá-los, como bem explicita em *A Cidade de Deus*:

> [...] não incluamos nesta proibição as plantas que carecem de sensibilidade, nem os animais irracionais, tais como as aves, os peixes, os quadrúpedes, os répteis, diferentes de nós na razão pois que a eles não foi concedido participar dela conosco. Por justa disposição do Criador, a sua vida e a sua morte estão ao nosso serviço. Só nos resta concluir que temos de aplicar apenas ao homem as palavras não matarás.[34]

São Tomás de Aquino, demonstrando ser da mesma opinião, diz que ninguém peca por usar uma coisa conforme o fim para o qual foi feita, e estando o animal em função do homem assim como as plantas em função dos animais, evoca o próprio

[31] AZKOUL, 1995 apud SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda Responsável e Dignidade dos Animais. *Revista Brasileira de Direito dos Animais*. Salvador Salvador, Vol. 1, n.1 p. 78, jan. 2006.
[32] AZKOUL, 1995 apud SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda Responsável e Dignidade dos Animais. *Revista Brasileira de Direito dos Animais*. Salvador, Vol. 1, n.1 p. 78, jan. 2006.
[33] BÍBLIA sagrada. Gênesis 1, 26.
[34] AGOSTINHO, Santo. *Cidade de Deus*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Vol. 1. p. 158.

Santo Agostinho para declarar que a vida e a morte dos animais está subordinada ao homem.[35]

Entre os filósofos liberais, houve aqueles que seguiram a ideia de inatingibilidade do direito aos animais e aqueles que defendiam o direito dos animais em suas teorias.

Francis Bacon, influenciado pelo cientificismo que a racionalidade humanista havia trazido, defende a ideia de experimentação, dominação e manipulação da natureza e dos animais. Dessa maneira, o homem deveria tirar proveito da natureza e do que ela poderia vir a dar à sociedade, demonstrando não só a ideia de posse do homem sobre a natureza, como de continuidade da ideia de que os animais eram mesmo feitos com fim de servir ao ser humano com sua vida.[36]

Em continuidade ao racionalismo pregado por Bacon, Descartes, criador do movimento racionalista, vai mais além ao dizer que o animal não tem alma, e por não ter razão e nem ser capaz de expressar seus sentimentos, não passa do equivalente a um autômato, funcionando seu corpo e seus órgãos como os de um relógio. Já o homem nunca é uma máquina, pois tem alma, e a função da alma é o pensamento, portanto, os animais não possuem nenhuma dessas virtudes, podendo assim, serem submetidos à experimentação e dissecação.[37]

Entre os contratualistas, Hobbes, o pai do contrato social, acreditava que no estado natural, todos os homens viveriam em guerra, pois estariam em eterna competição, e por isso necessitavam de um contrato social. Os animais, por outro lado, sendo irracionais, estariam satisfeitos como estariam, e, portanto, "em acordo natural, enquanto que o dos homens seria artificial."[38]

Segundo Hobbes, para a adesão do contrato social é indispensável a linguagem, faculdade exclusivamente humana; se os animais não entendem a

[35] TOMÁS DE AQUINO (Santo) apud DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 31.
[36] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 44.
[37] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 44.
[38] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 39.

linguagem do homem não podem aceitar qualquer pacto, o que os exclui do contrato social e da aquisição de qualquer direito. Conclui, assim, que entre os homens e os animais permanece o estado de natureza (guerra), sendo perfeitamente aceitável, que um homem ataque um animal e vice-versa.[39]

Locke, criador do liberalismo e da teoria de propriedade, obviamente, colocaria o animal como propriedade privada. Para ele, o homem é senhor de todas as criaturas inferiores, podendo se utilizar delas como lhe for melhor. Entretanto, é a força do trabalho individual de cada um que permitirá que o homem se aproprie das coisas e criaturas. No inicio, tudo era de todos, mas, estando as coisas da natureza à disposição da humanidade – e somente para isso existem – cabe ao homem, por meio da força de trabalho (para ele fonte de riqueza), determinar sua propriedade sobre os animais que caçar ou pescar.[40] Os animais existiriam com a função de sofrerem apropriação.

Dentre os primeiros defensores dos animais, Montaigne acreditava que Deus colocou os homens na Terra para servi-lo, e que os animais são como a família do homem. Por isso, mereciam respeito, bem como tudo o que tinha vida, como as árvores e plantas. Enquanto aos homens se deve justiça, aos animais se deve solicitude e benevolência.[41]

Quanto à ideia de que os homens seriam superiores aos animais graças à linguagem, dizia Montaigne que os animais entendem-se perfeitamente assim como os homens, portanto, a falha de comunicação entre humanos e animais é tanto culpa dos primeiros quanto dos segundos. Os animais podem achar os homens tão irracionais e selvagens quanto o contrário.[42]

Voltaire, por sua vez, criticou a teoria de Descartes que colocava o animal como equivalente a uma máquina, e que não possuía assim alma, o que lhe impedia de pensar. Ao contrário, dizia Voltaire que alma, até onde o ser humano sabe, é

[39] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 39-40.
[40] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 43.
[41] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 34.
[42] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 34.

aquilo que anima, pois nossa inteligência jamais chegou mais fundo que isso no conhecimento, portanto, não cabe ao homem decidir pela falta ou pela existência da alma no animal, pois somente Deus pode sabê-lo com certeza. Com isso, demonstra que a presença ou não de alma no animal não é relevante para que o homem siga no caminho do bem respeitando a natureza e seus derivados, já que entre a dúvida e a certeza, seria mais cabível mantê-los fora da crueldade humana.[43]

Por fim, Rousseau, talvez em grande parte por sua fascinação pela liberdade, defendia o direito dos animais de não sofrerem domínio pelos homens. Acreditava que o homem em sua origem vivia em harmonia com a natureza, como parte dela, e que tanto ele quanto os animais viviam em respeito mútuo. Era extremamente contra o estudo experimental em animais pela mera submissão de força que os homens os obrigam.[44]

Propõe ainda que, os animais, sendo seres sensíveis, ainda que não dotados de razão para reconhecer uma lei, devem fazer parte do direito natural e ter o homem deveres para com eles, pois se o ser humano é incapaz de fazer mal a um semelhante, deveria ser muito mais pela sua sensibilidade do que pela sua racionalidade, como demonstra em seu *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*:

> Por esse meio, terminam também as antigas disputas sobre a participação dos animais na lei natural; porque é claro que, desprovidos de luz e de liberdade, não podem reconhecer essa lei; mas, unidos de algum modo à nossa natureza pela sensibilidade de que são dotados, julgar-se-á que devem também participar do direito natural e que o homem está obrigado, para com eles a certa espécie de deveres. Parece, com efeito, que, se sou obrigado a não fazer nenhum mal a meu semelhante, é menos porque ele é um ser racional do que porque é um ser sensível [...].[45]

[43] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 38.
[44] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 39-40.
[45] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2017.

Assim, é tanto baseado num direito civil com maior capacidade de reconhecimento da relevância da vida animal, como baseado na dependência humana diante da natureza – cada vez mais evidente – ou mesmo tendo em vista uma mudança moral e ética quando à visão que o mundo ocidental com influência grega/cristã ainda impõe aos animais, que outros pensadores do direito foram em busca de novas formas de se verificar a atribuição de personalidade jurídica.

2.2 A doutrina da personalidade jurídica no direito contemporâneo

Embora os civilistas contemporâneos ainda abordem a ideia de que a personalidade jurídica é instituto exclusivo da pessoa, abrangendo-se nisso tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, a própria situação de atribuição de personalidade aos grupos denominados pessoa jurídica merece observância, no sentido de que, mesmo que não explicitamente demonstrado, traz o vislumbre da possibilidade de uma personificação a algo que se distingue do ser humano com vida.

De acordo com Pablo Stolze, a pessoa jurídica nasce tendo por base um fato social, qual seja a de personificar um grupo para que possa proceder com individualidade, "assim, nascendo como contingência do fato associativo, o direito confere personalidade jurídica a esse grupo, viabilizando a sua atuação autônoma e funcional, com personalidade própria, com vistas à realização de seus objetivos."[46]

Portanto, por esse ponto de vista, o fato gerador do nascimento da pessoa jurídica nada mais é que a vontade dos homens em se agruparem para um determinado fim. Como bem diz Flávio Tartuce, as pessoas jurídicas "adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal",[47] ou seja, por uma criação da lei, que assim determinou.

[46] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, Vol. 1. p. 244.
[47] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, Vol.1. p. 243.

Da mesma forma admite Stolze, quando diz que "a personificação da pessoa jurídica é, de fato, construção da técnica jurídica, podendo, inclusive, operar-se a suspensão legal de seus efeitos, por meio da desconsideração, em situações excepcionais admitidas por lei." [48]

De fato, sendo a personalidade jurídica da pessoa jurídica uma criação jurídica, somente demonstrada após a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro,[49] essa atribuição pode ser estendida, por lei, a outras situações, como a dos animais.

É exatamente esse um dos argumentos colocados por Edna Cardozo para defender a personalidade jurídica dos animais, ao dizer que se até pessoas jurídicas possuem direitos de personalidade reconhecidos pelo registro de seus atos constitutivos, ganhando assim personalidade jurídica, também os animais, se tornariam sujeito de direito por força de lei que assim os determinasse.[50]

Com efeito, a personalidade jurídica humana, ainda que decorrente de nascimento com vida, é produto da lei, que determinou ser sujeito de direito aqueles por ela especificados, nascidos de mulher, com vida. Corroborado a isso, basta se lembrar que no direito romano o escravo não era sujeito de direito,[51] bem como a mulher, que pela lei romana vivia sob tutela perpétua,[52] ganhando ambos esse status com a construção legal moderna, que, da mesma forma que reconheceu seus direitos, pode vir a reconhecer o dos animais.

---

[48] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, Vol. 1. p. 249.

[49] BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 set. de 2017.

[50] DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito dos Animais*. Salvador. Vol. 1, n.1 p. 120, jan. 2006.

[51] TALLARICO, Rafael; BRITO, Sirlei. *História da filosofia ocidental: Da Pólis Grega ao Estado de Direito Contemporâneo*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=B2SiAgAAQBAJ&pg=PT47&lpg=PT47&dq=mulheres+e+escravos+n%C3%A3o+eram+sujeitos+de+direito&source=bl&ots=c_ym_kQEje&sig=fcTHZmiqBYyDzLRTjPeDuI6_Vv8&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjb_LbXmM_TAhUM4iYKHUqZBs8Q6AEINDAC#v=onepage&q=mulheres%20e%20escravos%20n%C3%A3o%20eram%20sujeitos%20de%20direito&f=false>. Acesso em: 1 mai. 2017.

[52] ARRUDA, João. *Curso de Direito Romano*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65973/68584>. Acesso em: 1 mai. 2017.

Se for levada em conta também a conclusão de que as pessoas jurídicas possuem personalidade porque são projeções da pessoa humana[53], a própria personalidade das fundações, que "resultam não da união de indivíduos, mas da afetação de um patrimônio,"[54] já se situa dentro de um conceito mais abrangente de a quem e porque se pode atribuir personalidade.

Baseados ou não nessa abertura minimamente dada pelo Código Civil, foi em contraposição ao pensamento civilista tradicional que diversos doutrinadores, especialmente da área ambiental, se posicionaram no sentido de haver a possibilidade jurídica de atribuição de personalidade aos animais.

Não bastassem os argumentos predominantemente morais e éticos criados ao longo dos tempos e defendidos pelos filósofos clássicos, além da ideia ambiental de que o antropocentrismo é prejudicial e inconsistente com a relação do homem para com o ecossistema, do qual é diretamente dependente, ainda houve, pelos defensores das teorias, a criação de argumentos mais próprios e específicos que justifiquem essa inovação jurídica.

Provavelmente o principal argumento é o fato de que o animal é ser vivo, sensível e passível de sentimento, e são essas "características vitais que conferem, a um ser, o direito à igual consideração."[55]

Assim corrobora Levai, ao dizer que "se nossa própria Constituição Federal veda comportamentos cruéis, é porque reconheceu os animais como seres sensíveis e capazes de sofrer."[56]

A esse conceito se dá o nome de senciência, que é a capacidade para sentir, isto é, a capacidade de receber e reagir a um estímulo de forma consciente, experimentando-o a partir de dentro.[57]

---

[53] FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 194.
[54] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, Vol. 1. p. 280.
[55] DIAS, Edna Cardozo. Os Animais como Sujeitos de Direitos. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, p. 2745-2746, set./out. 2005.
[56] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 127.

A senciência é a base para o princípio da igual consideração de interesses de Singer, no qual entende que os todos os seres com capacidade de sofrimento tem interesses, em especial o de não sofrer; deve-se, com isso, levar em conta os interesses de todos os seres com capacidade de sentir; citando ainda o filósofo Jeremy Bentham, que apresenta, como pressuposto de uma consideração igual, não a racionalidade do ser, mas sim, a capacidade de sofrer, assim dispõe: "independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante."[58]

Por conseguinte, entende-se que o animal tem direito a uma vida sem sofrimento, e ao livre desenvolvimento de sua espécie, além da integridade física de seu organismo e corpo[59], mas, para isso, diz Levai, é preciso, contudo, mudar sua condição de objeto de direito para sujeito de direito.[60]

No mesmo sentido, o bebê que nasce com vida, já é pessoa, sujeito de direito, antes mesmo de seu registro; entendendo-se, portanto, que "a vida não é atributo apenas do homem, e sim um bem genérico, inato e imanente a tudo que vive[61]", a conclusão que se chega é a de que os animais, ainda que não humanos, possuem direitos inatos, atribuídos pelo seu nascimento com vida, além daqueles que lhes conferem as leis.[62]

Enquanto na prática, os animais continuam a ser tratados como objetos, apesar da percepção geral de sua sensibilidade,[63] sob ponto de vista ético e

---

[57] ANIMAL ETHICS. *O Que é Senciência*. Disponível em: <http://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/senciencia-animal/>. Acesso em: 30 set. 2017.

[58] SINGER, Peter. *Libertação animal*. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxhY2hlaWNhZXNlZ2F0b3N8Z3g6NTJjZTdlYWRlMmNmM2JiMw>. Acesso em: 13 mai. 2017.

[59] DIAS, Edna Cardozo. Os Animais como Sujeitos de Direitos. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, p. 2745-2746, set./out. 2005.

[60] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 128.

[61] DIAS, Edna Cardozo. Os Animais como Sujeitos de Direitos. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, p. 2745-2746, set./out. 2005.

[62] DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito dos Animais*. Salvador. Vol. 1, n.1. p. 120, jan. 2006.

[63] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 129.

científico, é fácil justificar sua personalidade,[64] sob a ideia de que, além do direito de personalidade inerente à sua condição de ser com vida e sensível ao sofrimento – fundamento científico –, é também imoral a manutenção de sua condição como objeto de direito sob domínio do homem e sua autorização à crueldade velada – fundamento ético.

Singer ainda explora um argumento mais simplista e não menos relevante, no sentido de que, "se quisermos comparar o valor de uma vida com outra teremos de começar a discutir o valor da vida em geral."[65] Com razão, "se a possessão de um grau superior de inteligência não dá a um humano o direito de utilizar outro para os seus próprios fins, como é que pode permitir que os humanos explorem os não humanos com essa intenção?"[66]

Disso se retira o questionamento acerca do motivo pelo qual o ser humano, ser vivo passível de sofrimento já nasce com o direito de personalidade, e o animal, dotado dessas mesmas funções vitais, termina por ser excluído da mesma matéria.

Obviamente, para se chegar a esse ápice do princípio da igualdade, envolvendo interespécies, teria de se atravessar o conceito tradicional do ser humano como criatura suprema e única receptora do direito, para se criar enfim o consenso de que essa atribuição de direitos não diz respeito a quem pode falar, raciocinar ou legislar; é muito mais ética, e integra aqueles seres vivo que tem a capacidade de sofrer, característica tal que torna homens e animais semelhantes.

Além da teoria da senciência, Edna Cardozo ainda trata da Teoria do Contrato Natural,[67] defendida pelo Filósofo Michel Serres, com a ideia de que os homens devem abdicar do Contrato Social que teriam feito entre si, na teoria de Hobbes, para firmar com o mundo um contrato natural. O homem, visto como único sujeito de

[64] DIAS, Edna Cardozo. Os Animais como Sujeitos de Direitos. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, p. 2745-2746, set./out. 2005.
[65] DIAS, Edna Cardozo. Os Animais como Sujeitos de Direitos. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, p. 2745-2746, set./out. 2005.
[66] SINGER, Peter. *Libertação animal*. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxhY2hlaWNhZXNlZ2F0b3N8Z3g6NTJjZTdlYWRlMmNmM2JiMw>. Acesso em: 13 mai. 2017.
[67] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 49.

direito, tornou o mundo seu hospedeiro e seu escravo, como um verdadeiro parasita, se voltando contra o mundo e as outras espécies.[68] Esse contrato implicaria o reconhecimento pela humanidade dos direitos da Terra e seus componentes, incluindo no conceito de sociedade não só o homem, mas também o meio ambiente, o animal, e demais elementos.[69] O contrato natural, baseado numa relação de reciprocidade, obrigaria o respeito e cuidado humano para com o ecossistema, o que indiretamente, colaboraria para a busca de uma forma mais eficaz proteção animal, como a própria atribuição de personalidade.

A partir daí, os doutrinadores modernos demonstram a atribuição da personalidade como caminho para mudança de pensamento social e jurídico em relação à mudança do status do animal no ordenamento jurídico, como fórmula não só para uma proteção mais efetiva, mas principalmente como uma valoração ética de seres com vida e sensíveis, que merecem ter direitos lhes conferidos como consequência inerente da sua existência.

2.3 A doutrina da personalidade jurídica e a proteção dos animais

Embora o principal argumento dado pelos defensores da atribuição de personalidade aos animais seja baseado num direito inerente à sua condição de ser vivo passível de sofrimento, ou seja, a ideia de que os animais são seres sencientes, e por isso com o mesmo direito de desenvolvimento e dignidade física dos seres humanos, na prática, a principal função desse instituto seria uma proteção mais eficaz aos animais.

Como bem esclarece Edna Cardozo:

> A natureza jurídica dos mesmos [animais] em nossa legislação constitui um grande obstáculo para um raciocínio diferente daquele que está arraigado na consciência popular, ou seja, o

[68] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 49.
[69] DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 50.

> animal é um bem, seja da coletividade, seja propriedade particular.[70]

O fato é que, a crueldade animal está em sua maioria relacionada à ideia de que bens ou objetos são partes inanimadas da vida humana, e, portanto sem qualquer importância elementar ao homem. De fato, o animal, como um ser que sente dor e tem vida, não se encaixa plenamente na concepção de "objeto", pois se difere em muito de um bem material comum.

O enquadramento dele nessa categoria se dá por exclusiva escolha do homem, e é fato que enraíza tanto no meio jurídico quanto social a dinâmica de objeto disponível à vontade ética e finalística do homem.

Assim, embora exista o consenso moral e jurídico de que os animais não devem passar por sofrimento desnecessário ou injustificado, quando se trata dos interesses humanos, a sociedade cria um raciocínio de que a dor animal pode ser relativizada de acordo com interesses dessa sociedade.

Fica clara a percepção de que a proteção animal no campo jurídico nacional é quase totalmente antropocêntrica, tendo por base a vantagem que o ser humano terá com ela. Bem demonstrada é essa ideia por Celso Antonio Pacheco Fiorillo, ao constatar que "a finalidade da fauna é determinada diante do benefício que a sua utilização trará ao ser humano."[71]

Com isso corrobora também o filosofo Carlos M. Naconecy, quando afirma que "o especista"[72] pensa que os animais só têm valor ou nos impõem obrigações

[70] DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito dos Animais*. Salvador. Vol. 1, n.1. p. 120, jan. 2006.
[71] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 281.
[72] O especismo, segundo o próprio Carlos M. Naconecy, consiste no tratamento inferior, discriminatório e diferenciado por parte dos membros de uma classe privilegiada (a "superior") daqueles indivíduos que estão fora dessa classe, e para o qual não há uma boa justificativa.

éticas na medida que eles atendem nossos interesses, propósitos, necessidades e preferências."[73]

Graças a isso, os animais seguem tutelados pela legislação brasileira quando o desrespeito a sua vida e sobrevivência atingem os interesses humanos, o que de fato, significa não só desprezo pela existência animal independente de seu valor social, mas também tem por consequência uma proteção pouco eficaz, tanto em relação à intenção do criminoso, que vê como insignificante a vida do animal que maltrata, ou exerce caça e venda ilegal, como na punição, que por ser tão pequena, já deixa clara a pouca importância que a sociedade e a legislação infere à qualquer vida que não é humana.

É preciso esclarecer, entretanto, que a atribuição dessa personalidade especial aos animais não busca uma equiparação destes para com o ser humano, e nem mesmo criar uma situação de igualdade jurídica plena entre as duas espécies; não se pode negar a obviedade dos diferentes níveis de atributos mentais de cada ser vivo, seja ser humano, animal ou afins. Independente da superioridade de cada desenvolvimento mental – questão que não cabe analisar aqui –, é clara a maior habilidade cognitiva humana, e não é essa a contrariedade a ser observada. A atribuição de personalidade aos animais, refere-se somente ao seu direito de ter proteção e respeito inerente à sua vida, e não a um possível pareamento futuro de seu raciocínio ao do ser humano.

Singer explica, nesse sentido,

> Há importantes diferenças óbvias entre os humanos e os outros animais, e estas diferenças devem traduzir-se em algumas diferenças nos direitos que cada um tem. [...] A extensão do princípio básico da igualdade de um grupo a outro não implica que devamos tratar ambos os grupos exatamente da mesma forma, ou conceder os mesmos direitos aos dois grupos, uma vez que isso depende da natureza dos membros dos grupos. O

[73] NACONECY, Carlos Michelon. *Ética e Animais*. Disponível em: <https://books.google.pt/books?id=V67kRddn06UC&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 1 out. 2017.

> princípio básico da igualdade não requer um tratamento igual ou idêntico; requer consideração igual.[74]

Por isso mesmo, não se pode ignorar o fato de que a atribuição de uma personalidade aos animais não deve acontecer da mesma forma que para o ser humano; deve ser proporcional e na medida de sua forma mental, para seu próprio bem.

Comecemos então pelo começo; o animal então nascido com vida e assim reconhecido como dotado de valor inerente à sua existência ganha personalidade jurídica, e com isso direitos da personalidade. Consequentemente, adquire também capacidade de direito, que é, como já posto, a idoneidade para adquirir direitos. Até esse passo, a aquisição da personalidade se configura nos moldes tradicionais já aplicados ao ser humano.

É em relação à capacidade de fato que se deve dar especial atenção. A capacidade de fato é a possibilidade do sujeito de exercer por si só esses direitos que adquire; o animal, embora pudesse adquirir capacidade de direito, não teria aptidão cognitiva para exercer seus direitos por si mesmo, recaindo, portanto, na mesma situação, dos incapazes e relativamente incapazes.[75]

Não teriam como, portanto, pleitear seus direitos em juízo ou buscar a reparação de seu direito violado em qualquer esfera. Entretanto, enquanto os incapazes são representados ou assistidos por seus tutores ou curadores, os animais teriam seus direitos processualmente defendidos pelo Ministério Público, através da substituição processual.

É da mesma opinião Edna Cardozo quando sustenta,

> Embora não tenham capacidade de comparecer em juízo para pleiteá-los, o Poder Público e a coletividade receberam a incumbência constitucional de sua proteção. O Ministério Público recebeu competência legal expressa para representa-

[74] SINGER, Peter. *Libertação animal*. Disponível em: https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxhY2hlaWNhZXNlZ2F0b3N8Z3g6NTJjZTdlYWRlMmNmM2JiMw. Acesso em: 1 out. 2017.

[75] DIAS, Edna Cardozo. Os Animais como Sujeitos de Direitos. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, p. 2745-2746, set./out. 2005.

> los em Juízo, quando as leis que os protegem forem violadas.[76]

Atualmente, igualmente compete ao Ministério Público a defesa dos animais por ser dele a competência de promover ação civil pública com vistas à salvaguarda do meio ambiente,[77] do qual são parte os animais; com a atribuição de personalidade a eles, ao Ministério público competiria sua proteção baseada na sua incumbência de defesa dos interesses individuais indisponíveis.[78] O animal, como sujeito de direito, ganha direitos de personalidade indisponíveis, como a vida, a dignidade física e liberdade de desenvolvimento.

Levai segue no mesmo sentido de Cardozo, argumentando que, "como eles não tem meios de se defender por si, a exemplo das crianças ou dos interditos, surge o Ministério Público na condição de seu legítimo substituto processual."[79]

Francione defende ainda a tutela dos animais em juízo às pessoas ou organizações que demonstrem interesse ou conhecimento sobre questões animais, como aos membros das organizações de proteção animal.[80] Nesse caso, poderiam se incumbir por meio de ação civil pública, que prevê na lei a legitimidade das associações para a defesa de direitos coletivos.[81]

Alguns doutrinadores sustentam que os animais não são suscetíveis a valor ou ética, sob o fundamento de que o Direito somente se aplica aos homens em sociedade; dessa forma, porque desprovidos de capacidade postulatória, não podem

---

[76] DIAS, Edna Cardozo. Os Animais como Sujeitos de Direitos. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, p. 2745-2746, set./out. 2005.

[77] BRASIL. *Lei nº. 7.347 de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 8 set. 2017.

[78] Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 de set. 2017.

[79] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 128.

[80] FRANCIONE, Gari L. *Personhood, Property and Legal Competence*. Disponível em: <http://www.animal-rights-library.com/texts-m/francione01.htm>. Acesso em: 7 set. 2017.

[81] BRASIL. *Lei nº. 7.347 de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 8 set. 2017.

figurar como sujeitos jurídicos.[82] Entretanto, diz Levai que "alguns filósofos e juristas conseguiram ver que o exercício do Direito não é condição essencial para sua existência."[83]

E de fato, tanto são os exemplos de impossibilidade de exercício de direitos no Código Civil, com a possibilidade de representação – conforme aqui já dito, os incapazes, os interditos, os portadores de direitos coletivos – que negá-los aos animais sob a desculpa de que animais são animais, seria juridicamente discriminatório e sem fundamento, enquanto que moralmente, no mínimo leviano, já que os animais são menos capazes de se defender e os mais facilmente vitimizados, se comparados com a situação dos seres humanos oprimidos.[84]

Entretanto, como demonstrado por Levai de modo ilustre, ainda que perfeitamente possível trazer os animais à relação processual, sob tutela do Ministério Público, sua libertação não estaria no âmbito jurídico, porque, o direito, sozinho, não seria capaz de modificar o sistema opressor que recai sobre os animais,[85] que considera o ser humano acima de tudo, até porque, no momento atual, já existe essa proteção do Ministério Público. Expõe Naconecy que

> A ideia da superioridade humana está fortemente impressa na mentalidade da civilização ocidental, que tradicionalmente tem se limitado à autopromoção da excepcionalidade da nossa espécie. [...] A partir disso, os argumentos humanistas vêm sendo usados para justificar a escravização e a coisificação dos animais.[86]

A resposta está, na verdade, no plano moral, numa nova perspectiva de visão da sociedade, no fim do pensamento antropocêntrico puro. A Ética e a Moral devem estar acima do Direito,[87] que afinal sempre foram base para nortear seus princípios e

[82] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 127.
[83] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 127.
[84] NACONECY, Carlos Michelon. Ética e Animais. Disponível em: <https://books.google.pt/books?id=V67kRddn06UC&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 01 out. 2017.
[85] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 137.
[86] NACONECY, Carlos Michelon. *Ética e Animais*. Disponível em: <https://books.google.pt/books?id=V67kRddn06UC&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 1 out. 2017.
[87] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 137.

legislações. Nesse novo prisma, faz-se necessário expandir a noção do justo para além das fronteiras da nossa espécie.[88]

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No segundo capítulo será vista a proteção animal diante do ordenamento brasileiro, a começar pela Constituição Federal e sua proteção tanto ambiental quanto individual, a passar pelo Código Civil e a exemplificação de outros países que fizeram a mudança do status animal em seus códigos, chegando finalmente na legislação especial e a importância de sua evolução, a citar a Lei de Crimes Ambientais.

3.1 Proteção jurídica do animal e a constituição federal

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição Federal "[...] equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau."[89] Assim sendo, a Constituição é a norma mais alta dentro do ordenamento brasileiro, sendo a referência e a base para criação das demais normas.

Segundo Pedro Lenza, trata-se de uma

> [...] verticalidade hierárquica, em que uma norma de hierarquia inferior busca seu fundamento de validade na norma superior, e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.[90]

A pirâmide de Kelsen é o maior símbolo dessa hierarquia das normas, consagrando a verticalidade hierárquica e a posição da Constituição como norma de

[88] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 128.
[89] SILVA, 2007 apud LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 85.
[90] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

validade de todo o sistema, criando-se assim o princípio da supremacia da Constituição.[91]

Nestes termos, uma proteção constitucional quanto aos animais significa – ou deveria significar – plenitude de uma matéria que não pode ser violada por qualquer outra norma nacional, dando maiores garantias ao tema.

A Constituição, no art. 225, §1º, inciso VII, trata da proteção animal, com vistas a defender o direito de todo ser humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> VII - proteger a fauna e a flora, **vedadas**, na forma da lei, **as práticas** que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou **submetam os animais a crueldade**.[92] (grifo nosso)

Esta é a norma essencial acerca do assunto, pois além de estar disposta na Carta Magna, trouxe uma efetividade que a lei ambiental não tinha: a fauna, como forma de vida, está tutelada pela legislação protetiva do meio ambiente e principalmente pela lei 5.197/67, que dispõe sobre a proteção da fauna; essa lei, porém, restringiu o conceito à fauna silvestre, caso que a Constituição contornou ao não delimitar a fauna a ser tutelada, e muito menos definindo um conceito, permitindo assim que os animais domésticos também fossem constitucionalmente protegidos.[93]

---

[91] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.
[92] BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.
[93] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283.

A questão em relação ao artigo é o fato de que trata a defesa animal num viés quase que absolutamente antropológico, com vistas a defender, sobretudo, o direito fundamental da sociedade de viver em um ambiente sadio e equilibrado, o que depende da proteção ambiental e de sua manutenção.

Fica clara a percepção de que a proteção animal no campo jurídico nacional tem por base a vantagem que o ser humano terá com ela, pondo, inclusive como seu fundamento, o benefício que terá para as futuras gerações humanas.

É também por esse artigo, em combinação com o art. 3º, inciso V, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81)[94] que se subentende que a fauna é tratada no ordenamento nacional como bem de uso comum do povo, já que a primeira põe a fauna como um recurso ambiental, e a Constituição Federal explicitamente determina o meio ambiente como tal bem.[95] Sendo bem de uso comum do povo, os animais permanecem à mercê da boa vontade humana, utilizados em função da subsistência sadia do homem.

A grande novidade do dispositivo é a parte final do inciso VII, que ao citar a vedação a praticas que submetem os animais a crueldade, "adentra num campo moral, desvinculando a fauna da perspectiva ecológica para considerá-la sob um enfoque predominantemente ético."[96] É esse viés ético abordado que permite, juridicamente, se pensar a personalidade jurídica do animal, porque significaria uma proteção para além da ótica ambiental, e sim considerando sua senciência, que é, efetivamente, o que há de se tratar aqui.

Empecilho a essa inovação de pensamento foi a Emenda Constitucional nº 96 de 2017, que criou o §7º do art. 225 da Constituição Federal, trazendo ao texto

[94] Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. BRASIL. *Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

[95] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 279.

[96] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 128.

constitucional nada mais do que uma exceção à vedação da crueldade posta no art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal.

A emenda 96 foi aprovada no contexto do surgimento e da visibilidade da ADI 4.983, que teve como requerente o Procurador Geral da República, versando sobre um pedido de liminar em desfavor da Lei 15.299, datada de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a prática da vaquejada como atividade cultural e desportiva do estado.[97]

Segundo entende Grubba e Cadore, houve, no julgamento da ADI 4.983, verdadeiro uso do princípio da proporcionalidade pela Corte Suprema, utilizado por ela para resolver o choque entre diretos fundamentais coletivos.[98]

Na ADI 4.983[99], pode-se perceber que "há a precedência condicionada do princípio da proteção ao meio ambiente em relação ao princípio da proteção às livres manifestações culturais", frisando-se, inclusive que nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, "vêm se realizando um histórico construtivo de tutela do meio ambiente em relação a outros direitos difusos, ainda que importantes como o livre exercício de manifestações culturais,"[100] ficando demonstrado o entendimento, pela Suprema Corte, da importância excepcional da proteção ao meio ambiente para a sociedade.

A emenda constitucional aprovada, entretanto, preferiu seguir por vertente contrária ao Supremo Tribunal Federal, valorando como relevante, naquele momento, o princípio do pleno exercício das manifestações culturais, ignorando, além de tudo, não só a inconstitucionalidade declarada da lei 15.299/13, em decisão

[97] GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. *Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22996/14614>. Acesso em: 2 nov. 2017.

[98] GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. *Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22996/14614>. Acesso em: 2 nov. 2017.

[99] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI. *nº 4983*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. 2 nov. 2017.

[100] GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. *Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22996/14614>. Acesso em: 2 nov. 2017.

por maioria de seis ministros a cinco, como também a reprovação social que foi demonstrada perante a divulgação da prática na mídia. Foi demonstrado, nesse caso, verdadeiro "álibi aos maus tratos animais, tolerados pelas autoridades com o argumento de fazerem parte da nossa cultura."[101]

Trata-se de uma verdadeira contradição do constituinte, que ao aprovar a emenda criou uma exceção ao que era uma regra geral contra a crueldade. De fato, ainda que a Constituição Federal não traga, no inciso VII do §1º do art. 225, definição de crueldade, a legislação especial se encarrega do assunto, propondo o art. 32 da lei 9.605/98 ser crime contra a fauna "praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos."[102]

Dessa forma, pela mera descrição da lei especial e pela proibição da crueldade posta na Constituição Federal, os atos como a vaquejada e outras práticas com uso animal estariam proibidas de pronto, "vez que não há dúvidas a respeito das violências e dores sofridos pelos animais envolvidos."[103] No mesmo sentido, constata a Professora Titular da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade São Paulo, Irvênia Luiza de Santis Prada, através de seu laudo técnico transcrito pela Procuradoria Geral da República e pelo Ministro Luís Roberto Barroso no referido julgamento.

> "Ao perseguirem o bovino, os peões acabam por segurá-lo fortemente pela cauda (rabo), fazendo com que ele estanque e seja contido. A cauda dos animais é composta, em sua estrutura óssea, por uma sequência de vértebras [...]. Nesse gesto brusco de tracionar violentamente o animal pelo rabo, é muito provável que disto resulte luxação das vértebras, ou seja, perda da condição anatômica de contato de uma com a outra. Com essa ocorrência, existe a ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, portanto, estabelecendo-se lesões traumáticas. Não deve ser rara a desinfeção (arrancamento) da

[101] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio Cultural e maus-tratos a animais: álibi Inconstitucional*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/16501/11051> Acesso em: 2 nov. 2017.
[102] BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.
[103] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio Cultural e maus-tratos a animais: álibi Inconstitucional.* Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/16501/11051> Acesso em: 2 nov. 2017.

> cauda, de sua conexão com o tronco. Esses processos patológicos são muito dolorosos, dada a conexão da medula espinhal com as raízes dos nervos espinhais, por onde trafegam inclusive os estímulos nociceptivos (causadores de dor). Volto a repetir que além de dor física, os animais submetidos a esses procedimentos vivenciam sofrimento mental. [...] sendo o "cérebro", o órgão de expressão da mente, a complexa configuração morfo-funcional que exibe em equinos e bovinos é indicativa da capacidade psíquica desses animais, de aliviar e interpretar as situações adversas a que são submetidos, disto resultando sofrimento."[104]

O que se demonstra, com a constatação técnica do sofrimento a que o animal é submetido nestas práticas, é a omissão do constituinte derivado diante de norma anteriormente criada, coibindo o que foi, pela emenda, livremente permitido, em verdadeiro desrespeito à sistematização da Carta Magna.

Percebe-se que um dos argumentos mais comuns na defesa de práticas contra animais, agora protegidas pela emenda nº 96/17, dirige-se à identificação das mesmas como manifestações culturais, partes integrantes de nosso patrimônio imaterial, ante sua existência temporal.[105]

Esclarece isso Cunha, ao explicar que

> Há que se observar, desde logo e claramente, que não se deve confundir verdadeira cultura, no sentido de aprimoramento da dignidade, com mera repetição de costumes. Não é simplesmente porque uma atividade é repetida constantemente que pode ser considerada parte de uma cultura, nem que deva ser valorizada, estimulada e preservada.[106]

[104] GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. *Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22996/14614>. Acesso em: 2 nov. 2017.

[105] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio Cultural e maus-tratos a animais: álibi Inconstitucional.* Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/16501/11051>.Acesso em: 2 nov. 2017.

[106] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio Cultural e maus-tratos a animais: álibi Inconstitucional.* Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/16501/11051>. Acesso em: 2 nov. 2017.

Esse argumento, "nega a cultura como informação estrutural da comunidade, que a cada nova geração ou tempo, articula sua realidade às práticas adequadas à continuidade viva de sua identidade como processo em permanente diálogo."[107]

Bastava reparar, portanto, quantas práticas reiteradas da sociedade foram extintas e repelidas pelo ordenamento, como a condenação pelo adultério, por exemplo, ou a escravidão, para que o constituinte se privasse de impor a aceitação de uma prática legítima somente perante determinado grupo, a toda a coletividade nacional.

Apropriado, também, é ressaltar que, independente dos debates legais ou judiciais acerca do tema, ficam estes adstritos, em sua maior parte, ao interesse da coletividade, sem muito entrar no mérito da senciência animal, embora esse argumento seja de extrema relevância em uma análise mais completa acerca da vedação dos maus-tratos, se não o mais essencial.[108]

3.2 Proteção jurídica do animal e o Código Civil

O Código Civil de 1916, não dispunha sobre questões ambientais,[109] regulando somente a propriedade sobre o animal, como parte do capital de seu dono, como se pode inferir do art. 1.420, quando põe que "ao proprietário caberá o proveito, que se obtenha dos animais mortos, pertencentes ao capital."[110]

[107] SIQUEIRA FILHO, Valdemar; LEITE, Rodrigo de Almeida; LIMA, Victor Breno de. *A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15297/10657>. Acesso em: 3 nov. 2017.

[108] GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. *Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22996/14614>. Acesso em: 2 nov. 2017.

[109] WAINER, Ann Helen. *Legislação Ambiental Brasileira: Evolução Histórica do Direito Ambiental.* Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176003/000468734.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 mar. 2017.

[110] BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 2 de abr. 2017.

De fato, o código de 1916 possuía uma natureza patrimonialista,[111]principalmente porque à sua época, o Código Civil era visto como o documento jurídico que regia as relações entre particulares, havendo uma incomunicabilidade com a Constituição Federal e seus princípios.[112]

À medida que a Constituição passa a ser o centro do sistema jurídico, passa a atuar como "filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil". O Código Civil passa a ser interpretado a partir da Constituição, que impõe um novo conjunto de valores e princípios.[113]

Dessa maneira, com as mudanças de paradigmas trazidos pela Constituição Federal de 1988, como a isonomia, a solidariedade social e a dignidade humana,[114] o Código Civil de 2002 já nasceu com um caráter distinto do anterior: em comunicação à Constituição e respeitando seus fundamentos. O princípio da dignidade da pessoa humana, a saber, promoveu uma "despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito."[115]

Apesar disso, o Código de 2002 não tratou especificamente da questão animal de modo distinto, considerando-os bens de propriedade humana, como se pode depreender do inciso II do art. 1.313, quando diz da apropriação do animal como coisa do proprietário.

> Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:

[111] OLIVEIRA, Tiago Pires. *Redefinindo o status jurídico dos animais*. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/brazilvol3.pdf>. Acesso em: 5 de nov. 2017.
[112] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 409.
[113] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 410.
[114] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 410.
[115] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 412.

> II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente.[116] .....

Efetivamente, como já dito, o direito civil brasileiro considera como particulares todos os bens que não forem de propriedade das pessoas jurídicas de direito público interno, inclusive os animais.

Porém, ainda que a proteção direta não tenha sido feita, "o Novo Código Civil promoveu mudanças substanciais para o status dos animais na ordem jurídica atual,"[117] como bem demonstrado em seu art. 1.228, §1º, em que determina a necessidade da propriedade respeitar a preservação da fauna e o equilíbrio ecológico

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
>
> § 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.[118]

Além disso, o Código Civil de 2002 deixou de disciplinar matérias presentes no antigo código, como a caça e a pesca,[119] se limitando a dispor sobre os bens e sua propriedade, o que também demonstra a mudança estrutural do código com vistas a respeitar a sistemática constitucional.

É essa mudança no contexto civilista, com fundamento nos preceitos constitucionais, que torna possível a visualização de uma proteção inovadora aos animais. Pois bem, se a Constituição Federal, como anteriormente dito, permite o prisma da personalidade jurídica dos animais com base na vedação de práticas cruéis aos animais, adentrando num campo ético, o Código Civil, sendo norma de

---

[116] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 set. 2017.

[117] OLIVEIRA, Tiago Pires. *Redefinindo o status jurídico dos animais*. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/brazilvol3.pdf>. Acesso em: 5 de nov. 2017.

[118] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 set. 2017.

[119] OLIVEIRA, Tiago Pires. *Redefinindo o status jurídico dos animais*. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/brazilvol3.pdf>. Acesso em: 5 de nov. 2017.

regulagem consequencial da Carta Magna, também se pode considerar, de certa forma, aberta a tal possibilidade.

Embora não tenha havido modificação formal no âmbito civil quanto à personalidade jurídica dos animais, tal panorama é mais acessível do que se pensa, tendo em vista os exemplos de reforma promovida por outros países, desonerando, de certa forma, o legislador brasileiro de grandes revoluções jurídicas.

É o caso do Código Civil alemão, que ainda na década de 90 promoveu uma reforma inovadora em seu direito das coisas, ao alterar o título de "Coisas" (Sachen) para "Coisas. Animais" (Sachen. Tiere), bem como alterou seu parágrafo 90, que passou a dispor, *in verbis*: "Os animais não são coisas. Os animais são tutelados por lei específica. Se nada estiver previsto, aplicam-se as disposições usadas paras as coisas".[120]

Além disso, em caso de dano ao animal, o magistrado não poderá rejeitar a adoção de uma tutela específica para esta situação, ainda que os custos da cura sejam mais elevados que o suposto valor econômico do animal.[121]

O Código alemão se mostra extremamente progressista, pois, além de ser precursor no tema, tendo promovido tal mudança ainda no século passado, reconhece a categoria jurídica "animais" que é intermediária entre "coisas" e "pessoas,"[122] criando um meio termo legal.

Na Suíça, também houve, em 2003, uma modificação no Código Civil, que incluiu o art. 641-A, que passou a não considerar mais os animais como coisas.[123]

O Código Civil Francês também sofreu mudança histórica em relação ao tema, em janeiro de 2015, quando o parlamento votou a leitura final do projeto que

[120] OLIVEIRA, Tiago Pires. *Redefinindo o status jurídico dos animais*. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/brazilvol3.pdf>. Acesso em: 5 de nov. 2017.
[121] OLIVEIRA, Tiago Pires. *Redefinindo o status jurídico dos animais*. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/brazilvol3.pdf>. Acesso em: 5 de nov. 2017.
[122] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Os animais e o direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/colunas/paulo-bessa/22168-os-animais-e-o-direito/>. Acesso em: 5 nov. 2017.
[123] OLIVEIRA, Tiago Pires. Redefinindo o status jurídico dos animais. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/brazilvol3.pdf>. Acesso em: 5 de nov. 2017.

alterou o status jurídico dos animais no país, reconhecendo-os como seres sencientes, e não mais como propriedade pessoal. Desta forma, os animais não são mais definidos por valor de mercado ou de patrimônio, mas sim pelo seu valor intrínseco como sujeito de direito.[124]

Em decisão recentíssima, deste ano, Portugal igualmente alterou seu Código Civil, através da Lei 8/2017, que prevê, em seu artigo 1º, o estabelecimento de um estatuto jurídico dos animais, "reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade"[125]. A lei ainda propõe o dever do proprietário de assegurar o bem estar do animal e respeitar suas características, além de garantir o acesso a água, alimentação e cuidados veterinários.[126]

A lei portuguesa ainda traz o animal como passível de propriedade, mas deixa claro que tal direito não abrange a possibilidade de executar maus tratos, abandono, morte ou qualquer tipo de sofrimento.[127]

No Brasil, alguns projetos de lei foram apresentados com o objetivo de modificar o Código Civil em relação aos animais.

Um dos mais relevantes foi o Projeto de Lei 6799/2013, de autoria do Deputado Federal Ricardo Izar, que acrescenta um parágrafo único ao art. 82 do Código Civil, dispondo que o conceito de bens móveis posto no *caput* não se aplica aos animais domésticos e silvestres. De acordo com o próprio projeto, a lei busca afastar a "coisificação" dos animais, e conferir a eles um regime jurídico especial, reconhecendo sua natureza jurídica s*ui generis.*[128]

---

[124] Agência de Notícias de Direitos Animais. *Em decisão histórica, França altera o Código Civil e reconhece animais como seres sencientes*. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2015/02/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes/>. Acesso em: 5 nov. 2017.

[125] PORTUGAL. *Lei nº 8, de 03 de março de 2017*. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/106549655>. Acesso em: 5 nov. 2017.

[126] ANIMAIS deixam de ser "coisas" perante a lei. Lei entra em vigor a 1 de maio. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/106549655>. Acesso em: 5 nov. 2017.

[127] PORTUGAL. *Lei nº 8, de 03 de março de 2017*. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/106549655>. Acesso em: 5 nov. 2017.

[128] BRASIL. *Projeto de Lei nº 6799, de 20 de novembro de 2013*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>. Acesso em 12 nov. 2017.

Outro projeto com objetivo similar foi o 7991/2014, de redação do Deputado Eliseu Padilha, que propunha o acréscimo de um art. 2-A ao Código Civil, que prescreve uma personalidade *sui generis* aos animais, haja vista sua condição de ser senciente. Garante ainda direitos fundamentais de alimentação, integridade física, liberdade e sobrevivência física.[129]

Ademais cabe citar o projeto de lei 3670/2015, de origem do projeto de lei 351/2015 do Senado, de autoria do Senador Antonio Anastasia. Este buscava promover alterações no Código Civil no sentido de estabelecer os animais como bens móveis, e não como coisas.[130] Essa proposta, entretanto, não traria grandes mudanças práticas, já que, o Código Civil já trata os animais como bens móveis passíveis de movimento próprio, conforme art. 82.

Todos os projetos ainda estão passíveis de aprovação, o que significa nenhuma mudança, por enquanto, no status jurídico dos animais perante o Código Civil brasileiro.

3.3 Proteção jurídica do animal e a lei especial

À época do descobrimento, vigorava em Portugal, e por consequência no Brasil Colônia, as Ordenações Afonsinas, e, portanto, era a lei também aplicável à Colônia brasileira. Em relação aos animais, trouxeram a equiparação do furto de aves a qualquer outra espécie de furto, e previa ainda o pagamento de uma quantia pelo infrator de modo a reparar o proprietário materialmente pela perda do animal,[131] demonstrando já certo progressismo da lei ambiental portuguesa.

Com o fim das Ordenações Afonsinas, entram em vigor as Ordenações Manoelinas. No que se refere à legislação ambiental, trouxeram maior

[129] BRASIL. *Projeto de Lei nº 7991, de 24 de setembro de 2014*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=622728>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[130] BRASIL. *Projeto de Lei nº 3670, de 18 de novembro de 2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055720>. Acesso em 12 nov. 2017.

[131] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5-6.

aprofundamento inclusive em relação aos animais, já que trazia a proibição da caça de determinados bichos como lebres e coelhos com instrumentos que lhes causasse morte com dor e sofrimento, como redes e fios.[132] Determinava ainda o respeito às crias, condenando o caçador que descumprisse a lei ao pagamento de uma quantia e à perda dos cães e outros instrumentos de caça.[133]

O ordenamento também protegia a vida de certos animais, punindo com severidade o infrator da norma, como, por exemplo, a proteção de abelhas: as Ordenações Afonsinas proibiam a venda de colmeias quando os comerciantes não houvessem preservado a vida dos insetos.[134]

Esses dispositivos representaram impressionante avanço quanto à proteção dos animais, principalmente por levar em conta quase que simplesmente sua dor e sofrimento ao morrer.

Entre 1580 e 1640, o Brasil passou pelo domínio da Coroa Espanhola, estando então em vigor as Ordenações Filipinas,[135] que mantiveram a proteção às abelhas da mesma forma que as Manuelinas, e previu a proteção de determinados animais como vaca e o boi, cuja morte por malícia levaria ao açoite ou ao banimento para aqueles aos quais não cabia açoite, além do pagamento de quantia ao dono do animal.[136] Vale o adendo de que o "degredo" seria de quatro anos na África na hipótese menos grave, e no Brasil, em caso mais grave, além de eterno.[137]

As ordenações também preservaram a proibição de caça a lebres e coelhos com instrumentos que lhe causassem dor, perdendo o infrator as armadilhas de caça,

[132] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9.
[133] NAZO, Georgete Nacarato; MUKAI, Toshio. O Direito Ambiental no Brasil: Evolução Histórica e a Relevância do Direito Internacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47761/45557>. Acesso em: 19 mar. 2017.
[134] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 10.
[135] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 13-14.
[136] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 17.
[137] ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1225.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

seus cães e devendo ainda pagar multa para os cofres do reino. Delimitava, ademais, os locais e época em que poderia haver caça desses animais.[138]

Em 1624 se inicia a invasão holandesa no Brasil. A invasão acabou sendo muito positiva ao Brasil posto que os holandeses criaram uma legislação ambiental bastante rica, tendo por objetivo o cuidado com as riquezas naturais no país.[139]

Em relação à fauna, as autoridades holandesas tiveram zelo especial com a pesca, a caça e a "passarinhagem", determinando que as três atividades eram permitidas, desde que as diversas espécies não fossem exterminadas em uma "perseguição excessiva". Os holandeses ainda faziam questão que as espécies já existentes fossem conservadas e protegidas, além de haver a introdução das espécies que não existiam naquela região do Brasil, mas que pudessem se ambientar.[140]

Ann Helen Wainer chega a fazer um comparativo com o Código da Caça atual, de 1967, que diz que o Conselho Nacional de Proteção à Fauna será responsável por introduzir espécimes da fauna e da flora silvestres e domésticas, por meio de estudos e propostas, aparecendo aí a influência das disposições ambientais holandesas.[141]

Os holandeses foram expulsos do Brasil em 1640 pelos portugueses.[142] Durante esse tempo até a independência, as normas expedidas demonstram a falta de interesse da Coroa em proteger o meio ambiente nacional, a exemplo do Regimento expedido pelo Governador Geral do Brasil Roque da Costa Barreto em 1677, que

[138] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 17-18.
[139] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25-26.
[140] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 27.
[141] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 28.
[142] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 29.

instituía em seus artigos 29, 30 e 54, a pesca das baleias, tudo sob monopólio da Coroa e com vantagem econômica dirigida a ela.[143]

Até o reinado de D. Maria I, por volta de 1816, a pesca da baleia foi uma das produções mais rendosas da Coroa. Entretanto, novas técnicas de pesca foram se aperfeiçoando e a espécie foi sendo exterminada, o que levou a Coroa a abandonar o monopólio e tornar a pesca livre, assim como acabou por fazer com muitas das riquezas naturais do país, após tê-las esgotado.[144]

Com a independência do Brasil, em 1822, a legislação ambiental passou a se desenvolver, mas somente foi ter uma norma de proteção aos animais em 1924, denominado Regulamento das Casas de Diversões Públicas, Decreto 16.590, cujo art. 5º vedava "corridas de touros, garraios, novilhos, brigas de galo e canários e quaisquer outras diversões desse gênero que causem sofrimento aos animais."[145]

Em 1934 foi expedido o Decreto 24.645, que estabelecia medidas de proteção aos animais, estabelecendo pena ao individuo que praticasse maus tratos (art.2º), dando ainda a definição do que seriam considerados maus tratos (art. 3º), e colocando os membros do Ministério Público como assistentes em juízo dos animais[146]. Esse decreto foi um relevante avanço na proteção animal, tendo em vista que até o momento não havia um dispositivo legal próprio para tal finalidade, e que determinasse responsabilidade civil ou criminal para o acusado de maus tratos.[147]

Ainda em 1934, foi instituído o primeiro código florestal, por meio do decreto 23.793, que teve relevante papel ao proteger as florestas de proteção da fauna e da flora.[148] Foi revogado pelo Código Florestal de 1965 – Lei 4.771 –, que

[143] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 33.
[144] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 40.
[145] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 30.
[146] BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 2 abr. 2017.
[147] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 60.
[148] WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 63.

também foi revogado pelo atual Código Florestal de 2012 – Lei 12.651 –, que continua a proteger a fauna silvestre. Este atual Código Florestal ainda defende a necessidade da propriedade em respeitar a fauna e o ambiente ecológico a sua volta, como também fez o Código Civil de 2002.[149]

Em 1941, a lei de Contravenções penais, decreto-lei 3.688, previu pena para quem tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo, bem como para quem o fizer em espetáculos públicos e para quem a ele impor experiência dolorosa ou cruel.[150]

O antigo decreto 24.645 de 1934 acabou por ser revogado, tendo sua função em parte mantida pela lei 5.197/67, que dispõe sobre a proteção da fauna, incluindo no próprio conceito de fauna os ninhos, abrigos e criadouros naturais de animais fora do cativeiro (art. 1º), de modo a estender a proteção da norma.[151] Essa lei, também conhecida com Lei da caça, proíbe a caça profissional e a venda do objeto da caça.[152]

As leis 7.584/87 e 7.653/88 ainda modificaram a redação da lei de caça, na tentativa de ampliar as penas a serem aplicadas e objetivando acabar com o mercado que existia após a apreensão de produtos da caça e da pesca.[153]

Em 1981, promulga-se a lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a lei 6.938, que tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental do país, por meio de ação governamental.[154] Como exemplo prático da Política, Ann Helen Wainer cita a Reserva Biológica do Poço das Antas, que tem por

[149] BRASIL. Lei nº 12.651, de 03 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

[150] BRASIL. Decreto Lei n.º 3.688 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 15 nov. 2017.

[151] WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.73.

[152] BRASIL. Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

[153] WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.74.

[154] WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.86.

objetivo preservar espécies animais ameaçadas de extinção, como o mico leão dourado e a preguiça de coleira.[155]

Finalmente, em 1998 foi promulgada a chamada Lei de Crimes Ambientais, a lei 9.605/98, que trata dos crimes de maus tratos contra animais, tanto silvestres como domésticos, da apreensão/caça ilegal de animais, da caça em período proibido e mesmo do crime de poluição que leve à mortandade de animais, tornando, entretanto, legal o abate de animais em algumas situações:

> Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:
>
> I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;
>
> II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;
>
> III – (VETADO);
>
> IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.[156]

A lei de crimes ambientais, em seu art. 32 acabou por revogar o artigo 64 da Lei de Contravenções Penais, por ser mais amplo, já que a Lei de Contravenções Penais não previa modalidade de maus tratos por abuso, ferimento ou mutilação do animal, o que culminava numa interpretação restritiva e muitas vezes benéfica ao criminoso.[157]

Ainda na lei 9.605/98, o §1º do art. 64 impede a prática de vivissecção, que é a dissecação do animal vivo com propósito de realizar estudos[158] já que criminaliza a

---

[155] WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.87.

[156] BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

[157] CASTRO, João Marcos Adede Y. Crimes Ambientais: Comentários à Lei nº. 9.605/98. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004. p. 138.

[158] Onca Defesa Animal. Exploração animal - vivissecção. Disponível em: <http://www.onca.net.br/exploracao-animal/exploracao-animal-vivisseccao/>. Acesso em: 15 nov. 2017.

"experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos."[159]

Por sinal, em relação à experimentação animal, inclusive, foi criada, em 2008, a lei 11.794, que regulamenta procedimentos para o uso científico de animais. Dispõe acerca das situações em que a experimentação é permitida, e atribui ao CONCEA – Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal –, no art. 5º, inciso III, a função de "monitorar e avaliar a introdução de técnicas alternativas que substituam a utilização de animais em ensino e pesquisa."[160]

Não obstante as regulamentações a respeito do tema, é perceptível tanto pela lei 11.794/08 quanto pelo §1º da lei de crimes ambientais que nas situações em que não houver alternativa, o animal não estará livre da morte para experimentação, já que interesse humano estará priorizado.

Aliás, exemplo na própria lei 11.794/08 dessa precedência do interesse humano sobre os animais em situações que nem mesmo se faz necessário o ato, é marcação do animal para fins de identificação, permitido pela lei em seu art. 3º, inciso II do parágrafo único, e por ela reconhecida como causadora de dor ao animal, "desde que cause apenas dor ou aflição momentânea ou dano passageiro."[161]

Diversas outras legislações que envolvem o uso animal estão em vigor ou em tramitação como projeto de lei, dispondo sobre rodeios, vaquejada, bem como outras práticas consideradas como expressões culturais. Entretanto, dentro da visão deste trabalho, tratam-se de leis que embora disponham sobre regulamentações e supervisões dos procedimentos, não se inclinam de forma alguma à proteção animal, e estão muito mais interessadas na proteção do pleno exercício das manifestações culturais do que na proteção do meio ambiente, diante da dualidade constitucional.

---

[159] BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

[160] BRASIL, Lei nº. 11.794 de 8 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

[161] BRASIL, *Lei nº. 11.794 de 8 de outubro de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

4 ANALÍSE JURISPRUDENCIAL DA QUESTÃO ANIMAL

No terceiro capítulo será estudada a proteção animal no entendimento das decisões das Cortes nacionais, permitindo verificar o caminho que os tribunais têm seguido em casos que envolvem a aplicação das normas legais que tratam dos animais. Em relação à personalidade dos animais, não há jurisprudência tratando acerca do assunto, tendo em vista que nem mesmo a legislação dá qualquer indicação concreta a respeito de tal novidade; ainda assim, serão demonstradas as possibilidades favoráveis à proteção animal, por meio de um Recurso Extraordinário e de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, e as possibilidades desfavoráveis através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e uma Reclamação.

4.1 Jurisprudências favoráveis à questão animal

4.1.1 STF Recurso Extraordinário 153.531-8 Santa Catarina, Segunda Turma, julgado em 03 de junho de 1997, relator ministro Francisco Rezek

No ano de 1997, houve a abertura de ação civil pública pela Associação Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos Animais, Defesa da Ecologia, em conjunto com a LDZ – Liga de Defesa dos Animais, com a SOZED – Sociedade Zoológica Educativa e com a APA – Associação Protetora dos Animais, organizações ligadas à proteção animal, alegando que a Farra do Boi e manifestações semelhantes são práticas cruéis e violentas, requerendo com isso a condenação do Estado de Santa Catarina a proceder à proibição da Farra do Boi. Houve junção de diversos documentos comprobatórios da crueldade da prática e também de sua repercussão negativa no exterior.

A Farra do Boi consiste na prática de soltar um boi enquanto é perseguido pelos “farristas” que carregam objetos de ameaça ao boi, como paus e chicotes, levando o boi a fugir de desespero até a exaustão.

O Estado de Santa Catarina, porém, alegou inépcia da inicial e carência da ação em matéria processual e materialmente defendeu que a Farra do Boi é manifestação cultural entranhada em algumas partes da sociedade, e que não há violência ou crueldade na prática, também alegando que o poder público adotava diversas iniciativas para coibir os excessos, não sendo assim omisso na situação. Houve juntada de cópias de documentos sobre a matéria em exame, como um relatório final da Comissão de Estudos Farra do Boi.

As autoras ofereceram réplica, entretanto a sentença foi dada pelo juiz *a quo* decidiu que havia carência da ação.

Em apelação, o acordão continuou com o entendimento de não provimento, havendo inclusive manifestação do parquet do Ministério Público no sentido de que não existia omissão do Estado, havendo sempre a presença da polícia civil e militar, de modo a coibir os maus tratos na prática.

Foi então que as autoras apresentaram recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal com a alegação de que a prática fere o art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal, que postula acerca da proteção da fauna e da vedação de práticas que submetam os animais a crueldade. Vejamos:

> COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - **PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE**. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, **não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade.** Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do Boi."[162] (grifo nosso)

O Subprocurador geral da República entendeu pelo não conhecimento do Recurso Extraordinário, mas ressaltou que

[162] BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 153531-8 SC*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Segunda Turma. Brasília, 3 de junho de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500j>. Acesso em: 24 fev. 2018.

> "em que pese a atualidade e relevância do tema, inegavelmente merecedor das mais profundas reflexões, num mundo em que a humanidade cada vez mais se conscientiza da necessidade de inibir a sua ação predatória sobre os demais elementos da natureza."[163]

O ministro Francisco Rezek, relator, votou pelo provimento do recurso extraordinário, para julgar procedente a ação civil pública nos seus exatos termos, ou seja, entendendo-se que a prática viola o art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal. Foi tal seu fundamento:

> "A cada ano do calendário a prática se caracterizou mais e mais como cronicamente violenta, e não apenas pontilhados de abusos tópicos [...]. Não posso ver como juridicamente correta a ideia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais, e a Constituição não deseja isso. [...] manifestações culturais são as práticas existentes em outras partes do país, que também envolvem bois submetidos à farra do público, mas de pano, de madeira, de "papier machê"; não seres vivos, dotados de sensibilidade e preservados pela Constituição da República contra esse gênero de comportamento."[164]

O ministro Maurício Corrêa ao contrário, votou pelo não conhecimento do recurso, justificando que a prática é manifestação cultural regionalizada protegida pelo art. 215 da Constituição Federal, patrimônio cultural de natureza imaterial do povo e expressa memória de grupos formadores da sociedade brasileira. Afirmou ainda que a alegação das autoras seria "subverter o preceito constitucional de vedação da prática de crueldade a animais para fim de efeitos cassatórios do direito do povo de Santa Catarina ao exercício cultural".

O ministro Marco Aurélio votou pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois segundo ele

---

[163] BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 153531-8 SC*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Segunda Turma. Brasília, 3 de junho de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500j>. Acesso em: 24 fev. 2018.

[164] BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 153531-8 SC*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Segunda Turma. Brasília, 3 de junho de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500j>. Acesso em: 24 fev. 2018.

> "A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso CII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. [...] cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal."[165]

O ministro Néri da Silveira acompanhou o voto do relator pelo conhecimento e provimento do recurso, assim dispondo:

> "A Constituição, pela vez primeira, tornou isso [a proteção à fauna e à flora] preceito constitucional, e, assim, não parece que se possam conciliar determinados procedimentos, certas formas de comportamento social, tal como a denunciada nos autos, com esses princípios, visto que elas estão em evidente conflito, em inequívoco atentado a tais postulados maiores. [...] Não se pode deixar de ver, na decisão, ofensa a esse preceito da Constituição, o que bastante se faz para que o recurso extraordinário possa ser efetivamente conhecido."[166]

Por maioria dos votos, a Turma do Supremo Tribunal Federal deu conhecimento e provimento ao recurso extraordinário. A Lei 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais – acabou por proibir a Farra do Boi, em seu art. 32.[167]

Realmente, a continuidade de tal prática, isto é, a utilização do boi como mero instrumento para a diversão do ser humano, além de moralmente reprovável, representava claro desrespeito ao inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal, que veda a crueldade com o animal a partir de um conceito maior do que sua participação na fauna, mas sim por sua sensibilidade. Levai, ao dizer que "se nossa própria Constituição Federal veda comportamentos cruéis, é porque

[165] BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 153531-8 SC*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Segunda Turma. Brasília, 3 de junho de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500j>. Acesso em: 24 fev. 2018.

[166] BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 153531-8 SC*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Segunda Turma. Brasília, 3 de junho de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500j>. Acesso em: 24 fev. 2018.

[167] Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. BRASIL. *Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

reconheceu os animais como seres sensíveis e capazes de sofrer,"[168] afirma as duas teses: a de que o animal tem sensibilidade e a de que a Constituição assim reconheceu ao vedar a crueldade contra estes.

A decisão da Suprema Corte, dessa maneira, representou louvável progressismo quanto ao tema, já que considerou a sensibilidade do animal para a tomada de sua decisão, conceito já explorado aqui através da senciência, que é a capacidade para sentir, isto é, a capacidade de receber e reagir a um estímulo de forma consciente, experimentando-o a partir de dentro.[169] Como também já mencionada anteriormente neste trabalho, a senciência é a base para o princípio da igual consideração de interesses de Singer, no qual entende que os todos os seres com capacidade de sofrimento tem interesses, em especial o de não sofrer; deve-se, com isso, levar em conta os interesses de todos os seres com capacidade de sentir,[170] o que de fato foi feito no julgado, executando, ainda que minimamente – em comparação ao tratamento animal dado pela sociedade de modo geral –, o princípio da igual consideração de Singer.

4.1.2 STF Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856 Rio de Janeiro, Tribunal Pleno, julgada em 26 de maio de 2011, relator ministro Celso de Mello

Tratava-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, com o objetivo de questionar a constitucionalidade da Lei estadual 2.895/98, do Rio de Janeiro, que autorizava a criação e realização de competições entre aves em todo o território do Estado, dentro dos requisitos legais postos. O Procurador-Geral defendia a inconstitucionalidade da lei por violação ao

[168] LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004, p. 127.
[169] ANIMAL ETHICS. *O Que é Senciência*. Disponível em: <http://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/senciencia-animal/>. Acesso em: 30 set. 2017.
[170] SINGER, Peter. *Libertação animal*. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxhY2hlaWNhZXNlZ2F0b3N8Z3g6NTJjZTdlYWRlMmNmM2JiMw>. Acesso em: 13 mai. 2017.

art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal, que veda práticas que submetes os animais à crueldade.

A Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, ao prestar as informações solicitadas, manifestou-se pela improcedência da ação, com a justificativa de que se o objeto da ação é a proteção à fauna e ao ecossistema, não há de se incluir animais domésticos e domesticados, criados em cativeiro legalizado.

O Governador do Estado, por sua vez, igualmente manifestou-se pela improcedência da ação alegando que não haveria, na lei questionada, agressão ao meio ambiente e nem como ela estaria desprotegendo a fauna ou submetendo os animais a crueldade.

O Supremo Tribunal Federal decidiu acolher medida liminar requerida pelo Procurador-Geral, suspendendo a execução e aplicabilidade da lei até o final do julgamento da ADI.

O Advogado-Geral da União opinou pela improcedência do pedido, enquanto que o Ministério Público se manifestou pela procedência do pedido, defendendo que existia constitucionalidade em todo o texto da lei, já "A proibição de submissão de animais a práticas cruéis abrange todos exemplares da fauna, ainda que domesticados e em cativeiro".

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) – LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA – **CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) – MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225)** – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – **PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII)** – DESCARACTERIZAÇÃO DA

> BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE.[171] (grifo nosso)

O ministro Celso de Mello votou pela procedência da Ação Direta, assinalando que o art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal tem por função impedir a ocorrência de situações que ameacem qualquer forma de vida, inclusive a vida animal, que é o que ocorre na lei em questão. Além disso, põe que a preservação da fauna significa não só dever ético-jurídico, mas tem ainda haver com a própria subsistência humana, já que se trata de direito de terceira geração, que é disponível a todo o gênero humano, e tem importância não só presente como para o bem estar das futuras gerações.

Outras considerações importantes foram feitas pelo Ministro: o Supremo Tribunal Federal, quanto ao tema da crueldade contra animais, tem sucessivamente demonstrado que a prática da briga de galos estaria confrontando o art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal, bem como assim decidiu acerca da farra do boi, e leis de outros Estados tentando da mesma forma regulamentar a briga de galo.

Reiterou ainda o conflito da lei 2.895/98 para com a lei 9.605/98, a lei de crimes ambientais, que veda maus tratos aos animais, ato tal que a prática da briga de galos infligia aos animais.

Por fim, destacou que a proteção conferida aos animais pela parte final do art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos, aí incluídos galos utilizados em rinhas.

O ministro Ayres Britto, da mesma forma, decidiu pela procedência da ação, entendendo haver crueldade na prática da briga de galos, assim discorrendo com brilhante coerência em seu voto:

---

[171] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI. nº 1856*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em 1 mar. 2018.

> [...] essa crueldade, caracterizadora de tortura, manifesta-se no uso do derramamento de sangue e da mutilação física como um meio, porque o fim é a morte. O jogo só vale se for praticado até a morte de um dos contendores, de um dos galos, que são seres vivos. [...] a briga até a exaustão e a morte. E não se pode perder a oportunidade para que a Suprema Corte manifeste o seu repúdio, com base na Constituição, a esse tipo de prática, que não é esporte nem manifestação de cultura.[172]

O ministro Marco Aurélio se manifestou pela procedência do pedido, entendendo que a lei possuía vício de forma, porque caberia à lei federal tratar sobre o tema, e não à lei local.

O ministro Dias Toffoli primeiramente entendeu pela improcedência da ação tendo vista que seria de competência da legislação criminal ambiental exercer essa proteção, e não da Constituição. Posteriormente, retificou seu voto entendendo pela inconstitucionalidade formal da lei, no mesmo sentido do ministro Marco Aurélio.

O ministro Gilmar Mendes igualmente votou pela procedência da ação com base na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já havia declarado inconstitucional lei idêntica, a da Farra do Boi.

A ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do relator, entendendo pela procedência da ação e pela inconstitucionalidade da lei.

O Tribunal decidiu, portanto, julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da lei 2.895/98, por unanimidade.

A decisão do Tribunal em tal oportunidade é merecedora de atenção, não só por também trazer a questão da senciência[173] no voto do ministro Ayres Brito, mas também se considerando que os próprios ministros se basearam em julgamentos anteriores do Supremo Tribunal Federal, reiterando que "há a precedência condicionada do princípio da proteção ao meio ambiente em relação ao princípio da

[172] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI. nº 1856*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em 1 mar. 2018.

[173] ANIMAL ETHICS. *O Que é Senciência*. Disponível em: <http://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/senciencia-animal/>. Acesso em: 30 set. 2017.

proteção às livres manifestações culturais", frisando-se, inclusive que nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, "vêm se realizando um histórico construtivo de tutela do meio ambiente em relação a outros direitos difusos, ainda que importantes como o livre exercício de manifestações culturais,"[174]

Dessa forma, instaura-se, com o julgado da Farra do Boi, da Briga de Galo, além do posterior acerca da vaquejada – já também tratado aqui –, a inclinação da Suprema Corte em, como dito no julgado, dar relevância aos direitos de terceira geração, direitos novos, mas que por sua natureza coletiva, tem importância para as gerações futuras. Embora estas decisões não tragam a tutela da vida animal por si mesma, sua proteção indireta pode significar o indicativo de um futuro favorável ao tema.

4.2 Jurisprudências desfavoráveis à proteção animal

4.2.1 TJRS Ação Direta de Inconstitucionalidade número 70010129690, Tribunal Pleno, julgada em 18 de abril de 2005, relator Desembargador Araken de Assis

A ADI foi proposta pelo Procurador Geral de Justiça no ano de 2004, tendo em vista questionar a constitucionalidade da lei estadual 12.131/04 do Rio Grande do Sul, que acrescentou o parágrafo único ao art. 2º da Lei Estadual 11.915/03 (Código de Proteção Animal no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul). O art. 2º da lei 11.915/03 traz vedações a algumas práticas contra os animais, como os maus tratos e o sacrifício com veneno, entre outros atos. O parágrafo único acrescentado pela lei em discussão trouxe a ideia de que as vedações contidas no artigo 2º não abrangiam os cultos religiosos de origem africana que utilizam o sacrifício de animais.[175]

---

[174] GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. *Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22996/14614>. Acesso em: 2 nov. 2017.

[175] *"Parágrafo único - Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana."* RIO GRANDE DO SUL. *Lei 11.915 de 21 de maio de 2003*. Disponível

Por essa razão, o Procurador entendeu inconstitucional a lei 12.131/04, formal e materialmente, já que, no plano formal, essa exceção feita estaria desrespeitando as diretrizes da lei 9.605/98 no que diz respeito à proteção da Fauna, indo contra norma geral editada pela União. Materialmente, a exceção violaria o princípio da isonomia ao excepcionar apenas os cultos de matriz africana. Requereu inclusive liminar para sustar de imediato os efeitos da lei. Vejamos:

> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS. CONSTITUCIONALIDADE.
>
> 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.° da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao "Código Estadual de Proteção aos Animais" o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. (grifo nosso)
>
> 2. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. VOTOS VENCIDOS.[176]

A Mesa da Assembleia Legislativa do Estado, uma das requeridas, postulou a improcedência do pedido, sustentando que a lei não é inconstitucional, já que, os rituais das religiões de matriz africana pressupõem o sacrifício de animais domésticos em suas liturgias, animais estes criados em cativeiros, para este fim específico, não havendo afronta a Lei 9.605/98. O Governador do Estado na época, o outro requerido, requereu pela manutenção da lei no ordenamento jurídico.

O relator, Desembargador Araken de Assis votou pela improcedência da ADI alegando que, primeiramente, nem no art. 64 da Lei de Contravenções Penais[177] e

em:<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%2011915&idNorma=32&tipo=pdf>. Acesso em: 2 de mar. 2018.

[176] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI nº 70010129690 RS*. Tribunal Pleno. Relator: Desembargador Araken de Assis. Rio Grande do Sul, 18 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70010129690&code=8215&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20TRIBUNAL%20PLENO>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[177] Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis. BRASIL. Decreto-lei 3.688 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

nem o art. 32 da Lei 9.605/98[178] trazem vedação ao sacrifício de animais para rituais religiosos. Citou ainda Celso Antônio Pacheco Fiorillo no seu entendimento de que no aparente conflito entro o meio ambiente e o meio ambiente cultural, merecerá tutela a prática cultural, ainda que haja um único praticante da religião.

Por fim, como um dos argumentos principais, o relator destacou que não há no ordenamento brasileiro nenhuma lei que proíbe matar animais próprios ou sem dono, aliás, ocorre a morte diária de animais para fins de alimentação, e não pôde ele, ver como a morte de um animal num culto religioso seja mais cruel do que aquela praticada nos matadouros de aves.

A grande maioria dos desembargadores acompanhou o voto do relator, principalmente no que diz respeito a este último argumento. Dez desembargadores votaram pela procedência integral da Ação Direta de Constitucionalidade, inclusive o Presidente do Tribunal na época.

Um dos dissidentes foi o Desembargador Alfredo Foerster, que assim determinou em seu voto:

> [...] divirjo do culto Relator, pois entendo que a vida deve prevalecer, sempre. O Direito Natural nos assegura isso, seja em relação aos seres humanos, seja quanto aos animais. Eu não detectaria a questão da crueldade (ou não). Penso que o fato em si, de sacrificar um ser humano ou seja um animal, é 'humanamente' indesejável, em que pese o respeito que merecem os cultos defensores do abate como o de sacrificar animais.[179]

Também o Presidente, o Desembargador Osvaldo Stefanello, fez a seguinte reflexão acerca da constitucionalidade da lei:

---

[178] Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. BRASIL. *Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[179] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI nº 70010129690 RS*. Tribunal Pleno. Relator: Desembargador Araken de Assis. Rio Grande do Sul, 18 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70010129690&code=8215&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20TRIBUNAL%20PLENO>. Acesso em: 25 fev. 2018.

> [...] foi muito bem dito no voto do eminente Relator que não há direitos absolutos, nem de culto religioso. O único direito absoluto é o direito à vida. Pergunto se é possível confundir liberdade de culto, de liturgia, de prática religiosa com o sacrifício de animais? São seres vivos como nós. O sacrifício de um animal não é ato de crueldade? Faço esse questionamento, porque tenho sérias dúvidas a respeito dessas questões que estão sendo discutidas.[180]

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente por maioria dos votos, permitido assim o sacrifício de animais em rituais religiosos de origem africana – conforme o texto da lei – não entendendo, o TJRS, que tal prática merecesse estar elencada nas vedações do Código Estadual de Proteção animal como prática cruel ou de maus tratos.

A decisão tomada é, do ponto de vista deste trabalho, retrocesso jurídico, tendo em vista a tendência do Supremo Tribunal Federal tutelar o meio ambiente em detrimento de outros direitos, ainda que relevantes como o livre exercício de manifestações culturais.[181] Além disso, a justificativa apresentada, isto é, a de que não existe lei que proíba matar animais próprios ou sem dono, reafirma mais do que tudo a ideia do animal como coisa sem qualquer valor, a ser usado pelo ser humano qualquer que seja sua vontade, além de permitir a matança sem limites, já que não há legislação que coíba tal ato. Cabe aqui citar novamente o filosofo Carlos M. Naconecy, quando afirma que "o especista"[182] pensa que os animais só têm valor ou

[180] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI nº 70010129690 RS*. Tribunal Pleno. Relator: Desembargador Araken de Assis. Rio Grande do Sul, 18 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70010129690&code=8215&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20TRIBUNAL%20PLENO>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[181] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI nº 70010129690 RS*. Tribunal Pleno. Relator: Desembargador Araken de Assis. Rio Grande do Sul, 18 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70010129690&code=8215&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20TRIBUNAL%20PLENO>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[182] O especismo, segundo o próprio Carlos M. Naconecy, consiste no tratamento inferior, discriminatório e diferenciado por parte dos membros de uma classe privilegiada (a "superior") daqueles indivíduos que estão fora dessa classe, e para o qual não há uma boa justificativa.

nos impõem obrigações éticas na medida que eles atendem nossos interesses, propósitos, necessidades e preferências."[183]

Do ponto de vista doutrinário aqui demonstrado, o veredito conflita com os entendimentos modernos da proteção animal apresentados, no sentido de que o animal tem direito à vida simplesmente pela sua existência como ser senciente, já que sua vida tem tanto valor como qualquer outra, bem como direito a uma vida sem sofrimento, e ao livre desenvolvimento de sua espécie, além da integridade física de seu organismo e corpo.[184]

Como bem explanado pelo Desembargador Alfredo Guilherme Englert,

> "Destaco - já que várias religiões faziam sacrifícios, hoje algumas já não fazem, havia o sacrifício do carneiro, mas isso tudo já mudou - que as religiões também se estão modernizando, reconhecendo que cada um tem direito à sua crença."[185]

Dessa forma, há certa incongruência em continuar ceifando vidas animais ainda que para fins religiosos, tendo em vista a consideração de um possível bem jurídico maior: o respeito à vida. Finalizo com a brilhante expressão de Singer ao tratar do valor da vida animal em subordinação à humana: "se quisermos comparar o valor de uma vida com outra teremos de começar a discutir o valor da vida em geral."[186]

---

[183] NACONECY, Carlos Michelon. *Ética e Animais*. Disponível em: <https://books.google.pt/books?id=V67kRddn06UC&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 1 out. 2017.

[184] DIAS, Edna Cardozo. Os Animais como Sujeitos de Direitos. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, p. 2745-2746, set./out. 2005.

[185] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI nº 70010129690 RS*. Tribunal Pleno. Relator: Desembargador Araken de Assis. Rio Grande do Sul, 18 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70010129690&code=8215&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20TRIBUNAL%20PLENO>. Acesso em: 25 fev. 2018.

[186] DIAS, Edna Cardozo. Os Animais como Sujeitos de Direitos. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, p. 2745-2746, set./out. 2005.

4.2.2 STF Reclamação 25.869 Piauí, julgada no dia 07 de dezembro de 2016, relator ministro Teori Zavascki

Foi ajuizada ação civil pública perante o Juízo da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Comarca de Teresina/PI por associações de proteção aos animais, pleiteando pelo fim da prática da vaquejada no estado do Piauí, em respeito à ADI 4.983/2012 do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da lei estadual do Ceará que pretendia regular a vaquejada, feito ainda pedido de tutela provisória de urgência para que houvesse o impedimento da prática desde já.

O juízo negou provimento ao pedido de tutela de urgência, com a justificativa de que a ADI citada não se impõe *erga omnes*, dizia respeito ao Estado do Ceará, e por isso não determina o impedimento de tais eventos de modo geral. Além disso, não havia demonstração esta prática no estado do Piauí estivesse eivada de crueldade e maus tratos.

Por esta razão, as associações entraram com Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que, como é o propósito da reclamação, a decisão reclamada ofendeu a autoridade do Acordão resultante do julgamento da ADI 4983-CE, deixando de reconhecer o caráter vinculante e geral desta última. As reclamantes ainda alegaram que o Estado do Piauí divulgou amplamente sua parceria com a Associação de Vaqueiros para inclusão da prática da Vaquejada em evento de exposição agropecuária.

O ministro Teori Zavascki, relator da Reclamação, decidiu então negar seguimento ao pedido, com o fundamento de que os atos reclamados devem se ajustar com exatidão aos julgamentos da Suprema Corte, de modo a permitir a verificação da conformidade, e, no caso concreto, não estaria suficientemente demonstrada a aderência estrita entre o ato reclamado e a decisão da Corte na ADI 4.983. A decisão do juízo, disse ele, não teria apreciado a matéria em caráter definitivo, e a ação direta, por outro lado, decidiu sobre a inconstitucionalidade da

lei cearense, não podendo daí se extrair a proibição de sua prática em todo território nacional.[187]

As decisões proferidas neste caso, ainda que formalmente corretas, materialmente dão ao Estado poder para perdurar numa prática já entendida pela Suprema Corte, ainda que em outro estado, do país, como cruel. Mais uma vez citando Cunha, trata-se de "álibi aos maus tratos animais, tolerados pelas autoridades com o argumento de fazerem parte da nossa cultura."[188]

A decisão da ADI 4.983-CE teve grande repercussão no mundo jurídico em relação ao tem, sendo assim, é no mínimo inusitado que novas decisões estejam sendo tomadas de forma contrária à decisão da Suprema Corte brasileira na execução de seus atos, ainda que sob a autorização do próprio Supremo, como na Reclamação em questão.

Além disso, a permissão à continuidade da prática no estado do Piauí expressa contrariedade à perspectiva já exposta do direcionamento protetivo do Supremo em relação ao meio ambiente e contra a crueldade ao animal.[189]

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo analisar a possibilidade jurídica da personalidade animal através de fundamentos ético-morais, filosóficos e jurídicos, observado o pensamento da doutrina clássica e contemporânea, da legislação e da jurisprudência.

De início, estudou-se a doutrina da personalidade tendo em vista o conceito do direito clássico, introduzindo-se, posteriormente, os conceitos contemporâneos,

[187] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. *RCL 25.869/PI*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 7 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5106103>. Acesso em: 6 mar. 2018.

[188] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio Cultural e maus-tratos a animais: álibi Inconstitucional.* Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/16501/11051> Acesso em: 2 nov. 2017.

[189] GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. *Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22996/14614>. Acesso em: 2 nov. 2017.

tanto de juristas ambientais como de filósofos a favor da proteção, que demonstram ser possível a atribuição da personalidade animal levando em conta a igualdade de interesses de Peter Singer, o valor de uma vida, e a sensibilidade para o sofrimento de um ser. Foi mostrado, ainda, que essa personalidade não seria dada com a mesma estrutura feita ao ser humano, porque a ideia não é igualar desiguais formalmente, e sim materialmente, o que levaria à atribuição da capacidade de fato, mas não de direito, havendo a necessidade de representação do Ministério Público.

Quanto à legislação, verificou-se que ela não traz qualquer previsão de personalidade aos animais, protegendo-os, de modo geral, pela sua condição de bem semovente ou bem de uso comum, mas presente uma abertura da Constituição Federal no que diz respeito à proteção animal com base na vedação à crueldade, seja o animal parte da fauna ou doméstico. Além disso, o Código Civil permite a reflexão acerca do tema quando atribui personalidade a outros entes além do ser humano, como a própria pessoa jurídica, tendo sido exposto inclusive o exemplo de outros países que já procederam a essa atribuição, ou algo parecido a isto. Na legislação especial, demonstrou-se a evolução do ordenamento brasileiro quanto à proteção animal, mas sem deixar de esclarecer que ainda existem leis regulamentando práticas que utilizam o animal como instrumento.

Em seguida foram exibidas, nas jurisprudências favoráveis, a tendência do Supremo Tribunal Federal em tutelar o meio ambiente em detrimento de outros direitos, ainda que relevantes, fato tal que atinge os animais de maneira favorável, ainda que não diretamente relacionado à personalidade. Nas jurisprudências desfavoráveis, foi possível apresentar porque a vida animal ainda é vulnerável dentro do ordenamento brasileiro, já que permitem práticas relacionadas à vida animal e à sua dignidade física.

De fato, os animais já são titulares de direitos conforme a proteção dada pelo art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal, entretanto, como exposto no trabalho, sua condição de objeto de direito constitui empecilho substancial à mudança de pensamento dos receptores das leis, que perduram na violação não só

pela baixa efetividade da penalização como pela própria ideia da pouca importância da vida animal, que pode facilmente ser subjugada em relação a outros interesses humanos, como práticas culturais, religiosas, ou a simples comercialização, que é instrumento para rotineiros exercícios de maus tratos.

Situação tal depende sim, em muito, de transformação na consciência cultural, porém de grande auxílio seria o status de sujeito de direito atribuído ao animal, de modo a juridicamente influenciar à sociedade no que se refere a importância da proteção de uma vida, tanto pela sua natureza em si quanto pelos seus sentimentos e capacidade de sofrimento. Evidenciado foi, que, se a personalidade é instituto puramente legal, dado pelo ordenamento ao ser humano e com o passar do tempo tendo se estendido a outros entes, não há motivo para se deixar de atribuí-la aos animais. Por óbvio que o cerne desta monografia contém argumentação a embasar a necessidade de legislação específica acolhedora da personalidade jurídica dos animais.

Conclui-se, dessa maneira, que a hipótese aqui posta verifica-se possível do ponto de vista legal, havendo inclusive exemplos estrangeiros, cabendo somente vontade legislativa para tal.

REFERÊNCIAS

Agência de Notícias de Direitos Animais. *Em decisão histórica, França altera o Código Civil e reconhece animais como seres sencientes*. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2015/02/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes/>. Acesso em: 5 nov. 2017.

AGOSTINHO, Santo. *Cidade de Deus*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Vol. 1.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ANIMAIS deixam de ser “coisas” perante a lei. Lei entra em vigor a 1 de maio. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/106549655>. Acesso em: 5 nov. 2017.

ANIMAL ETHICS. *O Que é Senciência*. Disponível em: <http://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/senciencia-animal/>. Acesso em: 30 set. 2017.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Os animais e o direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/colunas/paulo-bessa/22168-os-animais-e-o-direito/>. Acesso em: 5 nov. 2017.

ARISTÓTELES. *A Política*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

ARRUDA, João. *Curso de Direito Romano*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65973/68584>. Acesso em: 1 mai. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BÍBLIA sagrada. Gênesis 1, 26.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 153531-8 SC*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Segunda Turma. Brasília, 3 de junho de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500j>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL, *Lei nº. 11.794 de 8 de outubro de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 de set. 2017.

BRASIL. *Decreto Lei n.º 3.688 de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 2 abr. 2017.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.651, de 03 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 2 de abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº. 7.347 de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 8 set. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 3670, de 18 de novembro de 2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055720>. Acesso em 12 nov. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 6799, de 20 de novembro de 2013*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>. Acesso em 12 nov. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 7991, de 24 de setembro de 2014*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=622728>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI. *nº 4983*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. 2 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI. nº 1856*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de maio de 2011. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em 1 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. *RCL 25.869/PI*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 7 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5106103>. Acesso em: 6 mar. 2018.

CASTRO, João Marcos Adede Y. *Crimes Ambientais: Comentários à Lei nº. 9.605/98.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio Cultural e maus-tratos a animais: álibi Inconstitucional*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/16501/11051> Acesso em: 2 nov. 2017.

DIAS, Edna Cardozo. *A Tutela Jurídica dos Animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito dos Animais*. Salvador. Vol. 1, n.1 p. 120, jan. 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 280.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

FRANCIONE, Gari L. *Personhood, Property and Legal Competence*. Disponível em: <http://www.animal-rights-library.com/texts-m/francione01.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, Vol. 1.

GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. *Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22996/14614>. Acesso em: 2 nov. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004.

MARTINS, Renata de Freitas. *O respeitável público não quer mais animais em circos!* Revista Brasileira de Direito Animal. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana/Documents/8%C2%BA%20Semestre/Mono%20I/10462-29414-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

NACONECY, Carlos Michelon. *Ética e Animais*. Disponível em: <https://books.google.pt/books?id=V67kRddn06UC&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 1 out. 2017.

NAZO, Georgete Nacarato; MUKAI, Toshio. *O Direito Ambiental no Brasil: Evolução Histórica e a Relevância do Direito Internacional do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47761/45557>. Acesso em: 19 mar. 2017.

OLIVEIRA, Tiago Pires. *Redefinindo o status jurídico dos animais*. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/brazilvol3.pdf>. Acesso em: 5 de nov. 2017.

Onca Defesa Animal. Exploração animal - vivissecção. Disponível em: <http://www.onca.net.br/exploracao-animal/exploracao-animal-vivisseccao/>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1225.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

PLATÃO. *Diálogos*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultura,1991.

PORTUGAL. *Lei nº 8, de 03 de março de 2017*. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/106549655>. Acesso em: 5 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei 11.915 de 21 de maio de 2003*. Disponível em:<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%2011915&idNorma=32&tipo=pdf>. Acesso em: 2 de mar. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI nº 70010129690 RS*. Tribunal Pleno. Relator: Desembargador Araken de Assis. Rio Grande do Sul, 18 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70010129690&code=8215&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20TRIBUNAL%20PLENO>. Acesso em: 25 fev. 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2017.

SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda Responsável e Dignidade dos Animais. *Revista Brasileira de Direito dos Animais*. Salvador, Vol. 1, n.1. p. 77, jan. 2006.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxhY2hlaWNhZXNlZ2F0b3N8Z3g6NTJjZTdlYWRlMmNmM2JiMw>. Acesso em: 13 mai. 2017.

SIQUEIRA FILHO, Valdemar; LEITE, Rodrigo de Almeida; LIMA, Victor Breno de. *A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15297/10657>. Acesso em: 3 nov. 2017.

TALLARICO, Rafael; BRITO, Sirlei. *História da filosofia ocidental: Da Pólis Grega ao Estado de Direito Contemporâneo.* Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=B2SiAgAAQBAJ&pg=PT47&lpg=PT47&dq=mulheres+e+escravos+n%C3%A3o+eram+sujeitos+de+direito&source=bl&ots=c_ym_kQEje&sig=fcTHZmiqBYyDzLRTjPeDuI6_Vv8&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjb_LbXmM_TAhUM4iYKHUqZBs8Q6AEINDAC#v=onepage&q=mulheres%20e%20escravos%20n%C3%A3o%20eram%20sujeitos%20de%20direito&f=false>. Acesso em: 1 mai. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, Vol.1.

WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira. Subsídios para a história do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WAINER, Ann Helen. *Legislação Ambiental Brasileira: Evolução Histórica do Direito Ambiental.* Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176003/000468734.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 mar. 2017.

REFLEXÕES SOBRE A ALTERAÇÃO QUE SE ESPERA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DIANTE DO DISPOSTO NOS ARTS. 1.032 E 1.033 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Ana Paula Silva Domingos

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar as mudanças que se espera na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) diante das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015: em particular, os arts. 1.032 e 1.033. No primeiro capítulo, analisa-se o recurso especial como valioso instrumento processual pelo qual o STJ exerce sua função de uniformização da interpretação e aplicação do direito infraconstitucional federal, abordando suas características e peculiaridades, os motivos pelos quais foi instituído, as hipóteses de cabimento, bem como o seu processamento, além das alterações trazidas com a entrada em vigor do novo *Codex*. Já no segundo capítulo, o estudo será voltado para a intensa constitucionalização do Direito brasileiro, sobretudo do direito federal, e quais fatores contribuíram para se chegar a este cenário. Além disso, será também tratado de que forma este fenômeno influi (ou deve influir) na interpretação que o STJ, como guardião do direito federal, deve dar a ele. Por fim, no terceiro capítulo, pretende-se examinar a jurisprudência que se firmou no âmbito dessa Corte Superior, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, quanto à análise da violação às normas constitucionais, à importância da observância dos preceitos e valores constitucionais na hermenêutica do direito infraconstitucional e se os referidos artigos têm sido aplicados conforme a intenção do legislador, pontuando-se, ainda, a necessidade de uma ressignificação da atuação do Superior Tribunal de Justiça como Corte responsável por dar a última palavra sobre o direito federal.

Palavras-chave: Direito Constitucional e Processual Civil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Constitucionalização do direito federal. Arts. 1.032 e 1.033 do Código de Processo Civil de 2015. Implicações.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar as mudanças que se espera na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) diante das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015): os arts. 1.032 e 1.033.

Instituído pela Constituição Federal de 1988 como tentativa de solucionar a crise que recaía sobre o Supremo Tribunal Federal (STF) nas décadas de 1960 e 1970, o Superior Tribunal de Justiça passou a ocupar, a partir de então, um importante papel na afirmação dos valores jurídicos, sociais e políticos do Estado brasileiro por meio da guarda da legislação federal. Assim, assumiu parte da competência que até então pertencia à Suprema Corte.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) vigorou, na jurisprudência do STJ, o posicionamento quanto à impossibilidade de se analisar violações às normas constitucionais pela via do recurso especial, sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte de guardiã da Constituição.

Entretanto, a Constituição Federal é a norma maior do ordenamento jurídico brasileiro, o que faz com que a elaboração e interpretação das normas infraconstitucionais devam estar em consonância com os valores e princípios constitucionais. Daí se depreende a importância da problemática tratada nessa pesquisa para o direito contemporâneo, uma vez que o STJ, ao estabelecer o sentido da norma de direito federal, deveria basear-se nos preceitos constitucionais.

Para a elaboração desta monografia, estruturada em três capítulos, foram realizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, abrangendo, principalmente, as áreas do Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

O primeiro capítulo destina-se a um estudo detalhado acerca do recurso especial, instituído conjuntamente com o Superior Tribunal de Justiça pela Constituição vigente, pelo qual a Corte Superior exerce sua função de garantir a unidade na interpretação e aplicação do direito federal.

Para que seja possível compreender as alterações que se espera ocorrer na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é imprescindível entender a sistemática do recurso especial. Sendo assim, serão analisados os aspectos conceitual e histórico da sua instituição, as hipóteses de cabimento, estabelecidas no art. 105, inciso III da Constituição Federal, bem como características e peculiaridades desse instrumento, além das alterações trazidas pelo *Codex* vigente.

O segundo capítulo será reservado ao exame da intensa constitucionalização do Direito brasileiro, sobretudo, do direito infraconstitucional federal, objeto de última análise pelo STJ. Verificado no Brasil a partir da promulgação da atual Constituição, marcando o período de redemocratização do país, esse fenômeno foi influenciado, sobremaneira, por relevantes atributos da norma constitucional, quais sejam, supremacia jurídica e força normativa. Serão, ainda, objetos de destaque as implicações ocasionadas pela constitucionalização do direito federal pátrio na atividade hermenêutica desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça.

No terceiro e último capítulo, pretende-se examinar a jurisprudência que se firmou no âmbito do STJ na vigência do Código de Processo Civil de 1973, quanto à impossibilidade de análise de violação às normas constitucionais em recurso especial, mesmo sendo a Constituição Federal parâmetro que orienta a elaboração das normas infraconstitucionais, assim como a importância da observância dos preceitos e valores constitucionais na hermenêutica do direito infraconstitucional e as previsões contidas nos arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 como reação ao posicionamento firmado.

Por fim, demonstrar-se-á, por meio de análise jurisprudencial, se os referidos artigos têm sido aplicados conforme a intenção do legislador, pontuando-se, ainda, a necessidade de uma ressignificação da atuação do Superior Tribunal de Justiça como Corte responsável por dar a última palavra sobre o direito federal.

O método a ser aplicado nesta pesquisa é o dogmático-instrumental.

O que se busca, ao final deste trabalho, é constatar a impossibilidade de dissociar a interpretação da norma de direito federal dos valores e princípios dispostos na Constituição Federal, de forma que o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, na vigência do CPC/1973, não deve mais prevalecer, ainda mais após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe novas disposições aos arts. 1.032 e 1.033.

2 RECURSO ESPECIAL

O presente capítulo tem por objetivo o estudo pormenorizado do recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o previsto no art. 105, III da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, serão abordadas suas características e peculiaridades, os motivos pelos quais foi instituído, o seu processamento, além das alterações trazidas com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

2.1 Conceito

A terminologia recurso especial foi atribuída ao recurso destinado ao Superior Tribunal de Justiça para resguardar a aplicação e interpretação do direito federal com o advento da Constituição Federal de 1988. [1]

O recurso especial é uma das espécies do gênero recurso extraordinário (também conhecido como recurso excepcional ou recurso de superposição), da mesma forma que são espécies o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso III da Constituição Federal), o recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho (art. 896 da CLT) e o recurso especial para o Tribunal Superior Eleitoral (art. 276, inciso I do Código Eleitoral). [2]

[1] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 913.
[2] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 305-306.

Segundo Araken de Assis, o adjetivo "especial" individualizou a área de atribuição recursal do STJ das atribuições que competiam ao STF antes da Constituição Federal de 1988. [3]

Portanto, o recurso especial é aquele destinado a preservar a integridade e uniformidade da aplicação da legislação infraconstitucional, reformando ou anulando acórdãos prolatados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, por força da previsão constitucional do art. 105, inciso III. [4]

2.2 Histórico

A instituição do Superior Tribunal de Justiça e, consequentemente, do recurso especial, surgiu da necessidade de se instituir um tribunal que sustentasse parte da sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal[5], sendo, dentre outras, uma das medidas adotadas para se tentar resolver a chamada "crise do Supremo". [6]

Até 1988, o Supremo Tribunal Federal tinha como atribuições, além de outras, a guarda da Constituição Federal e a uniformização da aplicação do direito infraconstitucional, o que acabou gerando uma sobrecarga de recursos e processos na Suprema Corte[7]. Foram criados óbices regimentais e impedimentos para se tentar,

[3] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 913.

[4] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 398.

[5] MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial:* e o controle difuso de constitucionalidade. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 100.

[6] Nesse sentido, Leonardo Castanho Mendes relata: "A carga fabulosa de processos que, nessa via, poderia, pois, ascender ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal causou o que se convencionou chamar de a "crise do Supremo", ou mais precisamente a "crise do recurso extraordinário", do que resultaram inúmeras sugestões, algumas efetivamente implementadas, outras não, mais ou menos bem sucedidas, de dar cabo do problema. Dentro dessas tentativas, poder-se-iam citar as seguintes: [...] h) e finalmente, o que mais de perto interessa aos objetivos do presente trabalho, a criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial (art. 105, III, da Constituição Federal), a ele destinado". MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial:* e o controle difuso de constitucionalidade. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.

[7] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 908.

ao menos, reduzir o volume de recursos extraordinários. Porém, referidas medidas não foram capazes de atenuar essa crise. [8]

Ainda na vigência da Constituição Federal de 1946, José Afonso da Silva realizou estudo acerca do recurso extraordinário, publicado no ano de 1963. Neste trabalho, foi sugerida a instituição de um tribunal superior, de igual posição hierárquica dos outros dois tribunais superiores (Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho), com a finalidade de se resolver a crise do STF, assim como a indicação do recurso especial para se assegurar a uniformidade na aplicação e interpretação do direito objetivo federal. [9]

Em 1965, durante a realização da mesa redonda ordenada pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas e composta por diversos juristas, recomendou-se a criação de um Tribunal com função de decidir sobre matéria que não tivesse, como especificidade, natureza constitucional, além de outras atribuições. [10]

Porém, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 o Superior Tribunal de Justiça foi instituído, com a função precípua de preservar a integridade e uniformidade da aplicação e interpretação do direito federal infraconstitucional por meio do recurso especial[11]. Assim, o Superior Tribunal de Justiça assumiu parte da competência que antes era do Supremo Tribunal Federal; isto é, as demandas que

[8] MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 46-47.

[9] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 909.

[10] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 111-112.

[11] A esse respeito, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha explicam sobre a instituição do recurso especial com a criação do STJ pela atual Constituição Federal: "O recurso especial para o STJ é, na verdade, fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário para o STF (antes da CF/1988), que servia como meio de impugnação da decisão judicial por violação à Constituição e à legislação federal. Com a criação do STJ, pela CF/1988, as hipóteses de cabimento do antigo recurso extraordinário foram repartidas entre o STF e o STJ. O recurso especial nada mais é do que um recurso extraordinário para o STJ". DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3 Salvador: JusPodivm, 2016. p. 306.

envolvessem contencioso federal infraconstitucional, resolvidas, até então, pela Suprema Corte, passaram a ser de atribuição do STJ, restando para o STF a competência precípua quanto à matéria constitucional. [12]

Todavia, apesar de ter sido instituído para pôr fim à crise que pairava sobre o STF, o STJ acabou adentrando na mesma crise de sobrecarga de processos. [13]

No entanto, ainda que o STJ esteja imerso em uma crise semelhante à em que se encontra o STF, ocasionada pelo grande volume de recursos e processos que chegam diariamente para serem julgados na Corte, a importância de sua instituição e, consequentemente, do recurso especial, não deve ser esquecida. Conforme defende Araken de Assis, "o recurso especial constitui instrumento valioso e nobre"[14], que viabiliza ao STJ, há mais de 29 anos, ser o guardião da legislação federal, por meio da uniformização de sua interpretação e aplicação.

2.3 Natureza jurídica

Como visto anteriormente, o recurso especial é instrumento apto a impugnar os acórdãos prolatados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, pleiteando-se a reforma ou anulação da decisão impugnada com a finalidade de preservar a integridade e uniformidade da aplicação da legislação infraconstitucional, por força da previsão constitucional do art. 105, inciso III.

[12] MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial:* e o controle difuso de constitucionalidade. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 101.

[13] Araken de Assis enumera alguns motivos que o levaram à semelhante contratempo: "[...] abaixo do STJ situam-se os tribunais de segundo grau da Justiça Comum (TJ) e da Justiça Federal (TRF). A organização judiciária, em ambos os setores, expandiu-se de modo exponencial, em parte acompanhando o crescimento vegetativo da população, para acolher milhões de feitos novos. Vários fatores – a complexidade das relações sociais, a desigualdade, o ânimo para litigar, a ausência de riscos financeiros na eventual derrota do autor (a gratuidade de justiça representa poderoso indutor das aventuras judiciárias), o número crescente de representantes judiciais habilitados, humanamente buscando seu espaço de vida – influenciam o fenômeno". ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 910.

[14] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 911.

No direito nacional, existem três instrumentos utilizados para impugnar as resoluções judiciais: as ações autônomas, os recursos e os sucedâneos recursais. Esses mecanismos integram o sistema de impugnação da decisão jurisdicional. [15]

Embora ainda haja grande divergência na doutrina quanto à natureza jurídica do recurso, como destacado por Araken de Assis[16] e Cassio Scarpinella Bueno[17], será seguida, neste trabalho, a corrente majoritária[18], que entende recurso como prolongamento da ação originária.

Nessa perspectiva, o recurso é o instrumento destinado à impugnação de resolução judicial, aplicado no mesmo processo em que a decisão combatida foi proferida[19]. Isso significa dizer que o recurso não faz surgir uma nova relação processual, uma vez que se insere na mesma relação jurídica na qual foi proferida a decisão impugnada, isto é, enseja a continuidade do processo que já vinha se desenvolvendo e renova o direito de ação e de defesa[20]. Assim, o recurso e, consequentemente, o recurso especial, é o mecanismo pelo qual a parte vencida, total ou parcialmente, poderá buscar a reforma ou a invalidação da decisão insatisfatória no mesmo processo em que esta foi proferida, resultando, assim, no prolongamento do processo já em curso. [21]

---

[15] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 89.

[16] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.

[17] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44.

[18] Nesse sentido, posicionam-se: Cassio Scarpinella Bueno, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha e Nelson Nery Jr..

[19] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3 Salvador: JusPodivm, 2016. p. 89.

[20] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 38-41.

[21] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 62.

Conclui-se, portanto, que o recurso especial é um meio dependencial de impugnação das decisões judiciais, em virtude de combater a decisão no mesmo processo em que foi prolatada.

2.4 Disciplinamento legal

Precipuamente, o recurso especial tem previsão constitucional. Além de ter previsto a criação do Superior Tribunal de Justiça, a atual Constituição instituiu o recurso especial, destinado à referida Corte Superior.

O art. 105, III da Constituição Federal é o responsável por estabelecer as hipóteses de cabimento do recurso especial e os requisitos a serem cumpridos na sua interposição, que serão analisados detalhadamente no tópico a seguir.

No âmbito da legislação infraconstitucional, mais especificadamente em relação ao Código de Processo Civil de 2015, o novo diploma processual trouxe importantes alterações quanto ao processo e julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Os arts. 1.029 ao 1.041 do CPC/2015 disciplinam os procedimentos a serem observados tanto pelo recorrente, quando da interposição do recurso, quanto pelo STJ no julgamento do recurso, que serão posteriormente estudados conjuntamente com as alterações trazidas pela nova lei processual.

2.5 Hipóteses constitucionais de cabimento

Como já relatado, da divisão na competência do STF, diante da previsão do STJ pela Constituição Federal de 1988, referido Tribunal Superior passou a dirimir, por meio do recurso especial, questões de direito federal infraconstitucional, sendo o art. 105, inciso III da Constituição Federal o responsável por estabelecer a extensão de sua competência, nos seguintes termos:

> "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

> a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
>
> b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
>
> c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."[22]

Em razão de sua especificidade, a Constituição Federal condicionou a admissibilidade do recurso especial a pressupostos específicos, estabelecidos no *caput* e nas alíneas do artigo acima colacionado, que devem ser observados conjuntamente com os pressupostos gerais de admissibilidade recursal, previstos para qualquer recurso, para que o Superior Tribunal de Justiça possa analisar e julgar o mérito. [23]

Os pressupostos específicos podem ser subdivididos em: (i) pressupostos cumulativos, que estão estabelecidos no art. 105, inciso III, da Constituição Federal; (ii) pressupostos alternativos, que se encontram dispostos nas alíneas do referido dispositivo constitucional. [24]

2.5.1 Pressupostos cumulativos

No tocante aos requisitos cumulativos, para que o recurso especial perante o STJ seja cabível, é imprescindível que a decisão recorrida tenha sido proferida em única ou última instância, isto é, "o esgotamento das vias ordinárias de impugnação é exigência inafastável para o cabimento do recurso especial"[25].

Assim, para que a parte recorrente cumpra com tal pressuposto, é necessário que haja a manifestação final do órgão colegiado competente do Tribunal, não sendo suficiente a decisão isolada do relator, ou seja, é primordial que haja a deliberação

[22] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.
[23] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.609.
[24] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.609.
[25] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.609.

final do colegiado competente, pois só cabe recurso especial contra acórdão[26]. Portanto, a parte que quiser recorrer ao STJ por meio do recurso especial, deverá, necessariamente, interpor todos os recursos ordinários até que nenhum mais seja cabível. [27]

Ainda a respeito dos pressupostos cumulativos, a segunda exigência é que a decisão a ser impugnada pelo especial seja proferida pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, conforme disposição do art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

Diante dessa imposição é que se verifica a impossibilidade de interposição de recurso especial em face de decisões que tenham sido proferidas em julgamento de recurso inominado nos Juizados Especiais, uma vez que o órgão responsável pela revisão das sentenças prolatadas nos Juizados Especiais é o Colégio Recursal, que não possui natureza de tribunal por ser formado por juízes de primeiro grau de jurisdição[28], não sendo reconhecido nem como Tribunal de Justiça, do Distrito Federal e Territórios nem como Tribunal Regional Federal. [29]

Por fim, no rol dos pressupostos específicos cumulativos, há quem entenda, como Daniel Amorim Assumpção Neves[30], que o pré-questionamento é um dos requisitos específicos cumulativos para a interposição do recurso especial. No entanto, há outros doutrinadores que entendem ser pressuposto genérico de admissibilidade. Assim, o pré-questionamento no recurso especial será tratado em um tópico específico posteriormente.

---

[26] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 343.

[27] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.609.

[28] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.610.

[29] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 343.

[30] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.613.

2.5.2 Pressupostos alternativos

Os pressupostos alternativos estão previstos nas alíneas do art. 105, inciso III da Constituição Federal, e devem ser observados conjuntamente com os cumulativos pela parte que optar pela interposição do recurso especial, não se exigindo a presença dos três requisitos simultaneamente para o recebimento e conhecimento do recurso, como ocorre com os pressupostos já tratados acima. [31]

O recurso especial será cabível quando a decisão recorrida dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou, c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal[32].

Assim, passa-se à análise de cada um dos pressupostos alternativos de cabimento do recurso especial.

2.5.2.1 Alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal

No tocante à alínea "a", o recurso especial poderá ser interposto quando a decisão recorrida contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal, sendo a hipótese mais utilizada para fundamentar o recurso especial. [33]

Quanto à previsão de contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal, Daniel Amorim Assumpção Neves entende existir distinção entre as duas terminologias, explicando que:

> "[...] 'contrariar' significa distanciar-se da *mens legislatoris* ou da finalidade da norma, incluindo uma má interpretação que

[31] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.614.
[32] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.
[33] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.614.

> importe o desvirtuamento de seu conteúdo, enquanto "negar vigência" significa deixar de aplicar a norma correta no caso concreto. Tanto a contrariedade como a negativa de vigência impedem a lei federal de ser aplicada como deveria, sendo nesses termos vícios da mesma gravidade."[34]

Já para Leonardo Castanho Mendes, ambas as ações dizem respeito à violação da vontade da lei, seja no sentido do tribunal interpretá-la de forma incorreta, seja na expressa manifestação do tribunal de não aplicar a lei. Além disso, sustenta que resta nítido o propósito do legislador constituinte de ampliar o cabimento do recurso para abranger qualquer hipótese de ofensa à lei federal. [35]

Embora haja divergência na doutrina acerca da abrangência e do sentido dos termos "contrariar" e "negar vigência", tal diferenciação é desnecessária, uma vez que o recurso especial é cabível em ambos os casos. [36]

Ademais, no que concerne à lei federal, para efeitos de cabimento do recurso especial, o entendimento da doutrina é de que o legislador constituinte referiu-se às leis nacionais e federais, sem se importar com a espécie da lei[37]. Portanto, estão abrangidos os diplomas normativos como lei complementar federal, lei ordinária federal, lei delegada federal, decreto-lei federal, medida provisória federal (ainda que tecnicamente não seja lei, mas possui a mesma força normativa) e decreto autônomo federal, excluindo as portarias, instruções normativas, resoluções, circulares, decretos legislativos, pareceres normativos, regimentos internos de tribunais e súmulas. [38]

Quanto ao tratado, Daniel Amorim Assumpção Neves defende uma interpretação mais abrangente para abarcar os ajustes, acordos, compromissos e

---

[34] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.615.
[35] MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial:* e o controle difuso de constitucionalidade. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 102-103.
[36] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.614-1.615.
[37] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.615.
[38] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 345-346.

tratados *stricto sensu*, retirando desse rol os tratados e as convenções internacionais, que, atendendo ao procedimento legislativo previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, equivalem às emendas constitucionais, hipótese em que caberá recurso extraordinário destinado ao STF, responsável pela análise da matéria constitucional, por se tratar de normas com força constitucional. [39]

Por fim, sendo o recurso especial interposto com base no art. 105, III, "a" da Constituição Federal, caberá à parte recorrente a indicação expressa do dispositivo legal federal que entender ter sido violado, sob pena de ser inadmitido o recurso, conforme jurisprudência pacífica da Corte Superior. [40]

2.5.2.2 Alínea "b" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal

Caberá recurso especial, ainda, quando a decisão combatida julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal, de acordo com o que prevê o art. 105, III, "b" da Constituição Federal, que teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

É importante frisar que o ato de governo local poderá ter natureza normativa ou administrativa, implementado pelo Poder Executivo, Legislativo (no âmbito municipal ou estadual) ou pelo Judiciário (no âmbito estadual). [41]

Nesse sentido, é necessário que tenha ocorrido uma disparidade entre o ato do governo local e a lei federal; ou seja, se o Tribunal recorrido optou por julgar válido o ato do governo local, a legislação federal pode ter sido afrontada, cabendo ao STJ

[39] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.615-1.616.

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg nos EREsp 382756/SC*. Corte Especial. Agravante: Busscar Ônibus S/A. Agravado: Fazenda Nacional. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 18, de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=929932&num_registro=200201196055&data=20091217&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2017.

[41] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.616.

manifestar-se sobre esse possível contraste existente para que seja resguardado o ordenamento jurídico federal. [42]

2.5.2.3 Alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal

O último pressuposto alternativo está descrito na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, que diz respeito ao cabimento do recurso especial pela chamada divergência jurisprudencial, isto é, quando o acórdão recorrido dá à lei federal interpretação divergente da atribuída por outro tribunal. [43]

O Superior Tribunal de Justiça tem como função constitucional essencial a uniformização da jurisprudência de âmbito nacional com a finalidade de eliminar qualquer divergência existente entre tribunais, bem como firmar orientação a ser seguida por estes. [44]

Ademais, de acordo com o que dispõem a parte final da própria alínea "c" e a Súmula 13 do STJ[45], a divergência alegada não poderá ser demonstrada com julgados do mesmo tribunal que proferiu o acórdão recorrido, uma vez que o recurso especial visa a sanar a divergência entre tribunais, e não entre órgãos fracionários do mesmo tribunal[46]. Portanto, as dissonâncias de entendimentos de um mesmo tribunal na interpretação da lei, embora sejam sobre leis federais, não estão aptas a abrir a via excepcional, restando como opções a instauração de incidente de assunção de

[42] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 346-347.
[43] MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial:* e o controle difuso de constitucionalidade. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 107-108.
[44] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p.347.
[45] "A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial."
[46] MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial:* e o controle difuso de constitucionalidade. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 110.

competência ou a oposição de embargos de divergência, se esta ocorrer em tribunal superior. [47]

Assim, a divergência entre acórdãos de (i) tribunais de justiça de diferentes Estados; (ii) tribunais regionais federais de regiões diversas; (iii) tribunais de justiça e tribunais regionais federais; e (iv) tribunais de 2º grau e o próprio STJ serve para a interposição do recurso com base na alínea "c" do permissivo constitucional, exceto os julgados da justiça especializada, uma vez que os órgãos que compõem referida justiça não estão sujeitos à jurisdição do STJ. [48]

Outro requisito para interposição de recurso especial com fundamento na alínea "c" é a comprovação da divergência entre os tribunais, conforme prevê o § 1º do art. 1.029 do CPC/2015. Dessa forma, além de o recorrente ter que provar a divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, é necessária a realização do devido cotejo analítico no recurso especial, de forma a especificar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os acórdãos confrontados, comparando as bases fáticas, que devem ser semelhantes, bem como que as teses aplicadas foram opostas, não sendo suficiente apenas a transcrição de ementas. [49]

Por fim, a divergência deverá ser atual e não será cabível recurso especial quando a jurisprudência do STJ já tiver firmado entendimento na mesma direção do acórdão recorrido, de acordo com o enunciado da Súmula 83 do STJ[50], além de ser

[47] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.616.
[48] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.617.
[49] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 347-348.
[50] "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

imprescindível a indicação expressa do dispositivo de lei federal ao qual foi dada interpretação divergente, sob pena de inadmissão do recurso. [51]

2.6 Vedação do reexame de provas

No tocante ao reexame de provas, os tribunais superiores pacificaram entendimento no sentido de que é incabível a revisão de fatos e provas por meio dos recursos extraordinários, na medida em que esses tribunais têm a função de exercer o controle da correta aplicação do direito. [52]

Assim, uma vez que o recurso especial é uma das espécies do gênero recurso extraordinário, conforme já pontuado anteriormente, esse entendimento é aplicável, também, no âmbito do STJ. Tanto é que tal orientação foi confirmada por meio da edição da Súmula 7 [53] pela Corte Especial do STJ em 28/6/1990.

Muito embora seja vedado o reexame de provas nas instâncias superiores, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha entendem ser cabível recurso especial por violação às normas de direito probatório, presentes no Código de Processo Civil e no Código Civil, em especial, quando versar sobre valoração e admissibilidade da prova, como por exemplo, para discutir acerca da utilização de prova ilícita ou sobre ônus da prova. [54]

Nesse contexto, a jurisprudência do STJ tem inadmitido o simples reexame da matéria fático-probatória, mas destaca que:

> "[...] o óbice contido na Súmula 7 do STJ não impede a correção, por esta Corte Superior, de erros cometidos nas

[51] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg nos EREsp 382756/SC*. Corte Especial. Agravante: Busscar Ônibus S/A. Agravado: Fazenda Nacional. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 18, de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=929932&num_registro=200201196055&data=20091217&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2017.

[52] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 306.

[53] "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

[54] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 306-308.

> instâncias originárias quanto à valoração das provas, em especial, o erro de direito na aplicação de princípios abstratamente considerados."[55].

Portanto, é imprescindível diferenciar o recurso especial que visa a debater a respeito de apreciação da prova, daquele recurso que busca, tão somente, abordar a aplicação do Direito Probatório. No primeiro caso, o recurso especial será inadmitido ante a orientação fixada pela Súmula 7 desta Corte. No segundo, por se tratar de questão de direito, o STJ poderá exercer o controle por meio do recurso especial. [56]

Assim, diante da expressa vedação ao reexame de fatos e provas, o Superior Tribunal de Justiça só está apto a fazer o controle da questão de direito que for submetida por via do recurso especial, excluindo de sua apreciação a reanálise de fatos e/ou provas.

2.7 Cabimento do recurso especial com base no disposto no art. 987 da Lei n. 13.105/2015

O Código de Processo Civil de 2015 disciplinou, nos arts. 976 a 987, o incidente de resolução de demandas repetitivas, conhecido também por IRDR, sem previsão no Código anterior. Nos termos do que preceitua o *caput* do art. 976 do CPC/2015, o incidente será cabível quando houver, simultaneamente, efetiva

[55] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg no REsp 1279106/RJ*. Primeira Turma. Agravante: União. Agravado: Janaína Paulino da Paz e outros. Relator(a): Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 22, de agosto de 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628886&num_registro=201102209941&data=20170831&formato=PDF>. Acesso em: 4 out. 2017.

[56] Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha explicam detalhadamente: "Se, para admitir o recurso especial ou extraordinário, for preciso desfazer a afirmação contida no acórdão recorrido, aí é necessário rever fatos ou provas, sendo inviável a irresignação da parte. O recurso excepcional toma por base as próprias afirmações contidas no acórdão recorrido. [...] Se, para combater as afirmações de fato constantes do acórdão recorrido, for necessário reportar-se a algum documento ou a algum fato ali não retratado, aí incidem os enunciados 7 e 279 das súmulas do STJ e do STF, respectivamente. Tome-se, porém, como exemplo, a hipótese em que o tribunal afirma que há recibo de quitação nos autos, mas, ainda assim, a parte ré há de ser condenada ao pagamento postulado. Nesse caso, partindo-se dos próprios fatos afirmados no acórdão recorrido, pode-se interpor o recurso especial para alegar violação a dispositivo da legislação federal que confere força probatória ao recibo. Aqui, há uma questão de direito relacionada com a aplicação do Direito Probatório, com a aplicação de dispositivos legais que tratam da admissibilidade ou do valor da prova produzida". DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 308.

repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. [57]

Em síntese, pode-se destacar que a intenção do referido incidente é de reduzir a atividade jurisdicional estatal, em virtude do vínculo imposto pelo precedente a ser gerado pelo julgamento do incidente, de forma a garantir a duração razoável dos processos que serão afetados, bem como de uniformizar a aplicação das normas cabíveis aos casos concretos. [58]

Observadas as exigências legais e o procedimento a ser seguido no IRDR, prolatado o acórdão que julga o incidente, caberá recurso extraordinário ou especial, nos termos do art. 987, *caput* do CPC/2015, desde que presentes os requisitos previstos nos arts. 102, inciso III e 105, inciso III da Constituição Federal[59]. Caberá, portanto, recurso especial contra o acórdão que julga o mérito do incidente.

O recurso especial e o extraordinário poderão ser interpostos por qualquer das partes do processo, pelo Ministério Público, por uma das partes que teve seu processo suspenso pela instauração do IRDR, conforme previsão do Enunciado 94 do Fórum Permanente de Processualistas Civis[60], ou, ainda, por um *amicus curiae*, consoante expressa previsão legal do art. 138, § 3º do CPC/2015. [61]

Por fim, cabe ao relator ou órgão colegiado competente a análise da admissibilidade do recurso excepcional interposto[62], sendo que a interposição do recurso especial (ou do recurso extraordinário) impede a produção de efeitos pelo

[57] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.
[58] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 459.
[59] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.423.
[60] "A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas."
[61] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 640.
[62] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.420.

acórdão que julgou o incidente, de acordo com art. 987, § 1º do CPC/2015. Todavia, julgado o recurso pelo STJ ou pelo STF, conforme o caso, a tese jurídica fixada será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito, segundo o § 2º do mesmo artigo. [63]

2.8 Processamento do recurso especial

De início, destaca-se que o procedimento do recurso especial, assim como ocorre com o recurso extraordinário, subdivide-se em duas etapas, em razão de sua interposição ocorrer no Tribunal *a quo* [64]. Portanto, será analisado de forma separada.

2.8.1 Procedimento do recurso especial no Tribunal de origem

Optando a parte pela interposição do recurso especial em face do acórdão que lhe foi desfavorável, terá o prazo de 15 (quinze) dias úteis, conforme o art. 1.003, § 5º do CPC/2015, devendo o recurso ser interposto perante o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, no qual o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões em igual prazo, a teor do art. 1.030, *caput* do CPC/2015. [65]

Após apresentação das contrarrazões ou findo o prazo sem apresentação da resposta, o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal recorrido exercerá o juízo provisório de admissibilidade do recurso, de acordo com o previsto no art. 1.030, V do CPC/2015, que não vincula o Superior Tribunal de Justiça. [66]

---

[63] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.423.

[64] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 943.

[65] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 316.

[66] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3 Salvador: JusPodivm, 2016. p. 316.

Admitido ou inadmitido o recurso excepcional, competirá, tão somente, ao Superior Tribunal de Justiça a última palavra quanto à admissibilidade do recurso interposto, ou seja, o juízo definitivo de admissibilidade. [67]

Nos casos em que o recurso especial é inadmitido na origem, em regra, será cabível, nos próprios autos, o agravo previsto no art. 1.042 do CPC/2015 para o STJ contra a decisão de inadmissibilidade[68]. Contudo, há duas hipóteses em que o recurso adequado para impugnar a decisão de inadmissão será o agravo interno (art. 1.021 do CPC/2015), nos termos do § 2º do art. 1.030 do CPC/2015.

Assim, caberá agravo interno em face da decisão do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal local que negar seguimento a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.030, I, "b", do CPC/2015) e contra a decisão que sobrestar o recurso especial que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo e ainda não decidida pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 1.030, III do CPC/2015). O recorrente poderá demonstrar que o seu caso é distinto do entendimento firmado no recurso repetitivo ou que há distinção entre a controvérsia pendente de análise pelo STJ e a questão alegada no recurso. [69]

O Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido deverá, ainda, de acordo com o inciso II do art. 1.030 do CPC/2015, encaminhar o processo ao órgão prolator da decisão para realização do juízo de retratação quando o recurso especial interposto impugnar acórdão que divergiu do entendimento do STJ exarado no regime de recursos repetitivos. Caso não haja retratação, deverá ser realizado o juízo

[67] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 943.
[68] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 943.
[69] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 317.

de admissibilidade do recurso, remetendo-o para o STJ no caso de juízo positivo (art. 1.030, V, "c" do CPC/2015). [70]

Por fim, caso o juízo de admissibilidade provisório seja positivo, deverá ser remetido o feito ao Superior Tribunal de Justiça, desde que o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; ou, o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou, ainda, o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação, a teor do art. 1.030, V do CPC/2015. [71]

2.8.2 Procedimento do recurso especial no STJ

Cumpre ressaltar, inicialmente, que há dois procedimentos para o recurso especial no âmbito do STJ: um, quando o recurso especial contiver questão federal isolada, e outro, no caso de recurso especial repetitivo. [72]

Este tópico se limitará, tão somente, a tratar do procedimento comum destinado ao recurso especial que verse sobre questão federal isolada.

O recurso especial poderá chegar ao STJ por duas vias, que são: sendo admitido pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido, superado o juízo de admissibilidade (art. 1.030, V do CPC/2015); ou sendo provido o agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, seja pelo relator (art. 253, parágrafo único, II, "d" do RISTJ) ou pela turma no julgamento do agravo interno. [73]

[70] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.636.
[71] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.
[72] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 968.
[73] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 968.

Distribuído o recurso especial, observando o procedimento disposto no Regimento Interno da Corte Superior, o relator analisará se o recurso enquadra-se em alguma das hipóteses previstas no art. 932, incisos II, III e IV do CPC/2015[74].

Além disso, cumpre ao relator a observância dos arts. 1.032[75] e 1.033[76] do CPC/2015, objetos de análise do presente trabalho. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe novidades, dentre elas, as disposições contidas nos mencionados artigos.

Dessa forma, se o Ministro Relator no STJ entender que o recurso especial versa sobre a matéria de competência do STF, fará a conversão do recurso em extraordinário, nos moldes do art. 1.032 do CPC/2015 e, remeterá para julgamento no STF, que poderá, em juízo de admissibilidade, entender não se tratar de questão constitucional, devolvendo para o STJ para que seja julgado como recurso especial, conforme prevê o parágrafo único do referido artigo. [77]

Na hipótese de interposição do recurso extraordinário, caso o Ministro Relator no STF entenda que a violação à norma constitucional não é direta, mas reflexa, haja vista ter a questão sido solucionada à luz de norma infraconstitucional, remeterá ao STJ para julgamento como recurso especial, por força da previsão do art. 1.033 do *Codex* processual. [78]

---

[74] "Art. 932. Incumbe ao relator: [...] II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;"

[75] "Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça."

[76] "Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial."

[77] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.555.

[78] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.556.

Não sendo nenhuma das hipóteses elencadas, o relator determinará a intimação do Ministério Público, a teor do art. 932, VII do CPC/2015, nas causas em que a intervenção do *Parquet* for obrigatória (art. 178 do CPC/2015). [79]

Em seguida, "elaborado o relatório, e independentemente de revisão, que só cabe nos casos estipulados regimentalmente, o relator pedirá dia para julgamento"[80], devendo o recurso especial ser julgado em observância às normas do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Por último, o art. 1.031 do CPC/2015 prevê que, havendo interposição conjunta de recurso extraordinário e recurso especial, os autos serão remetidos primeiramente ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial. Concluído o julgamento, deverão os autos ser remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário, caso não esteja prejudicado. [81]

2.9 Requisitos de Admissibilidade

Para que o mérito do recurso especial seja analisado pelo STJ, são imprescindíveis a observância e o cumprimento de todos os requisitos de admissibilidade pela parte recorrente, sob pena de não conhecimento do recurso.

Segundo pontuado na subseção anterior, o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido são os responsáveis por realizar o primeiro juízo de admissibilidade do recurso especial. O juízo feito é provisório e não vincula o STJ.

Nesse primeiro juízo de admissibilidade, o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal *a quo* deverão analisar se o recurso especial interposto preenche os pressupostos intrínsecos e extrínsecos. Enquanto os requisitos intrínsecos estão

[79] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 nov.2017.
[80] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 969.
[81] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

relacionados à própria existência do direito de recorrer, os extrínsecos estão ligados ao exercício de tal direito. [82]

No que tange aos pressupostos intrínsecos de admissibilidade do recurso especial, tem-se que o primeiro requisito é o cabimento. Para que a parte o preencha, é necessário que o pronunciamento judicial de que se pretenda recorrer seja recorrível e que o recurso interposto seja o adequado[83]. A este respeito, verifica-se que já foi tratado, em tópico anterior, acerca das decisões que são passíveis de impugnação por meio do recurso especial, bem como sobre as hipóteses constitucionais de cabimento, previstas no art. 105, III da Constituição Federal.

A legitimidade é o segundo requisito intrínseco de admissibilidade. O art. 996 do CPC/2015 indica os três sujeitos que possuem legitimidade recursal, são eles: a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. [84]

Embora não esteja de maneira explícita no art. 996 do CPC/2015, os terceiros intervenientes (assistente simples e litisconsorcial, denunciado, chamado, etc.) possuem legitimidade para recorrer em virtude de terem adquirido qualidade de parte pela intervenção realizada no processo. Por outro lado, o *amicus curiae*, ainda que esteja no rol das intervenções de terceiros previsto pelo Código de Processo Civil, em regra, não tem legitimidade para recorrer, salvo nos casos de oposição de embargos de declaração e de incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme previsão do art. 138, § 1º do CPC/2015, devendo ser estendido, de igual

[82] MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 64.
[83] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.506.
[84] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 nov.2017.

forma, ao julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, em razão do microssistema de julgamento de casos repetitivos, dispostos no CPC vigente. [85]

Em síntese, o interesse recursal, terceiro pressuposto intrínseco, abrange dois aspectos: a necessidade e a adequação do recurso. Assim, para que o recurso especial não seja inadmitido por falta de interesse recursal do recorrente, é primordial que exista a possibilidade de o recorrente obter uma situação mais favorável com a interposição do recurso (necessidade), bem como que ele seja o adequado para reverter a sucumbência da parte na instância ordinária (adequação).[86]

Encerrando-se o exame dos requisitos intrínsecos, tem-se a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer como último pressuposto[87]. O Código de Processo Civil de 2015 traz previsões acerca de tais fatos impeditivos e extintivos. Enquanto a desistência está prevista no *caput* do art. 998[88], o art. 999[89] dispõe sobre a renúncia e o art. 1.000[90] acerca da aceitação.

Portanto, o recurso especial só será admitido caso não haja nenhum fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer da parte.

No que tange aos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal, estes abrangem a tempestividade, o preparo e a regularidade formal.

---

[85] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 111-113.

[86] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.513-1519.

[87] Sobre tal requisito, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha salientam que: "A desistência, a renúncia ao direito sobre o que se funda a ação e o reconhecimento da procedência do pedido são fatos impeditivos do direito de recorrer, salvo se o recorrente pretender discutir a validade de tais atos, o que redundaria na rescisão da decisão judicial que os tenha por fundamento. São extintivos do direito de recorrer a renúncia ao direito de recorrer e a aceitação [...]". DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 120.

[88] "Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso."

[89] "Art. 999. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte."

[90] "Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer.
Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer."

Para preenchimento do requisito de tempestividade, é imprescindível que a parte recorrente interponha o recurso especial dentro do prazo fixado em lei, sob pena de não conhecimento de seu recurso. [91]

O *Codex* vigente padronizou o prazo de interposição dos recursos nele previstos, estabelecendo, em seu art. 1.003, § 5º, o prazo de 15 (quinze) dias úteis, exceto para os embargos de declaração, que permanecem com o prazo de 5 (cinco) dias úteis para a interposição, a teor do art. 1.023 do CPC/2015. [92]

Quanto ao preparo, destaca-se que este requisito "[...] consiste no adiantamento das despesas relativas ao processamento do recurso"93. No âmbito do recurso especial, o preparo é regulado pela Lei n. 11.636/2007, que dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, aplicando, ainda, o previsto no art. 1.007 do Código de Processo Civil de 2015. 94

Nos termos do art. 10, *caput* da referida lei, o preparo deve ser recolhido, incluindo as custas e o porte de remessa e retorno no Tribunal *a quo*, através de suas secretarias, e observado o prazo para a interposição[95]. Além do recolhimento do preparo, cabe ao recorrente a sua comprovação no ato de interposição do recurso

[91] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 320.

[92] Sobre a tempestividade, deve-se observar, ainda, que: (a) os prazos serão contados somente em dias úteis (art. 219, *caput* do CPC/2015); (b) o prazo para interposição de recurso especial deverá ser contado da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão (art. 1.003, *caput* do CPC/2015); (c) caso a decisão tenha sido proferida em audiência, os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público serão considerados intimados em audiência (art. 1.003, § 1º do CPC/2015); (d) sendo o recurso remetido pelo correio, a data de postagem será considerada como a data da interposição (art. 1.003, § 4º, do CPC/2015); (e) cabe ao recorrente comprovar a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso (art. 1.003, § 6º, do CPC/2015); e (f) o recurso interposto antes do início do prazo é considerado tempestivo (art. 218, § 4º, do CPC/2015).

[93] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 125.

[94] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 332-333.

[95] BRASIL. *Lei nº 11.636, de 28 de dezembro de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11636.htm>. Acesso em: 11 nov. 2017.

especial, sob pena de deserção, salvo caso de isenção, de acordo com o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 11.636/2007 e o art. 1.007, *caput* do CPC/2015. [96]

O último requisito de admissibilidade a ser analisado é a regularidade formal. Assim, é necessário, sob pena de não conhecimento do recurso especial, que o recorrente preencha determinados requisitos formais que a lei estipula. [97]

Dessa forma, frisam-se algumas dessas exigências legais que devem ser observadas para a interposição do recurso especial. No caso em que o recurso especial esteja fundado em divergência jurisprudencial (alínea "c" do permissivo constitucional), o recorrente deverá fazer prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, mencionando as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, conforme previsão do art. 1.029, § 1º do CPC/2015. [98]

Ademais, a petição de recurso especial deverá conter a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto e as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida, a teor dos incisos I, II e III do art.

[96] Sobre o preparo, deve-se observar, ainda, que: os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal estão dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno (art. 1.007, § 1º, do CPC/2015); no caso de insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sendo o recorrente intimado na pessoa de seu advogado e não sendo suprido no prazo de 5 (cinco) dias úteis, o recurso será considerado deserto (art. 1.007, § 2º, do CPC/2015); no processo em autos eletrônicos, o recolhimento do porte de remessa e de retorno é dispensado (art. 1.007, § 3º, do CPC/2015); se o recorrente não comprovar, no ato de interposição do recurso especial, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção, sendo vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo (art. 1.007, §§ 4º e 5º, do CPC/2015); se o recorrente comprovar justo impedimento de realização do recolhimento do preparo, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecorrível, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias úteis para efetuar o preparo (art. 1.007, § 6º, do CPC/2015); o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias úteis (art. 1.007, § 7º, do CPC/2015).

[97] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 126.

[98] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 nov.2017.

1.029 do CPC/2015, bem como ser subscrita por advogado, que é o detentor de capacidade postulatória, sob pena de não ser admitido o recurso. [99]

Examinados, sucintamente, os requisitos genéricos de admissibilidade que devem ser observados para o conhecimento do recurso, passa-se à análise de outro pressuposto indispensável para o conhecimento do recurso especial.

2.10 Pré-questionamento

Além dos requisitos de admissibilidade tratados no tópico anterior, imprescindíveis para o conhecimento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, é necessário que a matéria de direito a ser veiculada no recurso tenha sido prequestionada.

O pré-questionamento é uma exigência antiga, já observada nas Constituições Federais de 1891, de 1934, de 1937 e de 1946, em relação ao recurso extraordinário. [100]

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha definem pré-questionamento como sendo "[...] o enfrentamento, pelo tribunal recorrido no acórdão impugnado, da questão de direito que é objeto do recurso excepcional"[101].

Na atual Constituição, tal exigência decorre da interpretação histórica que é dada à expressão "causas decididas", prevista no art. 105, inciso III (e também no art. 102, inciso III quanto ao recurso extraordinário), na qual se busca restringir o limite de atuação do tribunal superior quando do julgamento do recurso excepcional.

[99] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 124.
[100] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial.* 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 310.
[101] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 310.

Isso significa que, ao julgar o recurso especial, o STJ só poderá decidir acerca de questão que tenha sido debatida no acórdão do Tribunal de origem. [102]

Assim, suscitada a questão pela parte, cabe ao Tribunal *a quo* o pronunciamento sobre a questão de forma motivada, nos termos do que preceitua o §1º do art. 489 do CPC/2015. Existindo abstenção do Tribunal quanto ao pronunciamento motivado, compete à parte, por intermédio dos embargos de declaração, previstos no art. 1.022 do CPC/2015, provocá-lo a tanto. [103]

Na vigência do CPC/1973, caso o acórdão recorrido fosse omisso a respeito da matéria a ser veiculada no recurso especial, deveria a parte opor embargos de declaração, com base no art. 535, em face de tal decisão, para que fosse sanada a omissão[104]. Porém, se ainda assim, mesmo após a oposição dos aclaratórios, o Tribunal de origem se mantivesse inerte em sanar o vício apontado, rejeitando os embargos, o posicionamento do STJ era de considerar inadmissível o recurso especial quanto à questão que não tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem, ainda que opostos os embargos declaratórios[105], entendimento este consagrado pelo enunciado sumular 211 do STJ[106].

Por outro lado, o entendimento firmado pelo STF era em sentido diametralmente oposto. A interpretação dada à Súmula 356 do STF[107] era de que a inércia do Tribunal *a quo* em sanar a omissão indicada pela parte e renovada nos embargos declaratórios não poderia prejudicar o recorrente, possibilitando o pré-

[102] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 310-311.
[103] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 918.
[104] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.613.
[105] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.613-1.614.
[106] "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*."
[107] "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

questionamento ficto, sendo suficiente a oposição dos embargos de declaração para o preenchimento do requisito de pré-questionamento nessas situações. [108]

Diante desse cenário de divergência jurisprudencial dos Tribunais Superiores, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma inovação no art. 1.025[109], adequando-se à realidade da prática forense, ao consagrar o pré-questionamento ficto, que já era adotado de maneira predominante pelo STF na vigência do CPC/1973. [110]

Portanto, em razão da nova previsão legal, caso haja algum vício na decisão a ser impugnada em recurso especial, torna-se suficiente que a parte recorrente oponha os embargos de declaração, com base no art. 1.022 do CPC/2015, apontando o vício sobre a qual incorre a decisão, não devendo mais ser o recurso inadmitido por ausência de pré-questionamento pela permanência da omissão, ignorada pelo Tribunal *a quo*, como ocorria na vigência do CPC/1973.

2.11 Efeitos do recurso especial

Quanto aos efeitos recursais decorrentes da interposição do recurso especial, devem ser observados, em especial, dois: o efeito devolutivo e o efeito suspensivo, que não se verifica de forma automática.

No entanto, Araken de Assis acrescenta, ainda, o efeito obstativo, aplicável a todos os recursos e verificado também quando o recurso excepcional, dirigido ao STJ, é interposto. Depreende-se desse efeito que o acórdão recorrido, impugnado por meio do recurso especial, não transitará em julgado, afastando a eficácia da coisa julgada, preceituada no art. 502 do CPC/2015, enquanto pendente de julgamento

[108] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 312.

[109] "Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

[110] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 312.

qualquer recurso[111]. Assim, a pendência de julgamento do recurso especial impossibilita a formação da coisa julgada material, não sendo possível a execução definitiva. [112]

O segundo efeito inerente ao recurso especial a ser analisado é o efeito devolutivo. Daniel Amorim Assumpção Neves define tal efeito como sendo "[...] a transferência ao órgão *ad quem* do conhecimento de matérias que já tenham sido objeto de decisão no juízo *a quo*"[113]. Sendo assim, o recurso especial remete ao STJ o reexame da matéria impugnada; contudo, por ser recurso de fundamentação vinculada, devolve tão somente as questões de direito da decisão, diante da impossibilidade de se reexaminar fatos e/ou provas na via do recurso especial[114], questão esta já pontuada.

Por fim, tem-se o efeito suspensivo no recurso especial. Conforme previsão do *caput* do art. 995 do CPC/2015, "os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso"[115], ou seja, é possível o cumprimento provisório da decisão recorrida pela parte vencedora. Além disso, é necessária, para a suspensão da eficácia da decisão recorrida, que, da imediata produção de seus efeitos, haja risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e que fique demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, de acordo com o preceituado no parágrafo único do art. 995 do CPC/2015. [116]

---

[111] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 934.
[112] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.466.
[113] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.466.
[114] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 306.
[115] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 nov. 2017.
[116] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 nov. 2017.

Assim, o legislador previu, no art. 1.029, § 5º do CPC/2015[117], a possibilidade de ser concedido efeito suspensivo ao recurso especial, evitando, assim, o cumprimento provisório do acórdão impugnado.

Portanto, caberá à parte recorrente, que pretenda obstar o cumprimento provisório da decisão impugnada no recurso especial, formular pedido de concessão de efeito suspensivo, observando as regras do art. 1.029, § 5º do CPC/2015 e demonstrando a probabilidade de provimento do recurso e que, da imediata produção dos efeitos da decisão, haverá risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, nos termos do parágrafo único do art. 995 do CPC/2015.

2.12 Funções jurídico-políticas exercidas pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do recurso especial

Como já ressaltado no início deste capítulo, o STJ foi criado pela Constituição Federal de 1988, assumindo parte da competência que até então pertencia ao STF. O art. 105, III da Constituição Federal além de definir a competência da Corte Superior, trouxe à tona sua principal função: garantir a unidade de inteligência da norma de direito federal por meio do recurso especial. [118]

Além disso, o papel preponderante do STJ e, de igual modo, do STF, como tribunais superiores no sistema jurídico nacional, é de definição do direito objetivo, ainda que acabem decidindo acerca de direitos subjetivos das partes de maneira reflexa, em decorrência dos julgamentos dos recursos. [119]

---

[117] "Art. 1.029. § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037."

[118] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.538.

[119] Sob essa perspectiva, José Miguel Garcia Medina entende que a função precípua do STJ e do STF acentuou após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, esclarecendo que: "Essa função, a nosso ver, é *ressaltada, no Código de Processo Civil de 2015*, tendo em vista a especial ênfase que o novo Código dá à ideia de jurisprudência íntegra, que compreende a ideia de uniformidade

Assim, em razão de sua função constitucionalmente estabelecida, de preservação da integridade e da uniformidade da aplicação e interpretação do direito federal infraconstitucional por meio do recurso especial, é que o Superior Tribunal de Justiça tem extrema importância no sistema jurisdicional brasileiro.

Pedro Roberto Decomain frisa duas características que possibilitam a conclusão sobre a ampla relevância do STJ no ordenamento jurídico pátrio.

Pontua, como primeiro aspecto, a preponderância do direito federal no sistema jurídico brasileiro, em virtude da elevada concentração do Direito brasileiro no âmbito da competência legislativa da União, uma vez que o art. 22 da Constituição Federal estipula competência para a União legislar sobre diversos ramos do Direito. A segunda característica diz respeito à possibilidade acentuada de divergência na interpretação de determinado dispositivo de lei federal, na medida em que, embora a legislação federal seja de competência da União no que tange à sua elaboração/alteração, a aplicação é feita por juízes Estaduais e Federais e Tribunais Estaduais e Regionais Federais, independentes entre si, podendo dar a interpretação que lhes parecer mais adequada a um dispositivo e, por isso, passível de interpretações distintas. [120]

É sob este cenário, de preponderância do direito federal no Direito brasileiro e de divergência entre os diversos órgãos jurisdicionais que aplicam a legislação federal infraconstitucional, que se destaca a relevância do papel do STJ de uniformização da interpretação e aplicação do direito federal no sistema jurídico

---

horizontal e vertical. Os tribunais superiores, assim, devem *uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável,* íntegra *e coerente* (cf. art. 926 do CPC/2015), e os demais órgãos jurisdicionais, por sua vez, devem *decidir em conformidade com a orientação firmada na jurisprudência dos Tribunais Superiores* (cf. art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015). [...] As decisões proferidas pelos Tribunais Superiores *devem ser observadas* por todos os juízes, ainda que para dizer que não se aplicam, em razão de peculiaridades do caso, ou porque foram superadas. *A tese firmada pelos Tribunais Superiores nesses casos, ressalte-se, não pode ser ignorada*, pelos juízes de todas as instâncias, e, como é evidente, pelas partes [...]. Fica evidente, assim, que o papel desempenhado pela jurisprudência dos tribunais superiores deverá experimentar um *salto de qualidade*, na vigência do Código de Processo Civil de 2015." (grifos do autor) MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.539.

[120] DECOMAIN, Pedro Roberto. Interpretação Extensiva e Analogia – um Ensaio de Distinção e o Papel do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 86, p. 108-109, maio 2010.

pátrio, por meio da apreciação do recurso especial, mecanismo fundamental para o exercício de sua principal atribuição.

Para Arruda Alvim, "as decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como o correto em relação ao direito federal infraconstitucional"[121] e, por isso, espera-se que sejam observadas pelas instâncias ordinárias.

Daí se depreende que o Superior Tribunal de Justiça tem como função orientar os juízos estaduais, juízos federais, tribunais estaduais e tribunais regionais federais na melhor interpretação e aplicação do direito federal, diante dos precedentes formulados, ainda mais diante da nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 de precedentes vinculativos. [122]

Nessa nova sistemática incorporada pelo CPC vigente encontra-se o regime dos recursos especiais repetitivos, que busca, além de uma diminuição gradativa do número de feitos e aprimoramento na qualidade dos pronunciamentos do STJ, uma visão prospectiva da Corte Superior no controle dos acórdãos recorridos por meio de um sistema de precedentes, no qual subordina os órgãos judiciários inferiores aos precedentes firmados por meio dos incidentes de resolução de demandas repetitivas (já abordados em tópico anterior) e pelos recursos especiais repetitivos, que serão tratados na próxima subseção. [123]

Portanto, mediante a função constitucionalmente estabelecida ao Superior Tribunal de Justiça, de uniformização da interpretação e aplicação do direito federal por meio do recurso especial, é possível notar a relevância desta Corte Superior no sistema jurídico pátrio desde a sua instituição em 1988.

---

[121] ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 17, p. 448, jul./set. 2000.

[122] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.539.

[123] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 912-913.

2.13 Recurso especial repetitivo

O Código de Processo Civil de 2015 prevê, nos termos do seu art. 928, duas modalidades de julgamento de casos repetitivos, que poderão ter por objeto questão de direito material ou processual. São elas: o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos. [124]

Diante da crise já brevemente retratada no início deste capítulo, ocasionada pelo demasiado número de recursos destinados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, e que perdura até os dias atuais, foi que o legislador implementou o julgamento por amostragem, isto é, o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos no âmbito dos Tribunais Superiores[125], disciplinado pelos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015.

2.13.1 Hipótese

O art. 1.036, *caput* do CPC/2015 é o dispositivo legal que prevê a hipótese em que haverá julgamento dos recursos excepcionais repetitivos. Dispõe:

> "Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça."[126]

Como se nota, existindo multiplicidade de recursos especiais que versem sobre idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento no regime de repetitivos, de acordo com as normas do Código de Processo Civil e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

---

[124] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[125] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.643.

[126] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

2.13.2 Processamento

O procedimento dos recursos especiais repetitivos possui peculiaridades, que merecerem ser destacadas.

De início, deve-se verificar a existência de multiplicidade de recursos especiais fundados em idêntica questão de direito, conforme o *caput* do art. 1.036 do CPC/2015. Assim, poderá o Presidente ou o Vice-Presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao STJ para fins de afetação, devendo determinar, ainda, a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que estejam tramitando no Estado ou na região e que versem sobre a mesma questão de direito, a teor do § 1º do art. 1.036 do CPC/2015. [127]

Tal iniciativa também foi conferida pelo legislador aos Tribunais Superiores (STF e STJ) ao possibilitar que o relator, no tribunal superior, escolha 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia independentemente da iniciativa do Presidente ou do Vice-Presidente do Tribunal de 2º grau. É o que prevê o § 5º do art. 1.036 do CPC/2015. [128]

Ademais, sendo encaminhados os recursos representativos de controvérsia selecionados pelos Tribunais de 2ª instância, a escolha feita não vincula o relator no STJ, uma vez que este poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia, diante da autonomia existente entre tribunais de segundo grau e tribunais superiores[129] e da previsão do § 4º do art. 1.036 do CPC/2015.

---

[127] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

[128] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

[129] Para Daniel Amorim Assumpção Neves, "a previsão é importante porque os tribunais superiores têm uma dimensão nacional que falta aos tribunais de segundo grau. Significa dizer que a multiplicidade pode não existir em tais tribunais, mas exclusivamente nos tribunais superiores, que recebem recursos extraordinários e especiais de todos os tribunais de segundo grau do país". NEVES, Daniel Amorim

No entanto, independentemente do órgão jurisdicional que fez a escolha dos recursos representativos de controvérsia, devem ser selecionados os que apresentem a maior abrangência possível acerca da questão a ser decidida, conforme dispõe o art. 1.036, § 6º do CPC/2015. [130]

Após a conclusão da fase de inicial de instauração do processamento do repetitivo, de seleção dos recursos especiais representativos de controvérsia e preenchimento dos requisitos do *caput* do art. 1.036 do CPC/2015, compete ao relator no STJ proferir decisão de afetação, identificando com precisão a questão a ser submetida a julgamento, assim como determinando a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. Poderá, também, requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia, consoante o art. 1.037, incisos I, II e III do CPC/2015. [131]

Segundo previsão do § 4º do art. 1.037 do CPC/2015, os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e as partes deverão ser intimadas da suspensão de seus processos pelo respectivo juiz ou relator, assim que estes forem informados da decisão de sobrestamento do inciso II do *caput* do art. 1.037 do CPC/2015, que poderão requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando distinção entre a questão a ser decidida e a sua demanda, observadas as regras e o procedimento previstos nos §§ 9º ao 13 do art. 1.037 do CPC/2015. [132]

Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.644-1.645.

[130] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

[131] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

[132] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Superada essa segunda etapa e adentrando-se à instrução dos recursos especiais repetitivos, o art. 1.038, incisos I, II e III do CPC/2015[133] prevê medidas instrutórias que ampliam a participação de interessados na formação da tese jurídica, que será posteriormente imposta com efeito vinculante à sociedade.

Quanto ao inciso I, ressalta-se a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* no processo "[...] como forma de levar aos julgadores todos os conhecimentos técnico-jurídicos necessários para a prolação de uma decisão de qualidade [...]"[134], por meio de documentos, materiais, dados, sua experiência e seus estudos. [135]

Além disso, o inciso I ganha ainda mais relevância quando analisado conjuntamente com a finalidade dos recursos especiais repetitivos, que é a de formação de precedentes obrigatórios. A ampla participação de pessoas interessadas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, posta no repetitivo, objetiva "[...] ampliar a qualidade do debate, permitindo que a questão de direito seja mais bem compreendida, com apresentação de diversos pontos de vistas e variados argumentos a serem objeto de reflexão pelos julgadores"[136].

O inciso II segue a mesma lógica de contribuição para um debate técnico-jurídico de qualidade pontuada sobre o inciso I, ao prever a possibilidade de

[133] "Art. 1.038. O relator poderá: I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se."

[134] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.649-1.650.

[135] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 610.

[136] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 610.

realização de audiências públicas para colher depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria para instruir o procedimento. [137]

Como últimas medidas instrutórias, que poderão ser determinadas pelo relator no STJ, estão a requisição de informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia, além da intimação do Ministério Público para manifestação, última diligência a ser determinada pelo relator antes do julgamento, a teor do art. 1.038, inciso III do CPC/2015.

Ademais, a ampla divulgação e publicidade devem acompanhar o procedimento dos recursos especiais repetitivos, desde a instauração até o julgamento, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, nos termos do *caput* c/c § 3º do art. 979 do CPC/2015, de forma que os juízos tenham conhecimento da afetação, além de viabilizar a intervenção de interessados e de *amicus curiae* para que contribuam na formação da tese jurídica a ser firmada. [138]

Concluída a fase de instrução, uma vez transcorrido o prazo para o Ministério Público se manifestar, e remetida a cópia do relatório aos demais ministros, deverá haver inclusão em pauta, com preferência de julgamento sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*, nos termos dos arts. 1.038, § 2º c/c 1.037, § 4º do CPC/2015. [139]

Através do procedimento relatado, ainda que de forma concisa, nota-se que as formalidades previstas no Código de Processo Civil de 2015 quanto ao processamento dos recursos especiais repetitivos, permitem que o precedente obrigatório, que será formado pelo STJ, adquira legitimidade política para que se

[137] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.650.
[138] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 606.
[139] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

imponha com efeito vinculante à sociedade, na medida em que tais técnicas ampliam o campo de participação de interessados na tese jurídica a ser firmada. [140]

2.13.3 Efeitos do julgamento

Dois efeitos que são verificados no julgamento dos recursos especiais repetitivos são os efeitos vinculante e *ultra partes*.

No caso do efeito vinculante, a tese firmada pelo tribunal superior deve ser aplicada aos processos que versem sobre a mesma matéria pelas instâncias ordinárias[141]. Portanto, os juízos inferiores estão vinculados à tese fixada pelo tribunal superior.

Em relação à eficácia *ultra partes*, direcionada aos tribunais superiores, verifica-se que referido efeito encontra-se no art. 1.039, *caput* do CPC/2015. O que se nota é que, no âmbito do STJ, sendo decidido o recurso afetado, o órgão colegiado declarará prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou aplicará a tese firmada no julgamento.

Ademais, tanto o efeito vinculante quanto o efeito *ultra partes* do julgamento do recurso especial repetitivo podem ser repelidos pelo órgão que compete aplicar a tese firmada. Nesse caso, é necessário que seja feita a distinção entre o processo e o recurso paradigma, demonstrando as peculiaridades que os tornam distintos. [142]

Entre esses efeitos, o efeito vinculante é o que diferencia o recurso repetitivo dos recursos especiais que se processam fora dessa condição, na medida em que vincula as instâncias ordinárias à aplicação da tese firmada pelo tribunal superior,

---

[140] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 605-614.

[141] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.651-1.652.

[142] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.652.

ocasionando maior impacto do que o efeito *ultra partes*, já que os tribunais superiores possuem o dever de observar suas próprias orientações. [143]

Portanto, o juízo *a quo* ou Tribunal de origem não poderão afastar a tese firmada no julgamento dos recursos representativos de controvérsia pelos tribunais superiores pelo simples fato de não anuírem com os fundamentos utilizados na formulação da tese ou com a tese em si, salvo se houver distinção entre os casos.

3 UM OLHAR SOBRE A INTENSA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO E IMPLICAÇÕES NA ATIVIDADE HERMENÊUTICA RELATIVA AO DIREITO FEDERAL

Consoante o exposto no capítulo anterior, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do recurso especial, desempenha sua função de garantir a unidade na aplicação e interpretação da norma federal infraconstitucional.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o Brasil passou por um período de redemocratização e a Corte Superior foi instituída, verifica-se um intenso processo de constitucionalização do Direito brasileiro, possibilitado pelos novos paradigmas surgidos no direito constitucional moderno e contemporâneo.

Sendo assim, neste capítulo serão analisadas questões que influenciaram, de sobremaneira, a intensa constitucionalização do Direito brasileiro, tais como a supremacia da norma constitucional e a sua força normativa dentro de uma ordem jurídica, bem como as implicações sobre a interpretação do direito federal dada pelo Superior Tribunal de Justiça diante das mudanças de paradigmas ocorridas.

[143] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.652-1.653.

3.1 A supremacia da Constituição Federal na formação e consolidação do Direito brasileiro

A ideia que se tem no direito contemporâneo de Constituição adveio do constitucionalismo moderno, produto das revoluções liberais surgidas a partir do século XVIII na Europa e nos EUA, muito embora já se tivesse noção a respeito do instrumento e da terminologia, na ciência politica e no direito, há um bom tempo. [144]

Nesse contexto moderno e liberal, a Constituição visa influir na organização das instituições do Estado, por meio de um ato de vontade e de criação e consubstanciada, comumente, em um documento escrito. [145]

Assim, do ponto de vista jurídico, a Constituição deve ser enxergada sob duas dimensões: a material e a formal.

Em sua perspectiva material, a Constituição pode ser definida como sendo "[...] o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais"[146], isto é, as normas que compõem a Constituição estabelecem aspectos básicos e essenciais de estruturação do Estado e da vida dos indivíduos em sociedade.

No viés formal, "[...] é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico"[147], e dispõe sobre a forma de elaboração e a limitação do conteúdo das demais normas que irão compor o ordenamento jurídico por ela estabelecido.

---

[144] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 100.
[145] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 101.
[146] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 80.
[147] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 57.

Sendo assim, é pelo sentido formal da Constituição que se extrai o valor de norma suprema que ela possui em um ordenamento jurídico, isto é, sua essência é de ser um documento fundamental e vinculante. Portanto, existindo conflito entre a norma disposta na Constituição e uma lei de âmbito infraconstitucional, esta deverá ser desprezada, visto o caráter superior que aquela conserva. [148]

Isso porque, segundo Hans Kelsen, para uma norma jurídica ser considerada válida, é imprescindível que se busque seu fundamento de validade em uma norma superior. Assim, sendo o ordenamento jurídico interno um sistema escalonado de normas, presente no ápice do sistema a Constituição Federal, este deve ser o fundamento de validade das demais normas que o compõe. [149]

Entretanto, essa concepção de norma jurídica superior às demais leis do ordenamento nem sempre foi realidade, sendo consequência dos pensamentos desenvolvidos ao longo da História e do interesse em se aprimorar as formas de controle do poder em busca de uma melhor convivência no meio social e político. [150]

Nos Estados Unidos da América, desde o começo do século XIX, a Constituição é vista como documento máximo da ordem jurídica, diferente do que ocorreu na Inglaterra e na França, na qual se prevaleceu até o século XX, a supremacia dos atos do Parlamento e não das normas constitucionais, diferença essa ocasionada pelas influências históricas, políticas e doutrinárias diversas. [151]

No Brasil, apesar de a Constituição já desfrutar de supremacia formal, foi somente a partir da promulgação, em 1988, da denominada "Constituição Cidadã" que o renascimento do direito constitucional se deu, por meio do processo de

[148] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 52.
[149] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 246-247.
[150] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 53.
[151] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 102-104.

redemocratização do país, passando a contar também com a supremacia material e axiológica. [152]

Por consequência, a Constituição Federal de 1988, lei suprema do Estado brasileiro, detém superioridade jurídica formal, material e axiológica em relação a todas as demais normas do sistema jurídico pátrio, de forma a direcionar o Direito brasileiro na sua formação e consolidação, uma vez que condiciona o conteúdo das normas juridicamente inferiores.

A supremacia da norma constitucional, além de repercutir no âmbito de validade das normas infraconstitucionais, também reflete nas suas interpretações. Isso porque tal supremacia também é vista como princípio da interpretação constitucional, que auxilia no processo de interpretação e aplicação da Constituição e de suas normas. A esse respeito:

> "[...] o princípio da supremacia da constituição significa que a constituição e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo, de tal sorte que todos os demais atos normativos, assim como os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (mas também e de certo modo todo e qualquer ato jurídico), devem ter como critério de medida a constituição e os direitos fundamentais."[153]

Destarte, a supremacia jurídica da Constituição, que teve sua gênese no modelo norte americano e na qual estrutura o próprio direito constitucional contemporâneo, deve ser igualmente observada no Direito brasileiro para que todas as normas que integram o sistema jurídico pátrio só sejam aplicadas em conformidade com a lei maior do ordenamento, não devendo subsistir nem serem aplicadas aquelas que forem incompatíveis com as normas constitucionais.

Ressalta-se, por fim, que muito embora exista hoje, no direito constitucional contemporâneo, uma nova percepção doutrinária que questiona a supremacia da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico por existir

[152] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 404.
[153] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 224.

inúmeras outras fontes normativas superiores (direito internacional e direito comunitário, por exemplo), que disputam igualdade hierárquica ou, até mesmo, a primazia com a Constituição, como destacados por Luís Roberto Barroso[154] e José Joaquim Gomes Canotilho[155], este trabalho se limitará a adotar a posição tradicional, visto que seu objeto é a análise da ausência de aplicação do direito infraconstitucional brasileiro, pelo Superior Tribunal de Justiça, à luz da Constituição Federal.

3.2 A força normativa da Constituição como critério interpretativo dos tribunais brasileiros

Até meados do século XIX, vigorava, na Europa e em grande parte do mundo, que vivia sob a influência europeia, a ideia de que as questões constitucionais eram questões políticas e não normas jurídicas[156]. Assim, não era possível a tutela judicial caso fossem inobservadas, servindo apenas como diretrizes políticas destinadas, em especial, ao legislador. [157]

A denominada Constituição jurídica era vista apenas como mero pedaço de papel[158], sem possuir força normativa, já que a normatividade estaria submissa à realidade fática. Todavia, no século XX, esse paradigma, até então vigente, foi superado, passando a norma constitucional a ter *status* de norma jurídica.

Para Konrad Hesse, a Constituição jurídica vai além do reflexo das condições fáticas (em especial, forças sociais e políticas), muito embora a norma constitucional não tenha subsistência autônoma perante a realidade. Isso porque existe a pretensão

[154] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 114.
[155] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 694-695
[156] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 9-10.
[157] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 112.
[158] Para Ferdinand Lassale, a Constituição jurídica seria um mero pedaço de papel, estando limitada à Constituição real, resultante dos fatores reais do poder presentes na sociedade. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 9.

de que a situação disciplinada na norma seja efetivada na realidade, ou seja, devem ser levadas em consideração as questões fáticas (condições sociais, econômicas, naturais) para que a pretensão de eficácia da norma jurídica constitucional seja materializada. [159]

O que existe, portanto, é uma relação de interdependência, e não de submissão entre a normatividade da Constituição e as relações fáticas, como era visto até o século XX. A materialização da pretensão de eficácia da norma jurídica faz com que a Constituição adquira força normativa.

A esse respeito, Konrad Hesse pontua:

> "Embora a Constituição não possa, por si só realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de convivência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verassung)*." [160] (grifo do autor)

Dessa forma, o respeito à vontade da Constituição concorre para a consolidação e preservação de sua força normativa pelos intérpretes, assim como a interpretação conforme a Constituição, isto é, a observância das regras e princípios constitucionais, na aplicação e na interpretação de determinada norma, leva à efetivação da norma constitucional.

Assim, além de supremacia jurídica, sendo parâmetro de validade para as demais normas jurídicas que compõe o ordenamento, a Constituição é dotada de força normativa, nas quais os valores e fins prescritos no texto constitucional devem ser respeitados e observados pelo intérprete e aplicador do Direito.

---

[159] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 14-15.
[160] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.

No Brasil, a questão acerca da força normativa da Constituição só chegou a ser debatida, de forma substancial, na década de 1980. Até então, diante de um cenário de autoritarismo e de promessas vagas na seara constitucional, as disposições constitucionais não detinham de aplicação direta e imediata. [161]

A partir da redemocratização do país e da promulgação da Constituição Federal de 1988, a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição se consolidaram.

Sendo assim, as normas constitucionais passaram a ser aplicáveis de forma direta e imediata, e caso houvesse violação de suas disposições, seria possível a tutela judicial para resguardar os preceitos da Constituição[162]. E é nesse sentido que os tribunais brasileiros passam a ter papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Isso porque as normas da Constituição deixam de ser apenas diretrizes ao legislador e tornam-se parâmetros de interpretação a serem observados pelos tribunais brasileiros na aplicação das normas ordinárias.

Portanto, a Constituição Federal, diante da força normativa que detém, torna-se um filtro através do qual se deve ler todo o direito ordinário pátrio. O respeito à vontade da Constituição e a interpretação consoante os preceitos constitucionais influem na preservação da sua força normativa.

3.3 A Constituição Federal de 1988 e o curto-circuito histórico de direitos fundamentais e democráticos

Segundo já pontuado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 marcou o processo de redemocratização do país. Além disso, encarregou-se de ampliar direitos

[161] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 299.
[162] BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf >. Acesso em: 1 mar. 2018.

fundamentais e democráticos de toda ordem: civil, social, cultural, econômico, político, entre outras.

Com a transição do regime autoritário, que vigorou no país por mais de duas décadas, para o período democrático, o Brasil vivenciou um curto-circuito histórico[163] de direitos fundamentais e democráticos, já conquistados há algum tempo em países europeus e nos EUA.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, foi a primeira vez que os direitos fundamentais foram tratados com a importância devida no Brasil, além de ter sido reconhecido *status* jurídico a eles. O reconhecimento de diversos direitos sociais, econômicos, culturais e políticos foi resultado das pressões políticas exercidas durante o processo constituinte. [164]

A relevância que os direitos fundamentais assumiram na Constituição vigente deve-se, em grande medida, ao período anterior vivenciado, marcado pelo autoritarismo, pela restrição de direitos e liberdades. Portanto, os direitos fundamentais e democráticos, garantidos no texto constitucional, são resultados da oposição à realidade precedente vivenciada. [165]

O Título II da Constituição Federal dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, embora haja outros direitos fundamentais previstos no decorrer do texto constitucional, em virtude da amplitude do sistema. Além de abranger direitos e garantias individuais tidos como clássicos, como por exemplo, direito à liberdade, abarca, também, direitos sociais, políticos, de nacionalidade.

A Lei Fundamental pátria garantiu, ainda, um regime jurídico singular aos direitos fundamentais: aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais,

---

[163] Terminologia utilizada por Boaventura de Sousa Santos em sua obra: *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 26.

[164] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 64-67.

[165] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 66-68.

nos termos do seu art. 5º, § 1º, assim como proteção contra o poder de reforma constitucional, a teor do previsto no art. 60, § 4º. [166]

Entretanto, apesar do amplo rol de direitos previstos na Constituição Federal como fundamentais, tais direitos nem sempre são efetivados de forma direita e imediata pelos entes responsáveis. E sendo esse um dos motivos, os tribunais passaram, a partir da promulgação da Constituição Cidadã, a ser protagonistas na garantia pela implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. O que antes não era viável, competindo à Administração Pública assegurar diversos direitos, tornou-se possível por meio da tutela judicial. [167]

Portanto, nota-se não somente a grande relevância dos direitos fundamentais e democráticos desde a redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal vigente, como também o papel dos diversos órgãos do Poder Judiciário na garantia da efetivação desses direitos.

A atual Constituição não somente acrescentou, em seu texto, diversos direitos fundamentais, em virtude do longo período de autoritarismo vivenciado pela sociedade, como também garantiu meios para que tantos os indivíduos como a sociedade buscassem a efetivação de seus direitos em caso de não cumprimento voluntário pelo ente a quem competia garantir a execução. Por consequência, o Poder Judiciário, por meio de seus órgãos jurisdicionais, passou a ter a importante missão de assegurar real efetividade à Constituição.

3.4 A intensa constitucionalização do direito federal: os direitos constitucionalmente assegurados e sua efetivação pelo direito federal

No ordenamento jurídico pátrio, as normas jurídicas estão dispostas dentro de um sistema hierárquico. No ápice, encontram-se as normas constitucionais, que

[166] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.
[167] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 24-25.

como já visto, são normas dotadas de supremacia jurídica e de força normativa, elaboradas pelo poder constituinte originário ou reformador. Abaixo, estão as normas infraconstitucionais, ou seja, todas as demais normas, nas quais são editadas pelos poderes constituídos (Poder Executivo, Poder Judiciário ou Poder Legislativo).[168]

Em relação às normas que não usufruem do *status* constitucional, estas poderão ser de âmbito federal, estadual ou municipal, a depender de qual ente federativo faça parte o poder constituído que as editaram.

Nesta subseção, a análise será voltada às normas infraconstitucionais federais, visto que elas são objetos de controle na aplicação e uniformização pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do recurso especial.

No direito contemporâneo, a Constituição, diante da sua superioridade jurídica (formal, material e axiológica) em relação às outras normas do ordenamento, passou a ocupar não somente o topo, como o centro do sistema jurídico. Isso significa dizer que, sendo "[...] compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional"[169]. Daí se depreende o fenômeno da constitucionalização do Direito infraconstitucional.

Luís Roberto Barroso atribui, como motivos determinantes para a intensa constitucionalização do direito, a proximidade entre constitucionalismo e democracia, a compreensão acerca da força normativa da Constituição e da disseminação da jurisdição constitucional, na qual teve seu pontapé inicial na Alemanha.[170]

---

[168] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 227-228.
[169] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 112113.
[170] BARROSO, Luís Roberto. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=10>. Acesso em: 28 fev. 2018.

Além do mais, o processo de constitucionalização do direito teria sido intensificado diante de alguns aspectos do contexto filosófico do pós-positivismo, tais como a centralidade da ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, a evolução da nova hermenêutica e a normatividade dos princípios. [171]

Na Alemanha, sob a vigência da Lei Fundamental de 1949, desenvolveu-se a ideia de que as normas da Constituição vinculam a interpretação de todos os ramos do Direito, seja de âmbito público ou privado, assim como os poderes estatais. [172]

Por outro lado, no Brasil, a constitucionalização do direito só se deu a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, que representou a passagem de um regime autoritário para o regime democrático.

Assim, questões dos principais ramos do direito infraconstitucional, sejam elas de grande ou menor importância, foram postas no texto constitucional, através de princípios gerais e até de regras específicas. [173]

A título exemplificativo, quanto ao Direito Administrativo, há normas constitucionais acerca da administração pública, como princípios a serem obedecidos pela administração e o regime jurídico dos servidores militares e civis, de desapropriação (por necessidade, utilidade pública ou interesse social) de bens particulares; no âmbito do Direito Penal, existem disposições na Constituição que preveem garantias penais de natureza constitucional; no ramo do Direito Privado, o texto constitucional dispõe sobre direitos atinentes à família, direito de propriedade; em relação ao Direito Processual, há previsões na Constituição de regras comuns e específicas ao processo penal e civil, de ações constitucionais, do cabimento do recurso especial para julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça; além de

[171] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 113.
[172] BARROSO, Luís Roberto. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=11>. Acesso em: 28 fev. 2018.
[173] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 402.

princípios e regras que regem o Direito do Trabalho, Direito Financeiro e Orçamentário, Direito Tributário e Direito Internacional. [174]

Sendo assim, dois efeitos são gerados por essa intensa constitucionalização do direito federal no Brasil: uma limitação na atuação do legislador ordinário, que deverá observar as normas já dispostas na Constituição acerca do tema; e uma análise do tema que foi constitucionalizado à luz da Constituição a ser realizada pelo Judiciário. [175]

O art. 22, inciso I da Constituição Federal prevê que:

> "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;" [176]

Desse modo, o legislador infraconstitucional federal, ao legislar sobre direito civil, penal, processual, por exemplo, deverá observar os princípios gerais e/ou regras específicas já existentes na Constituição acerca do tema, não podendo, portanto, editar normas contrárias ao texto constitucional, uma vez que as normas constitucionais possuem superioridade jurídica sobre as normas infraconstitucionais.

No âmbito do Judiciário, os órgãos devem aplicar o direito infraconstitucional e seus institutos sob a lente do texto constitucional, uma vez que a Constituição deve ser "[...] um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito"[177], o que decorre da sua supremacia formal e material, bem como de sua força normativa.

Nesse contexto, a aplicação da Constituição poderá ser de forma direta, ou seja, nos casos em que a pretensão fundamenta-se em uma norma prevista no texto

[174] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 42-47.
[175] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 403.
[176] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.
[177] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 405.

constitucional; ou indireta, isto é, em casos em que a demanda respalda-se em uma norma infraconstitucional.

Sendo o caso de norma infraconstitucional, caberá ao operador, antes de aplicá-la, analisar sua compatibilidade com a Constituição. Não sendo compatível com a Constituição, deverá afastar sua aplicação; se for, o intérprete deverá direcionar a aplicação da norma ordinária com a finalidade de que os valores e fins contidos na Constituição sejam atendidos. [178]

No caso do Superior Tribunal de Justiça, que é guardião da legislação federal e tem como função a uniformização da sua aplicação e interpretação, como estudado no capítulo anterior, compete a ele, ao julgar o recurso especial, analisar a questão federal à luz da Lei Maior do ordenamento jurídico pátrio para que os valores nela consagrados sejam realizados.

Isso significa dizer que a leitura que o intérprete deverá fazer da norma infraconstitucional, no âmbito da Corte Superior, seja para melhor atender o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes.

Portanto, em razão da intensa constitucionalização do direito federal no Brasil, ocasionada, sobretudo, pela ocupação da Constituição no centro do sistema jurídico, e tendo as normas constitucionais supremacia jurídica forma e material, com força normativa, caberá ao intérprete da legislação infraconstitucional federal, sobretudo ao Superior Tribunal de Justiça, interpretar e aplicar o direito infraconstitucional à luz da Lei Maior, de seus princípios e regras, já que além de ser critério de validade para a ordem infraconstitucional, é parâmetro de interpretação de todas as normas do ordenamento.

[178] BARROSO, Luís Roberto. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=14>. Acesso em: 28 fev. 2018.

3.5 A importância da efetividade das competências atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça para a afirmação dos valores jurídicos, sociais e políticos do Estado

A Constituição Federal de 1988 confiou ao Superior Tribunal de Justiça a tarefa de assegurar a aplicação uniforme da legislação infraconstitucional federal. E, a partir do exercício de suas competências relativas à interpretação do direito federal, a Corte Superior desempenha papel de expressivo interesse público, seja de âmbito social, econômico, jurídico ou político.

Ao apreciar a questão de direito infraconstitucional, veiculada no recurso especial, o pronunciamento exarado pelo STJ ultrapassa o interesse dos litigantes ali envolvidos e estende-se para a sociedade, na medida em que, por ser o Tribunal competente para proferir a última e definitiva palavra acerca da legislação federal, seu entendimento será paradigma para os demais tribunais e jurisdicionados. [179]

Com efeito, as decisões proferidas pela Corte Superior, que deverá sempre estar em consonância com os preceitos e valores constitucionais, em razão da supremacia e força normativa que a Lei Maior detém, influenciam, notadamente, as relações políticas, sociais, jurídicas e econômicas do Estado brasileiro.

A título exemplificativo, no último ano, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre temas de especial relevância na sociedade, nas quais se destacam alguns: limites à imunidade parlamentar – REsp n. 1.642.310/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/8/2017, DJe 18/8/2017; não abusividade da cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção – REsp n. 1.582.318/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/9/2017, DJe 21/9/2017; não integração do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL – EREsp n. 1.517.492/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 8/11/2017, DJe 1/2/2018;

[179] ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 17, p. 447-448, jul./set. 2000.

obrigação alimentar dos avós – Súmula 596, Segunda Seção, julgado em 8/11/2017, DJe 20/11/2017. [180]

Imprescindível pontuar, ainda, que o STJ exerce importante papel na afirmação dos valores jurídicos, sociais e políticos do Estado brasileiro. Diante da intensa constitucionalização do direito federal, objeto de análise e pronunciamento final por esse Tribunal, suas decisões têm o potencial de serem modelos e paradigmas para os demais órgãos inferiores do Poder Judiciário.

O efetivo exercício das competências de uniformização da aplicação e da interpretação do direito infraconstitucional federal permite, ao Superior Tribunal de Justiça por meio do julgamento do recurso especial, a afirmação dos valores jurídicos, sociais e políticos do Estado brasileiro.

Por fim, impende destacar que a importância da competência atribuída constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça não se restringe somente à consolidação de valores jurídicos, sociais e políticos do Estado. Nos julgamentos dos recursos especiais, ao exercer sua função de estabelecer o sentido da norma infraconstitucional tida como violada pela parte recorrente, o STJ deve ser capaz de garantir efetividade à Constituição.

Isso porque, como já pontuado anteriormente, no ordenamento jurídico pátrio, as normas constitucionais são fundamentos de validade para as demais normas do sistema, em razão da supremacia jurídica que possuem, de forma que condiciona o conteúdo das normas hierarquicamente inferiores, bem como os princípios e valores nelas contidos são parâmetros que auxiliam a interpretação e a aplicação das normas ordinárias.

Nesse contexto, apoiar-se no manancial principiológico posto pela Constituição ao interpretar uma norma infraconstitucional, é essencial. A interpretação à luz do texto constitucional assegura a validade e efetivação da norma

[180] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência Anual. 2017*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2017.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

ordinária. Caso contrário, o conteúdo constitucional do direito disposto na norma de direito federal ficará esvaziado.

Conclui-se, portanto, que importantes questões (supremacia jurídica e força normativa), surgidas no direito constitucional moderno e desenvolvidas pelo direito constitucional contemporâneo, possibilitaram a consolidação de um sistema jurídico baseado em uma Constituição composta por normas juridicamente superiores, que são parâmetros de validade e de exegese para todo o ordenamento jurídico.

Essa construção histórica permite a compreensão acerca da importância das competências do Superior Tribunal de Justiça no Brasil. Além de afirmar valores jurídicos, sociais e políticos do Estado nos julgamentos dos recursos especiais, essa Corte Superior também assegura efetividade às normas constitucionais quando, ao determinar o sentido da norma infraconstitucional federal, intrinsecamente constitucionalizada, observa os princípios constitucionais aplicáveis.

4 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, A TUTELA DO DIREITO FEDERAL E A JURISPRUDÊNCIA ORIENTADA NA IMPOSSIBILIDADE DE SE ANALISAR, EM RECURSO ESPECIAL, VIOLAÇÃO DE DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento quanto à inviabilidade de exame de normas constitucionais pela via do recurso especial, mesmo sendo a Constituição parâmetro que orienta a elaboração das normas de direito federal, objeto de última análise pela Corte Superior.

Assim, o último capítulo deste trabalho será destinado a examinar o posicionamento firmado na vigência do Código anterior, as implicações de tal entendimento na tutela do direito federal, assim como as mudanças que as novas disposições previstas no Código de Processo Civil, quais sejam, os arts. 1.032 e 1.033, objetivam proporcionar no âmbito do STJ.

4.1 Um estudo descritivo sobre a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à impossibilidade de se analisar, em recurso especial, violação de disposições constitucionais ante suposta usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal

A divisão de atribuição, definida pela Constituição Federal de 1988 nos arts. 102, III e 105, III, demarcou a exata competência para a interpretação e o controle a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal e, também, pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito de julgamento dos recursos extraordinários e especiais, respectivamente. Assim, o STF é o Tribunal competente para o controle de normas constitucionais, enquanto o STJ é a Corte que deverá realizar o controle de normas infraconstitucionais. [181]

Contudo, como analisando no capítulo anterior, diante da intensa constitucionalização do direito federal, a separação do que estaria na esfera constitucional ou infraconstitucional torna-se difícil no Direito brasileiro, uma vez que diversas normas estabelecidas na Constituição Federal estão retratadas no plano infraconstitucional. A esse respeito, José Miguel Garcia Medina pontua:

> "Caracterizando-se a questão de direito como constitucional ou infraconstitucional federal, se justificará o cabimento de recurso extraordinário ou recurso especial, julgados, respectivamente pelo STF ou pelo STJ (cf. arts. 102, III e 105, III, da CF/1988). **Essa divisão, formulada *in abstracto* na Constituição de 1988, padece de um grave problema, que, com o passar do tempo, tornou-se cada vez mais evidente: em boa parte dos casos, é muito difícil (em alguns, até, é impossível) dizer que a questão de direito é constitucional, e não federal infraconstitucional, ou vice-versa.** É certo que, em muitas situações, a questão se resolve, em termos aparentemente definitivos, a partir de apenas um dispositivo da Constituição ou de uma lei federal". [182] (grifo nosso)

[181] CEZARE, Luiz Henrique. Ofensa reflexa à Constituição e o redirecionamento dos recursos especial e extraordinário previsto nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, ano 41, p. 374, maio 2016.

[182] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1553-1554.

E diante dessa dificuldade de identificação da natureza da norma – se estaria no âmbito constitucional ou infraconstitucional –, a aplicação desmedida da chamada Teoria da Ofensa Reflexa, pelas Cortes Superiores (STF e STJ), tornou-se recorrente.

Isso porque, segundo tal teoria, se a ofensa à norma prevista na Constituição for meramente reflexa, isto é, na qual seja necessário o exame de norma infraconstitucional no caso concreto, não seria cabível recurso extraordinário, haja vista ser imprescindível que a ofensa à Constituição seja direta e frontal para que o Supremo Tribunal Federal aprecie a alegada violação. [183]

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que, ao se deparar com recursos especiais que versavam sobre matérias que estariam dispostas na Constituição, inadmitia-os sob o argumento que não seria possível adentrar na matéria constitucional ou analisar a questão infraconstitucional sem levar em consideração a Constituição Federal[184], sob pena de usurpar a competência constitucionalmente prevista à Suprema Corte.

Para Luiz Henrique Cezare, a Teoria da Ofensa Reflexa à Constituição, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, foi usada como jurisprudência defensiva, isto é, como medida para impedir que os recursos excepcionais fossem julgados no mérito. [185]

Foram inúmeros recursos especiais inadmitidos sob esse fundamento ou apreciados sem levar em consideração a Constituição Federal, lei maior do ordenamento jurídico brasileiro.

[183] CEZARE, Luiz Henrique. Ofensa reflexa à Constituição e o redirecionamento dos recursos especial e extraordinário previsto nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, ano 41, p. 375-376, maio 2016.
[184] CEZARE, Luiz Henrique. Ofensa reflexa à Constituição e o redirecionamento dos recursos especial e extraordinário previsto nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, ano 41, p. 378-380, maio 2016.
[185] CEZARE, Luiz Henrique. Ofensa reflexa à Constituição e o redirecionamento dos recursos especial e extraordinário previsto nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, ano 41, p. 378, maio 2016.

Nesse contexto e a título exemplificativo, é válido destacar o Recurso Especial n. 1.114.938/AL, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973), de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Referido recurso especial foi interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com fundamento na alínea "a" do art. 105, III da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que reconheceu a decadência da Administração Pública em revisar ou cancelar o ato administrativo que suspendeu o benefício de aposentadoria por tempo de serviço do recorrido, uma vez que o período entre a concessão do benefício e o ato que suspendeu o pagamento teria superado o prazo de 5 (cinco) anos, previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/99, bem como que o prazo de decadência instituído pelo art. 103 da Lei n. 8.213/91, com a redação da Lei n. 9.528/97, não se aplicaria aos pedidos de revisão de benefícios concedidos antes de sua vigência, visto que o novo regramento não teria incidência retroativa. [186]

O benefício teria sido concedido ao recorrido em 30/7/1997 e o procedimento de revisão administrativa iniciado em janeiro de 2006 pela autarquia previdenciária.

Ao julgar o recurso especial, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, deu provimento ao recurso especial para afastar a incidência da decadência reconhecida pelo Egrégio TRF da 5ª Região; ou seja, a Terceira Seção concluiu pela possibilidade de se suspender o pagamento de benefício previdenciário quase nove anos após a respectiva concessão.

Assim, seguindo a orientação jurisprudencial predominante no STJ de que não é possível analisar violação de dispositivo constitucional em recurso especial, o respectivo acórdão não apreciou a demanda de direito previdenciário, que tem balizas fixadas expressamente na Constituição Federal, a partir de uma reflexão

[186] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1114938/AL*. Terceira Seção. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Ivanildo dos Santos. Relator(a): Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 14, de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=934930&num_registro=200900002405&data=20100802&formato=PDF>. Acesso em: 2 mar. 2018.

constitucional, por exemplo, em torno dos princípios da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, da confiança, da previsibilidade e da máxima proteção previdenciária ao beneficiário, considerando, na espécie, o caráter alimentar da prestação previdenciária.

Nota-se, da leitura dos votos que compõe o acórdão do Recurso Especial n. 1.114.938/AL, que, em momento algum, houve qualquer menção ou referência às balizas constitucionais que envolvem a questão previdenciária, ainda que o prazo decadencial para a Administração Pública revisar o benefício previdenciário concedido, objeto da discussão, estivesse disposto na legislação infraconstitucional.

A Constituição Federal é dotada de supremacia e suas normas possuem força normativa, o que faz com que as normas constitucionais devam orientar toda a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas que compõe o ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, o desapreço ao conteúdo constitucional da causa levou o Superior Tribunal de Justiça a um julgamento incompleto por se distanciar das balizas constitucionais que envolviam a matéria, que, se tivessem sido apreciadas, produziria um resultado diverso do proclamado.

Ademais, além de deixar de apreciar questões contidas na legislação federal à luz da Constituição Federal, como demonstrado acima, o Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação, para inadmissão de recursos especiais, de que é inviável a análise de matéria constitucional em sede recurso especial, sob pena de violação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, embora se reconheça ser "[...] dever de todo magistrado velar a Constituição Federal [...]"[187], conforme consignado no AgRg no AREsp n. 411.552/DF.

[187] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg no AREsp 411552/DF*. Quarta Turma. Agravante: Jacy Arruda Pinto. Agravado: TEEC Comércio Representação e Distribuição de Roupas LTDA. Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça. Brasília, 25, de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1300244&num_registro=201303456545&data=20140307&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2018.

Dessa forma, mencionam-se alguns recursos que não foram analisados pelos órgãos julgadores do Superior Tribunal de Justiça com base nesse fundamento: EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.219.246/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 28/11/2014; AgRg no REsp n. 1.420.480/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15/4/2014; AgRg no AREsp n. 411.552/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 07/3/2014; AgRg no REsp n. 1.073.442/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/2/2010; e, REsp n. 277.828/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 1/2/2006.

Todavia, como acertadamente pontuado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto no Recurso Especial n. 1.334.097/RJ, esse cenário de inadmissão de recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça sob o fundamento de impossibilidade de exame de violações às normas constitucionais, gera prejuízos aos jurisdicionados, que, em diversas vezes, tem subtraídas ambas as vias recursais (tanto a do recurso especial quanto a do recurso extraordinário), pois

> "[...] quando a controvérsia chega ao Supremo Tribunal Federal não se conhece do recurso extraordinário interposto, quase sempre por se entender que a celeuma instalou-se no âmbito infraconstitucional e a violação à Constituição Federal, e existente, seria reflexa." [188]

Destarte, a jurisprudência que se firmou, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de não ser possível a análise, em recurso especial, de violação de disposições constitucionais ante a suposta usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, definida pela Constituição, contribuiu para a inadmissão de diversos recursos especiais, bem como para julgamentos incompletos em razão da inobservância dos preceitos e valores constitucionais quando interpretado e aplicado o direito federal pelo STJ.

[188] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1334097/RJ*. Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28, de maio de 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2018.

4.2 Reflexões sobre a real abrangência da hermenêutica do direito federal: o que realmente significa tutelar o direito federal?

Muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha pacificado entendimento de que não é possível o exame de violação à norma constitucional na via do recurso especial, esta Corte Superior estaria exercendo sua função, constitucionalmente definida, de zelar pela uniformidade da aplicação e interpretação da legislação infraconstitucional diante do posicionamento firmado? O que realmente significa tutelar o direito federal em um Estado de intensa constitucionalização do direito?

Como visto no capítulo anterior, a partir da promulgação da Constituição vigente, houve um processo de intensa constitucionalização dos direitos no Brasil, em virtude da expansão dos valores constitucionais para os diversos ramos do Direito brasileiro, sobretudo, o direito federal.

Isso se deve, em especial, à supremacia jurídica das normas constitucionais em relação às demais normas do ordenamento dotado de hierarquia. Nesse contexto, a Constituição passa a ocupar não somente o ápice, como também o centro do sistema, o que significa dizer que a Constituição passa a ser o filtro para a elaboração e aplicação de todas as normas ordinárias.

As normas constitucionais são, ainda, consideradas normas jurídicas, em razão da força normativa que possui a Constituição, o que faz com que além de serem diretrizes ao legislador na criação de normas ordinárias, são também parâmetros de interpretação a serem observados pelos tribunais brasileiros na aplicação das normas infraconstitucionais.

Para Luís Roberto Barroso, o caráter jurídico atribuído à norma constitucional traz, além de outras, uma significativa consequência:

> "[...] os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas

> infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida." [189]

É nessa perspectiva que compete ao intérprete e aplicador do Direito infraconstitucional observar a norma maior do sistema na interpretação e aplicação da norma inferior, de forma a assegurar tanto uma maior eficácia das normas constitucionais quanto uma uniformidade dentro do ordenamento jurídico.

Sendo assim, a hermenêutica do direito federal a ser realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, que é o responsável por dizer a última palavra a respeito do direito infraconstitucional federal, deve estar baseada nos valores, princípios e regras descritos na Constituição, já que a norma constitucional é pressuposto de validade e interpretação das normas infraconstitucionais.

No Brasil, grande parte do Direito brasileiro encontra-se situado no âmbito de competência legislativa da União, o que resulta no predomínio do direito federal no sistema jurídico pátrio. O art. 22 da Constituição Federal, por exemplo, concede à União o monopólio legislativo sobre Direito Civil, Direito Penal, Direito Processual, Direito Comercial, Direito do Trabalho, entre outros ramos, conforme já explicitado anteriormente. [190]

Ademais, além da preponderância do direito federal, ressalta-se, novamente, que as normas de direito infraconstitucional federal encontram fundamentos e princípios norteadores no texto constitucional, dada à demasiada constitucionalização do direito federal no país, e que devem ser analisados quando da aplicação do direito federal.

Feitas tais considerações, é possível notar, claramente, que a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça acaba desconsiderando a relevância dos princípios constitucionais na interpretação do direito federal. Ao desvencilhar a interpretação da norma de direito federal em relação à Constituição, sob o pretexto

---

[189] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234.

[190] DECOMAIN, Pedro Roberto. Interpretação Extensiva e Analogia – um Ensaio de Distinção e o Papel do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 86, p. 108, maio 2010.

de que estaria usurpando a competência da Suprema Corte de guarda da Constituição, o STJ tem desconsiderado todo um sistema que se desenvolveu ao longo da história, de supremacia e força normativa das normas constitucionais dentro de um sistema jurídico hierárquico.

Isso porque o posicionamento consolidado, de impossibilidade de análise de violação de disposições constitucionais ante suposta usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, tem o impendido de enxergar a real abrangência hermenêutica que deve ser dada ao direito infraconstitucional federal.

Embora não seja a Corte Superior competente para analisar ofensas diretas à Constituição e suas normas, cabendo ao Supremo Tribunal Federal tal análise, incumbe a ela realizar a interpretação e aplicação do direito federal em consonância com os preceitos e valores constitucionais. Em um Estado de acentuada constitucionalização do direito, torna-se cada vez mais difícil desvincular os demais ramos do direito do direito constitucional. [191]

Ao se negar a apreciar questões constitucionais no recurso especial, o Superior Tribunal Justiça distancia-se de entregar uma prestação jurisdicional completa porque não é possível tutelar, de forma adequada, o direito federal infraconstitucional sem uma reflexão constitucional.

O desprezo ao conteúdo constitucional leva o Superior Tribunal de Justiça a realizar julgamentos incompletos, devido ao distanciamento das balizas constitucionais que envolvem as matérias de direito federal por ele apreciadas. Por consequência, a manutenção desse entendimento leva ao esvaziamento do conteúdo constitucional que todo direito infraconstitucional pátrio ostenta.

Como Corte Superior que é, cabe ao Superior Tribunal de Justiça não somente zelar pela uniformidade da aplicação e interpretação da legislação ordinária

[191] NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Brevíssima nota sobre o controle difuso de constitucionalidade em sede de recurso especial e o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224927,11049-Brevissima+nota+sobre+o+controle+difuso+de+constitucionalidade+em>. Acesso em: 4 mar. 2018.

federal, como seu guardião, mas também a observância dos preceitos constitucionais que nortearam o legislador na criação das normas ordinárias e que devem nortear, igualmente, a aplicação a ser feita como intérprete.

Nesse sentido, impende mencionar o consignado pelo Min. Luis Felipe Salomão em seu voto, no julgamento do Recurso Especial n. 1.334.097/RJ, que ressaltou a importância da observância da Constituição pelo Superior Tribunal de Justiça quando exercida a sua função de uniformização do direito infraconstitucional, conforme o trecho abaixo transcrito:

> "Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, **no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.**
>
> **Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita** (REsp 1.183.378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011); **e assim o fazendo, não se há falar também em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.**
>
> **Nesse sentido, já decidiu o STF não haver usurpação, pelo STJ, no julgamento de demanda com "causa de pedir fundada em princípios constitucionais genéricos, que encontram sua concreta realização nas normas infraconstitucionais"** [...].
>
> [...]
>
> **De fato, o que se veda é o conhecimento do recurso especial com base em alegação de ofensa a dispositivo constitucional, não sendo defeso ao STJ - aliás, é bastante aconselhável - que, admitido o recurso, aplique o direito à espécie, buscando na própria Constituição Federal o fundamento para acolher ou rejeitar a violação do direito infraconstitucional invocado ou para conferir à lei a interpretação que melhor se ajusta ao texto constitucional.**" [192] (grifo nosso)

[192] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1334097/RJ*. Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França.

Em sentido similar, já houve outros pronunciamentos em julgados da Corte Superior a respeito dessa questão.

Na Ação Rescisória n. 4.195/RS, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, discutiu-se a possibilidade de rescisão do acórdão prolatado pela Segunda Turma do STJ, que negou provimento ao Recurso Especial n. 860.907/RS, interposto pela Fazenda Nacional, mantendo o acórdão do Tribunal *a quo* que entendeu ser devida a correção monetária dos créditos de IPI (imposto sobre produtos industrializados) incidente sobre insumos e matérias-primas utilizados na fabricação de produtos não tributados. [193]

O autor da ação (Fazenda Nacional), dentre outras alegações utilizadas para fundamentar a necessidade de desconstituição do acórdão, sustentava que o Superior Tribunal de Justiça teria adentrado na competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que dirimiu a lide com fundamento constitucional. Entretanto, o eminente Ministro Relator bem pontuou em seu voto que:

> "[...] Cabe afastar, ainda, a alegação de que o acórdão rescindendo não poderia ter analisado matéria constitucional. Ao contrário disso, **esta Corte Superior, ainda que em sede de recurso especial, pode ponderar princípios constitucionais para nortear a interpretação da legislação infraconstitucional aplicável ao caso concreto.** [...]. E, [...] **o fato de o acórdão rescindendo ter utilizado fundamentação constitucional**, ainda que equivocada, para interpretar a natureza jurídica do art. 11 da Lei 9.779/99, **não desnatura a essência infraconstitucional da matéria de fundo,** tal qual já decidiu o STF."[194] (grifo nosso)

Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28, de maio de 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2018.

[193] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória. *AR 4195/RS*. Primeira Seção. Autor: Fazenda Nacional. Réu: Adelino Antoniazzi Indústria Moageira LTDA. Relator(a): Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 8, de novembro de 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1654136&num_registro=200900214741&data=20171116&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[194] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória. *AR 4195/RS*. Primeira Seção. Autor: Fazenda Nacional. Réu: Adelino Antoniazzi Indústria Moageira LTDA. Relator(a): Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 8, de novembro de 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1654136&num_registro=200900214741&data=20171116&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Nota-se, assim, que, afastando-se da orientação firmada pelo STJ, o Ministro Relator assinalou a possibilidade de apreciação dos princípios constitucionais para a interpretação da legislação infraconstitucional pela via do recurso, sem, contudo, adentrar na competência da Suprema Corte. O caso envolvia questões de Direito Tributário, que tem importantes balizas no texto constitucional a serem considerados no momento da interpretação da norma de direito federal. Tal prática permite a plena tutela do direito federal, na medida em que estará em sintonia com os preceitos constitucionais.

Em outra ocasião, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 963.990/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, é possível notar, de forma clara e objetiva, a importância de se interpretar a legislação infraconstitucional à luz da Constituição Federal. A discussão posta nos autos versava sobre a possibilidade ou não de interrupção do fornecimento de energia elétrica em razão de inadimplemento pelo usuário.

Embora já houvesse entendimento no âmbito da Corte Superior no sentido de considerar lícita a interrupção do fornecimento de energia elétrica pela concessionária quando o consumidor, mesmo notificado, permanece inadimplente, o que não afrontaria o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e é permitida pela Lei n. 8.987/95, o Ministro Relator, mesmo adotando o entendimento majoritário firmado, fez uma ressalva por compreender que:

> "[...] o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, **extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana**, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos, posto essenciais para a sua vida."[195] (grifo nosso)

[195] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg no REsp 963990/SC*. Primeira Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e outro. Relator(a): Min. Luiz Fux. Brasília, 8, de abril de 2008. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=770782&num_registro=200701464207&data=20080512&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Isso porque, muito embora haja previsão legal expressa na Lei n. 8.987/95, autorizando a concessionária a interromper o fornecimento de energia, em razão de inadimplemento, a referida lei deveria ser interpretada em observância aos princípios constitucionais. É o que Ministro Luiz Fux ressalta em seguida, na ementa do acórdão:

> "[...] **A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais**, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal."[196] (grifo nosso)

Observa-se, portanto, que a interpretação da legislação federal sem considerar os princípios previstos no texto constitucional provoca uma inconsistência jurídica, levando a julgamentos incompletos. A Constituição possui um arcabouço principiológico que deve ser utilizado pelo intérprete e aplicador do Direito para que não ocorra um esvaziamento da vontade da Constituição.

Por último, para corroborar ainda mais o valor da interpretação e aplicação do direito federal em harmonia com os valores e princípios constitucionais, menciona-se o Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 726.721/PR, relatado pelo Ministro José Delgado.

A divergência instaurada nos autos, no âmbito de Direto Tributário, diz respeito à data de extinção do crédito-prêmio do IPI. A agravante sustenta, dentre outro pontos, que ao ser invocado, na decisão agravada, o art. 41, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o Superior Tribunal de Justiça adentrou na competência do STF, violando o art. 102, III, a, da Constituição Federal, que prevê a competência da Suprema Corte de analisar violação à norma da Constituição. Porém, tal argumento foi afastado, nos seguintes termos:

---

[196] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg no REsp 963990/SC*. Primeira Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e outro. Relator(a): Min. Luiz Fux. Brasília, 8, de abril de 2008. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=770782&num_registro=200701464207&data=20080512&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

> "[...] cumpre esclarecer à agravante que, embora seja defeso ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, examinar matéria de índole constitucional, **nada o impede de, em conhecendo do recurso por afronta a dispositivo de lei, interpretar norma constitucional que entenda aplicável ao caso**."[197] (grifo nosso)

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, ao estabelecer o sentido da legislação infraconstitucional baseando-se nas normas constitucionais, em nada invade a competência da Suprema Corte atribuída na Constituição. Muito pelo contrário, a interpretação conforme os princípios constitucionais permite o fortalecimento do direito federal e da Constituição no ordenamento jurídico, assim como uma uniformidade entre as normas do mesmo sistema.

Com a expansão de valores constitucionais aos diversos ramos do direito federal e sua intensa constitucionalização a partir da Constituição Federal de 1988, além da supremacia e força normativa que detém as normas constitucionais dentro do ordenamento jurídico pátrio, constata-se a necessidade de observância, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos preceitos constitucionais no âmbito da tutela do direito federal infraconstitucional quando do julgamento dos recursos especiais.

A afirmação de sua missão constitucional, de preservar pela unidade do direito federal interno, depende da tutela adequada do direito federal, levando em consideração sua real abrangência, o que engloba, principalmente, a sua leitura a partir do texto constitucional.

Além disso, importante destacar que o Código de Processo Civil de 2015 buscou trilhar novos caminhos ao consagrar o princípio da primazia do julgamento de mérito. Desse princípio se depreende a necessidade dos tribunais proferirem julgamentos completos e que resolvam, de forma definitiva, o mérito dos conflitos submetidos à sua apreciação.

---

[197] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg nos EREsp 726721/PR*. Primeira Seção. Agravante: Emílio B Gomes e Filhos S/A Indústria Comércio e Exportadora de Madeiras. Agravado: Fazenda Nacional. Relator(a): Min. José Delgado. Brasília, 14, de maio de 2008. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=781116&num_registro=200702856219&data=20080609&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

E a previsão dos arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 é prova dessa intenção de mudança de paradigmas, uma vez que o legislador buscou combater a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores (STF e STJ) de inadmissão dos recursos sem análise do mérito recursal. [198]

Por fim, para demonstrar a importância de o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os recursos especiais, atentar-se aos preceitos constitucionais para uma completa tutela do direito federal infraconstitucional, destacam-se julgamentos em que, quando houve o enfrentamento de determinada matéria por ambos os tribunais superiores (STF e STJ), as decisões prolatadas foram diametralmente opostas e conflitantes. São exemplos deste cenário de conflito os casos sobre a incidência de contribuição previdenciária em vale-transporte pago em dinheiro e a desaposentação.

No tocante à incidência de contribuição previdenciária em vale-transporte pago em dinheiro, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria no Recurso Especial n. 751.835/PR, entendeu que incidiria encargos previdenciários em vale-transporte pago em dinheiro. [199]

No entanto, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a questão no Recurso Extraordinário n. 478.410/SP, o posicionamento firmado foi contrário ao do STJ, isto é, de que não incide encargos previdenciários em vale-transporte pago em dinheiro, restando consignado que "[...] a cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-

[198] LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ano 41, p. 238, ago. 2016.

[199] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 751835/PR*. Primeira Turma. Recorrente: HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo e outro. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator(a): Min. José Delgado. Brasília, 23, de agosto de 2005. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=572345&num_registro=200500826685&data=20050919&formato=PDF>. Acesso em: 28 mar. 2018.

transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição [...]". [200]

No caso da desaposentação, que consiste no ato em que o segurado, mesmo após a concessão do benefício da aposentadoria, continua trabalhando, e visa renunciar à aposentadoria que recebe para integralizar, no cômputo do período contributivo, os salários de contribuição da atividade exercida posteriormente à aposentação a fim de que possa requerer uma nova aposentadoria mais vantajosa, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial n. 1.334.488/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/73), firmou entendimento de ser possível a desaposentação, sem necessidade de devolução dos valores do benefício recebidos em virtude da aposentadoria anterior. [201]

Todavia, ao apreciar a questão da desaposentação no Recurso Extraordinário n. 661.256, sob a sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento contrário ao Superior Tribunal de Justiça, fixando a seguinte tese:

> "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91."[202]

Portanto, não é possível a desaposentação, uma vez que a regra do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91 veda tal prática e, segundo o Plenário do STF, referida norma

---

[200] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 478410/SP*. Plenário. Recorrente: UNIBANCO – União de Bancos Brasileiros S/A. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 10, de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611071>. Acesso em: 28 mar. 2018.

[201] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1334488/SC*. Primeira Seção. Recorrentes: Waldir Ossemer e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorridos: os mesmos. Relator(a): Min. Herman Benjamin. Brasília, 08, de maio de 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1186178&num_registro=201201463871&data=20130514&formato=PDF>. Acesso em: 28 mar. 2018.

[202] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 661256/SC*. Plenário. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Brasília, 27, de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13687555>. Acesso em: 28 mar. 2018.

é constitucional, diante do sistema previdenciário criado pela Constituição Federal de 1988.

Nota-se, assim, após a breve análise jurisprudencial, que a recusa de se analisar o direito infraconstitucional federal à luz dos preceitos e valores contidos na Constituição Federal, ao fundamento de que haveria usurpação de competência do STF, tem levado o Superior Tribunal de Justiça a prolatar decisões incompletas, sem levar em conta a real abrangência do direito federal que, por vezes, quando a mesma matéria é levada à apreciação da Suprema Corte, o posicionamento adotado é totalmente contrário ao estabelecido pelo STJ.

Dessa forma, imprescindível se torna a necessidade do Superior Tribunal de Justiça, na guarda do direito federal, apreciar as questões, levadas ao seu conhecimento, sob a óptica da Constituição Federal, sem que isso seja considerada usurpação da competência do STF, mas sim a entrega de um julgamento completo ao jurisdicionado.

4.3 O Código de Processo Civil de 2015 e a alteração de rumos: a previsão contida nos arts. 1.032 e 1.033 como reação à jurisprudência do STJ

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações, dentre elas, as disposições contidas nos arts. 1.032 e 1.033, que no código anterior não existiam correspondentes. Assim estabelecem, respectivamente:

> "Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.
>
> Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.
>
> Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei

> federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial." [203]

Tais previsões priorizam a conversão do recurso extraordinário em especial e vice-versa ao invés da extinção do procedimento recursal sem exame do mérito. Mas qual teria sido o propósito do legislador ao inseri-los no atual Código?

Segundo Guilherme Pupe da Nóbrega, referidos dispositivos surgiram da necessidade de se evitar casos em que as Cortes Superiores (STF e STJ) se abstêm de julgar o mérito do recurso, como comumente ocorria na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sob o argumento, pelo STJ, de impossibilidade de se adentrar na matéria constitucional pelo recurso especial, ao mesmo tempo em que, o STF alega existir apenas ofensa reflexa à Constituição, o que tornaria inviável a análise pelo guardião da Constituição Federal do recurso extraordinário[204], segundo já relatado.

E foi diante desse cenário de conflito negativo de competência entre STF e STJ para o julgamento de tais questões que o legislador previu o contido nos arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015. A esse respeito, Vinicius Silva Lemos explica:

> "[...] o CPC/2015 imaginou uma saída processual para a eventual omissão de um ou ambos tribunais superiores quando houver essa negatividade sobre o cabimento recursal. **Pela nova regra, não há inadmissibilidade e, consequentemente, algum dos tribunais julgará o recurso interposto, nem que seja pela fungibilidade.**" [205] (grifo nosso)

Em outras palavras, a previsão contida nos arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 surgiu como reação à jurisprudência defensiva tanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal, que tinha como objetivo obstar a análise do mérito dos recursos extraordinário e especial diante da grande quantidade de recursos destinado às Cortes Superiores.

---

[203] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 mar. 2018.

[204] NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Brevíssima nota sobre o controle difuso de constitucionalidade em sede de recurso especial e o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224927,11049-Brevissima+nota+sobre+o+controle+difuso+de+constitucionalidade+em>. Acesso em: 5 mar. 2018.

[205] LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ano 41, p. 240-241, ago. 2016.

Dessa forma, o disposto nos citados artigos vem como solução para a negativa de jurisdição gerada pelo conflito negativo entre os tribunais superiores diante da dificuldade em se separar o direito infraconstitucional do constitucional, uma vez que o conteúdo de normas constitucionais reflete-se em diversas leis federais[206], em virtude da já tratada constitucionalização do direito no Brasil.

Para José Miguel Garcia Medina, "evidentemente, não há tema de direito federal infraconstitucional que possa ficar alheio à Constituição"[207], o que dificulta ainda mais a separação daquilo que está no plano infraconstitucional ou constitucional.

Assim, se o Ministro Relator no STJ entender que o recurso especial versa sobre a matéria de competência do STF (de índole eminentemente constitucional), fará a conversão do recurso em extraordinário, nos moldes do art. 1.032 do CPC/2015 e, remeterá para julgamento no STF que, poderá, em juízo de admissibilidade, entender não se tratar de questão constitucional, devolvendo para o STJ para que seja julgado como recurso especial, conforme prevê o parágrafo único do referido artigo. [208]

Por outro lado, se o recorrente interpuser recurso extraordinário e o Ministro Relator no STF entender que a violação à norma constitucional não é direta, mas reflexa, haja vista ter a questão sido solucionada à luz de norma infraconstitucional, remeterá ao STJ para julgamento como recurso especial, nos termos do art. 1.033 do mesmo diploma legal. [209]

[206] LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ano 41, p. 241, ago. 2016.
[207] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.554.
[208] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.555.
[209] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.556.

Sendo assim, nota-se que a palavra final sempre será do Supremo Tribunal Federal, pois a ele compete deliberar sobre a existência ou não de violação da norma constitucional.

As novas disposições trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 além de serem uma evidente reação ao posicionamento firmado nos Tribunais Superiores que tem causado às partes manifesta denegação de justiça[210], visam atingir também os jurisdicionados, na medida em que algum dos tribunais superiores deverá julgar a questão veiculada no recurso, de forma a entregar uma melhor prestação jurisdicional. [211]

Além do mais, a previsão do art. 1.033 do CPC/2015 deixa claro que a análise de ofensas reflexas ao texto constitucional será de apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Isso deve ser enxergado como uma orientação a ser seguida pelo STJ quando do exame das normas de direito federal, uma vez que, no ordenamento jurídico pátrio, elas estão diretamente ligadas às normas constitucionais, seja pela supremacia e força normativa destas, seja pela intensa constitucionalização do direito federal, o que acaba por fortalecer a ideia de que a prestação jurisdicional deve ser entregue, evidentemente, em consonância com a Lei Maior do sistema jurídico.

Desta feita, ao interpretar e aplicar o direito infraconstitucional em conformidade com os valores e fins retratados na Constituição, o Superior Tribunal de Justiça, não somente reforça a importância de seu papel na uniformização do direto federal, mas acaba por fortalecer a supremacia e rigidez da Constituição Federal também.

As mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, sobretudo, no que se refere ao disposto nos arts. 1.032 e 1.033, buscam combater o conflito

[210] CEZARE, Luiz Henrique. Ofensa reflexa à Constituição e o redirecionamento dos recursos especial e extraordinário previsto nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, ano 41, p. 383, maio 2016.
[211] LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ano 41, p. 252, ago. 2016.

negativo de atribuições entre os Tribunais Superiores (STF e STJ), que vigorava na vigência do Código anterior. Por consequência, um dos dois órgãos jurisdicionais deverá, inevitavelmente, solucionar a pretensão dos litigantes.

Por outro lado, caberá, ainda, ao Superior Tribunal de Justiça, ater-se, ao examinar as questões de direito infraconstitucional federal, aos valores e fins constitucionais, sob pena de entregar, aos jurisdicionados, uma prestação jurisdicional em descompasso com a Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro, contribuindo, assim, para a afirmação do direito federal a partir de uma exegese constitucional.

4.4 Primeiros julgados do STJ acerca do tema e provável ressignificação em sua atuação

Como visto na subseção antecedente, o Código de Processo Civil de 2015 buscou, através das novas disposições dos arts. 1.032 e 1.033, combater a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça de impossibilidade de se analisar, em recurso especial, violação de disposições constitucionais.

Referido Codex entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, conforme decisão do Plenário do STJ, que restou consignada no Enunciado Administrativo n. 1[212]. Mas será que, desde a sua vigência, a Corte Superior tem aplicado tais dispositivos legais segundo a intenção do legislador?

Embora já se tenham passado dois anos desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, ainda não são numerosos os recursos especiais que versem sobre a problemática descrita nesse trabalho.

Todavia, foram selecionados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, e de forma residual, do Supremo Tribunal Federal para que fosse feita uma análise quanto à aplicação dos arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015.

[212] O Plenário do STJ aprovou, na sessão do dia 02 de março de 2016, o Enunciado Administrativo n.1, que dispõe: "O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016".

No julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.681.558/PR, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, a Segunda Turma consignou, dentre outros pontos, que a matéria veiculada no especial seria de índole eminentemente constitucional, uma vez que o acórdão recorrido, ao analisar a questão, cingiu-se à interpretação de regramentos e princípios constitucionais, o que impossibilitaria a apreciação da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, afastou-se a aplicação do art. 1.032 do CPC/2015 ao fundamento de existência de recurso extraordinário admitido na origem. [213]

No mesmo sentido, a Segunda Turma já havia se pronunciado, em 2017, no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.622.902/RS, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, sobre a inaplicabilidade do art. 1.032 do CPC/2015 por entender que:

> "[...] tal providência seria desnecessária e inútil na hipótese dos autos, tendo em vista que já existe recurso extraordinário interposto e admitido na origem, de modo que, em momento oportuno, os autos subirão ao Supremo Tribunal Federal para análise da questão constitucional." [214]

Assim, nota-se que o posicionamento firmado sobre o afastamento da aplicação do art. 1.032 do CPC/2015 nos casos em que, embora o relator entenda que o recurso especial interposto pelo recorrente verse sobre questão constitucional, não há necessidade de se adotar a providência do referido artigo quando houver recurso extraordinário admitido pelo Tribunal de origem, mostra-se coerente.

---

[213] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno. *AgInt no REsp 1681558/PR*. Segunda Turma. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravada: Waldeneia Aparecida Martins. Relator(a): Min. Francisco Falcão. Diário de Justiça. Brasília, 20, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1675960&num_registro=201701532020&data=20180226&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[214] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno. *AgInt no REsp 1622902/RS*. Segunda Turma. Agravante: Endutex Brasil LTDA. Agravado: Fazenda Nacional. Relator(a): Min. Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça. Braslília, 07, de março de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576613&num_registro=201602279990&data=20170313&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

Segundo o princípio da singularidade recursal, para cada decisão judicial só se admite, em regra, um meio de impugnação. O recurso especial e o recurso extraordinário são exceções a esse princípio, na medida em que é possível utilizá-los para impugnar o mesmo acórdão, em razão da natureza da matéria (infraconstitucional e constitucional) que cada recurso veicula .[215]

No entanto, nos casos em que a parte recorrente interpôs tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário contra o acórdão do Tribunal local, e este também foi admitido na origem, a conversão do recurso especial em extraordinário, por força do disposto no art. 1.032 do CPC/2015, é desnecessária, pois haveriam dois recursos extraordinários atacando o mesmo acórdão, o que afrontaria a singularidade recursal.

O art. 1.031, *caput* e § 1º do CPC/2015 estabelece que, havendo interposição simultânea de recurso especial e extraordinário, os autos deverão ser remetidos primeiramente ao STJ e, concluído o julgamento do recurso especial, os autos serão remetidos ao STF para apreciação do recurso extraordinário[216]. Assim, conforme pontuado nos Agravos Internos no Recurso Especial n. 1.681.558/PR e n. 1.622.902/RS, o recurso extraordinário, admitido na origem, será encaminhado ao STF para julgamento do recurso extraordinário no momento oportuno, fazendo com que inexista a obrigação de observância do art. 1.032 do CPC/2015 pelo Ministro Relator no STJ nesses casos.

Por outro lado, no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.227.754/SP, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu ser inaplicável o disposto no art. 1.032 do CPC/2015, mesmo consignando que a pretensão recursal da parte recorrente é de índole constitucional, uma vez que o recurso especial foi interposto na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e que Corte Superior já teria firmado

[215] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.487-1.488.
[216] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

posicionamento de que o procedimento do referido dispositivo legal somente deve ser aplicado para os recursos especiais interpostos já na vigência do novo estatuto processual civil. [217]

Em igual sentido: AgInt no REsp n. 1.603.792/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 17/8/2017; AgInt no AgRg no Ag n. 1.425.690/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 30/3/2017; e, EDcl no AgRg no REsp n. 1.316.890/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/9/2016.

A mesma orientação tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal para a inaplicabilidade do art. 1.033 do CPC/2015. Precedentes: RE 1.055.945 AgR/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20/10/2017; RE n. 749.457 AgR/SC, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 13/9/2016; RE n. 959.489 ED/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, Plenário, DJe 3/10/2016.

Todavia, impende ressaltar que os arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 estipulam regras de natureza procedimental e não de requisitos de admissibilidade do recurso, nos quais estes devem ser regidos pela norma em vigor no tempo da publicação da decisão recorrida, conforme estabelecem os Enunciados Administrativos ns. 2 [218] e 3 [219] do STJ, aprovados pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016.

Nos casos de regras de natureza procedimental, a lei processual nova deve ser aplicada imediatamente aos feitos pendentes para julgamento, de acordo com a previsão do art. 14 do CPC/2015, que dispõe:

---

[217] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno. *AgInt no REsp 1227754/SP*. Primeira Turma. Agravante: Posto de Serviços Sucesso LTDA. Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Gurgel de Faria. Brasília, 28, de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1661775&num_registro=201002183256&data=20180205&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[218] Enunciado Administrativo n. 2 do STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça."

[219] Enunciado Administrativo n. 3 do STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC."

> "Art. 14. A norma processual não retroagirá e **será aplicável imediatamente aos processos em curso**, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada." [220] (grifo nosso)

Ademais, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) aprovou, em outubro de 2015, antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o Enunciado n. 564, que estabelece: "os arts. 1.032 e 1.033 devem ser aplicados aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do CPC de 2015 e ainda pendentes de julgamento". [221]

Sob a coordenação geral de Fredie Didier Jr., o Fórum Permanente de Processualistas Civis reúne diversos processualistas de todo o país e tem por objetivo fornecer diretrizes para auxiliar os intérpretes e aplicadores do Código de Processo Civil de 2015. Os enunciados somente são aprovados por unanimidade no grupo temático e, também, por unanimidade na plenária, o que confere expressiva legitimidade aos enunciados. [222]

Embora os enunciados aprovados no Fórum Permanente de Processualistas Civis não vinculem os órgãos do Poder Judiciário, a interpretação para a aplicação dos arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 deve estar em consonância com o ordenamento jurídico. E o Enunciado n. 564 do FPPC é o que se melhor coaduna com esse propósito, já que a lei processual nova deve ser aplicada imediatamente aos feitos pendentes de julgamento.

Verifica-se, ainda, que o entendimento adotado pelo STJ e pelo STF tem gerado um problema de ordem prática, acarretando um tratamento desigual entre os jurisdicionados.

---

[220] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[221] BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf. Acesso em: 15 mar. 2018.

[222] BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf. Acesso em: 15 mar. 2018.

Isso porque os recorrentes que tiverem interpostos seus recursos especiais em face de acórdãos prolatados já na vigência do CPC/2015, terão direito à providência dos arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015, conforme o caso, enquanto aqueles, que ainda que não tenham tido seus recursos apreciados, mas que foram interpostos contra decisões publicadas na vigência do CPC/1973, terão seus recursos não conhecidos ao fundamento de que o STJ não é o Tribunal Superior competente para analisar matéria constitucional.

Portanto, a continuidade na aplicação do posicionamento de que somente devem ser aplicados os arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 para os recursos especiais interpostos já na vigência do Código de Processo Civil de 2015 leva a um esvaziamento das finalidades das referidas disposições legais, bem como a um tratamento diferente entre os jurisdicionados.

Por fim, para encerrar a análise jurisprudencial deste trabalho, relata-se mais dois julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

Em exame do Recurso Especial n. 1.662.651/RS, o Ministro Relator Herman Benjamin, em decisão monocrática, ao entender que a matéria veiculada no recurso especial foi analisada pelo Tribunal de origem sob o prisma essencialmente constitucional, o que competiria ao Supremo Tribunal Federal analisar tal questão, concedeu o prazo de 15 (quinze) dias para a parte recorrente demonstrar a existência de repercussão geral e se manifestar sobre a questão constitucional, em atenção à previsão do art. 1.032 do CPC/2015, uma vez caso estaria regido pelas normas do novo Codex. [223]

Todavia, a parte deixou transcorrer o prazo concedido sem tomar as providências cabíveis e a Segunda Turma do STJ não conheceu do recurso especial ao fundamento de que a parte recorrente não cumpriu o disposto no art. 1.032 do

[223] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1662651/RS*. Decisão monocrática. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Instituto Maria Galbusera. Relator(a): Min. Herman Benjamin. Brasília, 09, de maio 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=71873796&num_registro=201700603116&data=20170509&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CPC/2015 e que a o Tribunal *a quo* solucionou a lide com a adoção de fundamento exclusivamente constitucional, o que tornaria inviável a análise da pretensão da recorrente em recurso especial, sob pena de usurpação da competência do STF. [224]

Já no Agravo Interno no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.659.368/RS, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, a Segunda Turma afastou a aplicação do art. 1.032 do CPC/2015, pois a questão veiculada no recurso especial, embora tivesse contornos constitucionais, tem sido enxergada pelo Supremo Tribunal Federal apenas como ofensa reflexa ao texto constitucional, o que tem ocasionado o não conhecimento dos recursos extraordinários interpostos, perante a Suprema Corte, sobre tal tema. Assim, a Segunda Turma avocou, para si, a competência para analisar a matéria debatida no recurso. [225]

A questão posta no referido recurso especial versa sobre a aplicação do art. 12-A da Lei n. 7.713/1988, nos quais se alega violação aos arts. 5º, caput, e 150, II da Constituição Federal, por ofensa à igualdade de tratamento tributário. Embora tenha sido reconhecida a ofensa reflexa à Constituição, não houve, nas razões do voto do Ministro Relator, ponderação das balizas constitucionais que envolvia a questão.

Sendo assim, o que se percebe, após a análise jurisprudencial realizada, é que o Superior Tribunal de Justiça, mesmo com as novas disposições do Código de Processo Civil de 2015, continua a adotar uma postura defensiva na apreciação dos recursos especiais, quer pela inaplicabilidade dos arts. 1.032 e 1.033, quer pelo exame das normas infraconstitucionais federais sem observância dos preceitos e

[224] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1662651/RS*. Segunda Turma. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Instituto Maria Galbusera. Relator(a): Min. Herman Benjamin. Brasília, 17, de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595671&num_registro=201700603116&data=20170913&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[225] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno. *AgInt no REsp 1659368/RS*. Segunda Turma. Agravante: Maria Helena Aguirre Smoktunowicz. Agravado: Fazenda Nacional. Relator(a): Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 22, de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1627172&num_registro=201700544647&data=20170828&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar.2018.

valores constitucionais, o que acaba prejudicando, de sobremaneira, os jurisdicionados.

Portanto, é primordial que haja uma ressignificação na atuação do Superior Tribunal de Justiça, como Corte Superior que é responsável pela uniformização da aplicação e interpretação do direito federal, na medida em que suas decisões são parâmetros usados, tanto pelos juízes singulares, quanto pelos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais na aplicação do direito infraconstitucional federal.

4.5 Algumas considerações conclusivas em torno da questão

Instituído pela Constituição Federal de 1988 para tentar solucionar a crise que assolava o Supremo Tribunal Federal pela demasiada quantidade de recursos destinados a ele, o Superior Tribunal de Justiça passa a ser o guardião da legislação infraconstitucional federal, com a missão de zelar pela uniformidade de sua interpretação e aplicação.

Tutelar o direito federal significa muito mais do que aplicar a norma infraconstitucional correta ao caso concreto. Significa interpretá-la e aplicá-la em consonância com os preceitos constitucionais, que devem nortearam tanto o legislador, no momento da criação das normas ordinárias, como o intérprete e aplicador do Direito. Em um ordenamento jurídico de intensa constitucionalização do direito, e no qual a Constituição é dotada de supremacia jurídica e força normativa, a aplicação das normas ordinárias em conformidade com o texto constitucional se faz necessária.

Sendo assim, após as reflexões e considerações realizadas ao longo desse trabalho, constata-se que a jurisprudência firmada, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de inviabilidade de se analisar questões constitucionais em recurso especial, não deve subsistir, sob pena de acarretar o esvaziamento das finalidades das novas disposições trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 quais sejam, os arts. 1.032 e 1.033.

Todavia, mesmo após dois anos da entrada em vigor do novo Codex, o Superior Tribunal de Justiça tem afastado a aplicação desses dispositivos. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações para proporcionar às partes uma melhor prestação jurisdicional, bem como transformações significativas na jurisprudência do STJ, e não na manutenção de posicionamentos consolidados na vigência do Código anterior.

Assim, torna-se primordial que o Superior Tribunal de Justiça, responsável por proferir a última palavra sobre a legislação infraconstitucional federal, busque uma ressignificação na sua atuação com a finalidade de reforçar, não somente a importância de seu papel no sistema jurídico pátrio, como também a afirmação do direito federal a partir da exegese constitucional. Os arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 visam não somente combater a denegação da prestação jurisdicional pelos Tribunais Superiores (STF e STJ), mas também a entrega da prestação jurisdicional em descompasso com a Constituição, trazendo, assim, uma enorme mudança de paradigma para a atuação do Superior Tribunal de Justiça.

5 CONCLUSÃO

É indiscutível que desde a sua instituição em 1988, o Superior Tribunal de Justiça assumiu papel de relevante interesse público. Isso porque, por meio da interpretação da legislação infraconstitucional federal, o STJ propicia a afirmação de valores jurídicos, políticos, econômicos e sociais do Estado brasileiro nos julgamentos dos recursos especiais.

Embora não tenha conseguido pôr fim à crise que pairava sobre o Supremo Tribunal Federal, em razão da sobrecarga de processos, tendo acabado se enxergando em semelhante problema, o Superior Tribunal de Justiça não deve desvalorizar e/ou minimizar a sua missão constitucional mediante adoção de obstáculos que visam perpetuar uma jurisprudência defensiva.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, vigorou a orientação de que não era possível a análise de violações às normas constitucionais em recurso

especial sob a justificativa de usurpação da competência atribuída constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal, o que acabava por refletir em uma interpretação e aplicação do direito federal, pelo Superior Tribunal de Justiça, sem observância dos preceitos e valores constitucionais.

É o que foi possível notar na análise feita dos julgados do STF e do STF acerca da incidência de contribuição previdenciária em vale-transporte pago em dinheiro e da desaposentação. A apreciação das legislações infraconstitucionais aplicáveis a cada caso concreto, sem observância dos preceitos contidos na Constituição, levou o Superior Tribunal de Justiça a realizar dois julgamentos incompletos, pois quando as mesmas matérias foram levadas ao exame da Suprema Corte, o posicionamento adotado foi totalmente contrário ao inicialmente estabelecido pelo STJ.

Todavia, conforme se verificou, especialmente, no segundo capítulo desse trabalho, as normas constitucionais irradiam sobre a legislação infraconstitucional federal, pois são dotadas de supremacia jurídica e força normativa. Além de serem parâmetros na elaboração das normas ordinárias, são igualmente critérios na interpretação e aplicação dessas normas a serem respeitados pelo intérprete e aplicador do Direito.

Necessário pontuar, também, que, por ser a Corte Superior responsável por dar a última palavra acerca da legislação infraconstitucional, suas decisões serão utilizadas como paradigmas pelos demais órgãos jurisdicionais inferiores, o que acaba por reforçar ainda mais a relevância de uma interpretação do direito federal em consonância com a Constituição Federal.

Destarte, buscando uma solução para o cenário de denegação da prestação jurisdicional materializada pela inadmissão do recurso especial, pelo STJ, e do extraordinário, pelo STF, ao fundamento de que a matéria veiculada nos recursos seria ofensa direta e reflexa à Constituição, respectivamente, bem como de entrega de direitos sem consonância com os valores e fins previstos na Constituição Federal,

o legislador do Código de Processo Civil de 2015 previu os arts. 1.032 e 1.033 como reação a essa jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores.

Assim, além de ter o dever de analisar questões em que se verifica uma ofensa reflexa à Constituição Federal, já que, no ordenamento jurídico brasileiro, diversas normas constitucionais são retratadas no plano infraconstitucional, é primordial que o Superior Tribunal de Justiça observe, nos julgamentos dos recursos a ele destinados, os preceitos constitucionais que incidem sobre a matéria de direito infraconstitucional federal a ser apreciada.

Em alguns julgados da Corte Superior já houve destaques para a importância e possibilidade de análise do direito infraconstitucional à luz da Constituição, sem que isso incorra em usurpação da competência do STF. É o que se verificou da análise feita, no terceiro capítulo, do REsp n. 1.334.097/RJ, da AR n. 4.195/RS, do AgRg no REsp n. 963.990/SC e do AgRg nos EREsp n. 726.721/PR.

Tutelar o direito federal significa muito mais do que aplicar a norma infraconstitucional correta ao caso concreto. É necessário interpretá-la em conformidade aos valores constitucionais que devem nortear tanto o legislador, no momento da criação da legislação infraconstitucional, como o intérprete e aplicador do Direito.

Portanto, em um ordenamento jurídico em que se verifica uma intensa constitucionalização do direito federal, e no qual a Constituição Federal é dotada de superioridade jurídica e força normativa, a aplicação das normas ordinárias em harmonia com o texto constitucional é fundamental.

Muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha, por muito tempo, distanciado das balizas constitucionais nos julgamentos dos recursos especiais, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma nova chance à Corte Superior, por intermédio dos arts. 1.032 e 1.033, de reencontrar a essência do seu papel constitucional a ser desempenhado. Isto é, a ressignificação da sua atuação torna-se necessária.

Entretanto, conforme se verificou no exame do AgInt no REsp n. 1.227.754/SP, o STJ tem afastado a aplicação do art. 1.032 do CPC/2015, mesmo consignando que a pretensão recursal da parte recorrente é de índole constitucional, ao fundamento de que a providência do referido dispositivo legal somente deve ser aplicado para os recursos especiais interpostos já na vigência do novo estatuto processual civil, inadmitindo os recursos especiais ainda pendentes de julgamento, que foram interpostos contra acórdãos prolatados na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Os arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015 estipulam regras de natureza procedimental e, portanto, a lei processual nova deve ser aplicada imediatamente aos feitos pendentes para julgamento. Assim, a continuidade na aplicação desse posicionamento leva a um tratamento desigual entre os jurisdicionados, uma vez que os recursos, que impugnaram decisões proferidas na vigência do Código anterior, não serão conhecidos.

Embora a inaplicação do art. 1.032 do CPC/2015 quando já houver recurso extraordinário admitido pelo Tribunal de origem se justifique, em razão da singularidade recursal, a conservação do entendimento pontuado acima, que leva à inadmissão dos recursos interpostos contra acórdãos prolatados na vigência do CPC/1973, provoca o esvaziamento das finalidades dos referidos artigos.

Ademais, apesar de, até a conclusão deste trabalho, não terem sido verificadas, desde a entrada em vigor do novo *Codex* processual em 18 de março de 2016, transformações significativas na jurisprudência do STJ a respeito da importância da tutela do direito federal em consonância com a Constituição Federal, acredita-se, ainda, ser possível haver uma mudança a fim de que as finalidades dos referidos artigos não se percam, sob pena de afrontar a intenção legislativa.

Conclui-se, portanto, que será imprescindível que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça tenham novas sensibilidades decisórias para uma correta aplicação dos artigos, sem a criação de obstáculos para dificultar o cumprimento da intenção do legislador, o que proporcionará à Corte Superior uma exegese

constitucional adequada do direito federal, fortalecendo, assim, a importância do seu papel para a afirmação dos valores jurídicos, sociais, políticos e econômicos do Estado brasileiro.

As novas disposições dadas aos arts. 1.032 e 1.033 do Código de Processo Civil de 2015 buscaram uma alteração de paradigma na atuação do Superior Tribunal de Justiça com o intuito de fortalecer o seu papel constitucional de garantir a uniformidade da interpretação e aplicação da legislação federal em observância aos preceitos dispostos no texto constitucional, e essa mudança deve ser alcançada.

Por fim, ressalta-se que a monografia elaborada deixa sua contribuição acadêmica para a comunidade jurídica. Isso porque a construção e o desenvolvimento deste trabalho buscaram estimular não somente novos pensamentos em torno da atuação das cortes de superposição, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça, mas também novas dimensões aos precedentes formados pela Corte Superior por meio do julgamento dos recursos especiais, levando em consideração a hierarquia de normas dentro do ordenamento jurídico pátrio e o processo de intensa constitucionalização do Direito brasileiro, verificado com a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 17, p. 447-455, jul./set. 2000

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-

26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=10>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.636, de 28 de dezembro de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11636.htm>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória. *AR 4195/RS*. Primeira Seção. Autor: Fazenda Nacional. Réu: Adelino Antoniazzi Indústria Moageira LTDA. Relator(a): Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 8, de novembro de 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1654136&num_registro=200900214741&data=20171116&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno. *AgInt no REsp 1681558/PR*. Segunda Turma. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravada: Waldeneia Aparecida Martins. Relator(a): Min. Francisco Falcão. Diário de Justiça. Brasília, 20, de fevereiro de 2018. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1675960&num_registro=201701532020&data=20180226&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno. *AgInt no REsp 1622902/RS*. Segunda Turma. Agravante: Endutex Brasil LTDA. Agravado: Fazenda Nacional. Relator(a): Min. Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça. Braslília, 07, de

março de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576613&num_registro=201602279990&data=20170313&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno. *AgInt no REsp 1227754/SP*. Primeira Turma. Agravante: Posto de Serviços Sucesso LTDA. Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Gurgel de Faria. Brasília, 28, de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1661775&num_registro=201002183256&data=20180205&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno. *AgInt no REsp 1659368/RS*. Segunda Turma. Agravante: Maria Helena Aguirre Smoktunowicz. Agravado: Fazenda Nacional. Relator(a): Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 22, de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1627172&num_registro=201700544647&data=20170828&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg no REsp 1279106/RJ*. Primeira Turma. Agravante: União. Agravado: Janaína Paulino da Paz e outros. Relator(a): Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 22, de agosto de 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628886&num_registro=201102209941&data=20170831&formato=PDF>. Acesso em: 4 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg no AREsp 411552/DF*. Quarta Turma. Agravante: Jacy Arruda Pinto. Agravado: TEEC Comércio Representação e Distribuição de Roupas LTDA. Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça. Brasília, 25, de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1300244&num_registro=201303456545&data=20140307&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg no REsp 963990/SC*. Primeira Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e outro. Relator(a): Min. Luiz Fux. Brasília, 8, de abril de 2008. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=770782&num_registro=200701464207&data=20080512&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg nos EREsp 382756/SC*. Corte Especial. Agravante: Busscar Ônibus S/A. Agravado: Fazenda Nacional. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 18, de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=929932&num_registro=200201196055&data=20091217&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg nos EREsp 726721/PR*. Primeira Seção. Agravante: Emílio B Gomes e Filhos S/A Indústria Comércio e Exportadora de Madeiras. Agravado: Fazenda Nacional. Relator(a): Min. José Delgado. Brasília, 14, de maio de 2008. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=781116&num_registro=200702856219&data=20080609&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência Anual. 2017*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2017.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1114938/AL*. Terceira Seção. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Ivanildo dos Santos. Relator(a): Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 14, de abril de 2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=934930&num_registro=200900002405&data=20100802&formato=PDF>. Acesso em: 2 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1334097/RJ*. Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28, de maio de 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1334488/SC*. Primeira Seção. Recorrentes: Waldir Ossemer e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorridos: os mesmos. Relator(a): Min. Herman Benjamin. Brasília, 08, de maio de 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1186178&num_registro=201201463871&data=20130514&formato=PDF>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1662651/RS*. Decisão monocrática. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Instituto Maria Galbusera. Relator(a): Min. Herman Benjamin. Brasília, 09, de maio 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=71873796&num_registro=201700603116&data=20170509&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1662651/RS*. Segunda Turma. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Instituto Maria Galbusera. Relator(a): Min. Herman Benjamin. Brasília, 17, de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595671&num_registro=201700603116&data=20170913&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 751835/PR*. Primeira Turma. Recorrente: HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo e outro. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator(a): Min. José Delgado. Brasília, 23, de agosto de 2005. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=572345&num_registro=200500826685&data=20050919&formato=PDF>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 478410/SP*. Plenário. Recorrente: UNIBANCO – União de Bancos Brasileiros S/A. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 10, de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611071>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 661256/SC*. Plenário. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Brasília, 27, de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13687555>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CEZARE, Luiz Henrique. Ofensa reflexa à Constituição e o redirecionamento dos recursos especial e extraordinário previsto nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, ano 41, p. 373-386, maio 2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Interpretação Extensiva e Analogia – um Ensaio de Distinção e o Papel do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 86, p. 99-114, maio 2010.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ano 41, p. 238, ago. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial.* 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial:* e o controle difuso de constitucionalidade. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Brevíssima nota sobre o controle difuso de constitucionalidade em sede de recurso especial e o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224927,11049-Brevissima+nota+sobre+o+controle+difuso+de+constitucionalidade+em>. Acesso em: 4 mar. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO DÚPLICE E SUAS IMPLICAÇÕES SUCESSÓRIAS: UMA ANÁLISE SOBRE OS FUNDAMENTOS DECISÓRIOS DO RE 898.060/SC

Gabriela Bacelar de Freitas

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e do julgado RE 898.060 pelo Supremo Tribunal Federal, a situação atual da afetividade no país. Apesar da falta de legislação expressa sobre o tema, ela está presente no cotidiano das famílias, gerando efeitos principalmente sobre o instituto da paternidade. Uma das grandes implicações que se verifica diante da mudança principiológica da sociedade ao longo dos anos é a ocorrência da coexistência de vínculos parentais biológicos e afetivos – a multiparentalidade. Tomando como base o artigo 227, §6º da Constituição Federal, que apregoou o princípio da igualdade entre a prole, independentemente de como se tenha dado o vínculo de paternidade, doutrinas e pesquisas jurisprudenciais, avalia-se a possibilidade jurídica do reconhecimento da pluriparentalidade e os efeitos sucessórios decorrentes dessa dupla paternidade. Para tanto, analisa-se os requisitos basais do instituto da filiação e da sucessão do herdeiro necessário. Quer-se demonstrar que não há óbices nas leis brasileiras para que haja o efetivo reconhecimento do instituto e que ele venha acompanhado de todos os efeitos jurídicos dos direitos sucessórios frente a qualquer dos pais.

Palavras-chave: Afetividade. Filiação. Paternidade. Socioafetividade. Multiparentalidade. Pluriparentalidade. Direito sucessório.

1 INTRODUÇÃO

A afetividade tem alcançado grandiosa significação nos últimos anos, quando a sociedade se libertou do patriarcalismo e buscou maior igualdade entre os entes familiares, baseando-se no afeto e no amor para construir seus laços.

Nesse cenário brasileiro, a filiação socioafetiva ganhou destaque e, diante do direito constitucionalmente reconhecido de igualdade entre qualquer tipo de filiação, deve essa forma de paternidade não consanguínea ser também abrangida pelo Direito de Família.

Ademais, com a diversidade de conformações que uma família pode ter, nasce a possibilidade da coexistência de mais de dois vínculos parentais com uma mesma criança. É o que se denomina multiparentalidade, uma realidade cotidiana no Brasil, que merece o mesmo amparo jurídico dispensado às demais formas.

Nesse sentido, o tema proposto nesse trabalho busca analisar o instituto da pluriparentalidade, com enfoque nos efeitos patrimoniais que esse reconhecimento dúplice pode gerar, vez que ainda muito controversos na doutrina e na jurisprudência pátria.

O estudo será baseado no recente julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), o Recurso Extraordinário (RE) n. 898.060/SC, que teve repercussão geral e trata sobre o tema da multiparentalidade, trazendo os efeitos que seriam cabíveis desse reconhecimento, segundo o entendimento dos ministros.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo de trabalho, com a utilização de vários temas dos Direitos de Família e Sucessório, para que, ao fim, se chegue a uma conclusão a respeito da pluralidade de heranças. Para isso, o trabalho será dividido estrategicamente em três capítulos e será usada a metodologia bibliográfica, com o estudo de diversos dados de bibliografias jurídicas, além de jurisprudências de variados tribunais brasileiros.

O primeiro capítulo buscará analisar a definição de filiação e os deveres e direitos decorrentes dessa relação. Além disso, irá discriminar as modalidades de filiação segundo os critérios jurídico, biológico e socioafetivo, cada uma com suas particularidades.

No segundo capítulo, explorar-se-á a questão sucessória, buscando enfrentar os requisitos trazidos pelo Direito hereditário para que a sucessão seja possível. Contudo, apesar de estudar o instituto como um todo, haverá maior enfoque nos filhos, pertencentes ao primeiro grupo de herdeiros necessários. O objetivo desse capítulo é poder comparar, ao final, as condições presentes na filiação socioafetiva que ensejariam o direito do filho a receber, conjuntamente, o patrimônio de seu pai.

Por fim, o terceiro capítulo irá analisar o instituto da multiparentalidade e percorrer os argumentos utilizados na decisão do STF no RE 898.060/SC para que houvesse o reconhecimento dessa possibilidade. Além disso, serão avaliados outros casos de jurisprudência com a finalidade de comparar com o recurso extraordinário citado.

Ao final do terceiro capítulo, serão apresentados entendimentos doutrinários que sejam a favor ou contra a multi-hereditariedade, para que deem substrato para se chegar a uma conclusão.

2 FILIAÇÃO

2.1 Definição de filiação

Advindo do termo em latim *filiatio*, a filiação é uma relação de parentesco entre duas pessoas e se dá quando uma pessoa nasce da outra, quando uma é adotada pela outra, quando há posse do estado de filho ou ainda quando há inseminação artificial heteróloga. Dessa forma, constata-se que a filiação não é decorrente apenas de relações biológicas, como antes se acreditava, mas também de um contexto social.

Servindo-se de um conceito jurídico, Cristiano Chaves afirma que filiação seria:

> A relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo de vínculo jurídico entre pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados.[1]

No mesmo sentido, o autor Sílvio Rodrigues aponta que seria uma "relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, ligando uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivesse gerado"[2].

Por ser uma relação de parentesco, pressupõe-se que na relação de filiação haja um relacionamento, que gera efeitos jurídicos, de afeto, solidariedade, amor e confiança entre os entes, para que todos se desenvolvam em conjunto.

Essa relação é uma relação jurídica multifacetada[3], vez que se tem a ótica do filho, chamada de filiação propriamente dita, a ótica do pai, a paternidade, e a ótica da mãe, nomeada de maternidade.

Tomando como base conceitos biológicos, um filho é gerado a partir de um pai e uma mãe. Contudo, essas figuras podem ou não continuar nesses papéis até o fim de suas vidas. Isso se dá porque a sociedade de hoje se modificou bastante e com ela, os moldes familiares, que assumiram os mais diversos formatos. A família deixou de ser uma "unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo"[4].

---

[1] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 542.

[2] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família. 17. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 297 apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 542.

[3] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 543.

[4] VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, separata, Belo Horizonte, n. 21, maio 1979, p. 404 apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 385.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem atualmente um critério triplo de parentalidade: biológico, registral e socioafetivo. Essa definição veio depois de muitos anos de discriminação, tanto dos tipos de parentesco, como dos tipos de filiação.

Durante muito tempo no Brasil, fazia-se distinção entre os diversos tipos de filiação. Calcado nos fundamentos de uma sociedade patriarcal e preconceituosa, eram discriminados os filhos ilegítimos e adotados e exaltados os legítimos e biológicos. Nessa época, apenas a família constituída no matrimônio era reconhecida como entidade familiar. Ou seja, não havia interesse da sociedade no reconhecimento de bastardos.

Contudo, a partir da Constituição Federal (CF) de 1988, em seu artigo 227, §6º, com preceitos do Pacto de San Jose da Costa Rica, passou a ser ilegal esse tipo de diferenciação, e só então tiveram lugar os filhos não nascidos na constância de um casamento entre pai e mãe. A partir disso, todos os tipos de filhos tiveram direitos a igual tratamento jurídico, pessoal e patrimonial.

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.[5]

O citado artigo trouxe à tona a igualdade entre os filhos, independente da origem, ou seja, não se coloca mais em primeiro plano os filhos havidos no casamento. Houve uma "total desvinculação, um desatrelamento completo, entre a

[5] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

filiação e o tipo de relação familiar mantida pelos genitores (ou mesmo não mantida por eles)"[6].

O texto desse dispositivo constitucional foi reproduzido em outros diplomas legais, como o Código Civil (CC) de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a fim de reafirmar a igualdade entre os filhos. O artigo 1.596 do Código Civil traz a exata reprodução do §6º do artigo 227 da Constituição Federal.

Essa isonomia entre os filhos se dá independente da forma como tenha se formado o vínculo de parentalidade: por mecanismos biológicos, por fertilização ou por relação de afetividade. Qualquer dessas formas vêm para reafirmar não só a igualdade entre os filhos, mas também para ratificar o princípio da dignidade da pessoa humana, direito constitucional de todos.

> Os filhos podem provir de origem genética conhecida ou desconhecida (dadores anônimos de gametas masculinos ou femininos — art. 1.597 do Código Civil), de escolha afetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada.[7]

Portanto, essa nova visão sobre filiação, baseada no garantismo constitucional e nos valores da República, tem o intuito, para o doutrinador Cristiano Chaves, de promover o crescimento como pessoa dos envolvidos:

> Funcionalizar a filiação à realização plena das pessoas envolvidas (pais e filhos), além de despatrimonializar o conteúdo da relação jurídica (compreendida de forma muito mais ampla do que uma simples causa para a transmissão de herança) e de proibir discriminações, como forma promocional do ser humano.[8]

Importante destacar ainda o conceito trazido no artigo 1.603 do Código Civil, que destaca a forma como deve ser provada a filiação.

---

[6] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 538.
[7] LÔBO, Paulo. *Direito Civil:* famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218.
[8] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 546.

> Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.[9]

Em regra, a prova de filiação deve ser feita por meio de um registro lavrado em cartório de certidão de registro civil de pessoas naturais.

Esse registro a que se refere o artigo é um ato jurídico que não pode ser revogado. Dessa forma, em regra, não podem os pais desistirem de terem assumido a filiação de alguém. Em caráter excepcional, poderá ser desconstituído esse registro se for comprovado judicialmente que houve vício na vontade do declarante.

Contudo, esse registro público não é o único meio de prova possível da filiação. O artigo 1.605 elenca um rol exemplificativo de formas diversas que podem ser usadas quando da ausência do termo de nascimento. Além dessas, existem outros meios que podem ser utilizados, tais como, o exame de ácido desoxirribonucleico (DNA) e provas testemunhais.

O exame de DNA traz a comprovação da origem genética do indivíduo, contudo, não se pode afirmar que haverá uma relação paternal entre filho e pai biológico. Por vezes, o pai biológico e o pai afetivo se confundem na mesma pessoa, porém, em muitas outras situações, são pessoas distintas. Nesse último caso, o exame de DNA não corresponde com o vínculo de filiação da realidade e, portanto, esse teste não pode ser usado como prova absoluta. Isso porque "a paternidade não é só um ato físico, mas, principalmente, um fato de opção, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva"[10].

Das entrelinhas do artigo 1.605 do Código Civil, retira-se, então, a tese doutrinária da posse do estado de filho ou estado de filho afetivo. Para os doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, o propósito da posse do estado de filho é provar que há uma relação de pai e filho, que substitui o registro formal de

---

[9] BRASIL. *Lei nº 10.404, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

[10] DELENSKI, Julie Cristine. O novo direito da filiação. São Paulo: Dialética, 1997, p.12 apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 387.

nascimento em cartório, em que filho, embora não registrado por esse pai, convive com o pai com todas as características da filiação, sendo tratado publicamente como descendente.

Ainda trazem esses pensadores que a principal função dessa teoria é dar juridicidade à realidade da sociedade, vez que o Direito precisa abarcar as mudanças cotidianas da população. Para eles, a filiação nesses casos será provada pela reciprocidade de tratamento afetivo entre pais e filhos diante de outras pessoas. Tem-se aqui um caso de filiação socioafetiva.

2.2 Direitos e deveres dos filhos

Como toda relação jurídica, a relação de filiação também traz consigo um conjunto de direitos e deveres dos pais para com os filhos. Mas assim como a sociedade se modificou muito com os anos, essa relação também sofreu diversas mudanças.

Esse conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho, é definido como poder familiar.

A expressão "poder familiar" é adotada pelo Código Civil atual e corresponde ao "pátrio poder" que era utilizado antigamente. Esse termo antigo era usado em um contexto bastante machista, em que se conferia poder apenas ao pai de família com relação aos seus filhos. Nessa época, a mulher não possuía direitos, era submissa ao marido.

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com os artigos 5º, I e 226, §5º, em que houve a positivação da igualdade entre homem e mulher com direitos e deveres iguais na sociedade conjugal, é que houve a outorga do poder familiar ao pai e à mãe, em igualdade de condições.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente deu ao instituto um ar de proteção e não mais de dominação sobre o filho. Para Maria Berenice Dias, "o poder

familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um múnus, e talvez se devesse falar em função ou em dever parental”[11].

Para a autora, a expressão que é mais usada pela doutrina é autoridade parental, já que representa a consagração do princípio da proteção integral da criança, do adolescente e dos jovens, baseado no artigo 227 da Constituição Federal vigente, mas acredita que o termo que será mais bem apropriado é responsabilidade parental.

Diante dessas mudanças, não só a nomenclatura foi alterada, mas também o conteúdo do instituto. O filho passou de objeto a sujeito de direitos nessa relação, que agora impõe um encargo legal aos pais, em busca dos interesses dos filhos.

Nesse sentido, devem os pais suprir às necessidades de seus filhos, tanto no campo material, como no existencial, devendo prestar apoio na formação por completo das crianças, ou seja, “física, mental, moral, espiritual e socialmente”[12].

De acordo com a legislação pátria vigente, o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, ou seja, os pais não podem renunciar ou se eximir do posto de pais, sob pena de nulidade do ato. Todas as obrigações decorrentes da paternidade têm natureza personalíssima, isto é, independentemente do tipo de filiação, seja natural, legal ou socioafetiva, o pai precisa realizar seus deveres de forma pessoal, apenas podendo delegar o exercício a terceiros.

Cabe salientar que essa relação se dá entre pais e filhos, não tendo a ver com a relação travada entre os pais. Logo, o poder familiar se mantém ainda que tenha fim o matrimônio ou a união estável ou que nenhuma relação nunca tenha existido.

Todos os filhos até a maioridade legal estarão sujeitos ao poder familiar exercido pelos pais. No entanto, se forem desconhecidos ou já forem ambos os pais falecidos, a criança ficará sob o instituto da tutela (art. 1.728, CC/02). Para o caso de

---

[11] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 457.

[12] GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. 7. ed., São Paulo: RT, 2014, p.24 apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 458.

filhos maiores de idade, mas que sejam incapazes, aplicar-se-á a curatela (art.1.775, CC/02), que poderá ser compartilhada pelos pais.

O artigo 1.634 do Código Civil traz um rol de deveres dos genitores, porém não taxativo.

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
>
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
>
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
>
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
>
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
>
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.[13]

Entre os incisos acima, o I e o II merecem maior destaque. O inciso I traz o dever de criação dos filhos, a fim de prepará-los para a vida. Entretanto, a norma não dispõe sobre como isso deve ser feito, vez que isso fica a critério de cada família. Além disso, pressupõe-se o direito dos pais de castigar as crianças, desde que feito com moderação, sob pena de incorrer em uma das hipóteses legais de perda do poder familiar.

---

[13] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

Já o inciso II, cita o instituto da guarda, que é o poder dos pais de cuidar e proteger a prole, podendo "reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores"[14].

A guarda dos filhos poderá ser compartilhada pelos pais ou ser unilateral (art. 1.583, CC/02). No caso de divórcio ou separação judicial dos pais, deverá ser feito acordo sobre a guarda daqueles ou na ausência de pacto, o juiz determinará.

A hipótese de guarda compartilhada trazida pelo Código Civil, no artigo 1.583, §1º, pressupõe o exercício em conjunto dos pais que não vivam sob o mesmo teto. Não são todas as famílias que se adaptam a esse modelo, mas é incentivado quando for conveniente para os filhos, em nome do princípio da convivência familiar.

Contudo, havendo causa de perda da guarda de um dos pais, será concedida a guarda unilateral àquele outro que tiver melhores condições para exercer esse dever, já que os interesses do menor devem ser colocados em primeiro lugar. Nesse caso, um dos pais detém a guarda dos filhos e o outro, o direito à visitação.

O direito de visita está disposto no artigo 1.589 do Código Civil. Segundo Carlos Roberto[15], esse direito não é absoluto nem definitivo. Uma vez que é matéria de ordem pública, deve ser analisado o interesse da criança, as condições dos pais e o ambiente em que a criança está inserida, pois uma vez detectada a presença de condições que gerem prejuízo à criança, a exemplo de abusos sexuais, maus tratos ou alienação parental, deve ser suspensa ou modificada a forma de visitação.

---

[14] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito de família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 630-631.

[15] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. 8. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 299-305.

Para Maria Berenice Dias, entretanto, o Código Civil não abarca todas as obrigações dos pais. A doutrinadora afirma que há dever de amor, afeto e de convivência familiar, para evitar o chamado abandono afetivo da criança.

Acrescenta que esta legislação não abrange os deveres previstos nem na Constituição Federal, nem no Estatuto da Criança e do Adolescente, e que, portanto, as obrigações da paternidade seriam a junção de todas essas normas.

A Constituição Federal de 1988 elenca um rol de deveres decorrentes da paternidade no artigo 227:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.[16]

Dentre os direitos citados acima, está o direito à alimentação. Esse direito não se restringe à sua conotação cotidiana, ou seja, compreende não só o necessário ao sustento da pessoa, mas também o que for preciso para manutenção da condição moral e social de quem recebe alimentos. De tal sorte que esse instituto abrange o indispensável para o mantimento, vestuário, moradia, assistência médica e educação.

Esse dever paternal é fundamentado no princípio da solidariedade familiar e deve ser cumprido incondicionalmente, não havendo necessidade de se atender aos pressupostos da obrigação alimentar, qual seja, o binômio necessidade-possibilidade.

> Subsiste independentemente do estado de necessidade do filho, ou seja, mesmo que este disponha de bens, recebidos por herança ou doação. Cessa quando o filho se emancipa ou atinge a maioridade, aos 18 anos de idade. Nessas hipóteses, deixa de existir o dever alimentar decorrente do poder familiar,

[16] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

> mas pode surgir a obrigação alimentar, de natureza genérica, decorrente do parentesco (CC, art. 1.694).[17]

Na hipótese citada de cessação do direito aos alimentos por atingir a maioridade legal, mas subsistindo a necessidade do filho, por não ter condição de prover sua subsistência, seja por incapacidade, seja por enfermidade, será preciso, ao requerer o pagamento de alimentos, a comprovação dos requisitos da obrigação de alimentar: necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante.

Apesar do disposto em lei, a jurisprudência tem entendimento pacífico pela não cessação do direito aos alimentos quando advinda a maioridade e determinando que a obrigação se estenda até os vinte e quatro anos para os filhos estudantes que não tenham ainda como se manter.

> PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. **PENSÃO ALIMENTÍCIA**. EXONERAÇÃO. **FILHA MAIOR**. MESTRANDA NO EXTERIOR. NECESSIDADE NÃO COMPROVADA. 1. A obrigação dos pais de prestar alimentos, a rigor, se encerra em face da extinção do poder familiar com o alcance da maioridade civil. Todavia, **pode se prolongar até a conclusão do curso superior, fixando a jurisprudência uma idade média de 24 anos como limite para a percepção dos alimentos, em analogia à dependência econômica para efeitos fiscais, e desde que comprovada a necessidade.** 2. A pretensão de prestação de alimentos encontra amparo no art. 1.695 do Código Civil segundo o qual "são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento". (Apelação 20150110455708 - TJDFT, Segredo de Justiça 0006732-55.2015.8.07.0016. Relator Des. Silva Lemos, 5ª Turma Cível. Data de julgamento: 07/12/2016. Data de Publicação: 06/02/2017)[18] (grifo nosso)

---

[17] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. 8. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 535.

[18] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. *Apelação 20150110455708*. Quinta Turma Cível. Relator: Silva Lemos. Brasília, 07 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 jan. 2018.

Abarcado pelo artigo 227, CC/02, outros direitos decorrentes da filiação são os direitos ao nome e à origem, que perpassam o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Paulo Lôbo[19], o direito ao conhecimento genético, à origem, não está ligado necessariamente à presunção de filiação e paternidade, mas está sedimentado no direito à personalidade. Para o autor, o direito à filiação perpassa a afetividade e se constrói na convivência cotidiana, enquanto que a identidade biológica é o conhecer a sua origem genética e é colhida em laboratório.

Acrescenta Lôbo que, no caso de inseminação artificial heteróloga, em que há doação de material genético de anônimo, foi assegurado pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução n. 1.358/92 a possibilidade de conhecimento da origem genética. Isso se daria pela manutenção pelas clínicas de fertilização de dados clínicos gerais, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

Aduz ainda que nas hipóteses de adoção, já é assegurado pelo artigo 48 do ECA o direito à personalidade do adotado, ressaltando que o ato jurídico da adoção em nada ficará prejudicado, posto que inviolável.

> Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.[20]

Já o direito ao nome, está baseado no artigo 16 do Código Civil de 2002, que afirma, ao trazer um direito à personalidade, que toda pessoa terá direito a um nome, composto de prenome e sobrenome.

O nome é um sinal identificador de cada indivíduo e é recebido quando de seu nascimento pelos seus pais. O elemento sobrenome advém da família e irá demonstrar a origem familiar do portador.

---

[19] LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 227.
[20] BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.* Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

Outro direito abarcado pela relação jurídica de filiação é o direito sucessório, consequência do evento morte de uma pessoa física, que no caso da filiação, a morte dos pais. Será disciplinado como se transmitirão os bens e direitos do falecido a quem lhe for de direito suceder[21].

No caso da relação de paternidade, os filhos entram na sucessão, em regra, como herdeiros necessários de seus pais, e diante da igualdade constitucional entre os tipos de filiação, todos os filhos receberão de forma igualitária, pelo menos o mínimo assegurado em lei.

Por fim, da mesma forma que os direitos sucessórios, os filhos terão acesso aos direitos previdenciários[22], a exemplo de pensão por morte dos pais e auxílio reclusão, tendo em vista que são dependentes de seus pais. De igual maneira, não haverá diferenciação entre os modos de filiação.

2.3 Modalidades de filiação

Como já citado anteriormente, a Constituição Federal vigente trouxe o fim da discriminação entre os filhos, independente de como tenha se dado o vínculo paterno-filial. Classificada pela doutrina, a filiação tem três critérios determinantes: critério jurídico, critério biológico e critério afetivo.

2.3.1 Critério jurídico

Diante de um Estado garantidor de direitos, que busca assegurar aos filhos o direito à filiação e todos os direitos e deveres decorrentes desse ato jurídico, muitas vezes o legislador tem que se valer de técnicas como a do critério jurídico, legal ou registral de filiação para manter seu papel de protetor dos indivíduos.

---

[21] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 15.
[22] CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:* efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 150-157.

Nesse critério, utiliza-se de presunções legais, no momento da concepção, para garantir que o filho não fique desamparado, ou seja, confere-se paternidade de acordo com o que está previsto em lei para que os "filhos integrem estruturas familiares"[23].

Algumas dessas regras de presunção já eram utilizadas no Direito Romano, como a *pater is est quem justae nuptiae demonstrant.* Esse preceito, segundo Caio Mário, era fundado em probabilidades, em que, pressupondo-se relações sexuais entre os cônjuges e, principalmente, fidelidade da mulher na constância do casamento, a criança que fosse concebida durante o matrimônio, seria filha do marido da mãe. Isto é, "presume-se filho o concebido na constância do casamento"[24]. Essa situação, chamada de *pater is est* ou filiação matrimonial, visava antigamente garantir não só a segurança e a paz da família, mas, e especialmente, uma boa imagem, não adúltera, para a esposa.

> A presunção não é da filiação. O que se presume é que a mulher só mantém relações sexuais com o marido. Esta assertiva legal traz em seu bojo o critério das justas núpcias, da fidelidade feminina e da coabitação do casal, coincidentes com a concepção.[25]

O Código Civil atual traz espécies de presunções de paternidade no artigo 1.597:

> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
>
> I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
>
> II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

---

[23] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.388.

[24] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Atualização de Tânia Pereira. 14. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 315 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* Direito de família. 8. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320.

[25] DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto:* questões jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

> III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
> IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
> V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.[26]

Para Carlos Roberto Gonçalves[27], os dois primeiros incisos tratam dos prazos máximo e mínimo para ocorrência saudável de uma gestação.

Os três últimos incisos trazem presunções decorrentes de manipulação genética: fecundação por inseminação artificial homóloga, fecundação por inseminação artificial de embriões excedentários e fecundação por inseminação artificial heteróloga. Segundo a III Jornada de Direito Civil de 2004, no enunciado 257, a interpretação desses dispositivos deve ser restritiva, não abarcando óvulos doados e nem gestação de substituição.

Com relação aos incisos III e IV, a novidade que se tem é a fecundação após a morte do marido. No caso da inseminação artificial homóloga pós morte, a lei requer que o falecido tenha deixado autorização expressa da possibilidade de utilização de seu material genético para esse fim. Nesse caso, a lei presume então que o morto é pai da criança concebida.

Já no caso do inciso IV, a inseminação de embriões excedentários é uma espécie de inseminação artificial homóloga, mas que depois de fecundados os óvulos, foram armazenados em instituições especializadas.

Tratando-se de inseminação artificial heteróloga, que se dá quando da utilização de "sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para fecundação do óvulo da mulher"[28], é necessário que o marido tenha

---

[26] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.
[27] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. 8. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, p. 321
[28] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224.

autorizado previamente a utilização de material de outro homem e que, após isso, o cônjuge não poderá impugnar a paternidade.

Na inseminação artificial heteróloga, "a presunção de paternidade é absoluta e baseada exclusivamente na verdade afetiva"[29]. Nesses casos, para Maria Berenice Dias, a filiação é reconhecida mesmo havendo certeza de que não há vinculação biológica.

É interessante destacar que o supracitado artigo traz presunções de filiação quando da constância do casamento, nada mencionando a respeito da união estável. Contudo, a Constituição Federal elevou a união estável à categoria de entidade familiar, conferindo-lhe os mesmos direitos e garantias que o matrimônio.

Dessa forma, apesar de não mencionado explicitamente, o artigo aplica-se a qualquer tipo de entidade familiar, tal como acredita Paulo Lôbo:

> Ainda que o art. 1.597 refira à constância do casamento, a presunção de filiação aplica-se integralmente à união estável. A redação originária do Projeto do Código Civil de 2002 reproduziu a equivalente do Código de 1916, que apenas contemplava a família constituída pelo casamento e a filiação legítima, não tendo sido feita a atualização pelo Congresso Nacional ao disposto no art. 226 da Constituição Federal. Assim, a presunção de concepção do filho aplica-se a qualquer entidade familiar.[30]

Para Maria Berenice Dias[31], a presunção da filiação carrega até hoje verdadeiros absurdos no Código Civil. Para a doutrinadora, é exemplo disso o fato de a confissão do adultério pela esposa não afastar a presunção de filiação (artigo 1.600, CC/02), que traz nisso uma amostra da sociedade machista que não confere credibilidade à palavra da mulher.

---

[29] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 390.
[30] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.
[31] DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto:* questões jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

Apesar de o artigo 1.597 ainda estar presente no diploma legal de 2002, Clóvis Beviláqua[32] acredita que essas presunções foram positivadas quando a ciência ainda não tinha alternativas melhores para caracterizar a paternidade. Para o estudioso, hoje em dia, a medicina consegue determinar com precisão a data de concepção, além do exame de DNA, que traz total certeza acerca da paternidade. Esses novos métodos tornam, então, obsoletas as técnicas de presunção adotadas pelo legislador, prevalecendo uma verdade biológica.

2.3.2 Critério biológico

Esse critério, também chamado de filiação natural ou científica, tem como referência a consanguinidade, ou seja, os laços de sangue entre pais e filhos. Nesse sentido, não importa se a transmissão da carga genética se deu de forma natural (conjunção carnal) ou de forma artificial (métodos de reprodução assistida).

Ao se analisar esse critério, comparado ao analisado anteriormente, percebe-se o quão frágeis são as presunções legais de paternidade. No critério biológico, a filiação se dá com a transmissão de material genético de pai para filho, não tendo relação com o vínculo amoroso estabelecido entre os pais. Tem-se uma forma puramente técnica de determinação.

O avanço da ciência influenciou de forma significativa esse critério. O fato de hoje existirem exames, como o de DNA, que são praticamente inquestionáveis, dada a precisão de resultados acerca da filiação, causou na sociedade um desejo de "busca da verdade real"[33]. Para Cristiano Chaves, o desenvolvimento desses testes foi um golpe certeiro na importância do critério jurídico de filiação.

Nesse sentido, é clara a importância dada aos exames de DNA pelo Judiciário brasileiro, quando se analisa a jurisprudência que entende que pode se presumir a

[32] BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, 8 ed. Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1950 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. 8. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 321.

[33] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 392.

prova que se pretendia produzir quando há recusa sem motivo da realização do teste. É isso que se depreende da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> Súmula 301 - Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. (Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425)[34]

Por óbvio, essa presunção não é absoluta. É necessário que o magistrado faça uma análise do caso concreto para que se possa estabelecer o melhor resultado. É assim que entende Paulo Lôbo:

> A Súmula 301 apenas pode ser aplicada se não tiver havido constituição de estado de filiação (verdade socioafetiva), ou seja, quando do registro de nascimento não constar paternidade de qualquer origem; mesmo nesta hipótese, o juiz deve conjugar os efeitos da recusa com as demais provas existentes nos autos, que permitam consolidar seu convencimento.[35]

No mesmo sentido corre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. SUCESSÃO PROCESSUAL DOS PAIS DO AUTOR. ADMISSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VOLUNTÁRIO. VÍCIO DECONSENTIMENTO.INESCUSÁVEL. **SÚMULA 301/STJ. PRESUNÇÃO RELATIVA.** RECUSA APRECIADA EM CONJUNTO COM DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. INTERPRETAÇÃO EM PREJUÍZO DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a declaração de nulidade do registro de nascimento, após reconhecimento de paternidade voluntário, sob a alegação de que há dúvidas acerca do vínculo biológico com o registrado e se a interpretação da Súmula 301/STJ permite que se presuma ausente a paternidade na hipótese em que o menor não comparece para a realização da perícia genética. **5. A Súmula 301/STJ induz presunção relativa, de modo que a mera recusa à submissão ao exame não implica automaticamente reconhecimento da paternidade ou seu afastamento, pois deve ser apreciada em conjunto com os demais elementos**

[34] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 301*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=301>. Acesso em: 12 jan. 2018.

[35] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 231.

> **probatórios.** 6. A interpretação do enunciado sumular a contrário sensu, na hipótese dos autos, afronta o princípio do melhor interesse do menor e seu direito à identidade e desenvolvimento da personalidade. (REsp 1272691 / SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 08/11/2013)[36] (grifo nosso)

Além disso, para Maria Berenice, outros fatores também influenciaram esse critério, contudo, de uma forma não positiva. A partir do momento que a sociedade deixou de identificar a família pelo casamento entre homem e mulher, admitindo-se entidades familiares diversas, teve lugar essencial a afetividade na constituição das famílias. Essa mudança de pensamento influenciou diretamente os vínculos de filiação, em que houve um desligamento da verdade genética e uma ascensão dos vínculos socioafetivos.

Outra influência foi o surgimento de técnicas de reprodução assistida, que pluralizaram o conceito de filiação, como o uso de material genético de várias pessoas e a doação anônima de gametas.

Para a doutrinadora, esse cenário gerou consequências paradoxais no cenário do Direito de Família:

> Nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade passou a ter pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto é assim que foi construída a diferença entre pai e genitor. Pai é quem cria, o que dá amor, e genitor é somente quem gera. Se, durante muito tempo – por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos-, confundiam-se essas duas figuras, hoje é possível identifica-las em pessoas distintas.[37]

Nesse mesmo sentido, Chaves e Rosenvald[38] apontam que o critério biológico não pode ser usado de forma tão simplista. Para eles, é razoável acreditar

---

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 127269/SP*. Terceira turma. Relator: Nancy Andrigui. Brasília, 05 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sumula+301+presun%E7%E3o+relativa&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em: 12 de jan. 2018.

[37] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 393.

[38] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016, p. 608.

que esse critério não deve ser o único a ser usado como determinante da filiação, vez que a filiação, calcada na complexidade das relações afetivas, não se compara à verdade biológica. Acrescentam, ainda, que o melhor caminho ao estabelecimento do estado de filho é a ponderação entre os critérios biológico e socioafetivo.

2.3.3 Critério socioafetivo

Para que se possa entender esse critério, é preciso que antes se analise a socioafetividade e o afeto. Para Adriana Caldas Maluf[39], a afetividade seria uma relação de carinho e cuidado que se tem intimamente com alguém, onde se demonstram sentimentos. Acredita ainda que uma família só tem sentido quando está unida por laços de respeito, amor e afetividade.

Nesse sentido, verifica-se que o conceito de afetividade está intimamente ligado ao conceito de parentesco. Decorre disso a parentalidade socioafetiva, em que o alicerce da relação entre pai e filho é o afeto.

Com as diversas mudanças ocorridas na sociedade, o conceito de família foi, aos poucos se modificando, como já descrito anteriormente. Como consequência disso, a figura dos pais também sofreu alterações.

Diversos ramos do conhecimento, a exemplo da Medicina e da Psicanálise, entendem que a figura do pai decorre de um papel construído cotidianamente, e não mais da mera transmissão de carga genética. Estudiosos[40] afirmam que, para a formação ideal de um sujeito que possa ser sociável, é importante que alguém ocupe simbolicamente os lugares de pai e mãe, mesmo não havendo necessariamente vínculo biológico entre eles.

---

[39] MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. Direito das famílias: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 18 apud CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:* efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 10.

[40] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica, São Paulo, p. 62-63, apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016, p. 610.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, a filiação é uma função. Essa função de pai pode ou não ser exercida por uma pessoa que tenha transmitido sua carga genética para a criança. E no caso de ser exercida por alguém que não seja o genitor, está-se diante de uma hipótese de filiação socioafetiva.

Levando em conta que os diplomas legais aboliram a diferenciação entre os tipos de filhos, a filiação socioafetiva merece igual amparo constitucional.

Para Chaves[41], o pai afetivo é aquele que ocupa o lugar, a função de pai. É quem dá carinho, amor e educação, ainda que não haja laços de sangue. Ocorre aqui um distanciamento entre os conceitos de pai e genitor.

> A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento de mão dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho.[42]

Acrescenta ainda que esse critério determinante traz uma certa desbiologização da filiação, em que o vínculo paternal não está mais restrito à transmissão genética. Contudo, não se pode afastar por completo o vínculo biológico, devendo ser analisado o caso concreto.

O autor ressalta que o próprio Código Civil de 2002 reconhece a possibilidade jurídica desse molde de filiação, no artigo 1.593, assim como os enunciados 108 e 256 da Jornada de Direito Civil.

Para a doutrina, a construção de uma filiação socioafetiva não se dá de uma hora para a outra. Acredita-se que ela decorre de uma convivência cotidiana, sedimentada em vários atos de afeição e solidariedade entre duas pessoas, ações que sejam claramente marcadas pelo afeto na relação.

---

[41] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016, p. 610.

[42] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016, p. 610-611.

Nesse tipo de filiação, a prova do vínculo parental se dá pela posse do estado de filho. Esse fenômeno ocorre com um ato de vontade, que se baseia na afetividade. Para a doutrina, o reconhecimento da posse de estado de filho se fundamenta em três critérios: *tractatus*, que é quando o filho é tratado, criado e apresentado como filho pelos pais; *nominativo ou nomem*, quando o filho usa o nome da família; e *reputatio ou fama*, quando a sociedade reconhece aquele vínculo familiar de pais e filho.

Nesse mesmo sentido, afirma Jorge Fugita sobre o estado de filho:

> Se traduz pela demonstração diuturna e contínua da convivência harmoniosa dentro da comunidade familiar, pela conduta afetiva dos pais em relação ao filho e vice-versa, pelo exercício dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, visando ao resguardo, sustento, educação e assistência material e imaterial do filho.[43]

Contudo, alguns doutrinadores entendem ser suficiente para a ocorrência do estado de filho apenas o trato e a fama. Acreditam que o fato de não se utilizar o patronímico do pai afetivo não enfraquece essa relação[44]. Para eles, é importante que seja uma relação contínua e pública.

De acordo com Chaves, essa relação pode ser observada em diversos atos do dia a dia, como o compartilhamento de projetos de vida, conquistas e preocupações, o desejo de ensinar o melhor caminho. Ou seja, é decorrente de uma relação de convivência a longo prazo, em que o vínculo se dá pelo coração.

Chaves aduz que existem algumas hipóteses em que se pode, possivelmente, enxergar esse vínculo de filiação:

> Adoção obtida judicialmente; no fenômeno de acolhimento de um "filho de criação", quando demonstrada a presença da posse do estado de filho; na chamada "adoção à brasileira" (reconhecer voluntariamente como seu filho quem sabe não ser); no reconhecimento voluntário ou judicial da filiação de um filho de outra pessoa (quando um homem, enganado pela mãe ou por ter sido vencido em processo judicial, é

[43] FUGITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação. São Paulo: Atlas, 2009, p. 113 apud CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:* efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 38.
[44] DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto:* questões jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 49.

> reconhecido como pai e, a partir daí, cuida desse filho, dedicando amor e atenção).[45]

Acrescenta que há ainda um exemplo legal, implícito, desse vínculo, presente no artigo 1.597, V do Código Civil. É o caso da inseminação artificial heteróloga, em que é usado material genético de outro homem, que não o marido da mãe, para fazer a fecundação. Nessa hipótese, o marido anui expressamente com o procedimento realizado e será o pai da criança, ainda que não mantenha relação biológica com a mesma.

A jurisprudência do STJ corre nesse mesmo sentido. A despeito da falta de lei expressa sobre o tema, o Tribunal entendeu que a filiação socioafetiva tem respaldo no artigo 1.593 do Código Civil.

> A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem". (REsp 1500999/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)[46]

Para Maria Berenice, todos os pais deveriam estabelecer vínculo afetivo com seus filhos, sejam eles biológicos ou não. Nos casos de socioafetividade, ela considera os casos de adoção, adoção à brasileira e os filhos de criação como formas de filiação afetiva.

Segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o reconhecimento da filiação afetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que são inerentes ao instituto da filiação, limitados pela lei civil.

> O direito às visitas, alimentos, guarda são resguardados aos "pais afetivos", de "criação", em relação aos enteados, fazendo subsumir uma paternidade como se fosse aquela decorrente de uma obrigação imposta aos ascendentes com vínculo

---

[45] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016, p.599.

[46] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1500999*. Terceira Turma. Relator: Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 12 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20160412&livre=%28%22RICARDO+VILLAS+B%D4AS+CUEVA%22%29.min.&processo=1500999&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 16 jan. 2018.

> biológico. Constrói-se, dessa maneira, uma base afetiva considerável para que as consequências desse afeto sejam as mesmas das responsabilidades parentais.[47]

Com a evolução da sociedade e a formação dos mais diversos tipos de entidades familiares, pode ocorrer que coexistam laços de família distintos, que gerem a possibilidade de haver concomitantemente dois pais ou duas mães. Esse instituto é denominado de multiparentalidade.

Esse fenômeno tem sido levado ao Judiciário, a fim de que se reconheçam os pais dúplices. Nesse contexto, todos aqueles que exercem a condição de pai devem assumir os encargos do poder familiar, a um só tempo.

Nessa linha de pensamento, Belmiro Pedro Welter[48] desenvolveu a chamada teoria tridimensional do Direito de Família. Para ele, o ser humano é compreendido diante de uma tripartição, quais sejam, mundo genético, mundo afetivo e mundo ontológico (modo de se relacionar consigo mesmo). Por assim entender, o ser humano, que seria ao mesmo tempo biológico, afetivo e ontológico, poderia, então, estabelecer esses três vínculos paternos/maternos. Acrescenta que, frente a essas possibilidades, não há prevalência de nenhuma paternidade, mas sim igualdade entre essas possibilidades.

3 SUCESSÃO E O HERDEIRO NECESSÁRIO

3.1 Definição de sucessão e herança

Como se sabe, o termo sucessão não é de uso exclusivo do Direito Hereditário. Em sentido lato, sucessão significa transmissão e essa pode ser *inter vivos* ou *mortis causa*, ou seja, entre pessoas vivas ou causada pela morte de alguém. O presente trabalho, porém, tem como objeto apenas a sucessão em razão da morte de uma pessoa.

---

[47] CAVALCANTI, Camilla de Araújo. *Famílias pós-modernas:* a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Jaruá, 2016, p. 74.

[48] WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional do direito de família. p. 295-314 apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016, p. 617.

De início, é fundamental diferenciar herança de sucessão, vez que em muitas situações esses termos são usados, erroneamente, como sinônimos. A sucessão é o ato de suceder, de substituir, que pode ocorrer por causa da morte de um indivíduo.

> No direito de sucessões, entretanto, emprega-se o vocábulo (sucessões) num sentido mais restrito, para designar tão somente a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento.[49]

Acrescenta, ainda, Venosa que suceder é "substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito"[50].

Já a herança, é o conjunto de bens, direitos e obrigações que se transmite aos sucessores em razão da morte. É o patrimônio do falecido, do autor da herança, que é transmitido tão logo ocorra o evento morte. A partir dessa distinção, será possível entender como é feita a sucessão no Direito Brasileiro, a fim de que a herança possa ser devidamente transferida aos sucessores.

O ramo do direito que regula como serão feitas essas transmissões de bens, direitos e obrigações de uma pessoa física, quando falece, para os seus sucessores e também os efeitos de suas disposições de última vontade é o Direito das Sucessões. Esse direito é uma subdivisão do Direito Civil e possui base constitucional, no artigo 5º, XXX.

Além do fundamento na Constituição, o Código Civil de 2002, nos artigos 1.784 e seguintes, regula como será feita essa transmissão para os sucessores do falecido.

De acordo com o artigo 1.786 do Código Civil, são duas as modalidades básicas de sucessões *mortis causa*, podendo existir terceira da mescla das duas anteriores, chamada de sucessão simultânea. A primeira é a sucessão legítima,

---

[49] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das sucessões. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 11.
[50] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* direito das sucessões. 10. ed. v. 7. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.

hereditária ou *ab intestato* (artigo 1.788, CC/02), que decorre de lei e os sucessores, os quais detêm vínculo jurídico familiar com o falecido e são chamados de sucessores legítimos, terão direito a suceder conforme sigam a ordem de vocação hereditária, de acordo com o artigo 1.829, CC/02.

O segundo modo é a sucessão testamentária. Segundo Flávio Tartuce, essa modalidade "tem origem em ato de última vontade do morto, por testamento, legado ou codicilo, mecanismos sucessórios para exercício da autonomia privada do autor da herança"[51]. O falecido define, em testamento, a destinação de seus bens após sua morte para cada herdeiro testamentário ou legatário.

Contudo, a liberdade testamentária no direito brasileiro não é absoluta. Baseado no artigo 1.789, CC/02, se existirem herdeiros necessários, quais sejam, atualmente, descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro, o *de cujus* só pode dispor de até metade de seu patrimônio, tendo em vista que a lei assegura a outra metade, chamada de legítima, como o mínimo legal de herança para os herdeiros necessários. Estes receberão esses valores, a menos que sejam excluídos ou renunciem à sucessão.

Nos modos citados, a sucessão é aberta no exato momento da morte, conforme conceitua o Princípio de Saisine, e a herança será transmitida de pronto aos herdeiros legítimos e aos testamentários, que terão direito à possessão dos bens. Para o doutrinador Paulo Lôbo, isso ocorre porque "a morte da pessoa física é o marco final de sua existência, mas também é o marco inicial do direito das sucessões. Assim, o mesmo fato provoca a extinção dos direitos do titular, e irradia-se na esfera jurídica de seus sucessores"[52].

Dessa forma, ainda que os sucessores não saibam da morte, já estarão investidos de imediato na titularidade da herança que lhes couber. No entanto, para o direito sucessório, a morte de uma pessoa natural pode se dar de três formas: morte

[51] TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das sucessões. 7. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 9.
[52] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 26.

real, morte presumida sem declaração de ausência, por meio da justificação e morte presumida com declaração de ausência.

A morte real ocorre quando se tem o corpo presente. Nessa modalidade, a morte não é presumida e apenas é necessário um laudo médico atestando a morte cerebral para dar ensejo ao atestado de óbito, feito no Cartório de Registro Civil.

Já a morte presumida, se dá quando não há o corpo do falecido. No caso de ser sem declaração de ausência, o artigo 7º do Código Civil traz o rol de possibilidades em que caberão o instituto da morte por justificação.

> Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:
>
> I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
>
> II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.[53]

Já o caso da morte presumida por ausência, ocorre em hipóteses em que a pessoa esteja em local incerto e não sabido, sem explicações sobre o desaparecimento. Para Tartuce, o que diferencia essa morte da morte com justificação é que "não há um envolvimento do suposto falecido com qualquer fato que pudesse lhe trazer risco de morte"[54]. Tal instituto é disciplinado no artigo 1.159 do Código Civil.

Há ainda uma presunção quanto ao momento da morte, trazido pelo instituto da comoriência, no artigo 8º do Código Civil. Essa determinação, da hora da morte, é importante, pois é a partir da morte que existe herança e que essa pode ser transmitida aos sucessores.

O dispositivo da comoriência traz que, quando dois indivíduos falecem na mesma situação, não se podendo determinar quem morreu primeiro, ou seja, foi premoriente ao outro, presume-se que ambos tenham morrido ao mesmo tempo, para

---

[53] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

[54] TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das sucessões. 7. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 15.

fins sucessórios. Somente poderá ser afastada essa presunção relativa com uma prova segura da premoriência de algum dos falecidos.

Contudo, apesar de ser sucessor e ter esse direito de receber a herança ou legado de alguém, os herdeiros ou legatários podem ou não aceitar receber esses valores e isso tem base no princípio da liberdade ou de autodeterminação dos indivíduos.

O ato de aceitar é chamado de aceitação ou adição e é onde há a confirmação definitiva da transmissão da herança. Os efeitos desse ato irão retroagir à data da morte e, dessa forma, o herdeiro irá adicionar ao seu patrimônio a herança. Com fulcro nos artigos 1.805 e 1.807, existem três formas de aceitação, quais sejam, expressa, tácita e presumida.

A aceitação será expressa quando o herdeiro declara por escrito sua vontade, não necessitando de uma forma específica para ser feita. Já a aceitação tácita, diz respeito ao comportamento inequívoco do sucessor no sentido de aceitação. Tartuce cita como exemplo de aceitação tácita "a hipótese em que o herdeiro toma posse de um bem e começa a administrá-lo e geri-lo como se fosse seu"[55].

O Código Civil não determina expressamente quais seriam essas ações privativas da condição de herdeiro. No entanto, nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1.805, o legislador traz ocasiões que não configuram aceitação tácita, como os atos oficiosos e a cessão gratuita a um coerdeiro.

> Art. 1.805. A aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro.
>
> § 1º Não exprimem aceitação de herança os atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória.

[55] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. 7. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 86.

> § 2º Não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança, aos demais co-herdeiros.[56]

Por último, tem-se a aceitação presumida, prevista no artigo 1.807, CC/02, que ocorre quando o herdeiro foi devidamente citado no processo de inventário e permaneceu silente a essa provocação. Nesse sentido, presume-se que o herdeiro aceitou.

Ademais, nos termos do artigo 1.808, CC/02, a aceitação não pode ser parcial, a termo ou sob qualquer condição. Contudo, o parágrafo 2º afirma que, se chamado a suceder a diferentes títulos, o sucessor poderá aceitar um e renunciar a outro, sem que isso importe em aceitação parcial.

Por outro lado, o sucessor pode não querer receber a herança que lhe é de direito, podendo, assim, renunciar. A renúncia é a declaração formal de que não se aceita herança ou legado e deve sempre ser feita expressamente, por meio de instrumento público ou por termo judicial. Da mesma forma que a aceitação, a renúncia não pode ser parcial, a termo ou sob condição.

Dessa maneira, havendo renúncia na sucessão legítima, a parte do renunciante será acrescida à parte dos demais herdeiros legitimados, sendo da mesma classe sucessória, ou, inexistindo outros nessa primeira classe, da classe sucessória subsequente, nos termos dos artigos 1.810 e 1.811 do Código Civil.

Além disso, é importante destacar o artigo 1.813, CC/02, e seus parágrafos, que ilustram o caso da renúncia feita de má-fé pelo herdeiro, com o fim de ludibriar seus próprios credores. Nesse sentido, o legislador disciplina que quando o credor tomar conhecimento do fato, tem trinta dias para se habilitar no processo de inventário e, assim, receber a quantia devida pelo herdeiro renunciante. Contudo, o quantum remanescente do quinhão do renunciante não será a ele entregue, mas sim aos demais herdeiros, ou seja, a renúncia irá prevalecer no que exceder ao valor da dívida.

---

[56] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

Paralela ao instituto da renúncia, existe a cessão de direitos hereditários, disciplinada no artigo 1.793 do Código Civil. Na cessão, ao invés de renunciar e a sua parte ser dividida igualitariamente entre todos os outros herdeiros habilitados, há uma transmissão da herança para alguém em específico. Essa transmissão pode ser gratuita ou onerosa, deve ser feita por escritura pública e em cima do todo unitário da herança, ou seja, antes da partilha.

> Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.
>
> § 2º É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.
>
> § 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.[57]

Quando a cessão for gratuita, o herdeiro pode fazer a um estranho à herança, sem que precise de autorização dos coerdeiros. Porém, quando for onerosa, seja para terceiro estranho ou para um dos coerdeiros, os demais herdeiros devem ser cientificados desse negócio jurídico para que possam exercer o direito de preferência pela aquisição, sob pena de invalidade do negócio em até cento e oitenta dias de que o coerdeiro interessado tenha tomado ciência da cessão. Isso é o que dispõe os artigos 1.794 e 1.795 do Código Civil vigente.

3.2 Os agentes participantes da sucessão

Além da figura da herança, existem os sujeitos participantes do evento da sucessão, que são: o autor da herança, os herdeiros, os legatários, a Fazenda Pública e os credores do falecido e dos sucessores.

Sempre existirá o autor da herança, já que, como já dito, só existe herança no momento da morte. Esse também é chamado de *de cujus*, que advém de termo em latim *de cujus sucessione agitur*.

---

[57] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

Herdeiros são aqueles que irão receber o patrimônio do morto, seja em virtude de lei, seja por decisão do falecido em testamento. O herdeiro, portanto, pode ser legítimo, quando seu direito estiver prescrito em lei, vez que mantenha uma relação jurídica familiar com o morto ou ser testamentário, se tiver direitos deixados pelo testamento.

Os herdeiros legítimos são, segundo o artigo 1.829, CC/02, os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os colaterais.

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
>
> II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
>
> III - ao cônjuge sobrevivente;
>
> IV - aos colaterais.[58]

Segundo a mais recente jurisprudência, no julgado RE 878.694, do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Barroso, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC/02, o companheiro possui agora os mesmos direitos que o cônjuge. Dessa forma, também seria um herdeiro legítimo.

Acrescentando-se a isso, a ordem que traz o artigo 1.829 é a chamada ordem de vocação hereditária, que elenca uma ordem de preferência para suceder. Dessa forma, os descendentes preferem aos ascendentes; esses, aos cônjuges e companheiros; e esses últimos, aos parentes colaterais até o quarto grau, salvo o direito de concorrência dos cônjuges e companheiros.

Dentro dessa classificação de herdeiros legítimos, existem os herdeiros necessários. São necessários aqueles que não podem ser excluídos da sucessão por vontade única do falecido, sem motivação legal para tal. A esses herdeiros, como já

[58] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

mencionado, o legislador assegura, no artigo 1.789, CC/02, um mínimo legal de cinquenta por cento da herança que não pode ser disposto livremente pelo morto. Esse montante resguardado é chamado de legítima. A lei traz como necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, e agora pela jurisprudência, os companheiros.

> Em virtude da *saisine*, os herdeiros necessários do de cujus são "de pleno direito" (CC, art. 1.846) titulares da metade dos bens da herança, que constituem a legítima. Essa titularidade não incide sobre bens determinados, mas sobre o valor correspondente à metade do patrimônio líquido deixado. A metade é, portanto, uma parte ideal. O valor a ser considerado é o existente na abertura da sucessão.[59]

Já os legatários, são as pessoas que o testador escolhe para adquirir um bem determinado, ou seja, em diferença aos herdeiros testamentários, que recebem parcela do patrimônio, o legatário irá receber um bem individualizado.

> Quando a pessoa contemplada pelo testador, em vez de receber bem ou bens determinados, recebe parte ou parcela do patrimônio, é considerada herdeira testamentária, deixando de ser qualificada como legatária.[60]

Em situações de extrema excepcionalidade, o autor da sucessão morre, aparentemente, sem deixar nenhum herdeiro habilitado ou testamento válido. Nesse caso, tem-se, a princípio, o que se chama de herança jacente, disciplinada no artigo 1.819 do Código Civil. Quando da ocorrência dessa situação, o Estado deverá seguir um procedimento antes de declarar essa herança definitivamente sem dono.

> O Estado, com o escopo de impedir o perecimento ou ruína da riqueza representada por aquele espólio, arrecada-o, para conservá-lo com o intuito de entrega-lo aos herdeiros legítimos que aparecerem ou provarem sua qualidade de herdeiro, ou então para declará-la vacante, se não se apresentar qualquer herdeiro, com o fim de transferi-lo para o patrimônio do poder público. Infere-se daí que a jacência é tão somente um estado de fato meramente transitório que perdura até o momento da entrega da herança aos herdeiros, que

[59] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76/77.
[60] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.33.

> comprovarem sua condição, ou da declaração judicial de vacância.[61]

Dessa forma, depreende-se que antes da Fazenda Pública tomar para si o patrimônio, é necessário um procedimento judicial que busque pelos sucessores do falecido e, somente, na ausência desses, que a herança será declarada oficialmente vaga. Contudo, se surgir algum herdeiro no prazo em que o procedimento de jacência esteja em aberto, o procedimento será convertido pelo juiz em inventário.

Ainda podem ser sucessores do falecido eventuais credores que o *de cujus* tenha deixado e que irão se habilitar no processo de inventário para receber do espólio aquilo que lhes é devido.

E por fim, como já citado anteriormente, nos casos de renúncia de má-fé do herdeiro ou legatário, o credor desses poderá ser sucessor do falecido no quantum de seu crédito.

3.3 Vocação hereditária na sucessão

O fundamento do Direito Sucessório é a transmissão imediata da herança para os herdeiros, mas para receberem esse patrimônio é preciso que estes tenham capacidade ou legitimação para suceder. A capacidade sucessória, no entanto, não se confunde com a capacidade civil. Essa última é a aptidão para uma pessoa exercer os atos da vida civil. Já a legitimação sucessória, é a aptidão para receber os bens deixados pelo falecido.

> A legitimação para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei em vigor (CC, art. 1.787). A lei vigente ao tempo da abertura da sucessão é que fixa a capacidade do herdeiro e disciplina a sucessão, regendo-a.[62]

---

[61] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito das sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.107.

[62] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito das sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.60.

Para verificar essa capacidade para suceder, é preciso a ocorrência cumulativa de alguns pressupostos, aliados ao evento morte. Para facilitar didaticamente, alguns doutrinadores os agrupam em três: fático, jurídico e negativo.

O pressuposto fático é baseado em dois princípios: sobrevivência e coexistência. É preciso que o sucessor e o sucedido tenham coexistido, ou seja, vivido no mesmo espaço de tempo e que o sucessor sobreviva ao sucedido. Contudo, o legislador traz, no Código Civil, algumas exceções a esses princípios.

São exemplos de exceções ao princípio da coexistência o nascituro, que poderá suceder desde que nasça com vida, e a prole eventual (concepturo) e futura fundação, ambos com direitos deixados em testamento.

> Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
>
> I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
>
> II - as pessoas jurídicas;
>
> III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.[63]

Já em relação à exceção ao princípio da sobrevivência, o legislador traz o instituto do direito de representação, que ocorre quando o sucessor morre antes do sucedido e parentes do sucessor recebem os direitos do pré-morto, ou seja, o representam. Esse instituto só irá ocorrer quando o sucessor mais legitimado não puder vir à sucessão e, nesse caso excepcional, será representado pelos seus descendentes. Destaca-se que quando o sucessor não quiser vir à sucessão, trata-se de renúncia e não haverá direito de representação.

> Art. 1.851. Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse.[64]

---

[63] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

[64] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

O segundo pressuposto é o jurídico, em que é preciso demonstrar o vínculo jurídico entre as partes. Na sucessão legítima, esse vínculo jurídico é familiar, estabelecido em lei. Já na sucessão testamentária, o vínculo se dá pelo testamento deixado pelo falecido, o detentor de patrimônio disponível.

Por fim, o pressuposto negativo ressalta situações que não podem ocorrer para que o sucessor seja legítimo à sucessão, que são o reconhecimento de indignidade e a deserdação do sucessor.

Para Maria Helena Diniz, a indignidade ocorre quando o sucessor incorre em falta grave contra o sucessor ou seus familiares e, por isso, será afastado da sucessão e não receberá seu quinhão hereditário.

> A indignidade vem a ser uma penal civil que priva do direito à herança não só o herdeiro, bem como o legatário que cometeu os atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do de cujus ou de seus familiares.[65]

As causas para ocorrência da indignidade estão previstas em rol taxativo no artigo 1.814 do Código Civil. Para ser considerado indigno é preciso procedimento judicial, movido por qualquer pessoa que tenha interesse econômico nesse reconhecimento.

Os interessados têm prazo decadencial de quatro anos para propor essa ação declaratória de indignidade no juízo cível, contados da data da abertura da sucessão, de acordo com o parágrafo único do artigo 1.815, CC/02. Apenas após o trânsito em julgado da sentença que o herdeiro será tido como indigno, com efeitos *ex tunc*, e seu quinhão será redistribuído entre seus descendentes, por direito de representação, ou, quando esses não existirem, entre os outros herdeiros do falecido.

Contudo, apesar de ter praticado um dos atos previstos no rol do artigo 1.814, CC/02, que o levariam à indignidade, o sucessor pode ser perdoado pelo sucedido. Esse ato de perdão é privativo do ofendido e tem o condão de reabilitar o herdeiro à

[65] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito das sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.65.

herança. O perdão poderá ser feito de forma expressa em testamento ou outro ato autêntico que explicite o exato motivo pelo qual está perdoando. Nesse caso, o ofensor irá receber toda a herança que antes lhe seria de direito. Mas também pode ser um perdão tácito, quando depois do ato ofensivo, o testador beneficiar o ofensor. Já nesse caso, o herdeiro apenas receberá o que foi declarado no testamento.

> Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.
>
> Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.[66]

Além da indignidade, existe ainda o instituto da deserdação, que também excluirá o sucessor da sucessão. No entanto, o procedimento da deserdação começa ainda quando o futuro sucedido está vivo e declara em testamento que, em razão da ocorrência de alguma das hipóteses previstas em lei, quer que algum de seus herdeiros necessários seja afastado da sucessão.

> A indignidade aplica-se indistintamente a toda pessoa que se inclua como sucessor do *de cujus*, herdeiros legítimos, necessários ou não, herdeiros instituídos e legatários. A deserdação, decorrente da vontade do testador, serve exclusivamente para afastar os herdeiros necessários. A primeira pertence às regras de sucessão em geral; a última é típica da sucessão testamentária.[67]

Os casos de deserdação estão taxativamente previstos nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963, todos do Código Civil e deverão ser detalhadamente narrados pelo testador. Após a morte, os interessados no reconhecimento da exclusão devem ajuizar ação ordinária de deserdação para que a vontade do falecido seja confirmada em juízo cível e tem prazo de quatro anos, contados do momento que o testamento é levado ao Judiciário.

---

[66] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

[67] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 317.

Confirmada a deserdação, "o deserdado é considerado como se morto fosse"[68], os efeitos retroagem à data da morte e seu quinhão será destinado aos seus descendentes, por direito de representação, ou, na ausência desses, aos outros herdeiros capazes do falecido.

Vocação hereditária na sucessão legítima

Tomando como foco a sucessão legítima, que mais importará à discussão desse trabalho, é importante destacar seus principais aspectos, que a diferenciam da sucessão testamentária.

Como já citado, a sucessão legítima se dá em observância aos preceitos legais, em que sucessor e sucedido possuem vínculo jurídico familiar. Essa sucessão ocorrerá obedecendo a chamada ordem de vocação hereditária do artigo 1.829, CC/02, que é uma "ordem de preferências e substituições que a lei estabelece entre os herdeiros legítimos do *de cujus*"[69].

Essa ordem variou bastante ao longo dos anos, principalmente em razão da cultura e dos preconceitos arraigados na sociedade brasileira. No entanto, atualmente o Código Civil traz a seguinte ordem: primeiro os herdeiros necessários, que são os descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente, e depois os parentes colaterais até o quarto grau. Como citado anteriormente, a jurisprudência atual equipara o companheiro ao cônjuge.

Seguindo as regras do direito sucessório, os herdeiros da classe seguinte só herdam na ausência de herdeiros da classe anterior. Ou seja, só herdarão os ascendentes se não existir nenhum descendente, e assim sucessivamente. Além disso, também existe regulação dentro da própria classe, de forma que os parentes de

[68] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 329.
[69] LÔBO, Paulo. *Direito civil*: sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

grau mais próximo ao falecido afastam os de grau mais distante. Logo, são mais próximos os filhos, depois os netos, após os bisnetos.

> Todos os herdeiros legítimos são titulares de direitos sucessório em relação à herança deixada pelo *de cujus*. Todavia, em razão da ordem de vocação hereditária, o exercício do direito fica sujeito à precedência nessa ordem ou à falta do que precederia cada titular. Se vivos forem os herdeiros de primeira classe ou os de primeiro grau da mesma classe, os da classe ou grau seguintes não se investem na qualidade de herdeiros, porque a legitimação para suceder não se concretizou.[70]

Os descendentes sucedem por direito próprio ou por direito de representação. Quando sucedem por direito próprio, dividem a herança igualmente entre todos os herdeiros habilitados, pois que o Código preceitua pela igualdade entre os filhos, como já trabalhado. Já quando sucederem por direito de representação, irão dividir a parte que seria de direito do herdeiro representado, partilhando igualmente a estirpe dele.

Já os ascendentes, só recebem a herança por direito próprio, quando não mais existir nenhum descendente capaz de suceder e, nesse caso, eles serão os mais aptos a receber o patrimônio. Nessa classe sucessória, a divisão é feita por linhas, ou seja, metade para a linhagem materna e metade para a linhagem paterna, se existirem parentes de mesmo grau em cada um dos lados. Se não tiverem ou se forem de graus distintos de parentesco, apenas uma das linhas, a que tiver o parente de grau mais próximo do falecido, adjudicará todo o patrimônio, visto que não há direito de representação na linha ascendente.

Vale ressaltar que ao tratar de ascendentes, o Código não se refere apenas aos de origem biológica, mas sim a uma pluralidade de formas de parentesco que a lei preceitua. Dessa forma, herdam os pais biológicos da mesma maneira que pais adotivos herdam.

Quanto ao cônjuge e ao companheiro, adjudicam por direito próprio a herança se não existirem nem descendentes, nem ascendentes. Contudo, o legislador

[70] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

reserva o direito de concorrência desses com a classe dos descendentes, a depender do regime de bens que rege o casamento/união estável, e com a dos ascendentes, independentemente do regime de bens.

Por fim, os parentes colaterais, que não estão inseridos no rol de herdeiros necessários e podem ser afastados da sucessão a qualquer momento por desejo, ainda que imotivado, do autor da sucessão. Isso é bastante diferente do procedimento com os herdeiros necessários, que só podem ser afastados quando da ocorrência e reconhecimento judicial de algum dos casos de indignidade ou de deserdação.

Os colaterais também sucedem por direito próprio, partilhando a herança entre os herdeiros capazes, se inexistirem descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro. Em caso de exceção, o legislador permite que, quando os herdeiros mais legitimados para suceder forem os irmãos do falecido, poderá haver representação de algum dos sobrinhos do falecido quando seu pai/mãe não puder vir à sucessão do irmão.

Além disso, na sucessão colateral pode ser que a divisão não seja equânime entre os herdeiros. A exemplo disso, é caso de quando os sucessores forem os irmãos do falecido, mas alguns forem bilaterais e outros, unilaterais. Nesse caso, os bilaterais receberão o dobro do recebido pelos unilaterais.

Para Lôbo, essa diferenciação entre as cotas dos irmãos unilaterais e bilaterais é inconstitucional, já que fere ao princípio constitucional da igualdade de filiação, que já foi bastante discutido nesse trabalho.

> Essa discriminação é incompatível com o princípio da Constituição que veda a desigualdade de direitos entre os filhos de qualquer origem, havidos ou não da relação de casamento (art.277, §6º). A vedação da discriminação entre os filhos repercute necessariamente nos irmãos, pois a qualidade de irmãos vem do fato de essa relação de parentesco decorrer do estado de filiação.[71]

[71] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 160.

Vale destacar também que, dentro da classe dos colaterais, há regras de preferência. Os sobrinhos têm preferência na sucessão quando concorrerem com os tios, já que ambos têm o mesmo grau de parentesco com o *de cujus* (terceiro grau).

3.4 O filho como herdeiro necessário

Diante do que foi explicitado, a figura que irá, prioritariamente, suceder será, então, o filho do falecido. É esse herdeiro necessário que o presente trabalho tem como cerne.

Em regra, a sucessão está vinculada ao filho do sucessor, seja ele biológico, adotivo ou afetivo. Todas essas formas de filiação terão os exatos mesmos direitos, com base no princípio da igualdade entre a prole, firmado constitucionalmente no artigo 227, §6º e previamente discutido.

No caso da adoção, que produz efeitos pessoais e patrimoniais, o adotado está assegurado de todos os direitos do vínculo paternal, inclusive os sucessórios, já que "os direitos são recíprocos e estendem-se a todos os parentes sucessíveis"[72]. Contudo, quando efetivada a adoção, há o desligamento dos vínculos com a família biológica, exceto quanto aos impedimentos para o casamento, conforme disposto no artigo 41 do ECA. Isto é, há a prevalência do pai adotivo frente ao biológico.

> Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.
>
> § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.
>
> § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.[73]

---

[72] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 442.

[73] BRASIL. *Lei nº 8.069, de julho de 1990*. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

Dessa forma, em regra, os filhos sucedem daqueles que são juridicamente seus pais, não importando como tenha se dado a relação parental entre estes, se biológica, adotiva ou afetiva.

O que se destaca, porém, é a impossibilidade da sucessão simultânea, tendo em vista que o legislador brasileiro não prevê que um filho possa herdar de mais de um pai. Diante disso, mesmo que o descendente tenha um pai biológico e um adotivo, ou um pai biológico e um afetivo, ou ainda um adotivo e um afetivo, ou mesmo três pais, ele só irá herdar na sucessão de um desses.

Essa é a visão tradicional do direito sucessório no Brasil quanto a esse herdeiro necessário, contudo, em decisão recente do Supremo Tribunal Federal, de setembro de 2016, no RE 898.060/SC de análise de repercussão geral 622, firmou-se jurisprudência em sentido divergente. É o que se passa a analisar.

4 MULTIPARENTALIDADE E O RE 898.060/SC

Para adentrar no tema da multiparentalidade, que é o cerne do presente trabalho, é interessante relembrar de maneira breve toda a evolução e modificações que o conceito de família sofreu durante o tempo, a fim de que se possa entender como a multiparentalidade surgiu e ganhou tamanha significância.

Na antiguidade, somente era considerada família aquela constituída pelos pais e pelos filhos, em que o homem era o chefe e concentrava todo poder em suas mãos. Nessa época, a mulher era subordinada ao marido e apenas desempenhava tarefas domésticas e de cuidado com as crianças, conforme entendimento de Madaleno:

> Ao tempo do Código Civil de 1916, dispunha o artigo 233 a unidade de direção ao marido, designado para ser o chefe da sociedade conjugal, e a família se caracterizava como uma entidade eminentemente patriarcal, hierarquizada, matrimonializada e patrimonializada. Pertencia ao esposo, investido na função de cabeça do casal, o poder diretivo de toda a família, e à mulher e aos filhos, competia tão somente

> aceitar que deviam obediência ao *pater familiae*, a bem da paz, da harmonia e da felicidade familiar.[74]

Com os avanços científicos e tecnológicos, o pensamento da coletividade se modificou bastante, e, com isso, a noção de estrutura familiar também. Fatos como a Revolução Industrial e o direito ao voto feminino fizeram com que a mulher ganhasse grande espaço na sociedade, chegando até ao reconhecimento constitucional de igualdade entre homens e mulheres em 1988.

Com fundamento na igualdade, na democracia, no pluralismo e na liberdade, busca-se agora a proteção da pessoa humana. Nesse contexto, tendo em vista as inúmeras formas como as pessoas se relacionam, o conceito de família se libertou dos moldes do casamento, gerando reconhecimento de outras estruturas de convívio e de filhos havidos fora do matrimônio[75]

Para Mônica Guazzelli, o foco agora é no indivíduo, sendo a família apenas o instrumento para o aprimoramento de seus componentes e da sociedade.

> A tônica reside no indivíduo, e não mãos nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.[76]

A família atual está baseada na afetividade, na estabilidade, na convivência pública e duradoura, e na cooperação entre seus membros em busca da felicidade, o que acarreta uma perda no interesse, antes principal, nas questões patrimoniais.

Nesse novo cenário do Direito de Família, como já afirmado, a afetividade tem papel célebre. Atualmente, as pessoas estão interessadas em cultivar relacionamentos calcados em amor e afeto, e dentro disso, está a filiação afetiva.

---

[74] MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 115.

[75] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 38/39.

[76] ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. Porto Alegre: Livraria do advogado, p. 331 apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 41.

Antigamente, esse tipo de filiação não possuía respaldo jurídico e era, muitas vezes, discriminado por entender-se que apenas os filhos havidos no casamento que eram legítimos. Contudo, a Constituição Federal, baseada nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor, trouxe no artigo 227, §6º, o entendimento de que todos os filhos têm os mesmos direitos, independentemente de como se tenha dado a relação de filiação.

Dessa maneira, a partir dessa norma constitucional, a análise das relações deve ser feita tomando como base apenas as partes e o laço de afeto que as unem, não importando o arranjo familiar que elas componham, como bem salienta o doutrinador Paulo Lôbo:

> Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.[77]

Diante dessa relação de filiação afetiva, é necessário dizer que além de seu reconhecimento constitucional como um tipo de relação juridicamente possível, também é preciso registrar todos os direitos que decorrem disso. Assim como a paternidade biológica, a paternidade afetiva também traz consigo todos os direitos e deveres previstos em lei entre pai e filho, afinal, não se pode fazer diferenciação entre as formas.

Assim, com fundamento no artigo 227, caput e §6º, da Constituição Federal, a doutrinadora Heloísa Helena Barboza traz entendimento nesse sentido de que a filiação afetiva também assegura todos os direitos e deveres decorrentes da paternidade:

> Indispensável salientar que o reconhecimento da paternidade afetiva não configura uma "concessão" do direito ao laço de afeto, mas uma verdadeira relação jurídica que tem por fundamento o vínculo afetivo, único, em muitos casos, capaz de permitir à criança e ao adolescente a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana e daqueles que lhe são

[77] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

> próprios, a saber: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, assegurando-lhes, enfim, o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.[78]

E ainda acrescenta quais seriam esses direitos, quais sejam, pessoais e patrimoniais:

> O parentesco socioafetivo produz todos e os mesmos efeitos do parentesco natural. São efeitos pessoais: (a) a criação de vínculo de parentesco na linha reta e na colateral (até o 4º grau), permitindo a adoção do nome da família e gerando impedimentos na órbita civil, como os impedimentos para casamento, e pública, como os impedimentos para assunção de determinados cargos públicos; (b) a criação do vínculo de afinidade. Sob o aspecto patrimonial são gerados direitos (deveres) a alimentos e direitos sucessórios. O reconhecimento do parentesco com base na socioafetividade deve ser criterioso, uma vez que como demonstrado, envolve terceiros, aos necessariamente envolvidos na relação socioafetiva, mas que certamente serão alcançados pelo dever de solidariedade que é inerente às relações de parentesco.[79]

A estudiosa Fabiane Goulart caminha nessa mesma direção da impossibilidade de diferenciação entre as citadas formas de paternidade:

> [...] a Carta Magna traz com toda clareza que não pode haver discriminação sobre os tipos de filiações, ou seja, não importa como se deu essa filiação, será igualitária como se fosse um filho legítimo, conforme o art. 227, parágrafo 6º, do diploma legal referido. Dessa forma, caso haja o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, este terá os mesmos direitos das demais filiações.[80]

---

[78] BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Repensando o direito de família. Congresso Brasileiro de Direito de Família, I. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.140 apud CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e paternidade socioafetiva:* efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2017, p. 108.

[79] BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano 10, n. 9, p.33-34, abr./maio 2009.

[80] GOULART, Fabiane Aline Teles. *O reconhecimento da filiação socioafetiva com seus efeitos sucessórios*. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XIV, n. 32, p. 17, fev./mar. 2013.

Inclusive, há entendimento jurisprudencial no sentido de que o pai afetivo deve cumprir com todas as funções da paternidade responsável, conforme se extrai do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. VERBA ALIMENTAR PROVISÓRIA. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. Ainda que o exame de DNA tenha concluído pela ausência de parentesco entre as partes, o laudo não tem o condão de afastar possível vínculo socioafetivo, questão que depende de ampla dilação probatória, para oportuna sentença. Não estando afastada a paternidade socioafetiva, devem ser mantidos hígidos os deveres parentais, dentre os quais o de prestar alimentos ao filho, mormente recém iniciada a ação negatória da paternidade. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO (Agravo Nº 70042978858, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 29/06/2011)[81]

É também esse o entendimento recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT):

> APELAÇÃO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO AFETIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NÃO EXISTÊNCIA. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.
> 1. Do conjunto probatório dos autos se extrai incontroversa a relação da paternidade afetiva entre apelante e apelada por 17 (dezessete) anos, demonstrada, inclusive, perante a sociedade vez que durante todo esse tempo a apelada usou o nome, teve tratamento e reconhecimento perante os outros como filha do apelante.
> 2. Acertadamente o magistrado a quo julgou improcedente o pedido de exoneração da obrigação alimentar do apelante, na medida em que esse não logrou êxito na comprovação da não existência de vínculo afetivo entre as partes.
> 3. Na ação de investigação de paternidade, movida também pelo apelante, realizada audiência de conciliação, as partes

[81] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo. *Agravo nº 70042978858*. Sétima Câmara Cível. Relator: Roberto Carvalho Fraga. Porto Alegre, 29 de junho de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70039710645&code=4903&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%207.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 03 fev. 2018.

> anuíram em excluir o patronímico do apelante do registro civil da apelada, sem entrar no mérito da paternidade socioafetiva. 4. A maioridade faz cessar o dever de sustento decorrente do poder familiar, porém **não elide a obrigação alimentícia que está alicerçada na relação de parentesco** e no princípio da solidariedade familiar, albergado nos artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil.
> 5. Apelação conhecida e desprovida. Sentença mantida. (Acórdão n.1057879, 20171010004467APC, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/10/2017, Publicado no DJE: 07/11/2017. Pág.: 234/242)[82] (grifo nosso)

Dessa forma, é evidente que após a constitucionalização da igualdade entre os filhos, igualaram-se também todos os deveres e direitos da filiação, a fim de que se chegue a uma paternidade responsável, dotada de pleno poder familiar. Vê-se que agora tanto a paternidade biológica, quanto a adotiva ou a socioafetiva devem cumprir com os ditames legais ao resguardar sua prole, oferecendo a ela saúde, alimentação, moradia, educação, nome, dignidade e todos os direitos trazidos no artigo 1.634 do Código Civil.

Contudo, apesar de haver essa diferenciação entre pais biológicos e pais afetivos, o ideal é que houvesse afeto em toda relação de filiação natural, e que, dessa forma, os dois tipos de paternidade se encontrassem na mesma pessoa. Mas não é assim que sempre acontece. A sociedade se modificou, tem agora novos conceitos de certo e errado, e um grande exemplo disso é a possibilidade do divórcio e da dissolução da união estável.

Antigamente, separação era algo visto com maus olhos, coisa que hoje é bastante normal. Com o aumento do número de divorciados e ex-companheiros, cresceram também os casos das chamadas famílias recompostas.

São numerosos os casos de pessoas que se casam com outras que já possuem filhos de relacionamentos anteriores, o que faz nascer as figuras dos padrastos e madrastas. A partir desse novo convívio, em muitos casos, enteados(as) e

[82] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. *APC 20171010004467*. Terceira Turma Cível. Relator: Gilberto Pereira de Oliveira. Brasília, 25 outubro de 2017. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 04 fev. 2018.

padrasto/madrastas desenvolvem um relacionamento de muito amor e carinho, por vezes, até melhor do que com os pais.

A Lei nº 11.924/2009, chamada de Lei Clodovil, demonstra a importância que essas relações têm para o Direito de Família atual, vez que institui que o enteado/a pode adotar o sobrenome de família do padrasto/madrasta, sem que seja feita a retirada do sobrenome dos pais biológicos ou registrais.

Essa lei busca reconhecer esse elo familiar, decorrente de uma verdade fática, mas não gera os efeitos da paternidade, tais como direitos sucessórios ou prestação alimentar. Contudo, tem o intuito de proporcionar um sentimento de liberdade e de acolhimento ao núcleo familiar.

A Lei Clodovil trouxe a redação que foi inserida na Lei de Registros Públicos, Lei 6.015/73, no artigo 57:

> §8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. (Incluído pela Lei nº 11.924, de 2009)[83]

No entanto, apesar de não trazer qualquer outro efeito jurídico, que não a averbação do sobrenome, é uma abertura para reconhecer a multiparentalidade. A multiparentalidade ou pluriparentalidade consiste na coexistência de paternidade biológica e socioafetiva, sem que uma exclua a outra.

Por muito tempo as cortes brasileiras tentaram consolidar entendimento afirmando a prevalência de um tipo de paternidade sobre o outro, seja biológica ou afetiva. As decisões eram bem divergentes, contudo, com o passar dos anos e o desenvolvimento cada vez mais complexo da sociedade e dos relacionamentos dos indivíduos, surgiu a tese da multiparentalidade.

---

[83] BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Lei de registros públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015original.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

Os casos foram chegando aos Tribunais Superiores brasileiros até que o Supremo Tribunal Federal entendeu por necessário trazer o tema a julgamento com repercussão geral.

Trata-se do RE 898.060/SC, tema de repercussão geral 622 do STF julgado em setembro de 2016, de relatoria do Ministro Luiz Fux. O citado recurso extraordinário subiu ao Tribunal como mais um debate sobre a prevalência ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica.

Em seu voto, que foi vencedor, o relator argumenta as mudanças na sociedade e o papel fundamental na atualidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Para ele, a dignidade humana é o fundamento para que os indivíduos possam se arranjar afetivamente da forma como mais lhes interessar, superando os modelos legais.

Acrescenta o princípio da busca pela felicidade e entende que o Estado deve atuar respeitando o limite de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos de cada um de seus cidadãos. Isso porque, para o ministro, não pode "o indivíduo ser reduzido a mero instrumento de consecução da vontade dos governantes"[84], devendo o direito se moldar às vontades da sociedade, e não o contrário.

Ademais, traz o entendimento do Ministro Luiz Edson Fachin sobre a denominada concepção eudemonista da família, que apregoa que a família não é mais o centro, mas sim o indivíduo que busca a felicidade dentro daquele núcleo:

> Sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperações, proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o

[84] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060/SC*. Plenário. Relator: Ministro Fux. Brasília, 22 de setembro de 2016, p. 11. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 10 fev. 2018.

> desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.[85]

O magistrado acrescenta que a Carta de 1988, nos artigos 226 e 227, trouxe a igualdade entre os modelos de família, caindo por terra a "supremacia" do matrimônio, e, em decorrência disso, a igualdade entre os tipos de filiação.

Diante desse contexto de igualdade, para o relator, é imprescindível, então, que o direito abarque todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, quais sejam: pelo "casamento ou outras hipóteses legais (como a fecundação artificial homóloga ou a inseminação artificial heteróloga – art. 1.597, III a V do Código Civil de 2002), pela descendência biológica, ou pela afetividade"[86].

Posto essa equidade e reconhecido que a filiação pode existir de diversas formas, Fux entende que há a possibilidade de concurso entre mais de uma delas, o que é o exemplo do caso concreto que serviu de paradigma para o julgamento. Para ele, não cabe ao Judiciário decidir por um dos tipos de paternidade, sendo que a melhor solução para o menor seria o reconhecimento de ambos os vínculos.

Para exemplificar, traz comparativamente o entendimento de cortes norte-americanas sobre o tema. Cita o exemplo do estado de Lousiana, o primeiro a permitir por lei que uma criança tenha dois pais e que ambos tenham que cumprir com as obrigações da paternidade.

Para concluir, o relator cita o pensamento da doutrinadora Maria Berenice Dias, que crê na real possibilidade de existência da multiparentalidade:

> Agora não se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais

---

[85] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060/SC*. Plenário. Relator: Ministro Fux. Brasília, 22 de setembro de 2016, p. 13/14. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 10 fev. 2018.

[86] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060/SC*. Plenário. Relator: Ministro Fux. Brasília, 22 de setembro de 2016, p. 14/15. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 10 fev. 2018.

> devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória.[87]

Nesse voto, Fux foi seguido pela maioria dos outros ministros: a presidente Cármen Lúcia e os ministros Rosa Weber, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

Apenas divergiram os ministros Fachin e Teori Zavascki. Para Edson Fachin, que votou pelo parcial provimento do recurso, deveria se impor a paternidade socioafetiva, pois, para ele, a parentalidade não significa exclusivamente a relação biológica. Ressalva, porém, que se resguarde o direito de conhecimento de origem. Já o ministro Teori, afirmou que deveria permanecer a paternidade socioafetiva, já que a paternidade advinda de origem genética não gera necessariamente paternidade jurídica.

Assim, a Corte decidiu, no caso concreto, pelo reconhecimento da dupla paternidade, com o devido reconhecimento de todos os direitos e deveres decorrentes da filiação, como nome, alimentos e herança. Além disso, fixou-se a tese, com fins de repercussão geral, de que é possível o reconhecimento concomitante de ambas as paternidades, biológica e efetiva, com todos os efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais.

> A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.[88]

São inúmeros os casos que já foram parar nas mãos do Judiciário tratando desse mesmo assunto, o que ensejou que o Supremo Tribunal tratasse como tema de repercussão geral.

---

[87] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060/SC*. Plenário. Relator: Ministro Fux. Brasília, 22 de setembro de 2016, p. 18/19. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 10 fev. 2018.

[88] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060/SC*. Plenário. Relator: Ministro Fux. Brasília, 22 de setembro de 2016, p. 11. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 10 fev. 2018.

Um exemplo é o caso do processo nº 2013.06.1.001874-5, distribuído para a 1ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões de Sobradinho, Distrito Federal (DF), em que foi ajuizada ação declaratória de paternidade.

No presente caso, uma menor propôs ação contra seu pai registral, que convivia em união estável com sua mãe por 17 anos. Consta na petição inicial que o verdadeiro pai da criança seria o ex-patrão da mãe, que ameaçava a família impedindo que a paternidade biológica fosse revelada.

Durante a instrução, restou comprovado que o pai biológico de fato era o patrão. Contudo, o pai registral possuía grande afeto e amor pela menina e teria criado a criança nos mesmos moldes de seus outros filhos com a companheira.

Na sentença, a juíza baseou-se nos princípios da proteção integral da criança e do adolescente e do melhor interesse de criança e nos direitos da personalidade, de forma que não poderia afastar o pai registral que mantinha um relacionamento com a criança desde que ela nascera, mas também não poderia deixar a menor sem os benefícios que o pai biológico poderia lhe oferecer, dada a sua condição econômica muito superior à do outro pai.

Para a magistrada, ambos os pais deveriam arcar com os encargos do poder familiar, decidindo pela pluriparentalidade, com a averbação dos dois nomes da certidão de nascimento da criança.

Além disso, conforme a decisão judicial, devem ser observadas todas as consequências jurídicas decorrentes desse instituto, quais sejam: direito ao parentesco, ao nome, de convivência e guarda, a alimentos, ao reconhecimento genético e à herança. Todos esses direitos devem ser com relação a todos os pais, já que não há diferenciação entre os tipos de filiação.

Existem ainda vários outros julgados que já decidiram pela tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal e também reconheceram a multiparentalidade e os direitos decorrentes desse reconhecimento.

A exemplo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que inclusive reconheceu a possibilidade de concessão de cidadania do pai biológico:

> DIREITO DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLOGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA PREEXISTENTE. MULTIPARENTALIDADE. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL.
> 1. Provado nos autos o vínculo genético do Autor com o pai falecido, julga-se procedente o pedido de reconhecimento da paternidade biológica, ainda que com este não tenha convivido para formar laços de afeição, pois ainda em tenra idade quando do óbito do genitor. O interesse de postular cidadania estrangeira com o reconhecimento da paternidade, insere-se nos efeitos jurídicos próprios da filiação, não constituindo óbice ao direito de postular o reconhecimento da verdadeira ascendência genética - direito natural ínsito ao princípio da dignidade humana e da busca pela felicidade.
> 2. "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios". Tese fixada com repercussão geral no julgamento do RE 898060/SC - STF.
> 3. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (Acórdão n.983518, 20151010004518APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 16/11/2016, Publicado no DJE: 29/11/2016. Pág.: 294/341)[89]

4.1 Simultaneidade sucessória em casos de multiparentalidade

Analisada a multiparentalidade, cabe agora abordar a repercussão sucessória decorrente do duplo reconhecimento de paternidade.

Como já previamente dito no segundo capítulo, em regra, o Direito brasileiro clássico não admite que um filho possa herdar de mais de dois pais (um pai e uma mãe ou dois pais ou duas mães), ainda que possua três ou mais. Para o Direito sucessório, o filho deverá herdar daquele que efetivamente seja seu pai, sob pena de dar à filiação um caráter meramente patrimonial e de que haja enriquecimento sem

[89] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. *APC 20151010004518*. Sexta Turma Cível. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Brasília, 16 de novembro de 2016. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 11 fev. 2018.

causa por parte do sucessor. Ou seja, tradicionalmente no Brasil, não cabia a simultaneidade sucessória.

A exemplo disso era o entendimento trazido pelos doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald no manual de direito das famílias de 2010. Para eles, "[...]fixada a filiação pelo critério socioafetivo, afasta-se, em definitivo, o vínculo biológico, não sendo possível, de regra, cobrar alimentos ou participar da herança do genitor"[90]. Para os autores, a filiação devia ser um instituto desvinculado de interesses econômicos.

O mesmo é o pensamento de Rolf Madaleno, pois, para o estudioso, "não calha ao bom senso que recolha herança material de dois pais"[91].

O principal ponto para quem ainda não se mostra inteiramente a favor da concomitância de heranças é a gigante possibilidade de inúmeros ajuizamentos que tenham foco exclusivamente no patrimônio dos pais biológicos, e não em reconhecer uma paternidade calcada em afeto e amor, tal como deveria acontecer de fato.

O parecer do Ministério Público no julgamento do RE 898.060/ SC também trouxe essa observação do enfoque patrimonial, afirmando que nos casos concretos, essas situações devem ser dirimidas pelos magistrados com fulcro no binômio da necessidade-possibilidade.

Claramente, as decisões judiciais citadas acima vão de encontro a esse pensamento tradicional do direito brasileiro. As três trazem entendimento no sentido de que, reconhecida a pluriparentalidade, todos os direitos devem ser também reconhecidos para todos os pais, inclusive os direitos sucessórios, concomitantemente.

No mesmo sentido das jurisprudências colacionadas, os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald hoje também acreditam que a multi-

[90] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 594.
[91] MADALENO, Rolf. Filiação sucessória, p. 40 apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 595.

hereditariedade é consequência lógica do reconhecimento da multiparentalidade. Eles apenas ressaltam que deve se observar se o filho busca pelo reconhecimento de sua origem biológica apenas para fins patrimoniais, sem manter o mínimo de afeto pelo genitor.

> Uma consequência natural da admissibilidade da tese da pluripaternidade é o reconhecimento de uma multi-hereditariedade, na medida em que seria possível reclamar herança de todos os seus pais e de todas as suas mães.[92]

José Santos traz entendimento no mesmo sentido, afirmando que assim que aberta a sucessão, o filho multiparental terá papel de herdeiro necessário de todos os pais que possua, de forma igualitária.

> Portanto, pelo fato de não haver distinção jurídica sobre a forma de relação pai/filho ser biológica ou afetiva, estando reconhecida a multiparentalidade, no momento da transmissão da herança estaria criada a linha de chamamento sucessório de cada pai ou mãe que o filho tiver. Assim o filho multiparental figura como herdeiro necessário de todos os pais que tiver. Quanto à sucessão pelos ascendentes, na ausência de descendentes, todos aqueles que figurarem como pais do mesmo filho seriam herdeiros em pé de igualdade, concorrendo com eventual cônjuge sobrevivente assumindo, também, a condição de herdeiros necessários.[93]

Para Anderson Schreiber e Paulo Lustosa[94], ainda que possa parecer inorgânico que uma pessoa tenha direitos sobre heranças de diversos pais, não há nenhuma norma constitucional que impeça tal ato, sendo plenamente possível que o filho conste como herdeiro necessário de todos os pais. Acrescentam que tal divisão apenas reafirma o princípio constitucional de igualdade entre a prole.

Schreiber e Lustosa destacam ainda que não é a primeira vez que tal previsão assenta no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo eles, na adoção simples,

---

[92] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 618.

[93] SANTOS, José Neves dos. Multiparentalidade: reconhecimento e efeitos jurídicos. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 19, n. 4093, set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29422/multiparentalidade-reconhecimento-e-efeitos-juridicos>. Acesso em: 01 mar. 2018.

[94] SCHEREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. *Pensar:* Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza. v. 21, n. 3, p. 847-873, set./dez. 2016, p. 858-862.

regulada pelo Código Civil de 1916, previa-se que o adotado sucederia ao pai biológico e ao pai adotante.

Impugnam o argumento de impossibilidade da multi-hereditariedade afirmando que ações de investigação de paternidade com cunho essencialmente patrimonial sempre existiram e existirão, cabendo, então, ao Judiciário tentar coibir no caso concreto esses abusos de direito e comportamentos que vão de encontro à boa-fé objetiva.

Para Silva, Latini e Perllizzoni[95], o reconhecimento da multiparentalidade traz, atrelado a ele, a possibilidade de sucessão simultânea. Para eles, o direito à herança é direito constitucional, afirmado no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal e uma vez que não haja vedação expressa à concomitância, não pode ser negado, sob pena de violação da Lei Maior em seu artigo 5º, II (princípio da legalidade).

Por fim, Cassettari[96] concorda com o entendimento de sucessão concomitante e ainda acrescenta que deverão ser aplicadas as exatas mesmas regras de sucessão da paternidade biológica à paternidade socioafetiva, em nome da igualdade constitucional entre os filhos.

Diante do exposto, o recurso extraordinário nº 898.060/SC trouxe, então, mudanças nos paradigmas do Direito de Família e do Direito Sucessório quanto à possibilidade de haver a sucessão simultânea nos casos de multiparentalidade, tanto na jurisprudência pátria, como no pensamento doutrinário.

Apesar do julgamento em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a possibilidade da pluriparentalidade, que já é o pensamento majoritário na doutrina, e que o instituto traria "todos os efeitos jurídicos próprios",

---

[95] SILVA, Maico Pinheiro; LATINI, Lucas Maldonado Diz; PELLIZZONI, Nelton Torcani. Multiparentalidade e seus efeitos no direito sucessório. *Revista Jus Navigandi*. Publicado em 04/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57418/multiparentalidade-e-seus-efeitos-no-direito-sucessorio>. Acesso em 01 mar. 2018.

[96] CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Paternidade Socioafetiva:* efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 119.

o tema ainda é controverso no cenário jurídico quanto aos exatos efeitos sobre as heranças múltiplas e deverá ser amadurecido com o passar do tempo e o aparecimento de novos julgamentos pelas Cortes brasileiras.

5 CONCLUSÃO

O direito de família se presta a regular as relações íntimas entre as pessoas, estando dentre essas, a filiação. É evidente que ao longo dos anos, os dogmas sobre esse instituto se modificaram bastante, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe expressamente prevista a igualdade plena entre a prole.

O artigo 227, §6º da CF/88 serviu de embasamento para que, o que antes se distinguia entre filiação legítima e ilegítima, fosse extinto do ordenamento e que fosse apregoada a igualdade material entre os filhos, independentemente de como se tenha dado a relação com seus pais. Tal norma acabou por alavancar a importância que se dá hoje à afetividade nas relações paternais.

Atualmente, o afeto é a principal base das relações familiares brasileiras e não pode o legislador fechar os olhos à realidade de sua população. Dessa forma, cabe ao legislador, aos tribunais e aos juristas se adequarem a esse novo contexto social e viabilizarem normas que satisfaçam aos interesses individuais.

Nessa seara, destaca-se que o intuito principal é assegurar o melhor interesse da criança, para que tenha seu pleno desenvolvimento dentro do núcleo familiar e não fique em situação de vulnerabilidade. Para tanto, os pais devem garantir todos os direitos e deveres que são intrínsecos ao poder familiar.

Nesse contexto de valorização do afeto, os vínculos biológico e jurídico passaram a não mais serem os únicos, devendo concorrer com a chamada filiação socioafetiva, que agora é reconhecida pelo ordenamento pátrio.

Ocorre que em muitas vezes há a coexistência de dois tipos de filiação. É nesse cenário que nasce o discutido instituto da multiparentalidade, atualmente reconhecido pela doutrina majoritária e pela jurisprudência.

Contudo, ainda controversos são os efeitos que esse reconhecimento pode gerar ao filho que tenha ambos os pais constando em sua certidão de nascimento. Esse trabalho buscou abarcar os efeitos quanto às questões sucessórias.

A respeito do direito de herança, o ordenamento brasileiro, em regra, previa que o filho, herdeiro necessário, deve herdar por direito próprio daquele que efetivamente é seu pai, não prevendo hipóteses de múltiplas heranças.

No entanto, o RE 898.060/SC combate esse paradigma. Ao reconhecer a possibilidade da averbação simultânea de pai biológico e pai afetivo, estabelecendo que não há prevalência entre esses vínculos, o julgado de repercussão geral ainda afirma que as relações de paternidade devem ser reconhecidas juntamente com todos os seus efeitos jurídicos, incluindo nisso os efeitos patrimoniais.

Esse também é o posicionamento de doutrinadores renomados como Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, que afirmam que as heranças múltiplas são um efeito lógico da multiparentalidade.

Para a doutrina majoritária, assim como afirma Schreiber, o único cuidado que deve ser tomado é com a possibilidade de reconhecimentos de paternidade com intuito exclusivamente patrimonial. E é sobre esse ponto que a doutrina contrária à multi-hereditariedade se baseia.

Na sociedade atual, busca-se uma ideia de família totalmente dissociada de interesses patrimoniais e principalmente baseada na afetividade entre seus integrantes. O intuito é de que exista uma cooperação entre os membros para que haja uma evolução coletiva como pessoas.

Dessa forma, a ideia de poder suceder de mais pais do que o usual parece, a princípio, uma hipótese de enriquecimento sem causa, já que boa parte das pessoas

só irá suceder de pai e mãe, além de que estaria o instituto da filiação dando foco a questões patrimoniais.

Além disso, é plenamente possível que haja ações judiciais de filhos que busquem esse tipo de reconhecimento dúplice tendo unicamente interesses de cunho financeiro. O Judiciário não conseguirá se esquivar desse tipo de demanda que simula o interesse afetivo, com foco apenas na possibilidade de se ver financiado por vários pais.

No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro não se pode pautar pela exceção e deixar de garantir um direito porque um grupo minoritário irá subverter sua finalidade. Ao constitucionalizar a igualdade entre os tipos de filiação e prever que o filho tem capacidade sucessória como herdeiro necessário, inexistindo cláusula que o exclua, o legislador dá fundamento legal para que a prole possa herdar de todos aqueles que sejam constituídos como seus pais.

Ademais, com base na Constituição Federal e na garantia do princípio da legalidade, conforme artigo 5º, II, CF/88, não há nada no ordenamento jurídico brasileiro que proíba a possibilidade de múltiplas heranças.

Ressalta-se ainda que o direito de família, principalmente quanto aos direitos de filiação, deve se pautar nos renomados princípios da dignidade da pessoa humana e no melhor interesse da criança e do adolescente. Logo, se é positivo para a criança que seja reconhecido o duplo vínculo, tendo em vista a realidade fática e cotidiana da família, além de seus interesses pessoais, não há porque reconhecer que ela possua dois pais e não assegurar todos os direitos e deveres disso decorrentes.

Dessa forma, conclui-se que, como todas as formas de filiação são plenamente legítimas, não há óbice legal ao reconhecimento de todos os efeitos jurídicos decorrentes da multiparentalidade, tal como os direitos sucessórios.

Caberá, todavia, ao aplicador da norma no caso concreto balizar os interesses das partes, de acordo com a conveniência de cada situação, a fim de que a finalidade do instituto da filiação não seja subvertida, sob pena de reduzir o instituto a questões

de cunho exclusivamente patrimonial, esquecendo-se do verdadeiro fim a que se destina atualmente, qual seja, a afetividade entre os indivíduos.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano 10, n. 9, abr./maio 2009.

BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Repensando o direito de família. Congresso Brasileiro de Direito de Família, I, Belo Horizonte: Del Rey, 1999 apud CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e paternidade socioafetiva:* efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 8. ed. Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1950 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. 8. ed. v. 6. Saraiva: São Paulo, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Lei de registros públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015original.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de julho de 1990*. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 127269/SP*. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrigui. Brasília, 05 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sumula+301+presun%E7%E3o+relativa&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em: 12 de jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1500999*. Terceira Turma. Relator: Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 12 de abril de 2016.

Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20160412&livre=%28%22RICARDO+VILLAS+B%D4AS+CUEVA%22%29.min.&processo=1500999&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 301*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=301>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060/SC*. Plenário. Relator: Ministro Fux. Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:* efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTI, Camilla de Araújo. *Famílias pós-modernas*: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Jaruá, 2016.

DELENSKI, Julie Cristine. O novo direito da filiação. São Paulo: Dialética, 1997 apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto:* questões jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito de família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito das sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. *Apelação 20150110455708*. Quinta Turma Cível. Relator: Silva Lemos. Brasília, 07 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 jan. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. *APC 20151010004518*. Sexta Turma Cível. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Brasília, 16 de novembro de 2016. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 11 fev. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. *APC 20171010004467*. Terceira Turma Cível. Relator: Gilberto Pereira de Oliveira. Brasília, 25 outubro de 2017. Disponível em: < https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 04 fev. 2018.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. Porto Alegre: Livraria do advogado apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016.

FUGITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação. São Paulo: Atlas, 2009 apud CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:* efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. 8. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOULART, Fabiane Aline Teles. *O reconhecimento da filiação socioafetiva com seus efeitos sucessórios*. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XIV, n. 32, fev./mar. 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. 7. ed. São Paulo: RT, 2014 apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil:* famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil:* famílias**.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil:* sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. Filiação sucessória apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. Direito das famílias: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 apud CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:* efeitos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das sucessões. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Atualização de Tânia Pereira. 14. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2004 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. 8. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. São Paulo apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo. *Agravo nº 70042978858*. Sétima Câmara Cível. Relator: Roberto Carvalho Fraga. Porto Alegre, 29 de junho de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70039710645&code=4903&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%207.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 03 fev. 2018.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família. 17. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002 apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, José Neves dos. Multiparentalidade: reconhecimento e efeitos jurídicos. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 19, n. 4093, set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29422/multiparentalidade-reconhecimento-e-efeitos-juridicos>. Acesso em: 01 mar. 2018.

SCHEREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. *Pensar:* Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza. v. 21, n. 3, set./dez. 2016.

SILVA, Maico Pinheiro; LATINI, Lucas Maldonado Diz; PELLIZZONI, Nelton Torcani. Multiparentalidade e seus efeitos no direito sucessório. *Revista Jus Navigandi*. Publicado em 04/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57418/multiparentalidade-e-seus-efeitos-no-direito-sucessorio>. Acesso em 01 mar. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito das sucessões. 7. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, separata, Belo Horizonte, n. 21, maio 1979 apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional do direito de família apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 8. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016.

REFLEXOS DA MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO SUCESSÓRIO: A POSSIBILIDADE DE CUMULAR O RECEBIMENTO DE HERANÇA DE PAI BIOLÓGICO E PAI AFETIVO

Giselle Arruda da Costa

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar parte dos reflexos da multiparentalidade no campo do direito sucessório, em especial a possibilidade de se herdar do pai biológico e do pai afetivo. Para tanto, aborda-se o surgimento do instituto a multiparentalidade, seu comportamento na sociedade, a necessidade de arcabouço jurídico que o ampare, as consequências de seu reconhecimento e o julgamento que deu repercussão geral ao assunto. Após, busca-se investigar a possibilidade jurídica quanto ao direito à sucessão quando ocorrer a multiparentalidade, tratando do princípio da igualdade entre irmãos e se o fato de receber por socioafetividade feriria o direito à herança dos filhos biológicos. Analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a possibilidade jurídica da multiparentalidade e equiparou a paternidade socioafetiva com a biológica, permitindo a concomitância de ambas em registro de nascimento, abarcando todos os direito e deveres decorrentes da paternidade.

PALAVRAS CHAVE: Multiparentalidade. Socioafetividade. Parentalidade. Sucessão. Igualdade. Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vem mostrando significativa evolução no direito de família, e essas mutações tem influenciado, de forma direta, na concepção de parentalidade, o que pode ser visto no atual cenário com o surgimento do instituto da multiparentalidade, que traz a ideia de uma mesma pessoa ter mais de um vínculo de

filiação (materno e paterno), sejam eles por socioafetividade ou por vínculo biológico.

A multiparentalidade, que não é questão recente no cenário brasileiro, teve o seu reconhecimento judicial com o surgimento do assunto na Corte Suprema que reconheceu a possibilidade de se poder ter dois pais em registro de nascimento.

Esse fenômeno, que vem ganhando destaque, traz à lume a importância de o direito brasileiro acompanhar os avanços sociais tanto pela perspectiva jurídica que se dá com o entendimento do reconhecimento dos deveres e direitos advindos do reconhecimento da multiparentalidade, quanto da perspectiva social que terá a segurança jurídica necessária para lidar com as complexidades que vão se refletir neste instituto, principalmente no âmbito do direito sucessório e o princípio da igualdade entre filhos, onde haverá casos em que um dos filhos herdará apenas de um pai e uma mãe enquanto seu irmão, através da multiparentalidade, herdará de mais de um pai ou de uma mãe.

Questões como estas estão sendo atualmente enfrentadas pelo judiciário, e o STF tem entendido pelo reconhecimento da dupla paternidade, inclusive em registro de nascimento.

Com isso o trabalho pretende analisar o instituto da multiparentalidade, as consequências e deveres advindos do reconhecimento. Pretende analisar a decisão do STF que deu origem ao tema em repercussão geral e que se tornou paradigma para julgamento em casos análogos.

2 MULTIPARENTALIDADE – INSTITUTO CONTEMPORANEO

O conceito do parentesco por outros meios que não somente a natural foi objeto de discussão das Jornadas de Direito Civil[1] desde o ano de 2002, na qual, por

[1] Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

meio do Enunciado 103[2] foi abrangida a ideia de parentesco além da biológica e da adoção, entrando também para a categoria de parentalidade os provenientes de reprodução assistida heteróloga com material de doador, onde o material genético ou não será do pai que irá criá-lo, ou da mãe que irá gerar, ou em alguns casos de nenhum deles, sendo formado nessa estrutura de família um vínculo de filiação pela socioafetividade.

Para essa composição de família formada através do vínculo parental pelo convívio, pela criação, o Código Civil, na parte final do seu artigo 1.593[3], passou a entender como vinculo de parentalidade o vínculo socioafetivo.

2.1 Como se apresenta a multiparentalidade no atual cenário e como estamos tratando o assunto

O direito brasileiro vem apresentando uma nova composição de família através do instituto da multiparentalidade[4], onde a instituição familiar, tradicionalmente conhecida por ter um pai e uma mãe, passa a ter em seu núcleo a possibilidade de uma filiação com mais de um pai e, por vezes, mais de uma mãe de forma simultânea.

A multiparentalidade normalmente ocorre quando há uma recomposição familiar, onde um dos cônjuges ou companheiros já tem um filho de um relacionamento anterior, ou quando uma pessoa conviveu por toda sua vida com alguém que acreditava ser seu pai e, vem a descobrir, em determinado momento de sua vida, que aquele não é de fato seu pai biológico e pretende ver reconhecida sua descendência genética, mas por outro lado, em razão do convívio e de ver o outro

---

[2] Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 27.

[3] BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1.593 – "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem". Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 02/09/18.

[4] A multiparentalidade foi tratada no âmbito do STF também através do termo pluriparentalidade, vez que em alguns casos poderá ocorrer a existência de mais de um pai e mais de uma mãe de forma simultânea, tendo assim em registro dois pais e duas mães o que de forma lógica acarretara oito avós.

como de fato seu pai, quer manter o vínculo de parentalidade socioafetiva, mantendo assim, de forma concorrente, duas paternidades.

A sociedade brasileira ao longo dos anos, frente aos inúmeros casos da chamada adoção à brasileira[5], passou a considerar vários elos, que não apenas o biológico, para estabelecer a concepção de filiação através da socioafetividade[6]. Observa-se que o núcleo dessa discussão não é a comprovação de quem são de fato os genitores, não trata do reconhecimento biológico, mas da ideia de poder ter em registro de nascimento e reconhecida perante a sociedade a parentalidade biológica e a socioafetiva, sem que um exclua o outro.

É a compreensão de que o vínculo consanguíneo não irá se sobrepor ao vinculo da socioafetividade e, tampouco, a paternidade socioafetiva a paternidade genética, ocorrendo assim a concomitância dos dois parentescos[7].

Esse instituto da multiparentalidade, apesar de estar presente em julgados e nas doutrinas[8], não possui ainda uma regulamentação expressa, mas encontra respaldo e embasamento constitucional no princípio da igualdade[9], onde não pode haver distinção entre filhos, não importando a origem do vínculo de filiação, se biológico ou sócio afetivo, sejam eles legítimos, adotados ou através de filiação socioafetiva, sendo resguardado a todos os mesmos direitos e deveres.

---

[5] KOPPER, Max Guerra. **Adoção à brasileira-existência, efeitos e desconstituição**. Revista de Doutrina e Jurisprudência, v. 58, set/dez, 1998. Disponível em https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/34831/ado%C3%A7ao%20a%20brasileira.pdf?sequence=1. Acesso em 27/08/2018.

[6] FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Primeira reflexão sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da multiparentalidade.** Brasília. 2018. Disponível em acervo pessoal juntado em anexo (Anexo A). Os professores Ricardo Calderón e Pablo Malheiros da Cunha Frota no artigo Primeira reflexão sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da multiparentalidade descrevem que a sociedade acabou por implementar como elos para caracterização de paternidade, por meio da socioafetividade, os vínculos afetivos, presuntivos, além dos já existentes biológicos, registrais e adotivos.

[7] CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos** – 3. ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. P. 192

[8] CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2 ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[9] BRASIL. Constituição Federal de 22 de setembro de 1988 - Artigo 227, §6º - "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 22/08/2018.

O judiciário há algum tempo vem tratando de casos de multiparentalidade e a primeira decisão emblemática foi proferida foi no processo nº 0038958-54.2012.8.16.0021, pelo juiz Sérgio Kreus no estado do Paraná[10]. No caso o pai socioafetivo, que convivia com o adolescente desde os 3 anos de idade, estava requerendo a adoção do menor, o pai biológico, por sua vez, estava de ciente e anuiu com a adoção. Contudo, o pai socioafetivo desejava que o pai biológico continuasse no registro de nascimento e que lhe fosse incluído, também, como pai do menor, caracterizando assim uma paternidade concomitante.

No processo, onde todos estavam de comum acordo com a adoção e alteração do registro, foi proposto pelo membro do Ministério Público a manutenção de ambos os pais no registro de nascimento, em observância ao melhor interesse da criança e do adolescente, e tendo em vista que a Lei de Registro Públicos permitir a inclusão de nomes de padrastos ou madrastas no registro de nascimento[11]. Sendo proferida no caso a seguinte decisão, no que interessa:

> Diante do exposto e por tudo o que mais dos autos consta, embasado no artigo 227, § 5º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 170 e artigos 39 e seguintes da Lei 8069/90, considerando que o adolescente A. M. F, brasileiro, filho de E. F. F. e R. M. F., nascido em 16 de janeiro de 1996, registrado sob o nº XXX, folhas 24, do Livro A/10, perante o Registro Civil de B. V. da C. -PR, estabeleceu filiação socioafetiva com o requerente, defiro o requerimento inicial, para conceder ao requerente E. A. Z. J. a adoção do adolescente A. M. F., que passará a se chamar A. M. F. Z., declarando que os vínculos se estendem também aos ascendentes do ora adotante, sendo avós paternos: E. A. Z. e Z. Z.. Transitada está em julgado, expeça-se o mandado para inscrição no Registro Civil competente, no qual seja consignado, para além do registro do pai e mãe biológicos, o

[10] BRASIL. Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cascavél. Paraná. Processo de Adoção mº 0038958-54.2012.8.16.0021. Autor: E.A.Z.J e A.M.F. Juiz: Sérgio Luiz Kreuz. Cascavél. 20 de fevereiro de 2013. Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/201302281223270.multiparent_sentpr.PDF. Acesso em 22/07/2018.

[11] BRASIL. Lei de Registros Públicos nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Artigo 57, § 8º - "O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família". Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 21/08/2018.

> nome da adotante como pai, bem como dos ascendentes, arquivando-se esse mandado, após a complementação do registro original do adotando[12].

O caso, pioneiro na jurisprudência, abriu um novo horizonte para o reconhecimento da pluriparentalidade trazendo a possibilidade de não haver hierarquização entre o vínculo biológico e o socioafetivo, mas sim uma harmonização entre eles, uma concomitância, onde ambos os pais teriam os mesmo direito e deveres para com o filho, é dizer que um não seria menos pai que o outro.

Casos como estes estão sendo levados ao judiciário em busca de uma resposta e solução jurídica, onde se possa dizer se haverá a prevalência de um vínculo sobre o outro, se os deveres dos pais são iguais, se os direitos serão os mesmos para todos os filhos, entre outras questões.

Frente a essas demandas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) apresentou, inicialmente e de forma pioneira, proposta de que apenas um dos vínculos permanecesse no registro civil, a possibilidade de que apenas um dos pais ou uma das mães figurarem como tal, cabendo à escolha ao filho, caso fosse ele o autor de uma ação de reconhecimento de paternidade biológica, onde se entenderia que se ele procura ver reconhecido o elo genético estaria abrindo mão do elo afetivo. Porém, se o pai biológico pretendesse ver sua paternidade reconhecida à genética aqui não prevaleceria, sendo reconhecida como paternidade a socioafetiva, vez ter sido o proponente da ação o pai[13].

Mesmo entendimento não teve o Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento do processo que gerou a Repercussão Geral nº 622, onde aderiram à tese da multiparentalidade.

---

[12] BRASIL. Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cascavél. Paraná. Processo de Adoção mº 0038958-54.2012.8.16.0021. Autor: E.A.Z.J e A.M.F. Juiz: Sérgio Luiz Kreuz. Cascavél. 20 de fevereiro de 2013. Disponível e http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/201302281223270.multiparent_sentpr.PDF. Acesso em 22/07/2018.

[13] CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família, 2ª edição** - pg.193.

2.2 Quais as complexidades que permeiam o instituto jurídico da multiparentalidade

Esse instituto, recente e inovador, no entanto ainda não tem resposta jurídica a todas as questões que a multiparentalidade tem que enfrentar, e somente vão obter respostas nas análises dos casos concretos.

Exemplo disso é a falta de existência de requisitos para o seu reconhecimento. Deverá ser constatado que na relação houve tempo suficiente para a formação do laço de afetividade? O laço é duradouro? Deve se ter um tempo mínimo para isso?

Como Christiano Cassettari descreve em seu livro[14] o reconhecimento de tempo ou o momento em que se iniciaram os laços de afeto são coisas muito difíceis de serem comprovadas, sendo que em cada caso deverá ser feita a análise quanto ao tempo de convívio e a formação dos laços entre as partes envolvidas.

Outro ponto complexo a ser enfrentando nos casos de reconhecimento da multiparentalidade é a igualdade entre os descendentes, a equivalência entre os filhos biológicos e o socioafetivo.

Um ponto ainda controverso é quanto aos deveres e direitos do filho socioafetivo, se eles terão os mesmos direitos que os filhos biológicos? Participarão de duas, quatro ou mais sucessões? Isso feriria ou não o princípio da igualdade entre os filhos?

O filho socioafetivo terá todos os direitos, instituídos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente[15], do filho biológico, sem a possibilidade de discriminação entre eles. O doutrinador Christiano Cassettari posiciona-se claramente nesse

[14] CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva.** 3 ed. rev. atual. e amp. – São Paulo: Atlas, 2017. pg.30

[15] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990 - **Art. 22.** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

particular ao defender que se todos são iguais perante a lei, não seria possível fazer distinção entre pais e filhos, tentando valorar a importância do afeto para um ou outro, já que existe importância desse valor jurídico para ambos.

O direito à igualdade é uma garantia fundamental, prevista em cláusula pétrea, e que qualquer interpretação contrária afrontaria nossa Constituição Federal[16].

Com o reconhecimento da multiparentalidade não se forma apenas vínculo entre os pais e o filho, mas também entre os ascendentes e os colaterais do pai ou mãe, trazendo para nova relação todas as proibições[17] e obrigações relativas ao direito de família.

Assim, suponhamos que determinada mulher se case e tenha um filho com seu esposo, mas pouco tempo após o nascimento do filho, vem a se separar, constituindo, algum tempo depois, novo matrimônio onde o novo marido passa a conviver com a criança tendo-o como seu filho.

Após anos de convivência duradoura, pública e notória, onde exerce todos os papeis de pai, vem a pedir o reconhecimento da paternidade socioafetiva da criança que é deferida. Alguns anos depois o casal se separa, ficando a esposa desempregada e o marido sem conseguir arcar com os alimentos, essa mãe poderá recorrer aos avós socioafetivos para a prestação de alimentos ao menor?

Observe que os avós não pediram o reconhecimento do vínculo socioafetivo, não demostraram interesse na aceitação, tampouco foram consultados quanto a sua vinculação com a criança, mais ainda assim assumirão o papel de avós e terão o dever de prestar alimentos a essa criança, vez que o artigo 1.694[18] do Código Civil Brasileiro permite a prestação de alimentos de um parente a outro.

---

[16] CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva.** 3 ed. rev. atual. e amp. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 18.

[17] Estritamente quanto à proibição para contrair matrimonio ver artigo 1.521 do Código Civil Brasileiro.

[18] BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Art.1.694 do Código Civil Brasileira - Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver

Ponto de complexidade já vencido pelo Supremo Tribunal Federal foi à hierarquização da paternidade biológica sobre a socioafetiva, onde com a decisão tomada pelo Plenário fixou-se que, no cenário atual, ambas as paternidades podem ser reconhecidas em mesmo grau, sendo regra a multiparentalidade registral e, não mais, a substituição.

Os professores Pablo Malheiros e Ricardo Calderón, em artigo, descrevem que o reconhecimento do mesmo status aos vínculos foi um grande avanço para o direito de família:[19]

> Esta equiparação é importante e se constitui em um grande avanço para o direito de família. A partir disso, não resta possível afirmar, aprioristicamente, que uma modalidade prevalece sobre a outra, de modo que apenas o caso concreto apontará a melhor solução para a situação fática em análise.

A questão registral, com o apontamento dos vários ascendentes em documento público já é possível atualmente, não há empecilhos para que seja gravado no registro de nascimento o nome de mais de um pai ou mais de uma mãe. Sendo constatada a socioafetividade ou sendo reconhecida a paternidade biológica, e havendo concordância entre todos os interessando, poderá ser lavrado Registro de Nascimento com nome de todos os pais[20]. Esse reconhecimento voluntário poderá, inclusive, ser feito diretamente em um cartório de registro, sem a necessidade de intervenção judicial.

Porém, questão que ainda é tida com certo dissabor é a que vem a tratar do direito hereditário e sucessório, já que, a primeira interpretação oriunda da decisão do Supremo Tribunal Federal, o filho socioafetivo terá os mesmo direitos que os filhos biológicos na herança do titular da parentalidade socioafetiva, mas terá

---

de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

[19] FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Primeira reflexão sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da multiparentalidade.** Brasília. 2018. Disponível em acervo pessoal juntado em anexo (Anexo A).

[20] Sobre o assunto ver o Provimento do CNJ nº 63, de 14 de novembro de 2017. Ementa do provimento: Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

também direito na herança do pai ou mãe biológico, participando assim da herança de mais de um pai ou de mais de uma mãe.

É fato notório que o direto brasileiro proíbe qualquer distinção entre os tipos de filiações[21], assim, em obediência ao princípio da igualdade, a sucessão é igual tanto para os filhos biológicos como para os filhos socioafetivo, ainda que a parentalidade socioafetiva traga, para alguns, uma forma de "vantagem".

3 IGUALDADE ENTRE FILHOS NO DIREITO SUCESSÓRIO QUANDO HÁ MULTIPARENTALIDADE

As relações de parentesco trazem consigo afinidades jurídicas estabelecidas entre os indivíduos que mantêm vínculo familiar, sobretudo de afetividade entre si[22].

Na doutrina clássica, por meio de construção teórica, foram convencionadas três formas de parentesco, utilizando-se a origem como definidor da categoria, quais sejam o parentesco consanguíneo[23]; por afinidade[24] e civil[25].

Dentre as modalidades de parentesco civil incluem-se aquelas decorrentes da *posse do estado do filho*[26] reconhecida pela I e III Jornadas de Direito Civil. A

[21] BRASIL. Constituição Federal de 22 de setembro de 1988 - Artigo 227, §6º - "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 22/08/2018.

[22] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12 ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 142.

[23] Aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou de sangue, ou seja, descendem de um ancestral comum, de forma direta ou indireta. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12 ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 142.

[24] Existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12 ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 142.

[25] Decorrente de outra origem, que não seja a consanguinidade ou afinidade, conforme estabelece o art. 1.593 do Código Civil, por exemplo, a adoção, reprodução assistida heteróloga e parentalidade socioafetiva. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12 ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 143.

[26] Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Enunciado da I Jornada de Direito Civil (2002): "O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além do vinculo parental proveniente de técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mae) que não contribuiu com o material fecundante, quer da paternicadae socioafetiva, fundada na posse do estado de filho". Enunciado da III Jornada (2003),

afetividade ganhou ainda mais força nas relações familiares nas Jornadas de Direito Civil que se seguiram[27], sendo expressamente tratado dos seus reflexos no direito sucessório no quinto evento, realizado em 2011, quando a doutrinadora Heloísa Helena Barboza propôs um enunciado doutrinário declarando que o reconhecimento judicial da paternidade socioafetiva tem efeitos pessoais e patrimoniais[28].

Com esse entendimento encampado pela evolução doutrinária e que ressoou no âmbito do judiciário[29], consolidou-se a posse do estado do filho como suficiente para estabelecer um vínculo parental válido e, ainda, afastou qualquer possiblidade de hierarquização entre as diversas formas de filiação.

3.1 O princípio da igualdade na sucessão multiparental

A equiparação entre os filhos é decorrência lógica da expressa previsão da Carta da República em seu artigo 227, parágrafo 6º[30] e reiterado no artigo 1.596[31] do

---

número 256: "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil".

[27] Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Enunciado 339 da IV Jornada (2006) "A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho".

[28] Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Enunciado 519 da V Jornada (2011) "O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais."

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux. Repercussão Geral 622.: "Se o conceito de família não pode ser reduzido a modelos padronizados, nem é lícita a hierarquização entre as diversas formas de filiação, afigura-se necessário contemplar sob o âmbito jurídico todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais (como a fecundação artificial homóloga ou a inseminação artificial heteróloga – art. 1.597, III a V do Código Civil de 2002); (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade."

[30] BRASIL. Constituição Federal de 22 de setembro de 1988 - Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[31] BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Código Civil e, por fim, no artigo 20[32] do Estatuto da Criança e do Adolescente que veda qualquer tipo de hierarquização ou diferença de tratamentos e direitos.

Destas premissas surgem dúvidas sobre a situação sucessória entre os filhos afetivos e os biológicos em relação aos ascendentes e entre si.

Não restam dúvidas no tocante a possibilidade dos direitos de herança do filho com multiparentalidade. Havendo pais biológicos e socioafetivos, logicamente, com base no entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral 622, terá o filho direito de herança de ambas as relações, sem qualquer embargo.

No mesmo sentido, sendo herdeiro comum do mesmo ascendente, tendo este outro filho, o herdeiro socioafetivo também adquire vínculos qualificados com os demais filhos biológicos. Segundo Flavio Tartuce[33], é possível ocorrer sucessão legitima entre tais irmãos.

Nesse toar, havendo o reconhecimento da ascensão por socioafetividade, o indivíduo também se torna herdeiro dos avós[34], ou seja, adquire todos os direitos como se filho legitimo o fosse, inclusive perante todos os ascendentes que passou a ter.

3.2 A sucessão na multiparentalidade e a igualdade entre filhos

Reconhecida a possibilidade da multiparentalidade nos depararemos com a discussão a respeito dos direitos sucessórios desses indivíduos e dos demais na concorrência com estes.

Com relação à sucessão dos descendentes na multiparentalidade, o código civil aplica-se perfeitamente, visto que, reconhecida a filiação, o filho se tornará um

[32] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[33] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12 ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.208.

[34] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12 ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.208.

herdeiro necessário como descendente em pé de igualdade com os demais filhos, se houver e/ou com o cônjuge ou companheiro, atendendo ao novel entendimento da equiparação entre união estável e matrimônio exarado pelo Supremo Tribunal Federal[35]. Assim, o artigo 1.829[36] do Código Civil que prevê a vocação hereditária legítima, aplica-se integralmente.

Na sucessão é notória a vedação a qualquer tipo de diferenciação entre os descendentes, conforme Farias e Rosenvald (2017, p. 289) informam, sob o prisma do direito positivo brasileiro, a sucessão dos descendentes está submetida a duas regras fundamentais: i) a regra da igualdade substancial; ii) a regra da proximidade.

Desta feita, com relação à igualdade substancial, promoveu-se, desde a Constituição Federal de 1988, uma total desvinculação entre a filiação e o tipo de relação familiar mantida pelos genitores (ou mesmo não mantida por eles). Nesse sentido, pavimentam os doutrinadores Farias e Rosenvald[37] que:

> Com o influxo da isonomia constitucional, não mais se tolera qualquer desnível de tratamento jurídico sucessório entre os filhos, independentemente de sua origem. Filho, enfim, se tornou substantivo que não comporta adjetivo: filho é filho e só, seja qual for a sua origem.
>
> [...]
>
> É o principio da isonomia filial que sepulta, definitivamente, a classificação dos filhos em legítimos e ilegítimos e eventuais tratamentos distintivos.

Com isso, tal princípio constitucional atrairá reflexos no campo existencial e, por consequência lógica, patrimonial, alcançando, inclusive, qualquer descendente desse filho socioafetivo, sem qualquer limitação de geração.

---

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694. Relator Luis Roberto Barroso. Julgamento em 10 de maio de 2017.

[36] BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

[37] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões** / Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald – 3. ed. rev. amp. e atual. – Salvador: ed. JusPodivm, 2017. P. 289.

Noutro giro, no que toca a regra da proximidade, nada mais é que o teor do artigo 1.833[38] do Código Civil, que prevê que a existência de descendente em grau mais próximo acarreta no afastamento daquele mais distante, salvo a ocorrência de sucessão por representação previstas no artigo 1.835[39] da mesma Lei, concorrendo para a herança um parente em grau diverso dos demais.

Nesse caso, o indivíduo será herdeiro necessário e herdará pela ordem da regra geral da sucessão legítima, concorrendo com os demais herdeiros na condição de descendente do *de cujos*.

Assim o filho multiparental figura como herdeiro necessário na vocação hereditária legitima de todos os pais que tiver em homenagem ao expresso texto legal do artigo 1.834[40] do Código Civil.

Portanto, pelo fato de não haver distinção jurídica sobre a forma de relação pai/filho ser biológica ou afetiva, estando reconhecida a multiparentalidade, no momento da transmissão da herança estaria criada a linha de chamamento sucessório de cada pai ou mãe que o filho tiver[41].

4 ANALISE DO ACÓRDÃO DO STF E A QUESTÃO DO DEVER JURÍDICOS

Em caso relativamente recente[42], julgado em 2016, a filha, que de forma tardia tomou conhecimento de que o pai com quem convivia e que à tinha registrado não era seu pai biológico, procurou o judiciário para ver reconhecida a paternidade genética e com o reconhecimento todos os direitos de filha.

---

[38] BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002 – Art. 1.833. "Art. 1.833. Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação."

[39] BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002 - Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.

[40] BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002 - Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes

[41] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões** / Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald – 3. ed. rev. amp. e atual. – Salvador: ed. JusPodivm, 2017. p. 294

[42] Para compreensão do caso recomendasse o canal da Rede LFG, vídeo: A multiparentalidade e a Repercussão Geral 622 do STF, no qual o professor Ricardo Calderón que interviu no processo como *amicus curiae* em nome do IBFAM, aborda o tema. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=u-KJOG6B2fA.

O Caso que resultou no julgamento da Repercussão 622 no Supremo Tribunal Federal pelo RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux.

Em primeira instância foi determinada realização de prova pericial via exame de DNA retornando, em primeira análise, um resultado negativo para paternidade. Requerida a reanálise do material, em segundo exame, gerou resultado positivo para constatar que o requerido era, de fato, o pai biológico da requerente da ação. Para que não restassem dúvidas foi realizado um terceiro teste de DNA que, por sua vez, resultou positivo e confirmando a paternidade.

Em sentença de primeiro grau se entendeu que, como havia forte vínculo de afetividade entre o pai registral e a requerente, independente do reconhecimento do vínculo biológico com o requerido, o pai registral continuaria com o mesmo vínculo, na condição de pai e filha. O vínculo de socioafetividade, que era longo e duradouro prevaleceria sobre o vínculo biológico descoberto após os 16 anos de idade da autora.

A decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que entendeu que a paternidade biológica não poderia ser desconsiderada ou afastada. Assim, o acordão deu provimento ao Recurso da Autora/Recorrente e reconheceu o vínculo genético. Em grau de Recurso Extraordinário o pai biológico requereu que houvesse uma sobreposição da paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica[43].

O Supremo Tribunal Federal, no RE Nº 898060[44], expressamente reconheceu a multiparentalidade no caso concreto trazendo a possibilidade de manter o registro do pai socioafetivo e incluir o registro do pai biológico, que sucumbiu ao recurso, trazendo para a sociedade um embasamento legal para a múltipla ou pluriparentalidade.

---

[43] Para uma análise mais detalhada do caso recomendasse o livro Princípio da Afetividade no Direito de Família, 2ª edição – CALDERÓN, Ricardo – pg. 218.

[44] Recomenda-se o canal do STF, no link da TV Justiça: https://www.youtube.com/watch?v=qYDKX859BnA.

O Recurso Especial 89060/SC, como demonstrado, buscava a prevalência da paternidade socioafetiva, na qual havia um vínculo de criação duradouro e com anotação em registro de nascimento, sobre a paternidade genética, da qual só veio a ter notícia na fase pré-adulta da filha.

Frente a esse quadro o Supremo Tribunal Federal se deparou com a questão da possibilidade de não mais ter que optar pela prevalência de um vínculo paternal (biológico ou socioafetivo) sobre o outro, mas uma concomitância entre eles, ou seja, a possibilidade da existência, em um mesmo registro de nascimento, do nome do pai socioafetivo e do pai biológico, haja vista que não há como se negar a descendência biológica de um indivíduo e tampouco o vínculo de afetividade que, por vezes, é laço mais forte do que os vínculos consanguíneos.

O caso prático demonstrou que a questão da parentalidade pelo do vínculo socioafetivo estava presente dentro dos lares, mas não tinha um marco legal que trouxesse segurança jurídica[45], e necessitava de um precedente jurisprudencial que desse reconhecimento ao instituto. Com o isso, da análise e julgamento do processo, surgiu a tese enfrentada na repercussão geral nº 622, com efeito vinculante a todos os demais tribunais que venham a tratar de casos semelhantes.

Como bem apontado pelos professores Pablo Malheiros e Ricardo Calderón[46], o julgamento foi um marco, pois a solução foi proposta pelo próprio Supremo Tribunal Federal, já que não constavam dos pedidos a manutenção do pai socioafetivo e a inclusão do pai biológico, e ainda assim o STF deliberou pela coexistência de ambas as paternidades, trazendo para o mundo jurídico e para sociedade o embasamento legal e precedente jurisprudencial que faltava para o reconhecimento familiar.

---

[45] A sociedade há muito tem por prática a adoção à brasileira. Para melhor compressão ver o artigo Adoção à brasileira e a verdade do registro civil da professora Fabiola Santos Albuquerque, que pode ser encontrado no endereço eletrônico http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/14.pdf

[46] FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Primeira reflexão sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da multiparentalidade.** Brasília. 2018. Disponível em acervo pessoal juntado em anexo. p.8 (Anexo A).

Em seu voto, o Ministro Relator Luiz Lux, entendeu que a paternidade socioafetiva declarada ou não em assento de nascimento não tinha o condão de impedir o reconhecimento de parentalidade biológica. A decisão do ministro deixa claro que, em casos de reconhecimento de multiparentalidade, não haverá hierarquia entre as paternidades e que para ambas serão abarcadas pelos mesmos direitos e deveres para com o filho.

Essa equiparação respeita a igualdade, que com a Constituição Federal de 1988[47] trouxe um novo entendimento no que tange o direito de família, já que não permite a distinção entre filho biológico, antes tratado como legítimo, e filhos fora da relação matrimonial, vistos antigamente como bastardos ou ilegítimos. Hoje não há no nosso ordenamento essa nomenclatura para filhos tidos fora do casamento, tendo todos tem os mesmos direitos e deveres.

Um dos pontos que ficou evidente durante o julgamento do recurso foi o reconhecimento da afetividade com uma leitura jurídica. O Ministro Celso de Melo, em seu voto, tratou a afetividade como um princípio constitucional, balizando seu entendimento no direito das famílias, alegando que o afeto é o núcleo de uma instituição familiar e que deve ser valorizado para permiti-lo como um paradigma.

Porém, deve ser observado que sentimento não pode ser tutelado, o reconhecimento do afeto para relações familiares vai além do sentimento, abarca questões mais palpáveis e modeláveis, como à exemplo a posse do estado de filho, que engloba a *tractatio*, que é o pai tratar o indivíduo com sendo seu filho e a *reputatio*¸ que é a paternidade/filiação aparente na sociedade, e a *nomitatio*, que é o filho utilizar o nome de família, como dito pelo Ministro Relator Luiz Fux em seu voto[48].

Ponto importante também no julgamento foi o reconhecimento da reponsabilidade biológica que, apesar de não ter tido o convívio, teria todas as

[47] BRASIL. Constituição Federal de 22 de setembro de 1988 - Artigo 227, § 6º, da Constituição Federal.
[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux. Repercussão Geral 622.

responsabilidades paternas, ainda que houvesse um pai socioafetivo que já fizesse esse papel.

Esse entendimento demonstrou que, o fato convivência com o filho de forma tardia não impede que ao pai biológico sejam reconhecidos todos os direitos, deveres e obrigações da paternidade.

O Ministro Gilmar, em seu voto, destacou o princípio da paternidade responsável e destacou a importância dessa afim de que não ocorram tentativas de esquivas da paternidade frente a um quadro fático onde já se tenha outro pai registral ou socioafetivo. Delineou que não se deve negligenciar a paternidade biológica frente à paternidade socioafetiva[49]. Ricardo Calderón acompanha o entendimento do ministro Gilmar Mendes e destaca:

> A decisão responsabiliza a paternidade biológica e respeita a paternidade socioafetiva consolidada, evitando que, para fazer valer seus direitos perante o ascendente genético, o filho tenha que afastar a paternidade socioafetiva com a qual já conviveu há muitos anos. Ao assim decidir, também se evita que a paternidade socioafetiva de outrem seja indevidamente utilizada como "escudo de defesa" apenas para irresponsabilizar o pai biológico, o que não parece adequado. Nesse aspecto, parece acertada a decisão, que se constitui em mais uma opção a ser adotada. A responsabilização do ascendente genético apontada pela decisão paradigma quando declara a filiação biológica, mesmo que ao lado de outra filiação socioafetiva, delinea o retrato atual da extensão do princípio da parentalidade responsável[50].

Haverá ainda muito a ser discutido no âmbito judicial, já que a Repercussão Geral 622 se aplica apenas a casos semelhantes ao do processo que foi julgado pelos ministros no RE 898060/SC. Como bem lembrado pelos professores Ricardo Calderón e Pablo Malheirosem seu artigo, a repercussão geral não se aplica, por exemplo, em casos de reconhecimento de multiparentalidade em adoções, já que pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente com a adoção ocorre a perda do

[49] Recomenda-se acesso ao canal do STF, no Youtube, através do link https://www.youtube.com/watch?v=vMgMQ0DdVbE&t=5573s – acessado em 01.09.2018
[50] CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família, 2ª edição** - pg.226.

poder familiar de forma definitiva, e em casos de reprodução assistida como material genético de doador anônimo[51].

Toda via há que se deixar claro que, independente de não ser a repercussão geral abrangente de forma indiscriminada, o reconhecimento da multiparentalidade é fator que já permeia o mundo jurídico, como destacado por Flávio Tartuce, não há volta para o reconhecimento da multiparentalidade que passou a ser regra em casos que ocorro ambas as paternidades, genética e afetiva, sendo que não há mais justificativas para que uma se sobre ponha sobre a outra[52].

5 CONCLUSÃO

Ao longo dos anos com o crescimento natural da sociedade foram surgindo novos costumes e novas maneiras de se ver o instituto da família. Com o desenvolvimento é necessário que o judiciário acompanhe as mudanças e se adeque aos novos paradigmas impostos pela comunidade.

Com as mudanças emergiu a necessidade de se ver reconhecida a multiparentalidade e necessitava de segurança jurídica quanto ao seu reconhecimento, surgindo assim um paradigma com a Repercussão Geral 622, que trouxe ao mundo jurídico à possibilidade do reconhecimento registral da multiparentalidade, e mais do que isso, a concomitância do vínculo biológico e afetivo em registro de nascimento.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 898060, trouxe a sociedade mais que um respaldo como um conforto. Coma a análise do processo que gerou o recurso extraordinário a corte sentiu a iminente necessidade de trazer uma solução à casos complexos aos olhos da população.

---

[51] FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Primeira reflexão sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da multiparentalidade.** Brasília. 2018. Disponível em acervo pessoal juntado em anexo (Anexo A).

[52] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12 ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 455. Apud artigo Paulo Malheiros e Ricardo Calderón.

Situações como as de adoção à brasileira ou casos de recomposição familiar, em que há criação de crianças com pais socioafetivo, necessitavam de arcabouço jurídico que lhes trouxe segurança. E a decisão abraçou a necessidade de o direito caminhar juntamente com as mudanças naturais decorrentes da evolução da sociedade, demonstrou a sensibilidade do judiciário frente a situações delicadas que tratam do direito de família, especialmente, o do afeto e da vontade de ver expressamente reconhecido uma paternidade ou uma filiação não consanguínea.

Apesar de o colegiado não ter decidido questões como o direito à herança, em respeito ao princípio da igualdade não é feita diferenciação entre os filhos no que tange o direito sucessório. Assim, ao filho socioafetivo é dado todos os direitos de um filho biológico, como por exemplo, o direito à sucessão, o direito a pensão alimentícia, direito à moradia, entre outros. Mas a equiparação não traz só direito, abarca também os deveres advindos do estado de filho, como por exemplo o dever de cuidar dos pais na velhice, o dever de dar prestar alimentos aos pais. Assim, não é razoável pensar que a reconhecimento de parentesco socioafetivo traz apenas o benefício de herdar de mais de um pai, pois traz também o dever de cuidar e prover mais de um pai.

Assim, concluísse por dizer que o Supremo Tribunal Federal trouxe, com o julgamento que deu repercussão geral ao assunto, um novo sentido e segurança jurídica ao instituto da família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição Federal de 22 de setembro de 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990.

BRASIL. Lei de Registros Públicos nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux. Repercussão Geral 622.

BRASIL. Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cascavél. Paraná. Processo de Adoção mº 0038958-54.2012.8.16.0021. Autor: E.A.Z.J e A.M.F. Juiz: Sérgio Luiz Kreuz. Cascavél. 20 de fevereiro de 2013. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/201302281223270. multiparent_sentpr.PDF>. Acesso em 22/07/2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2 ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Primeira reflexão sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da multiparentalidade.** Brasília. 2018. **Disponível em acervo pessoal juntado em anexo (Anexo A).**
<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/34831/ado%C3%A7ao%20a%20brasileira.pdf?sequence=1>. Acesso em 27/08/2018.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

KOPPER, Max Guerra. **Adoção à brasileira-existência, efeitos e desconstituição**. Revista de Doutrina e Jurisprudência, v. 58, set/dez, 1998. Disponível em

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12 ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 455. Apud artigo Paulo Malheiros e Ricardo Calderón.

ANEXO A - PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA MULTIPARENTALIDADE

Pablo Malheiros da Cunha Frota[53]
Ricardo Calderón[54]

HOMENAGEM

Esta segunda edição do livro em homenagem Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo, um dos maiores civilistas pátrios dos séculos XX e XXI, somnte ratifica a importância de sua obra e o legado deixado a uma enorme quantidade de docentes, de discentes e de profissionais do Direito no Brasil e no exterior. O homenageado possui história, seriedade acadêmica e profissional, leitura, profundidade, discurso, além de ser um visionário. Há quase quarenta anos abordou a repersonalização do Direito Civil, enquanto a maioria da civilística brasileira se mantinha embevecida pelo viés patrimonialista, olvidando o aspecto existencial. Paulo Lôbo contribui decisivamente para a perspectiva civil constitucional no Brasil, buscando uma efetividade que encaminhe a resolução das questões sociais submetidas à apreciação jurídica.

O TEMA DA MULTIPARENTALIDADE E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO DAS FAMÍLIAS E DAS SUCESSÕES NO BRASIL

Uma das relevantes questões do Direito das Famílias e das Sucessões contemporâneo[55] é a temática da multiparentalidade[56]: situações existenciais nas

[53] Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor Adjunto de Direito Civil e de Processo Civil da Graduação e Colaborador no Mestrado em Direito Agrário na Universidade Federal de Goiás (UFG). Professor de Direito Civil e do Consumidor na Universidade de Vila Velha (UVV). Diretor do IBDFAM/DF. Líder do Grupo de Pesquisa Realizando o Direito Privado na UFG. Membro do Brasilcon. Membro do Ibdcivil. Pesquisador do Grupo Virada de Copérnico (UFPR). Advogado (DF). CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/0988099328056133

[54] Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da Pós-graduação em Direito das Famílias e Sucessões da Academia Brasileira de Direito Constitucional-ABDCONST. Professor dos Cursos de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas/ISAE Curitiba, Universidade Positivo e Escola Paulista de Direito. Diretor Nacional do IBDFAM. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Civil "Virada de Copérnico"/ PPGD-UFPR. Vice-presidente da Comissão de Direito de Família da OAB-PR. Membro do IBDCIVIL. Advogado em Curitiba.

quais uma pessoa possui vínculo de filiação com dois ou mais pais (ou duas ou mais mães) concomitantemente[57]. Inúmeros casos concretos com essa peculiaridade foram e são objeto de apreciação dos Tribunais solicitando uma resposta jurídica, mesmo sem prévia lei expressa que a preveja. O tema é objeto de discussão em outros países, como na Bélgica, onde a *"a concepção de filiação no Direito belga sempre tem repousado sobre uma busca de equilíbrio engre a verdade genética e a verdade afetiva.*"[58]

Para exemplificar: uma pessoa possui um 'pai socioafetivo' por longos anos, com essa figura paterna registrada no assento de nascimento e consolidada faticamente, e, entretanto, em um dado momento, descobre que o seu 'pai biológico' é outra pessoa (com comprovação por exame em DNA, inclusive). Ou seja, o seu 'pai socioafetivo' não é o seu ascendente genético, o que significa que esse filho terá um 'pai socioafetivo' e outro 'biológico'; duas figuras paternas com duas espécies distantes de vínculos. Isso leva à possibilidade de que esse filho pretenda ver reconhecida judicialmente essa paternidade biológica, mas sem abrir mão da paternidade socioafetiva que já possui, mantendo as duas paternidades concomitantemente, lado a lado. Caracterizada, assim, uma situação de multiparentalidade.

Observa-se, então, que o reconhecimento jurídico das filiações socioafetivas aumentou a possibilidade de cumulação de paternidades e maternidades, justamente por uma espécie de vínculo não mais excluir outras. A peculiaridade do parentesco poder estar decalcado em várias espécies de vínculos (como os biológicos, presuntivos, registrais, adotivos ou socioafetivos) fazendo com que mais de uma espécie de paternidade (ou maternidade) possa coexistir com outra em uma dada situação concreta.

---

[55] Este período compreende o final da da década de setenta do século XX aos dias atuais.
[56] Ou pluriparentalidade, como utilizado por alguns autores, inclusive pelo Min. Luiz Fux, STF.
[57] Sobre o tema veja http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246906,81042-Socioafetividade+e+multiparentalidade+acolhidas+pelo+STF
[58] PORTANOVA, Rui. **Ações de Filiação e paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 194.

A superação do *fetiche* de que a filiação é somente de origem biológica[59] descortinou a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade com primazia para os casos de pluripaternidades paterna e (ou) materna. As famílias brasileiras admitem, de há muito, que uma paternidade esteja lastreada em outros vínculos que não o biológico. Prova disso: o conhecido ditado popular "pai é quem cria" (com a maestria que lhe é peculiar, Paulo Lôbo acrescenta: *ascendente é quem gera*). Assim, o respeito a uma filiação socioafetiva consolidada e registrada pode vir a permitir que uma pessoa venha a ter também o seu 'pai biológico' reconhecido formalmente, como uma segunda figura paterna.

A evolução da sociedade brasileira acabou por considerar elos *biológicos*, *afetivos*[60], *presuntivos*, *registrais e adotivos* como suficientes para o estabelecimento da filiação e do parentesco. A filiação socioafetiva possui agasalho constitucional, a partir da previsão de igualdade entre todos os filhos (art. 227, § 6º, CF[61]; repisado no art. 1.596, CC), e legal, a partir da parte final do art. 1.593 do Código Civil[62] (quando assevera que o parentesco pode ser de *outra origem)*; dentre diversos outros dispositivos do nosso ordenamento. Tanto é que esta filiação lastreada exclusivamente no vínculo socioafetivo está consolidada na literatura e em julgados brasileiros há três décadas[63].

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi o precursor na construção da categoria da socioafetividade como elo parental, o que lhe conferiu certa intimidade com esta peculiar espécie de vínculo, cujo acolhimento contribuiu para o quadro atual,[64] à medida que a possibilidade de uma grande pluralidade de vínculos coexistir

---

[59] VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

[60] VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, maio 1979.

[61] Art. 227, **§ 6º, CF/88:** "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

[62] **Art. 1.**593, CC: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem."

[63] CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2 ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[64] CARDOSO, Simone Tassinari. **Notas sobre parentalidade socioafetiva.** Trabalho aprovado e apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCIVIL. Evento realizado em Curitiba, em 2014.**Notas sobre parentalidade socioafetiva.**

em determinados casos concretos passou a desafiar as categorias clássicas da filiação e do parentesco. Dentre os casos julgados pelo STJ, mencionam-se o REsp. 813.604/SC[65] e o REsp. 127.541[66], que mantiveram o vínculo socioafetivo, ainda que com investigação de paternidade promovida por outra pessoa.

Outro fator que fomentou a possibilidade de casos de multiparentalidade certamente foi o número crescente de famílias recompostas, cada vez mais frequentes. Observe-se o seguinte modelo familiar: um casal tem um filho logo no início do relacionamento. Pouco tempo depois, o casal se divorcia e o filho continua residindo com a mãe, já distante do pai biológico. A seguir, a mãe estabelece uma nova relação com um outro homem (seu novo companheiro), que passa a conviver diariamente com a mãe e o filho dela de forma afetiva, pública e duradoura, por longo tempo, assumindo a função paterna de fato (socioafetiva). Por consequência, esse filho terá duas referências paternas: um 'pai biológico' (o genitor) e outro 'pai socioafetivo' (o novo companheiro da sua mãe).

Inúmeras situações fáticas, como a exemplificada, passaram a exigir uma resposta jurídica e as demandas de multiparentalidade começaram a figurar na literatura especializada de Direito das Famílias. Essa pluridade de vínculos filiais é típico exemplo da atual complexidade das relações familiares, que no cenário brasileiro ainda não possui regulamentação em lei expressa[67]. Ainda assim, doutrina e julgados passaram a acolher a possibilidade jurídica dessa pluriparentalidade, de modo a permitir que uma pessoa venha a ter, reconhecidamente, dois pais (ou duas mães) de forma concomitante.

---

[65] STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 813.604/SC, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, j. em 16.08.2007. No caso, a decisão permitiu a uma criança adotada a averiguação de seu ascendente genético e, em face das peculiaridades do caso concreto em pauta, concedeu a possibilidade de ela pleitear alimentos ao genitor, mesmo com a adoção que havia sido regularmente celebrada. Relatório e voto deste julgado são inequívocos em adotar a distinção entre as figuras de pai/mãe e dos ascendentes genéticos.

[66] STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 127.541, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 10.04.2000, unânime. Decisão reconhece a possibilidade de criança adotada investigar sua origem genética, sem que isso altere seu estado adotivo, distinguindo expressamente o vínculo parental da origem biológica.

[67] TEPEDINO, Gustavo. **Dilemas do Afeto**. Artigo publicado no portal jurídico JOTA. Disponível em: <https://jota.info/especiais/dilemas-do-afeto-31122015>. Acesso em: 13.05.2017.

Como já mencionado, a consolidação do reconhecimento jurídico do parentalidade socioafetiva fez desaguar no desafio da multiparentalidade, objeto de tratamento doutrinário e de reiteradas decisões judiciais no Brasil nos últimos anos[68].

Na literatura jurídica, Christiano Cassettari foi um dos precursores no desenvolvimento do tema, com relevante contribuição na definição dos seus contornos jurídicos[69]. Judicialmente, o magistrado Sérgio Kreuz, do Paraná, foi um dos primeiros a proferir decisão nesse sentido, na qual reconheceu uma situação de multiparentalidade paterna[70].

O princípio[71] da parentalidade responsável, previsto no parágrafo 7º, art. 226, da Constituição Federal de 1988 (CF/88)[72], auxilia na compreensão da temática da

---

[68] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **E-Civitas - Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH** -Belo Horizonte, volume VI, número 2, dezembro de 2013.

[69] CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. – 3 ed. rev. atual. e amp. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 194.

[70] Autos 0038958-54.2012.8.16.0021, Vara da Infância e Juventude de Cascavel/PR, em 20/02/2013. Disponível em: <http://www.direitodascriancas.com.br/admin/web_files/arquivos/bfadcbfb589dd714a4bd75e7210ebcec.pdf> Acesso em: 17/05/2017.

[71] Princípios tidos como padrão deontológico de comportamento de uma determinada comunidade (alteridade) em um dado momento histórico, que respeita e problematiza a tradição institucional daquela comunidade de forma íntegra e coerente, não se tornando os princípios cláusulas abertas ou de fechamento de lacuna do sistema, mas sim um prático "fechamento hermenêutico, isto é, não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito". Em toda regra, contém um princípio, muitas vezes o da igualdade. A aplicação de um princípio jurídico "deve vir acompanhada de uma detalhada justificação, ligando-se a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito (...) a aplicação do princípio para justificar determinada exceção não quer dizer que, em uma próxima aplicação, somente se poderá fazê-lo a partir de uma absoluta similitude fática. Isso seria congelar as aplicações. O que é importante em uma aplicação desse quilate é exatamente o princípio que dele se extrai, porque é por ele que se estenderá/generalizará a possibilidade para outros casos, em que as circunstâncias fáticas demonstrem a necessidade da aplicação do princípio para justificar uma nova exceção. Tudo isso formará uma cadeia significativa, forjando uma tradição, de onde se extrai a integridade e a coerência do sistema jurídico. Esse talvez seja o segredo da aplicação principiológica." A distinção regra e princípio não pode ser estrutural, como faz Alexy – regra como mandado de definição e princípio como mandado de otimização – pois, no viés hermenêutico, a distinção estrutural não resolve o problema da concretização, porque os princípios somente se apresentam se a subsunção das regras ao caso não resolverem a questão. "Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras". STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 549-574.

[72] Art. 226, **§ 7º, CF/88:** "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos

multiparentalidade, visto que traz expressa a diretriz da responsabilidade, basilar quando se trata da questão da filiação[73]. A responsabilidade dos pais sobre sua prole não pode ser escusada, de modo que mesmo o mero ascendente genético pode vir a possuir deveres para com aquele que gerou. Esta orientação é ponto central na escorreita compreensão das relações multiparentais.

Para Christiano Cassettari "o fundamento da multiparentalidade é a igualdade das parentalidades biológica e socioafetiva, pois entre elas não há vínculo hierárquico e uma não se sobrepõe a outra, podendo elas coexistirem, harmoniosamente, sem problemas algum."[74]

Na esteira disso, nas questões de filiação vivencia-se um momento de superação da lógica binária de exclusão, que admitia apenas uma espécie de filiação em cada caso concreto (em geral, ou a socioafetiva ou a biológica, tendo-se que optar por uma ou outra), passando-se a adotar uma lógica que também possa ser plural em determinadas situações fáticas (permitindo a coexistência de duas filiações em determinados casos concretos).

Nessa perspectiva, Rodrigo da Cunha Pereira atribui sentido ao significante multiparentalidade como

> o parentesco constituído por múltiplos pais, isto é, quando o filho estabelece uma relação de paternidade/maternidade com mais de um pai e/ou com uma mãe. Os casos mais comuns são os padrastos e madrastas que também se tornam pais/mães pelo exercício das funções paternas e maternas ou em substituição a eles. A multiparentalidade é comum, também, nas reproduções medicamente assistidas, que contam com a participação de duas ou mais pessoas no processo reprodutivo, como por exemplo, quando o material genético de um homem e uma mulher é gestado no útero de outra mulher. A multiparentalidade, ou seja, a dupla maternidade/paternidade, tornou-se uma realidade dinâmica jurídica impulsionada pela

educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

[73] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família**: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

[74] CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva. *Op. cit.* p. 138.

> dinâmica da vida e pela compressão de que a paternidade e a maternidade são funções exercidas.[75]

A partir da atual tessitura do Direito brasileiro, vislumbra-se a possibilidade jurídica de declaração de multiparentalidade mediante a presença de elementos concretos que justifiquem a manutenção dessa pluralidade de vínculos filiais, com a incidência dos correlatos efeitos jurídicos.

Aspecto central nesta temática é que o caso concreto em si deverá indicar qual a decisão mais acertada para aquela situação fático-jurídica, o que não recomenda que se adotem soluções apriorísticas. Apenas a análise da situação em pauta poderá permitir concluir se naquele caso específico deve prevalecer uma dada modalidade de filiação ou, ainda, se devem coexistir ambas as modalidades em multiparentalidade. A manutenação de vínculos concomitantes passa a ser mais uma opção que se oferta para o acertamento de casos concretos que envolvam esta questão.

Havia um amplo debate doutrinário e judicativo[76] sobre qual seria a solução indicada para esses conflitos, que inicialmente se apresentaram como um suposto embate entre os vínculos biológicos *versus* os socioafetivos. Em um dado momento, as discussões eram se deveria ser adotado um vínculo prevalecente de modo apriorístico (em tese, abstratamente), ou, ao contrário, se apenas em cada caso concreto deveria ser constatado qual modalidade de vínculo deveria prevalecer. Outro aspecto que estava em pauta: deve prevalecer sempre o vínculo socioafetivo; deve prevalecer sempre o vínculo biológico; ou, então, podem eles eventualmente coexistir.

---

[75] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 470-471.

[76] A divisão entre duas correntes jurisprudenciais é meramente didática e surge a partir da impressão pessoal do autor, sem uma análise estatística ou empírica mais aprofundada. Tais correntes estão implicitamente disseminadas em diversas decisões judiciais, sob inúmeros fundamentos e vincadas por pormenores fáticos, até mesmo com algumas aproximações específicas (que serão adiante explicitadas). A primeira corrente indica no sentido de consagrar a predominância de uma relação parental afetiva, concreta, vivenciada pelas partes (de forma pública, contínua, estável e duradoura), ou seja, sustenta a prevalência do vínculo socioafetivo (quando presente) sobre o vínculo biológico. Uma segunda corrente, *a contrario sensu*, sustenta que, mesmo perante tal realidade socioafetiva presente e consolidada, deve predominar o vínculo parental biológico sobre o socioafetivo (por mais que tenha inexistido qualquer convivência fática com o ascendente genético).

Como não havia solução legislativa prévia, coube tal tarefa aos Tribunais. Inicialmente, o STJ foi o primeiro e engendrar uma proposta de solução: para este Tribunal, era possível apontar a prevalência de um critério apriorístico e apenas um vínculo deveria persistir em cada caso concreto, cabendo sempre ao(à) filho(a) eleger qual o vínculo de filiação que gostaria que prevalecesse. Assim, o entendimento do STJ era de que, se o(a) filho(a) manejasse uma investigação de paternidade para ver reconhecida uma paternidade biológica, mesmo diante da existência de uma socioafetiva consolidada, essa filiação biológica deveria ser declarada, prevalecendo inclusive de modo a excluir a paternidade socioafetiva (visto ser essa a vontade do(a) filho(a)). Por outro lado, se o pai pretendesse rever uma paternidade socioafetiva por ausência de vínculo biológico, o pedido poderia ser negado, prevalecendo, nessa hipótese, a paternidade socioafetiva (visto ser a demanda proposta pelo pai).

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) na Repercussão Geral nº 622, quando, de forma precursora, enfrentou um dos grandes desafios da parentalidade contemporânea, descortinando novas possibilidades. A decisão do STF se afastou um pouco da solução engendrada pelo STJ e, de forma inovadora, reconheceu a possibilidade jurídica da multiparentalidade no Direito das Famílias brasileiro. Ao julgar a Repercussão Geral nº 622, o STF desenhou alguns contornos da parentalidade contemporânea.

A relevância do precedente justifica que sejam apreciados, pormenorizadamente, os principais aspectos do caso concreto que balizou referida repercussão geral, bem como a própria tese aprovada ao final do respectivo julgamento.

ENTENDIMENTO DO STF ACOLHENDO A MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Em setembro de 2016, o STF expressamente acolheu a possibilidade da multiparentalidade no atual cenário jurídico brasileiro. A manifestação do STF

contribui para a tradução contemporânea das categorias da filiação e parentesco, sendo paradigmática[77].

O tema de Repercussão Geral 622[78], de Relatoria do Ministro Luiz Fux, trazia a análise de uma eventual *"prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica"*[79]. O caso paradigma envolvia uma situação na qual se discutia o reconhecimento tardio de uma paternidade biológica - não vivenciada, em substituição a uma paternidade socioafetiva e registral - concretamente vivenciada. Ao deliberar sobre o mérito da questão, o STF decidiu por não afirmar nenhuma prevalência entre as referidas modalidades de vínculo parental (biológica x socioafetiva), apontando para a possibilidade de coexistência de ambas as paternidades. Desse modo, o caso concreto foi julgado e ainda aprovada uma tese em repercussão geral sobre o tema (com efeito vinculante).

Esse contexto fático-jurídico concretizou a possibilidade de pluralidade de vínculos parentais, de modo que agiu bem o STF ao acenar para a coexistência ao invés de decidir por alguma prevalência de vínculo apriorístico. A ementa do acórdão que deliberou sobre o caso concreto que balizava o tema de Repercussão Geral 622 é a seguinte

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBRE PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO

[77] Para melhor compreensão do tema se recomenda um programa da TV Justiça disponível no seu canal do *youtube*, na série Grandes Julgamentos do STF, capítulo "Paternidade biológica e socioafetiva – 18/10/2016".

[78] A sessão que fixou a tese foi realizada no dia 21/09/2016, em deliberação do pleno do STF. O caso que balizou a apreciação do tema foi o RE 898060/SC, no qual o Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM atuou como *Amicus Curiae*.

[79] Esse trecho constava no acórdão do plenário virtual que reconheceu a repercussão geral do tema.

> COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.[80]

A deliberação pela possibilidade de manutenção de ambas as paternidades, em *pluriparentalidade*, foi inovadora e merece destaque, visto que foi uma solução engendrada a partir do próprio STF. Essa temática não constou de pedido explícito da parte requerente e nem mesmo foi objeto de debate verticalizado nos autos processuais. Ainda assim, a deliberação foi claramente pelo improvimento do Recurso Extraordinário do pai biológico, mas com a declaração de que era possível a manutenção de ambas as paternidades de forma concomitante (socioafetiva e biológica), em coexistência.

A decisão do STF declarou a possibilidade de manutenção de ambas as paternidades com todos os efeitos jurídicos correlatos, acolhendo a multiparentalidade para a situação que estava em apreço. Em consequência, a segunda paternidade (a biológica) deverá ser registrada e produzirá todos os efeitos jurídicos inerantes à filiação, mas sem exclusão da paternidade existente (a socioafetiva).

[80] STF, RE **898.060**/SC, Rel. Min. Luiz Fux.

A TESE APROVADA EM REPERCUSSÃO GERAL

Ao apreciar a temática envolta na referida repercussão geral, o plenário do STF, por maioria, houve por bem em aprovar uma diretriz que servirá de parâmetro para casos semelhantes. A tese aprovada no tema de Repercussão Geral 622 tem o seguinte teor: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".[81]

A tese é explícita em afirmar a possibilidade de cumulação de uma paternidade socioafetiva concomitantemente com uma paternidade biológica em determinado caso concreto, admitindo, com isso, a possibilidade da existência jurídica simultânea de dois pais. Ao prever expressamente a possibilidade jurídica da pluralidade de vínculos familiares, o STF consagra um importante avanço: o reconhecimento da multiparentalidade, um dos novíssimos temas do Direito das Famílias[82]. Essa deliberação traz a reboque diversas consequências e algumas indagações.

PRINCIPAIS REFLEXOS DA DECISÃO DO STF

A tese estabelecida na Repercussão Geral 622 permite destacar alguns aspectos principais.

I. O reconhecimento jurídico da afetividade

Ficou consagrada a leitura jurídica da afetividade, tendo ela perfilado de forma expressa a manifestação de diversos ministros. No julgamento da Repercussão Geral 622, houve ampla aceitação do reconhecimento jurídico da afetividade pelo colegiado, deixando patente pela paternidade socioafetiva referendada na tese final

[81] O texto foi proposto pelo Min. Relator Luiz Fux, tendo sido aprovado por ampla maioria, ficando vencidos nesta votação sobre o teor da tese apenas os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, que discordavam parcialmente da redação final sugerida.

[82] O julgamento pode ser assistido na íntegra no canal do STF no youtube, em dois vídeos publicados no dia 22/09/2016, sob o título: **Pleno - Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico.**

aprovada. A afetividade, inclusive, foi citada expressamente como princípio na manifestação do Ministro Celso de Mello, na esteira do que defende ampla doutrina do Direito das Famílias. Não houve objeção alguma ao reconhecimento da socioafetividade pelos Ministros, o que indica a sua tranquila assimilação naquele Tribunal[83].

A necessidade do Direito contemporâneo passar a acolher as manifestações de afetividade que se apresentam na sociedade está sendo cada vez mais destacada, inclusive no Direito Comparado, como na recente obra de Stefano Rodotà, lançada em 2015, denominada *Diritto D'amore*[84]. Em suas afirmações, Rodotà sustenta que um novo *cogito* poderia ser escrito na atualidade, com o seguinte teor: "*amo, ergo sum"*, ou seja, *amo, logo existo*, tamanha a atual centralidade conferida para a dimensão afetiva nos relacionamentos interpessoais deste início de século, porém, **isso não quer dizer que o Direito possa tutelar sentimentos**.

Na esteira disso, a necessidade de compreensão e de um tratamento jurídico escorreito da afetividade se impõe. Cabe avançar nos contornos da afetividade a partir das balizas conferidas pelo Direito brasileiro. Nesse sentido, a tese aprovada pelo STF parece, de alguma forma, contribuir para uma adequada significação jurídica da afetividade[85] e dos seus consectários.

II. Vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica

O segundo aspecto que merece destaque se refere ao reconhecimento da presença, no cenário brasileiro, de ambas as paternidades, socioafetiva e biológica, em condições de igualdade jurídica. Ou seja, ambas as modalidades de vínculo

---

[83] O que também já era admitido pelo STJ: "O que deve balizar o conceito de 'família' é, sobretudo, o princípio da afetividade, que 'fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico'." (STJ, REsp 945.283/RN, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, publ. em 28.9.2009).

[84] RODOTÁ, Stefano. **Diritto D'amore.** Bari: Laterza, 2015.

[85] Sobre o sentido do princípio da afetividade e a sua diferenciação para o afeto veja CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2 ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

parental foram reconhecidas com o mesmo *status*, sem qualquer hierarquia apriorística (em abstrato). Esta equiparação é importante e se constitui em um grande avanço para o direito de família. A partir disso, não resta possível afirmar, aprioristicamente, que uma modalidade prevalece sobre a outra, de modo que apenas o caso concreto apontará a melhor solução para a situação fática em análise.

O tema gerava dissenso e, até então, imperava a posição do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de uma prevalência do vínculo biológico sobre o socioafetivo nos casos de pedido judicial de reconhecimento de paternidade apresentados pelos filhos[86]. A decisão do STF alterou este quadro e merece elogios ao acolher a equiparação dentre as modalidades de vínculos[87]. A manifestação do Ministro relator, ao julgar o caso concreto que balizou a repercussão geral, não deixa dúvidas quanto a essa igualação:

> Se o conceito de família não pode ser reduzido a modelos padronizados, nem é lícita a hierarquização entre as diversas formas de filiação, afigura-se necessário contemplar sob o âmbito jurídico todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais (como a fecundação artificial homóloga ou a inseminação artificial heteróloga – art. 1.597, III a V do Código Civil de 2002); (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade.[88]

Com isso, resta consolidado o status da parentalidade socioafetiva como suficiente vínculo parental, categoria edificada pelo professor Guilherme de Oliveira, em Portugal, e, no Brasil, corroborada pelos juristas João Baptista Vilella89, Zeno Veloso90, Luiz Edson Fachin91 e Paulo Lôbo92, dentre outros. Essa equiparação prestigia o princípio da igualdade comparação entre situações

---

[86] Conforme demonstra: CARDOSO, Simone Tassinari. **Notas sobre parentalidade socioafetiva.** *Op. cit.*
[87] O que já é adotado expressamente no direito belga, conforme informa Rui Portanova na sua recente obra: **Ações de Filiação e Paternidade Socioafetiva**. *Op. cit.*
[88] Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE **898.060**/SC, p. 14.
[89] VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. *Op. Cit.*
[90] VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. *Op. cit.*
[91] FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade**: Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
[92] LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil — Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

semelhantes e diferenciação entre situações diversas)93 material (concreta em cada caso analisado)94 entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, CF, e reiterado no art. 1.596 do Código Civil95 e art. 20 do ECA, mostrando-se adequada e merecedora de cumprimentos.

III. Possibilitador jurídica da Multiparentalidade

O acolhimento expresso da possibilidade jurídica de pluriparentalidade/multiparentalidade, certamente um dos maiores avanços alcançados com a tese aprovada pelo STF, se apresenta como um dos novos temas do Direito das Famílias[96].

A aceitação da possibilidade de concomitância de dois pais foi objeto de intenso debate na sessão plenária que cuidou do tema, face uma divergência do Min. Marco Aurélio, mas ficou aprovada por ampla maioria. Com isso, inequívoco que a tese aprovada acolhe a possibilidade jurídica da multiparentalidade.

O voto do Min. Luiz Fux é firme no sentido do reconhecimento da pluriparentalidade, com um amplo estudo a partir do Direito comparado. Em um dado momento, afirma: *"Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos.(...) Por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade97"*.

Essas situações de manutenção de dois pais ou duas mães apareciam como objeto de algumas decisões judiciais e figuravam com intensidade na doutrina. Há, inclusive, um enunciado do IBDFAM aprovado sobre o assunto: enunciado nº 09 –

---

93 Sobre o tema: GUEDES, Jefferson Carús. Dimensões linguísticas da desigualdade no Brasil: os diversos nomes legais de um mesmo fenômeno. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 59-76, 2015.

94 LÔBO, Paulo. **Contratos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, item 3.6 – edição eletrônica.

95 **Art. 1.**596, CC: **"**Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

96 Para ler mais sobre Multiparentalidade, consulte a coluna de Maria Berenice Dias, **Proibição das famílias multiparentais só prejudica os filhos.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-01/processo-familiar-proibicao-multiparentalidade-prejudica-filhos>. Acesso em: 26/05/2017.

97 Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE **898060**/SC, p. 17-19.

"*A multiparentalidade gera efeitos jurídicos*", do X Congresso Brasileiro de Direito das Famílias.

O acolhimento da possibilidade dessa multiplicidade de vínculos familiares, exclusivamente, pela via de uma decisão da nosso Tribunal Constitucional, coloca – mais uma vez – o Supremo Tribunal Federal na vanguarda do Direito das Famílias.

IV. Princípio da parentalidade responsável

O comando constitucional que orientou intensamente a decisão tomada é o que prevê a parentalidade responsável, princípio previsto expressamente no art. 226, § 7º, CF/88[98]. Por muitos também denominado princípio da paternidade responsável, essa disposição impõe a responsabilidade aos pais pela sua prole, o que não pode ser olvidado.

No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, houve clara deliberação pela prevalência da responsabilidade do pai biológico, mesmo sem que tenha havido no caso qualquer convivência familiar com ele e, ainda, mesmo tendo havido outra figura paterna socioafetiva que tenha assumido a referida filha. Diante desse cenário, importava deliberar se seria possível ainda assim declarar o vínculo de filiação com o pai biológico e, com isso, de alguma forma responsabilizá-lo; ou, ao contrário, se tendo em vista a ausência de convivência fática paterno-filial, bem como face a existência de outro pai socioafetivo, se esses fatores impediriam o reconhecimento da paternidade biológica e, também, obstariam qualquer responsabilização desse ascendente genético.

A decisão do STF foi francamente pela primeira hipótese, ou seja, prevalece a paternidade responsável do pai biológico, mesmo que este não tenha convivido com o filho e mesmo que tenha havido outro pai socioafetivo que tenha assumido a criança em outro momento.Em decorrência, entendeu o julgado que poderia ser

[98] Art. 226**, § 7º, CF/88: "**Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

reconhecida a filiação biológica, com todos os seus consectários, mantendo-se ao lado a filiação socioafetiva já existente. O Tribunal fez uma interpretação extensiva ao relevante princípio constitucional, fazendo imperar a responsabilidade dos envolvidos[99]. Houve deliberação pela responsabilização do pai biológico, com todos os efeitos inerente à filiação, o que deve ser a nova baliza para casos do estilo.

A decisão responsabiliza a paternidade biológica e respeita a paternidade socioafetiva consolidada, evitando que, para fazer valer seus direitos perante o ascendente genético, o filho tenha que afastar a paternidade socioafetiva com a qual conviveu há muitos anos. Ao assim decidir, também se evita que a paternidade socioafetiva de outrem seja indevidamente utilizada como "escudo de defesa" apenas para irresponsabilizar o pai biológico, o que não parece adequado. Nesse aspecto, parece acertada a decisão, que se constitui em mais uma opção a ser adotada. A responsabilização do ascendente genético apontada pela decisão paradigma quando declara a filiação biológica, mesmo que ao lado de outra filiação socioafetiva, delinea o retrato atual da extensão do princípio da parentalidade responsável.

EFEITOS A PARTIR DA TESE FIXADA

A tese aprovada na Repercussão Geral 622 traz à lume alguns efeitos jurídicos decorrentes, já que foi explícita ao afirmar que a paternidade em pauta era reconhecida com os efeitos jurídicos próprios, ou seja, com todos os consectários jurídicos decorrentes de uma filiação[100].

Cabe aqui recordar o consagrado princípio da igualdade da filiação, de modo que não se pode aventar de filhos aos quais não lhes sejam conferidos alguns

---

[99] Sobre o tema da responsabilidade nas relações familiares, recomenda-se a excelente dissertação de mestrado de Fernanda Sanches, defendida no Programa de Pós-graduação da UFPR, sob a orientação de Luiz Edson Fachin. SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. **A Responsabilidade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo**: Do Jurídico à Ética. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

[100] Para ler sobre os diversos efeitos existenciais e patrimoniais decorrentes da multiparentalidade: CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2 ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

direitos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade (por exemplo, não se pode cogitar de um filho sem direito a alimentos ou um filho sem direito à herança, como chegou a existir no Brasil, pela redação originária do Código Civil de 1.916).

Marcos Catalan destaca alguns dos possíveis efeitos jurídicos da multiparentalidade ao afirmar que

> é factível conceber que a aceitação pelo Direito do fenômeno da multiparentalidade promoverá a imposição e o delineamento – tão importante – de deveres como os de sustento e de cuidado, a cogestão no exercício das autoridades parentais (...), conformando, ainda, aspectos atados à guarda compartilhada (ou não) e ao exercício do dever de visitas.[101]

Muitos desses efeitos decorrentes da declaração de multiparentalidade poderão demandar uma maior elaboração teórica, mas, desde já, podem ser aventados alguns desdobramentos.

AVANÇO E CAUTELA

Muitas são as análises e as consequências possíveis a partir da paradigmática decisão proferida nessa repercussão geral[102]. Por ora, registram-se apenas as primeiras impressões, com o intuito de destacar os principais avanços e as conquistas advindos de referida tese aprovada, principalmente os relacionados à temática da afetividade.

Inegável que houve significativo progresso com a referida decisão, conforme também entendem, dentre outros, os juristas Flávio Tartuce[103], Anderson

---

[101] CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. *In:* **Revista da faculdade de Direito UFPR.** v.55, 2012, p.146-163. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/31491/20093>. Acesso em: 29/05/2017., p. 158.

[102] "Acreditamos, até, que com esse reconhecimento é possível a admissão da multiparentalidade diretamente no Cartório de Registro civil das pessoas naturais, sem necessidade de ação judicial e advogado, bastando ter a concordância do filho reconhecido, se maior, ou , se menor, da mãe ou de quem conste no registro" CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. *Op. cit.*, p. 194.

[103] TARTUCE, Flávio. **Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva.** Blog oficial. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/387075289/breves-e-iniciais-reflexoes-sobre-o-julgamento-do-stf-sobre-parentalidade-socioafetiva>. Acesso em: 23/09/2016.

Schreiber[104] e Rodrigo da Cunha Pereira[105]. Não se nega que alguns pontos não restaram expressamente acolhidos, como a distinção entre o papel de genitor e pai, bem destacado no voto divergente do Min. Edson Fachin ao deliberar sobre o caso concreto, mas que não teve aprovação do plenário. Essa é uma questão que seguirá em pauta para ser melhor esclarecida e caberá à doutrina digerir o resultado do julgamento a partir de então.

Merecem ouvidos os alertas de José Fernando Simão[106], a respeito do risco de se abrir a porta para demandas frívolas, que visem puramente o patrimônio contra os pais biológicos. Essa possibilidade merece atenção especial por parte dos operadores do direito, mas não parece alarmante e, muito menos, intransponível.

O parecer do Ministério Público Federal apresentado no caso concreto que balizou a repercussão geral também traz esses alertas, mas confia na existência de salvaguardas dentro do próprio sistema:

> De todo modo, os riscos de indolência e excesso nas questões alimentícias são controlados pelo binômio necessidade-possibilidade, que obsta o enriquecimento ilícito dos envolvidos na multiparentalidade. (...) Eventuais abusos podem e devem ser controlados no caso concreto. Porém, esperar que a realidade familiar se amolde aos desejos de um ideário familiar não é só ingênuo, é inconstitucional**.**

A maturidade do Direito das Famílias brasileiro saberá evitar que excessos puramente patrimoniais venham a desbordar dos limites que as situações existenciais devem resguardar. Entretanto, não se pode negar que há legítimos interesses patrimoniais que devem ser tutelados, mesmo diante de casos de multiparentalidade como o apreciado pelo STF. Inúmeras outras situações familiares geram efeitos patrimoniais (aliás, reflexo esse que é deveras comum no direito de família, diga-se

---

[104] Artigo publicado no jornal O GLOBO, de 6/10/2016, intitulado **O Direito cai na real**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/o-direito-cai-na-real-20243167>. Acesso em: 14/05/2017.

[105] Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6119/Tese+anunciada+pela+ministra+C%C3%A1rmen+L%C3%BAcia+reconhece+multiparentalidade>. Acesso em: 14/05/2017.

[106] SIMÃO, José Fernando. **A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto?** *IN:* Jornal Carta Forense. Edição de 03/01/2017. São Paulo: Carta Forense, 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17235>. Acesso em: 14/05/2017.

de passagem)[107]. Em vista disso, os filhos de relações multiparentais poderão fazer valer seus direitos patrimoniais e existenciais perante os seus pais biológicos se assim pretenderem, o que não parece destoar do nosso sistema.

Cumpre anotar que a tese do STF proferida nesta repercussão geral não deverá incidir indistintamente nos casos de adoção ou de reprodução assistida (com doação anônima de material genético), visto que não foi esta a a matriz constante da *ratio decidendi* da referida deliberação judicial. Ou seja, a diretriz da repercussão geral 622 deverá ser aplicada apenas para casos similares ao que foi deliberado, que não guarda qualquer correlação com situações de adoção ou de reprodução assistida. A aplicação da tese para casos totalmente estranhos não parece guardar qualquer sentido. Além do mais, a temática da possibilidade de conhecimento da identidade genética por parte do adotado possui comando legislativo próprio (art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente[108]), o mesmo ocorrendo com a filiação decorrente dos casos de reprodução assistida[109] (regulados pelo art. 1.597 do Código Civil[110]).

O Min. Edson Fachin já aplicou a tese da multiparentalidade, aprovada na RG 622/STF, para decidir um caso concreto de pedido de reconhecimento de maternidade socioafetiva. A pretensão havia sido negada pelo Tribunal estadual, chegando ao STF em Recurso Extraordinário constante de demanda rescisória. Ao deliberar sobre o caso, monocraticamente o Min. Relator assim deliberou:

> O tema discutido nos autos é a prevalência da maternidade socioafetiva em detrimento da maternidade biológica. Em julgamento semelhante, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema discutido neste recurso. No exame do

---

[107] Sobre os efeitos da multiparentalidade: PAIANO, Daniela Braga. **A Família Atual e as Espécies de Filiação:** Possibilidade Jurídica da Multiparentalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

[108] Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

[109] MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade: mãe de aluguel**. Curitiba: Gênesis, 1998.

[110] Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

> RE 898.060, de relatoria do Luiz Fux (Tema 622), DJe 29.09.2016, o Plenário desta Corte fixou a seguinte tese: *"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios."* Ante o exposto, com base no artigo 21, §2º, do RISTF, dou provimento ao recurso extraordinário para julgar procedente o pedido da ação rescisória e reconhecer o vínculo socioafetivo entre os Recorrentes e sua madrasta, em razão de ação declaratória de adoção póstuma, bem como todos os direitos daí decorrentes.[111]

Esse reconhecimento de uma maternidade socioafetiva em multiparentalidade com uma maternidade biológica é um bom exemplo concreto de uma das possíveis extensões da tese aprovada. Para Flávio Tartuce, é a

> multiparentalidade um caminho sem volta do Direito de Família Contemporâneo, consolidando-se as novas teorias e os princípios constitucionais nesse campo do pensamento jurídico. A decisão do STF é o fim do caminho. A regra passou a ser a multiparentalidade, nos casos de dilemas entre a parentalidade socioafetiva e a biológica. Uma não exclui a outra, devendo ambas conviver em igualdade plena.[112]

Certamente o acolhimento da multiparentalidade no Direito das Famílias brasileiro traz perguntas para os quais a literatura jurídica ainda não tem edificado todas as respostas. Ainda assim, a novidade deve ser vista como um incentivo para os jusfamiliaristas, que terão muito trabalho a frente.

Entre limites e possibilidades, importa debater a decisão do STF e destacar a participação do Instituto Brasileiro de Direito de Família como *Amicus Curiae* nesse emblemático caso. Como acertadamente constatou Anderson Schreiber, com essa decisão o *direito cai na real*, sem embargo das outras questões que advêm do novo cenário.

Cumpre destacar as primeiras opiniões do professor homenageado com esta obra, Paulo Luiz Netto Lobo, sobre Multiparentalidade, para quem a

---

[111] STF, **ARE 933945/GO,** Rel. Min. Edson Fachin, j. 01/02/2017.
[112] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12 ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 455.

multiparentalidade é uma realidade da vida, cuja complexidade o Direito não conseguiu lidar satisfatoriamente até agora em nenhum país do mundo[113]

Nessa linha, do núcleo da tese do Tema 622 resultam as seguintes conclusões, que nos permitem avançar nos efeitos jurídicos próprios:

> 1ª. O reconhecimento jurídico da parentalidade socioafetiva;
>
> 2ª. A inexistência de primazia entre as filiações biológicas e socioafetivas;
>
> 3ª. A admissão da multiparentalidade.
>
> 4ª. A parentalidade socioafetiva – para os fins da tese - restringe-se às hipóteses de posse de estado de filiação, excluindo-se a adoção e a filiação oriunda de inseminação artificial heteróloga. Também está excluída a filiação biológica que nunca foi antecedida por filiação socioafetiva. (....)
>
> Reconhece-se que a decisão do STF em termos tão gerais é positiva em seus inegáveis avanços, mas não se pode negar que também é fator de agravamento de litigiosidade, notadamente por motivações patrimoniais, apesar do sopesamento dos efeitos jurídicos próprios, como acima indicado, pois a variedade de circunstâncias é difícil de ser por ela inteiramente atingida[114].

Com essas importantes observações, entendemos que os ganhos foram muitos, embora possa se criticar como o STF fundamentou esse resultado, e merecem destaque para que reverberem de forma adequada na avançada doutrina brasileira. É alvissareira a decisão do Supremo Tribunal Federal, que certamente remete a outras questões e a novos desafios, mas nos traz a esperança de uma nova primavera para o Direito das Famílias brasileiro[115].

---

[113] IBDFAM. **Jurista comenta repercussão da tese sobre multiparentalidade fixada pelo STF.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6123/Jurista+comenta+repercuss%C3%A3o+da+tese+sobre+multiparentalidade++fixada+pelo+STF>. Acesso em: 03/05/2017.

[114] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **"Quais os limites e a extensão da tese de repercussão geral do STF sobre socioafetividade e multiparentalidade?"** Artigo *no prelo*. Com publicação prevista para meados de setembro/outubro de 2017, na Revista IBDFAM Famílias e Sucessões.

[115] "Essa renovada estruturação familiar abriu as portas à compreensão e ao reconhecimento de inúmeros outros tons, a rigor *sem modelos* excludentes, resultado de uma série de transformações sociais, especialmente ocorridas aos anos que sucederam a gênese da nova ordem constitucional." FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil.** Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 162.

Ante a incerteza sobre muitas das respostas que deverão advir deste novo cenário, calha aqui lembrar um trecho do célebre poema espanhol *"caminante, no hay camino, se hace camino al andar"*.[116]

REFERÊNCIAS

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2 ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. – 3 ed. rev. atual. e amp. – São Paulo: Atlas, 2017. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família**: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Notas sobre parentalidade socioafetiva.** Trabalho aprovado e apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCIVIL. Evento realizado em Curitiba, em 2014.**Notas sobre parentalidade socioafetiva.**

CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. *In:* **Revista da faculdade de Direito UFPR.** v.55, 2012, p.146-163. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/31491/20093>. Acesso em: 29/05/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Proibição das famílias multiparentais só prejudica os filhos.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-01/processo-familiar-proibicao-multiparentalidade-prejudica-filhos>. Acesso em: 26/05/2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil.** Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade**: Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família**: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GUEDES, Jefferson Carús. Dimensões linguísticas da desigualdade no Brasil: os diversos nomes legais de um mesmo fenômeno. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 59-76, 2015.

[116] Trecho do poema do espanhol Antonio Machado.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil** — **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Contratos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **"Quais os limites e a extensão da tese de repercussão geral do STF sobre socioafetividade e multiparentalidade?"** Artigo *no prelo*. Com publicação prevista para meados de setembro/outubro de 2017, na Revista IBDFAM Famílias e Sucessões.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade: mãe de aluguel**. Curitiba: Gênesis, 1998.

PAIANO, Daniela Braga. **A Família Atual e as Espécies de Filiação:** Possibilidade Jurídica da Multiparentalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015. RODOTÁ, Stefano. **Diritto D'amore.** Bari: Laterza, 2015.

PORTANOVA, Rui. **Ações de Filiação e paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. **A Responsabilidade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo**: Do Jurídico à Ética. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **O Direito Cai na Real.** Artigo publicado no jornal O GLOBO, de 6/10/2016, intitulado **O Direito cai na real**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/o-direito-cai-na-real-20243167>. Acesso em: 14/05/2017.

SIMÃO, José Fernando. **A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto?** *IN:* Jornal Carta Forense. Edição de 03/01/2017. São Paulo: Carta Forense, 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17235>. Acesso em: 14/05/2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 5. – 12 ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva.** Blog oficial. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/387075289/breves-e-iniciais-reflexoes-sobre-o-julgamento-do-stf-sobre-parentalidade-socioafetiva>. Acesso em: 23/09/2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Dilemas do Afeto**. Artigo publicado no portal jurídico JOTA. Disponível em: <https://jota.info/especiais/dilemas-do-afeto-31122015>. Acesso em: 13.05.2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **E-Civitas - Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH** -Belo Horizonte, volume VI, número 2, dezembro de 2013.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, maio 1979A Desbiologização da Paternidade.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO INTERVIR NAS DECISÕES DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES

Isis Mayra Mascarenhas Guimarães Ferreira

RESUMO

A presente pesquisa almeja analisar a rigidez normativa da Lei nº 11.101 de 2005, no que diz respeito a impossibilidade de o Judiciário intervir nas decisões da assembleia geral de credores no instituto da recuperação judicial. Para o alcance do objetivo, no primeiro capítulo estudou-se o instituto recuperatório, com uma breve retomada histórica, evidenciando sua natureza jurídica, seus princípios basilares, e examinando o plano de recuperação judicial, que possui fundamental importância. Abordou-se no segundo capítulo os órgãos específicos do instituto recuperatório, para que, tornando compreensível o papel de cada um, fosse possível assimilar o entendimento Jurisprudencial quanto ao desempenho do Judiciário no caso concreto de uma empresa que se encontra em crise econômica financeira. No terceiro capítulo, observou-se a atuação do Poder Judiciário na interpretação normativa, fazendo o uso da hermenêutica jurídica, objetivando não só satisfazer os interesses dos credores, mas preservar a empresa e todo o sistema econômico e social que a cerca, contemplando a empresa como fundamento substancial para a sociedade. No quarto capítulo, faz-se uma análise jurisprudencial, objetivando demonstrar o entendimento dos Tribunais quanto a atuação do magistrado na recuperação judicial. Por fim, conclui-se a presente pesquisa no sentido de que se deve buscar o aperfeiçoamento da recuperação judicial, devendo ser observada pelo intérprete sob a ótica da hermenêutica jurídica.

Palavras-chave: Direito empresarial. Lei de falências e recuperação de empresas. Recuperação judicial. Controle de legalidade. Assembléia Geral de Credores.

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Falências e Recuperação Judicial introduziu, dentre inúmeras atualidades, instrumentos para tratar da insolvência do empresário. Um destes é o instituto da recuperação judicial, que demonstra ser apropriado para possibilitar que o devedor empresário demonstre aos seus credores a capacidade que a empresa em crise tem de se reerguer, bem como se manter no mercado, reestruturando seus acordos comerciais, desde que seja ajustada uma forma de pagamento das dívidas existentes.

Ocorre que a norma é rígida no que diz respeito aos atos do juiz na recuperação judicial, devendo apenas intermediar, e não intervir, no plano estabelecido entre o devedor empresário e seus credores, gerando assim, consideráveis debates entre os doutrinadores e profissionais da ciência deste ramo do Direito.

Posta a questão, visando respeitar não só a positividade normativa, mas observando a base axiológica da Lei, qual seja o princípio da preservação da empresa, surgem possibilidades para que o magistrado intervenha nas decisões da assembleia geral, sobrepondo o bem coletivo ao interesse individual dos credores.

A presente pesquisa pretende demonstrar que o instituto exige mais do que mera aplicação mecânica da Lei, visto que o intuito do legislador brasileiro com a inserção do instituto da recuperação judicial no ordenamento foi possibilitar o reerguimento da empresa em crise econômica financeira, reconhecendo sua função social como geradora de empregos e movimentadora da economia, desde que esta demonstre sua viabilidade econômica.

Ocorre que não é possível simplesmente afastar-se a norma do caso concreto, a qual confere importante poder decisório a assembleia geral de credores. Assim, o devedor empresário estará submetido às decisões de seus credores quanto ao parcelamento e formas de pagamento de seus débitos.

Contudo, é perceptível que grande parte das empresas que entram em processo de recuperação judicial, não conseguem de fato se reerguerem, sendo o procedimento convolado em falência em um momento posterior. Há uma falha na aplicação do instituto, o que demonstra a necessidade de uma análise detalhada buscando o aperfeiçoamento da recuperação judicial no país.

Há possibilidades de surgirem conflitos quando as decisões dos credores podem prejudicar a recuperação de uma empresa que demonstra a viabilidade de seu retorno no mercado, abrindo espaço para que a atuação do magistrado alcance caráter de intervenção, buscando amparar a todos aqueles que cercam a empresa em questão.

Por outro lado, deve ser considerada hipóteses em que o empresário devedor apresente um plano de recuperação judicial somente para postergar a sua falência, não sendo comprovada a viabilidade econômica da empresa em crise. Nesta situação, se o plano for aprovado em assembleia, pode incitar, novamente, potencial atuação do juiz.

Salienta-se que a metodologia empregada nessa pesquisa é a dogmática instrumental legal, doutrinária e jurisprudencial, já que há a ambição de encarar o presente tema de todas as perspectivas possíveis, de forma que será composta pela a análise da interpretação da letra da Lei, buscando seu aperfeiçoamento, almejando contribuir para a resolução adequada do instituto recuperatório.

Assim, a pesquisa foi estruturada em analisar legalmente o instituto recuperatório, sua natureza jurídica, seus princípios fundamentais, seus órgãos e o plano de recuperação judicial. Após, averígua-se as correntes que tratam da atuação do Judiciário. Por fim, observa-se o entendimento jurisprudencial quanto a possibilidade, ou não, da intervenção do magistrado no controle de legalidade material do plano de recuperação judicial.

2 A LEI Nº 11.101/2005: APROXIMAÇÃO DE UMA ANÁLISE INTERPRETATIVA

A Lei nº 11.101/2005, Lei de Falências e Recuperação Judicial, foi elaborada com o intuito de atualizar o direito falimentar brasileiro e sincroniza-lo com as relevantes preocupações nacionais. Afinal, o Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, antiga norma que regulamentava os institutos falimentares, não tinha como fundamento principal a preservação da atividade empresária, de forma que sua aplicação ensejava, em muitas vezes, o fim da atividade.[1]

O antigo texto normativo que regulamentava a matéria falimentar, o Decreto-lei nº 7.661/45, foi promulgado no final do Estado Novo, após o fim da segunda guerra mundial, fase em que o mundo se encontrava na "Nova Ordem Mundial Capitalista". Havia a pretensão de se oferecer segurança econômica e jurídica aos participantes das relações empresariais, bem como estimular as produções industriais no país.[2]

Entretanto, apesar do *animus* legislativo de modernizar as normas falimentares, à época, promovendo instrumentos para a aplicação dos institutos da falência e da concordata, este não obteve sucesso. Ocorre que o Decreto compreendia um espírito de amparo exclusivo aos interesses dos credores, e não em manter a fonte produtora, a empresa.[3]

Importante destacar que este decreto foi elaborado em seguida à segunda guerra mundial, estabelecendo um modelo de atividade empresária ultrapassado, em que o crédito era mera espécie da relação entre os credores e o devedor empresário. Não foi observado nenhuma consequência na sociedade decorrente da ruína de uma

[1] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 92.
[2] MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 21.
[3] RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Peteffi. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 1, p.275, jan./jun. 2014.

empresa, bem como o foco da antiga norma era liquidar o ativo do devedor para quitar o passivo com os credores.[4]

Visto que o direito falimentar deve se compor de normas e institutos que estejam concordando simultaneamente com as carências econômicas do país, se fez necessário a sua modernização. Tão desproporcional era a positivação normativa com a realidade, que o Decreto-lei nº 7.661/45 foi elaborado baseado na Teoria dos Atos de Comércio, que girava em torno do comerciante, enquanto que o mundo já se atentava para a Teoria da Empresa.[5]

Nesse sentido, sobreveio a atual legislação falimentar, que foi concebida fundamentada nos seguintes princípios: preservação da empresa; separação dos conceitos de empresa e de empresário; recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; retirada do mercado de sociedades ou de empresários não recuperáveis; proteção aos trabalhadores; redução do custo do crédito no Brasil; celeridade e eficiência dos processos judiciais; segurança jurídica; participação ativas dos credores; maximização do valor dos ativos do falido; desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial, conforme aduz o parecer nº 534 de 2004, tocante a comentários sobre a Lei nº 11.101 de 2005, elaborado pelo ex-senador Ramez.[6]

O princípio da preservação da empresa é a coluna do atual texto normativo falimentar, introduzindo uma nova visão sobre a atividade empresária, no qual a sua manutenção é de suma importância para toda a sociedade que a rodeia.[7] O empresário passa a ser a pessoa que coordena a atividade empresária, que possuirá

---

[4] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
[5] LIMA, Renata Albuquerque. *A atuação do estado brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei de falências e de recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 68.
[6] TEBET, Ramez. *Lei de Recuperação de Empresas*: Lei n. 11.101, de 2005. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em: 05 set. 2017.
[7] TEBET, Ramez. *Lei de Recuperação de Empresas*: Lei n. 11.101, de 2005. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em: 05 set. 2017.

sua função social reconhecida, valorizando seus empregados e todos os que a cercam, bem como será ente jurídico autônomo e indispensável ao meio global em que está inserida.[8]

A empresa é vista como um bem de toda a coletividade, visto que os benefícios que traz, não incidem exclusivamente sobre o empresário que a dirige. A empresa passa a ser conceituada como uma atividade que possui organização econômica, possibilitando a produção e circulação de bens, ou prestação de serviços, com a distribuição de resultados. A empresa é a organização dos fatores de produção.[9]

Quando uma empresa está em crise econômica financeira, portanto, deve haver uma análise das causas motivadoras de seu desequilíbrio econômico e a averiguação das possibilidades viáveis para o forte retorno daquela atividade empresária. Também deve ser possibilitado ao empresário condições para seu reerguimento.[10]

Dessa forma, o Estado deverá disponibilizar recursos para a recuperação dos empresários que atuam ambicionando positivamente o crescimento da sua atividade, em conformidade com as normas econômicas e jurídicas. Já aqueles empresários ou sociedades que apresentam complicações constantes e falhas decorrentes de uma má administração, ou de um incorreto exercício da empresa, devem ser retirados do mercado, já que sua manutenção é prejudicial a todo aquele meio que cerca sua atividade.[11]

A essência da atual legislação falimentar possui o direcionamento para amparar a todos que possam ser atingidos pela crise que assolou determinada

---

[8] CAVALLAZZI FILHO, Tullo. *Atualidades do novo direito empresarial*. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p.109.

[9] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 10.

[10] RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Peteffi. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 1, p.287, jan./jun. 2014.

[11] ZUCCHI, Maria. O papel do judiciário na recuperação judicial. *Revista do curso de mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 29, n. 2, p.91-101, jul./dez. 2009. p. 93.

empresa, de forma que não se trata apenas de quitar os débitos com os credores e liquidar o patrimônio do devedor empresário.[12]

Tais considerações serão importantíssimas para compreender, adiante, como a rigidez normativa poderá vir a ser relativizada face a segurança jurídica decorrente da relação do devedor empresário para com seus credores. Almeja-se a proteção de todo o meio social em que se encontra a empresa em crise econômica financeira.

Na Lei de Falências e Recuperação Judicial, os credores se encontram em um patamar significativo e respeitável, com altíssimo poder decisório, já que a norma foi elaborada com o intuito de que os credores atuem intensamente na tomada de decisões. Resguarda-se os interesses creditórios, otimizando os resultados obtidos com a aplicação dos institutos. Deve haver, portanto, a maximização do valor dos ativos do falido para que seja possível uma liquidação do passivo de forma menos onerosa.[13]

Assentadas tais premissas principiológicas sobre a Lei nº 11.101/2005, passa-se a analisar o instituto da recuperação judicial, para compreender seu intuito legislativo e as possibilidades de interpretação da norma, de forma a oferecer maior segurança jurídica aos participantes da relação empresária, e a toda a sociedade na qual decorrem seus efeitos.

2.1 A Recuperação Judicial

O instituto da recuperação judicial foi uma das mais significativas contribuições que a Lei nº 11.101/2005 introduziu no Ordenamento Jurídico do país. Até então não buscava-se, propriamente, a reorganização da atividade empresária em

[12] SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. *Objetivos e princípios da lei de falências e recuperação de empresas*. 2012. Disponível em:<http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229>. Acesso em: 07 set. 2017.

[13] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1066

crise, tampouco lhe disponibilizava instrumentos que possibilitassem, de forma viável, seu reerguimento.[14]

A França possui destaque fundamental na elaboração dos institutos recuperatórios empresariais, visto que desenvolvia, constantemente, pesquisas sobre instrumentos normativos que possibilitassem a retirada saudável dos devedores empresários. Por outro lado, já se observava a ambição de preservar a atividade que trazia benefícios ao país.[15]

Em 25 de janeiro de 1985 foi promulgada, na França, a Lei n 85-98, que concebia o *redressement judiciaire*, embrião do instituto da atual recuperação judicial, em que se buscava ao máximo garantir a continuidade da empresa, até mesmo em detrimento dos interesses pessoais dos credores.[16]

> No direito francês, o legislador, no art. 10 da Lei 85/98, previu: "O procedimento de recuperação judiciaria destina-se a permitir 1) a salvaguarda da empresa, 2) a manutenção das atividades empresárias e do emprego e 3) o levantamento do passivo, iniciando-se com a apresentação de um plano, que será objeto de exame durante um período de observação, podendo prever ou a continuação da empresa ou a sua cessão.[17]

A axiologia normativa do instituto da recuperação judicial é, portanto, a preservação da atividade empresária, reconhecendo-a como geradora de empregos, atribuindo-a função social que vai além dos interesses particulares do empresário que a coordena. Tais características, conforme se verá adiante, estão presentes na Lei

---

[14] LIMA, Renata Albuquerque. A atuação do estado brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei de falências e de recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 69.

[15] FLORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 63.

[16] GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Recuperação judicial de empresas e falência. 2. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 112.

[17] GUERRA, Érica. O controle da legalidade sobre as decisões assembleiares na recuperação judicial. Disponível em: <https://ericaguerra.jusbrasil.com.br/artigos/121944100/o-controle-da-legalidade-sobre-as-decisoes-assembleiares-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 10 set. 2017.

nº 11.101/2005, que permitirá a reorganização das empresas recuperáveis, e o fim de suas atividades quando as falhas se demonstrem insuperáveis.[18]

Nos Estados Unidos da América, em 1978, foi o *Bankruptcy Reform Act*, em seu *Chapter 11*[19], que introduziu um tratamento aprimorado para a empresa que se encontrava em crise econômica financeira, reconhecendo-a como peça fundamental para o crescimento saudável da economia americana. Introduziu o modelo de *business reorganization*[20], que apontava a necessidade da preservação da empresa quando fossem acordadas, entre o empresário e seus credores, formas de quitar os débitos existentes.

Verifica-se que existe, na legislação americana, um instituto semelhante à recuperação de empresas tratada na Lei nº 11.101 de 2005, qual seja a *Reabilition Bankruptcy*, guiada pelos princípios *Absolute Priority Rule* e *Best Interests Test*, no qual o primeiro prioriza o pagamento dos credores que possuem garantias, e o segundo evidencia o dever do devedor empresário de quitar seus débitos com seus credores em montante não inferior ao assumido nas obrigações.

É curioso, entretanto, que no instituto recuperatório americano, o *Reabilition Bankruptcy*, caso estejam presentes os pressupostos para a sua solicitação, o Poder Judiciário poderá conceder o benefício, sem ter aprovação alguma dos credores.[21]

A admissão do instituto da recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, introduz o verdadeiro intuito de recuperar a atividade empresária em crise no país. Há a ambição de sanar as causas motivadoras da instabilidade econômica

[18] LIMA, Renata Albuquerque. A atuação do estado brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei de falências e de recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 81.
[19] GUERRA, Érica. O controle da legalidade sobre as decisões assembleiares na recuperação judicial. Disponível em: <https://ericaguerra.jusbrasil.com.br/artigos/121944100/o-controle-da-legalidade-sobre-as-decisoes-assembleiares-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 10 set. 2017.
[20] RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Peteffi. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 1, p.275, jan./jun. 2014.
[21] RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Peteffi. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 1, p.275, jan./jun. 2014.

financeira, seja causada por uma administração ineficiente ou por motivos externos, alheios à vontade do empresário.[22]

Importante destacar que o instituto é direcionado para aquelas empresas que não se encontram em estado irreversível, cuja manutenção no mercado é mais prejudicial do que benéfica à sociedade que a rodeia.[23]

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estimula à atividade econômica.[24]

E é nesses termos que a recuperação judicial se apresenta, como um dos instrumentos disponibilizados ao devedor empresário que demonstra não conseguir pagar diretamente seus passivos, para que este consiga se restabelecer. Suas obrigações serão satisfeitas de uma maneira menos danosa ao seu respectivo patrimônio, sempre cumprindo o estabelecido pelos credores, respeitando, na medida do possível, suas decisões.[25]

Ressalta-se que no artigo 2º da Lei nº11.101/2005[26] é disposto que determinadas empresas não são sujeitas aos institutos recuperatórios da Lei de

---

[22] VIANA, Thiago. Os efeitos da recuperação judicial sobre os créditos garantidos por cessão fiduciária de direitos creditórios. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 17, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15462>. Acesso em: 21 mar. 2018.

[23] RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Peteffi. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 1, p.284, jan./jun. 2014.

[24] BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

[25] PORTELA, Priscila Jales. *O instituto do "cramdown" na reorganização do Plano de Recuperação Judicial*: o abuso de direito de voto e a ineficácia do Judiciário. 2017. Disponível em: <https://escritoriobevilaqua.jusbrasil.com.br/artigos/454961241/o-instituto-do-cramdown-na-reorganizacao-do-plano-de-recuperacao-judicial-o-abuso-de-direito-de-voto-e-a-ineficacia-do-judiciario>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[26] Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da

Falências. Estas possuem efetiva atuação estatal, seja na composição de seu capital social, seja porque desempenham atividades distintas e estratégicas para alguma política econômica do Estado.[27]

Por outro lado, a Lei aduz em seu artigo 48 em quais condições o devedor empresário deve se encontrar à época do pedido de recuperação. Ausente qualquer causa impeditiva, poderá ser concedida a recuperação judicial.

Nos termos legais, é impedimento para a concessão do instituto estar falido, exceto se já foram extintos seus deveres legais, ter feito uso da recuperação judicial ou da recuperação judicial especial, instrumento recuperatório destinada as microempresas e empresas de pequeno porte, nos últimos cinco anos. Também é considerado impedimento a existência de condenação do empresário solicitante, de seu administrador ou sócio controlador, em qualquer dos crimes previstos na Lei de Falências e Recuperação Judicial.[28]

Há créditos, entretanto, não alcançados pela recuperação judicial, sendo estes previstos na Lei, e que estão, de modo direto, associados a um direito de propriedade. Os credores não atingidos, que possuem seus direitos reais incólumes, são aqueles que estão dispostos no §3º e §4º do art. 49 da Lei.[29]

---

sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

[27] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 766.

[28] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.1068.

[29] Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o §4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

Apesar de não serem submetidos ao instituto recuperatório, não podem remover do capital da empresa os bens que são fundamentais para o exercício da atividade empresária. Deve ser respeitado o prazo legal estabelecido no §4º do art. 6º da Lei de Falências e Recuperação Judicial, que traz a suspensão de prescrições, ações e execuções interpostas perante o devedor empresário, por cento e oitenta dias a contar da concessão da recuperação judicial.

A petição inicial é o primeiro movimento essencial e indispensável do empresário que ambiciona fazer uso da recuperação judicial e, por isso, a Lei lhe atribui uma série de requisitos comprobatórios que devem estar presentes na peça. Tais itens são fundamentais para demonstrar as causas da crise da atividade empresária, bem como as suas possibilidades de melhora e retomada benéfica ao mercado, além de evidenciar a empresa como necessária para o crescimento social e econômico no meio no qual está inserida.[30]

Em continuidade, serão intimados o Ministério Público e as Fazendas Públicas de todos os locais que o devedor empresário tem estabelecimento. O devedor empresário será dispensado de apresentar certidões negativas para continuar exercendo sua atividade, e obrigado a apresentar mensalmente demonstrativos de contas, sob pena de retirada dos administradores.[31]

O intuito de dar publicidade a situação em crise da atividade empresária, cujo o devedor requereu a recuperação judicial, é tamanha que será publicado um edital com uma breve síntese da exordial, da decisão que concedeu o processamento do instituto, a relação de credores com a especificação do valor atualizado e a classificação dos créditos. O edital também informará os prazos aos credores para

[30] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1078.
[31] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.1079.

habilitação e manifestação, com fulcro no art. 52, da Lei de Falências e Recuperação Judicial.[32]

Será então, interesse do devedor apresentar um plano de recuperação viável de ser cumprido, que demonstre aos credores a necessidade de considerar a renegociação de seus créditos. Afinal, a retirada da empresa em crise do mercado pode lhe causar, potencialmente, mais prejuízo do que vantagem.

Assim sendo, a recuperação judicial consiste em um devedor empresário, registrado há mais de dois anos, que solicita, judicialmente, a intermediação do Judiciário entre a empresa em crise e seus credores, para que seja alcançado um acordo capaz de satisfazer ambos, harmonizando os interesses das partes que se encontram em posições adversas, e mantendo-se a atividade empresária em funcionamento.

2.1.1 A Natureza Jurídica da Recuperação Judicial

Natureza jurídica é uma forma de agrupar institutos semelhantes, possibilitando a compreensão da incidência de determinados princípios e normas.[33] Assim sendo, precisar a natureza jurídica do instituto é instrumento didático,[34] que permite se atrelar ao estudo de outros instrumentos semelhantes, direcionando o

---

[32] Art. 52 Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:
§1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:
I– o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;
II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;
III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, §1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

[33] DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 66.

[34] GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. *Do juízo arbitral e a Administração Pública*. 2012. Disponível em<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigo&ver=2.41232&seo=1>. Acesso em: 23 set. 2017.

interprete da norma a um correto entendimento quanto à sua aplicação e funcionamento.

Há aqueles que concluem, que o instituto da recuperação possui manifesto aspecto contratualista, presente a interpessoalidade, visto que o devedor empresário e seus credores estarão, ativamente, mediando um acordo que torne viável o pagamento e o recebimento dos débitos.[35] A homologação do plano só se dará se presentes os pressupostos de existência de um negócio jurídico, quais sejam, agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em Lei.[36]

O instituto recuperatório determina a atuação ativa de todos os credores, representados pela assembleia geral de credores, que se manifestarão quanto a aprovação, alteração ou reprovação do plano de recuperação judicial. Há uma efetiva participação dos credores na concessão da recuperação judicial, enquanto que o magistrado está incumbido da tarefa de dirigir e homologar o plano, demonstrando a natureza contratual do instituto.[37]

Entretanto, aqueles que sustentam a natureza jurídica contratualista da recuperação judicial, se deparam com alguns obstáculos. Caso se julgue o plano de recuperação judicial um contrato entre o devedor empresário e seus credores, incidir-se-á sobre ele todos os princípios contratualistas norteadores das obrigações.[38]

Neste sentido, o princípio da liberdade das partes, ou da autonomia da vontade, no instituto recuperatório deverá ser preponderantemente preservado, sendo

---

[35] GUTIERREZ, Livia. Natureza jurídica do plano de recuperação judicial. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 set.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-14/livia-gutierrez-natureza-juridica-plano-recuperacao-judicial>. Acesso em: 23 set. 2017.

[36] GUTIERREZ, Livia. Natureza jurídica do plano de recuperação judicial. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 set.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-14/livia-gutierrez-natureza-juridica-plano-recuperacao-judicial>. Acesso em: 23 set. 2017.

[37] MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 94.

[38] GUTIERREZ, Livia. Natureza jurídica do plano de recuperação judicial. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 set.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-14/livia-gutierrez-natureza-juridica-plano-recuperacao-judicial>. Acesso em: 23 set. 2017.

importantíssimo que cada credor manifeste suas vontades e interesses quanto ao plano.

> O direito de contratar, então, estava sob a égide da autonomia da vontade, sendo as partes livres para contratar, vedada qualquer interferência estatal sobre o direito individual das partes contratantes. Assim, o princípio da liberdade das partes, ou autonomia da vontade, consiste na máxima da liberdade contratual entre os contratantes, ou seja, o poder que os contratantes têm de estipular livremente, mediante o acordo de vontades, a regulamentação de seus interesses.[39]

Nestes termos, não é possível caracterizar um instituto como exclusivamente contratual, caso ausente a manifestação de vontade de alguma das partes, sendo necessária sua anuência para a vinculação aos efeitos do contrato. Afinal, um contrato precisa ser concluído livremente para assegurar aos contraentes a possibilidade de requerer ao Estado qualquer intervenção, assegurando a execução das obrigações assumidas.[40]

Ocorre que na recuperação judicial existe a possibilidade de aprovação do plano de recuperação judicial, ainda que ausentes alguns credores, nos termos da Lei[41], quedando-se inerte um dos principais fundamentos do contrato, estando alguns credores submetidos, ainda que sem expressar sua vontade, ao que for decidido pela maioria que possua créditos a receber.

Assim, há quem entende que a recuperação judicial não pode ser classificada unicamente como de natureza contratualista, visto que não lida apenas com a

---

[39] ULIANA, Maria Laura. *Direito civil, contratos, princípios contratuais*: dos princípios tradicionais aos modernos. 2017. Disponível em: <https://mlu25.jusbrasil.com.br/artigos/450052172/direito-civil-contratos-principios-contratuais-dos-principios-tradicionais-aos-modernos>. Acesso em: 23 set. 2017.

[40] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3. p. 48.

[41] Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o §2º do art. 7º desta Lei.

§3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia- geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

vontade manifestada das partes, mas engloba, também, um conjunto de atos ordenados, dando ao instrumento recuperatório um caráter processual.

> O professor Jorge Lobo considera a Recuperação Judicial um "ato complexo", podendo ser analisada sob várias óticas, abrangendo um ato coletivo processual, um "favor legal" e uma obrigação ex lege. Ato coletivo processual porque as manifestações de vontade do devedor, através da petição inicial, e dos credores, declaradas tácita ou expressamente nas oportunidades em que a lei lhes concede tal direito, combinam-se de forma a originar uma vontade unitária, homogênea, sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário. Favor legal porque garante à recuperanda, atendidas as condições previstas em lei, o saneamento de sua crise econômico-financeira, possibilitando a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, o respeito ao interesse dos credores e o estímulo à atividade econômica, conforme prevê o artigo 47 da Lei n 11.101/05. Por fim, trata-se de obrigação ex lege porque, uma vez concedida, implica novação dos créditos anteriores ao pedido e vincula o devedor e todos os credores, sem prejuízo de suas garantias, nos termos do artigo 59, da LRF. Sobre o tema, Isabel Candelário Marcías faz importante advertência acerca da complexidade do instituto que ora se aborda. Salienta a doutrinadora que a recuperação judicial possui natureza mista, abrangendo fatores contratuais, processuais e sociais. Noutras palavras, o plano de recuperação judicial resulta de um ajuste entre o devedor e seus credores, o que evidencia seu caráter contratual, mas somente se aperfeiçoa mediante prestação jurisdicional no sentido de conceder o "favor legal", a partir da qual surgirão situações jurídicas novas, confirmando o caráter processual do instituto. Por fim, o caráter social advém, segunda a autora, da necessidade de o plano expor e justificar o nível e perspectiva de emprego, bem como as condições sociais para manter a atividade empresarial, o que o transforma em verdadeiro contrato social.[42]

A recuperação judicial com uma natureza jurídica mista, estabelece que a natureza contratual se manifesta nos atributos dados aos credores ao longo da Lei, enquanto que a natureza processual se encontra na sequencia de procedimentos que será coordenada pelo Judiciário, que devem seguir a execução prevista na legislação.

---

[42] VIANA, Thiago. Os efeitos da recuperação judicial sobre os créditos garantidos por cessão fiduciária de direitos creditórios. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 17, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15462>. Acesso em: 21 mar. 2018.

Trata-se de um instituto em que resta presente uma sequência de atos resultantes de negociações entre as pessoas interessadas, devedor empresário e credores, evidenciando sua característica contratual, mas com a participação efetiva do Judiciário, demonstrando sua índole processual, na qual a decisão judicial ensejará novas situações jurídicas.[43]

> Os privatistas afirmam que a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Privado, devido à sua natureza contratual. Os publicistas, que é um instituto de Direito Público, porque se materializa através de uma medida processual. Para mim, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, pois não se pauta pela ideia de Justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público, "caracterizando-se por uma unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método.[44]

Considerar-se-á, para esta pesquisa, a predominância da natureza jurídica mista, tanto contratualista quanto processualista, no instituto recuperatório em análise. Assim, trata-se de um pleito não contencioso, em que figura no polo ativo o empresário ou a sociedade empresária, que acordará sob todos os débitos da empresa em crise com seus credores, submetidos à análise e homologação judicial, na forma de um plano de recuperação judicial.

2.2 Princípios Estruturais da Recuperação Judicial

Importante evidenciar os princípios inseridos na legislação para reger o instituto recuperatório. Estes foram incluídos na norma almejando que uma empresa alcance um estado recuperacional equilibrado e harmonioso, preservando-a quando possível, mantendo sua função social como fonte produtora de bens e ou serviços, empregos e renda.[45]

---

[43] FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 232.

[44] LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência.* 6 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 176.

[45] RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Peteffi. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 1, p.275, jan./jun. 2014.

Ressalta-se que os princípios não se confrontam. Trata-se da hermenêutica jurídica, ou seja, não possuem singularidades que os impossibilitem de serem aplicados de forma conjunta, devendo o caso concreto ser investigado cautelosamente, para que lhe seja aplicado o princípio que mais convém ao Direito, alcançando assim o ideal legislativo.[46]

> A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem desce a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, s faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.[47]

Não restam dúvidas que os princípios auxiliam o intérprete do texto normativo positivado, adequando e mantendo o Direito, ainda que cada situação tenha suas particularidades, motivo pelo qual analisar a base principiológica da Lei nº 11.101 de 2005 é fundamental para a correta aplicação da recuperação judicial.[48]

O primeiro princípio a ser tratado será o princípio da diretriz para a observação das normas falimentares.[49] O princípio da preservação da empresa que se encontra disposto expressamente no artigo 47 da Lei, introduz ser fundamental a preservação da atividade empresária, para que o instituto recuperatório avance acertadamente.

---

[46] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 109.
[47] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 01.
[48] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 107.
[49] LIMA, Renata Albuquerque. A atuação do estado brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei de falências e de recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 91.

Este princípio, de extrema importância, introduz a visão de que a empresa possui uma responsabilidade social para com a comunidade que a cerca, necessitando de regras procedimentais efetivas, que assegurem e certifiquem o respeito de seus interesses, e da coletividade, ainda que esteja enfrentando uma crise econômica financeira.[50]

E é sob esta ótica que deve ser considerado o princípio da viabilidade econômica da empresa em crise. A empresa não deve ser colocada em um pedestal, devendo ser preservada a todo custo, visto que algumas não possuem realista possibilidade de recuperação. Há vezes em que sua manutenção pode ser mais prejudicial que sua retirada. Aludido princípio demonstra a preocupação da norma com o sistema econômico que rodeia a empresa, sendo a viabilidade econômica tão importante quanto a jurídica e a administrativa.[51]

> O empresário objeto de preocupação da recuperação judicial é aquela que, submetida a tal procedimento, tenha condições não apenas de cumprir suas obrigações e satisfazer os interesses de seus credores, mas também que tenham condições de dar continuidade aos seus negócios, de forma segura e estável, sem colocar em risco em curto período de tempo a fonte produtora e os empregos de seus trabalhadores.[52]

De igual importância, temos o princípio da prevalência dos interesses dos credores, que confere à aqueles que detém créditos para com a empresa em crise, efetiva participação na recuperação judicial. Tamanho é a autoridade dos credores no andamento do instituto recuperatório, que a Lei conferiu a eles o verdadeiro poder de deliberar sobre o futuro da empresa, por meio da assembleia geral de credores que,

---

[50] CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. A recuperação judicial de sociedade por ações o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 215.

[51] BRANDÃO, Ana. O princípio da viabilidade econômico-financeira aplicado no procedimento do contraditório. 2015. Disponível em: <https://anacarolbrandao.jusbrasil.com.br/artigos/215823146/o-principio-da-viabilidade-economico-financeira-aplicado-no-procedimento-em-contraditorio>. Acesso em: 08 jan. 2018.

[52] FLORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 117.

caso opte pela não aprovação do plano de recuperação judicial, será determinada a falência da empresa.[53]

Contudo, esse princípio deverá ser interpretado e aplicado em consonância com os demais, de forma que a satisfação pessoal de cada credor não ofenda o interesse coletivo da recuperação, resguardando a empresa que apresenta condições de se reerguer.

Verifica-se, também, o princípio da publicidade dos procedimentos, em que todos os interessados na recuperação judicial, seja o devedor empresário ou seus credores, devem ter conhecimento e acesso aos atos resultantes do instituto, de forma clara e acessível, para que o instituto se desenvolva de forma mais célere e eficiente.[54]

O princípio da *par condicio creditorum*, que tem o significado de "igual condição de crédito", é o fundamento que proporciona a paridade entre os credores da mesma classe. Não pode, assim, o devedor empresário tratar de forma privilegiada, por motivação pessoal, o pagamento de um crédito em detrimento de outrem.[55]

Em consonância, dispôs a II Jornada de Direito Comercial: "[...] 81. Aplica-se à recuperação judicial, no que couber, o princípio da *par condicio creditorum*".[56]

---

[53] KENJ, Natalie. A análise dos princípios norteadores na recuperação judicial e a importância do "par conditio creditorum". 2017. Disponível em: <https://nataliekenj12.jusbrasil.com.br/artigos/455848627/a-analise-dos-principios-norteadores-na-recuperacao-judicial-e-a-importancia-do-par-conditio-creditorum>. Acesso em: 08 jan. 2018.

[54] FLORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 124.

[55] GASPERINI, Marcella. Aplicação do princípio da par condicio creditorum à recuperação judicial. 2016. Disponível em: <https://marcellagasperini.jusbrasil.com.br/artigos/332829220/aplicacao-do-principio-da-par-condicio-creditorum-a-recuperacao-judicial>. Acesso em: 09 jan. 2018.

[56] JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 2., 2015, Brasília. Enunciados aprovados em plenária realizada no dia 27 de fevereiro de 2015. São Paulo: Conjur, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/enunciados-ii-jornada-direito-comercial.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2018.

Assim sendo, é vedado que durante a recuperação judicial haja qualquer violação a isonomia estabelecida entre aos credores. É conferido seriedade ao instituto, para que a empresa supere sua crise, reorganizando suas obrigações, sem que transmita insegurança a qualquer das classes.

Incidir-se-ão todos os princípios abordados no instituto da recuperação judicial, cabendo ao intérprete relativiza-los quando necessário. Nestes termos, o plano de recuperação judicial será a ferramenta determinante para possibilitar que a base principiológica atue em conformidade com o caso concreto.

2.3 O Plano de Recuperação Judicial

Um dos pilares do instituto recuperatório é o plano de recuperação judicial, documento crucial para se alcançar a tão almejada recuperação da atividade empresária. Este demonstrará não só a capacidade da empresa de se reerguer, como transparecerá aos credores a situação exata do devedor empresário, o que poderá conservar a sua credibilidade no mercado.[57]

Trata-se de uma declaração escrita do devedor empresário de sua situação econômica financeira. Em síntese, é um documento que apresenta e aponta todos os meios possíveis e viáveis para o reerguimento da empresa em crise, detalhando prazos e modos de quitação dos débitos, devendo ser subscrito por profissional legalmente habilitado, ou empresa especializada.[58] Justamente no plano de recuperação judicial que será detalhadamente apresentado aos credores as medidas que devem ser tomadas para sanar a crise administrativa, econômica ou financeira.[59]

Após a devida apresentação da exordial, presente as formalidades, o magistrado concederá o processamento da recuperação judicial, e a empresa em crise

[57] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 127.
[58] MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 105.
[59] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.1081.

terá o prazo improrrogável de sessenta dias para apresentar o plano. Percebe-se que o *animus* do instituto é ser célere e de trâmite descomplicado.[60]

No plano incidirá, também, o princípio da viabilidade econômica da empresa em crise, em que será observada a realidade econômica da atividade,[61] o que é primordial, visto que o instituto lida com atividades mercantis em constante movimento. O plano, portanto, deve possibilitar o soerguimento da empresa, de uma forma que essa evidencie sua capacidade de seguir existindo no mercado, de forma produtiva e favorável para a sociedade.

> O legislador e o aplicador da lei não podem desconhecer a realidade econômica em que vivem e que pretendem normatizar e direcionar. Não basta conhecer os textos da Constituição, que muitas vezes são até mesmo ignorados, não basta ter lido alguma vez os textos legais que criam instituições e lhes atribuem competências. É necessário também conhecer a realidade e viver a realidade a que se referem aqueles textos.[62]

Por tais motivos é que a norma se interessa em disponibilizar ao devedor empresário, a capacidade de elaborar um plano nas condições em que lhe for apropriada, desde que presente todas as determinações do art. 53 e 54 da Lei de Falências e Recuperação Judicial. Destaca-se que a participação dos credores é imprescindível para que o instituto recuperatório alcance corretamente a sua finalidade.[63]

A Lei indica meios, nos incisos do seu artigo 50, para que o devedor empresário supere a instabilidade de sua atividade, podendo o solicitante reunir mais de um meio disponibilizado, bem como apresentar a forma que entenda adequada para recuperar a sua empresa.

---

[60] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1076.
[61] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 117.
[62] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro. Forense, 2014. p. 42.
[63] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1082.

> O art. 50, da Lei n.11.101/2005, sugere, em 16 incisos, formas de recuperação judicial, meios dos quais o devedor empresário poderá se valer para superar a sua crise econômico-financeira. O referido dispositivo, expressamente, afirma que os meios elencados são meramente exemplificativos, pois estão facultados "entre outros". Verdadeiro rol aberto foi estatuído pela regra do art. 50, o qual alerta, ainda, que o meio escolhido deverá observar a legislação aplicável. É livre, portanto, o meio empregado para se promover a recuperação judicial do devedor empresário, não sendo necessário que o escolhido coincida com as sugestões elencadas no art. 50, da Lei n.11.101/2005.[64]

Assim, após apresentado o plano, será publicado edital com o intuito de comunicar aos credores que este está disponibilizado para que, no prazo de trinta dias, qualquer credor possa se manifestar. E é neste momento que pode haver objeções dos credores ao plano de recuperação judicial, e a possibilidade de o Judiciário intervir nas decisões, visto que no caso de negatória de qualquer credor ao plano apresentado, o magistrado convocará a assembleia geral de credores para decidir o futuro daquela empresa; se será, ou não, concedida a recuperação judicial.

3 ÓRGÃOS ESPECÍFICOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A estrutura organizacional administrativa da recuperação judicial envolve cinco órgãos, o juiz, o Ministério Público, o administrador judicial, o comitê de credores e a assembleia geral de credores. Os três últimos órgão mencionados são exclusivos dos instrumentos falimentares.[65] A participação e interação dos órgãos torna possível preservar a atividade empresária, de forma que cada um terá atribuição especifica e indispensável, visto a quantidade de assuntos ajustados durante a recuperação, e a relevância de trata-los da maneira adequada.[66]

---

[64] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1074.

[65] FILARDI, Rosemarie Adalardo. *Órgãos específicos da administração da falência e da recuperação judicial das empresas.* 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

[66] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 131.

Ambicionando uma gestão ponderada pela imparcialidade e racionalidade, capaz de alcançar um bom resultado com a aplicação do instrumento recuperatório, o juiz é investido, pela Lei, de funções judicantes e administrativas.[67]

As funções judicantes estão relacionadas aos atos do juiz no modo geral, ou seja, às atribuições dispostas no ordenamento que definem como se dará a participação do magistrado no exercício de sua jurisdição. Temos, como exemplo, o deferimento do processamento da recuperação, bem como a sua concessão, as citações e intimações, a convocação da assembleia geral de credores, dentre outros atos.[68]

Já as funções administrativas dizem respeito a capacidade de gerir e direcionar o andamento da recuperação judicial, buscando a todo tempo maximizar o passivo para liquidar o ativo da empresa em crise.[69] À título de exemplo desta modalidade de função do magistrado, temos o estabelecimento de remuneração dos auxiliares do administrador judicial, que deverá analisar a dificuldade do trabalho e o valor pago em média no mercado, havendo a prática do arbítrio judicial,[70] nos temos do artigo 22 e §1º da Lei.[71]

> A figura do juiz, na recuperação judicial, destarte, não se demonstra passiva, como se fora mero homologador das decisões da assembléia geral ou do comitê dos credores, ou ainda do administrador judicial. Atuando no processo, ele o preside, devendo avaliar as circunstancias que envolvem cada

[67] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 132.
[68] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 133.
[69] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 132.
[70] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 873.
[71] Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:
§1ºAs remunerações dos auxiliares do administrados judicial serão fixadas pelo juiz, que considerará a complexidade dos trabalhos a serem executados e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

> caso, devendo agir com liberdade e competência, na formação do seu convencimento, ciente de que seus atos são passíveis de recurso. Ele pode perfeitamente vetar resoluções dos credores se contrárias à lei ou ao interesse coletivo que a massa envolva. É assim que o juiz pode, por ex., vetar a realização do ativo aprovada pelos credores, por modalidade outra que não a prevista na lei, conforme disposto no art. 145, desde que tal ato resulte em injusto sacrifício aos legítimos interesses da maioria.[72]

Importante destacar que o foro competente para o processamento da recuperação será aquele do principal estabelecimento da empresa em crise, em que se concentra as negociações. No caso de empresas que possuem suas sedes no exterior, será competente o foro em que se encontra localizada a filial no Brasil, nos termos da Lei.[73]

Já o *Parquet* atua na recuperação judicial velando pelos interesses da sociedade, visto a função social da atividade empresária, desde que disposto na letra da Lei que é admissível a sua participação.[74] Esta atuação não se limita a verificar a correta aplicabilidade da norma, ser fiscal da Lei, mas, também, age impulsionando o instituto para que os instrumentos sejam utilizados de forma adequada e proveitosa para a toda a sociedade, vide o artigo 127 da Constituição Federal.[75]

Neste sentido, o Ministério Público tem o dever de resguardar os interesses sociais, sendo a empresa centro da coletividade que a cerca por promover empregos

---

[72] ZUCCHI, Maria. O papel do judiciário na recuperação judicial. *Revista do curso de mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 29, n. 2, p.91-101, jul./dez. 2009. p. 93.

[73] Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

[74] LOPES, Rénan Kfuri. O Ministério Público na Recuperação Judicial e na Falência. Disponível em:< http://www.lex.com.br/doutrina_26625022_O_MINISTERIO_PUBLICO_NA_RECUPERACAO_JUDICIAL_E_NA_FALENCIA.aspx>. Acesso em: 25 set. 2017.

[75] Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2018.

e movimentar a economia. Assim, a atuação ministerial deverá ser respaldada no princípio da preservação da atividade empresária, de forma que seus atos terão o propósito de amparar as finalidades sociais da norma.[76]

A Lei nº 11.101/05, portanto, concede a este órgão atributos administrativos, e funções singulares de quem configuram como parte nos autos,[77] fazendo-o atuar além do típico dever de fiscal da Lei, mas como verdadeiro impulsionador do procedimento recuperatório. Após intimado para estar informado do deferimento do processamento da recuperação judicial, nos termos do inciso V, do artigo 52 da Lei, sua participação tem início.[78]

Diversos serão os atos do *Parquet*, tendo legitimidade para impugnar créditos, para agir requestando alterações no quadro geral de credores, bem como podendo requerer a substituição do administrador judicial, ou de membros do comitê de credores, dentre outros. Jurisprudencialmente, há entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça quanto a atuação do *Parquet* nas ações de recuperação judicial, de forma que sua atuação só é obrigatória quando prevista em Lei.

Nessa perspectiva, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça julgou, tendo como Ministro Relator Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, um Agravo Regimental no Agravo de Instrumento,[79] em que foi concluído, por unanimidade, que a

---

[76] LOPES, Rénan Kfuri. O Ministério Público na Recuperação Judicial e na Falência. Disponível em:< http://www.lex.com.br/doutrina_26625022_O_MINISTERIO_PUBLICO_NA_RECUPERACAO_JUDICIAL_E_NA_FALENCIA.aspx>. Acesso em: 25 set. 2017.

[77] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 875.

[78] Art. 52 Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[79] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AgRg no Ag 1328934 GO 2010/0130355-8*. Quarta Turma. Agravante: Ministério Público do Estado de Goiás. Agravado: Sandoval Pereira de Almeida. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasilia, 04 de novembro de 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153677822/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1328934-go-2010-0130355-8>. Acesso em: 02 out. 2017.

intervenção do Ministério Público só é obrigatória quando aduzir a Lei, de forma terminante e categórica.

Portanto, destaca-se que a participação do Ministério Público está intimamente ligada ao que traz a norma, não podendo este agir além das imposições legais. Até porque o instituto em análise possui consideráveis características contratualistas, devendo a atuação ministerial intercorrer de forma escassa, mas produtiva, nos momentos em que alguma situação pode vir a prejudicar o interesse social.

O juiz nomeará profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada, nos termos no artigo 21 da Lei de Falências e Recuperação Judicial,[80] para ser o administrador judicial. A norma almeja alguém que consiga exercer a profissionalidade, sem qualquer tipo de interesse individual nos seus atos, o que, em tese, auxiliará de modo efetivo o magistrado a conduzir a recuperação.

Com a concessão do instituto, o devedor empresário continua direcionando a empresa em crise econômica financeira, ele não será afastado da sua função. Entretanto, sua coordenação e administração será fiscalizada pelo administrador, que só irá intervir na gestão quando efetivo for o risco do empresário colocar em ruína a recuperação, bem como informará o juiz qualquer descumprimento do plano.[81]

Sua atuação se dará por vigiar e elaborar relatórios sobre o andamento da recuperação judicial, bem como verificar se está sendo devidamente cumprido o estabelecido no plano, devendo, inclusive, requerer ao juiz falência em caso de descumprimento.

---

[80] Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

[81] FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 63.

O entendimento jurisprudencial quanto a participação do administrador judicial, reforça a sua significativa contribuição como auxiliar da Justiça. Deve a sua relação com o juiz ser preservada e desenrolar-se conforme a Lei, visto que esta reveste-se com as melhores diretrizes para a recuperação da empresa e delineia, de forma ímpar, sua atuação na recuperação judicial.

Nesse sentido, ao julgar um Agravo de Instrumento,[82] a terceira turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, sendo Relator o Desembargador Flavio Rostirola, proferiu que as funções atribuídas ao administrador na recuperação judicial exigem expressivos conhecimentos no ramo do Direito Empresarial. Contudo, deve se ressaltar que sua atuação nesse instituto recuperatório não envolve atos de gestão, ou seja, este não conduz a atividade empresária, continuando o empresário a gerenciar a empresa.

Quanto ao comitê de credores, trata-se de órgão opcional,[83] não sendo obrigatória sua constituição para que a recuperação judicial avance. É constituído por três pessoas,[84] sendo elas, respectivamente, o representante da classe dos credores de créditos trabalhistas, dos credores com garantia real e os credores quirografários, de forma que cada representante será acompanhado por dois suplentes, nos termos do artigo 26 da Lei.

> No que toca às atribuições dos membros do Comitê, tem-se que sua missão será fiscalizar a gestão do empresário submetido ao processo de recuperação, identificando a situação de crise econômico-financeira do empresário, fornecendo informações e subsídios para o Juiz e à Assembleia Geral de Credores, para que esta possa deliberar acerca da viabilidade daquele, conforme artigo 27 da LRE. Além disso, deverá fiscalizar a prestação de contas do Administrador

[82] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. *AI 20140020319182AGI (0032444-32.2014.8.07.0000)*. Terceira Turma Cível. Agravante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Agravado: Mais Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. Relator: Des. Flavio Rostirola. Brasília, 13 de maio de 2015 Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 02 mar. 2018.

[83] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 139.

[84] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 138.

> Judicial, denunciando eventual problema ou abuso por parte deste, para que o processo siga o trâmite célere e seguro, bem como para que se garanta o efetivo cumprimento da lei de regência.[85]

Breviário, este órgão trata da preservação do interesse dos credores que, subsidiariamente, acaba por cooperar com o correto deslinde da recuperação, visto sua atuação de apoio para com a assembleia geral de credores. Suas principais funções são a de fiscalizar o desempenho do devedor empresário, verificando se esta sendo devidamente executado o disposto no plano de recuperação judicial.[86]

Neste sentido, a assembleia geral de credores é o órgão por meio da qual a Lei conferiu aos credores consideráveis poderes decisórios. Suas atribuições possuem capacidade direcionadoras do curso da recuperação, visto que as renegociações das dívidas do devedor empresário integram a sustentação do reerguimento saudável da atividade.[87]

> A Assembleia Geral de Credores (sigla AGC) é órgão (re) instituído pela Lei 11.101 de 2005, que proporciona que a decisão acerca da viabilidade da recuperação judicial seja aferida em favor do interesse coletivo dos credores, possuindo, justamente por essa acepção ligada à coletividade natureza jurídica do órgão.[88]

A assembleia foi encarregada de aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial, apresentado pelo devedor empresário. Possui a faculdade de constituir o comitê de credores, escolhendo os seus membros e os substituindo, caso haja necessidade. Também foi incumbida de lidar com o pedido de desistência da recuperação judicial após concedido o seu processamento, bem como deve indicar

---

[85] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 139.

[86] MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 133.

[87] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 144.

[88] PORTELA, Priscila Jales. *O instituto do "cramdown" na reorganização do Plano de Recuperação Judicial*: o abuso de direito de voto e a ineficácia do Judiciário. 2017. Disponível em: <https://escritoriobevilaqua.jusbrasil.com.br/artigos/454961241/o-instituto-do-cramdown-na-reorganizacao-do-plano-de-recuperacao-judicial-o-abuso-de-direito-de-voto-e-a-ineficacia-do-judiciario>. Acesso em: 05 mar. 2018.

alguém para ser gestor judicial, caso o devedor empresário seja afastado da atividade.[89]

> Tem-se um processo em que há um autor e nenhum réu, já que os credores que vierem a ser alcançados pela nova fórmula de pagamento dos débitos, o plano de recuperação judicial, são os juízes da causa, e não os seus réus. Diante disso, conclui-se que o devedor empresário, registrado há mais de dois, que esteja em crise econômico-financeira, poderá requerer em juízo sua recuperação judicial; uma vez deferido o processamento, poderá apresentar proposta alternativa de pagamento dos seus débitos, situação em que os credores serão intimados da proposta e poderão acata-la ou não. Ao juiz incumbirá dirigir o feito e ratificar as deliberações dos credores, observando os ditames legais quanto ao procedimento e aos pressupostos formais e materiais.[90]

É órgão deliberativo com natureza de ação[91], de forma que há que se abordar as formas de convocação da assembleia, sua instalação, os meios de funcionamento e os instrumentos de voto. Percebe-se que em qualquer matéria que possa, de alguma forma, acometer os direitos e interesses dos credores, a norma se preocupou em inseri-los nas tomadas de decisões, justamente porque é direito deles, e dever do devedor, ver satisfeita as obrigações assumidas.

A convocação da assembleia trata do chamamento dos credores para tomarem uma decisão, após certa reflexão e análise do assunto proposto, nos termos nos termos do artigo 36, §2º da Lei. da Podendo ser motivada de ofício pelo juiz, ou requerida pelos próprios credores, a ato de convocação é de competência exclusiva do magistrado, podendo os outros órgãos requererem judicialmente.[92]

A sua primeira manifestação dar-se-á caso qualquer credor oponha oposição ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor empresário, devendo ser

---

[89] MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 140.
[90] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1066.
[91] FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 79.
[92] FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 80.

convocada a assembleia pelo magistrado. Para divulgar a assembleia geral de credores, o edital de publicação será promovido em jornais de grande circulação, e nas localidades que se encontra a sede ou a filial da empresa que requereu a concessão da recuperação, para que se atinja o maior número de credores possíveis.[93]

Dessa forma, o quórum de instalação necessário são aqueles credores que possuem metade mais um de créditos de cada classe. Caso não se alcance o quórum necessário, haverá uma segunda convocação dos credores, de forma que essa será instalada independente da quantidade de credores que comparecerão, não podendo acontecer em menos de cinco dias depois da primeira convocação.[94]

Sua composição é formada pelas diversas classes de credores, tanto os de créditos trabalhistas, quanto os quirografários, os dos que possuem crédito com garantia real e os titulares de créditos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte. Os credores podem enviar representantes legalmente constituídos em seu lugar, desde que demonstrem ao administrador judicial, vinte e quatro horas antes da reunião, o documento que comprova os poderes. [95]

A assembleia será presidida pelo administrador judicial. Entretanto, caso ele esteja afastado, a presidência será daquele credor que possua mais créditos,[96] que deverá registrar todas as decisões em uma ata. A ata será assinada por ele, pelo devedor empresário e por, pelo menos, dois membros de cada classe de credores, devendo ser encaminhada posteriormente ao juiz, bem como a lista de presenças, nos termos da Lei.[97]

---

[93] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1084.
[94] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1084.
[95] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 146.
[96] MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 142.
[97] Art. 37. A assembléia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretario dentre os credores presentes.

Importante destacar como se dá a votação dos credores, visto que a norma traz situações singulares para os credores trabalhistas e os credores com garantia real. Os titulares de créditos com natureza trabalhista votam perante o valor integral de seus créditos, justamente para impedir uma ordem de pagamento privilegiada, visto a função que cada pessoa exercia, ou seja, impossibilitar a elitização destes créditos.[98]

> Importante destacar, com esteio no artigo 38, da LRE, que cada credor terá direito ao voto proporcionalmente ao valor de seu crédito, salvo na hipótese dos titulares de créditos de natureza trabalhista, cuja votação se dá com a presença de cada titular, independentemente do valor de seus créditos, como preceitua o §2º, do artigo 45, da LRE. As deliberações da AGC devem seguir um mecanismo interessante de votos. Primeiro, os credores votam para eleger os representantes de cada classe, para, depois, iniciarem a votação sobre as matérias constantes do artigo 35, da LRE. Em ambos os casos, somente terão direito ao voto aqueles credores que forem arrolados pelo Administrador Judicial, nos termos do artigo 39, da LRE. Excetuadas as que decidirão acerca do Plano de Recuperação, as demais deliberações serão tomadas por meio de aprovação da maioria dos votos dos que nela estiverem presentes, cada qual, como dito, tendo o peso de seu voto condizente com o valor de seu crédito.[99]

Assim sendo, as deliberações quanto ao plano de recuperação judicial consistem em um outro tipo de votação, diz respeitando a considerar cada credor, trata-se de um quórum especial, onde todas as classes deverão aprovar o disposto no plano.[100]

---

§7º Do ocorrido na assembléia, lavrar-se-á ata que conterá o nome dos presentes e as assinaturas do presidente, do devedor e de 2 (dois) membros de cada uma das classes votantes, e que será entregue ao juiz, juntamente com a lista de presença, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[98] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 147.

[99] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 148.

[100] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 148.

O importante papel da assembleia é a sua interação com o devedor empresário, almejando o manter no mercado, de forma que caso não consinta com o disposto no plano, pode propor alterações. O devedor empresário sempre se manifestará quanto ao conteúdo inserido ou retirado do plano, visto que ele é quem, teoricamente, mais sabe sobre as possibilidades de cumprir o que está sendo determinado. [101]

Há uma única hipótese, prevista em Lei, em que o Juiz concederá a recuperação judicial, ainda que não seja aprovado o plano por todas as classes de credores. Trata-se da situação em que o plano é aprovado pela maioria dos presentes, ou por pelo menos duas das três classes ali formadas. Caso só tenha duas classes de credores, considerar-se-á a aprovação de uma classe e um terço da outra, desde que não possua tratamento diferenciado aos credores da mesma classe.[102]

> Nesse caso, numa espécie de *cramdown*, o Juiz poderá submeter aos credores o Plano apresentado pelo devedor, desde que a estrutura daquele não importe em tratamento diferenciado entre os credores, consoante norma do §1º, do artigo 58, da LRE, em rara hipótese que a Lei atribui expressamente ao Juiz, limitando-o ao disposto no §2º, do mesmo artigo.[103]

Em geral, percebesse que a viabilidade econômica da atividade é posta de lado. Afinal, ainda que o plano de recuperação judicial demonstre, de modo claro e evidente, a possibilidade de reerguimento da empresa, a potencial bem-sucedida recuperação restará condenada, importando puramente se os credores aprovam ou rejeitam o plano.

> Ainda procedendo à análise da AGC, vale expor que é seu procedimento dividido em três fases, quais seja a fase postulatória (fase em que haverá o requerimento do benefício);

---

[101] FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 245.

[102] PORTELA, Priscila Jales. *O instituto do "cramdown" na reorganização do Plano de Recuperação Judicial*: o abuso de direito de voto e a ineficácia do Judiciário. 2017. Disponível em: <https://escritoriobevilaqua.jusbrasil.com.br/artigos/454961241/o-instituto-do-cramdown-na-reorganizacao-do-plano-de-recuperacao-judicial-o-abuso-de-direito-de-voto-e-a-ineficacia-do-judiciario>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[103] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 149.

> fase deliberativa (caracterizada pela elaboração e aprovação ou rejeição do plano) e fase executória (cumprimento do plano de recuperação judicial aprovado em juízo).[104]

O foco da análise dessa pesquisa, se dá, portanto, na fase deliberativa, quando não há um consenso entre o devedor empresário e a assembleia geral de credores, estando o destino da empresa em crise econômica financeira nas mãos de um único órgão.

4 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988,[105] nos apresenta a divisão política dos poderes da União, quais sejam o Executivo, Legislativo e Judiciário. Destacar-se-á o Judiciário, instituição responsável por conduzir a Justiça a todos aqueles que possuem a razão, pelos olhos da Lei, conforme os princípios e com todo o ordenamento jurídico.

Toda a organização do Poder Judiciário está disposta no título IV, capítulo III da Carta Magna. O sistema foi estruturado com o intuito de possibilitar ao Judiciário exercer a jurisdição, termo oriundo das palavras *juris* e *dicere*, que em latim significam, respectivamente, "Direito" e "dizer", ou seja, dizer o direito.[106]

Quando o Judiciário exerce a sua jurisdição, portanto, tutela-se o direito, ainda que em potencial, de algum individuo. É mais do que mero poder concedido aos magistrados, sendo de fato um dever, em que estes deverão dizer o direito aplicável ao caso concreto mediante provocação das partes. Assim, inexiste mais a autodefesa, passando ao Estado a responsabilidade exclusiva de tutelar todos os

---

[104] PORTELA, Priscila Jales. *O instituto do "cramdown" na reorganização do Plano de Recuperação Judicial*: o abuso de direito de voto e a ineficácia do Judiciário. 2017. Disponível em: <https://escritoriobevilaqua.jusbrasil.com.br/artigos/454961241/o-instituto-do-cramdown-na-reorganizacao-do-plano-de-recuperacao-judicial-o-abuso-de-direito-de-voto-e-a-ineficacia-do-judiciario>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[105] Art. 2º. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[106] OLIVEIRA, Isaac. *Jurisdição e competência em processo penal*. 2018. Disponível em: <https://isaacoliveira91.jusbrasil.com.br/noticias/524643107/jurisdicao-e-competencia-em-processo-penal>. Acesso em: 25 jan. 2018.

conflitos que lhe são apresentados, visto o monopólio de jurisdição, devendo pronunciar o direito aplicável a aquele fato que se concretizou na realidade.[107]

> Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referencia aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracteriza a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados.[108]

E é neste sentido que examinar o comportamento do Poder Judiciário frente ao instituto recuperatório exige cautela e concentração. A Lei de Falências e Recuperação Judicial é rígida e inflexível quanto a determinados atos do magistrado frente as decisões da assembleia geral de credores, sendo este o órgão considerado soberano para decidir o futuro da atividade.[109]

A atuação do magistrado no instituto recuperatório judicial, é hora considerada administrativa, e hora reveste-se do poder judicante. Não restam dúvidas que aos credores, com base na aplicação rigorosa da Lei, foi incumbida a tarefa de averiguar a viabilidade econômica do plano de recuperação apresentado pelo devedor empresário, podendo ser decretada sua falência, caso a assembleia considere esse o instrumento mais efetivo para tratar da crise.[110]

Reforça-se que a recuperação judicial tem como espinha a preservação da empresa, como elemento benéfico a toda a sociedade, a conservação do trabalho de

---

[107] CAMPOS, Corine. *Direito de ação*: princípio da inafastabilidade da jurisdição. 2003. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1067/Direito-de-Acao-Principio-da-Inafastabilidade-da-Jurisdicao>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[108] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 946.

[109] KFOURI NETO, Miguel; GONÇALVES, Claudia de Lurdes da Silva. A intervenção do judiciário nas decisões da assembleia geral de credores que deliberam sobre a concessão da recuperação judicial. In: CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI, 6., 2015, São Paulo. *Ética, ciência e cultura jurídic*a. São Paulo: FEPODI, 2015. p. 32-41. p. 33.

[110] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 152.

todos aqueles que atuam na atividade, bem como preza pela movimentação da economia.

4.1 O Magistrado como órgão tão somente com atribuições homologatórias

A norma, ao tratar da concessão da recuperação judicial, foi precisa quanto a atuação dos credores. Provavelmente para dinamizar e possibilitar que o instituto recuperatório se desenrolasse desembaraçadamente, sem mais protelações judiciais, sendo a eles incumbido a tarefa de decidir quanto a concessão ou não do instituto recuperatório.[111]

Sob esse hedge é suprema a manifestação dos credores, não podendo ser contrariada visto o principio da legalidade, não devendo a Lei ser interpretada da forma mais compatível com cada caso. O futuro de todas as empresas em recuperação, independentemente de quais sejam as causas motivadoras de sua crise econômica financeira, estarão nas mãos dos credores.

> Analisando do ponto de vista da autonomia da assembleia geral dos credores, parece equivocado o fato do judiciário interferir nas concessões ou acréscimos de juros e correções no plano de recuperação judicial, uma vez que, não há melhor defensor dos interesses da recuperação que os próprios credores. Dessa forma, com o acordo financeiro realizado, com um consenso entre as partes, sem que haja vício na vontade, não existe motivo para uma análise do mérito no âmbito econômico-financeiro do plano de recuperação.[112]

É uma perspectiva que merece cuidado, já que, na realidade, a recuperação judicial é um instituto que não trabalha tão somente com interesses particulares, mas com repercussões que impactarão em toda a coletividade. Assim, a questão se deve o Poder Judiciário manter a sua atuação de meramente delinear o desenvolvimento das

---

[111] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 149.

[112] FERREIRA, Erick. A soberania da Assembleia Geral dos Credores e o Controle de Legalidade. 2016. Disponível em: <https://erick1994.jusbrasil.com.br/artigos/332719181/a-soberania-da-assembleia-geral-dos-credores-e-o-controle-de-legalidade>. Acesso em: 05. Mar. 2018.

etapas do instrumento recuperatório, ou oferecer efetiva participação na recuperação da empresa enseja debates.

> Sob essa ótica, não caberia ao magistrado interferir na nova relação negocial que se estabelece entre o devedor e os credores, pois, primeiro, estes são os maiores interessados e detentores do direito patrimonial disponível ali discutido e, segundo, as projeções de sucesso do plano e os graus de renúncia e tolerância estabelecidos não são questões jurídicas.[113]

De fato, há predominante entendimento de que a atuação do magistrado é limitada ao estrito exame da legalidade dos atos, sendo as decisões da assembleia geral de credores soberanas quanto a viabilidade econômica da atividade empresária.

> A recuperação judicial, no ordenamento jurídico pátrio, através do plano de recuperação, submetido ao crivo da assembleia de credores, traça o caminho a ser perquirido pelo empresário ou sociedade empresária, com a ingerência do Poder Judiciário na homologação e supervisão do cumprimento de preceitos legais, sendo suprema a vontade manifestada pelos credores de preservar a empresa.[114]

Percebe-se o Judiciário como mero ente homologador, de forma que a própria Lei[115] definiu a possibilidade de intervenção do magistrado na análise do plano de recuperação judicial, expondo o denominado *cramdown* brasileiro, não havendo outra possibilidade do magistrado intervir se não nos casos abordados pela norma.

---

[113] LIMA, Luciana Takashi de Oliveira. *Juiz deve limitar-se à análise formal de plano de recuperação judicial*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-03/luciana-lima-juiz-checar-formalidade-plano-recuperacao>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[114] GUERRA, Érica. *O controle da legalidade sobre as decisões assembleiares na recuperação judicial.* Disponível em: <https://ericaguerra.jusbrasil.com.br/artigos/121944100/o-controle-da-legalidade-sobre-as-decisoes-assembleiares-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 10 set. 2017.

[115] Art. 58 Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido de forma cumulativa:

I - o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II - a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III - na classe que houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§1º e 2º do art. 45 desta Lei. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

Limitadíssimas são, assim, as oportunidades para que o magistrado supere as decisões tomadas pela assembleia geral de credores.

> Ora, da leitura do artigo já se pode observar o quão limitada é a possibilidade que tem o juiz de superar o voto assemblear, sendo indispensável que todas as condições postas nos incisos do artigo 58 estejam presentes para que seja possível a análise da aprovação do plano. Não há liberdade quanto à análise do limite do que seja abuso de direito de voto dos credores. Não há análise mais aprofundada da viabilidade econômica do plano. Não há, sequer, a análise se o voto dos credores ocorreu em conformidade com a solução de mercado. O magistrado não se mostra livre, desta feita, para a concessão da recuperação judicial em caso de reprovação pelos credores, só o podendo o fazer no caso de ter havido aprovação substancial dos credores ao plano, tendo alcançado uma "quase aprovação" na AGC. Desde já se mostra claro que o suposto cram down brasileiro não possui de correta nem ao menos a denominação, sendo muito mais um mero quórum alternativo aferido mediante operação matemática simples de contagem de votos .[116]

Neste sentido, face as eventuais incoerências da aplicação das normas abstratas dispostas na Lei de Falências, com a obtenção de reais reerguimentos de empresas em crises econômicas financeiras, vem sendo aprimorada a aplicação do instituto, refletindo cada vez mais sobre o caráter interventivo da atuação judicial.

4.2 O Magistrado como órgão com atribuições interventivas

Há aqueles que não compreendem as atribuições do magistrado no instituto recuperatório como puro e simples órgão homologador das decisões da assembleia. Nessa perspectiva, se relativiza o principio da soberania das decisões dos credores em face do principio da preservação da empresa.[117]

---

[116] PORTELA, Priscila Jales. *O instituto do "cramdown" na reorganização do Plano de Recuperação Judicial*: o abuso de direito de voto e a ineficácia do Judiciário. 2017. Disponível em: <https://escritoriobevilaqua.jusbrasil.com.br/artigos/454961241/o-instituto-do-cramdown-na-reorganizacao-do-plano-de-recuperacao-judicial-o-abuso-de-direito-de-voto-e-a-ineficacia-do-judiciario>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[117] FILARDI, Rosemarie Adalardo. *Órgãos específicos da administração da falência e da recuperação judicial das empresas.* 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

Surgem debates acerca das deliberações da assembleia geral de credores e a atuação do magistrado. A resolução do problema poderia ser encontrada, talvez, na aplicação aperfeiçoada do principio da preservação da empresa que demonstrar a sua capacidade de reerguimento, de forma que aquelas que não possuem condições de se conservarem no mercado devem ser removidas.

> Coloca-se a preservação da empresa como cerne dessa Lei de Recuperação e Falência de Empresas. E mais, devendo ser erguido como princípio-diretriz, a embasar a interpretação e a aplicação dessas normas. É nesse sentido que o organismo empresarial deve almejar, sob o auspício do Poder Judiciário e de todos os envolvidos nesse processo de recuperação da empresa, o equilíbrio entre a eficiência econômica, por meio de atos como transferência do controle acionário da empresa, fusões, incorporações, cisões, redução salarial etc., e, ao mesmo tempo, a manutenção da fonte produtora, como forma de dignificação das relações humanas.[118]

Todos os que recorrem ao Judiciário objetivam um processo recuperatório que se desenvolva de forma equânime e fundamentada. Assim, não deve ser única e exclusivamente aplicado ao caso concreto uma norma, literal e objetiva, sem o estudo e diagnóstico singular da situação econômica financeira da empresa solicitante.

Por tratar-se de um instituto de natureza mista, com cunho contratual e processual, a recuperação judicial deve ser compreendida, também, sob o enfoque da estrutura principiologica que possibilite o alcance dos objetivos da Lei. Ou seja, determinados princípios do ordenamento far-se-ão presentes, e serão aplicados constantemente pelo Judiciário na construção e na efetivação do direito, independentemente do ramo.[119]

Não é descartado o cunho contratual do plano de recuperação judicial, de forma que a autonomia da manifestação da vontade dos contraentes encontra-se, também, submetidas aos princípios contratuais, possibilitando ao Judiciário intervir e

---

[118] LIMA, Renata Albuquerque. A atuação do estado brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei de falências e de recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 97.

[119] HORA, Rodrigo Santos da. A principologia como base fundamental. Conteúdo Jurídico. Brasília. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-principiologia-como-base-fundamental,28681.html>. Acesso em: 04 mar. 2018.

analisar todo aquele acordo que lhe for apresentado, mas ofender a boa fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social do contrato.[120]

> Nesse aspecto, não restam dúvidas de que o contrato deve manter e cumprir sua função social, a qual, no contexto da recuperação judicial, é atuar sempre que possível, para a preservação da empresa em crise. O termo "sempre que possível" deve ser compreendido no sentido de que à empresa economicamente viável deve ser concedida a recuperação judicial, como forma de alcançar a pacificação social e o bem estar do máximo possível de pessoas que, direta ou indiretamente, estejam a ela ligados.[121]

Para uma análise primorosa da atuação do magistrado na recuperação judicial, é de extrema importância assimilar suas atribuições estabelecidas pelo modelo constitucional em vigor. Assim, é avaliado se as prerrogativas da Lei de Falências e Recuperação Judicial são favoráveis, visto que conferem uma maior celeridade ao procedimento, ou prejudiciais em virtude da base axiológica do instituto recuperatório.

Certo é que a Constituição assenta a independência administrativa e financeira do Poder Judiciário,[122] como dispõe o seu artigo 93,[123] de forma que a autonomia e a imparcialidade do juiz é imprescindível para que todos tenham alcance a Justiça. O desempenho autônomo do juiz será guiado por diversos princípios.

Nestes termos, o Código de Ética da Magistratura:

---

[120] ULIANA, Maria Laura. Direito civil, contratos, princípios contratuais: dos princípios tradicionais aos modernos. 2017. Disponível em: <https://mlu25.jusbrasil.com.br/artigos/450052172/direito-civil-contratos-principios-contratuais-dos-principios-tradicionais-aos-modernos>. Acesso em: 23 set. 2017.

[121] FLORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 166.

[122] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 946.

[123] Art. 93º. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes principios:
IX- todos os julgamentos dos órgão do Poder Judiciário serão puúblicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a sua presença, em determinados atos, às proprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público a informação BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2018.

> Art. 1º. O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligencia, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.[124]

É garantido ao magistrado que ele adote um comportamento livre, operando os instrumentos procedimentais do processo da forma que julga mais adequada para solucionar o caso concreto, de forma fundamentada, almejando único e exclusivamente o alcance da Justiça. Afinal, o comportamento do magistrado está estritamente relacionado com a aplicação justa da Lei, no caso que lhe é apresentado.[125]

Ocorre que quando se trata da recuperação judicial, a Lei nº 11.101 de 2005 afastou, de forma nítida, o magistrado da verificação da viabilidade econômica do plano recuperatório. Não se pode ignorar que as decisões judiciais são, em sua grande maioria, revestidas de equilibro e racionalidade, sendo as mais aptas para se conduzir um processo.

> O "ativismo judicial" se resume, no caso, a caber ao juiz adotar o principio do razoável na condução do processo, extraindo das potencialidades plenas a proporcionalidade, que exige que o magistrado esteja atento à necessidade e ponderação de valores, interpretando e preenchendo os conceitos indeterminados contidos na norma, além de viabilizar a adoção do principio da função social e o da boa-fé objetiva, estabelecidos nos arts 421 e 422 do Código Civil.[126]

E é nesse sentido que o Judiciário vem justificando a sua possibilidade de intervenção nas decisões da assembleia geral de credores, visto que encontra-se em confronto o papel do magistrado em todo e qualquer processo com as atribuições dos credores, apresentada pela Lei de Falências e Recuperação Judicial.

---

[124] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Brasília: CNJ, 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[125] SEREJO, Lourival. *Comentários ao código de ética da magistratura nacional*. Brasília. Enfam, 2011. p. 21.

[126] ZUCCHI, Maria. O papel do judiciário na recuperação judicial. *Revista do curso de mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 29, n. 2, p.91-101, jul./dez. 2009. p. 100.

Tanto é assim que se torna necessário observar as disposições constitucionais quanto a possibilidade de intervenção do Judiciário, que dizem respeito ao principio da inafastabilidade do Poder Judiciário, disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna.[127] Visto que este Poder é considerado o último recurso para se proteger um direito que está, ou pode vir a ser lesionado, a Lei não pode impossibilitar que o magistrado analise a situação fática, que possa resultar em uma ofensa ao direito de outrem, cabendo ao Judiciário intervir e aplicar o direito que melhor se adéque a situação.[128]

É a denominada independência do juiz, disposta no artigo 95 da Constituição Federal,[129] que ambiciona viabilizar o julgamento das causas sem qualquer tipo de interferência, se não a veracidade dos elementos probatórios apresentados nos autos. Cabe ao juiz fundamentar seu convencimento, apresentando os motivos que o levou a tomar a decisão correta para aquele caso concreto.[130]

> A independência do juiz, para dizer o direito, é estabelecida pela própria ordem jurídica como forma de garantir ao cidadão que o Estado de Direito será respeitado e usado como defesa contra todo o tipo de usurpação. Neste sentido, a independência do juiz é, igualmente, garante do regime democrático. Importante, ademais, destacar que a questão da

[127] Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade à segurança e à prosperidade, nos termos seguintes:
XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[128] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 155.

[129] Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:
I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;
II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VII;
III - irredutibilidade de subsidio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III e 153, §2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[130] PENTEADO, Luisa Vieira. *O livre convencimento motivado à luz do NCPC/15*. 2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9859/O-livre-convencimento-motivado-a-luz-do-NCPC-15>. Acesso em: 04 mar. 2018.

> independência dos juízes tratou-se mesmo de uma conquista da cidadania, pois nem sempre foi a independência um atributo do ato de julgar.[131]

Assim, percebe-se que o devedor empresário é colocado em uma situação delicada, em que por mais que a recuperação judicial pudesse ser o mecanismo por meio do qual a jurisdição agiria, pode vir a se tornar mero instituto estático que ambiciona satisfazer tão somente os interesses daqueles que possuem créditos a receber.

4.3 Enunciados da I Jornada de Direito Comercial quanto as atribuições judiciais

A Lei de Falências e Recuperação Judicial dispõe que, a concessão da recuperação judicial só ocorre após a aprovação do plano de recuperação judicial pela assembleia geral de credores. Assim, o Judiciário será meramente um ente homologador da decisão, nos termos da desacompanhada compreensão das normas do §4º, do artigo 56 e 73, I e III, da Lei.[132]

Não obstante, essa questão foi tratada na I Jornada de Direito Comercial, em seus enunciados número 44, 45 e 46, com o intuito de harmonizar a participação do Judiciário com as atribuições da assembleia geral de credores e com o objetivo do legislador.

Analisemos, primeiro, o enunciado número 44, que dispõe: A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.[133] Percebe-se o intuito de assegurar a incidência do princípio da preservação da empresa no instituto recuperatório, ambicionando limitar eventual

---

[131] MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves. *A defesa de sua independência: um dever do magistrado*. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=29>. Acesso em 04 mar. 2018.

[132] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 162.

[133] JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1., 2012, Brasília. *Livreto...* Brasília: CEJ, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>. Acesso em: 04 mar. 2018.

excesso de poder que possa vir a ser exprimido nas decisões da assembleia geral de credores quanto ao plano apresentado.[134]

Entretanto, não se definiu de forma exata qual o tipo de controle judicial de legalidade que o Poder Judiciário poderá realizar. O magistrado é capaz de realizar dois tipos de controle de legalidade nas matérias decididas pela assembleia, seja o controle de legalidade formal em que o juiz certificará se as deliberações preenchem os requisitos legais e a legitimidade, nos termos expressos da Lei, bem como o controle de legalidade material, em que o Judiciário analisará o todo abordado nos autos da recuperação judicial, colaborando ativamente para a preservação dos princípios e o bem coletivo.[135]

Assim, caso o magistrado verifique concretamente indícios de ilegalidade, bem como se ateste a violação dos princípios estruturais da recuperação judicial, quando for homologar o plano de recuperação, sua intervenção será justificada.[136]

Merece atenção destaque a compreensão de Daniel Carnio Costa, juiz titular da primeira vara de falências e recuperações judiciais de São Paulo, quanto ao controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial, apresentando um critério tetrafásico, em que a interferência do magistrado não se dará no momento negocial, em que estão sendo acordadas as cláusulas do plano, mas sim posteriormente, averiguando as particularidades legais das disposições que lhe são apresentadas.

Tetrafásico porque a legalidade será avaliada em quatro fases diferentes, de forma que na primeira o magistrado verificará se alguma cláusula do plano judicial, aprovada pelos credores, ofende alguma norma de ordem pública. Já na segunda

---

[134] SIN, Laiza. Enunciado 44 da I Jornada e Direito Comercial. Disponível em: <https://laizasin.jusbrasil.com.br/artigos/338389203/enunciado-44-da-i-jornada-de-direito-comercial>. Acesso em: 25 set. 2017.

[135] ZUCCHI, Maria. O papel do judiciário na recuperação judicial. *Revista do curso de mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 29, n. 2, p.91-101, jul./dez. 2009. p. 94.

[136] SIN, Laiza. Enunciado 44 da I Jornada e Direito Comercial. Disponível em: <https://laizasin.jusbrasil.com.br/artigos/338389203/enunciado-44-da-i-jornada-de-direito-comercial>. Acesso em: 25 set. 2017.

fase, verificar-se-á se durante a deliberação do plano encontrou-se presente vícios do negócio jurídico, o intuito e impossibilitar condutas fraudulentas. A terceira fase concentrar-se-á em averiguar se as aprovações da maioria não irão prejudicar os credores dissentes, não violando assim as normas públicas. A quarta, e última fase, dedica-se a analisar se houve, ou não, qualquer tipo de abuso de direito no voto do credor.[137]

> O juízo da ação de recuperação judicial deve exercer, sempre, necessária e obrigatoriamente, 1) controle da legalidade formal, quando examinará questões, por exemplo como: a) a legitimidade ativa (arts. 1 e 47); b) preenchimento dos requisitos do art. 48; c) atendimento das exigências sobre convocação, instalação e deliberação da assembleia geral de credores (arts. 36 a 45); d) observância das formalidades legais referentes à publicação de editais; e, outrossim, 2) o controle de legalidade material ou substancial, em que verificará se houve, por exemplo: a) fraude à lei ou abuso de direito, quer por parte do devedor, que dos credores; b) acordos contrários à lei, à moral, aos bons costumes, à boa-fé objetiva, ao interesse público etc. Incumbe-lhe, ademais, dependendo do caso concreto, exercer controle de mérito, tanto do plano de recuperação quanto da decisão da assembleia geral de credores, como, por exemplo, quando a) a deliberação por maioria e os dissentes hajam deduzido objeções e votos divergentes; b) a deliberação for contrária à aprovação do plano e o devedor haja apresentado defesa e postulado a anulação do conclave por fraude à lei, abuso de direito, preterição de formalidade essencial, etc.[138]

Passemos, assim, a analisar o enunciado número 45 da I Jornada de Direito Comercial: O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito.[139]

Fato é que a Lei de Falências confere aos credores a condição de juízes da causa, o que pode conduzir ao fracasso três dos grandes frutos da recuperação, quais

---

[137] COSTA, Daniel Carnio. *O critério tetrafásico de controle judicial do plano de recuperação judicial*. 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI267199,41046-O+criterio+tetrafasico+de+controle+judicial+do+plano+de+recuperacao>. Acesso em: 30 nov. 2017.

[138] TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 218.

[139] JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1., 2012, Brasília. *Livreto...* Brasília: CEJ, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>. Acesso em: 04 mar. 2018.

sejam o estimulo à atividade econômica, a preservação e a função social da empresa. Neste sentido, este enunciado dedica-se a tratar do abuso, que pode vir a ser encontrado nos votos de credores que exercem a sua prerrogativa, de maneira a evidenciar seus interesses particulares, em posição superior a função coletiva do instituto.[140]

> Abusa, pois, do direito o titular que dele se utiliza levando um maleficio a outrem, inspirado na intenção de fazer o mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.[141]

Limita-se a incidência do princípio da soberania dos credores, submetendo as suas deliberações ao monitoramento judicial, para que não seja frustrada a recuperação de uma empresa com nítida possibilidade de reerguimento visto decisão egocêntrica de algum credor que reflete apenas seus interesses pessoais.

Passemos a analisar ao enunciado número 46 da Jornada, que dispõe: Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.[142]

Com essa disposição, há a pretensão de fixar os limites quanto a atuação do magistrado. Sua atividade será, apenas, verificar se resta presente os requisitos legais e processuais, não cabendo a ele realizar qualquer tipo de análise material do plano. Se põe em evidência o caráter privado das negociações, entre o devedor empresário

---

[140] LOPES, Natália; FUNCIA, Beatriz dos Santos. *Comentários ao Enunciado n. 45 da I Jornada de Direito Comercial*. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46961/comentarios-ao-enunciado-n-45-da-i-jornada-de-direito-comercial>. Acesso em: 26 set. 2017.

[141] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21 ed. São Paulo: Forense, 2014. v. 1. p. 563.

[142] JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1., 2012, Brasília. *Livreto...* Brasília: CEJ, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>. Acesso em: 04 mar. 2018.

e seus credores, na negociação do plano de recuperação judicial, que podem dispor de seus direitos da maneira que mais lhe convir mais adequada.[143]

> Há, nesta linha de pensamento, duas perigosas situações. Uma, porque a lei permite que os credores (interessados obviamente em receber seus créditos, da melhor e mais ágil forma) possam abusar dos poderes a eles conferidos e determinar a retirada de empresas economicamente viáveis e com papel social relevante do mercado, o que causaria nefastos impactos para toda a sociedade. Duas, porque ninguém garante que os credores são habilitados para aferir a viabilidade econômica da empresa pretendente à recuperação, de modo que podem aprovar Plano de Recuperação aparentemente viável, mas com difícil ou inexequível cumprimento, o que implicaria custos elevados, perda de tempo e, no fim das contas, no assoar da empresa do mercado no qual atua.[144]

Neste sentido, com aplicação exata da norma, o magistrado limitar-se-á as determinações dispostas em Lei, não tendo a responsabilidade de ponderar sob a viabilidade econômica do plano de recuperação judicial, tão pouco verificar as eventuais consequências de alterações, aprovações ou rejeições deste.

4.4 A Indispensabilidade da Hermenêutica Jurídica na Recuperação Judicial

Ocorre que dizer o Direito não é tão simples quanto aparenta não se trata de uma aplicação mecânica e automática da Lei, cabendo ao magistrado ponderar qual norma jurídica é cabível ao caso concreto apresentado, estabelecendo uma efetiva ligação entre a vida real e os dispositivos legais.[145]

Nessas circunstâncias torna-se fundamental o uso da hermenêutica jurídica, visto a facilidade de haver desconformidade entre a Lei positivada e o Direito em si,

---

[143] ANTONIO, Thays. *Enunciado 46 da 1º Jornada Brasileira de Direito Comercial CJF/STJ (2102)*. Disponível em: <https://thaysantonio.jusbrasil.com.br/artigos/387772943/enunciado-46-da-1-jornada-brasileira-de-direito-comercial-cjf-stj-2012>. Acesso em: 30 nov. 2017.

[144] ANTONIO, Thays. *Enunciado 46 da 1º Jornada Brasileira de Direito Comercial CJF/STJ (2102)*. Disponível em: <https://thaysantonio.jusbrasil.com.br/artigos/387772943/enunciado-46-da-1-jornada-brasileira-de-direito-comercial-cjf-stj-2012>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 156.

[145] PINTO E NETTO, Luísa Cristina *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 54.

não podendo ser esgotada a possibilidade de alcance da Justiça visto a simples inaplicabilidade da norma abstrata.

E é nesse sentido que a atuação do juiz se acentua, seu dever é agir em conformidade com o manuseio da sua independência, não sendo adequado para uma satisfatória tutela dos interesses tratados nos autos que o magistrado mantenha uma postura inerte e passiva.[146]

> Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre "o todo da lei" e as "partes" representada por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados.[147]

Deverá ser considerada a base axiológica da Lei de Falências e Recuperação Judicial, ressaltando a fundamentação que impulsionou o legislador a positivar a norma, que será usada de paradigma em casos concretos, na real recuperação judicial de uma empresa.

> Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta.[148]

Uma vez que a possibilidade de reerguimento da empresa, e a atestada viabilidade econômica do plano de recuperação judicial apresentado, dependerão do

---

[146] MOREIRA, Victória. *NCPC*: os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil. 2016. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/332549158/ncpc-os-poderes-do-juiz-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[147] REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. Ed. São Paulo. Saraiva, 2002. p. 289.

[148] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 08.

arbítrio daqueles que receberão seus créditos, considerar tão somente a supremacia dos interesses dos credores não é aconselhável. E sob essa ótica, talvez seja de extremo valor uma participação do Judiciário quanto a análise da viabilidade econômica da concessão do instituto recuperatório.[149]

O intérprete faria o juízo de equilíbrio no plano de recuperação judicial apresentado, conjugando os princípios que fundamentam e dão base a apropriada aplicação do Direito, quando a norma não é suficiente para o fazer.[150]

> Para mim, não restam dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as outras. E essa também é a tese sustentada pelo estudioso que mais amplamente se ocupou do problema, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: em primeiro lugar, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, mediante um procedimento de generalização sucessiva, não há motivo para que eles também não sejam normas: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função pelo qual são extraídos e usados é igual àquela realizada por todas as normas, ou seja, a função de regular um caso. Com que objetivos são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulado, é claro, mas então servem ao mesmo objetivo que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?[151]

Temos o exemplo tradicional introduzido por Tomás de Aquino. Em uma cidade, fecham-se obrigatoriamente os portões em determinado horário da noite, almejando fornecer segurança aos seus habitantes. Ou seja, a determinação busca um resultado claro, a proteção da sua população. Entretanto, caso um cidadão tenha ficado ao lado de fora, este encontrar-se-á desprotegido, motivo pelo qual se justifica

---

[149] FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 122.

[150] FILARDI, Rosemarie Adalardo. *Órgãos específicos da administração da falência e da recuperação judicial das empresas.* 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

[151] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011. p. 153.

a abertura dos portões ainda que expresso na norma que estes devam permanecer fechados, com o intuito de cumprir, coerentemente, o intuito normativo.[152]

Nesses termos, em situações que resta evidenciado o prejuízo aos intuitos principiológicos da Lei, como a inadequada aplicação do princípio da preservação da empresa, o Judiciário não deveria ser considerado tão somente órgão homologador, para que a execução da Lei alcance corretamente seus frutos planejados.

5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Conforme ver-se-á ao longo deste capítulo, é de extrema importância o exame pormenorizado dos entendimentos dos Tribunais quanto ao controle de legalidade praticado pelo magistrado ao atuar na recuperação judicial. Se averigua se a sua atuação permite, ou não, intervir nas decisões tomadas pela assembleia geral de credores no plano da recuperação apresentado pelo devedor empresário.

A pretensão de alcançar institutos aperfeiçoados para tratar da insolvência empresarial, no qual se conquiste uma confortável e satisfatória solução para as empresas em crises é, inclusive, razão pelo qual tramitam, atualmente, mais de cinquenta projetos de Lei na Câmara dos Deputados, que pretendem tornar claro aspectos polêmicos da Lei nº 11.101 de 2005.[153]

Merece destaque, dentre os diversos projetos, o Projeto de Lei nº 2.586/2015, proposto em 11 de agosto de 2015 pelo Deputado Carlos Bezerra – PMBD/MT, em atual trâmite. Este projeto ambiciona permitir que o magistrado exerça seu papel discricionário, podendo decidir quanto a concessão ou não da recuperação judicial, visto a viabilidade econômica da empresa, destacando a atuação judicial frente a proteção dos pressupostos estabelecidos no artigo 47 da Lei de Falências.

A seguir a justificação disposta no inteiro teor do Projeto de Lei mencionado:

---

[152] LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 137–170, out./dez., 2004.

[153] BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

A presente proposição tem como origem um artigo publicado no jornal Valor Econômico, em 22 de maio de 2015, de autoria do advogado Jorge Lobo. A ideia principal reside na mudança de papel que exerce o juiz no momento do deferimento da recuperação judicial. Atualmente, o que se espera – inclusive em razão de decisão sobre agravo interposto junto à 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reverteu a sentença do juiz que se desviou deste papel apenas formal e negou a concessão da recuperação judicial – é que, ao receber um pedido de recuperação judicial, o magistrado observe se as formalidades constantes do artigo 51 foram atendidas. Se sim, o artigo 52 da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências (LRE) atribui ao juiz a tarefa de deferir o processamento da recuperação judicial, como transcrito na sequência: [...] O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por outro lado, tem entendimento diverso do seu congênere, e semelhante ao do juiz que teve o ato submetido a agravo. Em acórdão relatado pelo Desembargador Luciano Moreira Vasconcellos, reproduzido a seguir, permite entender que compete ao juiz avaliar mais do que a simples conformidade da petição inicial, com o que requer o citado artigo 51 da LRE. [...] Neste caso, que difere materialmente do julgado ocorrido no Rio de Janeiro, vez que lá a recuperação judicial foi negada tendo em conta a interpretação de que a continuidade da atividade empresarial era inviável, a negativa se deu em razão da requerente não estar em crise econômico-financeira. Diante deste quadro, entendemos que o juiz deve, sempre que possível, avaliar se os pressupostos principiológicos da lei estão satisfeitos. Encontram-se entre tais pressupostos o da viabilidade econômico-financeira ou não da empresa. Se for possível ao magistrado, com base nos documentos e relatórios apresentados, vislumbrar que a empresa pode vir a se recuperar, faz sentido a concessão ou o deferimento do processamento; do contrário, não há razão que justifique a protelação da decretação da falência do devedor. Aqueles que são contra esta discricionariedade entendem que não é factível que o juiz proceda a uma análise econômica de viabilidade da continuidade da atividade empresarial, dada a ausência de seu *expertise* para tanto. Além disso, antes que seja concedida a recuperação judicial em si – o artigo 52 apenas autoriza a concessão do processamento da recuperação – haverá a análise dos credores quando da apreciação, em assembleia geral, do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor. Afinal, seriam estes os interessados ou não na recuperação judicial, pois querem reaver seus créditos. Dissonante deste pensamento, entendemos que o artigo joga luz sobre um tema de vital importância da recuperação, que é a possibilidade do juiz decidir além do que prescreve o artigo 52 original.[154]

[154] BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei 2586/2015. Altera o art. 52 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de

A Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços (CDEICS), em maio de 2016, se manifestou em harmonia com a manifestação da Associação Paulista de Magistrados (APAMAGIS), votando pela aprovação do Projeto que concederá mais discricionariedade ao magistrado, destacando não se tratar se poder ilimitado do juiz, até porque suas decisões podem ser alteradas pelo Tribunal, em grau recursal.[155]

Cumpre enfatizar que o Projeto de Lei nº 2.586/2015 ainda está em trâmite, motivo pelo qual estão sendo propostas melhorias e substitutivos, para que o magistrado ao conceder o processamento da recuperação judicial possa fazer o controle de legalidade formal e material, defendendo não só a manutenção da empresa, como os interesses dos credores.

Após treze anos de vigência da Lei de Falências e Recuperação Judicial, os dados que demonstram quantas empresas conseguem de fato se reerguer após fazer uso da recuperação judicial são desesperadores. Há uma real necessidade de o intérprete da norma examinar o instituto de uma maneira diferente, visto que do jeito que está sendo feito o resultado é insatisfatório.

No final do ano de 2016, a Serasa Experian divulgou os dados obtidos por um estudo que se observou a real situação e desenvolvimento das 3.522 empresas que tiveram a sua recuperação judicial concedida. O fato é que em quase dez anos, entre junho de 2005 a dezembro de 2014, apenas 946 empresas tiveram o processo de recuperação judicial finalizado, sendo que 728 foram convoladas em falência e 218 conseguiram se reestruturar. As outras 2.576 empresas ainda estavam, à época da

---

2005, para permitir que o juiz tenha mais discricionariedade e que decida acerca da concessão ou não do processamento da recuperação judicial em função da viabilidade da empresa. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, p. 362-363, ago. 2015. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD00201508190013700000.PDF#page=362>. Acesso em: 16 mar. 2018.

[155] BEZERRA, Carlos. *Projeto de Lei 2586/2015*. Altera o art. 52 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para permitir que o juiz tenha mais discricionariedade e que decida acerca da concessão ou não do processamento da recuperação judicial em função da viabilidade da empresa: relatório. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1455749&filename=Parecer-CDEICS-06-05-2016>. Acesso em 16. Mar. 2018.

divulgação, com o processo recuperatório em andamento nos tribunais, o que evidência o quão demorado é o procedimento.[156]

Ou seja, a cada quatro empresas que fizeram o uso do instituto recuperatório, apenas uma conseguiu de fato se reerguer, o que evidencia o mal-uso e compreensão do real intuito da recuperação judicial, que vem sendo concedida sem de fato estar embasada em um plano de recuperação judicial economicamente viável.

Constata-se que a recuperação está sendo utilizada, em geral, como a última medida protelatória para se evitar uma falência, visto que a empresa em muitos casos não possui condições econômicas de se reerguer, de se recuperar, de forma que o devedor empresário ganha tão somente tempo com a concessão do instituo recuperatório.[157]

Dessa forma, passemos a analisar alguns julgados proferidos pelos Tribunais, ambicionando compreender, principalmente, sob quais fundamentações as decisões limitam a atuação do magistrado, observação de extremo valor para esta pesquisa. Analisou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e de diversos Tribunais estaduais.

5.1 Jurisprudência: A análise da viabilidade econômica não compete ao Magistrado

Desde 2005 o entendimento jurisprudencial quanto a interpretação das normas dispostas na Lei de Falência vem se mostrando fundamental para o aperfeiçoamento da recuperação judicial. Dessa forma, analisemos, primeiramente, as decisões que julgam pela aplicação pontual da Lei, em que não cabe ao

---

[156] A CADA quatro empresas com processo de recuperação judicial encerrado, uma volta à ativa, revela estudo inédito da Serasa Experian. 2016. Disponível em <http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2016/10/07/a-cada-quatro-empresas-com-processo-de-recuperacao-judicial-encerrado-uma-volta-a-ativa-revela-estudo-inedito-da-serasa-experian/>. Acesso em 05 mar. 2018.

[157] PEREIRA, Renéé. Recuperação Judicial: metade das que pedem não se recupera. *Exame*, Rio de Janeiro, 27 set. 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/recuperacao-judicial-metade-das-que-pedem-nao-se-recupera/>. Acesso em: 05 mar. 2018.

magistrado praticar qualquer tipo de controle de legalidade material no plano de recuperação judicial devidamente deliberado pelos credores.

Nessa perspectiva, o papel do juiz é definido de forma bem acentuada, trata-se de órgão com funções homologatórias. Sua atuação, conforme já foi abordado, limitar-se-á ao controle de legalidade formal, sem interferir no conteúdo material do plano, exceto nas hipóteses legalmente definidas.

A seguir, decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 283/STF. ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES. PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL. CONDIÇÕES PRÉVIAS. EXIGÊNCIAS LEGAIS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. APROVAÇÃO DO PLANO. REQUISITOS. REJEIÇÃO DA PROPOSTA. CREDORES DE MESMA CLASSE. TRATAMENTO DIFERENCIADO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGOS ANALISADOS: 35, 45 E 58 DA LFRE. 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 17/7/2013, no qual se discute a possibilidade e os limites do controle jurisdicional sobre os atos praticados pela assembleia-geral de credores no procedimento de recuperação judicial. Ação ajuizada em 27/1/2009. 2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados e quanto aos argumentos deduzidos nas razões recursais obsta o exame da insurgência. 3. A existência de fundamentos não impugnados do acórdão recorrido - quando suficientes para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial. 4. Submete-se a controle jurisdicional a análise do preenchimento das condições prévias à concessão da recuperação judicial e das exigências legais relativas à elaboração e à aprovação do plano. Inteligência do art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005. 5. A proposta de recuperação apresentada pelo devedor - por disposição expressa constante dos arts. 45, § 1º, e 58, caput, da Lei n. 11.101/2005 - deve ser aprovada, na classe dos credores com garantia real, pela maioria simples daqueles que comparecerem à assembleia.

> Não sendo aprovado o plano na forma estipulada nos precitados artigos, a Lei n. 11.101/2005, em seu art. 58, § 1º, prevê a possibilidade de a recuperação ser concedida mediante a verificação de um quórum alternativo. A viabilização dessa hipótese, todavia, exige que o plano não implique concessão de tratamento diferenciado aos credores - integrantes de uma mesma classe - que tenham rejeitado a proposta (art. 58, § 2º, da LFRE). 6. A alteração das premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não é possível na presente via recursal. Incidência da Súmula 7/STJ. 7. A insurgência é inadmissível quando o acórdão recorrido decide também com base em fundamento constitucional e a parte vencida não interpõe recurso extraordinário. Súmula 126/STJ. 8. Negado provimento ao recurso especial.[158]

Trata-se de julgamento de recurso especial. A decisão proferida pelo juiz de primeira instância, que não homologou plano de recuperação aprovado pela assembleia, foi recorrida e levada ao Tribunal, de forma que o acórdão manteve o *decisum*, fundamentando, dentre outras teses, que o magistrado possui suficiente discricionariedade para avaliar se no plano contem ofensas a Ordem Constitucional, alegando, inclusive, que o juiz de primeiro grau não violou o principio da preservação da empresa, visto que este não decretou a falência da recuperanda, mas determinou que fosse realizada nova assembleia geral de credores para sanar os vícios apontados no plano.

A recuperanda, insatisfeita, interpôs recurso especial, de forma que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou quanto aos limites da apreciação judicial, que destacou que o Poder Judiciário não pode avaliar o conteúdo de plano aprovado em assembleia. Submete-se ao controle jurisdicional apenas a análise se constam presentes os requisitos exigidos previamente à concessão da recuperação, bem como as outras exigências da Lei quanto a elaboração e aprovação do plano.

O recurso, entretanto, não foi provido, porque se verificou que, naquele caso, o plano aprovado pela assembleia promovia o tratamento diferenciado aos credores

---

[158] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1388051 GO 2013/0169896-0*. Terceira Turma. Recorrente: Ourolac Indústria e Exportação Ltda. Recorrido: Banco do Brasil S⁄A Relatora: Mini. Nancy Andrighi. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24225861/recurso-especial-resp-1388051-go-2013-0169896-0-stj/inteiro-teor-24225862?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08. jan. 2018.

da classe com garantia real, o que ofendia a Lei, esclarecendo não se tratar de um controle de legalidade material discricionário feito pelo magistrado.

Em conformidade, analisemos o julgamento proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE
>
> 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (Art. 58, caput, da Lei n.11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear.
>
> 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade no plano de recuperação -no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito-, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ.
>
> 3. Recurso especial não provido [159]

Diferentemente do primeiro julgado, este trata de um plano de recuperação aprovado pela assembleia geral de credores e homologado pelo magistrado. Ocorre que alguns credores não estavam satisfeitos com a concessão da recuperação judicial, fundamentando quanto a inviabilidade econômica do plano aprovado, e que traria, dentre outros, severos prejuízos futuramente.

Neste caso, um credor insatisfeito interpôs agravo em face da decisão que homologou o plano, mas a decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que destacou que não cabia ao magistrado negar a recuperação judicial que os credores, em assembleia, reputaram ser viável.

---

[159] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1.359.311 - SP (2012/0046844-8).* Quarta Turma. Recorrente: Braido-Leme Industria Quimica Ltda. Recorrido: Rei Frango Abatedouro Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasilia, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/77421935/stj-30-09-2014-pg-1242 >. Acesso em: 08 jan. 2018.

Foi interposto assim, recurso especial, alegando possível ofensa ao artigo 47 da Lei de Falências e Recuperação Judicial, argumentando que a recuperação judicial só deve ser concedida às empresas economicamente viáveis, sob pena de submeter os credores a condições injustas. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento, destacou que não cabe ao Judiciário realizar a análise da viabilidade econômica do plano de recuperação judicial aprovado em assembleia.

Percebe-se que a interpretação da norma se dá de forma rígida, não havendo a possibilidade de o magistrado exercer qualquer discricionariedade. A proteção do exercício da atividade empresária, de forma literal e integral, estará nas mãos dos credores, que analisarão e decidirão sobre a viabilidade do plano de recuperação judicial.

Inúmeras são as jurisprudências que podem ser apresentadas destacando o entendimento dos Tribunais ao longo do país, posicionando-se conforme o Superior Tribunal de Justiça, limitando o controle de legalidade do magistrado a verificação de formalidades, não sendo este órgão apto para checar qualquer aspecto econômico do plano de recuperação judicial.

Temos, assim, decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NATUREZA NEGOCIAL. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA. REQUISITOS LEGAIS. 1. ?[...] A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores. [...]?. (REsp 1660195/PR, RECURSO ESPECIAL 2016/0043280-8, Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgador TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 04/04/2017, DJe 10/04/2017) 2. Negou-se provimento ao agravo de instrumento.[160]

[160] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. *AI 0710121-84.2017.8.07.0000*. Quarta Turma Cível. Agravante: Banco do Brasil S/A. agravado: Paulista Serviços e Transportes Ltda. Relator: Des. Sérgio Rocha, Brasilia, 01 de março de 2018.

Trata-se de plano de recuperação judicial aprovado em assembleia e homologado pelo juiz de primeiro grau, mas um dos credores, instituição bancaria, se opôs ao disposto no plano, visto prejuízos econômicos impostos a este no recebimento de seu crédito.

O Tribunal, entretanto, proferiu que não cabe ao Judiciário intervir no mérito do plano de recuperação aprovado pelos credores, preservando a soberania da decisão da assembleia geral de credores no instituto recuperatório.

Percebe-se o intuito de preservar e considerar o caráter negocial do instituto recuperatório judicial, de forma que não diz respeito ao magistrado a verificação da viabilidade econômica. Trata-se de entendimento frequentemente empregado nos dias atuais, em que o controle de legalidade no instrumento da recuperação judicial não diz respeito as questões negociais, econômicas, devendo ser preservada a soberania das deliberações dos credores.

5.2 Jurisprudência: A análise da viabilidade econômica compete ao Magistrado

Sob outra perspectiva, passemos a observar as decisões que conferem maior discricionariedade a atuação do magistrado na recuperação judicial. Nesta ótica, o juiz é competente para analisar economicamente alguns aspectos do plano de recuperação apresentado, não devendo se comportar como ente meramente homologador, sendo de sua responsabilidade o controle formal e material do instrumento recuperatório.

Necessário é abordar uma decisão emblemática, que despertou a necessidade de uma análise intensificada sobre a possibilidade do magistrado intervir nas

Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 18 mar. 2018.

decisões da assembleia geral de credores, trata-se do caso da recuperação judicial da Cerâmica Gyotoku LTDA.[161]

Diz respeito ao julgamento, realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de um agravo de instrumento interposto por credor instituição financeira em face de decisão que homologou plano de recuperação judicial, proferida pelo juiz de primeiro grau, que alega que o plano aprovado pela assembleia não pode prevalecer, visto ofender questões econômicas.

A seguir, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Agravo. Recuperação Judicial. Plano aprovado pela assembleia-geral de credores. Plano que prevê o pagamento do passivo em 18 anos, calculando-se os pagamentos em percentuais (2,3%, 2,5% e 3%) incidentes sobre a receita líquida da empresa, iniciando-se os pagamentos a partir do 3º ano contado da aprovação. Previsão de pagamento por cabeça até o 6º ano, acarretando o pagamento antecipado dos menores credores, instituindo conflitos de interesses entre os credores da mesma classe. Pagamentos sem incidência de juros. Previsão de remissão ou anistia dos saldos devedores caso, após os pagamentos do 18º ano, não haja recebimento integral. Proposta que viola os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade, da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial o princípio da "pars conditio creditorum" e normas de ordem pública. Previsão que permite a manipulação do resultado das deliberações assembleares. Falta de discriminação dos valores de cada parcela a ser paga que impede a aferição do cumprimento do plano e sua execução específica, haja vista a falta de liquidez e certeza do "quantum" a ser pago. Ilegalidade da cláusula que estabelece o pagamento dos credores quirografários e com garantia real após o decurso do prazo bienal da supervisão judicial (art. 61, 'caput', da Lei nº 11. 101/2005). Invalidade (nulidade) da deliberação da assembleia-geral de credores declarada de ofício, com determinação de apresentação de outro plano, no prazo de 30 dias, a ser elaborado em consonância com a Constituição Federal e Lei nº 11.101/2005, a ser submetido à assembleia-

[161] DIAS, Isabella de Antonio; ROXO, Larissa Fontes. *Análise jurídica do enunciado 46 da I Jornada de Direito Comercial*. 2017. Disponível em: <https://isinha206.jusbrasil.com.br/artigos/454366439/analise-juridica-do-enunciado-46-da-i-jornada-de-direito-comercial>. Acesso em: 02 mar. 2018.

> geral de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência.[162]

Houve a análise do conteúdo do plano de recuperação judicial, e foi decidido por anular o plano de recuperação judicial, ainda que aprovado em assembleia. O acórdão foi devidamente fundamentado, alegando que o plano apresentando reveste-se de violações aos princípios que incidem no Ordenamento, não sendo possível que o Judiciário o homologue, visto que só haverá a concessão do instituto recuperatório se demonstrada a sua recuperabilidade.

Decretou-se, assim, nula a deliberação da assembleia, visto uma análise cautelosa sobre a viabilidade econômica e financeira daquela que propôs o plano de recuperação judicial, que não se apresentou como uma empresa com condições de reerguimento. Foi concedido um prazo para nova apresentação de um plano de recuperação judicial que possua reais condições de reerguer a atividade à assembleia geral de credores.

E nesse sentido, observemos julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO. NULIDADE DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. CABIMENTO. DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE OUTRO PLANO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A Assembleia Geral de Credores só é reputada soberana para a aprovação do plano se este não violar os princípios gerais de direito, os princípios e regras da Constituição Federal e as regras de ordem pública da Lei 11.101/2005.[163]

---

[162] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. *AI 1363622920118260000 SP 0136362-29.2011.8.26.0000*. Extinta Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Agravante: Banco Itaú S/A. Agravado: Cerâmica Gyotoku Ltda; Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. Relator: Pereira Calças. Suzano, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21320625/agravo-de-instrumento-ai-1363622920118260000-sp-0136362-2920118260000-tjsp/inteiro-teor-110322664?ref=juris-tabs>. Acesso em 02 mar. 2018.

[163] PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. *AI 984.390-7*. Quinta Vara Cível. Agravante: Itaú Unibanco S/A. Agravada: Vietnam Massas Ltda. Relator: Des. Mário Helton Jorge. Cascavel, 14 de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-itau-unibanco-causa-anulacao-plano.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

Neste caso, semelhante ao Caso Gyotoku, foi interposto agravo de instrumento por instituição bancaria credora em face de decisão que homologou plano de recuperação judicial aprovado em assembleia, alegando que este não demonstrava liquidez e clareza dos valores que seriam pagos.

O recurso foi parcialmente provido, de forma que o devedor empresário foi incumbido do dever de apresentar novo plano com conteúdo em conformidade com a Lei, evidenciando a análise individual dada pelo Judiciário nesse caso concreto, verificando a viabilidade aplicacional do plano.

Trata-se de uma ótica cautelosa, em que o Judiciário pondera economicamente sobre o plano que ambiciona reerguer a atividade empresária, sem aplicação imediata e instantânea da soberania dos credores, mas contemplando as particularidades da recuperação judicial, que expõe, a cada caso, ímpar relação entre o devedor e seus credores.

Em conformidade, mais um julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

> RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de processamento. Determinação de perícia prévia, para auxiliar o juízo na apreciação da documentação contábil (art. 51 II LRF) e constatar a real situação de funcionamento da empresa. Possibilidade. Decisão mantida. Assistência técnica de perito permitida pela lei. Juiz que não dispõe de conhecimentos técnicos suficientes para apreciar a regularidade da documentação contábil apresentada. Art. 189 LRF c/c art. 145 CPC. Com relação à constatação da real situação de funcionamento da empresa, não pode o julgador mostrar-se indiferente diante de um caso concreto, em que haja elementos robustos a apontar a inviabilidade da recuperação ou mesmo a utilização indevida e abusiva da benesse legal. O princípio da preservação da empresa não deve ser tratado como valor absoluto, mas sim aplicado com bom senso e razoabilidade, modulado conforme a intenção do legislador e espírito da lei. Ativismo. Precedentes. Decisão de deferimento do processamento que irradia importantes efeitos na esfera

> jurídica de terceiros. Decisão integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recurso desprovido.[164]

Trata-se de um agravo de instrumento interposto em face de decisão que condicionou o processamento da recuperação judicial a confirmação da veracidade dos lançamentos contidos no balanço contábil apresentado, bem como a capacidade econômica da empresa, sendo nomeado perito para entregar laudo com as informações determinadas pelo juízo.

A empresa que almejava a concessão do instituto recuperatório argumentou que ao juiz não cabia análise além da verificação dos requisitos formais e objetivos, sendo indevida a sua análise quanto a sua viabilidade econômica. O acórdão manteve na íntegra a decisão agravada, fundamentando, dentre outros argumentos, que o juiz não pode adotar um posicionamento indiferente ao se deparar com uma empresa em crise, sem se questionar sobre a real inviabilidade do uso da recuperação, bem como potencial indevida ou abusiva utilização.

Afinal, a viabilidade econômica da atividade empresária é o ponto fulcral da recuperação judicial que, caso inobservada, pode vir a não só agravar a situação dos credores, como prejudicar o alcance dos benéficos objetivos coletivos com o devido uso do instituto. A atuação do Judiciário é ativa, com atribuições interventivas e não somente homologatórias de forma que eventual rejeição da assembleia ao plano apresentado pelo devedor empresário pode vir a ser superada pelo Judiciário, resguardando a continuidade da atividade empresária e demonstrando, que talvez, seja órgão apropriado para realizar uma análise quanto a viabilidade da concessão do instituto.

---

[164] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. *AI 2058626902014826000 SP 2058626-90.2014.8.26.0000*. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Zettatecck Automação Industrial Ltda. Agrado: O Juizo. Relator: Teixeira Leite. Araras, 03 de julho 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_20586269020148260000_032e8.pdf?Signature=c6%2F12V4jImoujzCAyRzkLBoQ0lM%3D&Expires=1521494206&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=14de3d155ef5c9c86e6975dbc3ef4be5>. Acesso em: 02 mar. 2018.

Percebe-se que o entendimento jurisprudencial que se posiciona a favor do Judiciário analisar a viabilidade econômica do plano de recuperação judicial, enfrenta aspectos relevantes para o aprimoramento do instituto, respaldando suas decisões em uma concepção jurídica hermeneuta, conversando com o Ordenamento, e não se limita na interpretação taxativa das normas da Lei de Falências e Recuperação Judicial.

6 CONCLUSÃO

Certo é que o risco da insolvência, bem como a possibilidade de enfrentar uma crise econômico-financeira, são questões que todo aquele que pretende empreender precisa estar disposto a encarar, visto que este irá lidar com as variáveis do mercado, que influenciam diretamente na dinâmica econômica e na estrutura social que a atividade empresária está inserida.

Em muitos casos, a pura e simples liquidação do devedor empresário que se encontra em crise, como a decretação de sua falência, se apresenta como a resposta menos onerosa e mais rápida para liquidar o ativo e pagar o passivo. Entretanto, esta não se apresenta como a melhor saída a ser considerada em um Ordenamento que ambiciona preservar a atividade empresarial, considerando o bem coletivo que decorre da manutenção da empresa.

Nesse sentido a Lei nº 11.101 de 2005 foi concebida, sob a égide de múltiplos princípios, evidenciando o basilar princípio da preservação das empresas, possibilitando o reerguimento das atividades recuperáveis e a retirada das não recuperáveis. Assim, disponibiliza-se ao devedor empresário o instituto da recuperação judicial, que possui propósitos elogiáveis e meritórios, mas com disposições inacabadas, que precisam de aperfeiçoamento.

Dessa forma, o desenvolvimento da uma boa percepção quanto aos princípios que incidem na recuperação judicial podem resultar em uma harmonizada aplicação do instituto. Princípios como da prevalência dos interesses dos credores, da preservação da empresa, da viabilidade econômica da empresa em crise, da *par*

condicio creditorum, dentre outros, poderão ser aplicados de forma conjunta, visto que estes não se confrontam, cabendo ao intérprete analisar econômica e racionalmente a situação concreta para alcançar a melhor solução.

Aspectos polêmicos da Lei, como a possibilidade ou não do magistrado intervir nas decisões da assembleia geral de credores na recuperação judicial, são merecedores de reflexão por parte de estudiosos do ramo, o que pode vir a resultar em uma recuperação judicial mais eficaz, e que forneça maior segurança aos envolvidos no processo recuperatório, produzindo frutos positivos e saudáveis não só as partes constituídas, mas a toda a sociedade.

Assim, analisou-se a atuação do Poder Judiciário ao se deparar com uma das colunas do instituo recuperatório, o plano de recuperação judicial, compreendendo as fundamentações das duas correntes que tratam da questão. Há aqueles que defendam o juiz com funções tão somente homologatórias, visto que essa foi a atribuição imputada a ele pela Lei nº 11.101 de 2005; bem como aqueles que sustentam responsabilidades interventivas ao magistrado, que deve se manifestar quando não verificar presente a comprovação da viabilidade econômica da empresa, dentre outras intempéries que podem condenar uma recuperação judicial saudável.

O entendimento jurisprudencial majoritário é claro ao expressar que não cabe ao magistrado a análise da viabilidade econômica do conteúdo do plano de recuperação judicial. Este deve se limitar ao controle de legalidade formal, podendo intervir apenas nos casos de comprovado abuso de direito. Entretanto, há julgados que observam a recuperação judicial com mais prudência, relativizando a soberania das decisões dos credores face um raciocínio jurídico e econômico, visando o bem coletivo.

Nestes termos, a presente pesquisa observou a recuperação judicial com o intuito de aprimorá-la, de forma que o foi indicado ao intérprete o uso da hermenêutica jurídica, visto a íntima relação do Direito com a Economia, não sendo sensato uma aplicação positivada e mecânica da Lei, sob risco de verdadeiro prejuízo a uma potencial recuperação judicial com condições reais de obter êxito.

Tal entendimento se deu após sair do plano do *dever ser*, analisando o plano do *ser*, em que mesmo tendo se passado treze anos da promulgação da Lei de Falências e Recuperação Judicial, o instituto recuperatório judicial não consegue alcançar, na maioria dos casos, os objetivos do legislador. De fato, o último estudo divulgado pela Serasa Experian demonstrou, cabalmente, que apenas uma em cada quatro empresas que tem a sua recuperação judicial concedida conseguem se reerguer.

Conclui-se em favor do aprimoramento da recuperação judicial, de forma que não é descabido considerar que, talvez, com uma atuação mais interventiva do magistrado ao apreciar a viabilidade econômica do plano, o instituto da recuperação judicial passe realmente a ter efetividade no reerguimento das empresas em crises, respeitando, assim, sua base e objetivo axiológico.

REFERÊNCIA

A CADA quatro empresas com processo de recuperação judicial encerrado, uma volta à ativa, revela estudo inédito da Serasa Experian. 2016. Disponível em <http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2016/10/07/a-cada-quatro-empresas-com-processo-de-recuperacao-judicial-encerrado-uma-volta-a-ativa-revela-estudo-inedito-da-serasa-experian/>. Acesso em 05 mar. 2018.

ANTONIO, Thays. *Enunciado 46 da 1º Jornada Brasileira de Direito Comercial CJF/STJ (2102)*. Disponível em: <https://thaysantonio.jusbrasil.com.br/artigos/387772943/enunciado-46-da-1-jornada-brasileira-de-direito-comercial-cjf-stj-2012>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei 2586/2015. Altera o art. 52 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para permitir que o juiz tenha mais discricionariedade e que decida acerca da concessão ou não do processamento da recuperação judicial em função da viabilidade da empresa. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, p. 362-363, ago. 2015. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020150819001370000.PDF#page=362>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011.

BRANDÃO, Ana. *O princípio da viabilidade econômico-financeira aplicado no procedimento do contraditório*. 2015. Disponível em:

<https://anacarolbrandao.jusbrasil.com.br/artigos/215823146/o-principio-da-viabilidade-economico-financeira-aplicado-no-procedimento-em-contraditorio>. Acesso em: 08 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AgRg no Ag 1328934 GO 2010/0130355-8*. Quarta Turma. Agravante: Ministério Público do Estado de Goiás. Agravado: Sandoval Pereira de Almeida. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasilia, 04 de novembro de 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153677822/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1328934-go-2010-0130355-8>. Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1.359.311 - SP (2012/0046844-8)*. Quarta Turma. Recorrente: Braido-Leme Industria Quimica Ltda. Recorrido: Rei Frango Abatedouro Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasilia, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/77421935/stj-30-09-2014-pg-1242 >. Acesso em: 08 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1388051 GO 2013/0169896-0*. Terceira Turma. Recorrente:Ourolac Indústria e Exportação Ltda. Recorrido: Banco do Brasil S⁄A Relatora: Mini. Nancy Andrighi. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24225861/recurso-especial-resp-1388051-go-2013-0169896-0-stj/inteiro-teor-24225862?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08. jan. 2018.

CAMPOS, Corine. *Direito de ação*: princípio da inafastabilidade da jurisdição. 2003. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1067/Direito-de-Acao-Principio-da-Inafastabilidade-da-Jurisdicao>. Acesso em: 05 mar. 2018.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. *Atualidades do novo direito empresarial*. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. *Direito empresarial esquematizado.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Brasília: CNJ, 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em: 04 mar. 2018.

COSTA, Daniel Carnio. *O critério tetrafásico de controle judicial do plano de recuperação judicial*. 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI267199,41046-O+criterio+tetrafasico+de+controle+judicial+do+plano+de+recuperacao>. Acesso em: 30 nov. 2017.

DIAS, Isabella de Antonio; ROXO, Larissa Fontes. *Análise jurídica do enunciado 46 da I Jornada de Direito Comercial*. 2017. Disponível em: <https://isinha206.jusbrasil.com.br/artigos/454366439/analise-juridica-do-enunciado-46-da-i-jornada-de-direito-comercial>. Acesso em: 02 mar. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. *AI 20140020319182AGI (0032444-32.2014.8.07.0000)*. Terceira Turma Cível. Agravante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Agravado: Mais Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. Relator: Des. Flavio Rostirola. Brasília, 13 de maio de 2015 Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 02 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. *AI 0710121-84.2017.8.07.0000.* Quarta Turma Cível. Agravante: Banco do Brasil S/A. agravado: Paulista Serviços e Transportes Ltda. Relator: Des. Sérgio Rocha, Brasilia, 01 de março de 2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 18 mar. 2018.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILARDI, Rosemarie Adalardo. *Órgãos específicos da administração da falência e da recuperação judicial das empresas.* 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GASPERINI, Marcella. *Aplicação do princípio da par condicio creditorum à recuperação judicial*. 2016. Disponível em: <https://marcellagasperini.jusbrasil.com.br/artigos/332829220/aplicacao-do-principio-da-par-condicio-creditorum-a-recuperacao-judicial>. Acesso em: 09 jan. 2018.

GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. *Do juízo arbitral e a Administração Pública*. 2012. Disponível em<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigo&ver=2.41232&seo=1>. Acesso em: 23 set. 2017.

GUERRA, Érica. *O controle da legalidade sobre as decisões assembleiares na recuperação judicial.* Disponível em: <https://ericaguerra.jusbrasil.com.br/artigos/121944100/o-controle-da-legalidade-sobre-as-decisoes-assembleiares-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 10 set. 2017.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falência*. 2. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GUTIERREZ, Livia. Natureza jurídica do plano de recuperação judicial. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 set.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-14/livia-gutierrez-natureza-juridica-plano-recuperacao-judicial>. Acesso em: 23 set. 2017.

HORA, Rodrigo Santos da. A principologia como base fundamental. *Conteúdo Jurídico*. Brasília. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-principiologia-como-base-fundamental,28681.html>. Acesso em: 04 mar. 2018.

JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1., 2012, Brasília. *Livreto...* Brasília: CEJ, 2013. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>. Acesso em: 04 mar. 2018.

JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 2., 2015, Brasília. Enunciados aproados em plenária realizada no dia 27 de fevereiro de 2015. São Paulo: Conjur, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/enunciados-ii-jornada-direito-comercial.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2018.

KENJ, Natalie. *A análise dos princípios norteadores na recuperação judicial e a importância do "par conditio creditorum".* 2017. Disponível em: <https://nataliekenj12.jusbrasil.com.br/artigos/455848627/a-analise-dos-principios-norteadores-na-recuperacao-judicial-e-a-importancia-do-par-conditio-creditorum>. Acesso em: 08 jan. 2018.

KFOURI NETO, Miguel; GONÇALVES, Claudia de Lurdes da Silva. A intervenção do judiciário nas decisões da assembleia geral de credores que deliberam sobre a concessão da recuperação judicial. In: CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI, 6., 2015, São Paulo. *Ética, ciência e cultura jurídic*a. São Paulo: FEPODI, 2015. p. 32-41.

LIMA, Luciana Takashi de Oliveira. *Juiz deve limitar-se à análise formal de plano de recuperação judicial*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-03/luciana-lima-juiz-checar-formalidade-plano-recuperacao>. Acesso em: 05 mar. 2018.

LIMA, Renata Albuquerque. *A atuação do estado brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei de falências e de recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência.* 6 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economi*a, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 137–170, out./dez., 2004.

LOPES, Natália; FUNCIA, Beatriz dos Santos. *Comentários ao Enunciado n. 45 da I Jornada de Direito Comercial*. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46961/comentarios-ao-enunciado-n-45-da-i-jornada-de-direito-comercial>. Acesso em: 26 set. 2017.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves. *A defesa de sua independência: um dever do magistrado*. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=29>. Acesso em 04 mar. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Victória. *NCPC*: os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil. 2016. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/332549158/ncpc-os-poderes-do-juiz-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 05 mar. 2018.

OLIVEIRA, Isaac. *Jurisdição e competência em processo penal*. 2018. Disponível em: <https://isaacoliveira91.jusbrasil.com.br/noticias/524643107/jurisdicao-e-competencia-em-processo-penal>. Acesso em: 25 jan. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. *AI 984.390-7*. Quinta Vara Cível. Agravante: Itaú Unibanco S/A. Agravada: Vietnam Massas Ltda. Relator: Des. Mário Helton Jorge. Cascavel, 14 de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-itau-unibanco-causa-anulacao-plano.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

PENTEADO, Luisa Vieira. *O livre convencimento motivado à luz do NCPC/15*. 2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9859/O-livre-convencimento-motivado-a-luz-do-NCPC-15>. Acesso em: 04 mar. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21 ed. São Paulo: Forense, 2014. v. 1.

PEREIRA, Renéé. Recuperação Judicial: metade das que pedem não se recupera. *Exame*, Rio de Janeiro, 27 set. 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/recuperacao-judicial-metade-das-que-pedem-nao-se-recupera/>. Acesso em: 05 mar. 2018.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PORTELA, Priscila Jales. *O instituto do "cramdown" na reorganização do Plano de Recuperação Judicial*: o abuso de direito de voto e a ineficácia do Judiciário. 2017. Disponível em: <https://escritoriobevilaqua.jusbrasil.com.br/artigos/454961241/o-instituto-do-

cramdown-na-reorganizacao-do-plano-de-recuperacao-judicial-o-abuso-de-direito-de-voto-e-a-ineficacia-do-judiciario>. Acesso em: 05 mar. 2018.

RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Peteffi. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 1, p.275, jan./jun. 2014.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. Ed. São Paulo. Saraiva, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. *AI 1363622920118260000 SP 0136362-29.2011.8.26.0000*. Extinta Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Agravante: Banco Itaú S/A. Agravado: Cerâmica Gyotoku Ltda; Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. Relator: Pereira Calças. Suzano, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21320625/agravo-de-instrumento-ai-1363622920118260000-sp-0136362-2920118260000-tjsp/inteiro-teor-110322664?ref=juris-tabs>. Acesso em 02 mar. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. *AI 2058626902014826000 SP 2058626-90.2014.8.26.0000*. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Zettatecck Automação Industrial Ltda. Agrado: O Juizo. Relator: Teixeira Leite. Araras, 03 de julho 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_20586269020148260000_032e8.pdf?Signature=c6%2F12V4jImoujzCAyRzkLBoQ0lM%3D&Expires=1521494206&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=14de3d155ef5c9c86e6975dbc3ef4be5>. Acesso em: 02 mar. 2018.

SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. *Objetivos e princípios da lei de falências e recuperação de empresas*. 2012. Disponível em:<http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229>. Acesso em: 07 set. 2017.

SEREJO, Lourival. *Comentários ao código de ética da magistratura nacional*. Brasília. Enfam, 2011.

SIN, Laiza. Enunciado 44 da I Jornada e Direito Comercial. Disponível em: <https://laizasin.jusbrasil.com.br/artigos/338389203/enunciado-44-da-i-jornada-de-direito-comercial>. Acesso em: 25 set. 2017.

TEBET, Ramez. *Lei de Recuperação de Empresas*: Lei n. 11.101, de 2005. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em: 05 set. 2017.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ULIANA, Maria Laura. *Direito civil, contratos, princípios contratuais*: dos princípios tradicionais aos modernos. 2017. Disponível em: <https://mlu25.jusbrasil.com.br/artigos/450052172/direito-civil-contratos-principios-contratuais-dos-principios-tradicionais-aos-modernos>. Acesso em: 23 set. 2017.

VIANA, Thiago. Os efeitos da recuperação judicial sobre os créditos garantidos por cessão fiduciária de direitos creditórios. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 17, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15462>. Acesso em: 21 mar. 2018.

ZUCCHI, Maria. O papel do judiciário na recuperação judicial. *Revista do curso de mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 29, n. 2, p .91-101, jul./dez. 2009.

DANO MORAL EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO ALIMENTAR

Karoline Roriz Vieira

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade demonstrar a possibilidade de indenização a título de danos morais decorrentes do não pagamento dos alimentos, tendo em vista o efeito pedagógico e punitivo que a indenização acarretará. O tema, mesmo pouco debatido no Direito de Família, é de extrema relevância, posto que mesmo havendo diversos meios coercitivos para o devedor de alimentos não voltar a inadimplir, essas medidas, muitas vezes, não são eficazes e acarretam uma série de inconvenientes àquele que depende da pensão alimentícia para sua subsistência, afetando direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana. A análise do dano moral em decorrência de descumprimento da obrigação alimentar poderá ser averiguada de forma análoga à Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Alimentos. Pensão. Obrigação Alimentar. Dignidade da Pessoa Humana. Família. Responsabilidade Civil. Indenização. Danos Morais.

1 INTRODUÇÃO

Diante dos atuais temas no Direito de Família, destaca-se a inovadora tese a respeito do dano moral por inadimplemento alimentar. O tema do presente estudo consiste na análise da possiblidade da condenação do alimentante ao pagamento de indenização àquele que necessita de alimentos em razão de tal inadimplemento. É importante o conhecimento de que alimentos visam manter a alimentação, vestuário, transporte e outras necessidades básicas do índividuo. Com isso, a obrigação de prestar alimentos possui grande relevância na socidedade, posto que manter o

sustento dos filhos decorre do dever de solidariedade entre os parentes e visa garantir o mínimo que o indivíduo necessita para sua subsisistência.

A obrigação de pagar alimentos possui peculiaridades em relação aos devedores convencionais, visto que neste encargo a dívida é constituída livremente, por um ato de vontade, já no débito de natureza alimentar, a obrigação de prestar alimentos é imposta, portanto, não está vinculado à vontade. Desta maneira, o devedor de alimentos deixa de cumprir com a obrigação, como forma de vingança, visto que a recusa deste, muitas vezes, não decorre de situação econômica desfavorável.

No momento em que o devedor pratica o inadimplemento, para ser caracterizado dano moral, deve-se analisar o ato ilícito ocasionado a partir do descumprimento do dever alimentar, não se justificando meros aborrecimentos existentes no núcleo familiar. Tal violação pode acarretar uma série de transtornos físicos e psicológicos ao alimentando, que não se vê capaz de prover com sua própria mantença, causando-lhe dor, sofrimento, humilhações, tristeza e desequilíbrio no seu bem-estar. Assim, indenização a títulos de danos morais em razão de inadimplemento alimentar, quando decorrente de um descumprimento de um dever legal que configura um ato ilícito torna-se essencial, posto que afetas princípios fundamentais ligados à dignidade da pessoa, prevista no artigo 1°, inciso III, da Constituição Federal.

O entendimento da não aplicação do instituto da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares fundamenta-se na preservação da família, porém, a Constituição Federal, ao evidenciar a dignidade da pessoa humana, demonstra o valor da pessoa que pertence ao núcleo familiar, os companheiros, cônjuges, pais, filhos e parentes, mesmo que estreite os laços familiares.

Portanto, o presente estudo tem como método de investigação a pesquisa bibliográfica, tal como a jurisprudencial, para auxiliar na análise dos danos sofridos por quem é vítima do não pagamento da pensão alimentícia.

A primeira parte do trabalho abordará os aspectos gerais da obrigação alimentar, bem como sua conceituação, apresentada por diversos doutrinadores, suas características e o dever dessa obrigação decorrente do vínculo de parentesco, em especial em relação a pais e filhos.

A segunda, por sua vez, tratará do instituto da responsabilidade civil, analisando seus conceitos e sua origem no Brasil, assim como as espécies e os elementos básicos caracterizadores do dever de indenizar, sendo estes a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

Por fim, a última parte discorrerá sobre a tese acerca do dano extrapatrimonial em razão do inadimplemento da obrigação alimentar, analisando a justiça do trabalho de forma análoga, visto que nas relações trabalhistas, a natureza do salário é considerada alimentar e demonstrando que a possibilidade de tal indenização afeta princípios fundamentais presentes na Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, que diz respeito ao mínimo que o indivíduo necessita para sua subsistência.

O estudo do cabimento e da valoração do dano moral por inadimplemento alimentar, portanto, deve ser estudada seguindo a análise concreta do juiz ao avaliar a presença dos elementos da responsabilidade civil, sendo estes a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade, e os valores constitucionais em conflito.

2 DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A maneira com a qual a lei regula as relações familiares acaba refletindo no tema alimentos. Bruno Canísio Kich apresenta que o dever de alimentar é imposto em virtude do dever de solidariedade entre parentes, pessoas ligadas por consaguinidade e afinidade. A origem deste dever decorre da evidência que temos em que os pais devem prover a subsistência dos seus filhos.[1]

Entendem Francisco Vieira Lima e Layra Francini Rizzi, que embora o ser humano seja responsável pelo seu próprio sustento, existem circunstâncias que

[1] KICH, Bruno Canísio. *Direito de alimentos e assistência familiar*. São Paulo: Agá Juris, 2003, p. 2.

impedem o individuo de provê-lo, como no caso de infância, incapacidade (física ou mental) ou velhice.[2] Por isso, a importância e complexidade do instituto dos alimentos, que possui regime jurídico especial e características próprias, sempre levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à vida.

2.1 Conceito e aspectos gerais

O ser humano depende de alimentos constantemente, sendo este necessário como condição de vida, como salienta Yussef Said Cahali. Tecnicamente, a ideia do dever de prestar alimentos é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, em face de quem necessite deles.[3] Na concepção de Cahali,

> O ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção; como tal, segue o seu fadário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal - mais ou menos prolongada -, a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida.[4]

A palavra "alimentos" compreende tudo aquilo que é indispensável para atender as necessidades da vida, visto que aquele que possui tal necessidade não pode provê-la por si. Ainda na concepção jurídica, os alimentos compreendem as obrigações de prestá-los e os componentes da obrigação a ser prestada. Sendo assim, a obrigação alimentar "compreende tudo o que é necessário às necessidades da existência: vestimenta, habitação, alimentação e remédios em caso de doença".[5]

Rolf Madaleno aponta que o artigo 1.701 do Código Civil de 2002 dispõe que os alimentos devem assegurar a educação do alimentando, quando for menor, sendo que um dos propósitos da obrigação de alimentos é a garantia da educação integral

[2] LIMA NETO, Francisco Vieira. RIZZI, Layra Francini. *Alimentos no Direito de Família:* aspectos materiais e processuais. Editora Lumen Juris: 2011, p. 3.
[3] CAHALI, Yusseff Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006, p.15.
[4] Ibidem, p.15.
[5] CAHALI, Yusseff Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.16.

do necessitado, para sua formação profissional, ainda que sendo maior de idade, desde que frequente universidade ou curso profissionalizante.[6]

No que diz respeito à obrigação alimentar, Arnaldo Rizzardo afirma que o instituto pertencente ao direito de família deve ser entendido de ordem pública e analisado de maneira especial pelo Estado, por se tratar de entidade familiar, destacada no ordenamento de qualquer sistema político.[7]

Por se tratar da própria subsistência do necessitado, a obrigação alimentar demanda muita eficiência e cautela por parte do Estado. Portanto, mesmo que a legislação seja bem segura, não alcança muitas vezes sua finalidade. Devido à importância deste instituto, o artigo 5°, inciso LXVII, da Constituição Federal traz a possibilidade de prisão para o inadimplente.[8]

Como ressalta Paulo Nader, dois requisitos devem ser observados na relação alimentar, são estes: a necessidade de quem pleiteia e a possibilidade do requerido. Entende-se, porém, que o dever alimentar não é perpétuo, sendo condicionado ao binômio necessidade-possibilidade.[9]

Quanto ao dever de alimentar, na concepção de Belmiro Pedro Welter, os alimentos são devidos pelos ascendentes, descendentes, irmãos e pelo cônjuge, sendo que o dever entre pais e filhos deve ser recíproco, conforme o artigo 229 da Constituição Federal.[10]

Cahali destaca que a responsabilidade alimentar perdura durante todo o período de desenvolvimento físico e intelectual a ser criado. Demonstra o autor:

> [...] atingindo o ser humano o seu desenvolvimento completo, o adulto, este assume, em princípio, a responsabilidade por sua subsistência; deveria cessar, então, para ele, o direito de

[6] MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Forense: 2016, p. 873.
[7] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 643.
[8] Ibidem, p. 643.
[9] NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. v. 5, 7. ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 503.
[10] WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 34.

> reclamar de quem quer que seja a prestação daquilo que é necessário para a sua manutenção. [11]

Porém, o ser humano, quando desenvolvido, deve procurar meios necessários ao seu sustento próprio, com recursos alcançados mediante seu esforço. Reconhece-se, portanto, circunstâncias como doenças, inabilitação para o trabalho ou idade avançada, que geram uma certa impossibilidade de se promover tal subsistência. Diante disso, existe um dever moral que passa a ser devido.[12]

O dever de assistência ao adulto que se encontra necessitado, conforme expresso pelo autor, com um caráter simplesmente moral atribuído a quem estivesse em condições de prestá-lo, transformou-se em obrigação jurídica, desde que observados requisitos estabelecidos em lei.[13]

2.2 Pressupostos e critérios de fixação

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplina Filho ensinam que o principal presssuposto para se fixar alimentos é binômio necessidade- possibilidade.[14] Neste aspecto, o artigo 1.695 do Código Civil de 2002, conclui que:

> Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.[15]

Portanto, a concessão dos alimentos se dá pela necessidade do indivíduo que os solicita e pela possibilidade de pagamento da pessoa de quem se reclamam tais alimentos, sem prejudicar seu sustento próprio.[16]

No âmbito da obrigação alimentar decorrente da filiação, salienta-se que a obrigação alimentar é devida aos dois genitores, em regime de igualdade, porém

[11] CAHALI, Yusseff Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 28.
[12] Ibidem, p. 29.
[13] Ibidem p. 30.
[14] GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Direito de família*, v. 6, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 698.
[15] BRASIL. Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.
[16] OLIVEIRA, James Eduardo. Código Civil Anotado e Comentado: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Forense. Rio de Janeiro: 2010.

considerando sempre a possibilidade de cada um. Uma vez que um tem maiores condições econômicas, paga mais e quem tem menores possibilidades, paga menos, ou então só um dos pais, que tiver capacidade econômica suficiente, prestará o dever de alimentos ao filho.[17]

Acerca da possibilidade de quem presta alimentos, o Enunciado n. 573 da VI Jornada de Direito Civil esclarece que "Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza".[18] Flávio Tartuce exemplifica que podem ser evidenciadas provas obtidas em redes sociais, nos termos do artigo 374 do Código de Processo Civil, onde o próprio devedor de alimentos, a partir de divulgações nestas redes, demonstra patrimônio relevante. A questão disposta no Enunciado é ilustrada na seguinte jurisprudência:

> EMENTA: PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIMENTOS PROVISÓRIOS - FIXAÇÃO DO QUANTUM DE ACORDO COM O BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVEM A INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS - SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA QUE AUTORIZAM A MANUTENÇÃO DA VERBA ALIMENTAR - DIVIDA CÍVIL PRÉTERITA - INAPLICABILIDADE EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA QUANDO NÃO EXISTE OBRIGAÇÃO OU ACORDO ANTERIOR PARA ESSE PAGAMENTO - LIMINAR DEFERIDA PARCIALMENTE - NECESSIDADE DA ANÁLISE DAS PROVAS NA APRECIAÇÃO DO MÉRITO DA AÇÃO PRINCIPAL POR PARTE DO MAGISTRADO A QUO - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. DESCABIMENTO. MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL. RECURSO QUE SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL. 1. A fixação dos alimentos provisórios deve seguir o binômio da necessidade do alimentado e possibilidade do Alimentante em arcar com os custos financeiros. 2. Inexistência de elementos que justifique a incapacidade financeira, e sim a presença de sinais exteriores de riqueza permite a manutenção da verba alimentar arbitrada. 3. A quitação do débito civil referente a mensalidades escolares atrasadas, não deve ser concedida o seu pagamento

[17] MONTEIRO, Washington Barros, SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil: direito de família.* vol. 2. 43. ed. Saraiva Educação. São Paulo: 2012.

[18] BRASIL. VI Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf> Acesso em: 05 nov. 2017.

> em sede de antecipação de tutela, em face da necessidade de uma análise de um maior acervo probatório, quando da apreciação do mérito da ação principal, para apuração da responsabilidade. 4. A quebra de sigilo bancário e fiscal só deve ser concedida e justificada quando imprescindível a lide, não sendo o agravo de instrumento meio hábil para tal pleito, por ser uma ferramenta de cognição sumária e superficial. 5. Recurso a que se dá provimento parcial.[19]

Contudo, Pamplina Filho e Gagliano e outros doutrinadores modernos consideram que a fixação de alimentos está baseada, na verdade, em um trinômio, que abrange além da necessidade e da possibilidade, a razoabilidade ou proporcionalidade. Ou melhor, concerne além da análise da capacidade econômica do devedor e da necessidade de quem pleiteia alimentos, à conjunção dessas medidas da forma adequada. [20]

Neste sentido, os autores ressaltam que importa também a aplicação dessas medidas da maneira correta, devendo ser analisada de modo justo a conjunção entre a necessidade do alimentado e o recurso do alimentando, não devendo ser uma "punição" para este, nem um "prêmio" para aquele.[21]

Fabiana Spengler aponta que deve-se dominar o bom senso, mesmo em ocasiões difíceis, como a separação judicial. As partes devem buscar reduzir gastos, já que não podem viver com as mesmas condições anteriormente mantidas.[22]

A pensão alimentícia é fixada, com base na jurisprudência, em trinta por cento do salário do devedor. Portanto, podem ser fixados com base no salário mínimo nacional, por se versar de uma dívida de valor.[23]

---

[19] BRASIL, Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de Instrumento 0003727-65.2013.8.17.0000. Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Agenor Ferreira de Lima, j. 09.07.2017, DJEPE, 15.08.201. Disponível em: < http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb>. Acesso em: 04 nov. 2017.

[20] GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Direito de família*, v. 6, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 698.

[21] Ibidem, p. 699.

[22] SPENGLER, Fabiana Marion. *Alimentos: da ação à execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 39.

[23] Ibidem. p. 40.

2.3 Principais classificações dos alimentos

Dentre as diversas classificações existentes na doutrina, Yussef Said Cahali destaca alguns critérios: I- quanto a natureza; II- quanto a causa jurídica; III- quanto a finalidade; IV- quanto ao momento da prestação; V- quanto a modalidade de prestação.[24]

No que tange à natureza dos alimentos, estes podem ser naturais ou civis. Welter aponta que os alimentos civis destinam-se a prover com a alimentação, habitação, vestuário, transporte e outras necessidades que visam manter a dignidade e solidariedade da pessoa humana, portanto não devem ser meios de empobrecimento ou enriquecimento.[25] Cahali inclui ainda passeios e diversões, que importam nos haveres e a qualidade de vida do alimentado.[26]

A obrigação alimentar quanto à causa jurídica resulta diretamente da lei ou de atividade humana. Cahali considera legítimos, quando, decorrem de obrigação legal, caracterizada por vínculo de parentesco ou em decorrência de matrimônio, estando elencados no Direito de Família.[27]

Tendo atividade do homem como causa, o dever de alimentar resulta de atos voluntários ou jurídicos. Os voluntários se constituem em decorrência de uma declaração de vontade, *inter vivos* ou *mortis causa* e ocasionam-se em razão de contrato ou de última vontade, estando inseridos ao Direito das Obrigações ou ao Direito das Sucessões.[28]

Quanto à finalidade, Dimas Messias de Carvalho considera que os alimentos podem ser definitivos ou não definitivos, dividindo-se em provisionais e provisórios. Os alimentos definitivos são determinados por sentença de mérito e não deixam

[24] CAHALI, Yusseff Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 18.
[25] WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
[26] CAHALI, Yusseff Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 18.
[27] Ibidem. p. 21.
[28] Ibidem. p. 21.

dúvidas quanto o direito em si e o quantum. Possuem portanto, o caráter permanente, mesmo sendo admissível a revisão para modificar o valor ou exonerar o devedor.[29]

Assevera Carlos Roberto Gonçalves que os alimentos provisórios são os liminarmente estabelecidos no despacho inicial proferido na ação de alimentos. O autor ressalta que os alimentos provisionais ou *ad lidem*:

> [...] são os determinados em pedido de tutela provisória, preparatória ou incidental, de ação de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação de casamento ou de alimentos. Destinam-se a manter o suplicante, geralmente a mulher, e a prole, durante a tramitação da lide principal, e ao pagamento das despesas judiciais, incluindo honorários advocatícios.[30]

Quanto ao momento da prestação, Tartuce enfatiza que os alimentos podem vencer no curso da ação e podem ser cobrados em momento próprio, definindo-se como alimentos futuros. A obrigação alimentar também pode ser exigida no momento, e pela atualidade da obrigação pode ser cobrada por ação específica, no qual são entendidos como alimentos presentes. Já os alimentos que não podem mais ser cobrados, verificado o princípio da atualidade, são os alimentos pretéritos.[31]

Uma última classificação quanto à modalidade da obrigação alimentar é trazida por Yussef Cahali, estando dividida entre obrigação própria e imprópria. Esta refere-se à obrigação que tem como substância o provimento dos meios adequados à obtenção de bens necessários ao sustento. Já aquela diz respeito ao que é devido à manutenção da pessoa.[32]

2.4 Natureza jurídica

A doutrina diverge a respeito da natureza jurídica dos alimentos. Francisco Vieira Lima e Layra Francini Rizzi destacam que alguns estudiosos consideram tratar-se de direito patrimonial, enquanto outros assevaram tratar-se com direito

[29] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 746.
[30] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
[31] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* Direito de Família, v.5. 12. ed. Forense: 2016, p. 576.
[32] CAHALI, Yusseff Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 19.

pessoal. Alguns doutrinadores ainda defendem que há uma natureza mista no instituto, entendendo ser direito patrimonial e fidelidade pessoal.[33]

Dimas Messia de Carvalho demonstra que a posição doutrinária que define os alimentos como direito pessoal extrapatrimonial, visa que o alimentando não tem interesse econômico, na medida em que a verba de caráter alimentar trata-se de direito personalíssimo, objetivando garantir a vida e não aumentar o patrimônio.

A corrente que considera o dever alimentar como direito patrimonial e finalidade pessoal, apresenta uma relação patrimonial de crédito e débito, uma vez que "consiste no pagamento periódico de soma em dinheiro ou fornecimento de bens de consumo, tanto que o credor pode exigir uma prestação econômica do devedor".[34]

Na visão de Adriana Maluf e Carlos Maluf, não restam dúvidas que os conceitos relacionam-se, por se tratar de direito personalíssimo com cunho de direito patrimonial, buscando garantir a sobrevivência humana.[35]

1.5 Características da obrigação legal de alimentos

Flávio Tartuce aponta que a obrigação alimentar possui características únicas, que as distinguem de todas as outras obrigações.[36] As principais características são: I- direito personalíssimo; II- solidariedade; III- irrenunciabilidade; IV- impenhorabilidade; V- imprescritibilidade; VI- irrepetbilidade; VII- transmissibilidade.

[33] LIMA NETO, Francisco Vieira; RIZZI, Layra Francini. *Alimentos no Direito de Família:* aspectos materiais e processuais. Lumen Juris: 2011, p. 25.
[34] CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 735.
[35] MALUF, Carlos Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. *Curso de Direito de Família*. Editora Saraiva, 2015, p. 678.
[36] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* Direito de Família, v.5. 12. ed. Forense, 2016, p. 549.

2.5.1 Direito personalíssimo

A doutrina não diverge sob o aspecto de que o direito de alimentos está atrelado a um direito de peronalidade, assegurando assim, a subsistência e integridade física do indivíduo, conforme salienta Yussef Cahali.[37]

Portanto, no que diz respeito ao alimentando, o direito é personalíssimo, já que somente aquele que possui relação de parentesco, casamento ou união estável com o alimentante pode pleiteá-los, incidindo assim, o principio da razoabilidade ou proporcionalidade. Por esta razão, a obrigação é intransmissível aos herdeiros do credor alimentício.[38]

Sendo assim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que o direito a alimentos não tolera cessão, seja ela onerosa ou gratuita, nem admite compensação, independente da natureza das dívidas.[39]

A característica personalíssima dos alimentos é verificada na fixação de alimentos, já que esta leva em conta particularidades do devedor e credor, consideradas as suas situações pessoais.[40]

2.5.2 Solidariedade

Maria Berenice Dias demonstra que o silêncio do legislador quanto a solidariedade do dever alimentar sempre ensejou controvérsia. Contudo, o Estatuto do Idoso veio para definir a natureza da obrigação alimentar, ao afirmar em seu artigo 12 que "a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores".[41] Mesmo que o dispositivo esteja inserido em lei especial aos idosos, a

[37] CAHALI, Yusseff Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45.
[38] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* Direito de Família, v.5. 12. ed. Forense, 2016, p. 549.
[39] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 704.
[40] Ibidem, p. 704.
[41] BRASIL. Lei Nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 10 set. 2017.

solidariedade estende-se em favor de quem necessita de proteção integral e não tem meios de manter com o próprio sustento: crianças e adolescentes.[42]

A divisibilidade da obrigação alimentar não desconfigura natureza solidária da obrigação, sendo assim, continuam obrigados os cônjuges, companheiros, parentes, pais, filhos, e até mesmo o próprio Estado.[43]

2.5.3 Irrenunciabilidade

O artigo 1707 do Código Civil dispõe que "pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos [...]".[44] Fundamentando este princípio, Cahali afirma que "a irrenunciabilidade consubstancia uma consequência natural do seu conceito, pois o direito de pedir alimentos representa uma das manifestações imediatas, ou modalidade do direito à vida".[45]

Deste modo, Rolf Madaleno sustenta que a irrenunciabilidade da obrigação alimentar encontra-se no interesse social do direito aos alimentos, configurando assim, uma norma de interesse de ordem pública. Assim sendo, sua renúncia não está na esfera da autonomia privada.[46] Bertoldo Mateus de Oliveira ressalta que a indisponibilidade abrange apenas o direito, visto que não se pode impor um dever de solicitar a obrigação alimentar, tendo o interessado assim, a possibilidade de não o exercer.[47]

Porém, a irrenunciabilidade ao direito aos alimentos na jurisprudência atual vem abrangindo apenas os parentes, não alcançando os cônjuges. Neste sentido:

> EMENTA: Direito civil e processual civil. Família. Recurso especial. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. Carência de ação. Ilegitimidade

[42] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 517.
[43] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 517.
[44] BRASIL. Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso 10 set. 2017.
[45] CAHALI, Yusseff Said. *Dos Alimentos*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 46.
[46] MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7 ed. Forense, 2016, p. 915.
[47] OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos: Teoria e Prática*. 2 ed. Atlas, 2015, p. 9.

> ativa. - A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo. - Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 701902 SP 2004/0160908-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/09/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 03/10/2005 p. 249).[48]

O julgado em questão entende não ser cabível o pedido de prestação alimentícia da ex-esposa ao seu ex-cônjuge, posto que houve a cláusula de renúncia a alimentos em acordo homologado judicialmente.

2.5.4 Impenhorabilidade

Também o artigo 1707 do Código Civil demonstra que o direito a alimentos é impenhorável. Paulo Nader observa que como o objetivo da obrigação alimentar é garantir a subsistência do indivíduo, esta não responde pelas dívidas do alimentando.[49]

Para que um crédito seja considerado penhorável, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplina Filho entendem que estes devem ser objeto de uma relação transferível, o que não é o caso da pensão alimentícia.[50]

Porém, como ressalta Paulo Nader, os bens imóveis, que não compõem o bem de família, e os bens móveis, que não pertencem a residência, podem ser suscetíveis de penhora para efetuar o adimplemento. Indaga-se, ainda, o autor:

> As dívidas do alimentando, originárias de fornecimentos de alimentos, vestuário ou medicamentos, não poderiam ser satisfeitas, judicialmente, mediante a penhora do direito aos

[48] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 701.902. 3ª Turma do STJ, Rel. Nancy Andrigh. 15.09.2005, DJU, 03.10.2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7194546/recurso-especial-resp-701902-sp-2004-0160908-9?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26 fev. 2018.

[49] NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*: *Direito de Família*. 7 ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 515.

[50] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLINA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil*: Direito de Família. 7 ed. Saraiva, 2017, p. 706.

> alimentos? A Lei Civil não faz qualquer distinção, impondo-se a resposta negativa, pois a eventual penhora, atendendo a compromissos pretéritos, poderia privar o alimentando, no presente, dos recursos indispensáveis à sua sobrevivência.[51]

2.5.5 Imprescritibilidade

Na visão de Francisco Vieira Lima e Layra Francini Rizzi, o direito de requerer alimentos em juízo não prescreve, não confundindo com o direito buscar o pagamento das prestações vencidas, sendo que estas prescrevem em dois anos, nos termos do artigo 206, § 2º, do Código Civil, a contar da data em que elas se vencerem.[52]

Portanto, o prazo prescricional não corre para os absolutamente incapazes e entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar, conforme os artigo 198 e 197, II, do Código Civil.

2.5.6 Irrepetibilidade

Rolf Madaleno observa a disposição de que os alimentos não podem ser devolvidos, não está inserida em lei, mas vem sendo um princípio consolidado pela doutrina e jurisprudência, com a finalidade de resguardar o alimentando a ter que devolver parcelas alimentícias pagas indevidamente, ou em duplicidade, que diz respeito a exceção à restituição do pagamento indevido, constada no artigo 876 do Código Civil e ao enriquecimento sem causa, presente nos artigos 884 e 885 do Código Civil.53

Neste sentido, Moacir César Júnior compreende que não é justo o enriquecimento ilícito do alimentando, uma vez que o alimentante, por diversas

[51] NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 7 ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 515.
[52] LIMA NETO, Francisco Vieira; RIZZI, Layra Francini. *Alimentos no Direito de Família:* aspectos materiais e processuais. Lumen Juris, 2011, p. 29
[53] MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7 ed. Forense: 2016, p. 915.

vezes, possui inúmeras dificuldades para quitar com o débito alimentar devido mensalmente.[54]

2.5.7 Transmissibilidade

Como salienta Rizzardo, os alimentos não se transmitem, sendo assim, com a morte, a obrigação extingue-se, sem qualquer direito aos sucessores. Porém, a transmissão da obrigação de prestar alimentos é transmissível, conforme o artigo 1.700, do Código Civil.[55]

Silvio Venosa aponta que a transmissibilidade dos alimentos surgiu com o artigo 23 da Lei do Divórcio, Lei 6.515 de 1977, ao entender ser transmissível aos herdeiros do devedor, a obrigação de presar alimentos, redação mantida pelo artigo 1700 do Código Civil de 2002. Essa inovação, trazida pelo Código Civil vigente, trouxe muitas incertezas.[56]

Assevera Rolf Madaleno que, existe uma corrente doutrinária que assegura que a transmissibilidade do dever alimentar seria aos herdeiros do alimentante. Para uma segunda vertente, se transmitiria apenas a dívida alimentícia vivente ao tempo da morte do alimentando. Outra versão compreende ser os débitos alimentares limitados às forças da herança, e uma vez finalizada a partilha, terminava a obrigação alimentar dos sucessores, pois estes não deveriam ser forçados a preservarem parte de seus quinhões hereditários para atender às solicitações de alimentos.[57]

Venosa afirma que o intuito do legislador deveria prevalecer, pois ao inserir o artigo 23 na lei que trata da dissolução do casamento, restringe-se o preceito às

[54] PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das Pessoas e das Famílias:* Doutrina e Jurisprudência. Saraiva, 2008, p. 340.
[55] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 652.
[56] VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil:* Família, v. 5. 17. ed, Atlas. 2016, p. 444
[57] MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Forense: 2016, p. 891.

obrigações que compreende os cônjuges, de tal modo, que não teria como abranger a transmissibilidade da obrigação alimentar ao parentesco.[58]

Atualmente, na visão de Rolf Madaleno, ainda existem os questionamentos sobre se a transmissão dos alimentos incide aos herdeiros do devedor da obrigação alimentar, ou apenas em relação às parcelas vencidas e não pagas, e além disso, se a transmissão deve acontecer na medida das necessidades do alimentado e dos meios do alimentante, e por fim, se o direito a alimentos deve ser estendido aos parentes, cônjuges e companheiros, ou se exclusivamente aos cônjuges.[59]

Para o referido autor, a redação do artigo 1700 do Código Civil vigente, traz indagações cujas soluções não são pacíficas e "cogita tão só dos alimentos advindos das relações de Direito de Família, para outorgar legitimidade alimentar por transmissão sucessória aos parentes, cônjuges e companheiros".[60]

2.6 Dever alimentar decorrente do vínculo de parentesco

Contemplando o princípio da solidariedade familiar, o artigo 1.694, *caput*, do Código Civil, apresenta que os cônjuges, companheiros e parentes podem solicitar uns aos outros o dever alimentar, para viverem de forma compatível com a sua condição social, incluindo as necessidades com a formação educacional. Bertoldo Mateus de Oliveira, observa que a proteção devida a consaguinidade não acarreta em parasitismo, dado que o familiar não dispõe de recursos indispensáveis ao sustento do outro.[61]

O dever de prestar alimetos, segundo Bruno Kich, são obrigações cuja solidariedade é coercitiva, portanto:

> Se é justo, ou não, é uma questão que se enfrentará pela ótica da norma jurídica. A primeira verdade está em que os pólos- ativo e passivo- poderiam ser diferentes, pelas mesmas previsões legilativas poderia o reclamado estar na posição de

[58] VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil:* Família, vol. 5, 17. ed, Atlas. 2016, p. 444
[59] MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Forense: 2016, p. 892.
[60] Ibidem, p. 892.
[61] OLIVEIRA FILHO. Bertoldo Mateus de. *Alimentos: teoria e prática.* São Paulo: Atlas: 2011, p. 84.

> postulante. A seguna verdade nos parece elementar: se fosse o reclamado autor do pedido, premido por uma situação de carência, por certo não argumentaria que fosse injusto. O justo ou injusto pode estar na ótica de quem pede e quem deve.[62]

Maria Berenice Dias salienta que em relação aos parentes, nos termos do artigo 1.829, do Código Civil, quem tem direito à herança tem também a obrigação alimentar, acompanhando portanto, a ordem da vocação hereditária. Em razão disso, o dever alimentar entre ascendentes e descendentes não tem fim.[63]

O dever alimentar é recíproco, de tal modo, a lei indica uma ordem de responsabilidade. A obrigação inicial na prestação de alimento diz respeito aos pais. Na falta destes, a obrigação estende-se aos avós, e assim sucessivamente. Maria Berenice Dias afirma que:

> Também não há limite na obrigação alimentar dos descendentes: filhos, netos, bisnetos e tataranetos devem alimentos a pais, avós, bisavós, tataravós, e assim por diante. Na ausência e parentes em linha reta, busca-se a solidariedade dos colaterais.[64]

2.6.1 Alimentos dos pais aos filhos

Sobre as obrigações alimentares em face dos filhos, Paulo Nader considera que os pais, Em face da igualdade de obrigações e direitos, têm iguais deveres com os filhos que estão sob o poder familiar e relativamente aos emancipados ou maiores.[65]

Belmiro Pedro Welter ensina que os pais, quando casados ou em união estável, são obrigados a manter a subsistência da família e a educar os filhos, independente do regime patrimonial de bens, com base na proporção dos bens e rendimentos do trabalho, conforme disposto no artigo 1.568, do Código Civil, e não se aplica o binômio necessidade-possibilidade, constante no artigo 1.694, § 1º, do

[62] KICH, Bruno Canísio. *Direito de alimentos e assistência familiar*. São Paulo: Agá Juris, 2003, p. 47.
[63] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. Revista dos Tribunais: 2011, p. 542.
[64] Ibidem, p. 542.
[65] NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. v. 5. 7. ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 522.

Código Civil. A partir da dissolução do casamento, aplica-se o binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, pois considera não ser mais necessário os pais venderem seus bens para a subsistência da família, pois estes serão para a conservação da condição social e educação dos alimentandos.[66]

Welter destaca que a obrigação alimentar, correspondente ao dever de educação, guarda e sustento dos filhos menores decorre do poder familiar, portanto não é um dever dos dos avós, e sim dos pais, nos termos dos artigos 1.696, do Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990 e artigo 229 da Constituição Federal.[67]

Os alimentos também podem ser devidos aos filhos maiores de idade em três situações: aos filhos maiores e incapazes, aos filhos maiores e capazes que cursam ensino superior ou curso profissionalizante e ao filhos maiores, capazes e indigentes.

Bertoldo Mateus de Oliveira destaca o artigo 16, da lei 1.615 de 1977, o qual consta que o disposto referente às obrigações alimentares estendiam-se aos filhos maiores inválidos e o legislador do Código de 2002, em seu artigo 1.590, preferiu a denominação incapaz.[68]

Dessa forma, Pedro Welter analisa que mesmo o poder familiar estando extinto com a maioridade, os pais não exoneram do dever legal de prestar alimentos aos filhos maiores incapazes, uma vez que a exigência de receber alimentos deriva do seu precário estado de saúde, estando incondicionada à idade. [69]

Para Maria Berenice Dias, a perda do poder familiar não desobriga a obrigação de prestar alimentos, visto que o vínculo de parentesco biológico permanece. Portanto, mesmo quando a guarda é concedida a terceiros, o dever alimentar subsiste.[70]

---

[66] WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 119.
[67] Ibidem, p. 120.
[68] OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos:* Teoria e Prática. 2 ed. Atlas, 2015, p. 26.
[69] WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 122.
[70] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 534.

A capacidade civil, adquirida aos 18 anos, não põe fim ao encargo alimentar, mesmo que acabe o poder familiar. A jurisprudência entende que as demandas da atualidade enseja que a capacitação profissional seja cada vez maior, por esta razão, o período de vigência da obrigação alimentar vem estendendo. O próprio Código Civil, em seu artigo 1.694, vem dilatando a pensão alimenticia às necessidades educacionais.[71]

Logo, Welter ressalta que os filhos maiores de idade, que não são capazes de se sustentarem, se cursando ensino superior, os pais permanecem obrigados ao pagamento de alimentos até os 24 anos de idade ou até a conclusão do curso. Porém, para evitar que o filho desinteressado pelo futuro e cômodo exija pensão alimentícia, deve-se analisar a maioridade e as condições físicas para trabalhar.[72]

O dever legal de prestar alimentos não limita-se aos filhos menores, aos incapazes ou aos maiores estudantes, como também abrange, em determinadas circunstâncias os maiores, capaes e indigentes.

De acordo com o artigo 1.695 do Código Civil, os alimentos são devidos quando quem os pleiteia não possui bens suficientes, nem é capaz de prover através do seu trabalho o seu próprio sustento e de quem reclamam podem proporcioná-lo, sem afetar sua própria subsistência.

Segundo Rizzardo, algumas situações excepcionais também podem surgir, como prolongamento dos estudos, total inexistência de empregos, doença do filho etc., a obrigação alimentar pode persistir, se o credor da obrigação justificar a sua impossibilidade de se sustentar.[73]

Por fim, “tais alimentos restringem-se ao imprenscindível para a sobrevivência, isto é, ao que reclama a alimentação, a moradia, a saúde, e outras

[71] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. Revista dos Tribunais: 2011, p. 517.
[72] WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 124.
[73] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 692.

despesas básicas".[74] E para os parentes que necessitam de alimentos, estes devem adequar-se com a condição social do alimentante.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A respeito da responsabilidade, Bruno Miragem ressalva que esta encontra-se diretamente ligada ao Direito, posto que tratar em responsabilidade consiste na imposição de deveres jurídicos e na garantia do seu cumprimento ou suas implicações a quem tenha infrigido estes deveres.[75]

Portanto, o tema da responsabilidade civil é atual e de evidente importância para os profissionais e estudiosos do direito, assim evidencia Carlos Roberto Gonçalves que tende-se, na atualidade, a ressarcirem o indivíduo que sofre com os atos ilícitos, fazendo sobrecarregar as ações indenizatórias.[76]

3.1 Conceito e origem

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, o ordenamento jurídico busca resguardar o lícito e conter o ilícito, corrigindo os seus efeitos danosos. Para isto, a ordem jurídica institui deveres, podendo ser positivos, de fazer ou dar, ou então negativos, de não fazer ou tolerar algo.[77]

O referido autor distingue, ainda, obrigação de responsabilidade, sendo aquela um dever jurídico originário e esta um dever juríco sucessivo, no qual é consequente à violação da obrigação. Sendo assim, ao prestar um serviço profissional, compromete-se a uma obrigação e o não cumprimento de tal dever jurídico acarreta a violação da obrigação, gerando uma responsabilidade, e portanto, o dever de reparar o dano ocasionado pelo descumprimento de tal obrigação.[78]

---

[74] Ibidem, p. 693.
[75] MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo. Saraiva, 2015, p.23.
[76] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 45.
[77] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo. Atlas, 2017, p. 13.
[78] Ibidem, p. 14.

A responsabilidade civil, segundo Humberto Theodoro Júnior, faz com que a vítima seja ressarcida do dano injusto por ela sofrido na ocasião em que se encontrava antes do ato ilícito. O descumprimento da obrigação de não lesar alguém gera uma desordem na circunstância jurídica e patrimonial do ofendido. O instituto da responsabilidade civil vem ser a reparação, pelo causador dessa desordem, do prejuízo causado a outrem por um ato adverso ao ordenamento jurídico.[79]

A análise histórica das sanções punitivas no direito civil, no entendimento Nelson Rosenvald, possibilita a percepção da etmolologia, dos conceitos e da evolução do instituto jurídico da responsabilidade civil, assim como a compreensão do surgimento das regras que regem a sociedade.[80]

Carlos Roberto Gonçalves ensina que a responsabilidade civil se caracteriza, de acordo com a teoria clássica, nos seguintes pressupostos: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Contudo, nos primórdios da humanidade, não se analisava a conduta culposa. O dano acarretava comportamentos imediatos, muitas vezes institivos e brutais do ofendido, prevalecendo assim, a vingança privada.[81]

Sintetiza Arnaldo Rizzardo que na antiguidade clássica, ainda se procurava uma forma de ressarcimento do prejuízo. Para cada ofensa, havia uma reparação ou uma pena. O Código de Hamurabi, por exemplo, previa que:

> Se seu escravo roubasse um boi, uma ovelha, um asno, um porco ou uma barca, caso pertencesse a um deus ou palácio, deveria pagar até trinta vezes mais; se pertencesse a um cidadão livre, dentre as classes dos proprietários, soldados, pastores e outros, restituiria até dez vezes mais. Se o ladrão não tivesse com que restituir, seria morto.[82]

---

[79] THEODORO JÚNIOR. Humberto; MAMED, Gladston, ROCHA, Maria Vital, Rodrigues Junior, Otavio Luiz (coord.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 19.

[80] ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.* 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

[81] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 47.

[82] RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil.* 6. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013. p. 29.

A distinção entre "reparação" e "pena" é analisada por Carlos Roberto Gonçalves e ocorreu no perído romano, com a diferenciação de delitos públicos, nos quais o réu deveria arcar com os prejuizos aos cofres públicos, e os delitos privados, onde a reparação em dinheiro incumbia à vítima. Assim, o Estado assumia seu papel de punir. Deste modo, a ação de indenização tomou o lugar da ação repressiva.[83]

Douglas Ferracini compreende que, no Brasil, a primeira obra que reuniu o ordenamento civil pátrio foi o Código Civil de 1916, tendo em vista que antes eram aplicadas as Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas, derivadas do direito português. O referido Código conservou os fundamentos da responsabilidade civil do Código de Napoleão, trazendo como pressupostos da obrigação de indenizar, a existência do dano e da culpa em sentido amplo, porém não falou de responsabilidade civil de maneira muito organizada. O dever de indenizar buscava defender o patrimônio do ofendido, dificultando a ocorrência de indenização por danos extrapatrimoniais.[84]

A Constituição Federal de 1988 legislou acerca da indenização por danos morais, em seu artigo 5º, incisos V e X e dispôs acerca da responsabilidade objetiva do Estado em seu § 6º, como salienta Sergio Cavalieri.[85]

3.2 Espécies

A responsabilidade civil tem como um dos pressupostos básicos a conduta humana que viola uma obrigação jurídica, dessa forma, tal conduta pode ser caracterizada em diversas espécies, a depender de onde decorre o dever jurídico e qual o elemento subjetivo da condura.[86]

[83] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 48.
[84] FERRACINI. Douglas Guedes Ferreira. *Cláusulas específicas de responsabilidade civil- Um estudo sobre a natureza sancionatória das indenizações por danos morais*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Org.). Responsabilidade Civil. São Paulo: Rideel, 2011. p. 51.
[85] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 11. ed. São Paulo. Atlas, 2017.
[86] Ibidem, p. 29.

3.2.1 Responsabilidade civil e penal

Cavalieri Filho explica que a ilicitude não é uma particularidade do direito penal, já que pode haver uma contrariedade entre a norma jurídica e a conduta em qualquer esfera do direito. Quando o indivíduo viola uma norma penal de direito público, será considerado um ilícito penal, e se o agente infringir uma norma de direito privado será um ilícito civil.[87]

O ilícito penal e o ilício civil apresentam a mesma essência, que é um ato que desrespeita a ordem jurídica cometido por um imputável, como salientam Chaves, Braga Neto e Rosenvald. Todavia, incubirá ao legislador à discricionaridade para estabelecer se será o direito civil, penal ou administrativo que colocarão a reação do ordenamento.[88]

Quanto à análise de culpa, os autores destacam que no juízo civil, a culpa é analisada para ressarcir o dano, já na esfera penal, para definir a condenação. Assim sendo, um fato que não seja caracterizado como crime, pode ser considerado um ilícito civil.[89]

3.2.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade civil, no entendimento de Paulo Nader, tem origem do inadimplemento de um dever legal. O ilícito extracontratual emana de um dever imposto pelo ordenamento jurídico, enquanto o ilícito contratual procede do não cumprimento de uma obrigação decorrente de um negócio jurídico. Portanto:

> A responsabilidade civil nasce sempre de um fato jurídico que, em sentido amplo, é qualquer acontecimento que gera, modifica ou extingue relação jurídica. Aquele que, utilizando-se mal de sua propriedade, provoca danos ao prédio vizinho, pratica fato jurídico *lato sensu*, mais especificamente, *ato ilícito*, devendo o seu autor responder pelos prejuízos causados

[87] Ibidem, p. 29.
[88] BRAGA NETO, Felipe Peixoto, CHAVES, Cristiano de Farias, ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo. Atlas, 20015. p. 99.
[89] Ibidem, p. 100.

> ao vizinho. *In casu*, tem-se a responsabilidade extracontratual. Se uma companhia aérea, por desorganização, cancela determinado voo, causando lesões morais ou materiais aos passageiros, sujeita-se à reparação. A hipótese é de responsabilidade negocial, pois os prejuízos decorreram do inadimplemento de cláusulas contratuais.[90]

Assim, Cavalieri Filho ressalta que em ambas as responsabilidades há um dever jurídico preexistente. Porém, na responsabilidade contratual o dever jurídico violado deverá estar previsto em contrato, enquanto para haver responsabilidade civil extracontratual, o dever jurídico violado haverá de estar previsto em lei ou no ordenamento jurídico, por sua vez.[91]

3.2.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Como elemento para analisar a responsabilidade civil Carlos Roberto Gonçalves destaque que a culpa poderá ser averiguada ou não para a reparação do dano.[92]

Caio Mário Silva ensina que na teoria da responsabilidade subjetiva, destaca-se a figura do ato ilícito, na observância das considerações e dos conceitos. Já na visão geral de responsabilidade civil sobressai o dever de reparação do dano ocasionado.[93]

A essência da responsabilidade civil subjetiva, ainda segundo Caio Mário, fundamenta-se na averiguação de como o comportamento da vítima colaborou para o prejuízo. Deste modo, um ato humano qualquer não está apto a gerar efeito indenizatório. Somente será causador daquele efeito a conduta em que o ordenamento jurídico prevê certos requisitos. Assim, pode considerar, para a teoria da responsailidade civil, a conduta culposa do agente.[94]

---

[90] NADER, Paulo. Curso de direito civil: Responsabilidade Civil. vol. 7. 6. ed. Forense, 2015.
[91] CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 30.
[92] GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 17. ed. Saraiva, 2012. p. 59.
[93] PEREIRA, Caio Mário Silva. Responsabilidade Civil. 11. ed. Forense, 2016. p. 41.
[94] Ibidem. p. 41.

Carlos Roberto Gonçalves analisa que a responsabilidade civil subjetiva não requer prova de culpa do causador do dano para sua efetiva reparação. Esta existindo ou não, sempre será irrelevante para o dever de indenizar. O que será imprenscindível é a configuração do nexo de causalidade, entre a conduta e o dano, visto que mesmo inexistindo a necessidade de comprovação de culpa, não se pode obrigar a reparar quem não tenha dado causa ao evento.[95]

Uma das teorias apresentadas pelo autor para fundamentar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Segundo esta teoria, todo indivíduo que exerce alguma atividade gera um risco de dano para terceiros, sendo portanto, obrigado a repará-lo, mesmo que insento de culpa por sua conduta.[96]

3.3 Elementos da responsabilidade civil no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro encontram-se presentes os seguintes pressupostos gerais da responsabilidade civil: i) conduta humana (positiva ou negativa); ii) dano ou prejuízo; iii) nexo de causalidade.

Mencionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplina Filho que a culpa, embora referida no artigo 186, do Código Civil, sendo descrita "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamen- te moral, comete ato ilícito"[97], não é elemento geral da responsabilidade civil, mas sim um elemento acidental, visto que é dispensável na responsabilidade civil objetiva e imprenscindível para a caracterização da responsabilidade civl subjetiva.[98]

[95] GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 17. ed. Saraiva, 2012. p. 60.
[96] Ibidem. p. 59.
[97] BRASIL. Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso 20 mar. 2018.
[98] GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil*, v.3. 15. Ed. São Paulo. Saraiva, 2017. p. 74.

3.3.1 Conduta humana

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplina Filho observam que apenas a atividade humana é um fato gerador da responsabilidade civil, não alcançando então, o fato da natureza. Entende-se, portanto, que a voluntariedade, que se caracteriza pela liberdade de escolha do indivíduo que possui discernimento necessário para prática de seus atos é um pressuposto essencial para caracterização da responsabilidade civil.[99]

Os autores destacam, ainda, que tanto na responsabilidade subjetiva, focada na ideia de culpa, como na responsabilidade objetiva, calcada na noção de risco, o agente deve agir conscientemente dos atos materiais que está realizando, não sendo necessário o conhecimento da ilicitude dos fatos.[100]

A conduta humana pode ser positiva, quando praticada através de um comportamento ativo, ou negativa, que traduz-se em uma conduta omissiva, causadora de dano.[101] Segundo Carlos Roberto Gonçalves "para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado".[102]

Entretanto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplina destacam que na conduta omissiva deve estar presente a voluntariedade, já que, se este requisito estiver ausente, não haverá como reconhecer a responsabilidade civil.

3.3.2 Dano

Segundo definição de Valéria Silvia Galdino Cardin, "o dano consiste na lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa,

[99] Ibidem. p.77.
[100] Ibidem. p. 77.
[101] Ibidem. p. 78.
[102] Ibidem. p. 59.

contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral."[103] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplina conceituam dano ou prejuízo como sendo "a *lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator*".[104] Conforme o conceito destacado, a caracterização do dano pode derivar da ofensa a direitos da personalidade, ou seja, extrapatrimoniais, em especial o dano moral.

Em síntese ao assunto, Carlos Roberto Gonçalves lembra que a definição clássica de dano traz a ideia de uma subtração do patrimônio, portanto há autores que entendem o dano como engloba aspectos como a honra, saúde e a vida do indivíduo, além do patrimônio.[105]

Valéria Silvia Galdino Cardin estabelece que o dano, em relação ao sujeito, pode ser direto ou indireto. Este ocorrendo quando a lesão deveria ser acarretada a uma pessoa, porém acaba atingindo outra, que não a vítima. Já aquele, ocorre quando a lesão é imediata à pessoa.[106]

Em relação ao objeto, o dano pode ser patrimonial ou moral. O primeiro, causa deterioração total ou parcial de um bem material, suscetível de valoração pecuniária. O segundo, por sua vez, "provoca no ser humano uma lesão em seus valores mais íntimos, tais como o sentimento, a honra, a boa fama, a dignidade, o nome, a liberdade etc."[107] O dano moral é ressarcido para compensar a injustiça ocasionada a vítima, atenuando assim parte do sofrimento.

Quanto à reparabilidade do dano, conforme ressaltado por Gagliano e Pamplina Filho, esta incide sobre a tutela dos direitos personalíssimos e a proteção poderá ser: i) preventiva, cujo objetivo é evitar a efetivação da lesão a direitos da personalidade ou ii) repressiva, no caso da lesão já ter sido concretizada. Na

[103] CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *Dano Moral no Direito de Família*. Saraiva. São Paulo, 2012. p. 17.
[104] GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil*, v.3. 15. Ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 86. grifo do autor.
[105] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*, v. 4. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2017.
[106] CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *Dano Moral no Direito de Família*. Saraiva. São Paulo, 2012.
[107] CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *Dano Moral no Direito de Família*. Saraiva. São Paulo, 2012. p. 18.

primeira, o ato lesivo poderá ser inibido por meio de multa cominatória, já na segunda, será através da imposição da sanção civil (indenização) ou penal.[108]

Os autores ainda destacam os requisitos para a reparação efetiva do dano, que em regra, devem ser ressarcíveis. Uma das condições é a violação de um bem jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica.[109]

Outro requisito consiste na certeza de o dano ter sido realmente causado, visto que não se deve obrigar a vítima a indenizar apenas por um dano hipotético. Valéria Silvia Galdino Cardin analisa que, no que diz respeito ao *quantum*, a indenização tem por finalidade restituir o ofendido, no qual recompondo seu patrimônio com base nos danos emergentes, que dizem respeito aos prejuízos causados ao patrimônio da vítima e nos lucros cessantes, que caracterizam-se pelos rendimentos que o lesado obteria se não houvesse dano, estará regressando ao estado anterior.[110]

Dentre as espécies do dano, os Rodolfo Pamplina Filho e Pablo Stolze Gagliano destacam o dano material e o dano moral. Este lesiona bens de cunho personalíssimo da vítima, enquanto aquele refere-se a lesão de bens e direitos economicamente consideráveis do seu titular.

O dano patrimonial engloba dois aspectos: i) o dano emergente, que corresponde ao que a vítima de fato perdeu, ou seja ao seu efetivo prejuízo, ii) os lucros cessantes, que equivalem ao que a vítima deixou de ganhar em razão do dano. Como Salienta Carlos Roberto Gonçalves, o dano moral está previsto no artigo 5º, incisos V e X da Constituição federal[111] e "acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação".[112] O autor ainda destaca que:

---

[108] GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil*, v.3. 15. ed. São Paulo. Saraiva, 2017.
[109] Ibidem.
[110] CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *Dano Moral no Direito de Família*. Saraiva. São Paulo, 2012.
[111] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

> O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. [113]

No que se refere à prova nos danos morais, Valéria Silvia Galdino Cardin ressalta que esta se faz em dois momentos distintos. O primeiro é onde se produz a demonstração do fato e o segundo envolve a avaliação subjetiva dos danos morais. O dano poderá ser presumido quando as circunstâncias não determinarem prova de sua existência, apenas do fato que o originou, como nas ofensas morais ou na perda ou inutilização de determinado membro ou função. Nesses casos, a prova decorre da efetividade do ato ilícito, através da análise dos fatos e da forma como estes aconteceram, admitindo assim, presunção *juris tantum*.[114]

A autora menciona que o ônus da prova no dano moral consiste na necessidade de provar, ou seja, trata-se apenas de dever no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes. O que se espera da parte é que, através da prova, demonstre a veracidade dos fatos alegados, para que o julgador possa extrair as consequências jurídicas pertinentes ao caso. [115]

No entanto a autora destaca, que com o advento da Constituição Federal de 1988, consignou-se, no art. 5º, LVI, que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". O argumento, para aqueles que não admitem a utilização da prova ilícita, é que "o direito à prova deriva do princípio da ampla defesa e

---

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[112] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*, v. 4. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 388.

[113] Ibidem, p. 388.

[114] CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *Dano Moral no Direito de Família*. Saraiva. São Paulo, 2012

[115] Ibidem.

impede, portanto, que a parte se valha de qualquer tipo de prova ou que venha a colhê-la infringindo norma de direito material ou processual".[116]

O dano pode ainda afetar um valor estético do indivíduo, ensina Nehemias Domingos de Melo que o dano estético diz respeito,

> [...] a qualquer anomalia que a vítima passe a ostentar no seu aspecto físico, decorrente de agressão à sua integridade pessoal. Ele poderá corresponder a uma cicatriz resultante de uma ferida ou à amputação de qualquer dos membros, ou ainda à perda de um olho. Assim, o dano estético estará caracterizado quando seja possível constatar que o indivíduo tendo sofrido injusta agressão, apresente sequelas de caráter permanente, alterando-lhe as feições físicas.[117]

O fundamento para a indenização por danos estéticos não é tutelar um padrão de beleza, já que isto não seria possível, mas sim proteger a incolumidade física do sujeito, uma vez que existem cicatrizes que afetam a autoestima do indivíduo. [118]

3.3.3 Nexo de Causalidade

O último elemento da responsabilidade civil apresentado é o nexo de causalidade entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Gagliano e Pamplina Filho trazem três teorias que tentam explicar o nexo de causalidade: i) a teoria da equivalência de condições, ii) a teoria da causalidade adequada e iii) a teoria da causalidade direta ou imediata.[119]

Segundo os autores, na teoria da equivalência, tudo o que ocorre no evento será considerado causa, não distinguindo, portanto, os antecedentes do resultado danoso. Esta teoria é adotada Código Penal brasileiro, em seu artigo 13, onde atribui o resultado a quem deu causa à existência do crime, no qual é considerado causa a ação ou omissão, onde na falta destas o resultado não teria ocasionado. No entanto,

---

[116] CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *Dano Moral no Direito de Família*. Saraiva. São Paulo, 2012. p. 46.
[117] MELO, Nehemias de. Dano moral- problemática: do cabimento à fixação do quantum. 2. ed. Atlas, 2010. p. 162.
[118] Ibidem. p. 162.
[119] GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil, v.3. 15. Ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

essa teoria apresenta algumas imprecisões que impossibilitam sua aplicação no Direito Civil. Um dos inconvenientes é que considerando causa todo o antecedente que contribua para o desfecho do ato danoso, a investigação desta, poderia ser levada ao infinito.[120]

Carlos Roberto Gonçalves destaca que a segundo o critério da causalidade adequada, considera-se a condição capaz de produzir o dano como a causador de tal. Para o autor:

> Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada. [121]

4 DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO ALIMENTAR

O instituto da responsabilidade civil vem passando por evoluções ao longo do tempo, sendo influenciado ainda pelas mudanças que a família vem sofrendo na sociedade. Entende Bernardo Castelo Branco que:

> A família atual, entretanto, forjada num cenário derivado da nova ordem econômica e social, apresenta-se fundada em novos alicerces, com a prevalência da afeição como elemento fundamental na união formadora do núcleo familiar, que não é mais representado necessariamente pelo casamento, e na adoção de princípios como o da liberdade e respeito à dignidade humana, o da igualdade jurídica dos cônjuges, companheiros e também dos filhos, entre outros preceitos.[122]

Em decorrência de tal evolução, destaca Valéria Silvia Galdino Cardin, que o significado da expressão "família", passou a abranger a toda comunidade formada

[120] Ibidem.
[121] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil, v. 4. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p.362.
[122] BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Método, 2006. p. 17.

por qualquer um dos pais e seus descendentes, visto que o marido perdeu a autoridade e o controle que exercia sobre a esposa até então.[123]

Castelo Branco lembra que se tinha uma ideia de que as relações no âmbito jurídico do direito de família, por seu caráter extrapatrimonial, não alcançariam os princípios elencados na responsabilidade civil, devendo se valer pelos institutos próprios, como de alimentos, para reparar danos acarretados pelo comportamento dos membros na relação familiar. Porém, não faz mais sentido esta imunidade, visto que os indivíduos desse núcleo social possuem proteção em princípios constitucionais ligados a dignidade da pessoa humana.[124]

Na lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, além da dignidade da pessoa humana, o tema responsabilidade civil no direito de família envolve outro valor fundamental presente na Constituição, a preservação do núcleo familiar, presente no artigo 227 da Constituição Federal, que dificulta a possibilidade de litígios judiciais entre os integrantes da família.[125]

Não há como pensar em ser humano sem dignidade, deste modo Rodrigo da Cunha Pereira assinala que "a dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade".[126]

Afirma Juliano Spagnolo que a dignidade da pessoa humana deve implicar nas decisões judiciais referentes a alimentos, visto que o julgador não deve ignorar este valor essencial, que afeta de modo direto na vida do ser humano. Desta maneira, o juiz deve atentar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, observando se a fixação da verba alimentar não está aquém ao mínimo necessário à subsistência humana. De outro lado, deve ser analisado se a fixação dos alimentos não ultrapassa

[123] CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.
[124] BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Método, 2006. p. 18.
[125] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil no direito de família*. In: MADALENO, Rolf Hanssen; WELTER, Belmiro Pedro (Coord.). Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
[126] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 94.

as possiblidades econômicas do devedor, já que este deve também atender as suas próprias necessidades de sobrevivência. Sendo assim, o binômio necessidade/ possibilidade deve ser respeitado.[127]

Para se caracterizar a responsabilidade civil quando o alimentante não paga a pensão alimentícia, Dimas Messias de Carvalho explica que não basta apenas haver meros aborrecimentos na relação familiar, o descumprimento de um dever legal que configura um ato ilícito, torna-se então, essencial. Posto isto, o dano moral nas relações familiares deve ser ocasionado ato ilícito absoluto, ou seja, em qualquer ocasião da vida civil entre as pessoas ou por ato ilícito específico, decorrente do descumprimento de deveres ou abuso de direitos. No caso de descumprimento de dever alimentar, este deve interferir negativamente no comportamento psicológico do necessitado.[128]

Neste sentido, cumpre destacar que responsabilizar os inadimplentes da obrigação alimentar, torna possível a efetivação de princípios constitucionais inerentes a personalidade, além disso cumpre a função compensatória e inibitória que o dano moral causa.

4.1 Dano extrapatrimonial

Mesmo diante das contradições que o dano extrapatrimonial acarrete atualmente, Nehemias de Melo demonstra que a questão não é uma novidade, dado que desde os primórdios da sociedade o ser humano buscava defender-se, com suas próprias forças, das ofensas físicas ou morais sofridas, como uma forma de vingança pessoal para contentamento da agressão sofrida. Ao passo que a sociedade foi evoluindo e se organizando, o Estado, ao buscar assegurar o bem-estar social,

[127] SPAGNOLO, Juliano. *Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humano*. IN: USTÁRROZ, Sérgio Gilberto Porto Daniel. Tendências Constitucionais no direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 152.

[128] CARVALHO, Dimas Messias. *Dano moral por inadimplemento alimentar*. In: MADALENO; Rolf. BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

começou a incumbir-se do papel de distribuir a justiça, tomando o lugar do lesionado.[129]

Nos dias de hoje, João Casillo expõe que na análise da teoria geral da responsabilidade civil, o elemento dano tem grande relevância e encontra-se como elemento essencial e indispensável, uma vez que não há como falar em responsabilidade civil sem que haja o dano.[130]

O código Civil, em seu artigo 927, apresenta a obrigatoriedade de reparar o dano àquele que por ato ilícito, ocasionou dano a outrem. Já o artigo 186 do referido Código traz que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".[131]

Assim, Carlos Alberto Bittar apresenta a classificação geral dos danos, segundo seu conteúdo econômico, podendo ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, sendo que estes refletem no âmbito pessoal do titular e aqueles ressoam no patrimônio.[132] Nesse sentido o autor explica os danos morais como:

> [...] os relativos a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação, e as manifestações de intelecto.[133]

Clayton Reis lembra que o ato pode, além de ofender a personalidade da pessoa, lesionar a vida privada, honra, intimidade, imagem, valores, bem como o que ocasiona inquietações de natureza espiritual.[134]

A Constituição Federal, inclusive reconheceu a existência do dano moral e a necessidade de sua reparação civil. Em seu art. 5º, inciso V dispõe que "é assegurado

---

[129] MELO, Nehemias de. Dano moral- problemática: do cabimento à fixação do quantum. 2. ed. Atlas, 2010. p. 3.
[130] CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,1994, p. 26.
[131] BRASIL. Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso 13 mar. 2018.
[132] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993. p. 27.
[133] Ibidem. p. 28.
[134] REIS, Clayton. *Dano Moral*. 5. ed. Forense, 2009.

o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" e no inciso X estabelece que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".[135]

Indiscutivelmente, na visão de João Casillo, melhor seria se não acontecesse o dano e que não ocorresse a violação de qualquer direito. Nota-se, portanto, que o dano é exceção. Acontecendo o evento danoso, deve-se buscar solucionar a ofensa, de modo a procurar reparar o direito de quem foi lesionado.[136]

O autor destaca que seria mais ideal se o próprio ocasionador do dano, por si só, buscasse solucionar o problema e compensasse inteiramente os efeitos do ato danoso, satisfazendo assim, o desejo da vítima. Ocorre que, se o ofensor não proceder desta forma, e a vítima não estando determinada a renunciar seu direito, a solução será buscar as vias judiciais.[137]

Para comprovar, portanto, a responsabilidade extrapatrimonial, Carlos Monteiro Filho esclarece a necessidade de demonstrar os pressupostos caracterizadores da responsabilidade (dano, nexo causal e culpa, quando esta não for dispensada). O juiz, ao analisar os pressupostos, poderá verificar duas circunstâncias: a) a comprovação dos pressupostos, dando origem ao dever de indenizar; b) esses não são verificados, deste modo, não há o que se falar em obrigação de indenizar. Ao fazer essa análise, volta-se a avaliar a quantificação dos danos.[138]

Explica o autor que o valor da reparação do dano moral deve ser líquido e certo, em razão da economia processual. O magistrado, no processo de

[135] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso 13 mar. 2018.
[136] CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 77.
[137] Ibidem. p. 77.
[138] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos da responsabilidade civil por dano moral.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 124.

conhecimento, já fixa o valor da indenização, com base na sua familiarização com o caso concreto e nas provas dos autos.[139]

Em relação ao dano moral decorrente da obrigação alimentar, Dimas Messias de Carvalho ressalta que,

> Necessário ainda que, o inadimplemento alimentar tenha causado danos imateriais na vítima, pois se o fato não teve sequelas, apesar da omissão do agente não existe dano a ser reparado. Existindo danos é necessário que a causa seja o ato omissivo no pagamento dos alimentos, que ocorra nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a ação que o ocasionou.[140]

Nesta perspectiva, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu que não ensejava em danos morais por inadimplemento da pensão alimentícia por parte do pai, em razão abolo sofrido pela filha, ao ter o curso de Direito cancelado, por desequilíbrio financeiro desta. Segue ementa da decisão:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INADIMPLEMENTO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. IMPROCEDÊNCIA. Se os abalos morais e materiais sofridos pela autora pela sua bancarrota financeira, que inclusive levaram ao cancelamento do curso de Direito em universidade privada, não podem ser debitados ao pai/réu, porque inexiste o alegado inadimplemento da pensão alimentícia por parte dele, mas tão-somente atrasos no dia do pagamento, o qual é feito mensalmente, mantém-se a improcedência da ação. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70025389339, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 21/08/2008).[141]

[139] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos da responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro. Renovar, 2000. p. 130.

[140] CARVALHO, Dimas Messias. Dano moral por inadimplemento alimentar. In: MADALENO; Rolf. BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 142.

[141] BRASIL Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 7002589339 8ª Câmara Cível do TJRS, Rel. José Ataídes Siqueira Andrade. 30.01.2017. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br/busca>. Acesso 23 mar. 2018.

4.2 Análise análoga com a justiça do trabalho

Observa Conrado Paulino da Rosa e Douglas Phillips Freitas que na seara trabalhista a possibilidade de fixação de danos extrapatrimoniais devido ao não pagamento salarial ou atraso frequente deste já é debatido, de longa data.[142]

Segundo o ensinamento de Francisco Neto e Jouberto Cavalcante, não há como falar em contrato de trabalho sem salário, ou seja, a título gratuito, sem vantagens recíprocas e encargos. O salário é concedido ao empregado pela prestação de tarefas contínuas e subordinadas, representando seu ganho habitual e periódico. O contrato realizado por solidariedade, caridade ou amizade, portanto, não acarreta em vínculo de emprego.[143]

Carlos Bezerra Leite defende que a natureza do salário é alimentícia, sendo ele indispensável a atender as necessidades substanciais básicas do empregado, bem como da sua família.[144] A Constituição, em seu art. 100, § 1°, reconheceu expressamente a natureza alimentar do salário:

> Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.[145]

Neste sentido, Marco Antônio Scheuer de Souza lembra que a proteção ao salário é tão grande, que sequer este é suscetível de penhora, exceto se houverem

---

[142] ROSA, Conrado Paulino da; FREITAS, Douglas Phillips. *Danos morais por inadimplemento alimentar*. Disponível em < http://www.conradopaulinoadv.com.br/v2/wp-content/uploads/2013/05/Danos-Morais-por-inadimplemento-alimentar-02_05_2012-2-11.pdf>. Acesso em 09. Mar. 2018.

[143] JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE. Jouberto de Pessoa. *Manual de direito do trabalho*. 4. ed. Atlas. p. 89.

[144] LEITE, Carlos Bezerra. *Curso de Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 428.

[145] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 mar. de 2018.

duas verbas alimentares, incluindo a pensão alimentar. Neste caso, prevalece a prestação alimentícia, em caso de conflito.[146]

Gustavo Barbosa Garcia aponta que após ter sido estabelecido o pagamento do salário por mês, nos termos do artigo 459, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho "deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido".[147] Além disso a Súmula 381 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece que:

> Correção monetária. Salário. Art. 459 da CLT. O pagamento dos salários até o 5.º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1.º".[148]

Sendo assim, destaca-se a importância de responsabilizar o causador do dano. Na ótica de Mauro Schiavi, como atualmente o desemprego e os salários baixos encontram-se evidentes no país, o inadimplemento do salário e a falta de emprego acarretam diversos aborrecimentos ao empregado, refletindo muitas vezes contra sua dignidade. Em razão disso, crescem as demandas referentes a indenização por danos morais na seara trabalhista, em decorrência de inadimplementos, principalmente, salarias. O empregado que se vê na situação de não receber seu salário, não quita suas dívidas e encontra seu nome no cadastro de inadimplentes, por este motivo, o que afeta sua dignidade e autoestima.[149]

Nesta perspectiva, temos o Recurso Ordinário 0020321-3.2016.5.04.0104, julgado em 30 de janeiro de 2017 pela 8ª Turma:

---

[146] SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998. p. 236.

[147] BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm >. Acesso 09 mar. 2018.

[148] BRASIL. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-381>. Acesso 19 mar. 2018.

[149] SCHIAVI, Mauro. Deve ser reparado o dano moral sofrido pelo empregado em razão do não pagamento de verbas salariais pelo empregador? Disponível em <http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/REPARACAO%20DOS%20DANOS%20MORAIS%20SOFRIDOS%20PELO%20EMPREGADO%20EM%20RAZAO%20DO%20NAO%20PAGAMENTO%20DE%20VERBAS%20SALARIAS%20PELO%20EMPREGADOR.pdf>. Acesso 19 mar. 2018.

> DANO MORAL. MORA E/OU INADIMPLEMENTO SALARIAL REITERADO. PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO EXTRAPATRIMONIAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O atraso e/ou inadimplemento reiterado de salários é circunstância que causa prejuízo in re ipsa, fazendo presumir, por si só, ofensa na esfera extrapatrimonial do trabalhador, insanável por mera reparação patrimonial. Devida ao trabalhador, portanto, indenização por dano moral, nos termos do art. 5º, X, da CF. (TRT-4 - RO: 00203214320165040104, Data de Julgamento: 30/01/2017, 8ª Turma).[150]

No julgado em questão, considerou-se a lesão na esfera patrimonial do trabalhador e a condenação do juízo *a quo* foi mantida no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de indenização por danos morais, sob o argumento de que foi demonstrado o atraso no pagamento dos salários, além do não pagamento das verbas rescisórias, onde configurou-se o ato ilícito. Neste mesmo sentido, tem-se como entendimento os sentidos julgados do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

> *RECURSO DE REVISTA. NÃO PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. DANO MORAL. O não pagamento das verbas rescisórias ao empregado e/ou, a não liberação das quias de TRCT e do seguro-desemprego não configura, automaticamente, o dano moral passível de indenização civil; necessária, portanto, a configuração da lesão aos direitos personalíssimos do Autor. Precedentes da Corte. Recurso de Revista conhecido e não provido.* (TST-RR-1948-09.2010.5.15.0058, Ac. 4ª Turma, Rel. Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 31.10.2012).
>
> RECURSO DE REVISTA. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIO. A jurisprudência desta Corte alinha-se no sentido de exigir a efetiva demonstração de prejuízo concreto à esfera de direito da personalidade do trabalhador para extrair do atraso no pagamento dos salários e das verbas rescisórias a obrigação de indenizar danos morais, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RR: 13960920115040028, Data de Julgamento: 18/03/2015, Data de Publicação: DEJT 21/08/2015).[151]

[150] BRASIL Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário 00203214320165040104. 8ª Turma do TRT, Rel. João Paulo Lucena. 30.01.2017. Disponível em <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424411539/recurso-ordinario-ro-203214320165040104>. Acesso 20 mar. 2018.

[151] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 13960920115040028. 18.03.2015. DJET. 21.08.2015. Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/222694383/recurso-de-revista-rr-13960920115040028>. Acesso 20 mar. 2018.

Conrado Paulino da Rosa e Douglas Phillips Freitas concordam que, de maneira oposta as relações familiares, a Consolidação das Leis do Trabalho proporciona o rompimento da relação empregatícia após o descumprimento de alguma obrigação. Portanto, o trabalhador possui autonomia e liberdade de buscar um novo emprego para assegurar a sua subsistência e, contudo, tem direito à indenização a títulos de danos morais. Em contrapartida, no âmbito familiar, não é possível o alimentado obter novos vínculos e a possibilidade de alimentos avoengos, sendo estes decorrentes de filiação, em diversas vezes, não é eficaz ao buscar a mantença do credor de alimentos. Nesta perspectiva, os autores complementam que:

> [...] há necessidade de outras formas de efetivação de seu direito, tais como fixação de multa pelo atraso no pagamento à luz do art. 461 do Código de Processo Civil, danos morais, entre outras medidas, afinal, não pode o direito de alimentos ficar restrito às suas parcas tutelas trazidas na lei civil e processual pertinentes, devendo galgar novas relações interdisciplinares e transdisciplinares dentro da própria norma civil.[152]

4.3 Possibilidade de incidência de dano extrapatrimonial decorrente da violação da obrigação alimentar

A possibilidade do dano moral em decorrência do inadimplemento alimentar é um tema pouco discutido no Direito de Família, apesar de tamanha significância do tema na sociedade, por tratar-se da sobrevivência do alimentando. Sendo assim, Dimas Messias de Carvalho entende que o não cumprimento do dever alimentar pode acarretar uma série de lesões psíquicas e físicas naqueles que não podem manter seu próprio sustento, violando assim, direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.[153]

---

[152] ROSA, Conrado Paulino da; FREITAS, Douglas Phillips. *Danos morais por inadimplemento alimentar*. Disponível em < http://www.conradopaulinoadv.com.br/v2/wp-content/uploads/2013/05/Danos-Morais-por-inadimplemento-alimentar-02_05_2012-2-11.pdf>. Acesso em 09. Mar. 2018.

[153] CARVALHO, Dimas Messias. Dano moral por inadimplemento alimentar. In: MADALENO; Rolf. BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 126.

O autor ainda menciona que existem correntes que divergem sobre o dano moral no direito de família, nas quais entendem que o não acolhimento deste visa a preservação e manutenção da família. Sendo assim,

> Não se trata, obviamente, de monetizar as relações familiares, como alega a corrente doutrinária e jurisprudencial contrária à responsabilidade civil nas relações familiares. Não se pretende reparação pelo fim do amor ou pela corrosão de uma união, mas a reparação do bem jurídico violado.[154]

Contudo, na intenção de afastar críticas improcedentes, Adauto de Almeida Tomaszewshi compreende que é um equívoco ver imoralidade na pretensão da compensação por dano moral, já que imoral seria deixar o responsável impune. Ao se pretender indenização pelo dano sofrido, o que se busca é proteger a honra e não a conduta do ato antimoral. É incontestável que não há como valorar o sofrimento, portanto é certo que o valor pecuniário tende a atenuar a circunstância. Nas palavras do autor "É evidente que o dinheiro sozinho não dá felicidade, mas de que ele ajuda a criar uma situação mais favorável para se enfrentar a dor, isso não há a menor dúvida".[155]

Na lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a proposição principal da Constituição Federal atualmente não preconiza a subordinação da pessoa em face dos interesses da família, mas sim evidencia o valor da pessoa que participa do núcleo familiar, os companheiros, cônjuges, pais, filhos e parentes, mesmo que estreite os laços familiares. Na medida em que o ordenamento jurídico do início do século XX utilizava de presunções absolutas sobre a paternidade e impossibilitava a sua investigação, ou negação, a legislação atual tende, buscando atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, onde engloba o direito de conhecer quem são os

[154] CARVALHO, Dimas Messias. *Dano moral por inadimplemento alimentar*. In: MADALENO; Rolf. BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p.127.

[155] TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *O dano moral no âmbito do direito de família- filhos de pais separados*. Universidade Estadual de Londrina, 1997. Disponível em <https://doaj.org/article/30a0a28472a04694ae511e7ceb069d3d>. Acesso em 11. mar. 2018.

filhos e quem são os pais, a reconhecer as demandas que buscam a verdade real, com o estreitamento da flexibilização da coisa julgada e das hipóteses de decadência.[156]

Como enfatiza Bernardo Castelo Branco, tinha-se uma ideia de que as relações no âmbito jurídico do direito de família, por seu caráter extrapatrimonial, não alcançariam os princípios elencados na responsabilidade civil, devendo se valer pelos institutos próprios, como de alimentos, para reparar danos acarretados pelo comportamento dos membros na relação familiar. Porém, tal regra não encontra mais sentido, visto que os indivíduos desse núcleo social possuem proteção em princípios constitucionais ligados a dignidade humana, não fazendo sentido se tornarem imunes ao instituto da responsabilidade civil.[157]

Apesar de cada vez mais o princípio da dignidade da pessoa humana ser evidenciado no direito de família, Paulo Lôbo compreende que temos, em contraponto, a exigência do princípio da solidariedade familiar. Com a evolução do direito de família deixou-se de entender a família girando ao redor daquele que possuía o pátrio poder e passou a proteger individualmente cada ser que integra a unidade familiar, respeitando assim, o art. 226, § 8º da Constituição Federal.[158] Assim,

> [...] o grupo familiar permanece concebido como titular de direitos, mas tem que compartilhar essa titularidade com as titularidades de cada pessoa que o integra. É justamente a solidariedade (e não mais a autoridade do chefe) que permite a unidade familiar.[159]

Apesar de ainda existente o princípio de imunidade da responsabilidade civil nas relações de família, Rolf Madaleno explicita as decisões judiciais mais atuais caminham para o rompimento desta imunidade. Sentido este demonstrado na Apelação Cível nº 361.324-4 da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, onde o

---

[156] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil no direito de família*. In: MADALENO, Rolf Hanssen; WELTER, Belmiro Pedro (Coord.). Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

[157] BRANCO, Bernardo Castelo. Dano moral no Direito de Família. São Paulo: Método, 2006.

[158] Lôbo, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso 19 mar. 2018.

[159] Ibidem.

desembargador Ênio Santarelli Zuliani, em declaração de voto vencido, reconheceu que o esposa traída deveria ser indenizada em danos morais pelo seu cônjuge, devido a atitude desleal do marido, caracterizando abuso de direito, vez que este tinha o direito de romper o relacionamento.[160]

Bernardo Castelo Branco acredita, ainda, ser possível a indenização a títulos de danos morais no caso de abandono material, previsto no artigo 244 do Código Penal, por decorrer da violação ao dever de sustento, geralmente evidenciado pela falta de cumprimento da obrigação alimentar. O desauxilio dos pais em relação ao sustento dos filhos, decorrentes do inadimplemento da prestação alimentícia, privando da alimentação adequada apropriada, entretenimento, vestuário, dentre outras necessidades, gera transtornos de ordem psíquica, relativos a formação da personalidade do menor, posto que são violados direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.[161]

Em recente julgado, a Quarta Turma do STJ reconheceu que comete ato ilícito o genitor que não paga pensão alimentícia ao filho, tento possibilidade econômicas para isto, acarretando danos relacionados à integridade física, moral, intelectual e psicológica do alimentando. Nestes termos, é passível a indenização a título de danos morais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Vejamos:

> RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este, condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e

[160] MADALENO, Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v.13, dez. 2009/jan.2010

[161] BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Método. São Paulo, 2006. p. 199.

> psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1087561 / RS, Rel Min. Raul Araújo, 4ª Turma, pub. 18/08/2017).[162]

A jurisprudência vem, ainda, permitindo a inscrição do devedor de alimentos em órgãos como SPC e SERASA, como meio de coagir o inadimplente a quitar sua dívida e garantir um mínimo de dignidade ao alimentando, como salienta Gracielly Martins Parreira Porto. Neste sentido, encontram-se vários julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, como o acórdão proferido no Agravo Regimental de n° 990100743783, abaixo transcrito:

> AGRAVO REGIMENTAL - ALIMENTOS - EXECUÇÃO - Pretensão do exequente de inscrever o nome do devedor contumaz de alimentos nos cadastros do SERASA e SCPC - Negativa de seguimento por manifesta improcedência - Impossibilidade -Medida que se apresenta como mais uma forma de coerção sobre o executado, para que este cumpra sua obrigação alimentar - Inexistência de óbices legais - Possibilidade de determinação judicial da medida - Inexistência de violação ao segredo de justiça, uma vez que as informações que constarão daqueles bancos de dados devem ser sucintas, dando conta apenas da existência de uma execução em curso - Privacidade do alimentante que, ademais, não é direito fundamental absoluto, podendo ser mitigada em face do direito do alimentado à sobrevivência com dignidade - Ausência de violação ao artigo 43 do CDC, uma vez que tal artigo não faz qualquer restrição à natureza dos débitos a serem inscritos naqueles cadastros -Cadastros que, ademais, já se utilizam de informações oriundas de distribuidores judiciais para inscrição de devedores com execuções em andamento, execuções estas não limitadas às relações de consumo - Argumento de que o executado terá dificuldades de inserção no mercado de trabalho que se mostra fragilizado, ante a possibilidade de inscrição de outros débitos de natureza diversa - Manifesta improcedência não verificada -Agravo de instrumento que deverá ser regularmente processado e

[162] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1087561. Relatora. Ministro. ARAÚJO, Raul. Pub. 18.08.2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422303/recurso-especial-resp-1087561-rs-2008-0201328-0>. Acesso em 01. Abril. 2018.

> apreciado pelo Órgão Colegiado, para que se avalie se estão presentes as condições para concessão da medida - Recurso Provido. (TJ-SP - AGR: 990100743783 SP, Relator: Adilson de Andrade, Data de Julgamento: 17/08/2010, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/08/2010).[163]

Conrado Paulino da Rosa e Douglas Phillips Freitas lembram que apesar de existirem diversos meios para forçar o cumprimento da obrigação alimentar, ainda há no meio familiar devedores que não cumprem com o dever de pagar a pensão alimentícia reiteradamente, muitas vezes como forma de vingança ou para mostrarem seu descontentamento em alcançarem a verba.[164] Complementa, Maria Berenice Dias,

> O elo obrigacional pereniza-se no tempo, e mensalmente o alimentante lembra que, ao invés de devedor de alimentos, é credor de afeto, de atenção. Culpa quem lhe subtrai a convivência com os objetos de seu amor – os filhos –, e deixar de pagar a pensão é uma forma de se vingar.[165]

No dano moral em decorrência do descumprimento da obrigação alimentar, na visão de Dimas Messias de Carvalho, aplica-se a responsabilidade civil subjetiva, na qual "[...] exige a demonstração de culpa genérica na conduta do agente, transformando o ato ilícito em fundamento para a reparação do dano".[166] Logo, a responsabilidade civil não se justifica por meros aborrecimentos existentes na relação familiar, mas pelo descumprimento de um dever legal que configura um ato ilícito. Tal ato pode ser absoluto, ou seja, em qualquer ocasião da vida civil entre as pessoas ou específico, decorrente do descumprimento de deveres ou abuso de direitos. No caso de descumprimento de dever alimentar, este pode interferir

[163] BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo Regimental 990100743783 SP. Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Adilson de Andrade, j. 17.08.2010, Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16026480/agravo-regimental-agr-990100743783-sp>. Acesso em: 07. mar. 2018.

[164] ROSA, Conrado Paulino da; FREITAS, Douglas Phillips. *Danos morais por inadimplemento alimentar*. Disponível em < http://www.conradopaulinoadv.com.br/v2/wp-content/uploads/2013/05/Danos-Morais-por-inadimplemento-alimentar-02_05_2012-2-11.pdf>. Acesso em 07. mar. 2018.

[165] DIAS, Maria Berenice. *Dívida de alimento, um crédito de amor*. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_535)5__divida_de_alimento_um_credito_de_amor.pdf.>. Acesso 20 mar. 2018.

[166] CARVALHO, Dimas Messias. *Dano moral por inadimplemento alimentar*. In: MADALENO; Rolf. BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 135.

negativamente no comportamento psicológico do necessitado, causando-lhe dor, sofrimento, humilhações, tristeza e desequilíbrio no seu bem-estar.[167]

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou improcedente o pedido de reparação por danos morais, no valor de R$ 60.000 (sessenta mil reais), ajuizada por genitora idosa em face da filha. Segue ementa:

> Ação de Reparação por Danos Morais ajuizada por genitora em face da filha - Alegação circunscrita ao não cumprimento de pensão alimentícia, objeto de outra demanda, no dia estipulado e em valor inferior, bem como e-mails respondidos de forma agressiva a honra da mãe, pessoa idosa e economicamente dependente. O inadimplemento da obrigação alimentar suscita a adoção de outras medidas, não tendo o condão de ensejar a indenização pretendida. Mensagens eletrônicas trocadas pela ré e seu irmão que simplesmente demonstram a existência de conflitos e animosidade recíprocas entre os familiares. No caso concreto, não obstante lastimável litígio desta natureza, principalmente envolvendo mãe e filha, sua incidência não tem o potencial ofensivo que lhe quer emprestar a autora, a ponto de gerar dano moral, ficando sua projeção circunscrita à esfera de aborrecimentos e dissabores experimentados no núcleo familiar, sem maiores reflexos na esfera da intimidade da apelante - Desprovimento da Apelação. (TJ-RJ - APL: 00199738320098190045 RJ 0019973-83.2009.8.19.0045, Relator: DES. CAMILO RIBEIRO RULIERE, Data de Julgamento: 26/02/2013, PRIMEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 19/04/2013 16:44).[168]

No voto, o relator indaga sobre a possibilidade de calcular em pecúnia quanto vale o amor e ainda se, a quantia de R$ 60.000,00 supriria por quanto tempo, a presença de um filho na vida dos pais e por fim, questiona se os danos morais resgatariam o afeto entre mãe e filha. Acerca das interrogações, replica que ao acolher o pedido "estimularia a equivocada sensação de que quando um descendente ou ascendente chega a um determinado ponto naquela que deveria ser

[167] CARVALHO, Dimas Messias. *Dano moral por inadimplemento alimentar*. In: MADALENO; Rolf. BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

[168] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão n. 00199738320098190045. Relator: Desembargador. RULIERE, Camilo Ribeiro. 26.02.2013. Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117430718/apelacao-apl-19973832009819004 5-rj-0019973-8320098190045?ref=juris-tabs>. Acesso em 01. Abril. 2018.

uma abençoada relação, só teria "sobrado" bens materiais a serem perseguidos".[169] Por fim, o relator salienta que o conflito em questão configura em meros aborrecimentos e dissabores constantes da convivência familiar, sem afetar na intimidade da apelante, portanto, o pleito não enseja em indenização por danos morais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou decisão monocrática e condenou o pai a indenizar suas filhas, pelo descumprimento habitual do dever de pagar alimentos, causando-lhes agressão à dignidade, amor próprio e autoestima, visto que foram ocasionados constrangimentos como a devolução de cheques por insuficiência de fundos e a inscrição dos nomes em cadastros restritivos de créditos. A indenização foi arbitrada no valor de cinquenta salários-mínimos a cada uma das filhas. Segue-se a decisão e partes voto:

> EMENTA: INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS – DESCUMPRIMENTO HABITUAL DO PAI DO DEVER DE PAGAR ALIMENTOS ÀS FILHAS NO MODO E TEMPO DEVIDOS INADIMPLEMENTO QUE PERSISTIU MESMO DEPOIS DE REDUZIDO, JUDICIALMENTE, O VALOR DAS PENSÕES - VIOLAÇÃO DO DEVER PREVISTO NO ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA CONDUTA QUE CARACTERIZA O CRIME DE ABANDONO MATERIAL (CP, ART. 244) - AGRESSÃO À DIGNIDADE, AMOR-PRÓPRIO E AUTOESTIMA DAS APELANTES - DANOS DE ORDEM MORAL - DEVER DE INDENIZAR - RECURSO PROVIDO. [...]1- DOS LIMITES DA CONTROVÉRSIA- Nestes autos, discute-se o inadimplemento contumaz da obrigação de pensionar as autoras no modo e tempo devidos caracteriza ato ilícito e autoriza a condenação do réu, ora apelado, ao pagamento de indenização de danos extrapatrimoniais. [...] 3- DO DIREITO- Ao impor aos pais o dever de assistir, criar e educar seus filhos menores, a regra inscrita no art. 229 da Constituição da República, no dizer de GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, confirma "a juridicização do dever moral de solidariedade no âmbito dos vínculos mais próximos das pessoas" (cf. Alimentos e direito penal: o abandono material. *In* Alimentos no código civil. Coord. Francisco José Cahali e Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 298). De outra parte, a conduta de quem, sem justa causa, deixa de prover à subsistência dos filhos menores ou inaptos

[169] Ibidem.

> ao trabalho, faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente fixada, caracteriza-se como crime de abandono material, tipificado no *caput* do art. 244 do Código Penal.[...] 4- DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS – [...] a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de que, para a caracterização do dano moral, basta a prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, os sentimentos íntimos que o ensejam. "Provado o fato, impõe-se a condenação, dispensada a prova do dano moral em si" (4a T., REsp 575.469-RJ, rei. Min. Jorge Scartezzini, j. 18.11.2004, v.u., Boi. AASP 2.471/1.196). [...] ao descumprir a obrigação de pensionar as apelantes no modo e tempo devidos, o apelado faltou com o dever de solidariedade familiar e privou-lhes de condições adequadas de subsistência, dando causa a constrangimentos, como, por exemplo, a devolução de cheques sem suficiente provisão de fundos e a inscrição dos nomes delas em cadastros restritivos de crédito, do que dão mostra os documentos de fls. 15, 19, 383 e 399, pouco importando, nesse particular, se as despesas eram, ou não, supérfluas, uma vez que, àquela altura, o dano já estava caracterizado.
>
> Pela agressão à dignidade, amor-próprio e autoestima das apelantes, representada pelo descumprimento contumaz da obrigação de pensionálas como deveria, conclui-se que o apelado deve ser condenado a pagar-lhes indenização de danos de caráter extrapatrimonial. [...] 5- CONCLUSÃO - Daí por que se dá provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido e condenar o apelado a pagar a cada uma das apelantes indenização equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos, a título de danos morais, mais custas processuais e honorários de advogado, fixados em 15% (quinze por cento) do valor total da indenização (CPC, art. 20, § 3o).[170]

Na decisão em questão, o relator compreende que além de tratar de ilícito penal, tipificado como crime de abandono material, pode ser também, um ilícito de qualquer natureza, seja civil, administrativa, tributária ou comercial, posto que a antijuricidade não é exclusiva do Direito Penal. O fundamento do voto se deu no fato de que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que para a configuração do dano extrapatrimonial, deve-se provar que o fato ocasionou dor e sofrimento, prescindindo a prova do dano moral em si e no fato de que, ao inadimplir com o

[170] Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão n.990.10.472009-5. Relator: Desembargador. CAMARGO, Theodureto. 23-02-2011. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18330334/apelacao-apl-37011820078260650-sp-0003701-1820078260650/inteiro-teor-103993814?ref=juris-tabs>. Acesso 20. Mar. 2018.

dever alimentar, o alimentante não cumpriu com a obrigação da solidariedade familiar, acarretando o dano.

Um dos efeitos positivos trazidos por Dimas Messias de Carvalho é o de que o acolhimento dos danos morais efetivaria os direitos fundamentais dos credores de alimentos, conferindo-lhes dignidade. Outros efeitos seriam, (i) a reafirmação do princípio da solidariedade, uma vez que o dever de prestar alimentos é uma das formas mais eficazes de solidariedade, (ii) a compensação dos males sofridos pela vítima juntamente com a sanção ao agente causador e, por fim, (iii) o efeito pedagógico, evitando assim a continuidade do inadimplemento alimentar.[171]

Sendo assim, resta salientar que cabe ao alimentado o dever de comprovar que a conduta do devedor de alimentos é injustificada, bem como os desgastes ocasionados devido à falta de recebimento ou ao atraso da verba alimentar.

5 CONCLUSÃO

Diante da relevância acerca do desenvolvimento trazido no presente estudo, observa-se que o inadimplemento alimentar acarreta prejuízos ao alimentante, físicos e morais. Nesta perspectiva, o direito brasileiro, ao admitir o acolhimento dos danos morais, efetivará os direitos fundamentais dos credores de alimentos, conferindo-lhes dignidade, garantindo o mínimo para a subsistência, como alimentação, vestuário e medicamentos.

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes. Portanto, ao buscar-se uma reparação haverá uma reafirmação do princípio da solidariedade, ao entender ser esta uma das formas mais eficazes de prestar alimentos.

Mesmo com vários meios de coibir o devedor de alimentos, a inadimplência ainda ocorre, muitas vezes, como forma vingança. Sendo assim, na análise

[171] CARVALHO, Dimas Messias. Dano moral por inadimplemento alimentar. In: MADALENO; Rolf. BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p.142.

pedagógica, o dano moral evitará a continuidade do inadimplemento alimentar, visto que a ação de indenização interfere no econômico do alimentando, fazendo com que este pare de inadimplir com a sua obrigação.

Por fim, percebe-se a necessidade de compensação dos abalos, tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais sofridos pela vítima do descumprimento alimentar, que provoca no ser humano uma lesão em seus valores mais íntimos, juntamente com a fundamental sanção ao agente causador.

Em relação ao dano extrapatrimonial em razão do inadimplemento alimentar, a jurisprudência diverge acerca do assunto. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não acolheu a indenização, ao replicar que ao acolher o pedido instigaria a equivocada percepção de que quando alguém chega a ponto de pleitear indenização em uma relação que deveria ser harmônica, só teriam restado bens materiais a serem perseguidos.

Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu indenizar o pai de pelo descumprimento habitual do dever de pagar alimentos, visto que o inadimplemento gerou constrangimentos como a devolução de cheques por insuficiência de fundos e a inscrição dos nomes em cadastros restritivos de créditos, o que causou as alimentandas agressão à dignidade, amor próprio e autoestima

A doutrina pouco discute acerca do dano moral decorrente do inadimplemento alimentar. Dimas Messias de Carvalho, percursor do tema no Direito de Família, entende que é inegável a violação quando o descumprimento da obrigação alimentar configura um ato ilícito, já que pode interferir negativamente no comportamento psicológico do alimentando, causando-lhe dor, sofrimento, humilhações, tristeza e desequilíbrio no seu bem-estar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil no direito de família*. In: MADALENO, Rolf Hanssen; WELTER, Belmiro Pedro (Coord.). Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto, CHAVES, Cristiano de Farias, ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo. Atlas, 2015.

BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 7002589339 8ª Câmara Cível do TJRS, Rel. José Ataídes Siqueira Andrade. 30.01.2017. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br/busca>. Acesso 23 mar. 2018.

BRASIL Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário 00203214320165040104. 8ª Turma do TRT, Rel. João Paulo Lucena. 30.01.2017. Disponível em <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424411539/recurso-ordinario-ro-203214320165040104>. Acesso 20 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 701.902. 3ª Turma do STJ, Rel. Nancy Andrigh. 15.09.2005, DJU, 03.10.2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7194546/recurso-especial-resp-701902-sp-2004-0160908-9?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de Instrumento 0003727-65.2013.8.17.0000. Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Agenor Ferreira de Lima, j. 09.07.2017, DJEPE, 15.08.201. Disponível em: < http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo Regimental 990100743783 SP. Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Adilson de Andrade, j. 17.08.2010, Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16026480/agravo-regimental-agr-990100743783-sp>. Acesso em: 07. mar. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso 13 mar. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm >. Acesso 09 mar. 2018.

BRASIL. Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Lei Nº 10.741 de 1º de Outubro de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 10 set. 2017.

BRASIL. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-381>. Acesso 19 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1087561. Relatora. Ministro. ARAÚJO, Raul. Pub. 18.08.2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422303/recurso-especial-resp-1087561-rs-2008-0201328-0>. Acesso em 01. Abril. 2018.

Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão n.990.10.472009-5. Relator: Desembargador. CAMARGO, Theodureto. 23-02-2011. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18330334/apelacao-apl-37011820078260650-sp-0003701-1820078260650/inteiro-teor-103993814?ref=juris-tabs>. Acesso 20. Mar. 2018.

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão n. 00199738320098190045. Relator: Desembargador. RULIERE, Camilo Ribeiro. 26.02.2013. Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117430718/apelacao-apl-199738320098190045-rj-0019973-8320098190045?ref=juris-tabs>. Acesso em 01. Abril. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 13960920115040028. 18.03.2015. DJET. 21.08.2015. Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/222694383/recurso-de-revista-rr-13960920115040028>. Acesso 20 mar. 2018.

BRASIL. VI Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf> Acesso em: 05 nov. 2017.

CAHALI, Yusseff Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006.

CARDIN, Valéria Silvia Galdino. *Dano Moral no Direito de Família*. Saraiva. São Paulo, 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Dimas Messias. *Dano moral por inadimplemento alimentar*. In: MADALENO; Rolf. BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,1994.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 11. ed. São Paulo. Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Dívida de alimento, um crédito de amor.* Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_535)5__divida_de_alimento_um_credito_de_amor.pdf.>. Acesso 20 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. Revista dos Tribunais: 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRACINI. Douglas Guedes Ferreira. *Cláusulas específicas de responsabilidade civil- Um estudo sobre a natureza sancionatória das indenizações por danos morais*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Org.). Responsabilidade Civil. São Paulo: Rideel, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Direito de família*, v. 6, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE. Jouberto de Pessoa. *Manual de direito do trabalho*. 4. ed. Atlas.

KICH, Bruno Canísio. *Direito de alimentos e assistência familiar*. São Paulo: Agá Juris, 2003.

LEITE, Carlos Bezerra. *Curso de Direito do trabalho.* 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

LIMA NETO, Francisco Vieira. RIZZI, Layra Francini. *Alimentos no Direito de Família:* aspectos materiais e processuais. Editora Lumen Juris: 2011

Lôbo, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso 19 mar. 2018.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Forense: 2016

MALUF, Carlos Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. *Curso de Direito de Família*. Editora Saraiva, 2015.

MELO, Nehemias de. *Dano moral- problemática: do cabimento à fixação do quantum.* 2. ed. Atlas, 2010.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo. Saraiva, 2015.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos da responsabilidade civil por dano moral.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO, Washington Barros, SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil: direito de família.* vol. 2. 43. ed. Saraiva Educação. São Paulo: 2012.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*: *Direito de Família*. 7 ed. Revista dos Tribunais, 2015.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade Civil*. vol. 7. 6. ed. Forense, 2015.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos: Teoria e Prática*. 2 ed. Atlas, 2015.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil Anotado e Comentado: doutrina e jurisprudência.* 2. ed. Forense. Rio de Janeiro: 2010.

PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das Pessoas e das Famílias:* Doutrina e Jurisprudência. Saraiva, 2008.

PEREIRA, *Caio Mário Silva. Responsabilidade Civil*. 11. ed. Forense, 2016. p. 41.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. 5. ed. Forense, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROSA, Conrado Paulino da; FREITAS, Douglas Phillips. *Danos morais por inadimplemento alimentar*. Disponível em < http://www.conradopaulinoadv.com.br/v2/wp-content/uploads/2013/05/Danos-Morais-por-inadimplemento-alimentar-02_05_2012-2-11.pdf>. Acesso em 09. Mar. 2018.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHIAVI, Mauro. Deve ser reparado o dano moral sofrido pelo empregado em razão do não pagamento de verbas salariais pelo empregador? Disponível em <http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/REPARACAO%20DOS%20DANOS%20MORAIS%20SOFRIDOS%20PELO%20EMPREGADO%20EM%20RAZAO%20DO%20NAO%20PAGAMENTO%20DE%20VERBAS%20SALARIAS%20PELO%20EMPREGADOR.pdf>. Acesso 19 mar. 2018.

SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998.

SPAGNOLO, Juliano. *Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humano*. IN: USTÁRROZ, Sérgio Gilberto Porto Daniel. Tendências Constitucionais no direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Alimentos: da ação à execução.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* Direito de Família, v.5. 12. ed. Forense: 2016.

THEODORO JÚNIOR. Humberto; MAMED, Gladston, ROCHA, Maria Vital, Rodrigues Junior, Otavio Luiz (coord.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa.* São Paulo: Atlas, 2011.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *O dano moral no âmbito do direito de família- filhos de pais separados*. Universidade Estadual de Londrina, 1997. Disponível em <https://doaj.org/article/30a0a28472a04694ae511e7ceb069d3d>. Acesso em 11. mar. 2018.

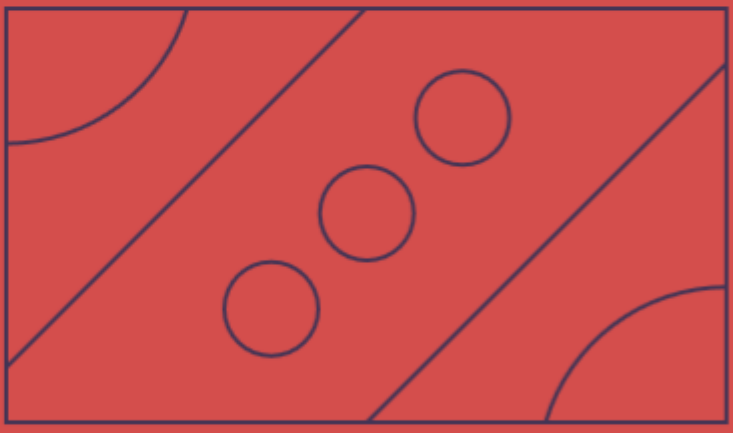
VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil:* Família, v. 5. 17. ed, Atlas. 2016.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.1

Direito Constitucional



UNICEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

A PROPOSTA POPULAR DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Arthur Rodrigues Moreno

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise minuciosa do texto Constitucional de 1988 e a exploração da ideia de poder Constituinte – originário e derivado – e de soberania popular, para que, ao fim, seja trabalhado o processo legislativo Constitucional e, dessa forma, seja possível admitir ao povo a possibilidade de – sem o respaldo em representantes eleitos – apresentar projeto de emenda à Constituição. Essa discussão é de extrema relevância para o atual âmbito político e democrático do Estado brasileiro, haja vista a crescente necessidade de a população estar mais presente nas tomadas de decisão do Estado. O trabalho tenta explorar mais o lado da participação do cidadão nos sistemas político e legislativo e cogita conferir mais poder ao povo para que se possa sanar seus anseios políticos e sociais. Conquanto a importância do tema, ele é pouco discutido pela doutrina, visto que a maioria dos estudiosos segue uma corrente de interpretação literal do texto Constitucional, aos moldes da escola da Exegese. No entanto, a partir da visão do excelentíssimo professor José Afonso da Silva, o pensamento foi trabalhado e, ao final, concluiu-se pela possibilidade de apresentação de tais projetos por iniciativa do povo, sem a necessidade de apoio de representantes eleitos.

Palavras chave: Poder Constituinte Derivado de Reforma. Emenda à Constituição de 1988. Soberania Popular. Democracia Participativa.

1 INTRODUÇÃO

O procedimento de reforma à Constituição é de suma importância para a adequação da Lei Suprema do País aos anseios e às frequentes mudanças na sociedade. Por conta disso, o constituinte originário estabeleceu uma forma de se

realizar todo o processo de maneira segura e adequada. Esse procedimento está previsto no artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e estabelece certos parâmetros para a realização desse feito.

O objetivo desse trabalho é acrescentar, por meio de uma leitura sistemática, mais um legitimado para apresentação do projeto de emenda à Constituição. O pensamento fundante dessa possibilidade surgiu da ideia do professor José Afonso da Silva, que acredita ter sido a Constituição trabalhada para que essa possibilidade fosse possível na realidade brasileira, e fundamenta seu pensamento no caráter soberano do povo.

O primeiro capítulo deste projeto monográfico abrange as ideias de democracia presentes desde a antiguidade até os dias atuais. Ele abarca a mutação do caráter direto da democracia, passando pela fase de democracia puramente representativa e chegando à democracia participativa – adotada na atual conjuntura do Estado brasileiro. Além disso, o primeiro capítulo trata sobre a utilização dessa democracia no direito alienígena e no direito brasileiro, sobretudo no que diz respeito aos instrumentos de participação popular e sobre essa efetiva participação ao longo dos trinta anos de Constituição.

Ademais, ele registra os instrumentos de democracias participativa apresentados pelo ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: plebiscito, referendo e iniciativa popular; e define os conceitos básicos e as principais características de cada um deles. Apresenta, também, cada um dos processos de participação realizados desde a promulgação da nova Constituição, em 1988.

O segundo capítulo, por sua vez, estabelece as definições e as principais características do poder constituinte originário e dos poderes derivados. Ele abarca a titularidade do povo sobre o poder constituinte originário como o principal aspecto para o desenvolvimento do estudo, e expressa as principais características desse instituto.

Ao chegar no poder derivado, o capítulo apresenta as várias formas de esse poder atuar, mas possui como foco o poder de reforma, estabelecendo os procedimentos para que as reformas sejam realizadas no ordenamento Constitucional e, após isso, questiona a impossibilidade de apresentação de projetos que visem à mudança da Constituição de 1988 pelo povo, fazendo a relação entre o poder supremo no Estado e o poder de reformar o texto Constitucional.

Esse capítulo também apresenta as ideias de soberania popular no panorama brasileiro. O estudo passa pelo procedimento histórico de criação da Constituição, observando aspectos específicos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, sobretudo pelo fato de a apresentação de propostas de emendas populares para o projeto ter sido possível à época. O segundo capítulo termina com as definições de soberania popular e as consequências dessa soberania no texto Constitucional de 1988.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre as fundamentações contrárias e favoráveis acerca da apresentação do projeto popular de emenda à Constituição. É apresentado um rol de doutrinadores que são contra essa apresentação, com registro dos motivos para tanto, e, após isso, apresenta-se os favoráveis à adoção dessa medida e seus respectivos argumentos.

O Estudo foi realizado com base no ordenamento jurídico atualmente vigente, utilizando-se da Constituição Federal como principal texto normativo para tanto, as classificações de democracia existentes, os doutrinadores que versam acerca do tema e, principalmente, os princípios e interpretações Constitucionais que podem fazer com que tal pretensão seja, ou não, possível.

2 DEMOCRACIA

A democracia como se conhece hoje é o resultado de um processo histórico e independente que teve como marco inicial o pensamento na Grécia antiga, sobretudo em Atenas, por volta de 500 anos antes de Cristo. No entanto, apesar de ser uma concepção antiga, a ideia de democracia ainda não possui uma definição totalmente

aceita por todos, mesmo com inúmeras mutações para a concepção da palavra ao longo dos anos. Isso acontece pelo fato de a democracia ser um assunto muito controverso, sobretudo porque trabalha com ideias de política e de ciência política (SILVA, 2017 p. 127) (MEDEIROS, 2016 p. 15) (BIELSCHOWSKY, 2013 p. 51).

Neste capítulo, estudar-se-á a democracia e sua evolução história. Esse assunto é de suma importância para o trabalho pelo fato de apresentar as grandes mudanças no sistema democrático que ocorreram ao longo do desenvolver histórico. Ademais, o capítulo comprova a real necessidade do povo, por meio da participação ativa, estar mais presente no sistema político e de decisão dos Estados, após um período totalmente representativo.

2.1 A origem da democracia

Os gregos, ao elaborarem a primeira concepção de democracia, utilizaram a palavra com a ideia principal de governo do povo e, a partir disso, com o decorrer dos anos, surgem várias reflexões e pensamentos que buscam encontrar esta forma de governo ideal. No entanto, a democracia do povo ateniense não pode ser compreendida nos mínimos detalhes, pois não se tem conhecimento de vários aspectos importantes dessa sociedade, como, por exemplo, a quantidade de habitantes aptos a participarem politicamente da vida em sociedade (MEDEIROS, 2016 p. 30).

Apesar da falta de determinas informações importantes sobre o período da Grécia antiga, é possível afirmar que as práticas atenienses de democracia ganharam muita força nos anos 500 antes de Cristo, sobretudo a partir das reformas lideradas por Clisténes, e tiverem sua decadência 200 séculos após o período citado**,** com o avanço dos macedônios e romanos (MEDEIROS, 2016 p. 30).

Durante o período de forte ascensão democrática, predominou na Grécia a chamada “ekklesia”, que pode ser definida como uma assembleia formada pelo conjunto de cidadãos capacitados para tomar as decisões políticas da cidade. Essas decisões eram tomadas seguindo o princípio majoritário, ou seja, a opinião da

maioria dos considerados cidadãos que determinava as decisões que iriam ser seguidas (MEDEIROS, 2016 p. 32).

Além da "ekklesia", outra forma de participação adotada pelos atenienses foi o chamado conselho dos quinhões. Esse conselho, ao contrário da "ekklesia", era composto por apenas parte dos cidadãos atenienses, que eram sorteados dentre os demais para exercer a função de preparar a pauta das deliberações da "ekklesia", assim como para comandar essas deliberações (MEDEIROS, 2016 p. 32).

Por meio desses dois institutos presentes na Grécia Antiga, percebe-se a importância que os cidadãos davam para igualdade, sobretudo no que concerne à prática de sorteios para escolha de cargos públicos. Esse sistema era algo que agradava as pessoas, que acreditavam ser função inerente ao povo participar ativamente das decisões sociais, colocando o sistema de sorteio acima do sistema eleitoral, inclusive por acreditar que esse sistema seria um instituto superior democraticamente. Além disso, o povo Grego não aceitava a ideia de ter alguém os representando, pois isso feriria a ideia de democracia seguida por eles (MEDEIROS, 2016 p. 32).

Para exercer a democracia, os gregos se utilizavam de espaços públicos no formato de um círculo, as chamadas ágoras. Esse círculo era o centro do poder da Grécia, e nele eram tomadas todas as decisões do povo ateniense. Na ágora a intenção era que todos os cidadãos ficassem, ao mesmo tempo, em uma posição de equidistância para com os outros, além de permitir a todos total visibilidade e acessibilidade às discussões. Essa maneira de organização garantia a isonomia para os embates políticos e de ideias, algo que possuía muita importância para o povo Grego (MEDEIROS, 2016 p. 34) (BIELSCHOWSKY, 2013).

Apesar de a democracia ateniense dar muito valor à ideia de igualdade, ela excluía grande parte de sua população, pois apenas eram considerados cidadãos os homens livres, adultos e filhos de atenienses – a população dos chamados "homens livres". Ou seja, as mulheres, os escravos e os estrangeiros – a considerada minoria da polis – não podiam opinar sobre as decisões a serem tomadas na polis, pois,

apesar de serem a real maioria em questões numérica, não eram considerados legítimos para tomar parte em discussões políticas (MEDEIROS, 2016 p. 35) (BIELSCHOWSKY, 2013).

Como visto, a democracia se baseava no autogoverno do povo. Por conta disso, não havia uma diferenciação entre os governantes e os governados, pois, uma vez existindo essa diferenciação, levava à concepção criada pelo liberalismo político dos séculos XVII e XIX, que foi pensado não mais como democracia, e sim como um arranjo político da sociedade utilizado para se proteger do Estado (MEDEIROS, 2016 p. 36).

A forma de participação Grega pode ser pensada como uma cidadania total, pois a tomada de decisão na polis exigia muito de seus cidadãos, mas era algo visto de maneira positiva uma vez que o cidadão contribuía de modo ativo para polis. Percebe-se que é algo valorizado pelos Gregos antigos até pelo fato de valorizarem essencialmente a liberdade política (MEDEIROS, 2016 p. 38).

É necessário pensar a democracia direta adotada pelos atenienses de forma cuidadosa, pois a participação da população de forma intensa e profunda nas decisões da polis só era possível pelo fato de a polis ter um tamanho reduzido, o que facilitava aos cidadãos se envolverem com a cidade, algo que é muito fora da realidade do Brasil, por exemplo, visto que é um País de proporções continentais (MEDEIROS, 2016 p. 37).

Por fim, a democracia ateniense deixou inúmeros ensinamentos para a era contemporânea, como, por exemplo, a ideia de igualdade entre os indivíduos. No entanto, a ideia central da democracia concebida pelo povo Grego não é frequentemente utilizada, sendo, inclusive, a exceção na utilização de participação, pois, como já dito, não há como comparar as cidades da Grécia antiga com os Estados que existem atualmente em relação à organização, extensão e número de cidadãos – que apresentam cada vez mais diferenças entre si. Além disso, nos dias atuais, aumentou-se a participação política dos grupos considerados minoritários, o

que acaba por gerar um novo foco para as participações políticas (MEDEIROS, 2016).

Apesar de toda a história de nascimento da democracia na Grécia, ela se diferiu bastante da concepção criada para a palavra na modernidade e na contemporaneidade. A concepção nos dias atuais tem como base as ideias do século XVIII, que se consolidou a partir de movimentos como os das revoluções burguesas na América, na França e na Inglaterra, que objetivavam a derrubada do poder absolutista dominantes na época. Após isso, com a derrota do nazisfacismo, surge na história os conceitos de democracia hoje consolidados na sociedade (BIELSCHOWSKY, 2013 p. 52).

2.2 Democracia representativa

A palavra representação surgiu apenas no final da idade média europeia, não havendo nenhum termo que simbolizasse essa ideia na língua grega antiga – pois a filosofia que dominava a época da democracia antiga ateniense era a de participação direta dos cidadãos, que, para ocuparem determinados cargos públicos, precisavam ser sorteados dentre os demais membros da polis. Além disso, o conceito da palavra representação, criado na idade média, possui a mesma ideologia que encontramos hoje: a de um indivíduo que defende os interesses de um determinado grupo (MEDEIROS, 2016).

É importante, primeiramente, entender que a ideia de democracia representativa não pode ser confundida com a ideia de Estado parlamentar. A concepção de Estado parlamentar está voltada à imagem de um órgão representativo central – chamado de parlamento – em que são tomadas todas as decisões do Estado, além de ser o local em que são encaminhadas as reivindicações populares. Já a ideia de democracia representativa está voltada à vontade popular concentrada no representante eleito, mas que não está focalizado apenas na figura do parlamento. Ou seja, a concepção de democracia representativa não pode ser restrita à ideia de

Estado parlamentar, uma vez que a democracia representativa possui uma área de atuação maior (BOBBIO, 2015 p. 73).

A democracia representativa tem como escopo a participação indireta, periódica e formal (uma vez que se dá por uma via eleitoral que possui técnicas e mecanismos próprios de eleição dos representantes) da população de um determinado território. Dessa forma, na democracia representativa, ao contrário do que acontecia na Grécia antiga, os cidadãos – que são detentores da fonte primária de poder – só possuem a prerrogativa de escolher aqueles que os comandam, sem ter o poder de participar ativamente na vida política do Estado (SILVA, 2017 p. 138).

A escolha dos representantes caracteriza um direito político dos cidadãos, o que é a base da democracia e da caracterização do sufrágio universal. No entanto, é necessário tomar cuidado ao afirmar que todo Estado representativo é democrático, pois apenas se caracteriza como estado democrático aquele que possui as essências da democracia, como, por exemplo, a participação dos cidadãos e o governo de acordo com a vontade da maioria da população (BOBBIO, 2015 p. 74).

Os representantes, uma vez escolhidos pelos cidadãos, passam a ter legitimidade governamental, pois passam a ser considerados representantes do povo e inseridos em mandatos políticos representativos. Apesar de o mandato ser algo temporário, é algo que possui muita relevância para as sociedades, uma vez que o representante irá concentrar todo o poder dos representados, devendo atuar em nome destes, mas com suas próprias concepções (SILVA, 2017 p. 141).

O mandato representativo surge no período de Estado liberal burguês, e foi pensado como uma forma de abstrair o poder do povo. Poder este que era muito presente nos mandatos imperativos, pois o representante só poderia atuar exatamente conforme a população o orientasse em determinada discussão e, uma vez que ele agisse sem esta orientação ou de forma contrária a ela, o povo possuía a prerrogativa cassar sua representação (SILVA, 2017 p. 141).

Segundo essa nova concepção de representação, o representante não fica vinculado contratualmente a seus representados, tornando, dessa forma, o seu mandando geral, livre e irrevogável. Segundo José Afonso da Silva, o mandato representativo apenas funcionará se o representante atuar de acordo com sua vontade autônoma, ou seja, a participação popular se restringe apenas ao ato de votação nas eleições. Além disso, tem-se a ideia de que, uma vez eleito o representante, este não é responsável por representar os seus eleitores, e sim a nação inteira de eleitores, abrangendo aqueles que votaram contra e a aqueles que votaram a favor de seu mandato. Por isso, é possível afirmar que a representação está consolidada no princípio individualista (SILVA, 2017 p. 141).

Essa ideia também é compartilhada por Bobbio, ele afirma que o representante possui duas características específicas neste modelo de democracia. A primeira delas diz respeito à condição de representante, pois, uma vez eleito, ele não será mais responsável perante os eleitores e pelo mandato, por ter adquirido a confiança necessária para ser eleito e por seu mandato ser irrevogável. A segunda característica listada por Bobbio é o fato de ele não ser responsável diretamente pelos seus eleitores, uma vez que não representa os interesses destes, e sim de toda a população (BOBBIO, 2015 p. 78).

Ao longo dos anos, muitas foram as tentativas de transformar a democracia representativa em democracia direta, pois este modelo deixava o cidadão mais atento e mais participativo nas decisões do Estado. No entanto, as tentativas não foram bem-sucedidas. O mais próximo que se conseguiu chegar da democracia direta foi com a instauração do instituto do representante revogável, instituto parecido com o do mandato imperativo, mas que não conseguia se assemelhar ao da democracia direta, sobretudo porque a ideia base da democracia direta é a participação dos indivíduos no mundo político sem nenhuma intermediação, requisito que o mandato revogável não consegue preencher (BOBBIO, 2015 p. 84).

Para Bobbio, é possível afirmar que o instituto do referendo – instituto previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 14, inciso segundo – é o

mais próximo que se pode chegar de uma democracia direta nos dias atuais[1], pois ele é o único instituto de real aplicabilidade e efetividade da população (BRASIL, 1988) (BOBBIO, 2015 p. 88).

2.3 Democracia participativa

A democracia participativa – ou também conhecida como democracia semidireta – é uma combinação entre a democracia representativa e a democracia direta que possibilita mais concretude à participação popular. Essa forma de participação se funda no princípio participativo, que, segundo José Afonso da Silva, pode ser caracterizada como a participação de forma direta e pessoal dos cidadãos de um Estado na formação de seus atos de governo (SILVA, 2017 p. 143).

Nobbio, em seu livro: Estado, Governo e Sociedade, afirma que mesmo a adoção e a consolidação do modelo de democracia representativa não pode impedir o retorno da democracia direta, na modalidade de participação. Além do retorno desse modelo direto de participação, ele afirma que a ideia de democracia direta como a única maneira autentica de democracia nunca deixou de existir, e que a democracia representativa não passa de um desvio à ideia originária de soberania popular (BOBBIO, 2012 p. 154).

A ideia de democracia semidireta e de maior participação popular foi disseminada pelo mundo por volta das três primeiras décadas do século XX, sobretudo após o termino da primeira guerra mundial, período este em que as instituições democráticas do ocidente passavam pelo auge de sua crise (BONAVIDES, 2016 p. 296). Além disso, participação popular também traz um condão de oxigenação e revigoramento para os institutos democráticos em vigor (MIGUEL, 2017).

[1] Não concordo com essa visão de Bobbio, acredito que o instituto da iniciativa popular é o que tem a maior capacidade de expressar os anseios do povo, seguindo a ideia expressada por Bonavides (BONAVIDES, 2016 p. 311 e 312).

A democracia semidireta é uma modalidade de democracia que surgiu de uma tentativa de aproximar a democracia representativa à direta, uma vez que é impossível voltar ao status de democracia direta que se tinha no período da Grécia antiga. Por conta disso, criaram-se institutos que permitem uma maior participação dos cidadãos, pois não há como ter a ideia fictícia de que os governantes tomam as decisões exclusivamente com base na vontade popular (BONAVIDES, 2016 p. 295).

Ao contrário da democracia representativa, em que o povo se mantinha totalmente alienado politicamente, a democracia semidireta faz com que essa alienação se dê de maneira parcial. A soberania em um Estado pertence ao povo, então ele deve ter a legitimidade de participar ativamente nas matérias mais importantes para a vida pública (BONAVIDES, 2016 p. 296).

Na democracia participativa, o povo não está apenas restringido ao ato de votar em seus representantes, muito pelo contrário, pois, além de ser um colaborador político, ele também atua como colaborador jurídico, dando apoio na elaboração das legislações e apontando os rumos políticos a serem seguidos. Institutos como o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular, o veto e o direito de revogação são institutos incontroversos que garantem a maior participação popular na esfera jurídica do Estado. Esses institutos também garantem ao povo um poder de decisão supremo e incontestável (BONAVIDES, 2016 p. 296).

A democracia participativa também pode ser pensada na vida cotidiana, esse modelo pode ser observado como uma das várias concepções de participação popular. Acredita-se que, à medida que as pessoas tenham mais voz em locais de trabalho, escolas, vizinhança, dentre outros, aumentaria a ideia de que elas possuem mais poder de participação, igualdade e autonomia; e, consequentemente, alargaria essas novas concepções para níveis políticos (MIGUEL, 2017).

No entanto, após a primeira guerra mundial, os Estados começaram a garantir em suas constituições modalidades mais cautelosas de intervenção direta na vida política pelos cidadãos. Isso gerou a expansão da ideia de partidos políticos, o que

levou o mundo para um panorama totalmente diferente, esfriando o entusiasmo da maior participação popular direta (BONAVIDES, 2016 p. 297).

Com isso, começou o domínio dos partidos políticos na democracia. Isso leva à diminuição do poder do povo, pois agora sua vontade deixa de ser expressada em diversos momentos diretamente e volta a ser concentrada na figura dos representantes, sobrando poucas maneiras de garantir a participação direta, como, por exemplo, em plebiscitos e referendos. Tem-se então o declínio da democracia semidireta (BONAVIDES, 2016 p. 297).

Esse declínio, no entanto, não dura muito tempo. A crescente descrença dos cidadãos para com os partidos políticos faz com que o desejo de participar ativamente volte a ser exaltado, levando ao retorno do sentimento de participar ativamente por meio de instrumentos de democracia semidireta, como foi o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estipulou, em seu artigo 14, os instrumentos de plebiscito, referendo e de iniciativa popular (BRASIL, 1988) (BONAVIDES, 2016 p. 298).

2.4 Democracia no direito alienígena

O panorama Suíço de democracia sempre teve uma ideia muito forte de participação popular. Nesse país, o instituto do referendo e da iniciativa popular possui bastante força, sobretudo quando se trata de iniciativa popular, pelo fato de os cidadãos suíços terem a prerrogativa de utiliza-la tanto em âmbito federal, inclusive e principalmente no que concerne a emenda da Constituição Suíça, quanto em âmbito dos cantões (BONAVIDES, 2016 p. 296).

O povo suíço é considerado o detentor da soberania política e seus poderes de participação são imensos, como, por exemplo, podem propor e assinar referendos em assuntos da confederação, assim como podem utilizar a iniciativa popular legislativa para propor emendas à constituição daquele país, sendo, inclusive, mais comum a emenda à Constituição do que a apresentação de projetos de lei ordinária. Além

disso, os suíços também possuem poderes para determinar revisões em seu texto constitucional, bastando preencher os requisitos a eles expostos (SANTOS, 2009).

Por outro lado, os Estado Unidos da América do Norte não trazem em sua Constituição Federal nenhuma matéria tratando sobre o funcionamento da democracia, deixando esta competência a cargo dos estados federativos, que fazem grande aplicação das instituições para o regulamento da democracia participativa (BONAVIDES, 2016 p. 296).

Na Itália, segundo Paulo Bonavides, a Constituição de 1947 estabeleceu que 50.000 (cinquenta mil) eleitores poderiam obrigar o parlamento a discutir um projeto articulado por iniciativa do povo. Essa regra pode ser encontrada no inciso segundo do artigo 71 dessa Carta (BONAVIDES, 2016 p. 313).

A Alemanha, a partir da impetração da Constituição de Weimar, começa a ter, em seu ordenamento, elementos da democracia semidireta com o chamado referendo arbitral. Já na França, os instrumentos de participação popular sempre sofreram uma certa dificuldade para funcionar. Apesar de terem regulamentado o instituto do referendo na constituição Francesa de 1793, essa constituição nunca chegou a entrar em vigor, limitando as participações diretas do povo francês aos tempos de maior crise no âmbito democrático (BONAVIDES, 2016 p. 297).

2.5 Democracia no panorama atual brasileiro

Na visão de José Afonso da Silva, a democracia não é um valor-fim, pois ela, em si, não traduz os elementos para a convivência total e harmônica da população, mas pode ser entendida como um meio de busca das necessidades e das vontades do povo, para que, desse modo, seja viável a luta por direitos fundamentais e sociais, de acordo com a vontade popular (SILVA, 2017 p. 127).

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) traz expressamente em seu texto dispositivos que garantem aos cidadãos uma efetiva participação na esfera política, seja aprovando ou referendando determinadas leis ou, ainda, dando início ao processo legislativo de construção de normas, que irão compor o

ordenamento jurídico do País (BRASIL, 1988). No entanto, podemos afirmar que a categoria de democracia dominante no Brasil é a de democracia representativa, por opção do legislador constituinte, mas isso não retira o caráter participativo que a democracia brasileira possui (SILVA, 2017 p. 148).

A Constituição Federal de 1988 estipulou para o Brasil o regime de democracia representativa com resquícios de participação popular, como disposto no parágrafo único do primeiro artigo desse diploma legal. No entanto, é possível afirmar que a democracia representativa é muito mais utilizada do que a democracia participativa no âmbito nacional, isso pode ser explicado pelo fato de existir pouco espaço de participação dos cidadãos nas decisões políticas, que muitas das vezes são tomadas apenas com a vontade dos representantes (SILVA, 2017 p. 139).

A democracia é um ato pautado na soberania popular, e é feita pelo povo e para o povo. Portanto, importante registrar que ela se funda em dois princípios: o da soberania popular – pois o povo é o detentor do poder de escolha dentro da sociedade – e o da participação – pois é necessária a participação popular para que o instituto possua real significado; além de poder ser realizada de forma direta ou indireta (SILVA, 2017 p. 148).

O caráter participativo da democracia brasileira pode ser comprovado pelo texto expresso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Primeiramente, ela expressa – no parágrafo único de seu primeiro artigo – que o poder emana do povo, e que esse poder pode ser exercido pelos representantes eleitos ou de modo direto pelo povo, desde que sigam os termos que a Constituição estabelecer (BRASIL, 1988).

Além desta disposição, o artigo 14 – também da Constituição – estabelece em seu caput que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto. Também estabelece, desta vez em seus incisos, que a soberania popular pode ser expressada na forma de plebiscito, referendo e da iniciativa popular, institutos regulados pela Lei 9.709 de 1998 (BRASIL, 1988) (Brasil, 1998).

O plebiscito, assim como o referendo, é uma forma de consulta ao povo sobre determinada matéria que tem uma relevância a mais para a população, sendo que essa matéria pode ter caráter constitucional, legal ou administrativo. O plebiscito pode ser caracterizado como um instrumento de consulta prévia à população, ou seja, antes do ato ser realizado a população expressa sua opinião sobre ele; já o referendo é um ato de consulta posterior, ou seja, o povo tem o poder de ratificar ou de rejeitar um ato já realizado (Brasil, 1998).

Na visão de Paulo Bonavides, o referendo é um poder dado ao povo para ratificar[2] leis, sendo que essas apenas se tornariam juridicamente perfeitas após passar por um sufrágio feito pelos cidadãos – detentores da palavra decisiva sobre o projeto final aprovado pelos representantes. Bonavides explicita que o referendo possui diversas vantagens para a sociedade, como, por exemplo, tornar verdadeiramente legítimo o trabalho dos representantes; tornar os cidadãos colaboradores ativos; recuperar a soberania dos cidadãos; e, além disso, garante aos cidadãos maior controle sobre os atos – assim como os possíveis desvios de conduta – de seus representantes; dentre outros (BONAVIDES, 2016 p. 302).

Bonavides distingue o instituto do referende e do plebiscito, ele afirma que o primeiro está ligado a questões infraconstitucionais, enquanto o plebiscito está voltado às questões mais essenciais do Estado e do governo, como, por exemplo, matérias de cunho constitucional. Por fim, conclui-se que o plebiscito também se difere do referendo pelo fato de este estar pautado apenas nas ratificações ou rejeições do povo para com uma proposição, enquanto o plebiscito estar pautado na confiança e no poder dado ao povo para deliberar previamente sobre a deliberação ou não de um determinado assunto (BONAVIDES, 2016 p. 309).

O instituto da iniciativa popular, por sua vez, tem seu funcionamento regulado de modo constitucional e infraconstitucional. A Constituição estabelece regras básicas do instituto no § 2° do artigo 61, o qual dispõe que a iniciativa

[2] Bonavides utiliza a expressão “sancionar”, no entanto, a Constituição Federal do Brasil de 1988 apenas utiliza essa expressão para os atos do Presidente da República em relação à lei.

popular pode ser apresentada quando 1% do eleitorado nacional subscrever determinado projeto de lei, sendo que essa porcentagem deve estar distribuída ao longo de – pelo menos – cinco estados, representados por não menos que três décimos por cento de seu eleitorado. Uma vez cumpridos esses requisitos, o projeto de lei pode ser apresentado à Câmara dos Deputados (BRASIL, 1988).

Já a regulação infraconstitucional do instituto da lei de iniciativa popular está presente nos artigos 13 e 14 da lei 9709 de 1998. O caput do artigo 13 apenas repete o que já está previsto no texto do § 2° do artigo 61 da Constituição Federal, no entanto, seus parágrafos e o artigo 14 trazem algumas regras específicas. Os §§ 1° e 2° do artigo 13 especificam que o projeto que advir do povo deve se pautar em apenas um assunto, além de expressar que o projeto não pode ter sua recepção rejeitada pela Câmara dos Deputados por mero vício de forma. O artigo 14, por sua vez, estabelece que – uma vez recepcionado pela Casa Legislativa – o projeto seguirá suas regras internas (BRASIL, 1988) (Brasil, 1998).

No tocante à iniciativa popular, Bonavides afirma que é o instrumento de participação que mais atende aos anseios do povo, pois o plebiscito e o referendo estão voltados à, respectivamente, aprovarem ou rejeitarem determinada matéria a ser deliberada nas Casas Legislativas e dar a possibilidade de os cidadãos aprovarem ou rejeitarem determinado ato político praticado pelos seus representantes, enquanto a o projeto de iniciativa permite que eles mesmos demonstrem a sua vontade em termos de matéria a ser legislada (BONAVIDES, 2016 p. 311).

Bonavides ainda diz que a iniciativa popular pode ser classificada em não formulada e formulada. A inciativa não formulada tem a mesma ideia adotada pelo direito Suíço, no qual o povo apresenta um assunto a ser discorrido pelos representantes, ou seja, os cidadãos possuem apenas o poder de delimitar o âmbito temático da lei, que será totalmente elaborada pelo parlamento e depois submetida a um referendo para verificar a concordância da população com o texto escolhido; já a iniciativa formulada consiste na elaboração de um texto de lei sobre o assunto a ser debatido no parlamento, esse texto pode ser feito na forma de artigos, incisos e

parágrafos, além de poder ser modificado pelos representantes no âmbito da discussão (BONAVIDES, 2016 p. 312).

Canotilho, em seu livro, direito Constitucional e teoria da Constituição, afirma que a iniciativa popular busca facultar ao povo a iniciativa de proposta de norma legal ou Constitucional. Ele afirma que há duas possibilidades de esse processo ser realizado, o primeiro deles consiste em apresentar um tema para o poder legislativo para que seja deliberado sobre; e o segundo consiste na apresentação do projeto já totalmente discorrido. Além disso, ele afirma que as decisões do povo tem caráter vinculativo, ou seja, os representantes devem sempre observar a vontade do povo, visto que ele é soberano (CANOTILHO, 2003 p. 295).

No entanto, apesar de todos esses instrumentos para a realização de uma democracia com mais participação da sociedade, percebe-se que, no panorama histórico do Brasil, poucas vezes eles foram realmente utilizados.

No que tange à lei de iniciativa popular, há, no ordenamento jurídico brasileiro, algumas leis que resultaram desse processo, são elas: Lei 8.930/1994, que modificou a Lei dos crimes hediondos e adveio do projeto de iniciativa popular "Glória Perez"; Lei 9.840/1999, que dá mais força para Justiça Eleitoral coibir a compra de votos e adveio do projeto conhecido como "Captação de Sufrágio"; Lei 11.124/2005, que criou o fundo nacional de habitação e interesse social e instituiu o Conselho gestor desse fundo, essa lei adveio do projeto conhecido como "Fundo Nacional para Moradia Popular"; e, por fim, a lei complementar 135/2010, que é popularmente conhecida como "Lei da Ficha Limpa", adveio de um apelo popular que visava a maior transparência e a retirada de representantes envolvidos em casos de corrupção (LENZA, 2015).

Apesar de esses quatro projetos serem considerados como de iniciativa popular, há uma certa diferença entre eles. Enquanto a Lei 8.930 e a Lei Complementar 135 são classificadas como sendo de iniciativa conjunta da população e de um dos Poderes da União, a Lei 9.840 pode ser considerada como uma lei privativa do Poder Legislativo, pois, apesar de ter sido apresentada pelos cidadãos,

não continha o número mínimo de assinaturas à época previsto, fato que cominou no acolhimento do projeto pelo Deputado Federal Albérico Cordeiro. Por outro lado, a Lei 11.124 é uma lei considerada como totalmente de Iniciativa Popular (LENZA, 2015).

Os instrumentos de consulta à população – plebiscito e referendo – seguem o mesmo caminho da lei de iniciativa popular no ordenamento jurídico brasileiro. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a consulta plebiscitária foi realizada três vezes no território nacional, a primeira delas foi em 1993 e teve como objetivo a escolha da forma de governo – república ou monarquia – e do sistema de governo – presidencialismo ou parlamentarismo – a ser adotado pelo Brasil[3]; o segundo plebiscito, realizado no ano de 2011, teve como objetivo a possibilidade de desmembramento do Estado do Pará em outros dois Estados – Carajás e Tapajós; e, por fim, o ultimo plebiscito – realizado no ano de 2016 – foi uma conjunção de consultas plebiscitárias com eleições municipais (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL).

Percebe-se que o instituto do plebiscito foi realizado de maneira ínfima pelo povo brasileiro. No entanto, o instituto do referendo consegue ter um aproveitamento inferior em relação àquele. De acordo com o sítio do Tribunal de Justiça Eleitoral, o instituto do referendo foi utilizado por duas vezes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, uma delas, não foi na vigência da Constituição de 1988. O primeiro referendo foi realizado em 1963, e ele teve como objetivo saber se o povo preferiria continuar com o sistema de governo parlamentarista – sistema utilizado à época – ou mudar para o sistema presidencialista, o que de fato acabou acontecendo; já o segundo – e último – referendo da história brasileira foi realizado em 2005, no qual o povo brasileiro foi consultado sobre a proibição do comércio de arma de fogo e munições no País (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL).

Visto isso, conclui-se que os instrumentos de participação direta disponibilizados pela Constituição Federal, para que o povo exerça sua soberania são

[3] O povo optou pela República e pelo sistema presidencialista.

utilizados de modo ínfimo. Isso pode ser comprovado pelo número de participações populares realizadas na vigência da atual Constituição e no período anterior a ela, como é demonstrado na tabela a seguir:

Figura 1: Participação popular ativa a partir da Constituição de 1988

Instrumento de participação Popular	Ano de realização	Objetivo
Referendo	1963	Consultar a população sobre a continuação do sistema de governo parlamentarista ou a mudança para o presidencialista.
Plebiscito	1993	A escolha da forma de governo – república ou monarquia – e a escolha do sistema de governo – presidencialismo ou parlamentarismo.
Lei de Iniciativa Popular	1994	Modificar a lei dos crimes hediondos.
Lei de Iniciativa Popular	1999	Dar mais força para a justiça eleitoral coibir a compra de votos nas eleições.
Referendo	2005	Consultar a população sobre a proibição da venda de armas de fogo e de munições no País.
Lei de Iniciativa Popular	2005	Criar o fundo nacional de habitação e interesse social e instituir o Conselho gestor desse fundo.
Lei de Iniciativa Popular	2010	Instituir a “lei da ficha limpa”
Plebiscito	2011	A possibilidade de desmembramento do Estado do Pará em outros dois Estados – Carajás e Tapajós
Plebiscito	2016	Conjunção de consultas plebiscitárias com a eleição municipal.

Fonte: Do Autor.

Observadas essas informações, percebe-se que a participação popular – de modo direto – tem sido infimamente utilizada no ordenamento jurídico. Isso se deve ao peso que se tem dado ao modelo representativo de democracia, além do fato de que – com a evolução tecnológica – o povo passa a atuar mais vezes de modo negativo, ou seja, com mobilizações na internet e com atos de manifestação pouco relevantes (INNERARITY, 2017).

No entanto, apesar da crescente atuação popular de modo negativo, ainda existe um crescente descontentamento com o modelo democrático de representação política, sobretudo pelo fato de os cidadãos não conseguirem ter uma efetiva transparência sobre os atos praticados por seus representantes.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal – Luís Roberto Barroso – afirma, em seu livro: Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, que o constitucionalismo democrático falha veementemente na falta de reformulação de seu sistema político. Ele afirma que a política é um mundo à parte, desconectada da sociedade e que os representantes estão, cada vez mais, agindo em interesse próprio – o que gera inconformismo e descrença no poder público. Além disso, Barroso afirma que há a necessidade de se implantar um sistema em que sejam resgatados valores, como, por exemplo, o da democracia (BARROSO, 2017 p. 534). Ao meu ver, a ideia de Barroso pode ser efetivada caso haja mais participação do povo em todo os processos políticos.

Por conta disso, é necessário que haja mais participação popular nas decisões do Estado, utilizando-se mais frequentemente dos dispositivos presentes no texto constitucional que garantem uma maior participação popular na esfera infraconstitucional e, além disso, da ideia expressa pelo renomado autor José Afonso da Silva, que garante ao povo – através de uma leitura sistemática da Constituição Federal de 1988 – o poder de dar início ao processo de emenda à Constituição Federal. A realização desses atos faria com que o povo utilizasse – de modo concreto – o poder soberano no Estado (BRASIL, 1988) (SILVA, 2017 p. 66).

3 A SOBERANIA POPULAR E O PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte originário e o poder constituinte derivado são abordados neste estudo para que sejam discutidos, de modo prioritário, os modos de criação e modificação da Constituição Federal.

A partir disso, passa-se a discussão da soberania popular, que é de extrema importância para todo o pensamento do trabalho, uma vez que ela fundamenta todo texto constitucional e toda ideia do presente estudo. Ela é observada também na perspectiva da construção da Constituição de 1988, o que demonstra o tamanho da força de participação popular e da sua soberania.

3.1 Poder constituinte originário

O poder constituinte começa a ser pensado na antiguidade. Nesse momento, apesar de não existir uma separação formal de nomenclaturas, era possível perceber que as leis que cuidavam da organização estatal e da estrutura política encontravam-se em um patamar diferenciado das leis criadas pelos órgãos de governo. A diferença era tamanha que era possível ser percebida na prática política, como, por exemplo, na possibilidade de impugnar a criação de outras normas cujo texto dispunha de matéria em sentido contrário a ela, assim como na subordinação imposta aos órgãos do governo para com suas disposições fundamentais (FERREIRA FILHO, 2014 p. 23).

Essa distinção, nos dias atuais, caracteriza-se pelo conflito entre a Constituição e as leis infraconstitucionais. No entanto, apesar de a ideia de poder constituinte ter sido pensado na idade antiga, ela só surge – de fato – no século XVIII, com o surgimento das constituições escritas (FERREIRA FILHO, 2014 p. 23).

Um dos maiores exemplos sobre a força que possuíam tais leis pode ser bem expressado pela chamada “doutrina das leis fundamentais do Reino”. Essa doutrina se passa na França no período pré-medieval, e traz regras jurídicas de estruturação

política que são superiores ao monarca e aos demais órgãos de organização política. Apesar de essas regras terem uma força muito grande, elas não possuíam caráter imutável, mas – para que transformações acontecessem – necessitava-se de um procedimento especial que envolvia a reunião dos chamados Estados gerais, que eram compostos pelos três estados: nobreza, clero e povo (FERREIRA FILHO, 2014 p. 24).

3.1.1 Considerações iniciais

O poder constituinte originário pode ser definido como o poder de produzir uma nova constituição, ou seja, sempre que uma nova constituição for promulgada haverá a atuação do poder constituinte originário. É importante, no entanto, entender que o poder constituinte não se confunde com o processo constituinte. O processo constituinte é o conjunto de atos e procedimentos voltados à criação de uma norma superior, enquanto o poder constituinte é o próprio poder de criar a norma, e não apenas o procedimento legislativo em si (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 52).

Barroso, por sua vez, observa o poder constituinte como aquele que envolve a manifestação da vontade de quem o exerce – quando devidamente justificada a sua utilização – e a observância daquele pelo qual é submetido. Além disso, ele afirma que a essência do poder constituinte está em uma atuação de fato, que consiste na elaboração do documento Constitucional e na sua observância pela sociedade (BARROSO, 2017 p. 140).

Para Alexandre de Morais, o poder constituinte pode ser definido como a vontade de um povo que está jurídica e socialmente organizado. Ele ainda afirma que a ideia de poder constituinte está relacionado com o surgimento das constituições escritas e que esse poder tem a função de limitar a atuação do poder do Estado e de preservar os direitos e garantias fundamentais obtidas pelos cidadãos (MORAIS, 2010 p. 26).

Já Paulo Gustavo Gonet Branco entende o poder constituinte originário como uma força política. Ele argumenta que essa força estabelece o modo de atuação da comunidade política e dá a fundamentação necessária para garantir a validade de uma constituição (MENDES, et al., 2014 p. 103).

No período anterior à idade média, o poder constituinte era manifestado como uma força aplicada para impor costumes e modos de agir perante a sociedade e, em regra, essa imposição era feita em nome do poder divino ou do poder militar. Isso pode ser considerado a forma utilizada para implementar o poder constituinte, ou seja, como o processo constituinte da época. Já no período da idade média, a igreja passa a ser tanto a detentora do poder quanto a instituição com a competência de aplica-lo. Porém, a igreja não possuía a forma de materialização desse poder, que se encontrava na figura do soberano (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 53).

A partir do momento em que os Estados passam a adotar as constituições formais[4], sobretudo os Estado Unidos e a França, começa a ser necessário distinguir a constituição – como regra suprema – das regras que possuem caráter geral[5]; assim como é necessário distinguir o modo de surgimento e produção desses institutos. O processo de produção de uma constituição deve ser diferenciado do processo de produção das demais normas que compõe o ordenamento jurídico, uma vez que as matérias que compões uma Constituição estão ligadas à função essencial do Estado. Por isso, deve-se ter um maior cuidado com a sua criação e com eventuais modificações (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 54).

[4] A Constituição, em sentido formal, é considerado o documento escrito e solene que possui a capacidade de positivar as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, que são elaboradas por um processo constituinte específico (MENDES, et al., 2014 p. 57).
[5] Apesar de essa diferença já ser bem especificada em momentos anteriores, como explicitado acima.

3.1.2 O poder constituinte originário e suas especificações

Visto as considerações inicias, é necessário pensar os aspectos básicos sobre o poder constituinte. O primeiro deles, e – ao meu ver – o mais importante, trata sobre a titularidade do poder constituinte.

Questionamentos como, por exemplo, "sobre quem recai a titularidade do poder constituinte e quem detém o poder instituir uma Constituição" podem ser respondidos a partir do momento em que se defina quem é o detentor do poder supremo de um Estado. Em uma concepção atual, segundo Manuel Gonçalves Ferreira Filhos, a resposta para essa pergunta seria o povo. Ou seja, o poder soberano do Estado estaria concentrado nas mãos do povo e, por consequência, o poder constituinte também pertenceria ao povo. Esse é o pensamento da versão mais moderna da doutrina constitucional, pois – por outro lado – a versão clássica acredita que a titularidade do poder constituinte está concentrada na nação[6] (FERREIRA FILHO, 2014 p. 42) (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 73) (MORAIS, 2010 p. 26) (SIEYÈS, 2015).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, afirma que o debate acerca da titularidade do poder constituinte possui uma valoração ética, ou seja, é necessário estabelecer quem possui a soberania – o poder – para começar esse procedimento. Barroso afirma que, ao passar do tempo, a sociedade pensou a titularidade de diversas maneiras. O primeiro pensamento foi de que esse poder se legitimaria através da força bruta, portanto, quem possuísse mais força para se proteger e proteger aos demais era legitimado no poder; após isso, surgiram as concepções de caráter divino e de soberania do monarca, que, respectivamente, atribuíam a legitimidade do poder à Deus e ao rei; com a aprimoração dos pensamentos, Sieyès apresentou a ideia de soberania nacional, o qual retirava seu poder da vontade da nação; por fim, surgiu a teoria da soberania popular, pela qual se tem o povo como titular do poder constituinte – esse foi o modelo adotado pela

[6] Conceito que envolve a ideia de homogeneidade cultural, linguística, econômica e política.

Constituição do Brasil de 1988, o qual reitera a ideia em seu preambulo, quando afirma que os parlamentares são representantes do povo, e no parágrafo único do artigo primeiro, que afirma que todo poder emana do povo (BARROSO, 2017 p. 141) (SIEYÈS, 2015).

A titularidade do poder constituinte encontrada nas mãos do povo pode ser justificada pela ideia de soberania popular, que rege toda a Constituição Federal. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o povo está no topo de todo o poder político, isso significa que o poder só vai existir segundo o que o povo quer e aceita, mesmo que isso aconteça de modo implícito. No entanto, Manoel Gonçalves acredita que esse poder se limita à parte passiva de atuação, sendo que as característica ativas estão reservadas sempre aos representantes, mas isso não se encaixa com a ideia de soberania popular expressa por ele mesmo (FERREIRA FILHO, 2014 p. 235).

Sieyès, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, por sua vez, acreditava que o povo era legitimado para determinar os rumos da sociedade, uma vez que era detentor da soberania. Por conta dessa ideia de soberania do povo, Sieyès se propunha a acabar com a tradição de um poder político como detentor da decisão originária que determinava o rumo da vida do povo e passar esse poder ao próprio povo, que o exerce por meio das Constituições (MENDES, et al., 2014 p. 103) (SIEYÈS, 2015).

Mesmo o povo sendo o titular do poder Constituinte originário, ele pode se valer de representantes para manifestar a sua vontade. No entanto, esses representantes devem sempre se atentar à vontade popular, tendo em vista que a vontade do detentor do poder deve ser seguida à risca. Por conta disso, pode-se dizer que – caso um representante não haja de acordo com a vontade do povo – a sua atuação não será considerada como poder constituinte originário (MENDES, et al., 2014 p. 105).

Friedrich Müller afirma que o poder constituinte pode ser pensado de maneira fática ou não fática. Caso pensado em termos fáticos, seria possível a intervenção direta do povo, sem instituições intermediárias. A maneira não fática, por sua vez,

tem como moldes o modelo representativo, retirando do povo o poder constituinte direto (MÜLLER, 2004 p. 38).

Uma vez definido quem é o titular do poder constituinte, é necessário pensar a forma com que esse poder se manifesta. A manifestação do poder constituinte, em regra, está ligado a movimentos de revolução, ou seja, decorre de fenômenos sociais que impulsionam o estabelecimento de uma nova organização política para o Estado. No entanto, nem sempre as constituições surgem por meio de um processo de revolução, exemplo disso – segundo Manuel Gonçalves – é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que surgiu por meio de uma processo de revisão previsto na Constituição de 1967[7]. Essa forma de surgimento se perfez por meio de uma Assembleia Constituinte (FERREIRA FILHO, 2014 p. 53) (MORAIS, 2010 p. 27).

O poder constituinte originário pode ser reconhecido como um poder de fato ou como um poder de direito. A teoria que enxerga o poder originário como de fato diz que ele é fundado em si mesmo, ou seja, não está limitado por outra regra de direito anterior, uma vez que é considera como direito apenas o que está positivado. Para essa teoria, o pressuposto lógico da constituição está ligado a um fundamento lógico-transcendental. Já a teoria do poder como de direito baseia-se na ideia de existência de um direito natural antes da existência de um direito positivado, ou seja, pode-se dizer que ele já vem limitado pelas ideias de justiça intrínsecas ao homem (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 58).

A respeito do assunto que versa sobre a limitação, apesar das amplas características de poder inicial – antecedente de todos os poderes de fato e de direito, e autônomo: ligado à vontade do titular do poder – o poder constituinte originário não pode ser considerado absolutamente ilimitado. Para a corrente positivista, como já visto, o poder constituinte originário é ilimitado juridicamente, pois não há norma de direito anterior a ele. Isso faz com que as únicas limitações a esse poder se atenham às normas de caráter moral. Por outro lado, para a corrente jusnaturalista, o

[7] José Afonso da Silva traz uma versão diferente, como explanada mais à frente neste mesmo capítulo.

poder constituinte é limitado pelas ideias trazidas pelo direito natural (FERREIRA FILHO, 2014 p. 95).

Bernardo Gonçalves Fernandes, ao tratar de da característica ilimitada do poder constituinte originário, apresenta três teorias. A primeira delas é a corrente positivista que, segundo ele, torna o poder originário ilimitado em relação ao direito positivo anterior, e isso acontece por conta de seu caráter inicial; a segunda teoria traz a ideia de jusnaturalismo, ela expressa que o poder originário deve ser limitado pelas ideias básicas de direito natural, como, por exemplo, liberdade, igualdade e não discriminação; por fim, a terceira corrente versa sobre a teoria socialista. Essa teoria – que não foi abordada por Ferreira Filho – expressa que, apesar de o poder constituinte originário não se submeter a nenhuma regra positiva anterior, ela precisa se limitar ao movimento revolucionário – de ruptura – que o provocou, ou seja, o poder constituinte está limitado ao povo que quebra o passado e constrói a nova Constituição (FERNANDES, 2010 p. 102).

Há, também, concepções que verificam o poder constituinte como uma fonte do direito, assim como há teorias que acreditam que o poder constituinte pode ser – ao mesmo tempo – fático e jurídico. A teoria que denomina o poder originário como fonte do direito se baseia em duas razões: a ideia do direito, que está pautada no bem-comum e no governo justo; e a ideia de criar o direito, que é a função dos órgãos criados com essa finalidade, a partir da iniciativa legitima do povo. Já a teoria fático-jurídica diz que o poder é fático por ser instituído por meio de força e jurídico pelo fato de instituir uma nova ordem para o Estado (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 60).

O poder constituinte pode ser também conceituado de acordo com a fase histórica que se está vivendo, podendo essas fases serem separadas em: clássica, moderna ou contemporânea. A versão clássica do poder constituinte idealiza ele como um poder de fato cujo titular é a nação, ele cria uma ordem jurídica nova a partir de uma constituição; por outro lado, na versão moderna tem-se a mudança da titularidade do poder constituinte, ao invés de a nação ser considerada a titular, o povo passa a ter esse poder, isso faz com que o centro das decisões extrapole o

âmbito das Assembleias Constituintes e passe a se concentrar também nas mãos do povo, por meio de instrumentos como o plebiscito, o referendo, e a iniciativa popular; por fim, na versão contemporânea o ato de construir uma constituição passa a ser tomada como um processo que possui continuidade e prossegue no transcurso geracional e, além disso, a versão contemporânea liga a ideia de poder constituinte ao patriotismo nacional permitindo questionamentos como, por exemplo, sobre a legitimidade política e autonomia para realização de atos (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 61).

Pode-se perceber, até aqui, que todos os movimentos e todo processo de evolução do poder constituinte é guiado para a ideia de que o povo é o detentor supremo da capacidade de controlar e guiar a construção de uma constituição e as ideias de um Estado soberano. Por conta disso, o poder constituinte não pode ser entendido sem os valores essenciais do povo, como a religião e a cultura (MENDES, et al., 2014 p. 105).

Quanto à manifestação histórica, o poder constituinte pode ser classificado em fundacional ou pós-fundacional. O poder fundacional – ou histórico – é percebido quando da criação de um novo Estado que não possui constituição prévia. Já o poder pós-fundacional – ou revolucionário – é o poder que apenas pode surgir em Estados já dotados de constituição, ou seja, em Estados pré-existentes que queiram quebrar o vínculo com a ordem constitucional anterior, como foi o caso da Constituição do Brasil de 1988, que quebrou o vínculo anterior que o Estado tinha com a Constituição de 1967. Visto isso, pode-se afirmar que o poder constituinte originário está presente tanto na primeira manifestação de constituição de um Estado, quanto nas manifestações posteriores (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 66) (MORAIS, 2010 p. 27).

O poder constituinte, para se expressar, precisa de duas fases de poderes: uma material e outra formal. O poder material é aquele que estabelece os rumos que a constituição deve tomar, ou seja, ele busca as ideias principais no que tange à política e à sociedade para lançar a ideia de uma nova constituição. O poder

constituinte formal, por sua vez, pode ser definido como a entidade que formaliza a nova Constituição, essa entidade é conhecida como Assembleia Constituinte, que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, obteve ajuda do povo para essas criação (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 65) (SILVA, 2011 p. 87).

Visto isso, pode-se afirmar que o poder constituinte originário pode ser manifestado de várias formas, de acordo com o momento histórico e segundo as várias concepções criadas para ele. Apesar de todos essas variações do poder constituinte originário, é importante lembrar da sua característica mais importante, que é a sua titularidade exercida pelo povo. Titularidade essa que pode ser fundamentada pelo parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal, que estabelece que "todo poder emana do povo", ou seja, estabelece a soberania popular (BRASIL, 1988) (FERREIRA FILHO, 2014 p. 235).

Em suma, de acordo com a doutrina mais tradicional, o poder constituinte originário é entendido como um poder que não sofre de limitações e insubordinações, devendo, portanto, ser absoluto e capaz de expressar tudo o que se propõe, pois ele é anterior a qualquer normatização, permanente e inalienável. Por conta dessas características, o poder constituinte originário pode ser definido como um poder de titularidade do povo que é inicial, ilimitado e incondicionado (MENDES, et al., 2014 p. 104).

Por fim, ao ser estabelecida a Constituição, finaliza-se o trabalho do poder constituinte originário. No entanto, o poder originário estabelece certos poderes a serem seguidos ou observados, e, dentre eles, encontra-se o chamado poder instituído, ou, como também chamado, poder derivado, que se subdivide em poder de reforma, poder de revisão e poder decorrente (FERREIRA FILHO, 2014 p. 128).

3.2 Poder constituinte derivado

O poder constituinte derivado ou, como também chamado, poder instituído – ou constituído – é um modo indireto de ação do poder constituinte originário. Por

essa expressão, entende-se que o poder constituído derivado é uma atuação em segundo grau, ou seja, é uma derivação do poder constituinte originário visto a impossibilidade de sua convocação todas as vezes que se ache necessário realizar uma modificação na Constituição. O poder derivado pode ser dividido em poder de reforma, poder de revisão e poder decorrente (SILVA, 2017 p. 66) (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 84).

Segundo Alexandre de Morais, o poder constituinte deriva de uma regra jurídica de autenticidade constitucional e isso se dá pelo fato de ele está inserido na própria Constituição. Por conta disso, pode-se dizer com toda a certeza que o poder constituinte derivado está sujeito aos limites estabelecidos expressa e implicitamente na Constituição Federal e que ele é passível ao controle de constitucionalidade (MORAIS, 2010 p. 29).

O poder constituinte instituído – ao contrário do poder constituinte originário – pode ter sua natureza jurídica de poder de direito facilmente confirmada. Isso se dá pelo fato de o poder constituinte instituído possuir diversas limitações. Desse modo, é possível facilmente classificar o poder constituinte como legalmente (ou Constitucionalmente) regulado, e isso apenas confirma o seu caráter limitado, umas vez que, por outro lado, o poder constituinte originário – que cria a norma maior – não se submete a tais limitações (FERREIRA FILHO, 2014 p. 130).

Segundo Manuel Gonçalves Ferreira Filho, o poder constituinte instituído possui três características principais. A primeira delas versa sobre sua característica derivada, ou seja, ele não possui força própria, mas sim uma força que é retirada do poder originário – que não precisa retirar forças de nenhum outro poder. A segunda características – que juntamente com a terceira é retirada do fato de ser um poder derivado – é o caráter de subordinação do poder instituído, isso significa que ele está à mercê das limitações expressas e implícitas postadas pelo poder originário. Por fim, a terceira característica do poder instituído versa sobre o seu caráter condicional, dessa expressão é possível inferir que esse poder precisa observar o que

dispõe o poder originário sobre o modo de realizar reformas no ordenamento constitucional (FERREIRA FILHO, 2014 p. 131) (MORAIS, 2010 p. 29).

Por fim, antes de adentrar a espécies do poder constituinte derivado, é necessário falar sobre as suas limitações de um modo geral. O poder constituinte derivado é subordinado ao poder originário, como já visto. Por conta disso, ele se submete a limites que existem na Constituição. Os limites expressos (e implícitos) versam sobre os poderes decorrente e de reforma e serão vistos quando esses poderes forem individualmente abordados (FERREIRA FILHO, 2014 p. 134).

3.2.1 Poder constituinte derivado revisional

O poder constituinte derivado revisional é o poder concedido pela Constituição Federal em seu ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), mais precisamente em seu artigo 3°. Ele dispõe que – após cinco anos da promulgação da Constituição Federal – haveria uma revisão do texto constitucional já publicado para que possa adapta-lo às mudanças da sociedade. Essa revisão acontece pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral (BRASIL, 1988) (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 84).

O prazo de cinco anos estabelecido é entendido por Bernardo Gonçalves Fernandes como um limite temporal ao poder derivado revisional, por estabelecer um prazo mínimo para que as mudanças sejam feitas. Já a obrigação de ser realizada em sessão unicameral e o estabelecimento de quórum de maioria absoluta são considerados limitações formais. Ou seja, o poder constituinte derivado de revisão está sujeito a limites temporais e formais, além da observação das cláusulas pétreas do § 4° do artigo 60, que não podem ser violadas em observância das disposição do poder constituinte originário (FERNANDES, 2010 p. 116).

O consultor de processo legislativo no Senado Federal – Gabriel Dezen Junior – expõe que o poder revisional é um processo de atualização em momento único do texto constitucional que deveria ter como objetivo a atualização técnica da

Constituição. Esse processo resultou em seis modificações no texto constitucional já existente à época (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 84) (FERNANDES, 2010 p. 116).

Gabriel também expõe que o termo "poder de revisão" pode ser considerado um gênero que possui duas espécies. A primeira delas versando sobre o poder de emendar a Constituição no procedimento do artigo 60 – o que seria melhor chamado de poder de reforma – e a segunda versando sobre o poder de revisão expresso no artigo 3° do ADCT. No entanto, Gabriel afirma que essa separação não corresponde à melhor classificação, uma vez que as reformas possuem objetivos distintos (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 84).

Por fim, é importante mencionar que, ao contrário do poder de reforma, o poder derivado revisional foi estipulado para ocorrer em um único momento – o que foi feito em 1994 – não sendo possível, dessa forma, que haja uma reforma na Constituição estipulando previsão para a realização de outro momento de revisão, visto que a vontade do poder constituinte originário foi a realização desse procedimento apenas uma única vez (FERNANDES, 2010 p. 116).

3.2.2 Poder constituinte derivado decorrente

O poder constituinte derivado decorrente é o poder atribuído aos estados membros para que eles criem a sua própria Constituição. Esse poder decorre da capacidade de autoadministração desses estados, que existe por conta da chamada autonomia político-administrativa garantida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 25[8], caput, e pelo artigo 11[9], também caput, do ADCT (FERNANDES, 2010 p. 128).

Manuel Gonçalves Ferreira Filho acrescenta que o poder constituinte decorrente é uma derivação do poder constituinte originário, pois, ao prever a

[8] Art. 25, CF. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição (BRASIL, 1988).
[9] Art. 11, ADCT. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta (BRASIL, 1988).

organização político fundamental dos estados, está se admitindo uma forma federativa a eles, que vem embasada pelo poder de auto-organização. Esse poder é atribuído aos estados por conta da forma federativa por segregação adotada pelo Brasil. Isso significa que o Brasil, antes formado por um Estado unitário, se subdividiu e virou um Estado Federal. O poder derivado decorrente surge exatamente da necessidade de divisão de poderes dentro da federação por conta dessa subdivisão realizada (FERREIRA FILHO, 2014 p. 162).

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, o poder decorrente é um poder que deve obedecer as normas estabelecidas pela Constituição Federal. Por conta disso, pode-se dizer que se trata de um poder derivado, subordinado e condicionado que deve obedecer os princípios constitucionais, especialmente os sensíveis, que estão expressos no artigo 34, VII[10], da Constituição Federal e cujo descumprimento pode acarretar em sanção política e, até mesmo, intervenção federal no estado; os extensíveis, que são normas comuns à todos os entes federativos e de observância obrigatória; e os estabelecidos, que são as regras constitucionais que subdividem as competências entre os entes federativos (FERNANDES, 2010 p. 129).

Por ser um poder derivado, entende-se que o poder constituinte decorrente pertence à Constituição Federal e retira toda a sua força dela. Além disso, o poder decorrente é subordinado, pois precisa observar a Constituição e respeitar os seus princípios para ser considerado válido; e, por fim, é um poder condicionado, pois precisa observar as regras postas pelo poder originário para se manifestar. O condicionamento desse poder pode ser observado no prazo estabelecido pelo artigo 11 do ADCT, que estabelece o prazo de um ano contado da promulgação da Constituição Federal, para que os estados membros criassem as suas constituições estaduais (FERREIRA FILHO, 2014 p. 164).

[10] O artigo 34, VII, da Constituição Federal assegura que a União intervirá nos Estados e no Distrito Federal para assegurar determinados princípios constitucionais, quais sejam: a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático; os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 1988).

Por fim, discute-se a possibilidade do poder constituinte derivado decorrente ser um poder utilizado não só pelos estados membros, mas também pelos seus municípios. Sobre esse assunto, Bernardo Gonçalves Fernandes e Manuel Gonçalves Ferreira Filho, acreditam que é totalmente plausível a ideia por conta do parágrafo único do artigo 11 do ADCT, que estabelece prazo de seis meses para que os munícipios criem as suas leis orgânicas. No entanto, os autores reforçam que essa é uma visão minoritária do tema, uma vez que a grande maioria da doutrina acredita que o poder decorrente está limitado aos estados-membros (FERNANDES, 2010 p. 130) (FERREIRA FILHO, 2014 p. 173).

3.2.3 Poder constituinte derivado de reforma

O último poder constituinte derivado é o de reforma. Esse poder visa a modificação da Constituição, de acordo com as mudanças na sociedade, sem a necessidade de uma revolução por meio do poder constituinte originário, ou seja, essa reforma acontece dentro de uma mesma ordem jurídica. É importante mencionar que esse poder de reforma só existe pelo fato de que o poder constituinte originário instituiu – na criação da Constituição – a forma e os limites para a modificação de seu texto (FERREIRA FILHO, 2014 p. 143) (FERNANDES, 2010 p. 113).

O poder de reforma à Constituição é utilizado quando há a necessidade de modificar os dispositivos que são considerados ultrapassados social, política e juridicamente. É um processo realizado para preservar a essência da Constituição ao regenerá-la de acordo com as mudanças necessárias. Pode ser considerado como o poder de revitalização do texto para a conformação sociedade, mas – como já dito – a reforma precisa observar as disposições criadas pelo poder originário (MENDES, et al., 2014 p. 118).

Essa necessidade de observância do que dispõe a Constituição deriva do caráter subordinado e condicionado do poder constituinte derivado de reforma. Por subordinado, entende-se que o poder está sujeito às limitações e disposições

estabelecidas pela Constituição Federal; já por condicionado, entende-se que ele advém de um procedimento rígido estabelecido pela própria Constituição (FERREIRA FILHO, 2014 p. 144).

A proposta de Emenda à Constituição é classificada como um poder derivado de reforma, ou, também, como um poder constituinte derivado. Existem, no ordenamento jurídico brasileiro, poderes originários e poderes derivados, contudo, o poder derivado apenas surgiu por não ser viável a convocação do poder constituinte originário toda vez que haja a necessidade de se reformar a Constituição (SILVA, 2017).

O procedimento para a reforma da Constituição está expresso no artigo 60 dessa Carta. Ele estabelece, em seu § 1°, que a Constituição Federal não pode ser modificada na vigência de intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa. O disposto nesse parágrafo é entendido pela doutrina como uma limitação circunstancial à reforma da Constituição, ou seja, são os limites que vedam uma alteração em decorrência de uma circunstância especial, que poderia alterar o entendimento e a livre manifestação da vontade no que tange determinados assuntos (FERREIRA FILHO, 2014 p. 155) (BRASIL, 1988) (MENDES, et al., 2014 p. 120).

Existe também, no processo de emenda à Constituição, além dos limites circunstanciais, os limites matérias – que podem se dividir em explícitos e implícitos. Os limites materiais explícitos estão estipulados no § 4° do artigo 60 da constituição e dispõe sobre as chamadas “cláusulas pétreas”, que são matérias dentro da Constituição que não podem ser modificadas de forma a diminuir ou extinguir seu objetivo, mas que podem ser alteradas para se sofisticarem ou ampliarem seu alcance. O rol de matérias do § 4° abrange a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (FERNANDES, 2010 p. 119) (BRASIL, 1988).

Por outro lado, tem-se as limitações materiais implícitas, que – ao contrário das expressas – não estão literalmente impedidas de serem abolidas, mas podem ser entendidas como impossibilitadas de sofrerem tal ato, uma vez que isso afetaria o

núcleo essencial da Constituição. Dentre as matérias que são classificadas como limitações matérias implícitas tem-se, por exemplo, a impossibilidade de revogação do § 4° do artigo 60, que contemplam os limites materiais expressos; a impossibilidade de modificação do processo de reforma; e a impossibilidade de revogação dos princípios da República Federativa do Brasil (FERNANDES, 2010 p. 120).

Paulo Gustavo Gonet Branco também afirma que as limitações materiais não se limitam ao rol encontrado no § 4° do artigo 60. A ideia apresentada por ele versa no sentido de que qualquer modificação que vise alterar as fundamentações básicas adotadas pelo poder constituinte originário é um limite ao poder de reforma. Para o autor, são exemplos de limites implícitos o próprio § 4° do artigo 60, os princípios fundamentais da República, as normas que determinam ao povo o caráter de titular e soberano do poder constituinte, as normas referentes ao titular do poder reformador e as normas que estabelecem o procedimento utilizado para emendar a Constituição (MENDES, et al., 2014 p. 144).

No entanto, apesar da série de limitações matérias expressas e implícitas, o próprio doutrinador Gonet Branco admite que os limites existentes não possuem força o suficiente para barrar um ato revolucionário visando a alteração do texto. Mas faz o adendo de que, qualquer reforma – seja pelo processo descrito no texto Constitucional ou realizada por revolucionários – que desrespeitar os parâmetros Constitucionais é eivado de irregularidades (MENDES, et al., 2014 p. 121).

O caráter imutável de determinadas cláusulas na Constituição faz com que o povo – titular do poder – fique impedido de renovar determinados pontos considerados ideias para o momento. Por um lado, há uma crítica pelo fato de que futuras gerações devem estar sempre limitados à vontade da geração que se utilizou do poder constituinte originário e instalou a Constituição. Por outro, tem-se a ideia de que o poder constituinte originário é soberano, e que as mudanças no núcleo essencial de um Estado só podem ser realizadas por outra manifestação originária (MENDES, et al., 2014 p. 121).

Por fim, para encerrar os limites à reforma, tem-se os limites formais, que se subdividem em objetivos e subjetivos. Os limites formais objetivos estão expressos nos §§ 2°, 3° e 5° do artigo 60 da Constituição Federal. O § 2° abarca o procedimento a qual vai se submeter a proposta de emenda, que consiste em dois turnos de discussão e votação em cada uma das Casas do Congresso Nacional, devendo a matéria ser aprovada em ambos os turnos por três quintos dos votos dos membros da Casa em que está presente, para que assim seja mandada para a outra Casa. É importante mencionar que não existe hierarquia entre as Casas quando se trata de PEC e que, uma vez aprovada, a emenda será promulgada pelas mesas da Câmara e do Senado com seu respectivo número de ordem (FERNANDES, 2010 p. 117).

Os limites formais subjetivos, que podem ser encontrados nos incisos I, II e III do artigo 60 da Constituição Federal de 1988, versam sobre os legitimados para apresentar propostas de Emenda à Constituição no âmbito do direito brasileiro. Em regra, na visão da maioria dos doutrinadores, esse rol de legitimados está restrito ao Presidente da República; à um terço – no mínimo – dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; e à maioria absoluta das assembleias legislativas das unidades da federação, representadas, cada uma, pela maioria relativa de seus membros. No entanto, apesar de esses três grupos serem considerados para muitos doutrinadores os únicos legitimados para apresentar proposta de Emenda à Carta Magna, outros doutrinadores acreditam que o povo também pode ser considerado um dos legitimados (FERNANDES, 2010 p. 117) (BRASIL, 1988).

3.3 Soberania popular no brasil

Para se entender o patamar de soberania popular na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é necessário, primeiramente, observar como se deu a construção dessa nova república e os caminhos que levaram à ruptura com a ordem constitucional passada e à criação de uma nova Constituição.

3.3.1 Panorama histórico

A antiga Constituição que regia o País – promulgada em 1967 – quebrou a ideia das Constituições passadas e instalou um regime que retirava o povo como o centro da fonte originária de poder, causando uma grave crise institucional de legitimidade. Visto isso, pode-se dizer que essa Constituição e suas posteriores alterações foram frutos de uma ordenação autoritária, o que gerou diversos conflitos entre o povo e o Estado e, em decorrência disso, causou uma ruptura com o objetivo principal de um estado democrático, que é o sistema de equilíbrio entre a sociedade civil e o Estado (SILVA, 2011 p. 81).

O regime militar de 1964 foi voltado inteiramente para o exterior, pois esteve baseado em uma tentativa de equiparação do Brasil com os demais países desenvolvidos. Para que esse objetivo se concretizasse, o governo da época se voltou por completo ao regime autoritarista na tentativa de levar o País ao equilíbrio interno e, posteriormente, ao externo. Devido a esses objetivos, deixou-se de ser observado os anseios da sociedade civil, que aspirava por uma sociedade que valorizasse os direitos humanos fundamentais (SILVA, 2011 p. 81).

Diante dessa situação, José Afonso da Silva afirma que – no primeiro semestre de 1984 – houve diversos movimentos populares para que fossem instituídas eleições diretas para o cargo de presidente da república – as denominadas “diretas já”. Essas eleições possuíam, como principal objetivo, a busca do reequilíbrio da vida nacional e a instalação de uma nova constituinte, que deveria ter como finalidade o restabelecimento das tendências populares e a busca do equilíbrio federativo, do equilíbrio entre os poderes e do equilíbrio entre o Estado e a população. No entanto, mesmo com a consagração desses mecanismos pela Constituição, ficava clara a necessidade da participação ativa da população para garantir a sua constante eficácia (SILVA, 2011 p. 82) (WHITAKER, et al., 1989 p. 19).

Com a promessa de promover todas as mudanças desejadas pela população, Tancredo Neves se candidatou ás eleições indiretas com o objetivo de instalação de uma nova república. Essa nova república, idealizada por ele, tinha um caráter democrático e social e buscava um ambiente mais favorável, que atribuía mais benefícios ao povo (SILVA, 2011 p. 83).

No entanto, antes de assumir a presidência da república, Tancredo Neves veio a falecer, deixando o povo altamente preocupado com as implicações que esse acontecimento teria para as suas ideias – que eram totalmente favoráveis a uma maior participação popular. Visto isso, o governo que o sucedeu se comprometeu a seguir suas ideias. Todavia, o que realmente aconteceu foi uma emenda à Constituição em 1985 – Emenda Constitucional 26 de 27/11/1985 – buscando convocar uma Assembleia Nacional Constituinte para a criação de uma nova Constituição. Essa tática do governo foi altamente criticada pelas organizações sociais, sobretudo pela OAB, que afirmou ser a emenda equivalente à criação de um falso poder constituinte originário, pois apenas estava estabelecendo – de modo equivocado – o poder originário ao Congresso Nacional (SILVA, 2011 p. 84).

Em decorrência de toda essa insegurança, iniciou-se, no âmbito do Congresso Nacional, e fora dele, diversos debates de como seria conduzido o estabelecimento de uma nova assembleia constituinte e a criação de uma nova constituição. Os debates e estudos acabaram por extrapolar o âmbito político e chagaram às ruas. O povo então estava completamente inserido na realidade da nova constituinte, visto a importância que se tinha para todo o futuro democrático do País (SILVA, 2011 p. 85).

Foi então estabelecido um regimento interno para a assembleia constituinte, e esse regimento dispunha sobre as normas procedimentais a serem seguidas para a criação da nova Constituição. Foi estabelecido que a discussão passaria por cinco crivos e cadinhos, sendo 23 subcomissões, oito comissões temáticas e uma comissão de sistematização, além de dois turnos de discussão e votação em plenário (SILVA, 2011 p. 86).

Além disso, a metodologia de criação da nova constituição estabeleceu dois mecanismos de efetiva participação popular no processo: as audiências públicas e a efetiva participação do povo. Esses mecanismos resultaram em 122 emendas populares à constituição e um total de 12 milhões de assinaturas, que foram voltadas a apoiar projetos como o de direito das crianças, direito à educação e direito à participação popular. Diante disso, percebe-se o poder e a vontade que o povo teve de participar da construção do Estado e da elaboração de seus direitos (SILVA, 2011 p. 87).

Essa possibilidade de apresentar emendas à Assembleia Nacional Constituinte se deu por uma vontade popular de superação do modelo burocrático-militar, que era predominante à época. Por conta disso, ao perceber que uma nova Constituição estava sendo escrita, houve a pressão de diversos movimentos sociais para que não só os representantes eleitos participassem desse momento, mas também o povo, visto o quão importante era a criação dessa Constituição para o futuro desenvolver do País (WHITAKER, et al., 1989 p. 37).

As emenda populares começaram a criar forma quando entidades específicas da sociedade civil[11] começaram a organizar fóruns para a realização de seminários e audiência com o objetivo de discussão de temas de interesse comum. Desses encontros e discussões foram criados documentos, dossiês, cartas abertas, comunicados, dentre outros, a serem enviados à Assembleia Nacional Constituinte. Esse procedimento foi de grande benefício para população, pois, a partir do envio do documento, a Assembleia selecionou grande parte dos documentos para transformar em emendas populares à Constituição (WHITAKER, et al., 1989 p. 90).

O processo de colheita de assinaturas foi um difícil obstáculo para a apresentação desses projetos. Entre as dificuldades estavam a desconhecimento da possibilidade pelos cidadãos, a descrença do povo na Constituinte, a falta de confiança na possibilidade de intervir na criação da Constituição, a dificuldade

[11] Como, por exemplo, a Federação Nacional do Jornalistas, Rede Mulher, Confederação Dos Professores Do Brasil, dentre outras (WHITAKER, et al., 1989).

financeira de apresentar esses projetos, dentre outros. Conquanto as dificuldades, foi possível a superação e a apresentação das propostas (WHITAKER, et al., 1989 p. 95).

Além disso, foi dado ao povo, pela Assembleia Nacional Constituinte, o poder de defender as propostas de emendas populares, desde que assinada por 30 mil eleitores brasileiros, em lista organizada por, no mínimo, três entidades associativas (conforme previsto no artigo 24 do regimento interno da Assembleia Constituinte). Dava-se a oportunidade da população subir à tribuna no Congresso Nacional e defender as proposições que cogitavam ser mais importantes para o movimento popular (WHITAKER, et al., 1989 p. 232) (MELO, 2001 p. 87).

No entanto, mesmo com todas as benesses conquistadas pelo povo em dado momento da criação da Constituição, percebe-se que as corporações possuíram mais atenção e poder ao decorrer do processo. Essas corporações atuavam de maneira direta perante os constituintes, aplicando a eles pressões enormes para que lhe fossem concedidos benefícios, o que não ocorria com o povo, por exemplo (SILVA, 2011 p. 87).

Mesmo com a maior participação de corporações, o povo, na forma de entidades da sociedade civil, conseguiu expressar sua vontade e participar mais ativamente das decisões políticas e legislativas à época, fazendo com que o sistema político passasse a ser considerado democrático. Isso acontece porque a característica primordial de um Estado Democrático é a soberania popular, e não há como ter democracia sem a participação do povo (WHITAKER, et al., 1989 p. 378).

3.3.2 Soberania popular na Constituição de 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o povo teve seu direito de detentor de todo o poder do Estado expressamente assegurado pelo texto constitucional, no parágrafo único do primeiro artigo: "*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos*

desta Constituição." Além disso, foram estabelecidos direitos e garantias fundamentais a todos presentes em território nacional, direitos sociais e modos de participação direta do povo (BRASIL, 1988).

Dentre os modos de participação popular estabelecidos pela Constituição de 1988 – em decorrência da soberania do povo – estão o sufrágio universal, o voto direto e secreto, o plebiscito, o referendo e a lei de iniciativa popular. Esses mecanismos estão todos presentes no artigo 14 da Constituição, sendo que a lei de iniciativa popular tem seu procedimento expresso no artigo 61, § 2° (BRASIL, 1988).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho estabelece que o princípio da Soberania Popular torna o povo a instância superior do Estado. Isso faz com que qualquer outra titularidade seja rejeitada e torna o poder do povo a essência da democracia. No entanto, Ferreira Filho estabelece que não é todo povo que participa do exercício do poder, mas apenas que eles são considerados cidadãos e, mesmo assim, essa participação é esporádica e eventual (FERREIRA FILHO, 2015 p. 64).

Além disso, é impossível pensar o sistema Constitucional brasileiro sem abordar o fato de ele ter expressado que o poder emana do povo e sem abordar os princípios de soberania popular e cidadania, pois são valores intrínsecos aos sistema Constitucional e, também, presentes nos princípios fundamentais da República. Ou seja, segundo Dimas Macedo, não se pode pensar o sistema brasileiro sem aceitar o fato de que o povo é o autêntico detentor de todo poder (ROCHA, et al., 2005 p. 110).

No estudo voltado a homenagear Paulo Bonavides, um dos colaboradores – Dimas Macedo – defende a possibilidade de o povo, em virtude da democracia direta e da soberania popular, pleitear novos institutos para viabilizar a maior participação do povo nos processos. Ele defende alternativas como o referendo popular para emendas à Constituição, a iniciativa popular para propor emendas à essa Carta, a ação popular direta de declaração de inconstitucionalidade, dentre outros (ROCHA, et al., 2005 p. 113).

O caráter soberano do povo pode ser explicado pelo princípio da soberania popular. Nele, observa-se a impossibilidade de se sobrepor interesse individual ao comum e a máxima preponderância do poder da coletividade. O princípio da soberania popular é de caráter constitucional e deve ser, obrigatoriamente, observado e implementado (SOUZA, 2003 p. 36).

Visto as definições de soberania popular, é necessário pensar como essa disposição vai ser utilizada no decorrer do texto Constitucional. Para isso, pode-se utilizar o método de interpretação sistemática do texto constitucional, pois, segundo esse método, é possível afirmar que é necessário fazer a interpretação de todo o texto constitucional para se entender artigos individualizados. Caso essa sistemática não seja observada, há a possibilidade de haver uma perda da dimensão global do texto. Por conta disso, pode-se afirmar que não é possível ter incoerência na Constituição, devendo a pessoa que interpretar este documento valorar sobre as incoerências e aplicar o modo mais correto do ponto de vista constitucional, e isso vale para o princípio da soberania popular (PEIXINHO, 2015 p. 34).

No entanto, apesar de toda a ideia de soberania popular que se tem em volta da Constituição de 1988, a assembleia constituinte retirou no último momento a disposição expressa que dava ao povo poder de apresentar projeto de reforma à Constituição. Essa disposição esteve presente durante todo o anteprojeto, além de ter feito parte dos projetos de emendas populares apresentadas antes de a Constituição ser promulgada. Porém, ela acabou ficando de fora do texto final, o que não correspondeu à vontade da população à época e não colaborou para a efetividade do princípio da democracia participativa (DUARTE NETO, 2005 p. 125).

Mesmo com a não presença de disposição expressa, parte da doutrina – liderada por José Afonso da Silva – acredita que é possível sim a apresentação de projeto de emenda à Constituição por parte do povo. José Afonso da Silva dispõe que, por meio da interpretação sistemática, a população pode apresentar projeto de emenda, mas desde que sigam o procedimento da lei de iniciativa popular disposto

no artigo 61, § 2°[12], da Constituição. Além disso, ele afirma que a utilização desse instituto apenas depende do desenvolvimento da prática da democracia participativa, que a nossa Constituição contempla como um dos princípios fundamentais (SILVA, 2017 p. 66).

4 PROPOSTAS POPULARES DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

O último capítulo deste trabalho irá tratar das fundamentações favoráveis e contrárias à ideia de apresentação de proposta popular de emenda à Constituição Federal.

O objetivo desse capítulo é reunir o entendimento de doutrinadores do direito constitucional que visam refutar ou defender a referida ideia. Busca-se, com isso, uma ponderação entre os principais argumentos para que seja possível, ao final, concluir pela possibilidade ou não de haver uma apresentação de proposta de emenda à Constituição pelo povo.

4.1 Fundamentos contrários

Apesar de doutrinadores como José Afonso da Silva e Paulo Bonavides advogarem pela possibilidade de proposta de emenda à Constituição a partir de ideias populares, o Supremo Tribunal Federal negou essa possibilidade por faltar previsão expressa na Constituição (MOREIRA, 2012 p. 111).

A maioria da doutrina que não admite a possibilidade de a iniciativa popular apresentar projetos de emenda à Constituição apenas transcreve a impossibilidade sem fundamentar o fato e sem admitir que existe uma corrente que pensa diferente. Isso acontece em Paulo Gonet Branco e Gilmar Mendes (MENDES, et al., 2014 p. 120); André Trindade (TRINDADE, 2015 p. 185); Antônio Pires (PIRES, 2016); dentre outros. No Entanto, há doutrinadores, como, por exemplo, Rodrigo Padilha,

[12] Art. 61, § 2º, CF - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (BRASIL, 1988).

que, apesar de aceitar a ideia de José Afonso da Silva, também segue a parte da doutrina que não admite a possiblidade (PADILHA, 2014).

Manoel Novelino, apesar de aceitar a visão de José Afonso da Silva, acredita que a iniciativa popular para projeto de emenda à Constituição não é possível. Para fundamentar seu pensamento ele apresenta três motivos. O primeiro deles versa sobre a impossibilidade de interpretar normas excepcionais de maneira ampla, ou seja, de ampliar o rol, considerado por ele taxativo, de legitimados do artigo 60 da Constituição Federal; o segundo é o fato de as Constituições serem mecanismos antimajoritários, o que impossibilitaria interpretações analógicas; e, por fim, o fato de que a iniciativa popular de projeto emenda ter chegado a constar de projetos na Assembleia Nacional Constituinte, mas nunca ter sido aprovada (NOVELINHO, 2014).

Silvio Motta afirma que são limitações implícitas ao poder reformador o rol de legitimados para exercer (e não titularizar) o poder constituinte e o rol de legitimados para apresentar propostas de emenda, ou seja, ele não aceita a possibilidade de o povo aprovar tais projetos. No entanto, acredito que essa ideia não venha a ser compatível com o pensamento dele de poder absoluto do povo, pois ele acredita que nem as cláusulas pétreas conseguem impedir um movimento revolucionário do povo, pois este é que detém os poderes para determinar os rumos da sociedade, podendo, portanto, modificar as disposições de acordo com sua plena vontade (MOTTA FILHO, 2016 p. 137).

Gabriel Dezen Junior – consultor legislativo do Senado Federal – também acredita na impossibilidade de apresentação de projeto de emenda popular à Constituição pelo fato de essa possibilidade não estar positivada expressamente na Constituição Federal de 1988. Ele afirma que a possível apresentação de um projeto de emenda pelo povo padeceria de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, maculando, portanto, a disposição criada (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 112).

Dezen argumenta que o silencio da Constituição faz com que a proibição se consagre objetivamente, ou seja, a falta de possibilidade para que o povo

apresentasse projeto para emendar à Constituição Federal não se justificaria pelo fato de a Constituinte de 1988 ter sido fundada sobre o pretexto de soberania popular, uma vez que seu texto expresso não traz essa possibilidade. Ele também argumenta que, uma vez negada essa possibilidade à época da constituinte, houve – ao menos – aceitação tácita da povo quanto ao tema (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 112).

Além disso, há o entendimento em parte da doutrina de que a utilização do processo reformador para fazer qualquer modificação no artigo 60 da Constituição Federal incorreria em uma inconstitucionalidade, pelo fato de o artigo 60 em si ser uma limitação material implícita a esse processo reformador. Ou seja, não seria possível realizar qualquer modificação constitucional relativa a esse aspecto, seja para modificar a sua redação, seja para adicionar alguma redação nova ao dispositivo, e visar, como mencionado, ampliar o seu rol de legitimados para apresentação de emendas. Na visão de Gabriel Dezen Junior, essas limitações implícitas são denominadas como uma dupla revisão, e essa dupla revisão tem caráter inconstitucional. Ou seja, na visão dele, além de não ser possível pelo texto positivo, não seria possível nem por um processo de reforma à Constituição (DEZEN JUNIOR, 2017 p. 141).

É importante mencionar que a maioria dos doutrinadores argumenta o caráter taxativo do rol do artigo 60 da Constituição Federal para negar a possibilidade de apresentação de projeto de emenda à Constituição por parte do povo. Isso se deve, principalmente, ao sistema de interpretação adotado por esses doutrinadores.

Uma das características do sistema dogmático de interpretação da norma – que surgiu da escola da Exegese e deu origem ao sistema de interpretação literal da lei – é o caráter pleno do que foi positivado, ou seja, acreditava-se que não existiam falhas ou lacunas no ordenamento jurídico. Por conta disso, era vedado a utilização de princípios para interpretar as leis. Além disso, tem-se a ideia de interpretação literal da lei e de apego a vontade do legislador, pois se entendia que a vontade do legislador se refletia na vontade do povo (MAGALHÃES FILHO, 2015 p. 84).

Apesar de esse sistema de interpretação existir e observar a norma com um caráter liberal, o sistema da livre investigação científica do direito dá uma maior possibilidade para o aplicador da lei interpreta-la. Magalhães Filho afirma que é necessário interpretar a lei de acordo com a vontade legislativa, o que é diferente de interpreta-la de acordo com a vontade do legislador. Esse sistema, em tese, vai ao encontro da possibilidade de apresentar projetos de emenda à Constituição popular (MAGALHÃES FILHO, 2015 p. 92).

No entanto, apesar das ideias contrárias – que versam exclusivamente sobre o texto do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 – é necessário observar o todo do sistema jurídico de integração. O ordenamento jurídico foi criado sobre a óptica da unidade, da coerência, da completude, da analogia e da equidade. No entanto, para se pensar a possibilidade apresentada por José Afonso da Silva, é primordial observar o caráter unitário e de coerência da norma. De unitário, infere-se que o ordenamento jurídico é circular, devendo as normas superiores estarem à frente das inferiores; e sobre a coerência, afirma-se que o ordenamento jurídico precisa compactar as suas partes ao todo, ou seja, não é possível pensar um ordenamento inteiro com base em uma premissa, e uma de suas normas, de um todo unitário, não segui-la (MAGALHÃES FILHO, 2015 p. 100).

4.2 Fundamentos favoráveis

A ideia principal sobre a possibilidade de o povo emendar a Constituição parte do doutrinador José Afonso da Silva. Ele afirma, em seu livro: Curso de direito constitucional positivo, que, além dos três legitimados que a Constituição de 1988 atribui expressamente o poder de emendar a Constituição, haveria também um quarto legitimado: o povo (SILVA, 2017 p. 66).

José Afonso da Silva baseia a sua ideia em uma interpretação sistemática do texto constitucional, em normas gerais e princípios fundamentais da Constituição. Ele expõe que, para apresentação de um projeto como esse, seria necessário o quórum estabelecido no § 2° do artigo 61 da Constituição Federal: um por cento do

eleitorado nacional dividido por – no mínimo – cinco estados, representados – cada um deles – por não menos que a zero vírgula três por cento da população local (SILVA, 2017 p. 66).

Ele abarca a ideia de que, apesar de o dispositivo que regulamentaria esse procedimento de iniciativa popular ter sido vetado pelos conservadoristas à época, na Assembleia Nacional Constituinte (mesmo após ter sido aprovado pela comissão de sistematização), a falta dele não inibe o povo de apresentar projetos de emenda. Isso ocorre pelo fato de o texto Constitucional de 1988 ter sido pensado e construído para que tal possibilidade seja possível (SILVA, 2017 p. 65).

Eduardo Moreira, em seu livro: teoria de reforma constitucional, afirma que a iniciativa popular é o instrumento que mais atende as exigências populares em uma democracia participativa e que esse poder o qual, em regra, está voltado ás leis ordinárias e complementares, é pautado no exercício da soberania popular. Por conta disso, teria o povo, também, o poder de propor emendas à Constituição (MOREIRA, 2012 p. 110).

Os fundamentos que Moreira utiliza são similares aos utilizados por José Afonso da Silva. Ele se baseia – primeiramente – no princípio da soberania popular presente na Constituição Federal de 1988, sobretudo no parágrafo único do primeiro artigo, que afirma que o poder emana do povo. Além disso, ele utiliza as ideias presentes no preambulo da Constituição que, em sua visão, reafirmam a relação entre Estado – na figura dos representantes – e exercício do poder soberano pelo povo (BRASIL, 1988) (MOREIRA, 2012 p. 110).

A possibilidade de se utilizar de instrumentos de participação popular diretamente no processo legislativo constitucional só demonstra a relação de autonomia do povo em decorrência aos órgãos de decisão, pois essa iniciativa compele capacidade jurídica para persecução de interesses comuns do povo e caracteriza – de maneira clara – o princípio da soberania popular, além de dar uma nova dimensão para a democracia (MOREIRA, 2012 p. 111).

A possibilidade de propor – diretamente – emendas à Constituição é algo bastante importante para o povo. Isso ocorre pelo fato de que os representantes, muitas das vezes, não buscam atuar de modo a contemplar o real desejo do povo como um todo. A possibilidade de uma emenda ser apresentada diretamente beneficiaria a minoria da população que não consegue se sentir representada pelo Congresso. Além disso, não é preciso uma alteração formal na Constituição para que tal situação seja possível, basta apenas uma mutação constitucional na Constituição de 1988 para validar a iniciativa popular (MOREIRA, 2012 p. 113).

Eduardo Moreira afirma que não haveria forma de mudar a Constituição mais legitima do que uma com a participação popular, pois o povo faria valer a sua posição e os seus interesses. Além disso, ele afirma que haveria um ganho na política nacional, uma vez que os representantes no Congresso ficariam obrigados a discutir a proposta com uma grande visibilidade do povo (MOREIRA, 2012 p. 113).

Outro pensador que adota essa linha de pensamento é Fábio Comparato, que se vale da força da soberania popular estipulada pela Carta Constitucional de 1988 para fundamentar seu pensamento. Ele acredita que a Constituição estabelece três mecanismos para o povo exercer a soberania: o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular; e, a partir disso, pode o povo atuar de acordo com a sua vontade, justamente por ser considerado o detentor do poder (COMPARATO, 1993).

Além disso, Comparato afirma que a utilização dos mecanismos de soberania apenas quando pontualmente expressos no textos Constitucional seria o mesmo que rebaixar a soberania popular e a democracia direta a um nível hierárquico inferior ao poder dado aos representantes eleitos, uma vez que a atuação do povo estaria limitado a uma norma. Visto isso, ele chega à conclusão de que o povo é um dos legitimado a apresentar proposta de emenda à Constituição Federal, pois é ele quem detém o poder máximo de uma república (COMPARATO, 1993).

Leonardo Barros Souza, utilizando-se do pensamento de Comparato, admite a possibilidade de projeto de emenda à Constituição de iniciativa popular ser valido. O fundamento utilizado por ele é o de que seria necessário uma norma explicita

proibindo a participação do povo para a apresentação de tais projetos, uma vez que o princípio fundamental da soberania popular validaria, por si só, essa possibilidade. No entanto, ele faz a ressalva de que – mesmo partindo da inciativa do povo – as emendas devem respeitas as cláusulas pétreas (SOUZA, 2003 p. 58).

Leonardo Souza, contudo, faz um adendo à possibilidade de participação popular por meio de emendas à Constituição. Ele afirma que não é possível a participação popular modificar temas de especificidade técnica e de temas exclusivos do chefe do executivo, mas não como uma relativização da soberania popular, e sim por conta da potencialização e especialização da inciativa (SOUZA, 2003 p. 59).

Clever Vasconcelos afirma que há duas correntes que versam sobre o tema. A primeira delas entendendo que não é possível a proposta de emenda à constituição popular pelo fato de o rol do artigo 60 ser taxativo, restringindo – desse modo – seu alcance jurídico; e a segunda delas versando acerca da possibilidade, pelo fato de a Constituição expressar que o poder emana do povo (soberania popular) e de dar a possibilidade dele se utilizar de iniciativas populares sem realizar nenhuma ressalva expressa. Apesar de explanar as duas teorias, o doutrinador não se posiciona pela qual ele acredita ser a correta (VASCONCELOS, 2016 p. 361).

Ana Fávia Messa, no seu livro: “Direito Constitucional”, afirma que há – na doutrina – a discussão sobre a possibilidade ou não de apresentação de emenda à Constituição advinda da vontade popular. Ela também afirma que existem duas correntes sobre o assunto, a primeira delas versa sobre impossibilidade de realização de determinado feito, uma vez que o povo não está incluído expressamente no rol de legitimados do artigo 60; já a segunda, apesar de ser minoritária, posiciona-se pela possibilidade de realização do procedimento e possui como fundamento principal o parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal, que abarca toda possibilidade na ideia de soberania popular (MESSA , 2011 p. 119).

Bernardo Gonçalves Fernandes, apesar de afirmar que não existe previsão expressa de modificação constitucional pelo povo, faz a observação de que essa é a

posição da corrente majoritária da doutrina. Mas também admite a existência de uma corrente minoritária e traz como exemplo o professor José Afonso da Silva, que entende ser o povo um dos legitimados a apresentação desses projetos de emenda à Carta Magna (FERNANDES, 2010 p. 117).

Uma das formas de se identificar a possibilidade de o povo apresentar projeto de emendar a Constituição é interpretar o seu texto de modo a ver a valorização que a sua história de criação dá ao povo, isso acontece pela amplo poder de persuasão que o método de interpretação de uma constituição tem sobre a pessoa que está a interpretando (GARCIA, 2015 p. 398).

Por conta da relevância do tema é importante interpretar a Constituição como um todo, e não apenas a norma isolada que versa sobre o assunto. O primeiro método que pode ser utilizado é o da tópica. Nele, a Constituição é tida como um texto aberto de regras e princípios ao qual o aplicador utiliza a solução mais justa ao caso concreto. Ou seja, o foco desse método é o balanceamento entre o conteúdo (normas para emendar a Constituição) e os valores inseridos (soberania popular) (MENDES, et al., 2014 p. 92).

Outro método que pode ser utilizado é o científico-espiritual. Nele, a Constituição é pensada sempre como um sistema cultural e de valores para o povo. Por conta disso, a interpretação da Constituição deve se aproximar a esse pensamento. Isso deixa o modo de interpretação mais flexível, pois as decisões ficam mais próximas à realidade (MENDES, et al., 2014 p. 92).

Além disso, há princípios que auxiliam a interpretação da Constituição que contribuem para a ideia de o povo poder apresentar projeto de emenda à ela. O que mais contribui para isso é o princípio da unidade da Constituição, pois esse princípio postula que as normas dentro de um sistema constitucional não devem ser interpretadas em separado, mas sim observando o conjunto de todas as normas que ela está inserida (MENDES, et al., 2014 p. 93). Esse princípio, ao meu ver, tem grande ligação com a ideia de José Afonso da Silva de utilizar a interpretação sistemática para a leitura do texto constitucional (SILVA, 2017 p. 66).

Magalhães filho também aborda a ideia do princípio da unidade da Constituição. Ele afirma que é necessário que a Constituição possua coerência interna, isso ocorre pelo fato de que ela é a norma que dá embasamento a todas as outras normas no ordenamento jurídico. Portanto, não há como permitir incoerências internas nesse texto (MAGALHÃES FILHO, 2015 p. 111). No entanto, ao meu ver, existem sim incoerências internas na Constituição, como, por exemplo, o fato de ela garantir o poder do Estado ao povo e de ter permitido emendas populares na Assembleia Nacional Constituinte e não permitir a participação popular no processo de reforma à Constituição.

Paulo Bonavides, em seu curso de direito constitucional, por sua vez, não afirma expressamente que o povo é um dos legitimados para apresentar emendas à Constituição no ordenamento jurídico de 1988. No entanto, ele afirma que em sistemas de democracia semidireta – como o do Brasil – é reconhecido o direito popular de apresentar emendas à Constituição (BONAVIDES , 2014 p. 209).

Apesar de não expressar por essa possibilidade diretamente em seu livro, Bonavides, através de um artigo publicado na Revista de Informações Legislativas, afirma que a adoção de emenda à constituição popular é um significante passo para a concretização da democracia participativa. Ele diz que a Constituição deve seguir os passos das Assembleias Legislativas que já permitem tal atuação. Além disso, Bonavides ainda afirma que a primeira modificação a ser feita pelo povo através de emenda à Constituição é a retirada da cláusula de exclusividade do Congresso Nacional para autorizar referendo e convocar plebiscito (BONAVIDES, 2008).

Um dos motivos que leva a ideia de o projeto de emenda popular ser inserida de vez na Constituição Federal está no fato de que as Constituições estaduais estão, cada vez mais, se posicionando para o crescimento da participação popular direta (BONAVIDES, 2008). Exemplo disso é o fato de que a Lei Orgânica do Distrito Federal – em seu artigo 70, inciso terceiro – estabelecer a possibilidade de os cidadãos apresentarem propostas de emenda à Lei Orgânica por documento subscrito por 1% dos eleitores do Distrito Federal, distribuídos por – pelo menos – três regiões

administrativas representadas, cada uma, por não menos que a terça parte de seu eleitorado (BRASÍLIA, 1993).

Outro Estado que possibilita a apresentação de iniciativa popular para emendar a sua Constituição é o Estado de São Paulo. O artigo 22 da Constituição do Estado afirma que poderá haver reforma de seu texto por projeto apresentado por iniciativa popular, desde que subscrito por, no mínimo, um por cento dos eleitores (SÃO PAULO, 1989). Além disso, há outras Constituições Estaduais que permitem tal feito, como, por exemplo, a da Bahia, a do Pará, a de Pernambuco e a de Santa Catarina (BONAVIDES, 2008).

Por fim, um argumento muito forte que embasa a possibilidade de a iniciativa popular poder emendar a constituição surge pelo doutrinador português Gomes Canotilho. Ele afirma que a soberania popular é exercida por meio da iniciativa popular e que, além disso, é o poder popular que detém a prerrogativa de expressar a vontade de começar o processo do poder constituinte originário, para que, desse modo, seja feita uma nova constituição. Portanto, o povo seria o principal legitimado para poder emendar a constituição, pois é a ele que se atribui o poder constituinte originário (Iniciativa popular de lei: o cidadão em cena, 2012).

5 CONCLUSÃO

Observa-se, com o presente trabalho, que há uma dúvida existente na doutrina constitucional acerca da possibilidade ou não de o povo poder apresentar um projeto de emenda à Constituição de 1988.

Essa dúvida surge, principalmente, pelo fato de doutrinadores Clássicos, como, por exemplo, José Afonso da Silva e Fábio Comparato, apoiarem a possibilidade de emenda popular sobre o pretexto de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ter sido fundada sobre a perspectiva da soberania popular, pois estabelece – logo em seu primeiro artigo – que todo o poder emana do povo. Ou seja, a Constituição não estabelece nenhum órgão ou cargo de Estado com poder superior ao do povo no Estado brasileiro.

Por outro lado, a parte da doutrina que não aceita essa possibilidade argumenta o fato de o rol do artigo 60 ser taxativo, não podendo, portanto, haver nenhum tipo de interpretação extensiva ao texto Constitucional. Além disso, eles afirmam que a soberania popular não é motivo suficiente para acatar uma ampliação do rol de legitimados para reformar a Constituição.

Ora, essa discussão também precisa levar em conta o caráter democrático do Estado brasileiro. A Constituição de 1988 estabeleceu um sistema de democracia semidireta – ou participativa – para o povo. Isso significa que, além de escolher os representantes, que irão atuar na maioria das vezes, o poder popular também poderia fazer intervenções essenciais no ordenamento jurídico e nas decisões políticas.

Esse modelo, ao ser criado, foi pensado para dar mais poder ao povo. No entanto, o modelo de política adotado pelos representantes do povo brasileiro afasta, cada vez mais, o cidadão de debates e discussões importantes que influenciam diretamente a vida em sociedade. Isso faz com que o caráter da participação seja minimizado e que o Estado se aproxime mais da ideia representativa da democracia, pois o povo fica limitado a utilizar de instrumentos, como o da iniciativa popular, para fazer valer sua vontade.

Passa-se a pensar, então, o poder constituinte originário, que detém o povo como titular. Uma vez que a Assembleia Nacional Constituinte se valeu de projetos populares e de efetiva participação popular para criação da Constituição de 1988. É prudente pensar que o modelo de Constituição criado abarcou a efetiva e frequente participação popular.

No entanto, como se pode perceber, não é isso que ocorre. O povo, como pode ser observado no primeiro capítulo do trabalho, participou poucas vezes, de modo direto, em trinta anos de existência, de um modelo de democracia que deveria ter sido mais participativo, pois foi criado com esse objetivo.

Portanto, deve ser aceita a ideia de que, atualmente, o povo carece de participação ativa na vida política. Além disso, deve-se aceitar o fato de que o povo

pode apresentar propostas de emendas à Constituição, a qual ele possui o poder para criar.

O povo é considerado o titular do poder constituinte originário. Dessa forma, o povo também deve ser o titular do poder constituinte derivado, pois o poder constituinte derivado nada mais é do que uma espécie de poder criado pelo originário para suprir as necessidades deste, uma vez que o avanço contínuo da sociedade faz com que sejam necessárias mudanças no texto constitucional.

No entanto, há o argumento de que a Assembleia Nacional Constituinte deixou de aprovar a disposição que garantiria esse poder ao povo (o que seria o inciso IV do artigo 60). Porém, essa não aprovação não retira a possibilidade do povo de apresentar propostas de emenda, pois, como Jose Afonso da Silva afirma, o sistema Constitucional foi criado com o objetivo de dar mais poder aos cidadãos, além de ter sido fundado na ideia de soberania popular. Portanto, não há que se argumentar que a falta da disposição expressa retire do povo o poder de apresentar emendas à Constituição, até porque foi possibilitada a apresentação de emendas populares durante a Assembleia Nacional Constituinte, ou seja, o povo possui o condão de "se fazer valer" no poder constituinte originário, mas não pode ter a mesma prerrogativa no derivado. Isso seria, no mínimo, incoerente.

Na minha visão, é impossível pensar o povo como titular do poder maior do Estado e não pensar que ele possui poder para emendar sua Constituição, pois o titular de uma prerrogativa não pode ser proibido de se utilizar dessa prerrogativa por um sistema orquestrado e pensado por representantes, que não são os autênticos titulares do poder, embora importantes atores do sistema democrático adotado.

Além disso, não há lógica em pensar que o povo não pode fazer reformas periódicas na Constituição pelo fato de que, conquanto seja titular, não possui a legitimidade para tal ato. Ora, caso o povo não queira que determinada disposição seja mantida no texto Constitucional, e os representantes se mantiverem inertes quanto a essa requisição, seria necessário a convocação do poder constituinte originário para realizar as reformas desejadas pelo povo. Não se pode aceitar que

determinado pensamento deva prevalecer, uma vez que causaria muita insegurança para o Estado brasileiro.

Por fim, conclui-se pela possibilidade de apresentar propostas de emendas populares à Constituição, uma vez que o sistema Constitucional foi criado com essa intenção, pelo princípio da soberania popular e pela leitura sistemática da Constituição. No entanto, faz-se a ressalva de que a emenda popular deve observar os requisitos do artigo 60 da Constituição de 1988, assim como todos os limites à apresentação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os Conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva, 2017.

BERAS, Cesar. Democracia, cidadania e sociedade civil. Curitiba : Intersaberes, 2013.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Democracia Constitucional. São Paulo : Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política. São Paulo : Paz e Terra, 2012.

_____O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. São Paulo : Paz e terra, 2015.

BONAVIDES , Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo : Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. A Primeira Emenda à Constituição Por Iniciativa Popular. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224179> Jun/Set de 2008. Acesso em: 07 de Mar. 2018.

_____ Ciência Política. São Paulo : Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição (1998) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasilia : Câmara dos Deputados, 1988.

Brasil. Lei nº 9.709, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1998. Planalto. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm> Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASÍLIA. Lei n° 1993. Lei Orgânica do Distrito Federal. Brasília : Câmara Legislativa do Distrito Federal, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição - 7° ed. Coimbra : Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. Disponível emhttp://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100005. 0102-6445. [Citado em: 15 de fevereiro de 2018.]

CUNNINGHAM, Frank. Teorias da democracia: uma introdução crítica. Porto Alegre : Artmed, 2009.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. Processo legislativo completo. Brasília : Alumnus, 2017.

DUARTE NETO, José. A iniciativa popular na Constituição Federal. São Paulo : Revista dos tribunais, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte. São Paulo : Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito Constitucional. São Paulo : Saraiva, 2015.

GARCIA, Emerson. Interpretação Constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo : ATLAS, 2015.

Iniciativa popular de lei: o cidadão em cena. SENNA, Naira Gomes Guaranho de. 2012. 1, s.l. : REDAP - Revista de Direito da Administração Pública, 2012, Vol. 1.

INNERARITY, Daniel. A política em tempos de indignação: a frustração popular e os riscos para a democracia. Rio de Janeiro : LEYA, 2017.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo : Saraiva, 2015.

LUNARDI, Soraya. Teoria do processo constitucional: analise de sua autonomia, natureza e elementos. São Paulo : Atlas, 2013.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Curso de Hermenêutica Jurídica. São Paulo : Atlas, 2015.

MEDEIROS, Pedro. Uma introdução à Teoria da Democracia. Curitiba : Intersaberes, 2016.

MELO, Monica de. Plebiscito, Referêndo e Iniciativa Popular: mecanismos Constitucionais de participação popular. Porto Alegre : S. A. FABRIS, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.Curso de direito constitucional. São Paulo : Saraiva, 2014.

MESSA , Ana Flávia. Direito Constitucional. São Paulo : Rideel, 2011.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. Sãp Paulo : Atlas, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Teoria da reforma constitucional. São Paulo : Saraiva, 2012.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. Direito Constitucional. São Paulo : Método, 2016.

MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. São Paulo : Revista dos tribunais, 2004.

NOVELINHO, Manuel. Manual de direito constitucional. São Paulo : Método, 2014.

PADILHA, Rodrigo. Direito Constitucional. São Paulo : Método, 2014.

PEIXINHO, Manoel Messias. A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais. São Paulo : Atlas, 2015.

PIRES, Antônio Fernando. Manual de direito constitucional. São Paulo : Método, 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. Resgatar a participação: democracia participativa e representação política no debate contemporâneo. 100, São Paulo : Lua nova: revista de cultura e política, 2017.

RIBEIRO, Hélcio. A iniciativa popular como instrumento da democracia participativa. Mackenzie. [Disponível em] http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/helcioribeiro.pdf.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno. Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte : Del Rey, 2005.

SANTOS, Luiz Claudio Alvez dos. A participação popular na iniciativa das leis no contexto da democracia representativa e da participação política no Brasil. Rio de Janeiro : Biblioteca digital da Câmara dos Deputados, 2009.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. São Paulo : Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burgues (Qu' est-ce que le Tiers État?). Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 2015.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo : Malheiros, 2017.

_____. O constitucionalismo brasileiro - evolução institucional. São Paulo : Malheiros , 2011.

SOUZA, Leonardo Barros. Iniciativa Popular. São Paulo : IBCCRIM, 2003.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Tribunal Superior Eleitoral. [Disponível em] http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo. [Citado em: 10 de Março de 2017.]

TRINDADE, André Fernando dos Reis. Manual de direito constitucional. São Paulo : Saraiva, 2015.

VASCONCELOS, Clever. Curso de direito Constitucional. São Paulo : Saraiva, 2016.

WHITAKER, Francisco, et al. Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1989.

A UTILIZAÇÃO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS

Bruna Vasconcelos Pereira Dias

RESUMO

Diante da diversidade cultura presente no país, consequentemente refletindo na grande diversidade de expressões, crenças, cultos, seitas e religiões, e que a sociedade brasileira vive uma experiência democrática cada vez mais evoluída, provocando debates sobre a efetiva aplicação do princípio da laicidade no Estado brasileiro, assim será estudada a utilização e presença de símbolos religiosos em órgão, repartições e espaços públicos, com o objetivo de averiguar se representaria ato atentatório à laicidade do Estado e ao princípio de liberdade de crença, contido na constituição, ou seja, a laicidade do Estado brasileiro estaria sendo violada na medida em que órgãos públicos ostentam símbolos e imagens de uma determinada religião. Serão apresentados e estudados os princípios fundamentais que compõem um Estado Democrático de Direito, assim como aqueles que propiciaram o surgimento da liberdade de crença, da tolerância e do direito da minoria. Após, serão apresentadas, analisadas e discorridas algumas das jurisprudências e decisões atuais dos tribunais a respeito do principio da liberdade de crença, da tolerância religiosa e da utilização de símbolos religiosos em espaços públicos. Por fim, será apresentada a conclusão alcançada através do presente projeto de pesquisa e, se possível, a solução encontrada para a presente controvérsia.

Palavra-chave: A utilização de símbolos religiosos em espaços públicos

ABSTRACT

In view of the diversity of culture present in the country, reflecting on the great diversity of expressions, beliefs, cults, sects and religions, and that Brazilian society is experiencing an increasingly evolving democratic experience, provoking debates about the effective application of the principle of secularism in the State the purpose of this study is to investigate the use and presence of religious symbols in organs, offices and public spaces, with the purpose of ascertaining whether it would

represent an act threatening the lay State and the principle of freedom of belief contained in the constitution of the Brazilian State would be violated to the extent that public bodies bear symbols and images of a particular religion. The fundamental principles that make up a Democratic State of Right will be presented and studied, as well as those that have led to the emergence of freedom of belief, tolerance and the right of the minority. Afterwards, some of the jurisprudence and current decisions of the courts regarding the principle of freedom of belief, religious tolerance and the use of religious symbols in public spaces will be presented, analyzed and discussed. Finally, the conclusion reached through this research project and, if possible, the solution found for the present controversy will be presented.

Keywords: The use of religious symbols in public spaces

1 INTRODUÇÃO

O Brasil se constitui, conforme disposto no caput do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, como um Estado Democrático de Direito, abarcado por diversos princípios basilares, dentre os quais, o da liberdade, da igualdade e da justiça.

Com o objetivo de assegurar o princípio da liberdade, a Constituição Federal, em seu artigo 19, inciso I, proíbe os Entes Federativos de estabelecerem qualquer vínculo ou relação de dependência com quaisquer cultos religiosos ou igrejas, estabelecendo, assim, a laicidade da República Federativa do Brasil.

Ante a laicidade do Estado e dos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito, pretende-se discorrer sobre a presença de símbolos religiosos em repartições públicas, com o objetivo de averiguar se tais atos não caracterizariam em ofensas ao direito de liberdade de expressão e de culto, ao direito das minorias, ao princípio da igualdade, da imparcialidade e à laicidade do Estado.

O Estado laico é tema de inúmeras discussões acadêmicas e jurídicas, não existindo, até então, um consenso majoritário sobre a matéria, motivo que ensejou a presente pesquisa, a qual será realizada através do estudo das normas e princípios constitucionais, da analise de doutrinas e teorias jurídicas e, por fim, do exame das jurisprudências existentes sobre o tema.

O primeiro capítulo será dedicado à compreensão dos fundamentos que compõem um Estado Democrático de Direito, dentre eles, o princípio da autonomia

(da vontade, contratual, do direito e dos Entes Federativos), da pluralidade (política e jurídica), da isonomia e da secularidade.

Já o segundo capítulo discorrerá sobre a diversidade de crenças presentes no Brasil, que se encontra em processo de crescimento, acarretando na perda significativa da influencia da religião católica no país. Posteriormente, será analisado o direito a minoria e da tolerância, ambos resguardados na Constituição Federal de 1988 e no Pacto de São José da Costa Rica.

O terceiro capítulo se ocupará da apresentação das jurisprudências existentes a respeito da liberdade de crença e culto, do direito a minoria e da tolerância e do princípio do Estado laico.

No quarto capítulo será exposta a conclusão alcançada através do presente projeto, e, se possível, apresentar-se-á a(s) solução(ões) encontradas para a problemática.

2 DOS FUNDAMENTOS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, *in* verbis, passa a constituir o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político.

> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.[1]

Conforme dispõe o preambulo da Constituição Federal, a instituição do Estado Democrático de Direito possui como finalidade assegurar, como valores supremos, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, o bem-estar, a igualdade e a justiça. Não obstante, com a intenção de impor um sistema de freios e contrapesos e de assegurar o pleno exercício dos direitos supremos, o artigo 2º estabelece a independência e harmonia dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

A democracia instituída pela carta magna apresenta como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde a pobreza e a marginalização sejam erradicas e as desigualdades sociais sejam reduzidas, promovendo-se o bem de todos, sem preconceitos de qualquer origem e espécies.

Além dos fundamentos apresentados pelo artigo 3º da Constituição Federal, outros podem ser encontrados nos artigos esparsos do texto normativo.

Para uma melhor compreensão do Estado Democrático de Direito, se faz necessária a análise aprofundada dos fundamentos essências deste sistema, assim como de seus princípios basilares.

2.1 Autonomia

O princípio da autonomia pode ser compreendido de diversas formas, cada qual com suas características próprias, mas que se conjugam a um mesmo objetivo, a liberdade.

A autonomia pode ser vista do ponto de vista individual, que consiste em um dos principais direitos tutelados pela Constituição Federal, incidindo na esfera privada do individuo, nas suas escolhas e ações. No âmbito constitucional, o

[1] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 de agosto de 2017.

princípio da autonomia se faz presente nos dispositivos que dispõem sobre o direito e proteção da liberdade individual, da dignidade humana, da vida, ou seja, nos artigos que tenham como objeto a garantia da liberdade humana.

Emmanuel Kant, em seus estudos acerca do direito e da legitimidade das instituições sociais, atribui a liberdade como fundamento essencial da sociedade e das regras por esta estabelecida[2]. É a partir dessa concepção de Kant que foi formulada a famosa frase: a liberdade do indivíduo termina onde a do outro começa.

Kant dispõe que a liberdade e a autonomia são os fatores determinantes que levaram o ser humano a deliberar sobre leis universais, com o objetivo de nortear as ações individuais e limita-las. Segundo o doutrinador:

> "O Direito é a limitação da liberdade de cada um como condição de seu acordo com a liberdade de todos, enquanto esta [por sua vez] é possível segundo uma lei universal".[3]

É nesse sentido que o ministro Luiz Edson Fachin atribui o princípio da autonomia como "a pedra angular do sistema civilístico"[4].

Não obstante, segundo os renomados professores Luís Roberto Barroso e Letícia Martel, a autonomia da vontade se encontra intrinsecamente ligada à dignidade humana, conceito amplamente empregado nas principais declarações de Direitos Humanos que surgiram no Século XX, após a Primeira e Segunda Guerra Mundial, dando origem à Terceira Geração de Direito, que passou a contemplar os Direitos Transindividuais. Assim, sempre que a Constituição Federal discorrer sobre a dignidade da pessoa humana estará, consequentemente, dispondo, também, sobre o princípio da autonomia da vontade.

> [...] tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução

[2] KANT, Emmanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 2. ed.. São Paulo: Ícone, 1993.
[3] KANT, Emmanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Abril, 1994. p.59.
[4] FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos doo direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 1998. p.119.

> democrática do Brasil. Daí a sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais.[5]

Desse modo, conclui-se que é através do princípio da autonomia da vontade do indivíduo que se poderá assegurar o respeito e proteção da dignidade da pessoa humana, ou seja, os Direitos Transindividuais.

É a partir da autonomia individual que surge a autonomia contratual, que diz respeito à liberdade do individuo para a celebração de contratos e demais negócios jurídicos de caráter patrimonial.

É a autonomia da vontade que possibilita a celebração de contratos, deixando as partes livres para, de acordo com seus anseios, pactuarem o objeto do contrato, suas cláusulas, condições e finalidades. Portanto, a liberdade de contratar encontra seu fundamento no princípio da autonomia da vontade.

Carlos Roberto Gonçalves, ao estudar os contratos, afirma:

> O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.[6]

Portanto, é através do princípio da autonomia, e, consequentemente, do direito à liberdade, igualdade e dignidade, que se constitui a autonomia contratual.

Além da autonomia individual e da contratual, também há a autonomia do Direito, princípio fundamental do sistema jurídico normativo brasileiro.

Para Roberto Mangabeira Ubger, a autonomia do direito apresenta quatro aspectos: substantivo, institucional, metodológico e ocupacional. Pelo aspecto substantivo, o direito se apresenta como autônomo quando as regras impostas pelo

[5] BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.
[6] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 9ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 41

Estado não são editadas por meio de reformulações de convicções ou ideologias de natureza econômica, política e, até mesmo, religiosas, mas partem do estudo e analise da realidade jurídica e de suas necessidades reais. O direito é institucionalmente autônomo quando suas regras e suas aplicações são determinadas por uma instituição juridicamente especializada. Será metodologicamente autônomo o direito, quando as instituições especializadas passarem a justificar suas ações através de um raciocínio jurídico próprio. E, segundo o aspecto ocupacional, o direito será autônomo quando for instituída uma profissão jurídica, que possua atividades, prerrogativas, regras e disciplinas próprias.[7]

Destarte, pode-se afirmar que o Direito é autônomo, pois é pensado e elaborado com base em estudos e ideais próprias, não sendo, assim, editado mediante a influencias de outras áreas de estudo, principalmente da teologia.

Insta destacar, também, a existência da autonomia da sociedade civil, que emergiu durante o processo de democratização do Estado Brasileiro, em meados da década de 70, vindo a ser reconhecida e consolidada pela Constituição Federal de 1988.

As sociedades civis são dotadas de autonomia organizacional e de ação perante o Estado, ou seja, podem agir sem necessidade de autorização estatal, podendo ignorar os limites colocados pelo Estado à organização interna e externa das associações voluntárias. Essa autonomia abre espaço à liberdade de consensualismo entre os cidadãos, os quais passam a possuir voz para reivindicar ações governamentais e a implementação de políticas públicas.

O filósofo alemão Jurgen Habermas dispõe sobre a importância da autonomia das sociedades civis:

> A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os

[7] MANGABEIRA UBGER, Roberto. Law in Modern Society. New York: The Free Press, 1977. P.62/63.

> discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas.[8]

Portanto, a autonomia da sociedade civil se monstra imprescindível para o exercício da cidadania, da liberdade de expressão e, por conseguinte, da democracia.

2.2 Pluralidade

A Constituição Federal, em seu preâmbulo, prevê o estabelecimento de uma sociedade pluralista, além de consagrar, no artigo 1º, inciso V, o pluralismo político como um dos fundamentos principais da República Federativa do Brasil.

O Brasil, ao adotar uma sociedade pluralista, reconhece os direitos inerentes à pessoa humana, passando a lhe assegurar o respeito à vida, dignidade e liberdade. Ao adotar o pluralismo, o Brasil instaura uma sociedade livre para manifestar seus interesses e pensamentos, os quais poderão ser antagônicos entre si, cabendo ao Estado o dever de editar normas que se adequem aos interesses sociais.

Conforme Noberto Bobbio, o pluralismo instaura um sistema político aberto à participação da sociedade, das diversas camadas sociais, onde o indivíduo possui plena liberdade para participar das deliberações normativas do Estado e onde a vontade coletiva se sobrepõe à vontade individual[9].

Para o doutrinador Jose Afonso da Silva, o pluralismo pode se manifestar de diversas formas, mas a principal forma seria a do pluralismo ideológico e institucional.

> A teoria do pluralismo reconhece várias formas: pluralismo social, jurídico, político, de interesse, de ideias etc., que reconduzem a dois tipos básicos: pluralismo ideológico, que designa a variedade de crenças, de concepções éticas e de valores que os indivíduos ou grupos têm por fundamentais - em que entra a liberdade de religião, de pensamento, de ideias etc.; o pluralismo institucional, que compreende o desenvolvimento das autonomias e o reconhecimento dos

[8] HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. P.99
[9] BOBBIO, Noberto. As ideologias e o poder em crise. 4ª ed. Brasília: UNB, 1999.

> direitos e das formações sociais, quais sejam, a família, as confissões religiosas, comunidades de trabalho etc.[10]

No entanto, a doutrina, classicamente, subdivide o pluralismo em político e jurídico.

O pluralismo político defende um sistema político composto por diversos grupos, com pensamentos, ideologias e opiniões divergentes, mas que devem ser por todos respeitados e pelo Estado levadas em consideração, para que as normas e decisões levadas a efeito tenham como embasamento os interesses em comum e de maior relevância da sociedade, assegurando, assim, a sua legitimidade e a justiça social. Portanto, verifica-se que o pluralismo político permite a convivência pacífica de diversos pensamentos e ideologias, os quais irão nortear as tomadas de decisão pelo Estado.

Já o pluralismo jurídico atribui legitimidade a outras fontes de produção jurídica além da Estatal. As necessidades e interesses reivindicados pela sociedade, através de seus movimentos sociais, passam a se constituírem como fontes de direito plenamente válidas. Desse modo, verifica-se que o Estado deixa de ser o único a possuir legitimidade politica e jurídica, pois a liberdade de expressão, a descentralização e, principalmente, a democracia fundam um espaço politico e jurídico onde a sociedade possui legitimidade para intervir na política e se constituir como fonte normativa.

Para Miguel Reale, o pluralismo afirma a existência de um Direito independente do Estado, colocando um paradeiro à redução arbitrária do direito à lei do Estado[11].

Antônio Carlos Wolkmer, em seu estudo sobre o pluralismo, conclui o seguinte:

> (...) são normas impostas pelo movimento social, à sociedade organizada cria seu próprio ordenamento jurídico, paralelo ou

[10] SILVA, Jose Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P.787.
[11] REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. P 261.

> complementar aquele garantido pelo próprio Estado, através de produção pacífica ou de processo de luta.[12]

Ainda segundo Wolkmer, o pluralismo, jurídico e político, se relaciona diretamente com a atuação de novos indivíduos, que se agrupando, reivindicam a satisfação de seus interesses e necessidades básicas e essenciais, impondo-os e alcançando-os através de um processo político democrático, descentralizado e de participação do povo, onde os políticos são eleitos com a função de assegurar as necessidades e anseios daqueles que legitimamente representa[13].

Insta esclarecer que o pluralismo consagrado pela Constituição Federal, além de exercer caráter jurídico e político, também visa à proteção das minorias, em razão de expressarem opinião diversa da sustentada pela maioria, garantindo-lhes o exercício de seus direitos e o respeito por parte da sociedade.

O ministro Marco Aurélio, no voto proferido no Supremo Tribunal Federal, discorre sobre o caráter protetor do pluralismo às minorias, afirmando:

> No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria.[14]

Portanto, o pluralismo dá espaço à livre manifestação do pensamento, propiciando a participação social na política estatal, onde as diversas opiniões e interesses públicos dão origens a novas fontes de direito. Já não há o monopólio estatal, passando a sociedade a integrar as decisões políticas adotadas pelo Estado.

---

[12] WOLKMER. Antônio Carlos. MEZZAROBA, Orides. Crise da Justiça & Democracia do Direito. Joaçaba: UNOESC, 1999. P 112.

[13] WOLKMER. Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997. P 207.

[14] STF, Tribunal Pleno, ADI nº 1.351-3/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 29/06/2007. Acessado em 21/03/2018. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730359/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1351-df/inteiro-teor-103116517 >

2.3 Isonomia

O artigo 5º, caput, da Constituição Federal consagra o princípio da isonomia, dispondo:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).[15]

Isonomia é sinônimo de igualdade, desse modo, infere-se, da redação do o referido dispositivo constitucional, que todos os cidadãos, brasileiros (natos e naturalizados) e estrangeiros que residam no país, devem ser tratados igualmente, sem distinção de qualquer natureza ou espécie.

A concepção de isonomia foi idealizada a partir da Revolução Francesa, onde a população, revoltada com as desigualdades sociais, se reuniu com o objetivo de tomar o poder, extinguir a monarquia e lhes garantir o direito de liberdade e igualdade. Foi em 26 de agosto de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que a ideia de isonomia ganhou força nas demais constituições.

O princípio da isonomia, ou da igualdade, se constitui como o princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito.

A isonomia abordada no artigo 5º da Constituição Federal adotou a igualdade formal, também denominada pela doutrina de igualdade perante a lei, que estabelece que todos devem receber tratamento equânime perante a Lei, não podendo haver qualquer espécie de discriminação.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra sobre o princípio da isonomia, conclui:

> (...) é a norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se

[15] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,* de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

> ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da igualdade e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.[16]

Ainda, segundo a Ministra Cármen Lucia:

> A sociedade estatal ressente-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para circunscrever-se a limites que arrimassem as pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjasse um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder. Não se cogita, entretanto, de uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei.[17]

Constata-se que o princípio da isonomia se encontra presente em outros dispositivos constitucionais, como no artigo 4º, inciso VIII, sobre a Igualdade Racial; o artigo 5º, inciso VIII, igualdade de credo; o artigo 5º, inciso I e artigo 226, §5º, sobre a igualdade de sexos; artigo 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, sobre igualdade trabalhista; artigo 14, sobre igualdade política; e artigo 150, inciso II, sobre igualdade tributária.

Como dito anteriormente, o objetivo do princípio da isonomia é o tratamento igualitário e justo para todas as pessoas. Contudo, não basta apenas que todos sejam tratados igualitariamente, sendo necessário analisar a situação em que cada indivíduo se encontra, pois tal tratamento aplicado pela lei pode ocasionar, no plano prático, em desigualdades sociais. Por esse motivo, se faz necessária a aplicação do princípio

[16] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 2008, p 9/10.
[17] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 32 e 33

da isonomia material, a qual leva em consideração as diferenças existentes, com o objetivo de, assim, coloca-los em situação de igualdade com os demais indivíduos.

Portanto, a isonomia não deve apenas garantir o tratamento igualitário perante a lei, deve, principalmente, acabar com as desigualdades sociais. Assim, para alcançar isonomia é preciso, conforme afirmava Aristóteles, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Nesse sentido dispõe Hans Kelsen:

> A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.[18]

Diante de tais conceituações, conclui-se que isonomia e igualdade, no presente contexto, não são sinônimas, pois a igualdade visa um tratamento igualitário perante a lei, e a isonomia procura analisar as desigualdades materiais existentes para, posteriormente, saná-las nas leis editadas.

2.4 Secularidade

A secularidade ou secularização se apresenta como um dos basilares de um Estado moderno e Democrático de Direito.

O termo secularização diz respeito à separação ocorrida entre a igreja/religião e o Estado/política, onde a religião deixou de exercer qualquer opinião e influencia nos assuntos políticos do Estado. É o processo de abandono dos preceitos culturais que se embasavam nos preceitos religiosos.

[18] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962. P 190.

Max Weber denomina o fenômeno da secularização como “o processo de desencantamento do mundo[19]”, tendo em vista que todos os costumes e concepções que se fundamentavam nas crenças religiosas foram extintos, aos poucos, do meio social. Weber atribui ao sistema capitalista, e principalmente à Revolução industrial, a responsabilidade pelo estabelecimento da secularização, uma vez que a comercialização demandava a racionalização dos processos e das relações comerciais, ideia que, aos poucos, se estendeu para as instituições políticas e governamentais, apresentando-se como aspecto essencial de um Estado moderno.

É inegável a influencia que o cristianismo exerceu sobre a política durante muitos séculos, sendo, muitas vezes, confundida com a própria entidade estatal. Também é evidente sua influência na construção dos costumes e dos processos de conhecimento, tendo em vista que, por muito tempo, o homem se utilizava da religião e da mitologia para explicar fatos que, até então, pareciam impossíveis de serem explicados pelo homem. Constata-se, desse modo, que o surgimento dos processos de racionalização e de modernização representaram um importante marco para a sociedade, vindo a ser a causa fundamental da cisão entre a religião e a política, tendo, ainda, a ciência e a tecnologia representado um enorme avanço no desenvolvimento dos processos de conhecimento.

Conclui-se, portanto, que a secularização se encontra intrinsecamente relacionada com o avanço da racionalização e modernização.

A secularização ocasionou, ainda, no surgimento do pluralismo religioso, pois a separação da igreja e do Estado acarretou na perda do monopólio pela igreja católica, principalmente no Brasil, propiciando o surgimento de outras crenças religiosas. Já não possuindo tanto influencia sobre os processos culturais e sociais, os indivíduos se encontram livres para optarem pela crença que lhes parecesse mais adequada, uma vez que já não eram coibidos, tanto pela igreja católica como pelo Estado, a adotarem o cristianismo como religião.

[19] WEBER, Max. A ética protestante e o espirito do capitalismo. São Paulo, Martin Claret, 2004.

Charles Taylor afirmar que a nova ordem não depende de um cosmo hierárquico, mas se constitui num sistema cada vez mais eficiente. A mudança chega a ser mais profunda no nível antropológico: o individuo que se encontra conectado com a ordem transcendental e religiosa, dá espaço ao individuo capaz de se isolar das influencias externas para se tornar capaz de encontrar e definir a sua própria identidade

> The new order does not depend on tuning with a hierarchical cosmos, but constitutes its own and more efficient system. The change becomes deeper at the anthropological level: the 'porous' individual – connected with the transcendental order – gives place to the 'buffered' one, able to isolate himself from external influence and able to define his own identity.[20]

Dispõe, ainda, que a nova ordem se constitui numa espécie de "coletividade imaginária". Trazendo novos ideais de moral, que não estão ligados à ideia de transcendental, mas à habilidade humana de alcançar um contrato social, e de construir uma sociedade baseada no desempenho econômico, na promoção da "esfera pública" aberta à troca de informações, e à autorregulação democrática. A tradicional ordem divina esta gradualmente sendo substituída por uma nova que estabelece resultados melhores para todos.

> The new order constitutes a kind of 'collective imaginary'. It brings new moral ideals, not linked to transcendence, but to the human ability to reach a social contract, and to build a society leaning on economic performance, the promotion of a 'public sphere' of open exchange of information, and democratic self-regulation. The divine traditional order is gradually replaced by a new one that delivers better results for all.[21]

Conclui-se, portanto, que a secularidade foi fundamental para possibilitar aos indivíduos o autoconhecimento, uma vez que já não se encontram sob a influência da igreja católica e de suas doutrinas, sendo, desse modo, livres para descobrirem seus ideais, suas crenças e aspirações. Também propiciou a autorregulação das

[20] OVIEDO, Lluís. Christians in a Secularized World: Charles Taylor's Last Endeavor. Reviews in Religion & Theology, 2009, P.80. Disponível em: < http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9418.2008.00413_1.x/pdf > Acessado em 23 de outubro de 2017.
[21] OVIEDO, Lluís. Ibidem. P.80.

sociedades, que passaram a ditar suas normas tomando como base os ideais sociais e as suas reais necessidades, promovendo, assim, novas práticas sociais e uma democracia autorreguladora.

Constata-se, então, que a secularização é fundamental na construção de um Estado Democrático de Direito, pois o rompimento das relações entre a religião e a política propiciou o surgimento do princípio da liberdade, principalmente no que diz respeito à escolha de crença, já que os indivíduos já não são coagidos a adotarem o catolicismo e a aceitar todas as explicações formuladas pela igreja.

3 PLURALIDADE, TOLERÂNCIA E OS LIMITES DA LIBERDADE DE CREDO

3.1 Diversidade

Devido ao intenso processo de colonização sofrido pelo Brasil, diversas etnias, línguas, culturas e, principalmente, credos foram disseminados pelo país. Desse modo, aos poucos o catolicismo foi perdendo sua influencia sobre a população e, consequentemente, sobre o próprio país, que, em 7 de janeiro de 1890, editou o Decreto nº 119-A, estabelecendo a separação entre o Estado e a Igreja Católica, determinação que foi incluída na Primeira Constituição Republicana, de 1891, que, reconhecendo a diversidade de credo, passou a prever a plena liberdade de credo e igualou a posição da religião católica às demais religiões.

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, na qual o Brasil é signatário, também passou a reconhecer a diversidade de credo, estabelecendo, inclusive, o dever de proteção à livre associação religiosa, conforme a redação do artigo 18.

> Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião

> ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.[22]

A Constituição Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso VI, *in verbis*, reconhecendo a diversidade de credo, atribui como direito fundamental a proteção á liberdade de credo, devendo-se garantir o seu livre exercício e a proteção dos locais e templos onde as religiões são praticadas. Não obstante, a Carta Magna, em seu artigo 19, inciso I, apresenta o Brasil como um Estado laico, vedando a associação pelos Entes Federativos a qualquer culto ou credo.

> "Art.5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias".[23]

Importante esclarecer que a Constituição Federal, ao estabelecer a laicidade do Estado, promove, de fato, o reconhecimento da diversidade de credo e a liberdade dos cidadãos de adotarem a religião que julgarem adequadas, afastando, ainda, qualquer possibilidade de intervenção do Estado sobre os assuntos religiosos no país.

Sobre a laicidade do Brasil e o reconhecimento da diversidade religiosa, Humberto Martins discorre:

> (...) o Estado tem que fomentar, através das leis e de campanhas institucionais, o respeito à diversidade religiosa, que, no Brasil, é uma derivação imediata do princípio da dignidade humana e um fundamento da República, sob a forma do pluralismo religioso.[24]

Verifica-se que o Estado, reconhecendo a diversidade de crenças, possui o dever de promover os meios necessários para resguardar o respeito às diversas religiões presentes e praticadas no país.

---

[22] ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm > Acesso em: 16 de outubro de 2017.

[23] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

[24] MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito. In: SORIANO, Aldir; MAZZUOLI, Valério (Org.). *Direito à liberdade religiosa:* desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p 109.

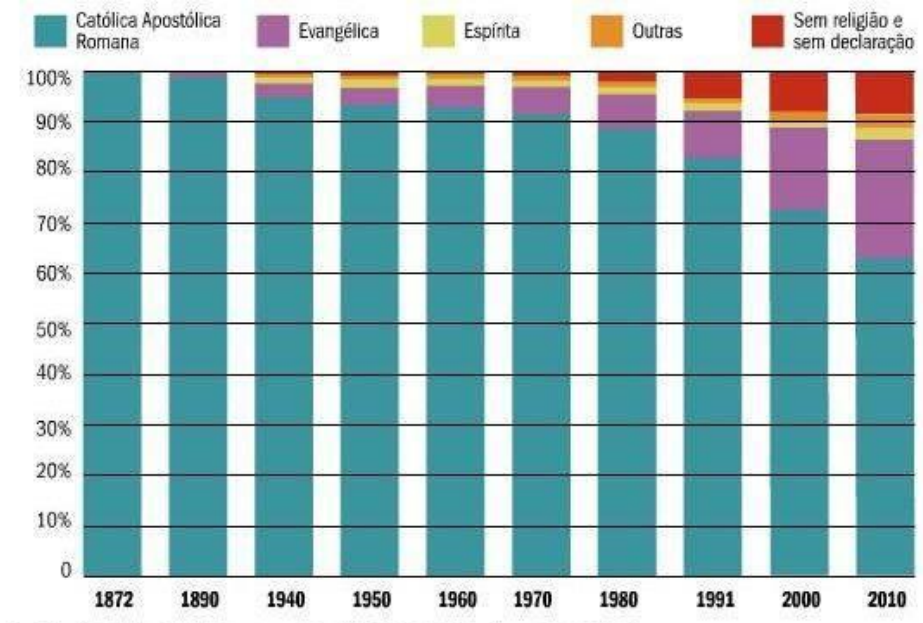
John Rawls relaciona a liberdade de consciência e, consequentemente, de crença à noção ideal de justiça, dispondo:

> O Estado não pode favorecer nenhuma religião em especial e nenhuma penalidade ou impedimento legado a qualquer filiação religiosa ou à sua falta. É rejeitada a noção de um Estado confessional. (...) A liberdade de consciência tem de ser limitada apenas quando houver uma razoável expetativa de que, não agindo assim, danificara a ordem pública, a qual o governo deveria manter.[25]

Conclui-se, portanto, que a diversidade religiosa ínsita a promoção do reconhecimento e da garantia do convívio respeitoso entre as crenças e tradições religiosas que convivem, diariamente, no mesmo espaço territorial e social.

Com o objetivo de analisar o avanço da diversidade de credo no Brasil, desde a época do império, quando se iniciaram os processos migratórios no país, até o ano de 2010, segue gráfico disponibilizado elaborado pelo IBGE, obtido através de sensos realizados ao longo dos tempos[26], demonstrando o percentual de influencia das religiões no país no decorrer do tempo.

[25] RAWLS, John. Uma teoria da justiça. UNB/ MARTINS FONTES, 2002. p.170 a 173.
[26] AZEVEDO, Reinaldo. O IBGE e a religião – Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%. Disponível em:< http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/ > Publicado em 29 de junho de 2012. Acessado em: 17 de outubro de 2017.



Fonte: Directoria Geral de estatística, Recenseamento do Brasil 1872/1890, e IBGE, Censo Demográfico 1940/1991

Através do referido gráfico, constata-se que a partir de 1890 a religião católica deixa de ser a religião predominante no país, perdendo, gradativamente, sua influência sobre a população, chegando a ter apenas 64,6% de católicos presentes no Brasil no ano de 2010.

É inegável a diversidade de crenças presentes no Brasil, assim como a sua crescente adesão pelos cidadãos, o que demanda maior atenção do Estado Brasileiro, com o objetivo de garantir uma maior proteção e respeito às diversas práticas religiosas.

3.2 Direito a minoria

O Estado Democrático de Direito almeja a construção de uma sociedade justa, sendo, para tal, imprescindível o tratamento digno e igualitário para todos, sem distinções de qualquer tipo. Por esse motivo, o direito a minoria se apresenta como um dos principais fundamentos de um Estado Democrático de Direito, além de ser uma das funções básicas de uma democracia.

É evidente que ao decorrer do tempo, determinados grupos sociais foram sendo favorecidos em detrimento de outros, sendo discriminados e subvalorizados em razão das concepções que a sociedade possuía como correta e adequada. Diante desse fato histórico, é inegável a dificuldade encontrada pela democracia em promover a igualdade, em virtude das variadas visões de mundo adotadas pela sociedade, o que lhe impõe obstáculos em instituir, de maneira satisfatória e eficaz, a garantia dos direitos das diversidades e das minorias. Importante esclarecer que a democracia não deve se limitar à ideia de governo da maioria, pois, sendo a sociedade composta por indivíduos com concepções e ideais diversos, deverá a todos abranger, independente de quais noções prevaleçam, uma vez que o governo é de todos.

Carmen Lúcia Antunes Rocha afirma que a minoria nem sempre se apresentará no sentido quantitativo, mas, também, no de qualificação jurídica, onde direitos são menos assegurados aos grupos que detém menor poder.

> Não se toma minoria no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica de grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder (...) a minoria, na prática de direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc..) o que é tido por maioria.[27]

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, onde a liberdade e igualdade são previstos como direitos fundamentais, conforme estabelece o caput do artigo 5º da Constituição Federal, e estando esses direitos intrinsecamente ligados à ideia de proteção e garantia dos direitos das minorias, conclui-se que este também é considerado como direito fundamental. Assim, com o objetivo de assegurar o direito da minoria, o artigo 5º, inciso XLI da CF, veda qualquer tipo de discriminação, seja em razão da raça, da cor, da etnia, da cultura, do credo, dentre outros.

[27] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista Informação Legislativa, nº33, 1996, p.285.

Em 26 de maio de 1992, o Brasil, por meio do Decreto Legislativo, se subscreveu ao Pacto de São José da Costa Rica, que passou a vigorar no país no dia 06 de novembro de 1992. A referida convenção, também conhecida como Convenção Americana de Direitos Humanos, foi elaborada em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica, e prevê, essencialmente, a garantia dos Direitos de Primeira Geração, como a liberdade, a igualdade, a proteção judicial, o devido processo legal, a participação no governo, a liberdade de consciência e religião, dentre outros. Todos os Estados signatários do presente pacto se comprometem a respeitar todos os direitos e liberdades por este reconhecido, devendo garantir o seu livre e pleno exercício por todos, sem qualquer discriminação. A partir de então, o direito da minoria é reconhecido no âmbito interno, através da Constituição Federal de 1988, mas, também, no âmbito externo, através do Pacto de São José da Costa Rica.

O Brasil, como qualquer outra democracia, visa resguardar a liberdade, e, portanto, o respeito às diferenças e, consequentemente, o direito das minorias. Desse modo, havendo dentro de um mesmo espaço territorial e estatal povos com línguas, costumes, tradições, culturas e crenças diferentes, se faz imprescindível o reconhecimento e o respeito à pluralidade de culturas, garantindo-se àqueles tidos como minorias, o direito à autoderminação.

Sendo o Brasil um país cuja população é predominantemente católica, aqueles que adotam crenças diferentes são tidos como minorias, os quais devem, como qualquer outro cidadão, serem respeitados. Diante dessa diversidade de crenças e religiões presentes no país, a Constituição Federal de 1988 considerou a liberdade religiosa como sendo um direito fundamental, fato que é corroborado no Pacto de São José da Costa Rica, que foi ratificado pelo Brasil, que prevê, no artigo 12, *in verbis*, a liberdade religiosa como um direito fundamental.

> Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião
>
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de

> crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
>
> 2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
>
> 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
>
> 4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. [28]

Não obstante, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 18, afirma que todos os seus preceitos, dentre estes o direito à liberdade religiosa, são de observância obrigatória pelos países-membros e seus povos, sendo, portanto, um direito fundamental.

Conclui-se, portanto, que o Brasil e demais países democráticos possuem como fundamento básico de sua estrutura política a garantia e proteção ao direito de liberdade e igualdade e, por conseguinte, o respeito ao direito da minoria, dentre os quais o de liberdade religiosa, sendo vedada qualquer restrição que não possua o intuito de proteger a segurança, a ordem, a saúde, a moral pública ou os direitos e liberdades dos demais.

3.3 Tolerância

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, procura proteger as liberdades individuais e coletivas, tendo resguardado tais direito por meio da Constituição Federal, que previu o direito à liberdade como fundamental à concretização de um Estado Democrático de Direito.

[28] ONU. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), 22 de novembro de 1969, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm > Acessado em 23 de outubro de 2017.

Dentre os diversos direitos resguardados na Constituição Federal, a liberdade de expressão é, sem duvida, um dos mais importantes, visto ser essencial para a garantia do exercício da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, para o exercício da democracia. A liberdade de expressão permite ao individuo escolher suas convicções e ideais sem restrições, possibilitando o exercício de sua cidadania, através da manifestação de suas correntes políticas e ideologias, e da eleição de seus representantes governamentais.

Não obstante, demais direitos se encontram relacionados de forma intrínseca à liberdade de expressão, como o direito à liberdade de consciência, à liberdade religiosa, à liberdade de culto, ao acesso à informação, ao direito de resposta, dentre outros.

Portanto, não há como falar em dignidade da pessoa humana ou no exercício da cidadania sem que a garantia da liberdade individual e coletiva, segundo a qual ninguém é obrigado a agir contra sua própria consciência ou princípios, a não ser em virtude da lei, podendo, em alguns casos, utilizar-se do mecanismo de escusa de consciência para exercer imposição legal através de alternativa que não ofenda sua ideologia.

Desse modo, a Constituição Federal, ao resguardar o direito à liberdade, esta, consequentemente, garantido a cada individuo o direito de ser e pensar diferente, de agir de acordo com suas convicções e crenças, devendo, no entanto, observar o limite entre o seu direito e o dos demais.

O direito à liberdade, resguardado pela Constituição Federal de 1988, é complementado pelo princípio da tolerância, que preza pelo respeito à dignidade da pessoa, às suas crenças e convicções. A tolerância se faz necessária e imprescindível para a constituição de uma sociedade pacífica e harmônica, onde a diversidade, cultural, religiosa, política, linguística, dentre outras, seja respeitada.

Para Alexandre de Moraes, é através do pluralismo e da tolerância que a Democracia existe, sendo fundamental para a efetividade da liberdade de expressão.

> A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtorno, resistência, inquietar as pessoas, pois a Democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.[29]

Importante ressaltar, contudo, que a tolerância não deve ser confundida como um modo de aceitar as desigualdades socioeconômicas, que decorrem de um problema sociocultural, onde a cultura dominante oprime e marginaliza as demais classes sociais por considera-las inferiores, de políticas publicas e, até mesmo, de governo.

O artigo 5º, inciso VI e VIII, da Constituição Federal de 1988 institui o princípio da tolerância religiosa no país, ao assegura a liberdade de consciência e de crença, garantido o livre exercício dos cultos e demais garantias religiosas, vedando a restrição de direitos por motivo de crenças religiosas, convicção política ou científica.

A Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções apresenta, no §2º do artigo 2º, a definição de intolerância, dispondo:

> §2. Aos efeitos da presente declaração, entende-se por "intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções" toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.[30]

[29] DE MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.113.

[30] BRASIL. Resolução 36/55. Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, 25 de novembro de 1981. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecElimFormIntDisc.html>. Acessado em 23 de outubro de 2017

O artigo 3º da referida Declaração dispõe que o direito a tolerância constitui um direito fundamental, sendo, portanto, a intolerância uma violação direta aos direitos humanos e às liberdades fundamentais proclamadas pela Declaração Universal de Direitos Humanos.

> "A discriminação entre os seres humanos por motivos de religião ou de convicções constitui uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas, e deve ser condenada como uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos e enunciados detalhadamente nos Pactos internacionais de direitos humanos, e como um obstáculo para as relações amistosas e pacíficas entre as nações.[31]

Sendo o Brasil um país compostos pela mistura de diversas culturas e crenças, a prática da intolerância religiosa se faz presente. No entanto, a intolerância religiosa é praticada há séculos, talvez desde os primórdios da sociedade, o que justifica a preocupação jurídica em garantir e proteger a liberdade de crenças e o respeito à sua prática.

John Locke, ao redigir a Carta Acerca da Tolerância afirma que a associação à religião ocorre por livre e espontânea vontade, com base nas convicções pessoas de cada individuo.

> "Ninguém está subordinado por natureza a nenhuma igreja ou designado a qualquer seita, mas une-se voluntariamente à sociedade na qual acredita ter encontra a verdadeira religião e a forma de culto aceitável por Deus".[32]

Afirma, ainda, que ninguém, nem mesmo as igrejas, possuem o direito de prejudicar os outros por motivos de crença e religião, pois seus direitos como indivíduos e cidadãos são invioláveis e devem ser preservados.

> (...) nenhum indivíduo deve atacar ou prejudicar de qualquer maneira a outrem nos seus bens civis porque professa outra religião ou forma de culto. Todos os direitos que lhe pertencem como indivíduo, ou como cidadão, são invioláveis e

[31] BRASIL. Resolução 36/55. Ibidem.
[32] LOCKE, John. Carta Acerca da Tolerância. Coleção "Os Pensadores", Abril Cultural, p.4 Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_locke_carta_tolerancia.pdf> Acessado em 23 de outubro de 2017.

> devem ser-lhe preservados. (...) o que ficou dito acerca da tolerância mútua de pessoas que divergem entre si em assuntos religiosos vale igualmente para as diferentes igrejas que devem se relacionar entre si do mesmo modo que as pessoas: nenhum delas tem qualquer jurisdição sobre a outra (...). [33]

Portanto, a tolerância consiste no respeito às convicções e crenças alheias, sendo necessário, para seu efetivo cumprimento, a instituição de instrumentos legais que ajudem no combate á intolerância, conforme afirma o §1º do artigo 4º da Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções.

> Artigo 4º, §1. Todos os Estados adotarão medidas eficazes para prevenir e eliminar toda discriminação por motivos de religião ou convicções, no reconhecimento, do exercício e do gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em todas as esferas da vida civil, econômica, política, social e cultural.[34]

Nesse sentido, o Código Penal, em seu artigo 208, tipifica o crime de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, dispondo:

> Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:
>
> Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.[35]

Não obstante, a Lei nº 7.716/89, em seu artigo 1º, dispõe que serão punidos os crimes decorrentes da prática de discriminação em face de crença religiosa.

Constata-se, portanto, que a liberdade de crença e a sua tolerância são direitos humanos fundamentais, constituindo-se, desse modo, como princípios indisponíveis e fundamentais para o convívio pacifico entre as sociedades e os indivíduos.

---

[33] LOCKE. Op. Cit., p. 6 e 7

[34] BRASIL. Resolução 36/55. Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, 25 de novembro de 1981. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecElimFormIntDisc.html >. Acessado em 24 de outubro de 2017

[35] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 (Código Penal), de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acessado em: 24 de outubro de 2017.

O grande filósofo Jacques Derrida sugere a superação da ideia de tolerância através da hospitalidade. Segundo o mesmo, a tolerância não afasta a ideia de superioridade, visto que ambas as partes, ao invés de aceitar as diferenças, apenas as toleram, coabitando com estas, já a hospitalidade se encontra intrinsecamente ligada à ideia de alteridade, onde as partes procuram se colocar, de fato, no lugar do outro, com o objetivo de enxergar o mundo através do terceiro e, assim, compreender as diferenças existentes e os limites impostos em razão dessa diferença ideologia ou de crença, e, por fim, abraçar o outro, aceitando-o como este é, sem qualquer tipo de discriminação ou superioridade, de modo a não apenas compartilharem o mesmo espaço, mas de possibilitar a convivência harmônica entre estes.

O ser humano, desde os primórdios, tende a colonizar os seus semelhantes, por julgar-se mais sábio e, consequentemente, detentor da razão. Esse pensamento de superioridade dá origem ao surgimento da tolerância. Conforme Derrida, a tolerância precisa ser superada pela alteridade e, por conseguinte, pela hospitalidade, onde a necessidade de compreensão do outro e das diferenças dá origem ao dialogo e a relações pacificas.

Portanto, a hospitalidade não carrega consigo qualquer pressuposto de superioridade, tendendo a ser mais generosa através do acolhimento do outro e de suas diferenças.

Em sua obra, o filósofo utiliza-se de uma metáfora para explicar a hospitalidade, comparando-a com a hospedagem de um estrangeiro, discorrendo:

> “[...] o estrangeiro é, antes de tudo, estranho à língua do direito na qual está formulado o dever de hospitalidade, o direito ao asilo, seus limites, suas normas, sua polícia, etc. Ele deve pedir a hospitalidade numa língua que, por definição não é a sua, aquela imposta pelo dono da casa, o hospedeiro, o rei, o senhor, o poder, a nação, o Estado, o pai, etc. Estes lhe impõem a tradução em sua própria língua, e esta é a primeira violência. A questão da hospitalidade começa aqui: devemos pedir ao estrangeiro que nos compreenda, que fale nossa

> língua, em todos os sentidos do termo, em todas as extensões possíveis, antes e a fim de poder acolhê-los entre nós?".[36]

Sobre a tolerância, Derrida afirma:

> "Embora eu claramente prefira demonstrações de tolerância a demonstrações de intolerância, ainda assim tenho certas reservas em relação à palavra "tolerância" e ao discurso que ela organiza. É um discurso com raízes religiosas; mais frequentemente é usado do lado dos que detém poder, sempre como uma espécie de concessão condescendente..."[37]

A utilização da alteridade nas relações é reforçada por Frei Betto:

> "O que é alteridade? É ser capaz de apreender o outro na plenitude da sua dignidade, dos seus direitos e, sobretudo, da sua diferença. Quanto menos alteridade existe nas relações pessoais e sociais, mais conflitos ocorrem".[38]

4 POSICIONAMENTO JURISDICIONAL SOBRE O USO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS

No presente capitulo serão analisadas e discutidas algumas jurisprudências sobre a presença de símbolos religiosos em locais públicos e repartições públicas, com o objetivo de verificar o entendimento do judiciário sobre a existência ou não de ofensa ao princípio da laicidade do estado.

O primeiro caso a ser examinado é a Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais em face da Resolução nº 03, de 20 de novembro de 2002, da Câmara Municipal de Carandaí/MG, que passou a impor a leitura de um versículo da bíblia no inicio de toda sessão ordinária na câmara. O Procurador sustentou que a referida resolução atentava contra o artigo 165, §3º da Constituição Federal, onde estabelece a laicidade do Brasil.

---

[36] DERRIDA, Jacques. Questão de estrangeiro, vindo do estrangeiro (quarta sessão, 10 de janeiro de 1996). In: Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade. São Paulo: escuta, 2003. p.15.

[37] DERRIDA, Jacques. Filosofia em tempo de terror. Diálogos com Habermas e Derrida. BORRADORI, Giovanna (Org.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2003. p.137.

[38] BETTO, Frei. Alteridade. Disponível em: <http://www.freibetto.org/index.php/artigos/14-artigos/24-alteridade> Acessado em: 25 de março de 2018.

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÃO Nº 03/2002 DO MUNICÍPIO DE CARANDAÍ - OBRIGAÇÃO DA LEITURA DE VERSÍCULOS BÍBLICOS, NO INÍCIO DE TODA REUNIÃO ORDINÁRIA DA CÂMARA MUNICIPAL - LIBERDADE RELIGIOSA VIOLADA - LAICIDADE DO ESTADO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO CONTIDO NA ADIN.
>
> Tanto a Constituição Federal, quanto a Constituição Estadual, impuseram aos entes federados uma postura de neutralidade em matéria religiosa, ex vi dos artigos 165, § 3º, da Constituição Estadual, que remete ao artigo 19, I, da Constituição Federal. Sendo, portanto, o Brasil um Estado laico, afigura-se inconstitucional a resolução da câmara municipal que obriga a leitura de versículos da Bíblia Sagrada antes do início de toda reunião ordinária. Procedência do pedido contido na inicial da ADIN.[39]

De acordo com o Relator Antônio Carlos Cruvínel, a determinação imposta pela Resolução nº 3 da Câmara Municipal de Carandaí/MG afronta os princípios constitucionais da liberdade de religião, da isonomia, da impessoalidade e da laicidade do Estado brasileiro. Afirma, ainda, que todas as Constituições Estaduais, inclusive a Constituição de Minas Gerais, abrangeram e fazem menção às vedações dispostas no artigo 19, inciso I da Constituição Federal.

Apesar do presente caso não versar sobre a presença de símbolos religiosos, a situação é mais critica, uma vez que o município tentou intervir no âmbito religioso de cada membro da Câmara, ao prever a obrigatoriedade da leitura de versículo antes de toda sessão, não tendo agido de forma neutra. Constata-se que o órgão especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou o ato como inconstitucional, tendo o ato como atentatório à liberdade de religião de cada indivíduo.

Passa-se a analise da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do Estado do Ceará e do Município de Crato, visando à proibição da construção da imagem de Nossa Senhora de Fátima, monumento religioso, com mais de 35 (trinta e cinco) metros de altura, que custaria ao município o valor de R$

[39] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, órgão especial. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 10000140725037000. Relator: Antônio Carlos Cruvinel, Julgado em 03 de julho de 2015. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205022309/acao-direta-inconst-10000140725037000-mg Acessado em 20 de fevereiro de 2018.

991.912,18 (novecentos e noventa e um mil e novecentos e doze reais e dezoito centavos).

O juízo "a quo" julgou parcialmente procedente a ação interposta pelo Ministério Público Estadual, determinando a imediata cessação da construção, sob pena de multa. Inconformado com a sentença, os requeridos apresentaram recurso à 2ª Câmara Direito Pública do Tribunal de Justiça do Ceará.

> APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE CONSTRUIR MONUMENTO RELIGIOSO. LIBERDADE RELIGIOSA VIOLADA. LAICIDADE DO ESTADO. ILEGALIDADE DO OBJETO DO ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. APELAÇÃO E REMESSA OBRIGATÓRIA CONHECIDAS E DESPROVIDAS.
>
> 1. A lide posta a deslinde versa sobre a pretensão jurídica de dois entes públicos que objetivam empregar seus recursos na construção de um monumento de nítido caráter religioso, mais especificamente, uma imagem de Nossa Senhora de Fátima com 35 (trinta e cinco) metros de altura, no valor licitado de R$ 991.912,18 (novecentos e noventa e um mil, novecentos e doze reais e dezoito centavos).
>
> 2. O Estado Brasileiro é laico e não contempla qualquer modalidade, forma ou conteúdo estritamente religioso. Tanto a Constituição Federal, em seu art. 19, inc. I, como a Constituição Estadual, no art. 20, inc. IV, impuseram aos entes federados uma postura de neutralidade em matéria de religião. Fica vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público (art. 19, inc. I, da CF/1988). Ademais, é direito fundamental do cidadão a inviolabilidade de sua liberdade de consciência e de crença, sendo-lhe assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (art. 5º, inc. VI, da CF/1988).
>
> 3. Fere a isonomia do cidadão o fato que os recursos públicos sejam empregados na construção de um monumento inegavelmente atrelado à crença católica. O direito a que o estado se mantenha neutro em matéria de religião é tão

> fundamental que não pode ser afastado por conjecturas utilitaristas de cunho econômico. Ainda que o intuito do Poder Público seja supostamente estimular o turismo da região, deve a Administração buscar meios outros que não promovam uma fé religiosa, majoritária ou minoritária, em detrimento de todas as demais crenças existentes no meio social.
>
> 4. Certo é que a ilegalidade do ato administrativo torna a questão suscetível ao crivo do Judiciário, afastando-se qualquer alegação de ofensa à separação dos poderes (art. 2º da CF/1988). Quando é praticado em contrariedade à vedação constitucional de subvenção às igrejas, o ato administrativo se torna inquinado de nulidade, podendo ser expurgado pela via do controle judicial. No caso concreto, o objeto da atuação do Poder Público é a feitura de uma imagem religiosa, o que acarreta o resultado óbvio e direto de favorecer uma confissão específica, em flagrante desrespeito à laicidade da República.
>
> 5. Apelação e remessa obrigatória conhecidas e desprovidas. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação e reexame necessário nº 0023200-29.2010.8.06.0071, acorda a Turma Julgadora da Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, em conhecer do recurso e da remessa obrigatória, para negar-lhes provimento, mantendo-se a sentença de primeiro grau, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator. Fortaleza, 21 de junho de 2017. Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE Relator Procurador (a) de Justiça.[40]

O juízo "ad quem", ao analisar o recurso, afirma que o Estado Laico foi imposto com o objetivo, não apenas de proteger a liberdade religiosa, mas de impedir que as religiões impostas orientem ou guiem o tratamento estatal atribuído a outros direitos, como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à liberdade de expressão, entre outros. Nesse sentido, o douto juízo "ad quem" concluiu que o emprego de recursos públicos na construção de monumentos religiosos fere a isonomia do cidadão. Afirma, ainda, que o Estado deve se manter neutro no que diz respeito à religião, não podendo adotar conjecturas utilitárias de

[40] BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará, 2ª Câmara Direito Público. Apelação nº 00232002920108060071. Relator: Luiz Evaldo Gonçalves Leite, Julgado em: 21 de junho de 2017. Disponível em: < https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471186901/apelacao-apl-23200292010806007 1-ce-0023200-2920108060071 > Acessado em 20 de fevereiro de 2018.

cunho econômico, devendo procurar outros meios que não venham a promover a fé religiosa, seja esta ou não majoritária.

Desse modo, foi negado provimento ao recurso de apelação, tendo sido mantida, integralmente, a sentença impugnada.

Portanto, segundo o entendimento da 2ª Câmara Direito Público do Estado do Ceará, a laicidade do Estado visa proteger, além da liberdade de crença, outros direitos individuais e públicos que poderiam ser influenciados pelo Estado através da religião. Por esse motivo, o Estado deve se abster *totalmente* no que diz respeito à religião e crença, não podendo interferir em qualquer sentido, senão para defender a liberdade religiosa.

A próxima jurisprudência trata de Ação Civil Pública ajuizada pela Associação Brasileira de Ateus e Agnóstico contra a Prefeitura Municipal de Agudos/SP, pedindo indenização por danos morais em razão dos objetos de cunho religioso presente nos bens e logradouros públicos do município, e, ainda, que o município fosse condenado a retirar todos os bens de menção religiosos dos lugares e repartições públicas.

A ação foi julgada improcedente pelo juízo "a quo", tendo o requerente apresentado apelação à 13ª Câmara de Direito Pública de São Paulo. O juízo "ad quem" julgou improcedente a apelação, discorrendo que os motivos apresentados pela apelante se mostram equivocados, pois inexiste qualquer vedação ou exigência de adoção de medida estatal contrária a manifestações religiosas. Aduz incidir os princípios da igualdade e da dignidade sobre a garantia à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo dever, não só dos particulares mas, também, do Estado à tolerância às crenças e religiões. Desse modo, os símbolos de cunho religioso presente nos bens e logradouros públicos do município não se tratam de manifestação religiosa, mas de uma expressão cultural, e impedi-la implicaria em discriminação contra as raízes civilizacionais brasileiras e contra a liberdade de expressão.

> Ação Civil Pública. Obrigação da municipalidade em remover qualquer menção religiosa dos bens e logradouros públicos municipais. Indenização por danos morais coletivos. Descabimento. Inexistência de violação à liberdade de credo e crença. Laicidade do Estado respeitada. Precedente recente do STF. Improcedência do pleito. Sentença mantida. Recurso desprovido.[41]

Outra jurisprudência a ser estudada é em relação ao recurso administrativo interposto pelo particular Luiz Alexandre Flores Soliman contra a decisão proferida pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que negou o pedido de reconsideração e indeferiu o pedido de celebração de convenio entre o Tribunal de Justiça do Pará e a Sociedade Bíblica do Brasil, que tinha como objetivo distribuir gratuitamente Bíblias aos integrantes do Tribunal e aos seus respectivos servidores.

O requerente, Luiz Alexandre, alegou que a vedação constitucional contida no artigo 19, inciso I da Constituição Federal não poderia impedir a celebração do convenio entre a Sociedade Bíblica do Brasil e o Tribunal de Justiça do Pará, uma vez que aquela se constitui como pessoa jurídica de direito privado, sendo uma associação beneficente de assistência social sem fins lucrativos. Aduz, ainda, que o objetivo do projeto não viola os princípios constitucionais da laicidade estatal e da liberdade de crença, uma vez que o convenio não realizará qualquer culto nem será celebrado qualquer vínculo com entidade religiosa.

> EMENTA: RECURSO ADMINISTRATIVO. CONVÊNIO. IMPLANTAÇÃO DO PROJETO "CONHECENDO A PALAVRA". DITRIBUIÇÃO DE BÍBLIAS. LAICIDADE DO ESTADO. ART.19, INCISO I DA CF/88. ATO DISCRICIONÁRIO. NEGATIVA. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ADMINISTRADOR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.[42]

---

[41] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Público. Ação Civil Pública nº 10006933120168260058. Relator: Borelli Thomaz, Julgado em: 11/12/2017. Disponível em: < https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/530842841/10006933120168260058-sp-1000693-3120168260058 > Acessado em 20 de fevereiro de 2018.

[42] BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará, Conselho da Magistratura. Recurso Administrativo nº 00006653520128140000. Relatora: Desembargadora Dahil Paraense de Souza, Julgado em: 30 de novembro de 2012. Disponível em: < https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/344411818/recurso-administrativo-66535201281400000-belem?ref=juris-tabs > Acessado em 20 de fevereiro de 2018.

De acordo com o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Pará, o inciso I do artigo 19 da CF, ao prever um Estado Laico, estabelece uma forma de preservar a liberdade religiosa e de crença dos cidadãos, sendo em razão disso que o Estado não deve interver nos assuntos religiosos. Desse modo, o Poder Público, que é o representante direto do Estado, não pode se envolver nem se aliar a qualquer tipo de crença religiosa, a fim de promovê-la, seja no âmbito externo ou interno, sob pena de tal intervenção ser considerada como uma ação discriminatória.

Assevera que a celebração do convenio para a implantação do projeto "Conhecendo a Palavra" no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, comprometeria consideravelmente a laicidade do Poder Judiciário paraense, pois, apesar da Bíblia Sagrada reunir diversas escrituras que são fontes de doutrina de várias igrejas, ainda há uma parcela de religiões que não tem suas doutrinas e dogmas presentes na Bíblia, devendo-se, assim, resguardar a liberdade de crença desses, como, também, daqueles que não professam qualquer religião ou crença.

Assim, a relatora desembargadora Dahil Paraense de Souza decidiu por negar provimento ao recurso administrativo, concluindo pela ofensa ao princípio da laicidade estatal.

Importante analisar a jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça acerca do Procedimento de Controle Administrativo nº 0001418-80.2012.2.00.0000 e do Pedido de Providências nº 0001058-48.2012.2.00.0000[43].

Primeiramente, foi ajuizado Procedimento de Controle Administrativo por Mitra Arquidiocesana de Passo Fundo em face da ordem de retirada de símbolos religiosos das dependências do Poder Judiciário Gaúcho, proferida pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul em função do pleito formulado pela Rede Feminista de Saúde, Somos – Comunicação, saúde e

[43] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 0001418-80.2012.2.00.0000 e Pedido de Providências nº 0001058-48.2012.2.00.0000. Relator: Conselheiro Emmanoel Campelo, Julgado em 2016. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ107_2016-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO > Acessado em 08 de março de 2018.

Sexualidade, THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudo de Gênero, Marcha Mundial de Mulheres, NUANCES – Grupo pela livre orientação sexual e Liga Brasileira de Lésbicas, que requereram a retirada dos símbolos religiosos, pedido que foi deferido.

A requerente, Mitra Arquidiocesana de Passo Fundo, assevera que a decisão tomada pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul poderá incentivar futuras decisões a determinar a retirada de símbolos religiosos em departamentos do Poder Público. Assegura que a presença de crucifixo nas salas do Poder Judiciário não é ato hábil a privilegiar qualquer religião ou crença e, portanto, não afetaria a laicidade do Estado.

Posteriormente, foi ajuizado Pedido de Providência pelo Deputado Federal Onyx Dornelles Lorenzoni, impugnando a mesma decisão do Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. O Requerente alega que a decisão de retirada de símbolos religiosos de repartição do Poder Judiciário, "fere a liberdade, discrimina convicções religiosas da imensa maioria" e é inconstitucional, uma vez que a própria CF se estabelece sob a proteção de Deus e garante o respeito às crenças religiosas.

Em razão de ambos os processos, Procedimento de Controle Administrativo e Pedido de Providência, versarem sobre o mesmo fato e requerem a mesma providência, o Conselho Nacional de Justiça decidiu julga-los conjuntamente.

O CNJ relembra a discussão tida em 2011, onde concluiu que a laicidade do Estado brasileiro diz respeito à separação entre Estado e Igreja. Diferencia Estado Laico de Estado Laicista, dispondo que Estado Laico tem como intuito isolar o fator religioso da esfera puramente pessoal, de modo a proibir as manifestações externas da religiosidade.

Faz menção à decisão tomada quando da apreciação de pedido de retirada de objetos referentes à deusa grega da justiça, Themis. Reproduz a decisão proferida pelo relator Conselheiro Bruno Dantas, onde afirma que a estátua da deusa grega não

ostentaria caráter religioso, pois tinha como objetivo prestar homenagem ao provo grego e aos primórdios da justiça e da democracia.

Tomando como referencia a supracitada decisão, o CNJ sustenta que os símbolos religiosos também são símbolos culturais, representando as tradições e os valores de uma cultura ou civilização. Nesse sentido, o crucifixo seria um símbolo simultaneamente religioso e cultural, sendo um símbolo cultural referente à nossa civilização ocidental.

Conclui, por fim, que a presença de crucifixos em repartições públicas não representaria uma mistura entre religião e Estado, mas remeteria a uma questão histórico-cultural, de forma a não ferir a liberdade religiosa nem a privilegiar crenças em detrimento de outras. Assim, o CNJ decidiu pela necessidade de reparo da decisão do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, entendendo que a decisão de retirada de crucifixos das dependências do Poder Judiciário Gaúcho foi tomada de forma discriminatória, motivo pelo qual julgou procedentes os pedidos formulados pelos requerentes.

Agora, passa-se a analise de algumas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal. A primeira jurisprudência diz respeito à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 do Distrito Federal, que decide sobre a constitucionalidade ou não da interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

> O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.[44]

[44] BRASIL. Tribunal do Pleno STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 de abril de 2012. Disponível em: < https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_54_DF_1387980410881.pdf?Signature=sSQTfjLY1mF8k6SEAev%2FalHxZl8%3D&Expires=1521688186&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6fdc894f23179f65d15d259ea7c97337>. Acessado em 21 de março de 2018

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), representada pelo então advogado Doutor Luís Roberto Barroso, formalizou, em 17 de junho de 2004, arguição de descumprimento de preceito fundamental com relação ao aborto de gravidez de feto anencéfalo, aduzindo que a tipificação de tal prática como ato ilícito ofenderia os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (Art.1º, III da CF), da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (Art.5º, II da CF) e o direito à saúde (Art.6º, caput da CF).

Discorreu que o crime de aborto deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, interpretação da qual se extrai que somente poderá ser sujeito passivo do crime de aborto o feto que possui potencial capacidade de ser pessoa.

Citou, ainda, a literatura médica a qual afirma que a anencefalia pode levar o feto à morte intrauterina em 65% (sessenta e cinco por cento) dos casos, ou à sobrevida de, no máximo, algumas horas após o parto. Alertou, também, que a permanência do feto anômalo no útero da mãe apresenta potencial risco à saúde e á vida da gestante.

Diante dos argumentos supracitados, requereu declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, que impeça a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, quando atestada a anomalia por médico habilitado.

Recebida a ação, fora designada audiência pública, entre os dias 26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro do 2008, onde foram ouvidas entidades religiosas, sociológicas e científicas.

No voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, vislumbra-se que a função do tribunal, perante aquele processo, é verificar se a tipificação penal da interrupção da gravides de feto anencéfalo se encontra em conformidade com a Constituição, principalmente em relação aos princípios que garantem a laicidade estatal, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, autonomia, liberdade, privacidade e saúde.

Inicialmente, o referido ministro aborda a questão do Estado Laico, apontado suas origens históricas no Brasil e mencionando os diversos atos estatais atentatórios ao referido princípio. Aduzem que a imposição da laicidade estatal visa impedir que o Estado interferisse em assuntos religiosos e a obstar que dogmas religiosos determinem o conteúdo dos atos estatais, de modo que possa coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a seguir tais determinações. Assim, o princípio da liberdade de religião e do Estado laico garante que os direitos, principalmente os fundamentais, não serão determinados nem orientados com base em crenças religiosas de qualquer espécie. Desse raciocínio, conclui que a analise da constitucionalidade ou não da interpretação segundo a qual configuraria crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo, não pode ser examinada pelo ponto de vista das orientações morais religiosas.

No que diz respeito à anencefalia, afirma que as informações prestadas, em sede de audiência pública, pelas entidades cientificas e profissionais da área de saúde esclareceram o que é a anencefalia, possibilitando compreender que a anencefalia retira do feto os fenômenos da vida psíquica, a sensibilidade e a integração de quase todas as funções corpóreas, impedindo-o de desfrutar das funções superiores exercidas pelo sistema nervoso central, quais sejam: a consciência, a cognição, a vida relacional, a comunicação, a afetividade e a emotividade. Por esse motivo, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida, tratando-se, assim, conforme a expressão adotada pelo Conselho de Medicação, de um *natimorto cerebral*, razão pela qual não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos, uma vez que a anencefalia e vida são termos antitéticos.

Diante do exposto, e demais fundamentações expostas no acórdão, o Relator, Ministro Marco Aurélio, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada no Código Penal.

Próxima jurisprudência objeto de analise trata do acórdão proferido pelo STF quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439 do Distrito

Federal[45], que questionava a constitucionalidade do modelo de ensino religioso confessional nas escolas da rede pública no país.

Em sua manifestação, a Procuradoria-Geral da República, afirmou que, em razão da Constituição Federal consagrar o princípio da laicidade do Estado (Art.19, I da CF) e dispor que o ensino religioso é disciplina de matrícula facultativa, mas que constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental; o ensino religioso não poderia ter natureza confessional, devendo-se assegurar a neutralidade do estado nos assuntos religiosos. Por essa razão, concluiu que o modelo de ensino religioso não poderá ser confessional, devendo, pelo contrário, apresentar a exposição das doutrinas, práticas e histórias da diferentes religiosos e, inclusive, das posições ateia e agnósticas, não devendo apresentar qualquer posição religiosa.

O pedido de inconstitucionalidade do ensino religioso de caráter confessional nas escolas públicas foi julgado improcedente por maioria dos votos (6x5).

> Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, **vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello**. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, que proferiu voto em assentada anterior. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 27.9.2017.[46] (grifo nosso).

Os fundamentos utilizados pelos ministros que entenderem pela procedência do pedido se embasavam no princípio do Estado laico, da liberdade de crença, da tolerância e do pluralismo.

[45] BRASIL. Tribunal do Pleno STF. ADI 4439. Relator: Ministro Roberto Barroso, Julgado em: 27 de setembro 2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4439&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M > Acessado em 21 de março de 2018.

[46] BRASIL. Tribunal do Pleno STF. Certidão de Julgamento da ADI 4.439. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 27 de setembro de 2018. Pagina 3. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3926392 > acessado em 21 de março de 2018.

Para estes, a previsão de um Estado laico e da garantia da liberdade de credo e culto tem o intuito de proteger as diversas confissões religiosas de qualquer tipo de intervenção ou mandamento estatal e assegurar a plena atuação estatal sem a interferência ou influencia dos dogmas e princípios religiosos.

Com relação ao ensino religioso nas escolas, o Ministro Roberto Barroso dispôs:

> (...) Segundo penso, que, em matéria confessional, o princípio da laicidade do Estado – matriz de que emana, entre outras prerrogativas essenciais, a liberdade religiosa – será efetivamente respeitado se, tratando-se de ensino religioso, este não tiver conteúdo confessional, interconfessional ou ecumênico, pois, nesse específico domínio, o aparelho estatal, para manter posição de estrita neutralidade axiológica, não poderá viabilizar, na escola pública, a ministração de aulas que se refiram a uma ou a algumas denominações religiosas.[47] (grifo nosso).

Ainda, de acordo com o Ministro Celso de Mello:

> A conciliação necessária entre laicidade estatal e ensino religioso afasta a possibilidade de o Estado optar pela modalidade confessional (de uma religião específica) ou pela modalidade interconfessional (de algumas religiões, a partir do seu denominador comum). Note-se que a simples presença do ensino religioso em escolas públicas já constitui uma cláusula constitucional de exceção (ou de limitação) ao princípio da laicidade, pelo fato de aproximar, em alguma medida, as ordens estatal e religiosa.[48] (grifo nosso).

Conforme os fundamentos apresentados pelos ministros que entenderam pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade, a previsão constitucional de matricula facultativa na disciplina de ensino religioso (Art.210, §1º da CF) não impede o oferecimento do ensino confessional, visto que será ministrado apenas aos pais e alunos que optarem pela matricula na referida matéria. Asseveram, ainda, que impedir o ensino religioso confessional nas escolas atentaria contra o princípio da

[47] DE MELLO, Celso. Voto proferido na ADI 4.439. Pagina 43. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf >. Acessado em 22 de março de 2018.

[48] BARROSO, Roberto. Voto proferido na ADI 4.439. Pagina 14. Disponível em: < http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/ADI-4439-vers%C3%A3o-final.pdf >. Acessado em 22 de março de 2018.

liberdade de crença, de expressão e o pluralismo, demonstrando o caráter intolerante e inconstitucional da medida.

Sobre o tema, dispõe o Ministro Alexandre de Moraes:

> O ensino religioso previsto constitucionalmente é um direito subjetivo individual e não um dever imposto pelo Poder Público. A definição do núcleo imprescindível do ensino religioso como sendo os dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença, de cada uma das diversas confissões religiosas, demonstra que não há possibilidade de neutralidade ao se ministrar essa disciplina, que possui seus próprios dogmas estruturantes, postulados, métodos e conclusões que o diferenciam de todos os demais ramos do saber jurídico e deverá ser oferecida segundo a confissão religiosa manifestada voluntariamente pelos alunos, sem qualquer interferência estatal, seja ao impor determinada crença religiosa, seja ao estabelecer fictício conteúdo misturando diversas crenças religiosas, em desrespeito à singularidade de cada qual, ou confundindo o ensino religioso com o estudo de história, filosofia ou ciência das religiões.
>
> A tensão existente entre Estado Laico e Confessional não se coloca na presente hipótese exatamente **porque é vedado ao Estado impor, optar ou ser conivente com uma única e determinada crença religiosa no ensino público em detrimento de todas as demais**.[49] (grifo nosso).
>
> O Estado, portanto, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI) e o princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput), deverá atuar na regulamentação do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, **autorizando na rede pública, em igualdade de condições, o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais e objetivos previamente fixados pelo Ministério da Educação**. Dessa maneira, será permitido aos alunos que voluntariamente se matricularem o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa, por integrantes da mesma, devidamente

[49] DE MORAES, Alexandre. Voto proferido na ADI 4.439. P 5 e 6. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf >. Acessado em 22 de março de 2018.

> credenciados e, preferencialmente, sem qualquer ônus para o Poder Público.[50] (grifo nosso).

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski:

> Assim, quer sob perspectiva histórica, quer sob a sistemática, quer ainda sob a doutrinária, não restam dúvidas, ao menos para mim, de que o ensino religioso nas escolas públicas pode ter natureza confessional. E mais: **que não cabe a estes estabelecimentos de ensino negar à comunidade o direito de contar com instrução confessional de seu interesse, quando mais não seja por respeito à liberdade de aprender e de ensinar a religião num País que, conquanto laico, não deixa de ser plural e tolerante para com as todas as crenças e respectivas manifestações**, de tal sorte a torná-las objeto de especial proteção no texto constitucional.[51] (grifo nosso).

Portanto, a Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.439 do Distrito Federal restou julgada improcedente, ante o fundamento de que o ensino confessional facultativo não contraria o princípio da laicidade estatal.

Do exame das jurisprudências expostas, chega-se à conclusão da inexistência de um consenso do Poder Judiciário com relação aos atos e medidas que o Estado deve adotar para cumprir plenamente com o princípio da laicidade.

5 CONCLUSÃO

O rompimento da relação entre Estado e Igreja (princípio da secularidade) representou um dos marcos que deu fim à doutrina do teocentrismo e origem ao antropocentrismo, onde o ser humano passa a ser o centro de interesse de todas as coisas. A partir do antropocentrismo, são abandonadas as ideias baseadas em explicações religiosas, passando-se a adotar uma explicação racional, baseada na comprovação cientifica.

[50] DE MORAES. Op cit. Pagina 23 e 24. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf >. Acessado em 22 de março de 2018.

[51] LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto proferido na ADI 4.439. Pagina 9 e 10. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mRL.pdf >. Acessado em: 22 de março de 2018

Com essa cisão, o Estado passa a atuar autonomamente, sem qualquer influencia religiosa, e a Igreja Católica passa por um longo processo de perda de sua significativa influência sobre a sociedade, oportunizando o surgimento de diversas religiões no meio social.

Em razão do princípio da autonomia da vontade, os indivíduos passam a ser livres para professarem sua fé, podendo adotar a religião que lhes convier, ou não adotar religião alguma. No Brasil, em virtude da miscigenação ocorrida no inicio de sua história, há uma pluralidade de etnias, línguas, culturas e credos, o que ocasionou no surgimento do princípio da tolerância, principalmente no que diz respeito à religião.

Assim, com o objetivo de dar efetivo cumprimento aos princípios da autonomia, da pluralidade e da tolerância, o Estado decidiu adotar o princípio da laicidade, previsto no artigo 19, inciso I da CF, impondo a este uma postura de neutralidade religiosa, devendo garantir o máximo respeito às religiões professadas em seu território.

Contudo, apesar do Estado brasileiro ser laico, é possível constatar a adoção de medidas que infligem tal princípio, demonstrando a inexistência de uma delimitação mais pontual dos atos que o Estado não deve, de fato, adotar.

O princípio da laicidade, como dito anteriormente, requer do Estado uma neutralidade, impondo, consequentemente, àqueles que atuam em nome do Poder Público a não externização de suas crenças religiosas quando do exercício de suas funções profissionais e políticas, para que não comprometam a posição do Estado brasileiro.

Deve-se esclarecer que o objetivo do Estado Laico não é impedir a utilização de símbolos religiosos ou o exercício de cultos no âmbito privado, mas proteger o exercício da fé de forma livre e harmônica, sem descriminações de qualquer gênero, e, para isso, o Estado não deve mostrar qualquer interesse ou tendência a uma religião especifica. Destarte, conclui-se pela inconstitucionalidade da presença de

símbolos religiosos, de qualquer tipo e religião, em repartições e espaços públicos, uma vez que o Estado deve se manter neutro.

A partir da pesquisa realizada, infere-se que talvez os atos praticados pelo Estado que vão de encontro com o princípio da laicidade se dão em razão do Poder Público ser exercido por representantes do povo, os quais acabam por externar suas crenças, confundido sua postura como cidadão e como representante do Poder Público.

A ostentação e manutenção de símbolos religiosos em repartições públicas, além de atentar contra o princípio da laicidade estatal, contraria, também, o princípio da isonomia, uma vez que tais símbolos contemplam apenas uma parcela da população, os cristões, visto a inexistência de símbolos religiosos universais, excluindo, assim, parcela importante da população.

Constata-se que a inexistência de um posicionamento unanime dos magistrados, a cerca das medidas e atos a serem adotados pelo Estado, em conformidade com o princípio do Estado laico gera insegurança jurídica, ante as inúmeras decisões divergentes e antagônicas que são proferidas pelos tribunais.

Ante as jurisprudências expostas, verifica-se que o judiciário compreende o significado da laicidade estatal e do seu dever de neutralidade, com o objetivo de não interferir nas crenças individuais nem favorecer uma religião em detrimento de outra, mas seus atos não correspondem com tal entendimento. A permissão pelo CNJ, por exemplo, da ostentação de símbolos religiosos nas repartições públicas demonstra a contradição de suas ideias, sua alegação de que os símbolos católicos presentes nas repartições públicas ostentam apenas o caráter histórico-cultural do país, que se formou sob a orientação e influencia da Igreja Católica, não retira o caráter religioso de tais símbolos e nem minora os efeitos que sua presença pode e tem gerado àqueles que professam crenças diferentes, não obstante, existem diversos modos pelos quais as repartições públicas podem homenagear a história cultural do país sem a ostentação de símbolos religiosos ou que façam menção a qualquer religião, de modo a manter sua posição neutra nesse sentido.

A retirada dos símbolos religiosos nas repartições públicas se faz necessária para a concretização da plena secularização do espaço público e para a efetivação dos valores republicanos e democráticos. Insta esclarecer que a remoção destes não representa qualquer negação dos valores históricos e culturais do país, apenas a preservação de um espaço público imparcial e receptivo, que cumpre com os preceitos constitucionais da igualdade, liberdade, pluralidade e tolerância.

Portanto, faz-se imprescindível a deliberação dos órgãos judiciais do Estado sobre a temática, com o objetivo de alcançar uma decisão unanime a respeito das medidas e atos que o Estado e seus representantes devem ou não adotar perante a sociedade, delimitando-se limites para sua atuação, com o intuito de garantir o pleno exercício da liberdade de crença, culto, expressão e do direito de tolerância.

REFERENCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. **O IBGE e a religião** – Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Roberto. **Voto proferido na ADI 4.439**.

BETTO, Frei. **Alteridade**. Disponível em: http://www.freibetto.org/index.php/artigos/14-artigos/24-alteridade

BOBBIO, Noberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4ª ed. Brasília: UNB, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Procedimento de Controle Administrativo nº 0001418-80.2012.2.00.0000 e Pedido de Providências nº 0001058-48.2012.2.00.0000**. Relator: Conselheiro Emmanoel Campelo, Julgado em 2016.

BRASIL. ***Constituição da República Federativa do Brasil de 1988***, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848:** Código Penal, de 7 de Dezembro de 1940.

BRASIL. Resolução 36/55. **Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções**, 25 de novembro de 1981.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, órgão especial. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 10000140725037000**. Relator: Antônio Carlos Cruvinel, Julgado em 03 de julho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 13ª Câmara de Direito Público. **Ação Civil Pública nº 10006933120168260058**. Relator: Borelli Thomaz, Julgado em: 11 de dezembro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará, 2ª Câmara Direito Público. **Apelação nº 00232002920108060071**. Relator: Luiz Evaldo Gonçalves Leite, Julgado em: 21 de junho de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará, Conselho da Magistratura. **Recurso Administrativo nº 00006653520128140000**. Relatora: Desembargadora Dahil Paraense de Souza, Julgado em: 30 de novembro de 2012.

BRASIL. Tribunal do Pleno STF. **ADI 4439**, Relator: Ministro Roberto Barroso, Julgado em: 27 de setembro 2017.

BRASIL. Tribunal do Pleno STF. **ADI nº 1.351-3/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 29 de junho 2007.

BRASIL. Tribunal do Pleno STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 de abril de 2012.

BRASIL. Tribunal do Pleno STF. **Certidão de Julgamento da ADI 4.439**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 27 de setembro de 2017.

DE MELLO, Celso. **Voto proferido na ADI 4.439**.

DE MORAES, Alexandre. **Voto proferido na ADI 4.439**.

DE MORAES, Alexandre**. Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DERRIDA, Jacques. **Filosofia em tempo de terror**. Diálogos com Habermas e Derrida. BORRADORI, Giovanna (Org.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Questão de estrangeiro, vindo do estrangeiro** (quarta sessão, 10 de janeiro de 1996). In: Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade. São Paulo: escuta, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos doo direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3**: contratos e atos unilaterais. 9ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997.

KANT, Emmanuel**. Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. 2 edição. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Emmanuel**. Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto proferido na ADI 4.439**.

LOCKE, John. **Carta Acerca da Tolerância**. Coleção "Os Pensadores", Abril Cultural.

MANGABEIRA UBGER, Roberto. **Law in Modern Society. New York**: The Free Press, 1977.

MARTINS, Humberto. **Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito**. In: SORIANO, Aldir; MAZZUOLI, Valério (Org.). *Direito à liberdade religiosa:* desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ONU**. Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica), 22 de novembro de 1969, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

ONU. ***Declaração Universal dos Direitos Humanos***, de 10 de dezembro de 1948.

OVIEDO, Lluís. **Christians in a Secularized World**: Charles Taylor's Last Endeavor. Reviews in Religion & Theology, 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. UNB/ MARTINS FONTES, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa**. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista Informação Legislativa, nº 33, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SILVA, Jose Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espirito do capitalismo**. São Paulo, Martin Claret, 2004.

WOLKMER. Antônio Carlos. MEZZAROBA, Orides. **Crise da Justiça & Democracia do Direito**. Joaçaba: UNOESC, 1999.

WOLKMER. Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

A LEI DA PARTILHA DOS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO: OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI Nº 12.734, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012

Guilherme Borges dos Reis

RESUMO

A presente dissertação monográfica tem por escopo analisar os aspectos constitucionais da Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012, que instituiu novas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo entre os entes federados, questionados na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917. De acordo com a temática apresentada e os objetivos desse trabalho, desenvolveu uma pesquisa de abordagem qualitativa. Quanto ao procedimento metodológico, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso. Primeiramente, conceituou-se a terminologia inglesa "*Royalty*" e explicitou-se sobre os aspectos teóricos dos regimes (concessão e partilha de produção) adotados pelo Brasil. Em segundo momento, destacou-se a evolução legislativa petrolífera no ordenamento jurídico brasileiro, iniciando-se pela Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que criou a Petrobras; posteriormente, ressaltou-se a importância da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, denominada de Lei do Petróleo; em seguida, diante da descoberta do petróleo na camada do pré-sal, sancionou-se a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010 (Lei do Pré-Sal), a Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010 (Lei da Capitalização da Petrobras) e a Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010 (Lei de Criação da empresa pública Pré-Sal Petróleo S.A.); com a insatisfação dos entes federados não produtores no modelo vigente, instituiu-se a Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012, conhecida como Lei dos *Royalties*, que modificou as regras de distribuição dos *royalties* do petróleo; e, por último, destacou-se nesta parte da pesquisa, a Medida Provisória nº 592/2012 visou destinar 50% dos recursos do Fundo Social, assegurado na Lei do Pré-Sal, ao desenvolvimento da educação; porém ela não foi sancionada. Para finalizar o estudo, tratou-se acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, na Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 4.917, contrapondo os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da Lei nº 12.734/2012. Nesse viés, os Estados produtores (Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo) defenderam que a Lei dos *Royalties* é inconstitucional, enquanto que o Congresso Nacional, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da União manifestaram pela constitucionalidade do novo modelo de distribuição dos *royalties* do petróleo. Além disso, criticou-se que a decisão liminar, deferida monocraticamente pela Ministra Cármen Lúcia, não foi submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal. Por fim, conclui-se que a Lei dos *Royalties* não viola qualquer dispositivo inserido no texto constitucional. Ainda, a norma trouxe equilíbrio na distribuição dos recursos provenientes da exploração do petróleo e, consequentemente, equilibrou o pacto federativo.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Federalismo. Regime de Partilha de Produção. *Royalties* do Petróleo. Supremo Tribunal Federa

ABSTRACT

The present monographic dissertation aims to analyze the constitutional aspects of the Law no. 12.734, of november 30, 2012, which established new rules for the distribution of oil royalties among the federated entities, questioned in the Direct Lawsuit of Unconstitutionality nº 4.917. According to the theme presented and the objectives of this work, an attempt was made to develop a qualitative approach research. As for the methodological procedure, both bibliographical and documental research and legal case study were used. Firstly, the English terminology "Royalty" was conceptualized and it was explained what would be the theoretical aspects of the regimes (concession and production sharing) adopted by Brazil. In a second moment, the evolution of oil legislation in the brazilian legal system was emphasized, starting with Law nº 2.004, of october 3, 1953, which created Petrobras; subsequently, the importance of the Law nº 9.478, of august 6, 1997, named as the Petroleum Law, was highlighted; then, in the face of the discovery of oil in the pre-salt layer, the Law nº 12.351, of december 22, 2010 (Pre-Salt Law), the Law nº 12.276, of june 30, 2010 (Law of the Capitalization of Petrobras) and the Law nº 12.304, of august 2, 2010 (The public company Pré-Sal Petróleo S.A. Creation Law) were sanctioned; with the displeasure of the non-producer federated entities in the current model, the Law nº 12.734, of november 30, 2012, known as the Royalties Law, was instituted, which modified the rules for the distribution of oil royalties; and lastly, the Interim Rule nº 592/2012 aimed to allocate 50% of Social Fund resources to the development of education, which was ensured by the Law nº 12.351/2010, was highlighted in this part of the research; however, it was not sanctioned. In order to conclude the study, the Supreme Federal Court's performance was analyzed on concentrated control of constitutionality in the Direct Lawsuit of Unconstitutionality nº 4.917, opposing the favorable and adverse arguments concerning the constitutionality of the Law nº 12.734/2012. In this sense, the producing States (Rio de Janeiro, Espírito Santo and São Paulo) have sustained that the Royalties Law is unconstitutional, while the National Congress, the Advocacia-Geral da União

(General Advocacy of the Union) and the Procuradoria-Geral da União (General Attorneyship of the Union) have manifested in favor of the constitutionality of the new model of distribution of oil royalties. Furthermore, it was criticized that the liminal decision, monocratically granted by Minister Cármen Lúcia, was not submitted to the Plenary of the Supreme Federal Court. Finally, it is concluded that the Royalties Law does not violate any of the rules inserted in the constitutional text. Even more, it brought balance in the distribution of resources from the oil exploration and, consequently, balanced the federative pact.

Keywords: Direct Lawsuit of Unconstitutionality. Federalism. Production Sharing Regime. Oil Royalties. Supreme Federal Court.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012, denominada de Lei dos *Royalties*, originou-se do Projeto de Lei do Senado nº 448/2011 de autoria do Senador Wellington Dias (PT/PI), com o propósito de dividir os recursos dos *royalties* e de participação especial, provenientes da exploração do petróleo extraída em mar, de forma mais justa, entre entes federados.

Isto porque, no modelo anterior à Lei dos *Royalties*, mais da metade da parcela dos *royalties* e da participação especial, decorrentes do petróleo, era destinada para poucos Estados e Municípios, principalmente àqueles que confrontam com a plataforma continental. Destaca-se que o maior percentual é destinado para o Rio de Janeiro.

Nesse sentido, o Congresso Nacional viu a necessidade de criar novas regras de distribuição dos *royalties* e da participação especial para equilibrar o pacto federativo, ou seja, diminuir o conflito entre os entes federativos (guerra fiscal), bem como garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades regionais.

Porém, os Estados e Municípios confrontantes se sentiram prejudicados com o novo modelo legislativo, eis que eles deixariam de receber valores substanciais da distribuição dos *royalties* do petróleo.

Dessa sorte, os entes federativos contrariados ajuizaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) em face da Lei dos *Royalties*, as quais foram

distribuídas sob à relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que, por sua vez, prolatou decisão liminar apenas na ação proposta pelo Rio de Janeiro, razão pela qual a ADI nº 4.917 será objeto de estudo desta monografia.

O objetivo desta monografia foi analisar os aspectos constitucionais da Lei dos *Royalties* (Lei nº 12.734/2012), que estabeleceu novas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo, debatidos na ADI nº 4.917 perante o Supremo Tribunal Federal.

Quanto à temática apresentada desse trabalho, desenvolveu-se uma pesquisa de abordagem qualitativa. Com relação ao procedimento metodológico, aplicou-se a pesquisa bibliográfica, documental e o estudo de caso. Na pesquisa bibliográfica, norteou-se o trabalho em artigos publicados por periódicos, livros e pareceres jurídicos, com ênfase nos *royalties* do petróleo; ao passo que, na pesquisa documental, utilizou-se a legislação, a jurisprudência e as decisões da Suprema Corte; e, no estudo de caso, analisou-se especificamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917.

O presente trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo iniciou-se com uma abordagem acerca do conceito da palavra de origem inglesa *"Royalty*", na qual se refere a uma indenização paga pelas concessionárias, que ali exploram o petróleo ou outros recursos minerais finitos, destinada ao ente federado.

Além disso, demonstrou-se sobre os aspectos teóricos do regime de concessão e do regime de partilha de produção. No regime de concessão, o concessionário é o dono de todo petróleo que produz, mas ele é obrigado a pagar o bônus de assinatura, os *royalties*, a participação especial e a ocupação ou retenção de área, como participação governamentais; ao modo que, no regime de partilha de produção, a propriedade do petróleo é de exclusividade do Estado, sendo pago o custo em óleo (*cost oil*), excedente em óleo (*profit oil*), bônus de assinatura e os *royalties.*

No capítulo seguinte, ressaltou-se sobre a evolução legislativa do petróleo à luz do ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se inicialmente a lei que criou a Petrobras (Lei nº 2.004/1953), estabelecendo os critérios de pesquisa, lavra, refinação, comércio e o transporte do petróleo.

Na década de 90, promulgou-se a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997) para definir as atividades relativas ao monopólio do petróleo, bem como instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, sendo essa norma vigente e aplicável até o momento.

Posteriormente, descobriu-se que havia possibilidade de extrair petróleo na camada do pré-sal, dessa maneira, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional propostas legislativas, nas quais resultaram na sanção da Lei do Pré-Sal (Lei nº 12.351/2010), da Lei da Capitalização da Petrobras (Lei nº 12.276/2010) e da Lei de Criação da Pré-Sal Petróleo S.A (Lei nº 12.304/2010).

Os Estados e Municípios não produtores ficaram irresignados, haja vista que a distribuição do petróleo extraído em mar (camada do pré-sal) privilegiava os entes federados produtores, justamente porque o petróleo extraído estaria localizado na plataforma continental, cujo território é da União. Dessa forma, o Congresso Nacional sancionou a Lei dos *Royalties*, que definiu novas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo marítimo, com a finalidade de partilhar as riquezas do petróleo, de forma equânime, entre os entes federados.

Em seguida, tentou-se destinar 50% dos recursos provenientes do Fundo Social, que está inserido na Lei do Pré-Sal, ao desenvolvimento da educação. Contudo, a Medida Provisória nº 592/2012 não foi sancionada.

No último capítulo, buscou-se analisar os aspectos constitucionais debatidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917. O Estado do Rio de Janeiro ajuizou a respectiva ação, perante o Supremo Tribunal Federal, por entender que a Lei nº 12.734/2012 violaria o direito adquirido, o princípio da segurança jurídica, o ato jurídico perfeito, os princípios da responsabilidade fiscal, do equilíbrio

orçamentário e da boa-fé objetiva. Por outro lado, o Congresso Nacional, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da União opinaram que a Lei dos *Royalties* não afrontaria qualquer dispositivo previsto no texto constitucional.

Por fim, criticou-se que a decisão liminar, deferida monocraticamente pela Ministra Cármen Lúcia, necessitaria de ser submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

2 OS ROYALTIES DO PETRÓLEO

2.1 Conceito

A palavra *Royalty* teve origem inglesa do termo *Royal*, que significa "da realeza" ou "relativo ao Rei" – designa aquilo que pertence ao Rei –, no período em que o Estado era essencialmente patrimonial, sendo que os bens ali existentes pertenciam ao soberano.[1e2]

Ou seja, o Rei tinha o direito de receber pagamentos pelo uso de minerais situados em suas terras[3], porque o soberano tinha o *dominium* sobre as riquezas minerais, quando ele renunciava o seu pleno direito de explorar o bem.[4]

Ainda, a expressão *Royalty* pode se referir a um valor cobrado pelo proprietário de uma patente de produto, de um processo de produção, de uma marca, ou, até mesmo, para o autor permitir o uso ou a comercialização de sua obra.[5e6]

---

[1] SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia**: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 87.
[2] SANTOS, Sérgio Honorato dos. Royalties do Petróleo. **Boletim de Direito Municipal**, São Paulo, v.20, n.11, p.820-824, nov./nov. 2004.
[3] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Brasília: CNM, 2010.
[4] SCAFF, Fernando Facury. Op. cit.
[5] ALMEIDA FILHO, Jorge Celso Fleming de. Os Royalties do Petróleo e a Impossibilidade de sua Partilha Igualitária entre os Entes Federativos. **RFPTD**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 2013.
[6] BRASIL. Senado Federal. **Glossário Legislativo**: Royalties. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/royalties>. Acesso em: 08 jun. 2016.

Portanto, os *Royalties* compreendem-se a uma indenização ao proprietário que se aplica apenas na extração de recursos finitos na natureza, como é o exemplo do petróleo.[7]

No caso brasileiro, os *Royalties* referem-se ao pagamento cobrado das concessionárias, que exploraram o petróleo ou outros recursos minerais, pelo poder público.[8e9]

2.2 Os Aspectos Teóricos dos Regimes no Brasil

2.2.1 Regime de Concessão

No regime de concessão, o governo transfere para as empresas petrolíferas (iniciativa privada) o direito de pesquisa, lavra e comercialização do petróleo, extraído de uma determinada área (bloco objeto da concessão), por um período de tempo – em regra, de vinte a trinta anos[10] –, enquanto que o Estado recebe o pagamento de *royalties*.[11]

Ressalta-se que, na concessão, os riscos do desenvolvimento, sobretudo os custos de exploração, são de responsabilidade exclusiva do concessionário. No

[7] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Op. cit.
[8] BRASIL. Senado Federal. **Glossário Legislativo**: Royalties. Op. cit.
[9] ROLIM, Derance Amaral. **Royalties**: competência dos estados, do distrito federal e dos municípios para fiscalizar estas receitas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11251>. Acesso em: 8 jun. 2016.
[10] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[11] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Brasília: CNM, 2010.

entanto, as principais desvantagens neste contrato são o risco de perda comercial e a ausência de controle do ritmo de produção pelo Estado.[12]

Ademais, o Estado assume somente o risco de acompanhar a ocorrência dos leilões em que os interessados não apresentem ofertas (leilões negativos), o que evita os riscos com os custos da exploração, do desenvolvimento, da execução das obras e da produção de petróleo.[13]

Conclui-se que o risco de exploração é inteiramente arcado pelo concessionário, inclusive a sua obrigação é de suportar com todos os prejuízos, sem direito ao ressarcimento ou à indenização[14]. Cumpre, ainda, registrar que o concessionário responderá, independentemente da existência de culpa (responsabilidade objetiva), pelos seus atos e os atos de seus prepostos e de subcontratados, para reparar os danos causados.[15]

Não obstante, o regime de concessão possibilita ao Estado o direito de restringir a venda ou a exportação do petróleo, *in natura* (cru) ou refinado, em casos de risco de desabastecimento de combustíveis no país ou caso haja interesse ou emergência.[16]

No Brasil, esse regime foi adotado, com a introdução da Lei nº 9.478/1997[17], de modo que as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo eram exercidas exclusivamente por meio da concessão, cujo contrato era precedido

[12] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Análise da Proposta de Retorno do Regime de Concessão no Pré-Sal e em Áreas Estratégicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Estudos e Notas técnicas. Disponível em: <http://www.aepet.org.br/uploads/paginas/uploads/File/estudo-concessao-versus-partilha-revisado.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[13] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Op. cit.

[14] Ibidem.

[15] Ibidem.

[16] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[17] BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

de licitação, prevendo duas fases: exploração e produção; e os blocos eram definidos pela Agência Nacional do Petróleo.[18]

Portanto, o concessionário é o dono de todo petróleo que produz, porém ele é obrigado a pagar alguns tipos de participações governamentais, quais sejam: o **bônus de assinatura**; os ***royalties***; a **participação especial**; e o **pagamento pela ocupação ou retenção de área**.[19]

O **bônus de assinatura** corresponde ao pagamento, que a empresa realiza quando assina o contrato de exploração, para ter o direito de explorar determinado campo de petróleo.[20]

Outrossim, o bônus de assinatura tem o seu valor estabelecido em leilão, sendo vencedora a empresa (concessionária) que oferecer o maior valor dessa participação governamental, bem como aquela empresa que tiver uma participação de equipamentos produzidos no país e um plano de exploração.[21]

Destaca-se que o bônus de assinatura possui a vantagem por ser um instrumento que gera renda ao Estado no início do projeto e por necessitar de menor acompanhamento administrativo do Poder Público no recolhimento dessa receita.[22]

Por outro lado, ele pode desestimular o investimento, principalmente se há risco geológico, pois o campo petrolífero pode não ser produtivo, ou, ainda, se há risco político, quando o Estado está sujeito a instabilidades institucionais. Desse modo, o bônus de assinatura a ser pago poderá ser menor do que o valor "ideal" – ou

---

[18] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Op. cit.

[19] SPRINGER, Paulo. **Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?** Brasília: Brasil Economia e Governo, 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[20] Ibidem.

[21] Ibidem.

[22] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.

seja, o valor correspondente –, se o ambiente é de incerteza quanto à produtividade desse campo.[23]

Salienta-se que, no âmbito internacional, o bônus de assinatura é fixado de forma progressiva, conforme o aumento de volume da produção de petróleo[24]. Ainda, a adoção desse modelo (bônus) tem menor relevância como fonte de receita para o Estado, porque na licitação é levado em consideração a oferta de maior alíquota de *royalties* ao ente estatal, ao invés desse bônus, o que assegura maior competitividade ao setor.[25]

Os ***royalties*** correspondem a uma alíquota, que pode variar de 5% a 10% – na prática, quase todos os campos de petróleo pagam 10% de *royalties*[26] –, incidente sobre o valor da produção do campo petrolífero, sendo eles distribuídos aos Estados; aos Municípios; ao Comando da Marinha; ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação; e ao Fundo Especial[27].[28]

Destaca-se que os *royalties* asseguram uma renda mínima ao Estado, independentemente de o projeto de exploração e produção ser ou não lucrativo para a companhia exploradora e, por conseguinte, eles contribuem para a redução dos riscos da companhia de petróleo.[29]

---

[23] Ibidem.
[24] Ibidem.
[25] Ibidem.
[26] SPRINGER, Paulo. **Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?** Brasília: Brasil Economia e Governo, 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[27] Anota-se que o Fundo Especial distribui recursos para todos os Estados e Municípios, conforme os critérios do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). *In*: LIMA, Paulo César Ribeiro. **Análise da Proposta de Retorno do Regime de Concessão no Pré-Sal e em Áreas Estratégicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Estudos e Notas técnicas. Disponível em: <http://www.aepet.org.br/uploads/paginas/uploads/File/estudo-concessao-versus-partilha-revisado.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[28] Ibidem.
[29] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.

Compreende-se, ainda, que os *royalties* constituem uma compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo, pelo fato dessas empresas (concessionárias) se tornarem proprietárias de todo o petróleo extraído[30]; sendo eles pagos, por período mensal, em dinheiro (moeda) – recolhido pela Secretaria do Tesouro Nacional, através de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF)[31] –, vedando-se quaisquer deduções.[32]

Os critérios utilizados para o cálculo do valor do *royalties* estão explicitados no Decreto nº 2.705, de 3 de agosto de 1998[33], especificamente nos seus artigos 7º[34] e 8º[35], o qual se baseia no preço de mercado do petróleo, nas especificações do produto e na localização do campo, podendo ser deduzidos os custos de transporte e do seguro.[36]

Em contrapartida, os volumes de produção de petróleo são medidos por conta e risco do concessionário, utilizando-se de métodos, equipamentos e instrumentos de medição, previstos no plano de desenvolvimento, cuja fiscalização desse procedimento compete à Agência Nacional do Petróleo (ANP).[37]

---

[30] Ibidem.

[31] SANTOS, Sérgio Honorato dos. Royalties do Petróleo. **Boletim de Direito Municipal**, São Paulo, v.20, n.11, p.820-824, nov./nov. 2004.

[32] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Op. cit.

[33] BRASIL. **Decreto nº 2.705, de 3 de agosto de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2705.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[34] *"Art 7º Até 31 de dezembro de 2017, o preço de referência a ser aplicado a cada mês ao petróleo produzido em cada campo durante o referido mês, em reais por metro cúbico, na condição padrão de medição, será igual à média ponderada dos seus preços de venda praticados pelo concessionário, em condições normais de mercado, ou ao seu preço mínimo estabelecido pela Agência Nacional do Petróleo - ANP, aplicando-se o que for maior."*

[35] *"Art 8º O preço de referência a ser aplicado a cada mês ao gás natural produzido durante o referido mês, em cada campo de uma área de concessão, em reais por mil metros cúbicos, na condição padrão de medição, será igual à média ponderada dos preços de venda do gás natural, livres dos tributos incidentes sobre a venda, acordados nos contratos de fornecimento celebrados entre o concessionário e os compradores do gás natural produzido na área da concessão, deduzidas as tarifas relativas ao transporte do gás natural até os pontos de entrega aos compradores."*

[36] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Op. cit.

[37] Ibidem.

A **participação especial**, também denominada de **taxa especial de retorno**, constitui um mecanismo de captura progressiva de rendimentos em projetos lucrativos e, consequentemente, ela garante estabilidade para o Estado.[38]

Além disso, a participação especial corresponde a uma forma de compartilhamento de lucros (receita líquida)[39], porque ela é aplicada sobre a receita bruta da produção, sendo deduzida sobre os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais e a depreciação[40]. Posteriormente, a receita bruta será destinada aos órgãos da administração direita da União; aos Estados produtores ou confrontantes com a plataforma continental; e aos Municípios produtores ou confrontantes.[41]

Vislumbra-se, ainda, que a taxa especial incide apenas nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade[42]; sendo aplicada uma alíquota progressiva, que varia entre 10% a 40%[43], sobre a receita líquida da produção trimestral de cada campo.[44]

---

[38] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[39] Ibidem.

[40] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Análise da Proposta de Retorno do Regime de Concessão no Pré-Sal e em Áreas Estratégicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aepet.org.br/uploads/paginas/uploads/File/estudo-concessao-versus-partilha-revisado.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[41] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Op. cit.

[42] SPRINGER, Paulo. **Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?.** Brasília: Brasil Economia e Governo, 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[43] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Op. cit.

[44] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Análise da Proposta de Retorno do Regime de Concessão no Pré-Sal e em Áreas Estratégicas**. Op. cit.

Entretanto, essa taxa especial não reflete uma significativa renda adicional para o Estado, tendo em vista que há dificuldades para definir limites de isenção e das alíquotas.[45]

Isto porque, no caso em que se as isenções forem elevadas, essa taxa raramente será paga; ou se as isenções forem baixas, ocorrerá enorme desestímulo de investimento; ou se as isenções forem baixas e as alíquotas forem altas, os concessionários terão forte incentivo para fraudar informações sobre os custos[46]. Portanto, o usual é instituir uma cláusula contratual que estipule um teto para recuperação de custos.[47]

Por último, o **pagamento pela ocupação ou retenção de área** é definido edital, bem como no contrato de concessão, sendo o seu valor fixado por quilômetro quadrado ou pela fração da superfície do bloco, na qual se tomará em conta as características geológicas, a localização da bacia sedimentar em que o bloco objeto da concessão se situar.[48]

Conquanto, o seu aspecto negativo reside na possibilidade de se desestimular a produção em campos "marginais", ou até mesmo incentivar a concessionária a abandonar antecipadamente a produção no campo antes de seu exaurimento, caso os valores cobrados sejam altos.[49]

Por isso, os valores não são elevados no modelo brasileiro, o que minimiza a criação de barreira estrutural à entrada de empresas de pequeno e médio porte, razão

[45] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Op. cit.
[46] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[47] Ibidem.
[48] Ibidem.
[49] Ibidem.

pela qual o seu pagamento é efetuado antes de se ingressar na fase produtiva no campo de petróleo.[50]

2.2.2 Regime de Partilha de Produção

No regime de partilha de produção, a propriedade do petróleo é exclusiva do Estado, enquanto que, no regime de concessão, o concessionário é dono do petróleo que produz.[51]

Outra diferenciação entres esses regimes, ocorre na forma da participação governamental na renda do petróleo, uma vez que, no regime de concessão, o concessionário é o proprietário de todo o produto da lavra e a participação governamental é devida somente em moeda, por se tratar de uma compensação financeira; por outro lado, no regime de partilha de produção, a participação governamental será na forma de petróleo.[52]

O modelo de partilha de produção foi instituído pela Lei nº 12.351/2010[53], no qual a empresa contratante submete ao Estado o cronograma de trabalho e o

[50] Ibidem.

[51] SPRINGER, Paulo. **Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?.** Brasília: Brasil Economia e Governo, 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[52] BUSTAMANTE, L. A. C. **A Frustração com a Partilha de Produção**: o leilão do campo de Libra. Brasília: Senado Federal, 2015. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 168). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td168>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[53] BRASIL. **Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12351.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

orçamento do projeto, o qual deve conter as despesas[54], para exercer as atividades de exploração, de avaliação, de desenvolvimento e de produção, por sua conta e risco.[55]

Em caso de descoberta de petróleo, a contratante adquire o direito à apropriação do custo em óleo (*cost oil*), da parcela do excedente em óleo (*profit oil*), do volume da produção que corresponde aos *royalties*.[56]

Isto posto, a contratante assume todos os custos e riscos advindos da exploração – ou seja, não possui direito de indenização em face do Estado, mesmo que o campo explorado não seja comerciável –, inclusive o controle gerencial do projeto de exploração e produção do petróleo; em contrapartida, essa empresa receberá uma partilha da produção resultante.[57]

É importante registrar que o Estado poderá se valer de uma empresa estatal para gerenciar a comercialização do petróleo que lhe pertence ou até mesmo ele poderá contratar a empresa exploradora do campo para administrar e comercializar o petróleo de sua propriedade.[58]

No modelo adotado pelo Brasil, a União, representada pelo Ministério de Minas e Energia, celebrará os contratos de partilha de produção com a Petrobras;

---

[54] GOMES, Carlos Jacques Vieira. O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[55] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Análise da Proposta de Retorno do Regime de Concessão no Pré-Sal e em Áreas Estratégicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aepet.org.br/uploads/paginas/uploads/File/estudo-concessao-versus-partilha-revisado.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[56] Ibidem.

[57] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Op. cit.

[58] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.

enquanto que a empresa pública Pré-Sal Petróleo S. A. (PPSA)[59] será responsável pela gestão desses contratos[60], inclusive por indicar metade dos integrantes do comitê operacional da administração do consórcio das empresas.[61]

A Petrobras será operadora exclusiva responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, de avaliação, de desenvolvimento, de produção e de desativação das instalações de exploração e produção.[62]

Outrossim, a Petrobras terá uma participação mínima de 30% no caso da formação de um consórcio de empresas por ela constituído com o vencedor da licitação (contratado) para a exploração e produção sob o regime de partilha.[63]

Cumpre ressaltar que, no regime de partilha de produção, uma parte da produção é retida pelo contratante a fim de recompensar os seus custos de exploração, de desenvolvimento e de produção, na qual essa parcela é denominada de custo em óleo (*cost oil*).[64]

O **custo em óleo** (*cost oil*) é a parcela da produção de petróleo, sendo ela exigível em caso de descoberta comercial, que corresponde aos custos e aos investimentos realizados pela empresa contratada na execução das atividades de

[59] Vide: BRASIL. **Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12304.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[60] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Análise da Proposta de Retorno do Regime de Concessão no Pré-Sal e em Áreas Estratégicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aepet.org.br/uploads/paginas/uploads/File/estudo-concessao-versus-partilha-revisado.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[61] BUSTAMANTE, L. A. C. **A Frustração com a Partilha de Produção**: o leilão do campo de Libra. Brasília: Senado Federal, 2015. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 168). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td168>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[62] LIMA, Paulo César Ribeiro. Análise da Proposta de Retorno do Regime de Concessão no Pré-Sal e em Áreas Estratégicas. Op. cit.

[63] Ibidem.

[64] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Op. cit.

exploração; sujeitando-se a limites, aos prazos e as condições estabelecidas em contrato, até o momento em que esses custos e investimentos sejam recuperados.[65]

Assim sendo, o custo em óleo garante uma receita inicial para o Estado, independente dos custos de produção, o que oferece maior segurança para o Estado e também para as empresas.[66]

Já o **excedente em óleo** (*profit oil*) é a parcela restante da produção de petróleo a ser repartida entre a União e a contratada, em caso de elevados níveis de volume de produção de petróleo; sendo essa parcela definida por uma fórmula em contrato – podendo ser fixa ou progressiva –, cujo resultado é a diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos *royalties* e à participação do superficiário.[67e68]

Em regra, o excedente em óleo é dividido na fração de 60% para o Estado (União) e 40% para a contratada, mas essa parcela pode variar de acordo com o volume de produção, o preço do petróleo, a taxa de retorno esperada pelo investimento.[69]

Observa-se que a parcela de excedente em óleo se assemelha com a participação especial, pois elas equivalem a uma alíquota que incide sobre o lucro obtido na exploração do petróleo[70]. Entretanto, a parcela de excedente em óleo é estabelecida em leilão – sendo a empresa vencedora aquela que oferecer a maior

[65] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Análise da Proposta de Retorno do Regime de Concessão no Pré-Sal e em Áreas Estratégicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aepet.org.br/uploads/paginas/uploads/File/estudo-concessao-versus-partilha-revisado.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[66] Ibidem.
[67] Ibidem.
[68] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[69] Ibidem.
[70] SPRINGER, Paulo. **Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?.** Brasília: Brasil Economia e Governo, 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>. Acesso em: 08 jun. 2016.

alíquota –, enquanto que a participação especial é definida por decreto presidencial[71] no regime de concessão.[72]

Além das parcelas de **custo em óleo** (*cost oil*) e de **excedente em óleo** (*profit oil*), é admissível no regime de partilha de produção a cobrança de **bônus de assinatura** e de ***royalties***[73], o qual seria pago em petróleo anteriormente de se proceder às divisões entre o custo em óleo e o excedente em óleo.[74]

Conclui-se que o montante arrecadado no regime de partilha de produção nem sempre será superior à arrecadação no regime de concessão, pelo fato de o Estado ser o dono do petróleo (partilha).[75]

Isto porque, a arrecadação dependerá das alíquotas de participação especial fixadas no decreto pelo Presidente da República (concessão); ou das alíquotas estabelecidas em leilão (partilha de produção).[76]

3 O MARCO REGULATÓRIO DO PETRÓLEO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A Lei de Criação da Petrobras

A Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que dispôs sobre a Política Nacional do Petróleo, definiu as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo e instituiu a

---

[71] Vide: BRASIL. **Decreto nº 2.705, de 3 de agosto de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2705.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[72] SPRINGER, Paulo. **Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?.** Brasília: Brasil Economia e Governo, 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[73] Ibidem.

[74] GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[75] SPRINGER, Paulo. **Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?.** Op. cit.

[76] Ibidem.

Petróleo Brasileiro S. A. (Petrobras)[77], originou-se da Mensagem nº 469/1951, de autoria da Presidência da República, a qual foi recepcionada, por meio do Projeto de Lei nº 1516/1951[78], na Câmara dos Deputados, e convertido no Projeto de Lei da Câmara nº 265/1952[79] ao chegar no Senado Federal.[80]

Ademais, a Lei nº 2.004/1953 definiu que os recursos advindos do petróleo eram federais e, portanto, seriam explorados por uma empresa cujo controle acionário era da União. Ou seja, essa empresa estatal era detentora do monopólio sobre a lavra de petróleo.[81e82]

Cumpre mencionar que o artigo 24 da Lei nº 2.004/1953[83] disciplinou que a Petrobras e suas subsidiárias ficavam obrigadas a pagar "indenização" aos Estados e Territórios, onde ocorresse a lavra de petróleo e gás[84], correspondente a uma alíquota de 5% sobre o seu valor extraído apenas de poços em terra – até porque ainda não havia extração marítima –, sendo que esses recursos eram totalmente transferidos para os Estados que, por sua vez, deveriam redistribuir,

[77] BRASIL. **Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2004.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[78] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1516/1951**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=193089>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[79] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 265/1952**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/56894>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[80] GUALBERTO, Daniela Cristina Moura. Breve análise da legislação do Pré-Sal – Ausência de contradição entre os seus dispositivos. **Fórum Administrativo**: FA, Belo Horizonte, v. 14, n. 157, p. 45-50, mar. 2014.

[81] SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia**: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 124.

[82] QUINTANS, Luiz Cezar Pazos. Os "royalties" do petróleo na legislação brasileira e a Emenda Ibsen. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14698/os-royalties-do-petroleo-na-legislacao-brasileira-e-a-emenda-ibsen>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[83] *"Art. 27. A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra de petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, indenização correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás."*

[84] ROLIM, Derance Amaral. **Royalties**: competência dos estados, do distrito federal e dos municípios para fiscalizar estas receitas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11251>. Acesso em: 8 jun. 2016.

proporcionalmente, o percentual de 20% aos Municípios, de acordo com a sua produção de óleo.[85e86]

Destarte, verifica-se que o dispositivo mencionado dessa legislação, que criou a Petrobras, teve a finalidade de compensar e indenizar os ônus e riscos decorrentes da atividade de exploração do petróleo.[87e88]

Em 1969, o cenário mudou com a descoberta do petróleo marítimo, de modo que a União se apropriou dos *royalties* petrolíferos extraídos em plataforma continental, enquanto que os *royalties* terrestres eram destinados aos Estados e Municípios.[89,90e91]

Posteriormente, a Lei nº 3.257, de 2 de setembro de 1957[92] alterou a redação do artigo 27 da Lei nº 2.004/1953[93], para que a alíquota de 5% sobre o valor do óleo contemplasse diretamente os Municípios, que ficaram com o direito de receber da

[85] GUEDES, Sânzia Mirelly da Costa; MARQUES JÚNIOR, José Carlos. A Lei Federal nº 12.734/2012 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-Nergia**, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, v. 8, n. 5, p. 16-30, ago-dez. 2013.

[86] SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia**: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 124.

[87] BARROSO, Luís Roberto. **Federalismo, isonomia e segurança jurídica**: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

[88] QUINTANS, Luiz Cezar Pazos. Os "royalties" do petróleo na legislação brasileira e a Emenda Ibsen. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14698/os-royalties-do-petroleo-na-legislacao-brasileira-e-a-emenda-ibsen>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[89] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A distribuição dos royalties de petróleo no Brasil**. Brasília: CNM, v. 1, n. 17, p. 198-202, 2009.

[90] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A importância da nova lei de redistribuição dos royalties de petróleo – Discussões STF**. Brasília: CNM, v. 5, n. 15, p. 189-198, 2013.

[91] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Brasília: CNM, 2010.

[92] BRASIL. **Lei nº 3.257, de 2 de setembro de 1957**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3257.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[93] "Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar indenização correspondente a 4% (quatro por cento) sôbre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra do petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, de indenização de 1% (um por cento) aos Municípios onde fizerem a mesma lavra ou extração. § 1º Os valores do óleo e do xisto betuminoso serão fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo. § 2º Será efetuado trimestralmente o pagamento de que trata êste artigo. § 3º Os Estados, Territórios e Municípios deverão aplicar os recursos fixados neste artigo, preferentemente, na produção da energia elétrica e na pavimentação de rodovias."

Petrobras e de suas subsidiárias 1% sobre o valor da produção de petróleo e gás natural[94], enquanto que o percentual restante, qual seja o valor de 4%, ficariam para os Estados e Territórios.[95]

Além disso, o Decreto-Lei nº 523, de 8 de abril de 1969[96] disciplinou que o valor de 5% sobre o petróleo e gás extraídos da plataforma continental seriam destinados, igualmente, ao Departamento Nacional de Produção Mineral, para constituir um Fundo Nacional de Mineração, e ao Ministério da Educação e Cultura, para incrementar o ensino superior e a pesquisa na área de geociências[97], assim expôs o § 4º no artigo 27 da Lei nº 2.004/1953.[98]

Não obstante, o artigo 27, § 4º, da Lei que criou a Petrobras, inserido pelo Decreto-Lei nº 523/1969, foi modificado pelo Decreto-Lei nº 1.288, de 1 de novembro de 1973[99], redirecionando as receitas de 5% sobre o óleo e gás extraídos da plataforma continental ao Conselho Nacional do Petróleo, com objetivo de formar estoques de combustíveis destinados a garantir a segurança e a regularidade de geração de energia elétrica[100], o que é correlato ao primeiro grande choque do preço

[94] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Os "royalties do petróleo", a Lei nº 12.734/2012 e a ação a ser julgada pelo STF**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/2013_3587_228%20NotaTecnica.royalties.liminar.revisada.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[95] SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia**: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 124.

[96] BRASIL. **Decreto-Lei nº 523, de 8 de abril de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0523.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[97] SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 125.

[98] *"§ 4º Quando o óleo ou gás forem extraídos da plataforma continental, os 5% (cinco por cento) de que trata o "caput" dêste Artigo serão destinados, em partes iguais, ao Departamento Nacional da Produção Mineral, do Ministério das Minas e Energia, para constituição do Fundo Nacional de Mineração e ao Ministério da Educação e Cultura, para o incremento da pesquisa e do ensino de nível superior no campo das geociências."*

[99] BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.288, de 1 de novembro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1288.htm>. Acesso em: 08 de jun. de 2016.

[100] *"§ 4º Quando o óleo ou gás forem extraídos da plataforma continental, os 5% (cinco por cento) de que trata o caput deste artigo serão destinados ao Conselho Nacional do Petróleo - C.N.P., do Ministério das Minas e Energia, para formação de estoques de combustíveis destinados a garantir a segurança e a regularidade de geração de energia elétrica."*

do petróleo em termos mundiais[101]. Em 1973, o Decreto-Lei nº 1.288/1973 foi revogado pelo Decreto-Lei nº 1.785, de 13 de maio de 1980.[102]

Na década de 1980, o Senador Nelson Carneiro (PMDB/RJ) propôs o Projeto de Lei do Senado nº 4/1985[103], o qual foi recepcionado pela Câmara dos Deputados sob o Projeto de Lei nº 6446/1985[104], visando novamente alterar o artigo 27 da Lei nº 2.004/1953[105]. Tal proposição legislativa foi transformada na Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985.[106]

A Lei nº 7.453/1985 previu o pagamento de compensação quando o óleo ou o gás natural fossem extraídos da plataforma continental[107] e criou o Fundo Especial

[101] SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 125.

[102] BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.785, de 13 de maio de 1980**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1785.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[103] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 4/1985**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/23805>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[104] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6446/1985**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=230636>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[105] "Art. 27 - A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar indenização correspondente a 4% (quatro por cento) aos Estados ou Territórios e 1% (um por cento) aos Municípios, sobre o valor do óleo, do xisto betuminoso e do gás extraídos de suas respectivas áreas, onde se fizer a lavra do petróleo. § 1º - Os valores de que trata este artigo serão fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo. § 2º - O pagamento da indenização devida será efetuado trimestralmente. § 3º - Os Estados, Territórios e Municípios deverão aplicar os recursos previstos neste artigo, preferentemente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio-ambiente e saneamento básico. § 4º - É também devida a indenização aos Estados, Territórios e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental, nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Territórios; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios e suas respectivas áreas geo-econômicas, 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas, e 1% (um por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios. § 5º - (VETADO). § 6º - Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração de petróleo, xisto betuminoso ou gás, farão jus à indenização prevista no caput deste artigo."

[106] BRASIL. **Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7453.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016.

[107] BARROSO, Luís Roberto. **Federalismo, isonomia e segurança jurídica**: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

do Petróleo[108], sendo composto pelo Fundo de Participação dos Estados e Fundo de Participação dos Municípios.[109]

A partilha dos *royalties* marítimos com Estados e Municípios era feita da seguinte forma: da alíquota de 5% – valor total –, apenas 1% – ou seja, 20% do total – era reservado à União; 3% – ou seja, 60% do total – foram destinados aos Estados e Municípios confrontantes com os poços produtores de petróleo, mas também aos Municípios integrantes da área geoeconômica dos Municípios confrontantes[110]; e 1% – ou seja, 20% do total – a ser distribuído, pela primeira vez, entre todos os Estados, Territórios e Municípios do País[111], por meio do Fundo Especial do Petróleo.[112e113]

Conquanto, a Lei nº 7.453/1985 estabeleceu conceitos jurídicos vagos e imprecisos de áreas geoeconômicas e de território confrontante, o que foi necessária a edição de outra norma para defini-los[114]. Deste modo, a Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986[115], cuja origem se deu pelo Projeto de Lei nº 7528/1986 na Câmara dos Deputados[116] e pelo Projeto de Lei da Câmara nº 40/1986 no Senado Federal[117],

---

[108] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A distribuição dos royalties de petróleo no Brasil**. Brasília: CNM, v. 1, n. 17, p. 198-202, 2009.
[109] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Brasília: CNM, 2010.
[110] BARROSO, Luís Roberto. **Federalismo, isonomia e segurança jurídica**: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.
[111] OLIVEIRA, Samuel Cunha de. Distribuição dos royalties do petróleo entre os entes federados (Lei nº 12.734/2012). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3958, 3 maio 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27646/a-distribuicao-dos-royalties-do-petroleo-entre-os-entes-federados>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[112] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A distribuição dos royalties de petróleo no Brasil**. Brasília: CNM, v. 1, n. 17, p. 198-202, 2009.
[113] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A importância da nova lei de redistribuição dos royalties de petróleo – Discussões STF**. Brasília: CNM, v. 5, n. 15, p. 189-198, 2013.
[114] SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia**: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.
[115] BRASIL. **Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7525.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[116] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7528/1986**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=232090>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[117] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 40/1986**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/20205>. Acesso em: 08 jun. 2016.

veio explicitar os conceitos de Estados e Municípios confrontantes e de área geoeconômica.[118]

Observa-se que os Estados e Municípios, contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha de limite da plataforma continental, onde estiverem situados os poços, serão considerados como "confrontantes" com poços produtores, consoante previsto no artigo 2º da Lei nº 7528/1986.[119]

Quanto ao conceito de área geoeconômica, o artigo 4º desse Diploma Legal (Lei nº 7528/1986)[120] definiu que os Municípios integrantes de área geoeconômica pertenciam a três distintas zonas: (i) **Zona de produção principal:** Municípios confrontantes e Municípios onde estiverem localizadas pelo menos três instalações de processamento, tratamento e armazenamento de petróleo e gás; (ii) **Zona de produção secundária:** Municípios atravessados por gasodutos ou oleodutos, incluindo as respectivas estações de compressão e bombeio, ligados diretamente ao escoamento da produção; e (iii) **Zona limítrofe:** Municípios contíguos àqueles integrantes da zona de produção principal ou que sofram as consequências sociais e econômicas da produção e exploração de petróleo e gás.[121]

Em 1988, promulgou-se a Constituição Federal, cujo § 1º do artigo 20[122] consagrou aos entes federativos o direito de receberem benefícios financeiros, quais

---

[118] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 126.

[119] *"Art. 2º Para os efeitos da indenização calculada sobre o valor do óleo de poço ou de xisto betuminoso e do gás natural extraído da plataforma continental, consideram-se confrontantes com poços produtores os Estados, Territórios e Municípios contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha de limite da plataforma continental, onde estiverem situados os poços."*

[120] *"Art. 4º Os Municípios que integram tal área geoeconômica serão divididos em 3 (três) zonas, distinguindo-se 1 (uma) zona de produção principal, 1 (uma) zona de produção secundária e 1 (uma) zona limítrofe à zona de produção principal."*

[121] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Brasília: CNM, 2010.

[122] "Art. 20. São bens da União: [...] § 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração."

sejam, a participação no resultado da exploração ou a compensação financeira, pela exploração do petróleo.[123]

Posteriormente à promulgação da Constituição de 1988, o legislador aprovou o Projeto de Lei do Senado nº 45/1989[124] e o Projeto de Lei nº 3931/1989[125], o qual culminou na Lei nº 7.990, de 28 dezembro de 1989[126]. A Lei nº 7.990/1989 trouxe maior impacto na Lei nº 2.004/1953[127], porque instituiu o dever de se pagar uma Compensação Financeira sobre Exploração Mineral (CFEM)[128] aos Estados, Distrito Federal e Municípios em cujo território se fizesse a lavra, bem como àqueles confrontantes às áreas de produção marítima.[129]

A propósito, o legislador desprezou a figura da "Participação nos Resultados da Atividade" ao optar pela Compensação Financeira, nos termos da Lei nº 7.990/1989[130]. Vislumbra-se que a Compensação Financeira tem natureza jurídica de Receita Corrente (Receita de Contribuição Econômica) e, portanto, não tem natureza tributária[131]. Ainda, a Compensação Financeira trata-se de uma indenização ou reparação, em virtude da atividade de exploração.[132]

---

[123] BARROSO, Luís Roberto. **Federalismo, isonomia e segurança jurídica**: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

[124] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 45/1989**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/25659>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[125] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3931/1989**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=217246>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[126] BRASIL. **Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7990.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[127] QUINTANS, Luiz Cezar Pazos. Os "royalties" do petróleo na legislação brasileira e a Emenda Ibsen. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14698/os-royalties-do-petroleo-na-legislacao-brasileira-e-a-emenda-ibsen>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[128] BRASIL. **Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7990.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[129] BARROSO, Luís Roberto. **Federalismo, isonomia e segurança jurídica**: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

[130] SANTOS, Sérgio Honorato dos. Royalties do Petróleo. **Boletim de Direito Municipal**, São Paulo, v.20, n.11, p.820-824, nov./nov. 2004.

[131] Ibidem.

[132] Ibidem.

Porém, a Corte Constitucional brasileira entendeu que essa terminologia "Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais"[133], instituída pela Lei nº 7.990/1989, seria inconstitucional[134], assim, imputou-lhe a natureza de Participação no Produto de Exploração.[135]

O artigo 7º da Lei nº 7.990/1989[136] reduziu a fatia do Fundo Especial pela metade, remanejando o valor de 10% restantes para os Municípios com instalações

[133] Cf. "*Participação ou Compensação. O direito constitucional anterior não se preocupava com a questão. A norma distingue entre participação e compensação. Esta ultima pressupõe um prejuízo decorrente da exploração. Já a participação constitui uma associação nos benefícios. Compreende-se que o ente federativo que no seu território sofra a exploração, seja por ela compensado ou, até, nela tenha participação. Menos aceitável é que faça jus a participação quando a exploração se der na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, que não lhe integra o território. Quanto à compensação, esta seria ainda admissível, sob a condição de prejuízo*.". *In*: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo. Editora Saraiva. 1990, p. 154.

[134] Cf. o trecho do voto proferido pelo Ministro Relator Sepúlveda Pertence ao julgar o Recurso Extraordinário nº 228.800-5: "Na verdade – na alternativa que lhe confiara a Lei fundamental – o que a Lei 7.990/1989 instituiu, ao estabelecer no art. 6º que 'a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral', não foi verdadeira compensação financeira: foi sim, genuína 'participação sobre o resultado da exploração', entendido o resultado não como o lucro do explorador, mas como aquilo que resulta da exploração, interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, §1º, e do art. 176, §2º, da Constituição, verbis: [...] Ora, tendo a obrigação prevista no art. 6º da Lei 7.990/89 a natureza de participação no resultado da exploração, nada mais coerente do que consistir o seu montante numa fração do faturamento. Nada importa que – tendo-a instituído como verdadeira 'participação nos resultados' da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de 'compensação financeira' pela mesma exploração – outro termo da alternativa exposta pelo art. 20, §1º, da Constituição [...]". In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 228.800-5/DF**. Primeira Turma. Recorrente: Mineração Taboca Ltda. Recorrido(s): União Federal; Estado do Amazonas; Município de Presidente Figueiredo. Relator(a): Ministra Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 nov. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252741>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[135] ROLIM, Derance Amaral. **Royalties**: competência dos estados, do distrito federal e dos municípios para fiscalizar estas receitas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11251>. Acesso em: 8 jun. 2016.

[136] "Art. 7º O art. 27 e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pelas Leis nºs 3.257, de 2 de setembro de 1957, 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e 7.525, de 22 de julho de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios: I - 70% (setenta por cento) aos Estados produtores; II - 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores; III - 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural. § 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios

de embarque e desembarque de petróleo e gás natural[137,138e139]. Salienta-se que o Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991[140], que regulamentou o pagamento da compensação financeira, inserida no artigo 7º da Lei nº 7.990/1989, classificou como instalações de embarque e desembarque as monoboias, os quadros de boias múltiplas, os píeres de atração, os cais acostáveis e as estações terrestres coletoras de campos produtores e de transferência de óleo bruto e gás natural.[141]

Ademais, o artigo 9º da referida norma (Lei nº 7.990/1989)[142] dispôs que os Estados deveriam transferir, aos Municípios – mesmo que esses não situassem em zonas produtoras de petróleo –, 25% da parcela da compensação financeira[143]. Ainda, a Lei nº 8.001, de 13 de março de 1989 definiu os percentuais da distribuição

---

confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios. § 6º Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração de petróleo, xisto betuminoso ou gás, farão jus à compensação financeira prevista no caput deste artigo'."

[137] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A distribuição dos royalties de petróleo no Brasil**. Brasília: CNM, v. 1, n. 17, p. 198-202, 2009.

[138] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A importância da nova lei de redistribuição dos royalties de petróleo – Discussões STF**. Brasília: CNM, v. 5, n. 15, p. 189-198, 2013.

[139] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Brasília: CNM, 2010.

[140] BRASIL. **Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0001.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[141] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Op. cit.

[142] *"Art. 9º Os Estado transferirão aos Municípios 25% (vinte e cinco por cento) da parcela da compensação financeira que lhes é atribuída pelos arts. 2º, § 1º, 6º, § 3º e 7º desta Lei, mediante observância dos mesmos critérios de distribuição de recursos, estabelecidos em decorrência do disposto no art. 158, inciso IV e respectivo parágrafo único da Constituição, e dos mesmos prazos fixados para a entrega desses recursos, contados a partir do recebimento da compensação."*

[143] OLIVEIRA, Samuel Cunha de. Distribuição dos royalties do petróleo entre os entes federados (Lei nº 12.734/2012). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3958, 3 maio 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27646/a-distribuicao-dos-royalties-do-petroleo-entre-os-entes-federados>. Acesso em: 08 jun. 2016.

da compensação financeira, explicitados na Lei nº 7.990/1989, aos entes federados.[144]

Em 1997, finalmente a Lei nº 2.004/1953 foi revogada com a edição da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997[145], na qual será tratada no tópico seguinte.[146]

3.2 A Lei do Petróleo

A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, conhecida como Lei do Petróleo, dispôs sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP)[147], adveio da Mensagem nº 639/1996, de autoria do Poder Executivo, a qual foi recepcionada na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 2142/1996[148] e, posteriormente, convertida como Projeto de Lei da Câmara nº 6/1997[149] no Senado Federal.[150]

A Lei do Petróleo, especificamente no seu artigo 4º[151], igualmente explicitada no artigo 177 da Constituição Federal[152], consagra que as atividades econômicas

---

144 BRASIL. **Lei nº 8.001, de 13 de março de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8001.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

145 BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

146 GUALBERTO, Daniela Cristina Moura. Breve análise da legislação do Pré-Sal – Ausência de contradição entre os seus dispositivos. **Fórum Administrativo**: FA, Belo Horizonte, v. 14, n. 157, p. 45-50, mar. 2014.

147 BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

148 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2142/1996**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=200231>. Acesso em: 08 jun. 2016.

149 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 6/1997**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/19140>. Acesso em: 08 jun. 2016.

150 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51.

151 "Art. 4º Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades: I - a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural."

152 "Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a

vinculadas à exploração do petróleo, quais sejam, a pesquisa e lavra; a refinação; a importação e exportação; e o transporte marítimo, constituem monopólio da União.[153]

As atividades econômicas relacionadas ao petróleo decorrem de autorizações – ato administrativo concebido que possibilita o exercício de exploração do petróleo regulada pelo Poder Público – emitidas pela Agência Nacional do Petróleo (ANP).[154]

Nesse viés, as atividades econômicas mencionadas anteriormente também foram consideradas de utilidades públicas, em virtude da importância estratégica que lhes foi atribuída, motivo pelo qual elas estão sujeitas à regulação e à fiscalização do Poder Público, sob à representação da Agência Nacional do Petróleo.[155]

Vislumbra-se que as atividades vinculadas à indústria do petróleo são desenvolvidas por meio de contrato de concessão de uso de bem público e de autorização.[156]

Em suma, a Lei do Petróleo definiu os princípios e objetivos da Política Energética Nacional, quais sejam o rol estabelecido no artigo 1º; bem como instituiu o Conselho Nacional de Política Energética – órgão presidido pelo Ministro de Minas e Energia e vinculado ao Presidente da República –, cujas atribuições estão elencadas no artigo 2º, e a Agência Nacional do Petróleo, tendo como objetivo viabilizar a regulamentação, contratação e a fiscalização das atividades econômicas advindas do petróleo, gás natural e dos hidrocarbonetos, consoante prevê o artigo 8º.[157]

---

importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;"

[153] MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Op. cit., p. 52.

[154] Ibidem, p. 54.

[155] Ibidem.

[156] MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 54.

[157] Ibidem, p. 59-85.

Por fim, importa-se destacar que as atividades econômicas petrolíferas serão exercidas, por meio de contrato de concessão, autorização ou contratação[158]. O contrato de concessão é um dos instrumentos de maior relevância nesse diploma legal, o qual já foi tratado especificamente no capítulo anterior desse trabalho monográfico.[159]

3.3 A Lei do Pré-Sal e as Legislações Correlatas

Inicialmente, debateu-se sobre a necessidade de se criar um marco regulatório para a exploração do petróleo na camada do pré-sal[160], o que acarretou no encaminhamento de quatro Projetos de Lei, de autoria do Poder Executivo, ao Congresso Nacional, para tratar: (i) da introdução do regime de partilha de produção (Projeto de Lei nº 5.938/2009); (ii) da criação de uma nova empresa pública (Projeto de Lei nº 5.939/2009); (iii) da criação de um fundo social (Projeto de Lei nº 5.940/2009); e (iv) da cessão de direitos de pesquisa e lavra da União e capitalização da Petrobras (Projeto de Lei nº 5.941/2009).[161e162]

O Projeto de Lei nº 5.938/2009[163] será tratado, especificamente, no tópico subsequente. Quanto aos demais Projetos de Lei (5.939/2009[164]; 5.940/2009[165]; e

[158] "Art. 5º As atividades econômicas de que trata o artigo anterior serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País."

[159] MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Op. cit., p. 125-137.

[160] FARO, Júlio Pinheiro; GOMES, Marcelo Sant'anna Vieira. A Inconstitucionalidade da Redistribuição dos Royalties do Petróleo. **Consulex**: Revista Jurídica, Brasília, v.16, n.369, p.20-21, jun./ 2012.

[161] VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. **Aspectos da MP Nº 592, de 2012, sobre a distribuição de Royalties e Outras Participações Governamentais na Exploração de Petróleo e Gás Natural**. Brasília: Senado Federal, 2012. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 119). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-119-aspectos-da-mp-no-592-de-2012-sobre-a-distribuicao-de-royalties-e-outras-participacoes-governamentais-na-exploracao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[162] ALMEIDA FILHO, Jorge Celso Fleming de. Os Royalties do Petróleo e a Impossibilidade de sua Partilha Igualitária entre os Entes Federativos. **RFPTD**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 2013.

[163] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5938/2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=447934>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[164] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5939/2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=447935>. Acesso em: 08 jun. 2016.

5.941/2009[166]), todos foram sancionados e publicados, respectivamente, na forma das Leis nºs 12.304/2010, 12.351/2010 e 12.276/2010, sem que fosse revogada a Lei do Petróleo.[167]

A Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010[168] autorizou a União ceder onerosamente à Petrobras, dispensada de licitação, o exercício das atividades de pesquisa e da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, previstos no artigo 177, inciso I, da Constituição Federal[169], limitado a quantidade fixa de 5 bilhões de barris de petróleo em áreas, não concedidas, localizadas no pré-sal[170], sendo esse volume preestabelecido, com preço pré-fixado após certificação concedida pela Agência Nacional do Petróleo (ANP).[171]

Essa Lei da Capitalização da Petrobras (Lei nº 12.276/2010) se justificou em virtude da necessidade de se aumentar a capacidade de financiamento da empresa para realizar investimentos.[172]

A Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010[173] autorizou a criação da empresa pública denominada Pré-Sal Petróleo S. A. (PPSA), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, cujo objetivo de representar a União nos consórcios e comitês

---

165 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5940/2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=430484>. Acesso em: 08 jun. 2016.

166 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5941/2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=447937>. Acesso em: 08 jun. 2016.

167 GUALBERTO, Daniela Cristina Moura. Breve análise da legislação do Pré-Sal – Ausência de contradição entre os seus dispositivos. **Fórum Administrativo**: FA, Belo Horizonte, v. 14, n. 157, p. 45-50, mar. 2014.

168 BRASIL. **Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

169 *"Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos"*

170 GUALBERTO, Daniela Cristina Moura. Op. cit.

171 PENNAS, Fernanda. Aspectos constitucionais da exploração de petróleo e gás natural e o panorama de exploração do pré-sal. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 16 – jul./dez. 2010.

172 Ibidem.

173 BRASIL. **Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12304.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

operacionais para gerir os contratos de partilha de produção e os contratos de comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.[174]

A Petro-Sal também terá por objetivo de diminuir a assimetria de informações, atuando e acompanhando todas as atividades de exploração e produção, sobretudo o custeio de produção do óleo, entre a União e as empresas petrolíferas.[175]

A Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010[176] originou-se do Projeto de Lei nº 5.940/2009 que, por sua vez, foi recepcionada no Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 7/2010.[177]

Anota-se que o PLC nº 7/2010 no Senado Federal, que tratava da criação do regime de partilha de produção, ocorreu com a inclusão de texto proposto por emenda parlamentar do Senador Pedro Simon (PMDB/RS), por isso esse substitutivo ficou conhecido como Emenda Simon[178]; retomou a discussão da redistribuição dos *royalties*.[179]

A Emenda Simon preservou a parcela da União e o restante seria dividido entre os Estados, Distrito Federal e Municípios, de acordo com os critérios estabelecidos pelos Fundos de Participações dos Estados e dos Municípios

---

[174] GUALBERTO, Daniela Cristina Moura. Breve análise da legislação do Pré-Sal – Ausência de contradição entre os seus dispositivos. **Fórum Administrativo**: FA, Belo Horizonte, v. 14, n. 157, p. 45-50, mar. 2014.

[175] PENNAS, Fernanda. Op. cit.

[176] BRASIL. **Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12351.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[177] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 7/2010**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/95866>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[178] ALMEIDA FILHO, Jorge Celso Fleming de. Os Royalties do Petróleo e a Impossibilidade de sua Partilha Igualitária entre os Entes Federativos. **RFPTD**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 2013.

[179] VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. **Aspectos da MP Nº 592, de 2012, sobre a distribuição de Royalties e Outras Participações Governamentais na Exploração de Petróleo e Gás Natural**. Brasília: Senado Federal, 2012. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 119). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-119-aspectos-da-mp-no-592-de-2012-sobre-a-distribuicao-de-royalties-e-outras-participacoes-governamentais-na-exploracao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 08 jun. 2016.

(FPE/FPM), bem como definiu que a União compensaria, por perda de arrecadação, os entes produtores.[180]

Nesse viés, a Emenda Simon promoveu alterações apenas aos *royalties* marítimos – portanto, os *royalties* terrestres permaneceram inalterados –, que antes eram destinados (R$ 770 milhões) apenas aos Estados e Municípios produtores e confrontantes, passaram a ser redistribuídos a todos os entes (R$ 13 bilhões), inclusive os não produtores, por meio dos fundos governamentais (FPE e FPM).[181]

Destaca-se que somente os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, além de 154 Municípios, seriam afetados com essa alteração legislativa[182]. Por isso, a Emenda Simon estabeleceu que essas perdas deveriam ressarcidas pela União.[183]

Não obstante, importa ressaltar que há discussão jurídica acerca da (in)constitucionalidade (material) da Emenda Simon, porque essa proposição legislativa violaria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (direitos individuais), dispostos no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Constitucional[184], e também afrontaria o princípio federativo, cujos direitos são protegidos por cláusula pétrea, inserida no artigo 60, § 4º, incisos I e IV, da Lei Maior[185].[186]

Ainda, defende-se que tal projeto de lei, emendado pelo parlamentar Pedro Simon, apresentaria inconstitucionalidade (formal), tendo em vista que o tema em

---

[180] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A importância da nova lei de redistribuição dos royalties de petróleo – Discussões STF**. Brasília: CNM, v. 5, n. 15, p. 189-198, 2013.

[181] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties de petróleo e gás**: Um resumo da luta Municipalista em 2010. Brasília: CNM, v. 3, n. 3, p. 42-57, 2011.

[182] Ibidem.

[183] Ibidem.

[184] *"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"*

[185] *"Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; [...] IV - os direitos e garantias individuais."*

[186] SANTOS, José Ricardo Ferreira dos. Um breve ensaio sobre o controle preventivo judicial de constitucionalidade do processo legislativo das emendas (parlamentar) de redistribuição dos royalties da exploração de petróleo. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v.10, n.113, p.23-24, jul./ 2010.

comento está consagrado no artigo 20, § 1º, da Lei Fundamental[187], e, por conseguinte, só poderia ser alterado via Proposta de Emenda à Constituição (PEC).[188]

Desta sorte, restaria que algum parlamentar impetrasse Mandado de Segurança, para que o Supremo Tribunal Federal realizasse um controle preventivo de constitucionalidade, por analogia de Proposta de Emenda à Constituição, haja vista que a Emenda Simon violaria direitos protegidos por cláusula pétrea.[189]

Após a aprovação da Emenda Simon pelo Congresso Nacional, o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, vetou os dispositivos legais 47, § 2º[190], e

[187] *"Art. 20. São bens da União: [...] § 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração."*

[188] SANTOS, José Ricardo Ferreira dos. Op. cit.

[189] Ibidem.

[190] *"§ 2º Do total da receita a que se refere o art. 51 auferida pelo Fundo de que trata o caput 50% (cinquenta por cento) devem ser aplicados em programas direcionados ao desenvolvimento da educação pública, básica e superior, sendo o mínimo de 80% (oitenta por cento) destinado à educação básica e infantil."*

64[191], o que afastou a distribuição dos *royalties*, de forma equânime, para todos os Estados e Municípios.[192e193]

Por fim, o substitutivo do Senador Pedro Simon resultou na promulgação da Lei nº 12.351/10, o qual regulamentou o contrato de partilha de produção, criou o fundo social, para a gestão dos recursos públicos advindos da exploração do petróleo na área do pré-sal e nas áreas estratégicas, e dispôs sobre sua estrutura e fontes de recursos.[194]

3.4 A Lei dos Royalties

A Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997) provocou indignação aos entes federados não produtores, porque consideravam que os *royalties* do petróleo eram distribuídos de forma desigual em relação aos Estados e Municípios produtores e

[191] "Art. 64. Ressalvada a participação da União, bem como a destinação prevista na alínea d do inciso II do art. 49 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a parcela restante dos royalties e participações especiais oriunda dos contratos de partilha de produção ou de concessão de que trata a mesma Lei, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma: I - 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados - FPE; e II - 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Municípios, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios - FPM. § 1º A União compensará, com recursos oriundos de sua parcela em royalties e participações especiais, bem como do que lhe couber em lucro em óleo, tanto no regime de concessão quanto no regime de partilha de produção, os Estados e Municípios que sofrerem redução de suas receitas em virtude desta Lei, até que estas se recomponham mediante o aumento de produção de petróleo no mar. § 2º Os recursos da União destinados à compensação de que trata o § 1º deverão ser repassados aos Estados e Municípios que sofrerem redução de suas receitas em virtude desta Lei, simultaneamente ao repasse efetuado pela União aos demais Estados e Municípios. § 3º Os **royalties** correspondem à participação no resultado da exploração de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, vedada a sua inclusão no cálculo do custo em óleo, bem como qualquer outra forma de restituição ou compensação aos contratados, ressalvado o disposto no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997."

[192] ALMEIDA FILHO, Jorge Celso Fleming de. Os Royalties do Petróleo e a Impossibilidade de sua Partilha Igualitária entre os Entes Federativos. **RFPTD**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 2013.

[193] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties de petróleo e gás**: Um resumo da luta Municipalista em 2010. Brasília: CNM, v. 3, n. 3, p. 42-57, 2011.

[194] GUALBERTO, Daniela Cristina Moura. Breve análise da legislação do Pré-Sal – Ausência de contradição entre os seus dispositivos. **Fórum Administrativo**: FA, Belo Horizonte, v. 14, n. 157, p. 45-50, mar. 2014.

confrontantes, o que levou ao Congresso Nacional a modificar essas regras de partilha.[195]

Neste item, objetiva-se debater sobre a tramitação do Projeto de Lei nº 5.938/2009[196], o qual recebeu Emenda de Plenário nº 387 pelos Deputados Ibsen Pinheiro (PMDB/RS) e Humberto Souto (PPS/MG) que ficou conhecida como "Emenda Ibsen"[197], em referência ao parlamentar, e seguiu para o Senado Federal numerado como Projeto de Lei da Câmara nº 16/2010[198]. Isto porque os outros três projetos de lei encaminhados pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, via Mensagem nº 713/2009, já foram amplamente explicitados no tópico anterior.[199e200]

O Deputado Ibsen Pinheiro, ao emendar à proposição legislativa (Emenda Ibsen), justificou que a exploração de óleo marítimo é diferente da exploração terrestre, porque a exploração não se daria em "solo" de um determinado Estado ou Município, e sim em solo da União; o que difere da exploração terrestre, haja vista que essa se daria em determinado ente federativo.[201]

---

[195] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A importância da nova lei de redistribuição dos royalties de petróleo – Discussões STF**. Brasília: CNM, v. 5, n. 15, p. 189-198, 2013.

[196] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5938/2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=447934>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[197] VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. **Aspectos da MP Nº 592, de 2012, sobre a distribuição de Royalties e Outras Participações Governamentais na Exploração de Petróleo e Gás Natural**. Brasília: Senado Federal, 2012. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 119). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-119-aspectos-da-mp-no-592-de-2012-sobre-a-distribuicao-de-royalties-e-outras-participacoes-governamentais-na-exploracao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[198] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 16/2010**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/95997>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[199] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A importância da nova lei de redistribuição dos royalties de petróleo – Discussões STF**. Brasília: CNM, v. 5, n. 15, p. 189-198, 2013.

[200] BARROSO, Luís Roberto. **Federalismo, isonomia e segurança jurídica**: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

[201] VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. **Aspectos da MP Nº 592, de 2012, sobre a distribuição de Royalties e Outras Participações Governamentais na Exploração de Petróleo e Gás Natural**. Brasília: Senado Federal, 2012. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 119). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-119-aspectos-da-mp-no-592-de-2012-sobre-a-distribuicao-de-royalties-e-outras-participacoes-governamentais-na-exploracao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 08 jun. 2016.

Isto posto, os entes da federação deveriam ser compensados pela exploração terrestre desenvolvida em seu território; por outro lado, os Estados produtores não fariam jus a tal compensação na exploração marítima, pois se trata de solo da União, assim, esses entes passariam a ser denominados de confrontantes.[202]

A denominada Emenda Ibsen simplificou as regras de distribuição de *royalties* e participações especiais somente sobre a produção marítima[203]. Ocorre que, na prática, a emenda suprimiu as regras inseridas pela Lei nº 9.478/2009, para a produção em mar, sendo que o critério utilizado na distribuição dos *royalties* entre os Estados e Municípios seria de acordo com os coeficientes de participação dos fundos governamentais (FPE/FPM).[204]

Em 2009, os Estados e Municípios receberam o montante de R$ 9 bilhões de royalties e participações especiais, pela produção marítima, assim sendo, esse valor seria partilhado em R$ 4,5 bilhões aos Estados e os outros R$ 4,5 bilhões aos Municípios, de acordo com as regras da Emenda Ibsen.[205]

Todavia, os entes produtores alegaram que a Emenda Ibsen afeta a segurança jurídica, o direito adquirido e o princípio de isonomia – por tratar com igualdade os desiguais –, o que a torna inconstitucional[206]. Isto porque os Estados e Municípios confrontantes, que fazem operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, são obrigados a fazer investimentos para poderem escoar toda a produção e, ao mesmo tempo, sofrem com o desgaste ambiental provocado pelo progresso, urbanização e pela poluição e, ainda, os contratos de concessão vigentes e as receitas

[202] Ibidem.
[203] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Brasília: CNM, 2010.
[204] Ibidem.
[205] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Brasília: CNM, 2010.
[206] QUINTANS, Luiz Cezar Pazos. Os "royalties" do petróleo na legislação brasileira e a Emenda Ibsen. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14698/os-royalties-do-petroleo-na-legislacao-brasileira-e-a-emenda-ibsen>. Acesso em: 08 jun. 2016.

e provisões de receitas dos entes confrontantes são prejudicados[207]. Assim, cabe à Suprema Corte declará-la inconstitucional.[208]

A Emenda Ibsen tramitou no Congresso Nacional até 3 de novembro de 2011[209], quando foi arquivada, prejudicada pela Projeto de Lei do Senado nº 448/2011[210], de autoria do Senador Wellington Dias (PT/PI).[211e212]

O PLS nº 448/2011 teve como finalidade regular a distribuição dos *royalties*[213], destinando importantes percentuais de *royalties* e de participação especial decorrentes da produção em mar de petróleo e de gás natural aos entes federados sob o regime de concessão.[214]

No Senado Federal, o PLS nº 448/2011 foi aprovado sob a forma de substitutivo elaborado pelo Senador Vital do Rêgo (PMDB/PB)[215], passando a tramitar como Projeto de Lei nº 2565/2011[216] na Câmara dos Deputados.[217]

---

[207] Ibidem.
[208] Ibidem.
[209] FARO, Júlio Pinheiro; GOMES, Marcelo Sant'anna Vieira. A Inconstitucionalidade da Redistribuição dos Royalties do Petróleo. **Consulex**: Revista Jurídica, Brasília, v.16, n.369, p.20-21, jun./ 2012.
[210] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 448/2011**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101405>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[211] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Os "royalties do petróleo", a Lei nº 12.734/2012 e a ação a ser julgada pelo STF**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/2013_3587_228%20NotaTecnica.royalties.liminar.revisada.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[212] VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. **Aspectos da MP Nº 592, de 2012, sobre a distribuição de Royalties e Outras Participações Governamentais na Exploração de Petróleo e Gás Natural**. Brasília: Senado Federal, 2012. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 119). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-119-aspectos-da-mp-no-592-de-2012-sobre-a-distribuicao-de-royalties-e-outras-participacoes-governamentais-na-exploracao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[213] Ibidem.
[214] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Os "royalties do petróleo", a Lei nº 12.734/2012 e a ação a ser julgada pelo STF**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/2013_3587_228%20NotaTecnica.royalties.liminar.revisada.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[215] VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. **Aspectos da MP Nº 592, de 2012, sobre a distribuição de Royalties e Outras Participações Governamentais na Exploração de Petróleo e Gás Natural**. Brasília: Senado Federal, 2012. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 119). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-119-aspectos-da-mp-no-592-de-2012-sobre-a-distribuicao-de-royalties-e-outras-participacoes-governamentais-na-exploracao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 08 jun. 2016.

O substitutivo ao PLS nº 448/2011, apresentado pelo Senador Vital do Rêgo, teve dispositivos retirados quando da votação no Plenário do Senado Federal, sendo eles[218]: (i) o óleo ressarcível ao contratado a título de custo em óleo não poderia superar, a cada ano, 40% do volume total de petróleo e gás natural produzido pelo campo[219]; e (ii) a participação da União no excedente em óleo não poderia ser inferior a 40% de todo o excedente em óleo.[220]

Importante destacar que o Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney (PMDB/AP), criou a Comissão Especial Externa, por meio do Requerimento (RQS) nº 25/2012[221], na qual foi presidida pelo Ministro Nelson Jobim e relatada por Everardo Maciel, para analisar e propor soluções relacionados ao Pacto Federativo.[222]

A Comissão do Pacto Federativo produziu um relatório, sugerindo que o PLS nº 448/2011 fosse modificado.[223]

---

[216] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2565/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524645>. Acesso em: 08 jun. 2016

[217] FARO, Júlio Pinheiro; GOMES, Marcelo Sant'anna Vieira. A Inconstitucionalidade da Redistribuição dos Royalties do Petróleo. **Consulex**: Revista Jurídica, Brasília, v.16, n.369, p.20-21, jun./ 2012.

[218] LIMA, Paulo César Ribeiro. Os "royalties do petróleo", a Lei nº 12.734/2012 e a ação a ser julgada pelo STF. Op. cit.

[219] Ibidem.

[220] Ibidem.

[221] BRASIL. Senado Federal. **Requerimento nº 25/2012**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4028902&disposition=inline>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[222] Ibidem.

[223] Vide o Relatório: *"Estas sugestões de emendas têm por propósito aperfeiçoar a redação do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 448, de 2011, já aprovado no Senado Federal e em apreciação na Câmara dos Deputados, especificamente nos seguintes aspectos: a) proceder, com clareza, à distinção entre os recursos, oriundos de royalties ou participações especiais vinculados à exploração de petróleo, gás natural ou outro hidrocarboneto fluido, entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em virtude de sua condição de produtores, confrontantes ou afetados por operações de embarque e desembarque daqueles produtos, por força do § 1º do art. 20º da Constituição, daqueles que são transferidos àquelas entidades em virtude de norma infraconstitucional; b) simplificar as regras e procedimentos associados às mencionadas transferências; c) reduzir a grande heterogeneidade dos critérios de distribuição das receitas de royalties e participações especiais associadas à exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; d) promover uma transição gradual para os novos critérios, à medida que se asseguram transferências para as entidades beneficiárias, que sejam produtoras, confrontantes ou afetadas por operações de embarque e desembarque, recursos que, somados aos entregues no próprio exercício, sejam iguais, em termos reais, aos que foram entregues no exercício de 2012; e) vincular as transferências a investimentos em*

Com a aprovação do PL 2565/2011 na Câmara dos Deputados (PLS 448/2011 na origem), milhares de cariocas foram às ruas para protestar contra essa mudança legislativa que provocaria uma perda orçamentária ao Rio de Janeiro.[224]

A Presidente da República, Dilma Rousseff, apreciou o projeto e vetou quase todos os mecanismos de distribuição dos recursos de *royalties* e de outras participações governamentais devidas na exploração do petróleo.[225]

Após o veto parcial, o PL 2565/2011 foi transformado na Lei nº 12.734/2012[226]. A denominada Lei dos *Royalties* (Lei nº 12.734/2012) originou-se de um amplo acordo envolvendo representantes do Executivo e do Legislativo, bem como representantes da sociedade civil, porque a distribuição do petróleo gerava uma alta concentração dos recursos aos entes confrontantes, o que seria necessário

---

saneamento básico e ambiental, transportes públicos e infraestrutura de transportes – áreas sabidamente carentes de recursos, para consecução de níveis mínimos de qualidade compatíveis com o padrão de desenvolvimento brasileiro, ademais de evitar que recursos sujeitos à grande incerteza sejam canalizados para gastos de custeio que usualmente se tornam incompressíveis; f) esclarecer que os recursos entregues, por força do art. 20, § 1º, da Constituição não se sujeitam a vinculações de despesa, em conformidade com entendimento já firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança nº 24.132-1 – Distrito Federal); g) estabelecer que, a partir de 2018, o rateio das transferências, que não observem o critério de complementaridade da entrega efetivada em 2012, em lugar dos critérios aplicáveis ao FPE e ao FPM, deverá obedecer a critério específico, estabelecido em lei, que tenha por base, em relação à entidade beneficiária, a capacidade fiscal e as carências em relação às áreas de aplicação vinculada. A anexa tabela estabelece apresenta os coeficientes de distribuição das receitas provenientes da exploração de petróleo, gás natural e outros carbonetos fluidos, confrontando-se a situação atual, a constante no substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 448, de 2011, e a que decorreria em virtude do acolhimento dessas emendas. De ressaltar que a distribuição não dispensa a observância da transição gradual, assinalada no item d dessa Justificação". In: BRASIL. Senado Federal. **Requerimento nº 25/2012**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4028902&disposition=inline>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[224] BARROSO, Luís Roberto. **Federalismo, isonomia e segurança jurídica**: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

[225] VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. Aspectos da MP Nº 592, de 2012, sobre a distribuição de Royalties e Outras Participações Governamentais na Exploração de Petróleo e Gás Natural. Brasília: Senado Federal, 2012. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 119). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-119-aspectos-da-mp-no-592-de-2012-sobre-a-distribuicao-de-royalties-e-outras-participacoes-governamentais-na-exploracao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[226] VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. Aspectos da MP Nº 592, de 2012, sobre a distribuição de Royalties e Outras Participações Governamentais na Exploração de Petróleo e Gás Natural. Brasília: Senado Federal, 2012. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 119). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-119-aspectos-da-mp-no-592-de-2012-sobre-a-distribuicao-de-royalties-e-outras-participacoes-governamentais-na-exploracao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 08 jun. 2016.

alterar as regras de distribuição – inclusive para os campos já licitados e em produção – e também criar regras de transição para evitar que os entes produtores não sofram perdas substanciais.[227]

Por isso, a Lei dos *Royalties* teve como papel fundamental instituir um sistema descentralizado para distribuição das receitas dos *royalties* e da participação especial destinadas aos entes federados.[228]

Com a promulgação da Lei dos *Royalties*, a participação especial da União cairia de 50% para 43%, para destinar mais recursos aos Estados e Municípios não confrontantes por meio dos Fundos Especiais[229]. Todavia, a participação especial aumentaria gradativamente até atingir 46% de acordo com o crescimento da produção.[230]

Já os *royalties* dos Estados confrontantes sofreriam uma queda nos *royalties* de 26,25% para 20% a partir de 2013 e a participação especial diminuiriam gradualmente de 40% para 20% em 2020; ao passo que os *royalties* dos Municípios confrontantes cairiam de 26,25% para 4% e a participação especial de 10% para 4%; e os Municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque teriam uma queda gradual na participação especial de 8,75% para 2% em 2020.[231]

Conclui-se que a legislação dos *Royalties* visou equalizar a distribuição dos recursos entre os entes federativos, haja vista que a produção do petróleo no Brasil aumentou de forma significativa e passou a ocorrer em alto mar, o que reduziu os

---

[227] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A importância da nova lei de redistribuição dos royalties de petróleo – Discussões STF**. Brasília: CNM, v. 5, n. 15, p. 189-198, 2013.

[228] GUEDES, Sânzia Mirelly da Costa; MARQUES JÚNIOR, José Carlos. A Lei Federal nº 12.734/2012 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-Nergia**, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, v. 8, n. 5, p. 16-30, ago-dez. 2013.

[229] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Os "royalties do petróleo", a Lei nº 12.734/2012 e a ação a ser julgada pelo STF**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/2013_3587_228%20NotaTecnica.royalties.liminar.revisada.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[230] Ibidem.

[231] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Os "royalties do petróleo", a Lei nº 12.734/2012 e a ação a ser julgada pelo STF**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/2013_3587_228%20NotaTecnica.royalties.liminar.revisada.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

eventuais impactos negativos aos entes produtores e confrontantes, razão pela qual o Congresso Nacional decidiu promulgar esse novo modelo de distribuição dos *royalties*.[232]

3.5 Os Aspectos da Medida Provisória nº 592/2012

Em 30 de novembro de 2012, o Ministro da Fazenda, Guido Mantega, e o Ministro de Minas e Energia, Edison Lobão, submeteram à apreciação da Presidência da República, Dilma Rousseff, a "Exposição de Motivos nº 00244/2012 MF MME", propondo a edição de Medida Provisória, com objetivo de ampliar a destinação de recursos, decorrentes de distribuição de *royalties* e participações especiais sobre a produção de petróleo ou gás natural aos entes federados, para o desenvolvimento da educação no Brasil.[233]

Nesse viés, os Ministros do Executivo manifestaram que as receitas, advindas de *royalties* e participações especiais dos contratos de concessão firmados após a edição dessa Medida Provisória, seriam aplicadas exclusivamente na educação pública, para garantir a qualidade nessa área e, consequentemente, o desenvolvimento efetivo da nação.[234]

Assim, a Chefe do Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 592, de 3 de dezembro de 2012, para modificar as Leis do Petróleo[235] e do Pré-Sal[236], *"para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial decorrentes da exploração de petróleo, gás natural e*

[232] OLIVEIRA, Samuel Cunha de. Distribuição dos royalties do petróleo entre os entes federados (Lei nº 12.734/2012). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3958, 3 maio 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27646/a-distribuicao-dos-royalties-do-petroleo-entre-os-entes-federados>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[233] BRASIL. **Medida Provisória nº 592, de 3 de dezembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/592.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[234] Ibidem.

[235] BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[236] BRASIL. **Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de concessão, e para disciplinar a destinação dos recursos do Fundo Social".[237]

Importa ressaltar que a presente Medida Provisória propôs alteração no artigo 47 da Lei nº 12.351/2010[238], incluindo a redação do § 3º[239], para fixar um percentual de 50% dos recursos resultantes do retorno sobre o capital do Fundo Social a serem aplicados obrigatoriamente em programas e projetos direcionados ao desenvolvimento da educação.[240]

Todavia, a Medida Provisória perdeu a sua eficácia, pois o prazo de vigência foi encerrado no dia 12 de maio de 2013, sem que houvesse encerrada a sua votação nas duas Casas Legislativas do Congresso Nacional, conforme determina o artigo 62, § 7º, da Constituição Federal.[241]

4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.917

4.1 A Ação proposta pelo Estado do Rio de Janeiro

---

[237] BRASIL. **Medida Provisória nº 592, de 3 de dezembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/592.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016

[238] *"Art. 47. É criado o Fundo Social - FS, de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento: I - da educação; II - da cultura; III - do esporte; IV - da saúde pública; V - da ciência e tecnologia; VI - do meio ambiente; e VII - de mitigação e adaptação às mudanças climáticas."*

[239] *"§ 3º Do total do resultado a que se refere o **caput** do art. 51 auferido pelo FS, cinquenta por cento deve ser aplicado obrigatoriamente em programas e projetos direcionados ao desenvolvimento da educação, na forma do regulamento."*

[240] VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. **Aspectos da MP Nº 592, de 2012, sobre a distribuição de Royalties e Outras Participações Governamentais na Exploração de Petróleo e Gás Natural**. Brasília: Senado Federal, 2012. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 119). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-119-aspectos-da-mp-no-592-de-2012-sobre-a-distribuicao-de-royalties-e-outras-participacoes-governamentais-na-exploracao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[241] *"Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...) § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional."*

Após a promulgação da Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012[242], destaca-se que, no dia 15 de março de 2013, os Estados produtores e confrontantes, quais sejam, os Estados do Espírito Santo[243], Rio de Janeiro[244e245] e São Paulo[246] ajuizaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em virtude da redução de suas receitas públicas transferidas.[247]

Essa Lei somente estabeleceu nova forma de distribuição para os *royalties* marítimos, ou seja, apenas os *royalties* e participações especiais do petróleo marítimo, enquanto que o rateio dos *royalties* terrestres permaneceu inalterado.[248]

Destaca-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro à época, Sérgio Cabral, e subscrita pela Procuradora-Geral do Estado, Dr.ª Lúcia Léa Guimarães Tavares e pelo Procurador do Estado, Dr. Luís Roberto Barroso[249], recebeu o primeiro despacho, razão pela

[242] BRASIL. **Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12734.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[243] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.916/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379372>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[244] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[245] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.918/DF**. Plenário. Requerente: Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379708>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[246] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.920/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379747>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[247] SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia**: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 288.

[248] Ibidem, p. 289.

[249] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em:

qual as demais ações diretas de inconstitucionalidade foram distribuídas por prevenção sob à Relatoria da Ministra Cármen Lúcia.[250]

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.916, ingressada na Suprema Corte brasileira, pelo Governador do Estado do Espírito Santo, José Renato Casagrande, defendeu-se a tese de que o novo modelo de distribuição, instituído pela Lei nº 12.734/2012, destinaria a maior parte dos *royalties* e participações especiais as unidades federativas que não são impactadas pelo exercício da atividade de exploração de petróleo, por meio de recursos destinados aos denominados fundos especiais[251], o que violaria os princípios federativo e da isonomia.[252]

O referido Governador argumentou que essa nova opção político-legislativa resultaria em prejuízos nos casos de operações relativas a áreas já licitadas, e que já se encontram em produção, o que afrontaria o direito adquirido e o princípio da segurança jurídica; e, acrescentou, que essas novas regras afetarão, de forma muito incisiva, as finanças dos estados e municípios produtores, bem como de municípios não produtores localizados nos estados produtores, o que ofenderia os princípios do equilíbrio orçamentário e da responsabilidade fiscal.[253]

Com relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917, o Governador do Estado do Rio de Janeiro alegou que a denominada Lei dos *Royalties*[254] violaria o sentido e o alcance do artigo 20, § 1º, previsto na Constituição Federal de 1988[255],

---

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[250] Cf. "Certifico, para os devidos fins, que o presente feito foi distribuído por prevenção ao(a) **Exmo(a) Sr(a) Ministro(a) Cármen Lúcia**, tendo em vista a vinculação com o(a) ADI nº 4916.". In: Ibidem.

[251] BRASIL. **Notícias STF**: Governadores do ES e RJ ajuízam ADIs contra Lei dos Royalties. 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233573>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[252] GUEDES, Sânzia Mirelly da Costa; MARQUES JÚNIOR, José Carlos. A Lei Federal nº 12.734/2012 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-Nergia**, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, v. 8, n. 5, p. 16-30, ago-dez. 2013.

[253] Ibidem.

[254] BRASIL. **Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12734.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[255] "Art. 20. São bens da União: [...] § 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de

eis que os *royalties* teriam natureza compensatória, diante do ônus ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração do petróleo[256], para os entes federados produtores, e não redistributiva.[257e258]

Ademais, o Autor dessa ação sustentou, ainda na tese central, que o referido Diploma Legal quebraria o pacto federativo originário, definido na Carta Magna, e, por consequência, o princípio da supremacia da Constituição, haja vista que o pagamento de *royalties* e participações especiais e a fórmula de cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços incidente sobre o petróleo no destino[259] – e não na origem, a teor do artigo 155, § 2º, inciso X, alínea "*b*", da Carta Magna[260] – formam um sistema que integra o pacto constituinte entre Estados produtores e não-produtores, no qual não pode ser alterado por meio de lei ordinária.[261e262]

---

outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração."

[256] LIMA, Paulo César Ribeiro. **Os "royalties do petróleo", a Lei nº 12.734/2012 e a ação a ser julgada pelo STF**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/2013_3587_228%20NotaTecnica.royalties.liminar.revisada.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[257] OLIVEIRA, Samuel Cunha de. Distribuição dos royalties do petróleo entre os entes federados (Lei nº 12.734/2012). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3958, 3 maio 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27646/a-distribuicao-dos-royalties-do-petroleo-entre-os-entes-federados>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[258] BRASIL. **Notícias STF**: Governadores do ES e RJ ajuízam ADIs contra Lei dos Royalties. 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233573>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[259] Cf. "A imunidade ou hipótese de não incidência contemplada na alínea b do inciso X do § 2º do art. 155 da CF restringe-se ao Estado de origem, não abrangendo o Estado de destino da mercadoria, onde são tributadas todas as operações que compõem o ciclo econômico por que passam os produtos, independentemente de se tratar de consumidor final ou intermediário." (RE 190.992 AgR, rel. min. Ilmar Galvão, j. 12-11-2002, 1ª T, DJ de 19-12-2002.). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo – 5. ed. atual. até a EC 90/2015**. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_5a_edicao.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[260] "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...] X - não incidirá: [...] b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;"

[261] GUEDES, Sânzia Mirelly da Costa; MARQUES JÚNIOR, José Carlos. A Lei Federal nº 12.734/2012 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-Nergia**, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, v. 8, n. 5, p. 16-30, ago-dez. 2013.

[262] BRASIL. **Notícias STF**: Governadores do ES e RJ ajuízam ADIs contra Lei dos Royalties. Op. cit.

Na segunda tese da respectiva ação, o Chefe do Executivo Estadual aduziu que a lei questionada afrontaria: (i) o **direito adquirido**, tendo em vista que o direito se concretizou e se incorporou ao patrimônio jurídico dos entes federados nas concessões já existentes, ou seja, o novo regime jurídico somente poderia afetar concessões futuras; (ii) o **princípio da segurança jurídica**, porque as novas mudanças surpreenderiam bruscamente os Estados produtores, afetando situações já constituídas há muito tempo e frustrando sua expectativa legítima em relação a receitas, que vêm auferindo há muitos anos e que já se encontram comprometidas, provenientes do modelo anterior de distribuição dos *royalties;* (iii) o **ato jurídico perfeito**, pois o Estado do Rio de Janeiro, em particular, refinanciou sua dívida junto à União, no qual se estabeleceu que a amortização dos débitos seria feita pela cessão das cotas dos *royalties* e participações. Portanto, a União não pode se valer da sua competência legislativa para tornar inviável o cumprimento do contrato celebrado com o Estado, gerando graves sanções para este; e (iv) os **princípios da responsabilidade fiscal, do equilíbrio orçamentário e da boa-fé objetiva**, haja vista que a modificação drástica e súbita do sistema de distribuição das participações governamentais produziria desequilíbrio orçamentário dramático e impediria o cumprimento de inúmeras obrigações constitucionais, legais e contratuais dos Estados afetados.[263]

Por fim, o Governador requereu-se, em sede de medida cautelar, para suspender imediatamente a aplicação da Lei dos *Royalties*, ou que fosse interpretada conforme à Constituição[264], em virtude do prejuízo imediato de R$ 1,6 bilhões, podendo alcançar o valor de R$ 27 bilhões até 2020, inviabilizando uma série de

[263] BRASIL. **Notícias STF**: Governadores do ES e RJ ajuízam ADIs contra Lei dos Royalties. 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233573>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[264] GUEDES, Sânzia Mirelly da Costa; MARQUES JÚNIOR, José Carlos. A Lei Federal nº 12.734/2012 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-Nergia**, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, v. 8, n. 5, p. 16-30, ago-dez. 2013.

obras e compromissos celebrados, inclusive a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016.[265]

Embora essas Ações Diretas de Inconstitucionalidade tratem do mesmo tema, e tenham pedidos bastante semelhantes, a Ministra Relatora Cármen Lúcia proferiu decisão liminar, apenas, na respectiva ação proposta pelo Estado do Rio de Janeiro, motivo pelo qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917 terá maior relevância para os fins deste estudo.[266]

4.2 A Liminar deferida pela Ministra Cármen Lúcia

Em 18 de março de 2013, a Ministra Cármen Lúcia suspendeu, monocraticamente[267] e *ad referendum* pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – até o julgamento dessa ação direta de inconstitucionalidade –, os dispositivos[268] que preveem novo modelo de distribuição dos *royalties* do petróleo, inseridos na Lei nº 12.734/2012, em sede de medida cautelar, sob o fundamento de que o fato de os

[265] BRASIL. **Notícias STF**: Governadores do ES e RJ ajuízam ADIs contra Lei dos Royalties. Op. cit.

[266] BRASIL. **Notícias STF**: Governadores do ES e RJ ajuízam ADIs contra Lei dos Royalties. 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233573>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[267] Vide a ementa da decisão: *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.478/1997 E DA LEI N. 12.351/2010 ALTERADOS PELA LEI N. 12.734/2012. MUDANÇAS DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS DE ESTADOS E MUNICÍPIOS: ALEGAÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA AO ART. 20, § 1º COMBINADO COM A AL. B DO INC. II DO § 2º DO ART. 155 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPUGNAÇÃO RETROAÇÃO DE EFEITOS DA NOVA LEGISLAÇÃO EM INOBSERVÂNCIA A ATOS JURÍDICOS PERFEITOS E AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DEMONSTRADA. EXCEPCIONAL URGÊNCIA CONFIGURADA A IMPOR DEFERIMENTO CAUTELAR AD REFERENDUM DO PLENÁRIO". In:* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[268] Cf. "[...] **41.** Pelo exposto, na esteira dos precedentes, em face da urgência qualificada comprovada no caso, dos riscos objetivamente demonstrados da eficácia dos dispositivos e dos seus efeitos, de difícil desfazimento, defiro a medida cautelar para suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2012, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal, até o julgamento final da presente ação.". In: Ibidem.

cálculos e pagamentos, sobretudo referentes aos *royalties*, serem mensais, o que se necessita de providência judicial urgente.[269]

A priori, importa destacar alguns pontos relevantes sobre o impacto que a medida cautelar, que suspendeu a distribuição dos *royalties* do petróleo pactuada pelo legislador federal (Congresso Nacional), causou na economia (orçamento) dos entes federados.[270]

Primeiramente, a Confederação Nacional de Municípios constatou que os Estados e Municípios deixaram de receber, aproximadamente, o valor de R$ 15,7 bilhões, com base nos valores distribuídos pela Agência Nacional do Petróleo, referentes à produção de petróleo ocorrida durante o mês de abril de 2013 até o mês de dezembro de 2014, decorrente dessa liminar.[271]

Segundo aspecto, a concessão da cautelar impediu que a grande maioria dos Municípios brasileiros recebessem os valores de *royalties* e participações especiais acerca da produção de petróleo marítimo, os quais se somaram no montante de R$ 55,2 bilhões, sendo que desse valor apenas R$ 2,4 bilhões – ou seja, inferior a 4,5% do total – foram distribuídos a todos os Estados e Municípios por meio do Fundo Especial.[272]

Nesse sentido, a Confederação Nacional dos Municípios concluiu-se que a liminar resultou uma frustração de R$ 15,7 bilhões aos entes da federação, haja vista que o valor distribuído, por meio dos critérios dos fundos constitucionais, seria aproximadamente de R$ 18,2 bilhões.[273]

---

[269] BRASIL. **Notícias STF**: Em liminar, ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos da nova lei dos royalties. 18 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233758>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[270] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Sete trimestres de produção de petróleo sobre os efeitos da suspensão dos artigos da Lei 12.734/2012, pela liminar concedida nos autos da ADI 4.917**. Brasília: CNM, v. 8, n. 12, p. 91-95, 2016.

[271] Ibidem.

[272] Ibidem.

[273] Ibidem.

Como exemplo, ilustra-se que o Estado do Rio de Janeiro recebeu acima de R$ 13,6 bilhões, com o deferimento da liminar pela Corte Constitucional brasileira. Caso a Lei nº 12.734/2012 estivesse em plena eficácia, o respectivo ente federativo receberia o montante de R$ 10,9 bilhões – ou seja, aproximadamente 20% de todo o valor distribuído no período aos demais entes da federação –, e, por conseguinte, ele ainda permaneceria como o maior beneficiário, em relação aos demais, de acordo com essa mudança legislativa.[274]

Retomando aos argumentos da decisão liminar, a Ministra Cármen Lúcia expôs que a suspensão imediata dos efeitos da norma se faz necessária, em caráter de urgência, para não incorrer na configuração objetiva de instabilidade jurídica, financeira e política aos entes federativos, eis que se trata de valores vultosos e imprescindíveis para o prosseguimento dos serviços públicos essenciais – sobretudo no Estado do Rio de Janeiro e nos municípios ali situados –, caso seja aplicado o novo regramento.[275e276]

Ademais, salientou-se que a garantia constitucional, ao pagamento das participações e da compensação pela exploração de petróleo ou gás natural para as entidades federadas (§ 1º do artigo 20), decorre da condição territorial e dos ônus que têm de suportar ou empreender pela geografia[277]. Ou seja, corresponde à perda financeira e jurídica, para os titulares de direito (entes federados) que com tais recursos não podem contar.[278]

---

[274] Ibidem.

[275] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Sete trimestres de produção de petróleo sobre os efeitos da suspensão dos artigos da Lei 12.734/2012, pela liminar concedida nos autos da ADI 4.917**. Brasília: CNM, v. 8, n. 12, p. 91-95, 2016.

[276] BRASIL. **Notícias STF**: Em liminar, ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos da nova lei dos royalties. 18 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233758>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[277] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. Sete trimestres de produção de petróleo sobre os efeitos da suspensão dos artigos da Lei 12.734/2012, pela liminar concedida nos autos da ADI 4.917. Op. cit.

[278] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em:

Diante do exposto, orientou-se a hipótese de incidência tributária[279] no destino e não na origem do produto, para se manter o equilíbrio federativo nacional. Caso contrário, a mudança legislativa resultaria no desentendimento federativo (Guerra Fiscal), bem como no desajuste financeiros das pessoas federadas (violação ao pacto federativo).[280]

A Magistrada da Suprema Corte, ainda, decidiu que a aplicação da nova regra aos atos e processos aperfeiçoados, com base nos dispositivos legais vigentes quando de sua realização, seria retroação, o que prejudicaria o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, assegurado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna de 1988[281].[282]

Finalmente, a Juíza Relatora concluiu que não seria possível assegurar o cumprimento da norma vigente se a aplicação da nova legislação fosse imediata, tendo em vista que o orçamento aprovado pelos entes federados para o ano de 2013, assim refletindo-se na realidade jurídica de 2012 – momento em que o novo modelo de distribuição inexistia ou era inaplicável –, o que afrontaria os atos jurídicos perfeitos.[283]

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[279] Cf. "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...] X - não incidirá: [...] b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;"

[280] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Op. cit.

[281] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"

[282] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[283] Ibidem.

4.3 Pareceres

4.3.1 Congresso Nacional

No dia 29/11/2013, a Ministra Cármen Lúcia encaminhou Ofício nº 16.482 ao Congresso Nacional, representado pelo Presidente do Senado Federal[284], Senador Renan Calheiros, solicitando informações sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917.[285]

O Congresso Nacional manifestou, em seu parecer elaborado pela Advocacia do Senado Federal, pela improcedência da ação supracitada, sob os seguintes aspectos: (i) Breve evolução normativa do regime de distribuição dos *royalties* e das participações especiais do petróleo e do gás natural; (ii) Natureza compensatória e redistributiva do direito assegurado pelo artigo 20, § 1º, da Lei Maior; (iii) Pacto federativo; (iv) Concessões celebradas com base na legislação anterior; e (v) Impossibilidade da modulações dos efeitos.[286]

No primeiro tópico, o Congresso Nacional demonstrou que os *royalties* e a participação especial deveriam ser um instrumento de distribuição dos lucros e da compensação proporcionalmente afetados aos entes federativos, para reequilibrar a divisão dos percentuais, e não uma fonte de enriquecimento desproporcional.[287]

---

[284] Cf. "Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. [...] § 5º **A Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal**, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal."

[285] Cf. "Excelentíssimo Senhor Presidente do Congresso Nacional, A fim de instruir o processo referido, requisito informações, com urgência e prioridade, sobre o alegado na petição inicial cuja cópia segue anexa, no prazo máximo e improrrogável de 10 (dez) dias, nos termos do art. 12 da Lei n. 9.868/1999.". In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Op. cit.

[286] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[287] Ibidem.

No segundo tópico, argumentou que os entes federativos têm direito a compensação e participação dos *royalties*, em medida suficiente e adequada, não excluída a participação de terceiros, consoante a vontade do legislador da União, na exploração terrestre; e, na exploração marítima, esses entes têm direito a alguma participação, que pode ser diferenciada em função das consequências da exploração e de outros critérios estabelecidos em lei.[288]

Ainda, a concessão deste novo modelo de distribuição dos *royalties* não inviabilizará a compensação financeira dos Estados e Municípios produtores, que, atualmente, recebem mais do que o necessário ao financiamento de políticas relacionadas à mitigação e controle dos impactos sofridos, e passarão a receber somente o estritamente necessário para compensação.[289]

No terceiro item, defendeu que a Lei nº 12.734/2012 resgatou a observância do pacto federativo, pois afastou o privilégio de alguns entes da federação em detrimento dos demais, considerando o incremento do volume de produção e do preço do barril do petróleo, não havendo que se falar em violação da autonomia dos Estados confrontantes, haja vista que a edição dessa Lei é fruto do exercício da autonomia da União.[290]

No quarto tópico, aduziu que a lei impugnada não retroagiu para se aplicar às concessões já celebradas, isto porque as concessões já celebradas também não sofrem qualquer alteração pela edição dessa legislação; e, ainda, não há aplicação retroativa da norma, porque não atinge os *royalties* já distribuídos sob a égide e pelos critérios estabelecidos na norma anterior (Lei do Petróleo)[291]. Assim sendo,

[288] Ibidem.
[289] Ibidem.
[290] Ibidem.
[291] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

não há qualquer afronta ao ato jurídico perfeito ou ao princípio da segurança jurídica.[292]

Ressalta-se, ainda, que a legislação questionada previu percentuais gradativos, contendo regras de transição, de modo a preservar os princípios expostos.[293]

Ademais, a própria natureza da atividade enseja a variação ou redução dos valores recebidos pelos Estados confrontantes, em decorrência da alteração do valor do barril do petróleo, o que demonstra a necessidade dos entes federativos terem uma programação orçamentária mais eficiente.[294]

Desse modo, não seria razoável exigir a imutabilidade da distribuição com fundamento nos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido, da proteção à confiança e da boa-fé objetiva.[295]

Por último, o Congresso Nacional alegou que a lei em questão definiu um regime de transição que torna desnecessária qualquer intervenção do Poder Judiciário (STF), para declarar que a constitucionalidade da norma só tenha eficácia a partir de um determinado momento futuro, ou seja, a modulação dos efeitos temporais se torna inviável.[296]

4.3.2 Advocacia-Geral da União

A Advocacia-Geral da União se pronunciou, nos termos do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal[297], acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917 apreciada pela Suprema Corte, pela improcedência da ação.[298]

---

[292] Ibidem.
[293] Ibidem.
[294] Ibidem.
[295] Ibidem.
[296] Ibidem.
[297] "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em

O Advogado-Geral da União à época, Dr. Luís Inácio Lucena Adams, manifestou[299] sobre: (i) o contexto da aprovação da Lei nº 12.734/2012; (ii) a constitucionalidade dos dispositivos impugnados; e (iii) a inexistência de violação à garantia da segurança jurídica, direito adquirido, ato jurídico perfeito e boa-fé objetiva.[300]

Nesse sentido, a Advocacia-Geral da União explicitou que a distribuição das receitas de *royalties* e das participações especiais de petróleo eram extremamente concentradas na legislação anterior, inserida pela Lei do Petróleo[301], sobretudo aos entes federados economicamente mais estruturados, quais sejam, Rio de Janeiro e São Paulo, do que os demais Estados e o Distrito Federal, o que levou à promulgação da Lei nº 12.734/2012, para permitir um reequilíbrio na distribuição das riquezas advindas com a exploração do petróleo.[302]

Noutro viés, o Advogado-Geral da União ressaltou que a Constituição Federal não define, por si só, os percentuais ou as parcelas das receitas de distribuição das participações governamentais reservadas aos entes federados produtores. Isto porque, esses critérios devem ser definidos pelo Congresso

---

tese, de norma legal ou ato normativo, **citará, previamente, o Advogado-Geral da União**, que **defenderá o ato ou texto impugnado**."

[298] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[299] Veja a ementa desse Parecer: *"Constitucional. Lei federal nº 12.734/12 que, mediante alterações promovidas nas Leis n° 9.478/97 e nº 12.351/10, estabelece novos percentuais de distribuição de petróleo e gás natural. Artigo 20, § 1º, da Constituição da República. Ausência de exclusividade quanto ao recebimento de participações governamentais por Estados e Municípios produtores e confrontantes. A imunidade prevista no artigo 155, § 2º, inciso X, alínea 'b', da Constituição Federal transcende a mera compensação financeira devida pelos prejuízos decorrentes da exploração de recursos naturais. Evolução da produção de petróleo e gás natural no País após a Constituição Federal de 1988. Observância dos princípios constitucionais federativo e da isonomia. Ainda que a disciplina constante das normas atacadas tenha reduzido os royalties e participações devidos aos Estados e Municípios produtores e confrontantes, o valor por eles percebido permanece, proporcionalmente, superior ao dos demais entes federados. Ausência de violação ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva. Manifestação pela improcedência do pedido formulado pelo requerente". In:* Ibidem.

[300] Ibidem.

[301] BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[302] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Op. cit.

Nacional, no âmbito de seu poder discricionário – ou seja, opção político-legislativa exercida pelo legislador –, em observância ao artigo 20, § 1º, da Carta Magna. Assim sendo, os entes federados não possuem direito à permanência dos critérios de distribuição definidos anteriormente.[303]

Ainda que assim não fosse, as participações governamentais, previstas no artigo 20, § 1º, do Texto Constitucional, não devem ser interpretadas, exclusivamente, como mera compensação financeira aos Estados e Municípios produtores e confrontantes, devida pelos prejuízos decorrentes da perda de receitas fiscais pela tributação das operações com petróleo e gás natural.[304]

Por último, a Advocacia da União argumentou que as alterações trazidas pela Lei nº 12.734/2012 não violam à garantia da segurança jurídica, direito adquirido, ato jurídico perfeito e boa-fé objetiva, eis que essa lei prevê percentuais gradativos, de modo a permitir que os Estados e Municípios produtores e confrontantes se adéquem ao novo regramento. Portanto, verifica-se que esses entes não serão surpreendidos, bruscamente, com mudanças.[305]

4.3.3 Procuradoria-Geral da União

A Procuradoria-Geral da República opinou acerca do pedido de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917 – o qual foi deferido pela Ministra Cármen Lúcia –, com fundamento no artigo 12 da Lei nº 9.869/1999[306], *"pelo conhecimento parcial dessa ação e, no mérito, pela procedência parcial do*

[303] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[304] Ibidem.

[305] Ibidem.

[306] "Art. 12. Havendo **pedido de medida cautelar**, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do **Procurador-Geral da República**, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação."

pedido, apenas para afastar a aplicabilidade imediata dos dispositivos impugnados, com base no princípio da programação e do equilíbrio orçamentários, a fim de que as alterações questionadas vigorem somente a partir do exercício financeiro de 2016".[307]

Ainda, o Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, requereu, "em respeito ao princípio da colegialidade, imediata submissão do processo ao Plenário, para apreciar a decisão que suspendeu momocraticamente a eficácia das normas impugnadas".[308]

Ademais, o Procurador-Geral da República sustentou, no seu parecer[309], os seguintes aspectos: (i) Alegação de ofensa ao artigo 20, § 1º, da Constituição Federal; (ii) Alegação de violação ao equilíbrio federativo; e, por fim, (iii)

[307] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[308] Ibidem.

[309] Eis o teor do Parecer ementado: *"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dispositivos acrescidos às Leis 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, pela Lei 12.734, de 30 de novembro de 2012, e pela Medida Provisória 592, de 3 de dezembro de 2012. Alteração dos critérios de distribuição dos royalties e das participações especiais devidas pela exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Preliminar. Não conhecimento do pedido quanto às disposições da MP 592/2012, ante o encerramento de seu prazo de vigência. Medida cautelar deferida monocraticamente. Necessidade de submissão ao Plenário do Supremo Tribunal Federal. Imposição do princípio da colegialidade. Mérito. Conformidade com o art. 20, § 1º, da Constituição da República. Inexistência de direito exclusivo dos entes federativos confrontantes com poços de petróleo à compensação pela exploração. Distribuição de parcela a Estados não produtores e à União prevista na legislação pretérita, contra o argumento da natureza puramente indenizatória dos royalties. Ausência de afronta ao equilíbrio federativo. Imunidade tributária do ICMS sobre combustíveis criada para equilibrar ganhos decorrentes da exploração de petróleo. Norma legal que concorre para realização dos objetivos constitucionais de sociedade livre, justa e solidária, de garantia do desenvolvimento nacional, de erradicação da pobreza e da marginalização, de redução das desigualdades sociais e regionais e de promoção do bem de todos (CR, art. 3º). Possibilidade de incidência das novas regras nas concessões em vigor. Inexistência de direito adquirido dos entes produtores. Inocorrência de quebra de contrato. Possível afronta ao princípio da programação e do equilíbrio orçamentários. Necessidade de preservar a sistemática anterior na vigência do plano plurianual em curso. Parecer pela submissão do agravo regimental contra a cautelar concedida de modo unipessoal ao Pleno do STF e pelo conhecimento parcial da ação; no mérito, pela procedência parcial do pedido, a fim de que as alterações questionadas vigorem somente a partir do exercício financeiro de 2016". In*: Ibidem.

Incidência das novas regras nas concessões em vigor e manutenção do equilíbrio orçamentário dos entes federados.[310]

Com relação ao primeiro aspecto, o Parquet entendeu que somente ensejaria ofensa ao artigo 20, § 1º, da Constituição da República, se a norma questionada (Lei nº 12.734/2012) não estabelecesse toda forma de compensação aos entes federativos em cujo território se dá a exploração, que não é o caso, pois essa legislação distribui expressiva parcela dos royalties e da participação especial sobre a produção de petróleo aos Estados e Municípios produtores e confrontantes com área de exploração.[311]

No tocante ao segundo item, o Ministério Público Federal aduziu que a exceção criada na sistemática do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), prevista no artigo 155, § 2º, inciso X, alínea *"b"*, da Carta Republicana[312], veio como forma de equilibrar os ganhos decorrentes da exploração do petróleo.[313]

Outrossim, a Procuradoria-Geral da República salientou-se que a manutenção do regime anterior, qual seja, definida pela Lei nº 9.478/1997[314] (Lei do Petróleo), pretendida pelos Estados produtores, seria para perpetuar concentração espacial dos recursos advindos da exploração do petróleo, o que resultaria na guerra fiscal. Ainda, a divisão desses recursos, quase que exclusivamente aos Estados e Municípios

[310] Ibidem.
[311] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.
[312] "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...] X - não incidirá: [...] b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;"
[313] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF. Op.cit.
[314] BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

produtores, conforme no modelo anterior, impossibilitaria a redução de desigualdades regionais consagrada no artigo 3º, inciso III, da Carta Magna.[315]

Quanto à terceira tese, o Procurador-Geral da República manifestou que a incidência das novas regras nas concessões em vigor não gera ruptura contratual, tampouco revisão de termos de negócios jurídicos correlatos. Isto porque, os Estados não detêm legitimidade para se estabelecerem condições de concessão, de contratação, de exploração, de comercialização ou de remuneração da atividade, o que fica na esfera de deliberação entre a União – titular dos bens – e os agentes econômicos que exerçam a atividade de exploração.[316]

Por fim, salientou na necessidade de se preservar a sistemática anterior consagrada, ao menos durante o período coincidente com a vigência do plano plurianual em curso, até o exercício de 2015, assim, resguardando o planejamento antecipado e viabilizando a aplicação da norma sem maior dano, de modo a evitar colisão ao princípio da programação e do equilíbrio orçamentário.[317]

4.4 A Necessidade de Submeter a Decisão Liminar deferida Monocraticamente ao Plenário do Supremo Tribunal Federal

A Ministra Cármen Lúcia proferiu decisão monocrática, em sede de liminar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917, em virtude da excepcional urgência configurada, a qual deveria ser referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal logo em seguida.[318]

---

[315] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;"

[316] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[317] Ibidem.

[318] BRASIL. **Notícias STF**: Em liminar, ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos da nova lei dos royalties. 18 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233758>. Acesso em: 08 jun. 2016.

Nesse sentido, o Procurador-Geral da República manifestou, em seu parecer, para que a decisão liminar fosse imediatamente submetida ao Plenário da Corte, em respeito ao princípio da colegialidade.[319]

É importante destacar que o artigo 21, incisos IV e V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal expõe que o Relator deverá submeter, em caso de urgência, as medidas cautelares ao referendo do Plenário ou da Turma, quando necessárias à proteção de suscetível de grave dano de incerta reparação, ou mesmo para garantir a eficácia da posterior decisão da causa, ao referendo do Plenário ou da Turma.[320]

Ademais, o artigo 10 da Lei nº 9.868/1999 consagra que a medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade deverá ser concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (Princípio da Colegialidade).[321]

Contudo, a medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917 ainda não foi referendada pelo Plenário da Suprema Corte – há mais de três anos –, enquanto isso, as normas inseridas na Lei nº 12.734/2012 estão suspensas, o que acarretou num prejuízo orçamentário, no montante de R$ 15,7 bilhões – somente no período de abril de 2013 até dezembro de 2014 – aos Estados e Municípios[322], com exceção ao Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo.[323]

---

[319] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Op. cit.

[320] "Art. 21. São atribuições do Relator: [...] IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma;"

[321] "Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias."

[322] Cf. "Só para termos uma ideia daquilo que denomino, alegoricamente, de 'efeitos similares aos de medida provisória': o resultado da demora na decisão pelo STF em modo full bench tem gerado um enorme prejuízo aos cofres públicos dos Estados. Com exceção de Rio de Janeiro e Espírito Santo, todos os demais estados vêm deixando de receber valores substanciais da distribuição dos royalties. Após a suspensão liminar da Lei 12.734/2012 eles deixaram de receber em um ano os seguintes valores: Acre –R$ 193.406.356,00; Alagoas – R$ 258.349.043,00; Amazonas – R$ 199.958.610,00; Amapá – R$ 186.827.262,00; Bahia – R$ 707.535.775,00; Ceará – R$ 527.609.273,00; Distrito Federal – R$ 41.709.142,00; Goiás – R$ 299.327.049,00; Maranhão – R$ 539.078.045,00; Minas Gerais –R$

Outro ponto relevante, é que o artigo 170, § 1º, do Regimento Interno da Suprema Corte aduz que, se houver pedido de medida cautelar, o Relator deverá submeter ao Plenário e somente após a decisão solicitará as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional.[324]

Entretanto, a Ministra Cármen Lúcia solicitou informação, em 29 de novembro de 2013, ao Congresso Nacional, ou seja, anteriormente de submeter a medida cautelar ao Plenário.[325]

Conclui-se que a Ministra Cármen Lúcia deveria ter submetido à decisão deferida liminarmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917, para ser referendada pelo Plenário daquela Corte, em face do relevante interesse de ordem pública e econômica (orçamentária) que envolve a matéria.[326]

5 CONCLUSÃO

Com o modelo adotado pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997), a distribuição das receitas de *royalties* e de participação especial de petróleo, extraído

764.492.095,00; Mato Grosso – R$ 194.382.497,00; Mato Grosso do Sul – R$ 131.641.564,00; Pará – R$ 461.035.749,00; Paraíba – R$ 355.544.030,00; Pernambuco – R$ 489.672.006,00; Piauí – R$ 329.811.936,00; Paraná – R$ 434.726.107,00; Rio Grande do Norte – R$ 179.635.629,00; Rondônia – R$ 177.927.815,00; Roraima – R$ 139.226.897,00; Rio Grande do Sul –R$ 323.546.138,00; Santa Catarina – R$ 186.805.671,00; Sergipe – R$ 138.152.166,00; São Paulo – R$ 93.389.160,00; Tocantins – R$ 277.574.795,00.". In: STRECK, Lenio Luiz. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória?. **Revista Consultor Jurídico**, 4 dez. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[323] BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. Sete trimestres de produção de petróleo sobre os efeitos da suspensão dos artigos da Lei 12.734/2012, pela liminar concedida nos autos da ADI 4.917. Brasília: CNM, v. 8, n. 12, p. 91-95, 2016.

[324] *"Art. 170. O Relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembleia Legislativa, se for o caso. § 1º Se houver pedido de medida cautelar, o Relator submetê-la-á ao Plenário e somente após a decisão solicitará as informações."*

[325] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

[326] Cf. Artigo 170, § 3º, do RISTF: *"Se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o Relator entender que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos de que dispuser."*

em mar, tornou-se uma fonte de enriquecimento desproporcional aos entes federados confrontantes com a plataforma continental.

Isto porque, a partilha de *royalties* do petróleo concentrava-se aos Estados e Municípios confrontantes, a qual privilegiava principalmente os Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, que são os entes economicamente mais estruturados, em detrimento dos demais.

Muito embora a Constituição Federal, no seu dispositivo § 1º do artigo 20, assegura a compensação financeira aos entes federados pela exploração do petróleo, os *royalties* e a participação especial do petróleo devem ser distribuídos proporcionalmente aos Estados e Municípios, na medida em que eles forem afetados pelos impactos sofridos decorrente desta atividade econômica.

Neste viés, o Congresso Nacional promulgou a Lei dos *Royalties* (Lei nº 12.734/2012) para equilibrar a distribuição dos percentuais dos *royalties* do petróleo e, por conseguinte, reequilibrar o pacto federativo (artigo 155, § 2º, inciso X, alínea *"b"*, da CF) e reduzir as desigualdades regionais (artigo 3º, inciso III, da CF). Além disso, os critérios de distribuição definidos em lei infraconstitucional podem ser alterados consoante a vontade do legislador, desde que não seja excluída a participação desses entes.

Porém, os entes federados confrontantes pretendiam manter esse regime, com a finalidade de perpetuar a concentração territorial dos recursos provenientes da exploração do petróleo, o que acarretaria em desequilíbrio ao pacto federativo (guerra fiscal). Assim sendo, eles ajuizaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade para questionarem a legislação dos *royalties*.

A análise desta monografia possibilitou a perceber que a Lei dos *Royalties* não afronta o direito adquirido, o princípio da segurança jurídica e o ato jurídico perfeito, eis que a norma não retroagiu para se aplicar às concessões já realizadas, tampouco os termos dos negócios jurídicos celebrados foram revistos.

Além disso, a legislação correlata criou regras de transição, com percentuais de distribuição dos *royalties* do petróleo gradativos, para permitir que os entes federados se adéquem ao novo regramento e não sejam surpreendidos, bruscamente, com essas alterações.

Noutro giro, notou-se que a Lei dos *Royalties* também não viola os princípios da responsabilidade fiscal, do equilíbrio orçamentário e da boa-fé objetiva, uma vez que a própria oscilação no valor do barril do petróleo – natureza dessa atividade econômica –, por si só, provoca variação (desequilíbrio) orçamentária aos Estados e Municípios, o que demonstra a necessidade deles adotarem uma programação orçamentária mais eficiente. Para se evitar colisão ao princípio da programação e do equilíbrio orçamentário, a Lei do Petróleo aplicaria, durante o período que coincidir com a vigência do plano plurianual, até o exercício de 2015.

Ante o exposto, verificou-se que a Lei dos *Royalties* não viola qualquer dispositivo contido na Constituição da República Federativa do Brasil, inclusive seria até razoável exigir mudanças nas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo, diante da descoberta do pré-sal.

Concluiu-se que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917, a Ministra Cármen Lúcia deveria ter submetido a decisão liminar para referendo do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em virtude do enorme prejuízo orçamentário causado aos demais Estados e Municípios enquanto perdurar este embate jurídico.

Por fim, faz-se necessário aguardar o posicionamento da Suprema Corte acerca do tema.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Jorge Celso Fleming de. Os Royalties do Petróleo e a Impossibilidade de sua Partilha Igualitária entre os Entes Federativos. **RFPTD**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Federalismo, isonomia e segurança jurídica**: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do

petróleo. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-royalties.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **A distribuição dos royalties de petróleo no Brasil**. Brasília: CNM, v. 1, n. 17, p. 198-202, 2009.

_____. Confederação Nacional de Municípios. **A importância da nova lei de redistribuição dos royalties de petróleo – Discussões STF**. Brasília: CNM, v. 5, n. 15, p. 189-198, 2013.

_____. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties**: Entenda como as receitas do petróleo são originadas e distribuídas na federação brasileira. Brasília: CNM, 2010.

_____. Confederação Nacional de Municípios. **Royalties de petróleo e gás**: Um resumo da luta Municipalista em 2010. Brasília: CNM, v. 3, n. 3, p. 42-57, 2011.

_____. Confederação Nacional de Municípios. **Sete trimestres de produção de petróleo sobre os efeitos da suspensão dos artigos da Lei 12.734/2012, pela liminar concedida nos autos da ADI 4.917**. Brasília: CNM, v. 8, n. 12, p. 91-95, 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0001.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 523, de 8 de abril de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0523.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 1.288, de 1 de novembro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1288.htm>. Acesso em: 08 de jun. de 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 1.785, de 13 de maio de 1980**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1785.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2004.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Lei nº 3.257, de 2 de setembro de 1957**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3257.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7453.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. **Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7525.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7990.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Lei nº 8.001, de 13 de março de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8001.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12276.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12304.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12351.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12734.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Medida Provisória nº 592, de 3 de dezembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/592.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Notícias STF**: Governadores do ES e RJ ajuízam ADIs contra Lei dos Royalties. 15 mar. 2013. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233573>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Notícias STF**: Em liminar, ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos da nova lei dos royalties. 18 mar. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233758>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo – 5. ed. atual. até a EC 90/2015**. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_5a_edicao.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.917/DF**. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado(s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4379376>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 228.800-5/DF**. Primeira Turma. Recorrente: Mineração Taboca Ltda. Recorrido(s): União Federal; Estado do Amazonas; Município de Presidente Figueiredo. Relator(a): Ministra Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 nov. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252741>. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. **Os "royalties do petróleo", a Lei nº 12.734/2012 e a ação a ser julgada pelo STF**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aslegis.org.br/files/2013_3587_228%20NotaTecnica.royalties.liminar.revisada.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

BUSTAMANTE, L. A. C. **A Frustração com a Partilha de Produção**: o leilão do campo de Libra. Brasília: Senado Federal, 2015. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 168). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td168>. Acesso em: 08 jun. 2016.

FARO, Júlio Pinheiro; GOMES, Marcelo Sant'anna Vieira. A Inconstitucionalidade da Redistribuição dos Royalties do Petróleo. **Consulex**: Revista Jurídica, Brasília, v.16, n.369, p.20-21, jun./ 2012.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil**: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, 2009. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 55). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-55-o-marco-regulatorio-da-prospeccao-de-petroleo-no-brasil-o-regime-de-concessao-e-o-contrato-de-partilha-de-producao>. Acesso em: 08 jun. 2016.

GUALBERTO, Daniela Cristina Moura. Breve análise da legislação do Pré-Sal – Ausência de contradição entre os seus dispositivos. **Fórum Administrativo**: FA, Belo Horizonte, v. 14, n. 157, p. 45-50, mar. 2014.

GUEDES, Sânzia Mirelly da Costa; MARQUES JÚNIOR, José Carlos. A Lei Federal nº 12.734/2012 e o novo regime de distribuição dos royalties: uma análise à luz das controvérsias constitucionais. **Revista Direito E-Nergia**, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, v. 8, n. 5, p. 16-30, ago-dez. 2013.

LIMA, Paulo César Ribeiro. **Análise da Proposta de Retorno do Regime de Concessão no Pré-Sal e em Áreas Estratégicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Estudos e Notas Técnicas. Disponível em: <http://www.aepet.org.br/uploads/paginas/uploads/File/estudo-concessao-versus-partilha-revisado.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Samuel Cunha de. Distribuição dos royalties do petróleo entre os entes federados (Lei nº 12.734/2012). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3958, 3 maio 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27646/a-distribuicao-dos-royalties-do-petroleo-entre-os-entes-federados>. Acesso em: 08 jun. 2016.

PENNAS, Fernanda. Aspectos constitucionais da exploração de petróleo e gás natural e o panorama de exploração do pré-sal. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 16 – jul./dez. 2010.

QUINTANS, Luiz Cezar Pazos. Os "royalties" do petróleo na legislação brasileira e a Emenda Ibsen. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14698/os-royalties-do-petroleo-na-legislacao-brasileira-e-a-emenda-ibsen>. Acesso em: 08 jun. 2016.

ROLIM, Derance Amaral. **Royalties**: competência dos estados, do distrito federal e dos municípios para fiscalizar estas receitas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11251>. Acesso em: 8 jun. 2016.

SANTOS, José Ricardo Ferreira dos. Um breve ensaio sobre o controle preventivo judicial de constitucionalidade do processo legislativo das emendas (parlamentar) de redistribuição dos royalties da exploração de petróleo. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v.10, n.113, p.23-24, jul./ 2010.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. Royalties do Petróleo. **Boletim de Direito Municipal**, São Paulo, v.20, n.11, p.820-824, nov./nov. 2004.

SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia**: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SPRINGER, Paulo. **Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?.** Brasília: Brasil Economia e Governo, 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>. Acesso em: 08 jun. 2016.

VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. **Aspectos da MP Nº 592, de 2012, sobre a distribuição de Royalties e Outras Participações Governamentais na Exploração de Petróleo e Gás Natural**. Brasília: Senado Federal, 2012. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 119). Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-119-aspectos-da-mp-no-592-de-2012-sobre-a-distribuicao-de-royalties-e-outras-participacoes-governamentais-na-exploracao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 08 jun. 2016.

A POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DE TRATAMENTO SEM TRANSFUSÃO DE SANGUE PARA PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ SOB A ÓTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Matheus Freitas Bomfim

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia versa acerca da reserva do possível, objeto principal deste projeto de pesquisa, e possui ligação à temas referentes à dispositivos e princípios constitucionais, como também possui ampla relação à matérias e preceitos contidos dentro do amplo leque de matérias de Direito Administrativo. Nesse mesmo limiar, busca-se, da mesma forma, uma ampla avaliação acerca dos textos legais previstos na Lei n° 8.080/19 de setembro de 1990, conjuntamente com a sua referida alteração pela Lei n° 12.401/28 de abril de 2011.

Nesse mesmo passo, intenta analisar esse tema sob enfoques divergentes aos que já são tratados atualmente, de modo a avaliar tais posicionamentos, levantando críticas e sugestões, em alguns momentos autorais, em outros citadas por renomados doutrinadores. O que motiva à tratativa e abordagem do presente tema, é o fato de carecer na jurisprudência, um entendimento uniforme quanto à aplicação e limites do princípio da Reserva do Possível, e quanto à concessão de tratamentos alternativos para Testemunhas de Jeová, acometidas de doenças.

Importa ressaltar que, mesmo havendo no ordenamento jurídico normas expressas, bem como a pluralidade de princípios e interesses, sintetizando às palavras do autor Marçal Justen Filho, temos que a "procedimentalização propicia oportunidade a que todos os interesses sejam expostos ao exame público, como defesa dos diversos pontos de visa".[1] Desta feita, oportuno se faz à utilização da ponderação para a solução das demandas.

Com este estudo elaborado acerca do tema citado, o pesquisador procurará preservar entendimentos firmados, mesmo que por ora alguns criticados, não trazendo prejuízos à vasta bibliografia acerca do tema.

Outrossim, busca-se realçar entendimentos que visem a boa mudança de alguns procedimentos e entendimentos acerca da matéria tratada, com fulcro de solucionar a questão da má ou boa-gestão dos sistemas de saúde e as questões de decisões judiciais.

No tocante a estrutura da presente monografia, temos que, serão abordados pontos propedêuticos, a fim de expor, de maneira geral, conceitos fundamentais para à compressão do presente artigo. Do mesmo modo, será exposto o conceito de Reserva do Possível, bem como suas peculiaridades, de modo que teremos um panorama desde o desenvolvimento histórico, passando pela peculiaridade quanto às Testemunhas de Jeová e a necessidade de um tratamento diferenciado quando da necessidade de manipulação sanguínea. Ademais, concluiremos o referido tópico sob uma análise jurisprudencial e uma análise específica quanto a um tema de grande repercussão atualmente.

Tem-se aqui um ponto importante e que versa sobre um princípio constitucional, onde o acesso universal à saúde, previsto nos artigos 196 a 200, da Constituição Federal[2], que garante a todo e qualquer cidadão não fazendo

[1] FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo.* 3ª Ed. 2008.
[2] BRASIL, Constituição Federal de 1988. Artigos 196 a 200. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de marc. de 2018.

diferenciação acesso a todos os meios uteis e necessários para a boa gestão de sua saúde pessoal, bem como a realização de respectivos tratamentos. Sabemos aqui, que dada atividade é de atribuição direta ao SUS (Sistema Único de Saúde), onde o mesmo possui à incumbência de efetivar tais garantias.

Outrossim, no capítulo 2 abordaremos mais a dentro quanto as peculiaridades das Testemunhas de Jeová e os respectivos embates ocorridos no RE. 979742, fazendo uma descrição quanto ao que fora firmado em primeira instância, até à repercussão geral. Com muita importância, serão delineadas opiniões expressas pela Administração Pública, argumento do Ministro Luiz Roberto Barroso, finalizando com a opinião do autor quanto ao tempo retratado.

Neste ponto, cabe asseverar acerca da Liberdade Religiosa, preceito garantista, previsto no artigo 5°, inciso V, da Constituição Federal de 1988, em que é assegurado a todo cidadão, a livre manifestação e crença religiosa, uma vez que será tratado da mesma forma que os demais cidadãos. Por este motivo, importante o olhar preciso quanto aos cidadãos que são Testemunhas de Jeová, onde se faz presente a estrita aplicação do referido princípio citado, bem como princípio da dignidade humana e o princípio da igualdade.

A presente monografia irá destrinchar o que vem expresso na Constituição Federal de 1988, acerca das garantias constitucionais, à influência dos princípios norteadores da Constituição, onde apesar de não expressos no texto legal, possuem grande influência quando da execução e exigência de tais garantias constitucionais.

Em relação à essas garantias constitucionais, cabe ressaltar que devem receber a característica de fundamentais, uma vez que não podem encontrar-se indisponíveis, sugerindo à afirmativa de que cada cidadão tem o direito de exigir da sociedade tudo aquilo que ela origina, de forma razoável. Com isso, inicialmente temos um conflito, onde ao mesmo tempo deve ser fornecido aos cidadãos tudo aquilo que dispõe na Constituição, tem-se, por outro lado, um Estado garantidor, incapaz de fornecer, na justa medida, aquilo que o mesmo se compromete.

2 DISCUSSÃO A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Falar de direitos e garantias que são constitucionalmente abarcadas lança questionamentos acerca das hierarquias dessas normas entre elas mesmas, bem como tais regras influenciadas pelos princípios. Desta forma, comum de ser verem acontecer questionamentos quanto da prevalência dessas regras, sua alcançabilidade, da mesma forma ocorrendo com os princípios.

Por vezes, os princípios constitucionais acabam por justificar a incidência de determinados direitos constitucionais, quando falamos de garantias constitucionais. Dado fato acaba por motivar um grande fluxo de decisões judiciais onde por vezes vemos a Administração Pública concedendo prestações que fogem a razoabilidade, bem como do contrário, onde se tem a negação dessas prestações jurisdicionais frente ao fato de grande dano de cunho econômico ao erário.

Da forma como se pode aferir acerca do fundamento dos princípios constitucionais, temos que, como já dito anteriormente, que o mesmos sejam recomendações aos fundamentos legais expressos na constituição (leis e artigos), onde não se tem clara a alcançabilidade destes. Desta forma, carece na doutrina brasileira, um entendimento concreto acerca de quais critérios devem ser ponderados quando da concessão de medidas e prestações jurisdicionais, principalmente as que são voltadas para saúde.

A problemática reside no entendimento acerca dos artigos, bem como os princípios que os regem, não se sabendo qual o limite de um princípio frente a execução das regras, não possibilitando uma interpretação específica e concreta quando da aplicação de um frente ao outro.

O presente capítulo tem o objetivo expor todas as nuances que englobam o tema da reserva do possível, uma vez que o tema não possui uma interpretação unânime na doutrina atual. Da mesma forma, possui argumentos fundamentados e cabíveis para à sua alegação, porém, com à abrangência de argumentos

desfavoráveis, em contrapartida, justificar provimentos jurisdicionais caros e de alta complexidade, o que corrobora para um dano relevante ao erário.

Assim, em relação ao tema do presente trabalho, o direito à saúde, temos certo que o abalo aos numerários do Estado se faz evidente quando da concessão de provimentos jurisdicionais, sejam os advindos de sentenças judiciais, como também os próprios gastos do SUS (Sistema Único de Saúde), o que acaba por sustentar o argumento chave do presente artigo "Reserva do Possível". Do contrário por ser constitucionalmente garantido, acaba sendo justificativa para provimentos jurisdicionais pelo judiciário, que da mesma forma que logram em grandes lucros para o agente motivador, porém, incumbe o Estado a desempenhar o grande número de recursos, o que pode gerar um grande déficit de recursos, afetando outras políticas públicas.

Desta forma, é de grande relevância o amplo debate acerca dos princípios constitucionais, acerca dos seus limites, e em que momento o mesmo deixa de valer em detrimento de outro.

Por ora, inicialmente serão abordados os aspectos históricos e etimológicos do termo tema do trabalho, abordando uma breve conceituação de princípios e a tentativa de conceituar-se, expressamente, o tema "reserva do possível", dando-lhe características quanto à sua extensão e o momento cabível a ser utilizado como justificativa do Estado. O que importa dizer nesta breve contextualização acerca do tema, é que, pontualmente, "reserva do possível" seja usado como uma justificativa para a negativa jurisdicional do Estado, frente à uma obrigação, seja constitucional, seja processual, de prover determinados prestações jurisdicionais essenciais, no caso.

2.1 Regras, princípios e distinção

A Teoria dos Princípios, inicialmente discutida pelo autor Ronald Dworkin[3], e, sequencialmente, por Robert Alexy[4], que desenvolveram elementos que são essenciais para diferenciar os princípios constitucionais e infraconstitucionais. Desta forma, buscam sanar problemas jurídicos de duplo entendimento presentes na sociedade.

O doutrinador estrangeiro Ronald Dworkin[5], num primeiro momento, busca esboçar ideias relevantes acerca das relações entre liberalismo e justiça, formando uma interpretação jurídica e constituindo um fundamento político das decisões judiciais, esboçando a utilidade das mesmas nas soluções de problemas. Para o desenvolvimento do seu raciocínio, incialmente, o doutrinador estrangeiro suscita que a concepção de igualdade é ponto norteador no pensamento liberal, que recai sobre todas outras instâncias do âmbito jurídico. Asseverava que existem duas formas básicas de liberalismo, a primeira, num liberalismo baseado na neutralidade e outro baseado na igualdade.

O liberalismo baseado na neutralidade seria aquele em se considera, precipuamente, que o governo não deva intervir nas questões em que predomine questões morais ou axiológicas, buscando estar vinculado a um ceticismo moral e religioso. Outrossim, por outro lado, o liberalismo fundado na igualdade, tem-se que a igualdade seja uma forma principal do governo tratar seus cidadãos, de modo a defender a neutralidade moral, objetivando isonomia.

No que tange a interpretação do direito, o referido autor utilizou como base para seu processo de entendimento a questão da igualdade e os ideais do liberalismo,

---

[3] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16753348/dworkin_uma-questao-de-principio>. Acesso em: 22 de marc. de 2018.

[4] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. <https://www.passeidireto.com/arquivo/16342402/robert-alexy-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

[5] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16753348/dworkin_uma-questao-de-principio>. Acesso em: 22 de marc. de 2018.

desta forma, salientava que o problema interpretativo assume maior relevância quando não existe resposta factível para dado empasse jurídico. Ademais, analisava o fundamento político do direito, que indagava acerca de decisões nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, as quais os juízes decidiam motivados de estímulos políticos, especialmente em temas controversos. Por isso, alegava que o comportamento do Judiciário dependeria muito desses estímulos políticos para que "funcionasse corretamente".

Robert Alexy[6], por sua vez, dando continuidade aos estudos iniciados por Dworkin, não objetivava uma homogeneização da ordem jurídica fundamental, mas sim buscava descobrir estruturas dogmáticas, revelando os princípios e valores contidos intrinsecamente nas decisões judiciais e na jurisprudência, por ora não unânime. Seu posicionamento ultrapassava a territorialidade e o período histórico a qual estava inserido o autor, tendo em vista que em todos os lugares tem-se direitos fundamentais postos, porém, sempre com problemas semelhantes, que envolvem problemas estruturais, sociais e políticos.

Indagava o referido autor sobre quem seria o verdadeiro possuidor e titular desses direitos fundamentais, a forma como tais poderiam ser restringidos e a forma de controle da Constituição em cima dos limites de tais direitos. Por meio da cientificidade, defendia que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios, porém, não o são, de forma que acabam por colidir com os princípios, concretamente falando, o que, desta forma, considera os princípios como algo que engloba um ideal, não dizendo como as coisas são, mas sim como as deve pensar que sejam, evitando as referidas contradições.

[6] JUDICE, Mônica Pimenta. *Roberty Alexy e a Sua Teoria Sobre os Princípios e Regras*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexy_teoria_principios_regras>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

O referido autor conceituava os princípios como "mandados de otimização"[7], na qual a palavra mandado denota algo que é obrigatório a ser feito ou tomado como conduta. Ademais, para a construção do seu entendimento, assumia a ideia dos princípios como uma categoria deontológica, ou seja, uma filosofia que fazia parte de outra filosofia moral contemporânea, significando uma obrigação, conduta a ser tomada.

Discutia acerca da diferenciação de princípios e regras, assumido que as regras seriam normas que podem ser cumpridas ou não; sendo os princípios, desta forma, como normas que ordenavam algo a ser realizado da melhor forma possível, de acordo com as limitações e possibilidades jurídicas e fáticas. Tendo em vista isso, e trazendo sob o enfoque dos direitos fundamentais, suscita que havia uma colisão quando princípios se encontravam com direitos fundamentais, restando somente à ponderação como ferramenta para a solução do conflito.

Quanto às regras, afirmava que faz-se a subsunção para a solução dos conflitos, de modo que as regras estão postas, devendo serem aplicadas na medida fática e possível, de forma que, contrariamente, os princípios se relacionam com algo que deva estritamente ocorrer, independentemente das situações fáticas e possíveis aplicadas ao caso concreto.

Em relação aos Direitos Fundamentais, o autor não os tratava com a mesma concretude que a regra, de forma que, acreditava que não haviam definições precisas e definitivas, ao passo que, no momento em que regras foram estabelecidas, pertenciam a um outro momento histórico e fático, influenciado por questões sociais, estruturais e políticas, divergentes de atualmente. Desta forma, entendia que os direitos fundamentais estavam dotados de princípios, os quais não possuem a mesma efetividade das regras.

[7] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/16342402/robert-alexy-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

Afirma que, quanto ao conflito de regras em si, as mesmas resolvem-se pela questão de invalidade de uma pela outra, o que não ocorre com os princípios, de modo que os mesmos sempre estarão postos à fundamentação dos direitos fundamentais, porém, podendo sempre somente serem afastados no momento da resolução de um caso concreto, quando uma parte tiver prevalência de possibilidades jurídicas e fáticas superiores à outra parte.

Para solucionar o referido embate, o autor apresenta a "Lei de Colisão", em que se depara, no tocante à um caso concreto específico da época do autor, com a colisão entre o princípio e a aplicação do Direito Penal, no caso, defendendo a proporcionalidade, não pondo uma rigidez tão grande em torno dos Direitos Fundamentais, buscando sempre fugir dos mesmos para à concessão de tutela satisfativa à solução do conflito.

Por meio da adequação, dizia que era possível resolver tais conflitos entre os Direitos Fundamentais, utilizando da adequação do conflito entre normas constitucionais, sendo ponderado acerca da prevalência de uma norma sob a outra, sob à égide atual, buscando a solução mais próxima para à solução do conflito.

Acerca da teoria do presente autor, trazendo para o assunto núcleo deste artigo, podemos sintetizar que é importante limitar que existem circunstâncias que são justificadoras da concessão de medicamentos por parte do Estado, uma vez que, delimitando-as temos que: sendo o demandante hipossuficiente economicamente; tendo em vista a gravidade e a necessidade de efetuar o procedimento pleiteado; tendo o Estado ampla capacidade para fornecimento do mesmo, mesmo que fornecido pela União. Estando presentes tais pressupostos podemos entender que não existe concretude para à negativa da tutela pleiteada, uma vez que prevalece o exposto quanto a garantias constitucionalmente previstas.

Adequar-se ao meio, para o autor, significava utilizar o meio mais adequado para a buscado fim almejado. Meio adequado seria aquele que conseguisse promover o fim almejado, de forma à não infringir na seara dos princípios com outros meios

semelhantes. Buscava tratar um caso de cada vez, de forma à construir um entendimento que se concretizasse por si só. [8]

Por fim, no tocante à ponderação, ultima ferramenta vista pelo autor como forma de solução de conflitos, afirmava que deveria levar-se em conta a intensidade e importância, precisamente a necessidade, para a intervenção em um Direito Fundamental. Entendia que funcionava da seguinte maneira[9]: "Quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção".

Por meio deste argumento, procurava, racionalmente, expor o grau de importância que geram os conflitos de princípios e regras, de até proporções jurídicas. Utiliza uma balança para entender qual o peso racional de cada posicionamento e disso deduz o que deva ser correto a ser feito. Pela Lei de Ponderações, utilizava como critérios de soluções de conflitos, primeiramente, a intensidade da intervenção gerada no mundo dos princípios, num segundo plano buscava definir a importância dos Direitos Fundamentais que giravam em torno do caso concreto, e que seriam motivo para tal intervenção jurídica, e por fim, utilizava da ponderação, como já explicado anteriormente, realizando-a em sentido específico, importando a satisfação de um direito em detrimento de outro.

O pensamento jurídico contemporâneo brasileiro é composto de elementos especiais, como o da atribuição da normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção que existe entre as regras e os princípios.

Acerca das regras e princípios, temos o posicionamento do autor Luiz Roberto Barroso:

> "Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o

[8] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16342402/robert-alexy-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

[9] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Disponível em: *<https://www.passeidireto.com/arquivo/16342402/robert-alexy-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015*>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

> efeito previsto. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos.
>
> Já os princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Estes entrechoques podem ser de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais, como, e.g., a livre iniciativa versus a proteção do consumidor, na hipótese de se pretender tabelar o preço de determinado medicamento; b) colisão entre direitos fundamentais, como, e.g., o direito à vida e à saúde de uma pessoa versus o direito à vida e à saúde de outra pessoa, na hipótese de ambos necessitarem com urgência de transplante de determinado órgão, quando só exista um disponível; c) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, como, e.g., o direito à saúde versus a separação de Poderes, no caso de determinadas opções legais ou administrativas acerca de tratamentos a serem oferecidos." [10]

É de se notar que o constitucionalismo se traduz em respeito aos direitos fundamentais, de forma que a democracia, sob um enfoque diverso, sobre a soberania popular do povo gere o pensamento de favorecimento da maioria que usufrui de determinado serviço público, não podendo, em regra desfavorecer um, em face de outros, bem como o contrário.

Tendo em vista o sistema brasileiro de normas e a forma como as mesmas são aplicadas, paralelamente a eficiência que se busca com as normas, nota-se que o sistema detém problemas, pois, ao invés dele ser a solução para determinados problemas jurídicos que versem sobre ações ou omissões do Estado.

[10]BARROSO, Luis Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> Acesso em: 19 de jun. de 2017.

O mesmo se faz gerador de decisões carentes de boa fundamentação, resultando numa decisão imbuída de critérios rasos e com ambições políticas, onde prefere-se favorecer uma coletividade em face da negativa de uma garantia constitucional de um cidadão. As omissões se dão pela falta da prestação jurisdicional do Estado, ou a sua má-prestação, ou seja, a baixa efetividade na prestação de serviços públicos.

A Administração Pública se condena, trazendo agora para o tema saúde, ao custear tratamentos que são incoerentes ao fato real, gerando certa inacessibilidade quanto à tratamentos por parte de pessoas mais carentes.

Outrossim, quanto os processos que atolam a máquina pública, acabam por gerar uma superposição de esforços e defesas, envolvendo mais de um agente público, buscando primordialmente a efetividade de tais direitos. Atolando-se a máquina pública, tem-se que começam a surgir gastos desnecessários, uma vez que o próprio Estado amortize todos os danos causados, tendo de prestar novamente determinado serviço que já deveria ter sido prestado.

Pequenos gastos em relação ao montante envolvido, são capazes de minar e gerar prejuízos consideráveis, que, de certa forma, acabam por influenciar decisões e, em alguns casos, desiquilibrar o bom procedimento de políticas públicas.

2.2 Direito a saúde

Falar sobre a “reserva do possível”, tal como os princípios constitucionais, inseridos na Constituição Federal de 1988, sugere a discussão acerca da problematização quanto a efetivação de políticas públicas X e o peso de decisões judiciais em relação à medicamentos de alto custo. Nesse limiar, busca-se explorar o reconhecimento das diretrizes constitucionais, que estão sujeitas à toda a sociedade, uma vez que temos a presença de conflito de normas de mesma equivalência, quanto ao fornecimento integral de acesso universal a saúde.

Com olhar especial nas Testemunhas de Jeová, estes necessitam tratamento especial do comum, de modo que existem tratamentos alternativos ao de transfusão sanguínea.

As referidas diretrizes constitucionais foram o fator motivador para a criação do constitucionalismo atual, no tocante à doutrina da efetividade, pode-se evidenciar o pensamento do autor Luis Roberto Barroso, em uma de suas diversas obras:

> "(...) No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. Tal movimento não procurou apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. [11]„

Como pode-se entender, a doutrina da efetividade busca resolver as divergências nacionais sobres as garantias constitucionais e acerca da sua efetividade no momento da exigibilidade da aplicação de tais garantias. Nesse mesmo limiar, buscava-se aplicar, de maneira ideológica, ações afirmativas que visassem a prática efetiva de tais garantias. Outrossim, o foco máximo desta doutrina deita-se na aplicabilidade imediata de normas postas, na sua abrangência máxima.

Nesse mesmo diapasão, percebe-se a presença de um poder imperativo inserido às normas que estão inseridas no ordenamento brasileiro, uma vez que buscam sua justa aplicação, nas respectivas formas legais. Ademais, o descumprimento de tal imperatividade gera ao sistema constitucional, e infraconstitucional, o poder de tutela, inserido de maneira igualitária à imperatividade presente nas normas.

Por isso, determinadas tutelas buscam superar, resguardar, reparar e educar os entes e condentes que estão sob a tutela presente nas normas ou em decisões

[11] BARROSO, Luis Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

judiciais, até mesmo onde tem-se a reparação dos danos causados pela pouca efetividade do tratamento, bem como a sua demora, gerando reflexos consideráveis nos resultados do tratamento ao paciente.

Tendo em vista o que fora aduzido, percebe-se que pelas ferramentas jurídicas da ação e da jurisdição, busca-se uma melhor garantia de exercício de tais direitos postos, em especial ao do acesso à saúde, buscando sempre, paralelamente, restaurar a ordem jurídica. Por ação e jurisdição, nosso ilustre doutrinador Luis Roberto Barroso, assim entende: "(...)ação e jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protege-lo, pode ir ao juízo postular reparação. Existem mecanismo de tutela individual e de tutela coletiva de direitos."

O poder judiciário exerce papel relevante e fundamentado na observância desses direitos individuais e coletivos, uma vez que a incumbência ativa de fazer ser executada determinada tutela advinda de tais direitos. O Judiciário tem o dever de implementar, por meio de políticas públicas, ações afirmativas que visam a efetividade e o estrito cumprimento desses direitos fundamentais e difusos, atingindo, até mesmo, minorias presentes na sociedade.

Ainda assim, mesmo com todo o aparato jurisdicional presente na Constituição Federal de 1988, como também as leis brasileiras, paralelas à esta, as normas ainda não conseguem sanar certas lacunas presentes em seus entendimentos intrínsecos. Desta forma, notou-se a necessidade de formação de novas doutrinas, acerca do tema da presente pesquisa, inclusive, com movimentos pós-positivistas, que buscavam dirimir tais lacunas presentes no ordenamento jurídico, sanando a colisão entre as normas postas, onde, por meio de decisões judiciais favoráveis que resultam na alteração deste quadro desuniforme pelo Judiciário.

Inegável não deixar de citar a posição do autor Luis Roberto Barroso acerca do tema referente à efetividade e as influências pós-positivistas:

> "(...) A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da posição até aqui desenvolvida, de uma

> metodologia positivista: o direito constitucional é a norma; e de um critério formal, passa a estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição, é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais -, a necessidade de ponderação para resolver tais situações, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos ." [12]

Pode-se entender que há uma colisão entre normas, quando se tem um duplo entendimento do que é exposto e ao que é aplicado, baseado nos princípios que regem a atuação estatal, em relação a situações que ocorrem no cotidiano de cada cidadão. Um primeiro problema se encontra na forma desuniforme que se tem acerca dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, o que levam à gerar situações em que diversas demandas sob um mesmo caso concreto, porém, com o processamento e julgamento em locais diversos, bem como pelas divergência de entendimentos, acerca do tema em especial, obtendo diferentes resultados, tutelas, aplicando e prestando assim, o direito tutelado de maneiras diferentes aos entes, que tem a igualdade presente entre todos.

Importante ressaltar ainda, como forma de uma breve introdução ao tema, como o direito à saúde é abarcado e exposto pela Constituição Federal de 1988.

> "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." [13]

Em seguida, quanto às disposições constitucionais quanto ao tema, tem-se:

> "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado**,** garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à

[12] BARROSO, Luis Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

[13] BRASIL, Constituição Federal de 1988, Artigo 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

> redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” [14]

Aqui, ao mesmo tempo em que se tem o amplo fornecimento de medicamentos, tratamentos, assistências e outras políticas públicas voltadas ao fornecimento da saúde, tem-se que o Estado é o responsável por fiscalizar, gerir e controlar o acesso à essas medicações, bem como a qualidade das mesmas, estas que são fornecidas ao público. Desta forma, o Estado recebe o papel de atuar restritivamente, visando impedir o acesso à determinadas substâncias.

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde**,** cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.[15]

No presente artigo, pode-se aferir que, mais uma vez, há um comando ao Estado, constitucionalmente imposto, visando a gerir e prover o acesso a saúde como um todo, podendo, até mesmo, descentralizar suas competências para entes particulares, afim de conseguir uma melhor efetividade da referida prestação fundamental.

> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
>
> § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.
>
> § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.
>
> § 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.
>
> § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a

[14] BRASIL, Constituição Federal de 1988, Artigo 196. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.
[15] BRASIL, Constituição Federal de 1988, Artigo 197. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

> coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.[16]

Como já ressaltado anteriormente, a Lei do SUS estabelece ampla discricionariedade sobre os seus serviços gerados, de modo expandir seu raio de alcance, dando possibilidade, que cada ente, de maneira isonômica, tenha direito ao mesmo acesso e tratamento. Instituições privadas poderão participar de alguns dos serviços providos pelo SUS, afim de descentralizar determinados serviços e assistências específicas, gerando capacidade suficiente para suportar a enorme demanda.

> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
>
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
>
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
>
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
>
> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
>
> V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
>
> V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
>
> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
>
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
>
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho."[17]

[16] BRASIL, Constituição Federal de 1988, Artigo 199. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

O artigo acima, de maneira taxativa, busca estabelecer as atribuições e competências que o SUS possui, delimitando suas atividades fiscalizatórias, como também dando ampla discricionariedade no tocante a descentralização de ações providas.

Como pode-se notar, a Constituição Federal abarca e institui o SUS (Sistema Único de Saúde), bem como o regula, afim de buscar uma maior efetividade do mesmo. Outrossim, o referido tema SUS será melhor exposto e tratado posteriormente no presente artigo, por conta de sua abrangência no Brasil e a forma diversa como as pessoas e doutrinadores veêm seu funcionamento.

Outrossim, brevemente, importa conceituar corretamente a diferença entre princípio e regra, uma vez que, constitucionalmente, tem-se disposições acerca de princípios, como também regras expressas (artigos), o que, por ora pode gerar determinados conflitos de alcançabilidade e divergências de aplicação de uma regra ao caso concreto, observados os princípios constitucionais.

Assim, pontualmente, segundo o autor Carlos Ari Sundfeld, os princípios são ideias centrais de um sistema, ao qual fornece um objetivo àqueles que os seguem, permitindo a organização a partir destes e gerando um comando intrínseco nas regras. Os princípios têm o objetivo basilar de nortear a interpretação das regras, à medida em que os mesmos se positivam através das regras.[18]

Quanto às regras, pontualmente, podemos conceituá-las, segundo o conhecido autor Canotilho, que as mesmas prescrevem uma ação, podendo ser de imposição, permissão ou proibição, desta forma, positiva atitudes que podem ser ou não tomadas, de acordo com a lei. Como se pode ver, o conceito estrito dos princípios, tal como o conceito da regra, que ambos buscam uma forma de nortear a sociedade,

---

[17] BRASIL, Constituição Federal de 1988, Artigo 200. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

[18] SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato administrativo*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/36498243/licitacoes-e-contratos-administrativos/28>. Acesso em: 19 fev. 18.

seja dando ampla conclusão dos entes acerca dos conceitos dos princípios, como também condutas que não devem ser tomadas, no caso das regras.[19]

Em face dos temas conceituados, podemos dizer que a modalidade de entendimento dos princípios seja de "tudo ou nada", uma vez que estabelecem atividades e imposições usadas pelos legisladores na formulação das regras, estas que, diferentemente, são recomendações específicas acerca do que pode ser feito ou não.

Acerca da referida diferenciação abordada, é importante trazer ao diálogo a diferença de conceitos que os autores Dworkin e Alexy puderam atribuir aos mesmos inicialmente. Pode-se dizer então que, em regra, os princípios norteiam a forma de aplicação da norma ao caso concreto, uma vez que os mesmos descrevem atitudes que devem ser tomadas. Outrossim, quanto às regras, estas buscam efetivar os comandos nos princípios, na medida em que possuem interpretação diversa da forma aplicada aos princípios.

Desta forma, correto é dizer que o direito ao acesso à saúde, uma vez que positivado, incumbindo o Estado como um fornecedor universal, quanto esta for pleiteado. Quanto ao princípio da reserva do possível, o mesmo deve ser tratado somente como princípio, não sendo-lhe atribuído o caráter de regra, pois, sempre que, tendo o Estado plena necessidade e condições de fornecimento de meios fundamentais, deve o mesmo assim fazer.

Porém, pode o mesmo, com base no princípio da Reserva do Possível, negar a prestação jurisdicional que deveria ser do Estado, uma vez que devidamente justificada, quanto do dano econômico ou efeitos que a referida prestação jurisdicional possa gerar.

[19] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

2.3 Reserva do possível

O referido capítulo buscará fornecer um panorama sobre o que vem a ser o princípio da reserva do possível, expondo seu desenvolvimento histórico, extensão e aplicabilidade nos casos atuais, como também acerca da sua negativa. Desta feita, inicialmente, intuitivo dizer que o conceito expresso, necessário para o prévio entendimento histórico, é de que seja a negativa utilizada pelo Estado, em relação à prestações jurisdicionais que são fornecidas constitucionalmente, porém, em muitas ocasiões negadas, ou embasadas no referido princípio, ao momento em que o Estado não possua recursos suficientes para dita prestação jurisdicional pleiteada.

2.3.1 Desenvolvimento histórico

Importante asseverar que, acerca do conceito literal do presente tema, vemos que o mesmo verse sobre um fenômeno econômico acerca da limitação dos recursos disponíveis, de modo a suprir as necessidades existentes. Dado conceito reflete sob uma análise econômica e geral em relação ao referido tema, distanciando agora da seara da saúde, de modo que tal termo pode ser aplicado à diversas outras situações além das envolvidas na questão de saúde pública.

Desta forma, nota-se que o referido termo denota a exigibilidade jurisdicional frente ao Estado, frente às necessidades e direitos constitucionalmente previstos, buscando averiguar qual o limite e a capacidade do Estado quando fala-se em uma maior efetividade de direitos constitucionalmente previstos.

Posto isto, valioso realçar o posicionamento de determinados doutrinadores, afim de poder-se entender o amplo campo que estamos abordando na presente pesquisa. Assim conceitua Fernando Facury Scaff:

> "O conceito de reserva do possível pública está casado com outro, muito caro aos direitos sociais, que é o da progressividade na concretização desses direitos. Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos

> fornecidos progressivamente pelo Estado, de modo que, passo a passo, em um ritmo crescente, ele se torna cada vez mais concretizado — o que não ocorre com outros direitos, tal como o de maioridade, a qual se obtém de um dia para outro — literalmente. Os direitos sociais são direitos implementados à prestação, de forma progressiva."[20]

Aufere-se aqui, pelas palavras do referido autor que, o conceito da Reserva do Possível, tal como seu instituto propriamente dito, caminha juntamente com o conceito de "Progressividade", tendo em vista que defende que prestação, em especial ao direito à saúde, seja feita de maneira progressiva, de modo à constituir uma base concretizada quanto à efetivação de políticas de saúde públicas, se mantendo sempre em ritmo crescente.

Imponderável que este conceito, aparentemente, não utiliza os fatores desviantes externos, que também influenciam no funcionamento e no próprio crescimento de tal prestação, indo desde decisões judiciais que concedam remédios de alto custo para determinado ente. Estas referidas concessões de medicamentos, chega à influenciar no orçamento público da saúde, como também a má-gestão de políticas públicas, com altos níveis de despesas, pouca efetividade, gerando influência nas decisões judiciais que versam sobre a concessão de meios para a saúde e suas despesas públicas altamente onerosas.

É de se notar que o prejudicado acaba sendo aquele ente que motivou o Estado em busca de uma solução, não mais um grupo social que usufrui de determinada política pública de saúde. Ademais, é de direito do paciente, cidadão, à utilização do respectivo serviço de saúde pleiteado, uma vez que influencia não só o demandante, mas sim a todos os pacientes que compartilhem daquela coletividade, gerando precedentes para demais demandas. Outrossim, a sua não concessão, ainda que legítima, acaba por contrariar princípios e regras constitucionais, uma vez que

[20] SCAFF. Fernando Facury. *Reserva do Possível Pressupõe Escolhas Trágicas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

Desta forma, nota-se que na relação jurídica do estado com o paciente demandante, que os prejudicados, quanto à concessão de medicamentos de alto custos para determinados entes (estes que, na maioria das vezes, possuem mais condições de acesso à justiça), sejam aquelas pessoas inseridas num grupo social que usufruem de determinada política de saúde pública, por conta de uma "distração" financeira gerada de outro lado; da mesma forma, tem-se que, aquele ente que possui mais acesso à justiça, quanto ao pleiteio de tutela frente ao Estado, fique prejudicado por conta da incapacidade financeira e estrutural do Estado, que, devido à problemas de gestão de saúde pública, não pode arcar com tais despesas, dando a negativa quanto à sua ação.

Posto isso, importante frisar a posição do autor Paulo Caliendo:

> A reserva do possível *(Vorbehalt dês Möglichen)* é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (numerus-clausus Entscheidung). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito. [21]

Tem-se que a bibliografia nacional entende de diversas formas tal tema, sendo considerado a rigor, quanto sua aplicabilidade, à exemplo: i. Cláusula; ii. Discurso; iii. Teoria; iv. Princípio.

Outrossim, curioso apontar que o referido instituto, abordado na presente pesquisa, segundo entendimento jurisprudencial, pode ser utilizado como regra de distribuição do ônus da prova, de modo que, segundo a Súmula 241, do TJRJ[22]: "Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas

[21] CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. *Apud*. STIBORSKI, Bruno. Reserva do Possível: Origem, conceito e ordens. Disponível em: <https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

[22] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 241. Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas constituição. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas constituição."

Por fim, cabe ressaltar a posição do autor José Joaquim Gomes Canotilho:

> "Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível *(Vorbehalt des Möglichen)* para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob "reserva dos cofres cheios" equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica." [23]

Assim, tem-se que reserva do possível ao mesmo tempo que desvincula o Estado de fornecer determinada prestação jurisdicional, também o vincula a fundamentar corretamente o motivo que corroborou à negativa da mesma. Assim, a falta de dinheiro nos cofres públicos, para o autor acima, pode justificar a falta de prestação jurisdicional.

Ainda que haja a falta de recursos públicos, no momento da negativa de determinadas prestações jurisdicionais, deve sim haver uma correta apuração e ponderação quanto aos pressupostos que justificam à concessão das mesmas. Como dito anteriormente, deve ser levado a rigor à condição econômica do demandante, a gravidade do problema apresentado e a capacidade do Estado em solucionar a demanda.

2.4 Peculiaridade das Testemunhas de Jeová

Sabemos que a Constituição Federal tem consagrado como direito fundamental, a liberdade de crença ou religião, **onde todo e qualquer cidadão** poderá **livremente** exercer sua crença ou religião, sem à interferência do Estado, não podendo ser tratado de diferente forma, ocorrendo o mesmo com às próprias normas regentes do país, uma vez que às mesmas **não podem levar em consideração à proteção ou exposição de terminada crença ou religião**.

[23]CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. P. 481.

Por esse motivo, podemos dizer, em tese, que o país seja laico, ou seja, possuindo uma posição neutra no campo religioso, se baseando na imparcialidade, no que tange aos assuntos religiosos, não apoiando ou diminuindo determinada religião. Ademais, tal afirmativa quanto ao Estado Laico, vem expressamente afirmada na Constituição Federal, vejamos

> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;
>
> II - recusar fé aos documentos públicos;
>
> III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.[24]
>
> (grifo nosso).

Desta maneira, conclui-se que o Estado não pode tratar de maneira benéfica ou prejudicial, àquelas pessoas que possuam crenças diversas ou que representem minoria na sociedade, de modo à fornecer amparo universal a todos. Novamente na Constituição Federal, vemos o direito a liberdade de crença sendo reafirmado de forma expressa:

> **Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:**
>
> (...)
>
> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
>
> VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

[24]BRASIL, Constituição Federal de 1988, Artigo 19º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19/06/2017.

> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
>
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [25]
>
> (grifo nosso)

Está claro que o constituinte visou reconhecer e realçar o caráter universal das religiões e ceitas presentes no mundo, uma vez que a diversidade, ainda que minoria ou não na sociedade, deva ser protegida em prol da saudável relação dos coletivos com a coletividade. Desta maneira, tem o Estado, dever de proteger o pluralismo religioso, zelando pela igualdade religiosa, dando condições ao livre pensamento de todos e dando amplitude ao princípio constitucional da autonomia da vontade.

Partindo para o foco do presente trabalho acadêmico, temos às Testemunhas de Jeová, um dos pontos mais relevantes da presente abordagem, onde, atualmente, o número de integrantes da referida religião tem crescido de maneira relevante, assim merecendo uma melhor explanação acercas dos posicionamentos vigentes. A religião fora fundada em 1870 por Charles Taze Russel, possuindo atualmente um quantitativo representativo em 236 países, com aproximadamente 8 milhões de fiéis.

Temos que as pessoas que integram à religião Testemunha de Jeová, têm para si que a Bíblia Sagrada seja o livro guia, espelhando-se na numa vida sob a mesma perspectiva que seu salvador (Deus Jeová), sendo levada de uma forma mais pura. Partindo para a peculiaridade delineada no presente artigo, temos que as Testemunhas de Jeová rejeitam qualquer tipo de tratamento sanguíneo, onde não

[25] BRASIL, Constituição Federal de 1988 – Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição.htm>. Acesso em: 13 de marc. de 2018.

aceitam transfusão de sangue por motivos de não se purificar ou contaminar sua alma sob os pecados presentes no sangue respectivamente recebido.[26]

Desta maneira, os jeovistas buscam tratamentos alternativos aos sanguíneos, não optando por aqueles que envolvem especificamente o sangue, seguindo os pressupostos jeovistas, sob o argumento de tornarem-se mais próximos de seu salvador e prosperarem espiritualmente.

Pelo o que fora dito, busca-se ressaltar à relevância quanto a religião Testemunha de Jeová, bem como suas liberdades inerentes à crença, frente ao que a Constituição Federal dispõe acerca das liberdades individuais, seus limites, abrangência e quando temos um direito sobressaltado a outro. O que se pode notar, sob um primeiro momento, que claramente temos uma colisão de direitos fundamentais, onde estes são previstos constitucionalmente, com seu objeto principal sendo a dignidade humana.

Sob o enfoque do conflito suscitado, trazendo o mesmo ao tema abordado no presente artigo, temos de um lado o direito fundamental ao acesso a saúde, e de outro o direito fundamental quanto ao livre direito de crença e liberdade religiosa. Assim, no momento da aplicação da norma ao caso concreto, o julgador deverá ponderar quanto aos interesses inerentes à ambas partes, com base nos princípios da Administração Pública (imparcialidade, razoabilidade, isonomia, etc).

Quanto aos jeovistas, conclui-se que a "dignidade" delineada, para estes, gira em torno do fato de não utilizarem tratamentos que desrespeitem suas convicções religiosas, desta maneira, temos que a dignidade se faz presente, somente quando se têm respeitadas tais convicções. Ademais, temos então firmado o argumento concreto quanto à concessão de tratamentos mais caros para os jeovistas, tendo em vista não optarem por transfusão ou tratamentos sanguíneos, assim viabilizando o direito a liberdade religiosa inerente a todo cidadão brasileiro.

[26] DE ARAÚJO, Ana Paula. *Testemunhas de Jeová*. Disponível em: <https://www.infoescola.com/religiao/testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

No tocante aos tratamentos alternativos a transfusão de sangue, vemos que a quantidade de maneiras para se solucionar demais problemas sanguíneos, ultrapassam o único procedimento de transfusão de sangue, uma vez que, alternativamente, pode ser feito: o uso de medicamentos que estimulam o corpo do próprio paciente a produção de diversos tipos de células sanguíneas; o uso de agentes hemostáticos; o uso de expansores de volume do plasma sanguíneo que não contenha o sangue propriamente dito; o uso dos chamados "substitutos do sangue", ou seja, medicamentos que não são sangue, mas que corroboram para a solução do problema; e o uso de medicamentos e equipamentos que diminuem o volume de sangramento, recuperando naturalmente o sangue do paciente.

Desta maneira, temos que a simples negação quanto a pretensão de tutela de saúde, ainda que de alto custo, não possa desincumbir o Estado do fornecimento do respectivo tratamento.

Assim, tratamentos alternativos se fazem presente e podem ser utilizados como táticas para à solução do problema, não onerando exacerbadamente o Estado, não gerando grandes danos a outros tratamentos de demais pacientes, e fornecendo o devido direito constitucionalmente garantido ao demandante.[27]

2.5 Panorama jurisrudencial acerca do princípio da reserva do possível

Jurisprudencialmente falando, nos acórdãos que extrai-se do STF, abordando acerca da aplicação do princípio da reserva do possível, é possível a delimitação de uma "linha" teórica utilizada pelos doutrinadores e juristas, quanto ao referido momento de aplicação.

Desta feita, são os autores que são mais citados: i. ALEXY, Robert; ii. BARCELLOS, Ana Paula; iii. KRELL, Andreas Joachim; iv. LEITE, Carlos

[27]RICARDO, Wilson. Artigo: *Tutelas de Urgência na Recusa de Transfusão de Sangue*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13243/tutelas-de-urgencia-na-recusa-de-transfusao-de-sangue/2>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

Alexandre Amorim; v. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas; vi. SARLET, Ingo Wolfgang; vii. SARMENTO, Daniel; viii. SCAFF, Fernando Facury; ix. HOLMES, Stephen; x. SUNSTEIN, Cass.; xi. BARROSO, Luiz Roberto. [28]

Como pode-se concluir, contrário ao que parece, o princípio da reserva do possível, apesar de recente em face dos outros existentes, já possui vasta conceituação doutrinária e jurisprudencial, uma vez que são apresentados argumentos contra ou favor da aplicabilidade do mesmo, no caso de prestações jurisdicionais fornecidas pelo Estado, constitucionalmente.

2.5.1 Panorama e análise de julgados

Inicialmente, tem-se o julgado do TRF-5 - Agravo de Instrumento: AGTR 67336 PB 0008842-80.2006.4.05.0000, o qual foi **unânime** a decisão dos Srs. Magistrados quanto à pretensão de pagamento, por meio da reserva do possível, e à sequestro de verba pública, de medicamentos para Mal de Parkinsnon, de modo que prevaleceu o entendimento de que o Estado é obrigado à atender os direitos sociais na medida da sua capacidade, como assim podemos ver:

> [...]. 1. Comprovada pelo ente federativo estadual a atual regularização no fornecimento da medicação excepcional para os portadores do Mal de Parkinson, incabível o seqüestro de verba pública para atender a esse propósito. 2. O atendimento aos direitos sociais se sujeita ao princípio da reserva do possível, estando o seu adimplemento limitado às possibilidades orçamentárias do Estado. 3. Improvimento do Agravo de Instrumento." [29]

Tendo em vista que o Estado poderá negar determinada prestação jurisdicional, a qual é obrigado constitucionalmente a prestar, surge uma dúvida

[28] Os referidos autores citados, foram descritos tendo em vista a pesquisa feita em alguns de seus respectivos materiais, bem como pode-se concluir acerca de uma breve análise de julgados, fundamentados em alguns dos mesmos descritos acima. Ademais, frequentemente alguns dos mesmos serão citados no presente artigo.

[29] BRASIL. TRF-5 - *AGTR: 67336 PB 0008842-80.2006.4.05.0000*, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo – 1ª Turma, Data de Publicação: 14/03/2007. Disponível em: <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8119480/agravo-de-instrumento-agtr-67336-pb-0008842-8020064050000/inteiro-teor-15150939>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

acerca de quem poderia prestar tais direitos, quando da omissão do Estado, seja pelo argumento da reserva do possível ou afins, de modo que, desde os anos 2000, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal tem firmado o entendimento de que a todos os entes da federação t**em responsabilidade pelas ações e serviços de saúde**, o que consta no RE n° 195.192-3/RS[30].

Outrossim, além deste entendimento já firmado há um certo período, mesmo que ainda não concretizado, tem-se que fora considerada Repercussão Geral no RE n° 642536 AP:

> **[...].** 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do "mínimo existencial" e da "reserva do possível", decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (grifo nosso) [31]

Em falando-se de repercussão geral, podemos ver que no presente julgado, a mesma fora considerada indevida, uma vez que não fora suscitada o real fundamento da mesma, utilizando ao fim, o argumento de que ao está-se referindo de direito a saúde, tem o Poder Judiciário o dever de motivar o Poder Executivo a cumprir às políticas públicas que se compromete, uma vez que busca-se o mínimo existencial.

---

[30] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n° 195.192-3*. Relator: Min. Sydney Sanches. Data de Julgamento: 12 de fev. de 2001. Acesso em 26 de marc. de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14822782/recurso-extraordinario-re-198263-rs-stf>.

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF - RE: 642536 AP*, Relator: Min. LUIZ FUX – 1ª Turma. Data de Publicação: Acórdão eletrônico > dje-038 divulg. 26-02-2013 public. 27-02-2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

> **[...].** 1. A responsabilidade pelo fornecimento do medicamento postulado é solidária entre União, Estados e Municípios. Eventual deliberação a respeito da repartição de responsabilidade compete unicamente aos entes federativos, a ser realizada em momento oportuno, tendo em vista a solidariedade existente entre todos, não podendo o particular ter limitado seu direito à saúde, garantido constitucionalmente, por ato da Administração Pública. 2. Eventuais limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, dada a prevalência do direito reclamado. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, POR MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70068075902, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 26/01/2016). (grifo nosso)
>
> (TJ-RS - AI: 70068075902 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 26/01/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/01/2016)

Vemos que a responsabilidade pelo fornecimento ao acesso a saúde, seja de forma direta ou indireta, gera responsabilidade solidária à União, Estado e Municípios, de modo que o demandante não pode ficar prejudicado por uma falta de condições da Administração Pública. Isto pois, no tocante à prestações jurisdicionais necessárias, em que se tem de um lado, o demandante requerendo um determinado serviço de saúde, que pode ser custoso demais para à Administração Pública, e de outro a própria Administração Pública, em que alega que o SUS tenha condições para prover os respectivos recurso, como também, alegando quanto sua negativa da prestação que é incumbida, sob o argumento da "Reserva do Possível".

Conclui-se acerca da análise breve feita da jurisprudência, que a mesma não se mantém uníssona no entendimento quanto a concessão de medicamentos e tratamentos muito onerosos ao Estado, uma vez que, vemos a Administração Pública concedendo provimentos e medidas jurisdicionais cabíveis a efetivação do direito fundamental do demandante, onde as dificuldades orçamentárias não servem de justificativa para negativa de tal direito. Por um outro lado, temos, noutros julgados, a presença da justificativa que versa sobre os abalos aos numerários do Estado, onde o mesmo se desincumbe de prestar determinado a um específico ente, em face da

permanência e do correto usufruto destes direitos para outros tantos de uma coletividade.

No tocante a não concessão de tutela referente a tratamento de saúde pleiteado, vemos no Agravo de Instrumento n° 0016638-50.2017.4.01.0000/DF[32], que o referido direito não fora assegurado, uma vez que negado o tratamento pleiteado sob o argumento da onerosidade exacerbada aos cofres públicas, o que, sob a égide do entendido, o que impossibilitaria o tratamento de tantas outras pessoas usufrutuárias do mesmo sistema de saúde.

Nota-se que na presente decisão, o bem tutelado protegido, não fora o direito constitucionalmente abarcado pelo demandante, mas sim a segurança à constância do tratamento de diversos outros pacientes, de modo que o demandante não teve o objeto da pretensão demandada atendido.

3 ANÁLISE DO RE. 979742 – TESTEMUNHA DE JEOVÁ E ACESSO À SAÚDE – PANORAMA

Em caso recente, o Supremo Tribunal Federal teve de debruçar-se no tocante ao tema: Liberdade Religiosa como Fundamento para o Custeio de Tratamento de Saúde pelo Estado.

Em breve síntese ao tema, pode-se abstrair que o mesmo versa sobre o tema das garantias constitucionais, quanto a liberdade religiosa e, por conta disto, à execução de tratamentos específicos, que visem respeitar as opiniões e crenças religiosas, de forma a ser custeado pelo Estado, sob a justificativa do direito à saúde ser uma garantia constitucional, bem como o respeito das garantias entre si.

[32] BRASIL, Tribunal Regional Federal – 1ª Região. *Agravo de Instrumento n° 0016638-50.2017.4.01.0000/DF*. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=0016638-50.2017.4.01.0000&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 26 de mar. de 2018.

Sob um olhar diverso, também será delineado quanto à negativa do Estado em face de uma prestação jurisdicional, em relação ao fundamento acerca do instituto da "Reserva do Possível", objeto do presente trabalho.

No que concerne ao fato gerador da presente demanda, deve-se esclarecer que a referida ação fora apresentada por paciente do SUS (Sistema Único de Saúde), contra a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus, buscando obter tratamento diferenciado em face de impedimentos religiosos. Requer preferência para a realização do procedimento cirúrgico indisponível (cirurgia de Artroplasia Total Primária Cerâmica) na rede pública, devendo ser realizado em Estado diverso, que, em tese, deveria haver somente com a transfusão de sangue, porém, por conta de uma proibição religiosa quanto à transfusão de sangue, o autor pleiteia para que seja realizada fora do SUS, sob o custeio do Município, Estado ou União, cirurgia sem a necessidade de transfusão de sangue.

Acerca do posicionamento das partes citadas no presente caso, pode-se ver que o Estado do Amazonas busca justificar sua negativa por não poder favorecer o referido paciente, em face de outros milhões que se encontram nas filas, alegando violação ao princípio da isonomia e razoabilidade, visto o alto valor para a realização do procedimento adequado ao caso, bem como o risco de necessidade de transfusão de sangue. [33]

Já o Município de Manaus alega que o dispêndio de recursos municipais, acarretaria em prejudicar outros beneficiários do SUS, em se tratando de procedimento não existente nas atribuições do mesmo, alegando a possibilidade de geração de dano de difícil reparação, tendo em vista que indica que seus recursos são voltados para a competência de atendimento básico, concluindo pela sucumbência do Estado de Amazonas.

[33] NACIONAL, Diário do Nordeste. *STF vai decidir se liberdade religiosa justifica custeio de tratamento de saúde pelo Estado* – Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/nacional/online/stf-vai-decidir-se-liberdade-religiosa-justifica-custeio-de-tratamento-de-saude-pelo-estado-1.1801405 >Acesso em: 24 de out. de 2017.

No presente tópico, será abordado a questão do que ocorreu no presente processo, uma vez que

3.1 Relatório do andamento processual

No presente tópico, será abordado a questão do que ocorreu no presente processo, uma vez que importante a análise da 1ª e 2ª Instâncias, bem como da 3ª Instância e a Repercussão Geral, onde serão apresentados os motivos, as teses trazidas por cada parte, sob a luz do entendimento do Relator do processo, concluindo com o argumento do autor da presente monografia.

3.1.1 1° e 2° instância

Em face da breve contextualização fática do caso, em sede de 1° Instância, o autor, em sua petição inicial, promovida por si mesmo, pleiteia a citação da Município de Manaus, o Estado do Amazonas e a União, para fornecerem, de forma solidaria entre si, todo o amparo necessário para a realização de cirurgia: Artroplastia Total do Quadril (Sem transfusão de sangue), a ser realizada na cidade de Itú/SP; e afim de que respondam os termos da referida demanda.

Ademais, pleiteia para a condenação de ambas às partes, à tutela antecipada, visando o custeio necessário para o tratamento fora do domicílio, incluindo as passagens aéreas, custas com deslocamento e diárias, alimentação, para a autora e um acompanhante.

Importante ressaltar que o referido tratamento pleiteado, gera incidência na modalidade de TFD – Tratamento Fora do Domicílio, visto que feito fora do domicílio do autor, isto afim de que seja assegurada a devida efetividade ao mesmo, bem como acesso à saúde universal. Ocorre somente quando esgotadas as maneiras e meios existentes para o devido tratamento e, quando houver possibilidade notória possibilidade de tratamento em outra localidade.

Antecipadamente, restou-se decidido pelo Regional, que ficasse determinado que as partes arroladas forneceriam integral amparo e custeio necessário para a correta realização da cirurgia necessária.

Em sede de agravo, o Município de Manaus assevera que a concessão de tal pedido, poderia gerar danos financeiros aos números do Município, bem como não tendo acatado a justificativa de preferência, suscitada pelo autor, com o argumento de lesão ao princípio da isonomia.

Outrossim, o Município alega incompetência quanto à matéria da presente demanda, uma vez que entende que a complexidade da causa e o valor da mesma, corroboram para a falta de interesse de agir. Isto pois, asseveram que a demandada à cumprir com os termos aduzidos na tutela antecipada tenha sido a Secretária Estadual de Saúde, concluindo por ter fugido à competência do Município.

Em sede de contestação, o Estado do Amazonas aduz que a competência do mesmo ocorra somente em demandas de até 60 salários mínimos, pela redação aferida do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal e ao art. 3, da Lei 10.259/2001, em relação à competência do Juizado Especial Federal. Ademais, asseverou que a referida cirurgia, pelo fato de haver restrição quanto à transfusão de sangue, teria um alto custo, o que fugiria ao princípio da razoabilidade, visto que, cirurgia menos complexa, e menos morosa ao Estado, pudesse ser feita. Como também afirmou que a realização da mesma, poderia trazer alteração aos balanços financeiros do Estado, visto que existem outros beneficiários aos programas de saúde do Estado do Amazonas.

Finalmente, em sede de contestação, a União asseverou quanto a incompetência dos Juizados Especiais Federais quanto ao julgamento da presente demanda, tendo em vista a complexidade da causa, bem como o valor. Similarmente ao Estado do Amazonas, argumentou acerca da falta de interesse de agir, alegando quanto à falta de argumentos do autor, entendendo por ter procedimento específico, interno ao SUS, que possa sanar a demanda.

Outrossim, afirma que a complexidade da demanda, bem como o tratamento a ser efetuado, não seja da seara do Município, uma vez que assevera que o mesmo tenha somente competência quanto à causas de pequena à média complexidade.

O Regional decidiu pela improcedência do Agravo impetrado, por divergir da jurisprudência aplicada, nos termos dos artigos 527, I e 557, do Código de Processo Civil de 1973, que assim determinava:

> **Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)**
>
> I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;
>
> **Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998)**
>
> § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)
>
> § 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)
>
> § 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)(grifo nosso).[34](grifo nosso)

Decidiu pelo reconhecimento de responsabilidade solidária entre as partes arroladas, Município, Estado e União, tendo em vista disposição constitucional presente nos artigos 196 e 198.

[34] BRASIL, Código de Processo Civil de 1973. Artigos 527 e 557. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais 'e econômicas que visem à redução do risco. de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Art. 198 (...) Parágrafo' Único. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados. do Distrito Federal e dos Municípios. [35]

Entendeu que a prestação de serviços de saúde onera tanto a União, quanto os Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo todos os entes promoverem condições necessárias para que se efetive o tratamento a ser feito. Delineia que o custeio deverá ocorrer independente de qualquer divisão de cotas de responsabilidade advinda através da legislação ou regulamento infraconstitucionais, conhecendo da necessidade de realização da referida cirurgia, com base em laudos e exames.

Reconheceu urgência à demanda, sob o perigo de dano irreparável à vida do autor, não restando dúvidas quanto a necessidade de cirurgia, devendo ser aplicada o princípio da proporcionalidade, tendo em vista ao dano gerado ao Erário, bem como o dano gerado ao autor, entendido com maior perigo de lesão.

Quanto à competência para julgamento da demanda em tela, assevera que a mesma será do Juizado Especial Federal, em razão do valor da causa, desconsiderando qualquer que seja a matéria discutida, concluindo por observar a real urgência do feito, afim de que mais célere se proceda, dispensando pericias, fundamentando tal decisão com base em laudos e exames técnicos realizado pelo autor.

Acerca da violação ao Princípio da Igualdade, como suscitado pelas partes, assevera que consiste em “tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma

[35] BRASIL, Constituição Federal de 1988. Artigos 196 e 198. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 de out. de 2017.

desigual, na medida de sua desigualdade"[36]; desta forma, decidiu-se que não houve tratamento desigual, ou também priorização do paciente em face de outros, mas sim o cumprimento de prescrição médica feita por especialista do SUS. Confirma as alegações de que o SUS, injustificadamente, se nega a submeter o autor ao procedimento médico adequado.

Em Sentença, confirmou-se à competência do Juizado Especial Federal para o julgamento da presente demanda, sob o argumento de celerizar a máquina judicial do Estado. Entendeu por ser dispensável à realização de perícia médica, no caso de aferir-se a real complexidade da causa, tendo em vista que o autor já havia apresentado documentos e exames que eram suficientes para tal conclusão. Rejeitou as alegações das partes quanto à ilegitimidade passiva, com base na forma que a jurisprudência vem decidindo quanto a responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos.

Quanto à alegação de ferimento ao princípio da igualdade, decidiu-se que o mesmo não se feriria, uma vez que não tenha havido a priorização de um paciente em face de outro, tão somente acatamento às prescrições médicas.

Por fim, restou confirmada a tutela antecipada acerca da urgência do autor para realização do procedimento cirúrgico adequado, bem como extinguiu-se com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil. Condenou as partes para que, solidariamente, custeiem o tratamento adequado para o paciente, em hospital público ou particular, para que realize procedimento sem transfusão de sangue, sob cobertura assistencial integral.

[36] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Sentença do Tribunal Regional da 1° Região. Juíza Federal Marília Gurgel R. de Paiva e Sales. *Processo n° 0020996-03.2013.4.01.3200*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=979742&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 15 de nov. de 2017.

3.1.2 3° instância e repercussão geral

Em sede de recurso extraordinário, a Turma Recursal do Juizado Especial Federal dos Estados de Amazonas e Roraima, reconheceu a improcedência do agravo interposto pelo Município de Manaus. Em especial, aos temas que desrespeitam acerca da Ilegitimidade Passiva e Solidariedade em relação ao Município de Manaus, o Estado do Amazonas e a União relação à correta fruição do direito pleiteado. Outrossim, admitiu parcialmente o recurso interposto pela União, negando seguimento quanto à questão da ilegitimidade passiva, que a mesma sugeriu, sob o argumento do art. 54, XVI, da Resolução PRESI n°. 17, de 19/09/2014.

Com decurso do processo para o Supremo Tribunal Federal, o processo recebeu nova numeração (RE. N°. 979742), o qual fora distribuído para o Ministro Roberto Barroso. Em seu voto, começou elencando V. posição quanto à solidariedade das partes em arcar com os custos, para que tenha uma correta execução do procedimento, afim de que se respeite a individualidade da religião do paciente, bem como o acesso universal à saúde, em todas as suas formas de execução e fruição.

Quanto à admissibilidade de repercussão geral à presente demanda, prevista no art. 101, §3, da Constituição Federal, a União, bem como o Estado do Amazonas, suscitou em suas disposições recursais que, segundo o artigo 543-A, §1°, do Código de Processo Civil, devem estar demonstrados questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico para que seja dado provimento à repercussão geral.

Da mesma forma, suscitam as partes que o tema tem relevância sensibilidade acerca da delimitação de incidência de direitos fundamentais, e até quais pontos os mesmos interagem e integram-se, na medida em que se busca a justa aplicação do direito, bem como a efetividade das prestações jurisdicionais oferecidas pelo Município, Estado e União. Está-se diante de um conflito existente entre a liberdade

religiosa e o direito ao acesso universal a saúde, uma vez que, busca-se pela justificativa de um direito fundamental, o provimento jurisdicional ensejador da justificativa de outro direito fundamental.

Outrossim, evidenciam que a tal demanda precisa de atenção, uma vez que observam o risco de demandas semelhantes aumentares exponencialmente, por conta de um conflito de normas constitucionais. Destarte isto, asseveram quanto ao desequilíbrio econômico gerado pela competência residual em relação ao Município de Manaus, uma vez que apontam não ter orçamento elástico capaz de sustentar tais demandas.

Doravante os argumentos sustentados no decorrer do processo, a Associação das Testemunhas de Jeová, por meio de *amicus curiae* (art. 138, do Código de Processo Civil de 1973), requere a admissão de repercussão geral à demanda, tendo em vista, como comprova, a quantidade de cidadãos que cultuam a religião de Testemunha de Jeová, uma vez que, alegando haverem outros casos semelhantes, em que os provimentos jurisdicionais divergem dos argumentos desta. Ademais, a referida associação busca defender os interesses de todos os seus integrantes, bem como àqueles que compartilham da mesma crença.

A associação pleiteia a admissão de repercussão geral à demanda em tela, uma vez alega o relevante interesse público quanto da adequada e integral adoção de políticas públicas que englobem todos os cidadãos, inclusive os que compõe minoria na sociedade.

Quanto à atual situação do processo em tela, vemos que o Relator, apesar de se debruçar pelos temas trazidos no mérito, teria votado somente para a admissão de Repercussão Geral ao caso, estando o mesmo, até o momento, parado no Supremo Tribunal Federal, aguardando a apreciação das petições de amicus curiae[37], onde se

[37] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Notícia: *Supremo aprova manifestação de "amicus curiae" em julgamento de ADI.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61765>. Acesso em: 25 de marc. de 2018.

tem presente a intervenção de terceiros interessados no processo, na qualidade de informantes, a fim de corroborar à solução da controvérsia.

3.2 Argumento da administração pública/ união

Sob o que se entende acerca das instâncias judiciais da presente demanda, é notável que os argumentos aduzidos por ambas as partes, estas que compõe o polo da Administração Pública de forma geral, versa em cima da incompetência do Estado do Amazonas e do Município de Manaus, tendo em vista a complexidade, valor e o tipo da causa. Ademais, se nota que tanto o Município quanto o Estado, pretendem absterem-se da presente demanda, tendo em vista ao dano aos balanços financeiros dos mesmos, bem como o entendimento de estarem beneficiando um, em detrimento de outros.

Suscitam que deva ser de competência da União, à resolução da lide, uma vez que, ainda que indisponível de tratamento adequado no SUS (Sistema Único de Saúde), tendo em vista à tamanha necessidade do demandante em ter seu enfermo resolvido. Outrossim, cabe a Administração Pública prover meios adequados, ainda que de forma descentralizada para entes particulares, à resolução do conflito.

Da mesma forma, indicam violação aos princípios da isonomia e da razoabilidade, uma vez que estaria beneficiando-se um ente em detrimento de outros que compõe uma fila, como também acerca da alegação de que a cirurgia pleiteada não poderia ser efetuada com transfusão de sangue, o que contraria a concepção religiosa do mesmo.

Quanto a solidariedade das partes arroladas, pode-se notar que as mesmas possuem sim solidariedade quanto às obrigações que não conseguirem fornecer o devido amparo jurisdicional. Desta feita, restam responsáveis tanto o Município, quanto o Estado, União e o Distrito Federal, para proverem os meios necessários.

Quanto ao que vem sido decidido recentemente, temos que se revela uma tendência de negativa preliminar quanto a demandas impetradas, que buscam obter

provimentos jurisdicionais voltados a saúde. Tais decisões são imbuídas de má fundamentação, uma vez que tratam de aspectos gerais quando da argumentação que refere-se ao impacto gerado aos cofres públicos.

Outrossim, tendo em vista esta negativa preliminar, é possível asseverar que, em causas de alta complexidade e alto valor econômico, Estados e Municípios buscam desincumbir-se de prover determinada prestação, uma vez que moroso o processo de recuperação dos numerários perdidos, bem como possíveis impactos a demais políticas públicas em funcionamento. Desta forma, resta para à União, resolver o respectivo conflito, lançando mão de formas descentralizadas de fornecimento de amparo, até mesmo por particulares, buscando, desta maneira, zelar de forma estrita o que se faz presente na constituição quanto as garantias fundamentais.

3.3 Argumento do Ministro Luiz Roberto Barroso

Incialmente em seu voto, o Relator, Min. Barroso, já define os parâmetros de julgamento e as questões levantadas, consideradas relevantes e que motivaram a repercussão geral à demanda. Assevera que constitua questão constitucional relevante, o fato do exercício da liberdade religiosa justificando o custeio de tratamento pelo Estado, na égide do princípio do acesso universal a saúde.

Acerca de seus argumentos propedêuticos, suscita que inicialmente deve haver uma determinação da extensão das liberdades individuais, desta forma, expõe que a Constituição assegura o livre exercício de consciência e de crença (art. 5°, VI, da Constituição Federal), entendendo que a mesma acaba por estar limitada, se o paciente depara-se com um Estado que não possua políticas públicas que englobem essas concepções religiosas e filosóficas existentes atualmente. Compartilha da afirmação de que o Estado, a partir do momento que volta suas políticas públicas para o perfil de paciente mais comum, ou seja, maioria da população, acaba estar discriminando às concepções adversas dessas, que são minorias, constrangendo o livre direito à autodeterminação do indivíduo.

Em seu voto, o Min. Barroso afirma que a União não identificou uma lista de pacientes em situação similar do paciente da lide, tal fato que não prospera à desobediência de qualquer ordem de preferência entre pacientes, o que violaria o princípio da isonomia. Do mesmo modo, assevera que não houve violação ao princípio da razoabilidade, uma vez que, tendo a União a devida assessoria técnica, não ficou demonstrado a impossibilidade de realização do procedimento pleiteado sem a necessidade de transfusão de sangue.

Por outro lado, compreende também que não pode o direito à livre concepção religiosa e filosófica, servir como argumento para a realização de procedimentos mais caros ao Estado, ou como forma de garantir a alocação de recursos escassos em casos específicos.

Porém, devido à natureza do Tribunal julgador, bem como as estritas matérias por ele tratadas, entendeu por não ser cabível o reexame de provas em sede de recurso extraordinário, estas que tratam da razoabilidade do procedimento e da isonomia quanto ao tratamento preferencial, sob o argumento do disposto na Súmula 279, do STF. Argumentou que, sendo tecnicamente possível e aplicável ao fato em tela, se houverem possibilidades de realização da referida cirurgia sem a necessidade de transfusão de sangue, como pleiteia o paciente, que o Poder Público tenha de garantir a correta execução do procedimento, uma vez que respeitadas a dignidade e a opinião religiosa do paciente, sob o argumento do artigo 1°, III, da Constituição Federal.

Entendeu por acompanhar o entendimento que suscitou já ser consolidado e o que é disposto na lei originária do Sistema Único de Saúde (Lei 8080/90), em que admite-se responsabilidade solidária a todos os entes federativos (Município, Estado, União e DF) na defesa do direito fundamental ao acesso a saúde, estes figurando como litisconsortes na demanda em tela.

Ademais, reconheceu que deva haver uma linha tênue que delimite a "Extensão das Liberdades Individuais", como bem disse, pois, ao mesmo tempo que

o SUS prevê atribuições técnicas e políticas públicas de saúde para cada procedimento, o mesmo acaba por não observar, e até mesmo desconsiderar, a autodeterminação, bem como valores religiosos e filosóficos que movem seus pacientes (Artigo 5°, IV, da Constituição Federal).

Assim, visivelmente acaba por nascer, mesmo que involuntariamente, uma discriminação às percepções minoritárias sobre a autodeterminação dos povos e o que gera o acesso efetivo e universal a saúde, ao passo que, uma correta solução para o problema, seria a criação de parâmetros que viessem a desconsiderar situações e conformações diversas das atribuições do Sistema Único de Saúde, passando uma linha determinante acerca das convicções pessoais de cada cidadão, as diretrizes para o acesso universal a saúde, bem como os fatos que motivam o acesso a ambos os direitos universais.

Por outro lado, defende que não pode o exercício da convicção religiosa servir de argumento para o dispêndio de recursos públicos escassos, uma vez que foge à razoabilidade, princípio constitucional, e acaba por demonstrar que muitas vezes não haverá maneiras de preponderar um bem constitucional sobre o outro. Sugere, finalmente, que seja feita uma ponderação ao caso prático, na medida em que poderá se sobressair a outro bem constitucional, determinando sua justa medida e intensidade de preponderação sobre outro.

3.4 Opinião quanto ao tema

Enfim, quanto ao tema, é importante frisar que o mesmo versa sobre garantias fundamentais, estas que muitas vezes colidem entre si. Desta feita, é importante diferenciar liberdade religiosa, quanto à mesma seja princípio ou regra, de modo a entender à extensão do presente tema e o em qual ponto o estado se encontra obrigado ou não fornecer medicamentos e tratamentos de alto custo.

Assim, importante determinar que a liberdade religiosa, expressa no artigo 5°, da Constituição Federal de 1988, precisamente no inciso VI, vejamos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes
>
> (...)
>
> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [38]

Desta forma, podemos ver que à cada cidadão é assegurado o livre direito de crença em qualquer religião ou ceita, não podendo o mesmo ser tratado diferencialmente por conta de sua crença. Assim, importa ressalvar que o direito à liberdade religiosa e de crença, é prerrogativa fundamental de cada cidadão, sendo conceituada como a liberdade à crença em qualquer ceita ou religião, bem com sua livre manifestação. Assim, devemos tratar o referido disposto constitucional como a regra que é, tendo sua aplicabilidade estritamente obrigatório.

Ademais, a referida regra pode ainda ser tratada como princípio, em casos estritos em que vê-se à mesma sendo violada quanto à tratamento diferenciado ou quando do não tratamento do Estado perante daquela crença ou ceita do respectivo cidadão.

Quanto ao princípio da reserva do possível, podemos ver que o mesmo não é regra, pois não pode o Estado desincumbir-se de prestar e fornecer meios necessários que lhe são obrigatórios. Sendo tratado como princípio, o mesmo deve ter aplicabilidade observada com mais cuidado, uma vez que o Estado, com o seu dever precípuo de amplo fornecimento, não pode prejudicar-se financeiramente para prover prestações para uns, "desbeneficiando" vários outros, impactando também diversas políticas públicas, desestabilizando a máquina administrativa do Estado.

[38] BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 5°, inciso IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15.11.2017.

Assim, reserva do possível é argumento que deve ser usado em face de beneficiamento de um ente, frente a outros, ou desestabilização econômica à políticas públicas mantidas pelo Estado.

Como autor do presente trabalho, acredito que a livre manifestação religiosa seja direito fundamental a qualquer ente, uma vez que não podem os cidadãos que possuam crenças minoritárias, sejam tratados diferencialmente, tendo em vista uma grande maioria que acredita em outra religião. Assim, sendo o Estado o polo fornecedor de determinado direito, deve o mesmo fornecer amplas condições para que todos os cidadãos tenham seus direitos defendidos.

Da mesma forma, em especial às pessoas Testemunhas de Jeová, entendo que seja possível sim à concessão de tratamentos diversos ao de transfusão de sangue, mesmo sendo mais oneroso para o Estado, uma vez que, deve-se respeitar as garantias constitucionais inerentes a todos os cidadãos, resguardada à isonomia, razoabilidade e igualdade. Por este motivo, não vejo por errônea à aplicação do princípio da Reserva do Possível, mas sim creio que a necessidade de melhor fundamentação para utilização do mesmo, bem como da utilização de critérios objetivos acerca de tais concessões voltadas para à saúde do cidadão.

Vejo que a aplicação do referido princípio, enseje na afirmativa de que não há certa necessidade de que o respectivo tratamento seja custeado pelo Estado, uma vez que, para tanto, deverá o demandante ter necessária condição, bem como a gravidade do procedimento, uma vez que, para à abstenção do Estado, deva ser de pequena à média complexidade.

4 CONCLUSÃO

Pela observação dos aspectos analisados vemos que, incialmente na presente monografia, temos a tratativa acerca do conflito entre Regras e Princípios, voltado a capacidade do Estado em fornecer tudo aquilo que garante na carta magna, bem como analisar a extensão de tais regras, uma vez que ampla à interpretação sobre os princípios. Por este motivo, incialmente é abordado o conflito em Regra e Princípio,

uma vez que, acerca do princípio da Reserva do Possível, especialmente, se faz necessário saber o entendimento consolidado, no tocante a extensão das regras e as influências dos princípios sobre as mesmas.

Nesse mesmo limiar, vimos que os autores Robert Alexy e Ronald Dworkin já tratavam acerca de tal conflito, nos sugerindo a solução para o referido problema, de modo a utilizar da Ponderação para delimitar a primazia de uma regra em face um princípio, bem como o contrário. Porém, cumpre ressaltar que os referidos autores não compartilhavam da mesma linha de pensamento, onde Alexy teria sido o sucessor dos estudos de Dworkin, este que, por sua vez, tinha um pensamento voltado para às relações entre liberalismo e justiça.[39]

Dworkin acreditava num liberalismo jurídico que constituía um fundamento político nas decisões judicias, entendendo ser a chave para a solução dos conflitos. Tendo certa à concepção de igualdade, divida o liberalismo em dois segmentos, um baseado na neutralidade, em que o Estado não intervenha em questões morais e axiológicas, não se vinculando a ceticismos. Por outro lado, tinha também o liberalismo baseado na igualdade, onde o Estado defende uma "neutralidade moral", sendo isonômico e concluindo que o funcionamento do Judiciário dependeria de estímulos político, para que funcionasse corretamente.

Seguindo, temos o autor Robert Alexy, que continuou os estudos do seu antecessor, mas buscando descobrir estruturas dogmáticas, a fim de relevar os princípios e valores políticos contidos, intrinsecamente, nas decisões judiciais. Asseverava que os direitos fundamentais possuíam caráter de princípios, mas não os eram, de modo que, por princípios entendia ser algo que englobava um ideal, indicando a forma correta de pensamento acerca de como as coisas são, sob o conceito das regras.

[39] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16753348/dworkin_uma-questao-de-principio>. Acesso em: 22 de marc. de 2018.

Outrossim, entendia que os princípios eram ordenações, ou seja, condutas a serem tomadas, de modo que vinham a ser positivadas pelas regras. Quanto as regras, entendia que as mesmas podem ou não ser cumpridas, de modo que não ocorre da mesma forma com os princípios, considerando os mesmos como normas que ordenavam algo a ser realizado da melhor forma possível, nas limitações do Estado. Como vimos e que fora explicado, o referido autor utilizava da ponderação, das "Leis de Colisão" e da adequação, para a solução dos conflitos entre regras e princípios, aplicado ao caso concreto.[40]

Trazendo o foco da presente monografia para à atual situação do Brasil, fora trazido para discussão, o pensamento do autor Luiz Roberto Barroso, que delineia sobre a questão do conflito de regras e princípios, como também acerca da doutrina da efetividade dos serviços providos pelo Estado.

Quanto ao princípio da Reserva do Possível, vimos que fora apresentado todo um panorama acerca do tema, iniciando em seu conceito estrito, passando por seu desenvolvimento histórico, pela peculiaridade presente nas Testemunhas de Jeová, tendo em vista que necessitam de um tratamento de saúde diferenciado e, as vezes, mais caro ao Estado, sendo estudado o que vem a ser entendido pela jurisprudência doutrinária e processual, uma vez que, vemos o princípio da Reserva do Possível sendo aplicado sobre as regras garantistas constitucionais.

Vimos que a importância do presente tema abordado, ultrapassa às expectativas quanto ao mesmo, uma vez que delicado o tratamento a ser utilizado nos cidadãos Testemunhas de Jeová. Assim, apesar de acreditarem em uma religião que, apesar do grande numerário de fiéis, representa minoria na sociedade atual brasileira, temos que os mesmos devem ser tratados como iguais, de modo a ter o mesmo acesso e solução que os demais entes gozam.

[40] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. <https://www.passeidireto.com/arquivo/16342402/robert-alexy-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

Dado acesso versa especialmente à saúde, uma vez que, devido a sua crença, às Testemunhas de Jeová não aceitam meios terapêuticos e cirúrgicos que manipulem ou que haja transfusão de sangue, necessitando de tratamentos especiais, estes que já são efetuados no Brasil, porém, mais oneroso aos cofres públicos. Ainda que mais oneroso, pode e deves, serem fornecidos todos os tratamentos e meios necessários para a cura destes indivíduos.

Ainda que o tratamento seja mais oneroso ao Estado, não pode o mesmo desincumbir-se de uma prestação que o mesmo garante, tendo em vista que deve buscar sempre pelo tratamento isonômico de todos os entes, concedendo o mesmo acesso e meio para todos.

Outrossim, apesar de estarmos falando de um Estado garantidor, existe também a justificativa que versa sobre o princípio da Reserva do Possível, uma vez que o mesmo não precisa ser competente à prestação de determinada demanda. Isto pois, num caso hipotético, em que se tem um demandante que possui condições para o pagamento, ou que a gravidade de seu enfermo não seja realmente necessária, deve o Estado prestar serviços na justa medida da sua capacidade econômica e viabilidade.

Assim, pode o Estado negar-se a prestar determinado serviço, tendo em vista o argumento presente no referido princípio, tendo em vista à comprovada desnecessidade de realização, bem como à comprovada condição financeira do demandante. Por este motivo, ainda que a regra seja a de concessão e prestação de tudo àquilo que o Estado compromete-se, temos que olhar com critério quanto a aplicação do referido princípio, o que não se faz errado, em determinados casos.

Não deve-se olhar a “ferro e fogo” quanto ao argumento do Princípio da Reserva do Possível, uma vez que deriva da tamanha onerosidade aos cofres públicos de determinada prestação garantida pela Constituição Federal. Consequentemente, não deve-se achar que as garantias constitucionais sejam inarredáveis, ou seja, que sejam à regra concreta a ser aplicada, isto pois, os tempos

mudam, e com essas mudanças, temos pensamentos contemporâneos acerca do que o Estado pode ser capaz ou não de fornecer, bem como o que o mesmo deve fornecer.

Por fim, fora trazido a análise na presente monografia, a abordagem do RE. 979742, que versa sobre o acesso à saúde e a concessão de tratamentos diferenciados para às Testemunhas de Jeová, uma vez que precisam de olhar diferenciado quanto as táticas de tratamentos passíveis de serem adotadas. Por este motivo, fora feita uma análise das instâncias processuais, até a chegada no Superior Tribunal Federal, bem como à admissão da repercussão geral à demanda.

Com isso, vimos que se apresenta uma característica marcante no sistema judiciário brasileiro, uma vez que, preliminarmente, o mesmo nega concessão quanto a prestação de saúde que é pleiteada, em especial pelos Testemunhas de Jeová, em relação a tratamentos mais onerosos ao Estado, denegando a competência para a União para arcar com os gastos. Outrossim, ao chegar em sede de Recurso Extraordinário, vemos que a concessão ao tratamento pleiteado é feita sob os argumentos constitucionais e garantidores da referida prestação.

Por esta maneira, ainda que o Estado tenha formas de desincumbir e abster-se de determinadas atividades a qual está obrigado, não pode o mesmo utilizar de argumentação genérica para à utilização do Princípio da Reserva do Possível, tendo em vista gravidade do caso, a necessidade e a capacidade de prover tal demanda.

Respondendo à pergunta que se encontra implícita na presente monografia, é possível sim à concessão do Estado, para viabilização de tratamentos alternativos à transfusão de sangue nos pacientes Testemunhas de Jeová. Ainda que mais oneroso ao Estado, sempre que possível o mesmo deve confirmar às garantais que o mesmo assegura, dando efetividade aos serviços gerados, atingindo todos os cidadãos, de maneira efetiva e completa.

Não prospera, por isso, à utilização do referido princípio em face das garantias constitucionais, isto porque, ainda que incapaz de solução de determinada demanda, pelo respectivo Município ou Estado, à União, ainda sim, se faz

responsável para concretizar estas garantias voltadas à saúde de minorias, bem como, podendo lançar mão de outras formas de resolução destas demandas.

A exemplo específico da descentralização de atividades estatais, onde se tem o Estado atribuindo a entes particulares, a atividade de tratamento e fornecimento do amparo necessário àquele determinado cidadão, seja ele participante da religião Testemunha de Jeová, ou não, dando ampla igualdade a todos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. <https://www.passeidireto.com/arquivo/16342402/robert-alexy-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> Acesso em: 19 de jun. de 2017.

BRASIL, Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15.11.2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n° 195.192-3*. Relator: Min. Sydney Sanches. Data de Julgamento: 12 de fev. de 2001. Acesso em 26 de marc. de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14822782/recurso-extraordinario-re-198263-rs-stf>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Sentença do Tribunal Regional da 1° Região. Juíza Federal Marília Gurgel R. de Paiva e Sales. *Processo n° 0020996-03.2013.4.01.3200*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=979742&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 15 de nov. de 2017.

BRASIL, Tribunal Regional Federal – 1ª Região. *Agravo de Instrumento n° 0016638-50.2017.4.01.0000/DF*. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=0016638-50.2017.4.01.0000&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 26 de mar. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 241. Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas constituição.* Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF - RE: 642536 AP*, Relator: Min. LUIZ FUX – 1ª Turma. Data de Publicação: Acórdão eletrônico > dje-038 divulg. 26-02-2013 public. 27-02-2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

BRASIL. TRF-5 - *AGTR: 67336 PB 0008842-80.2006.4.05.0000*, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo – 1ª Turma, Data de Publicação: 14/03/2007. Disponível em: <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8119480/agravo-de-instrumento-agtr-67336-pb-0008842-8020064050000/inteiro-teor-15150939>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

DE ARAÚJO, Ana Paula. *Testemunhas de Jeová.* Disponível em: <https://www.infoescola.com/religiao/testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 10 de mar. de 2018.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16753348/dworkin_uma-questao-de-principio>. Acesso em: 22 de marc. de 2018.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo.* 3ª Ed. 2008.

JUDICE, Mônica Pimenta. *Roberty Alexy e a Sua Teoria Sobre os Princípios e Regras.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexy_teoria_principios_regras>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

NACIONAL, Diário do Nordeste. *STF vai decidir se liberdade religiosa justifica custeio de tratamento de saúde pelo Estado* – Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/nacional/online/stf-vai-

decidir-se-liberdade-religiosa-justifica-custeio-de-tratamento-de-saude-pelo-estado-1.1801405 >Acesso em: 24 de out. de 2017.

RICARDO, Wilson. Artigo: *Tutelas de Urgência na Recusa de Transfusão de Sangue*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13243/tutelas-de-urgencia-na-recusa-de-transfusao-de-sangue/2>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

SCAFF. Fernando Facury. *Reserva do Possível Pressupõe Escolhas Trágicas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas>. Acesso em: 19 de jun. de 2017.

STIBORSKI, Bruno. Reserva do Possível: Origem, conceito e ordens. Disponível em: <https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>. Acesso em: 26 de marc. de 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/36498243/licitacoes-e-contratos-administrativos/28>. Acesso em: 19 fev. 18.

COMISSÕES PARLAMENTARES E O PODER TERMINATIVO: UMA ANÁLISE SOBRE A RECORRIBILIDADE DO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 79/2016

Renata Bressan Saldanha

RESUMO

Trata-se de monografia que tem como objetivo analisar o Poder Legislativo, que possui uma das funções mais importantes do Estado. É por meio do Processo Legislativo que as Leis são criadas. Toda lei para ser lei, precisa de uma iniciativa, em que normalmente é na Câmara dos Deputados, tendo o Senado Federal como Casa Revisora. Todos os projetos quando são apresentados na respectiva Casa, passam pelas análises das Comissões Parlamentares, em que são discutidos e votados. Pela regra regimental, os projetos de lei em caráter terminativo, são votados apenas no âmbito das Comissões, sem passar pelo Plenário. Porém, há um dispositivo na Constituição Federal e no Regimento Interno que prevê a possibilidade de o projeto perder o caráter terminativo e ser enviado para ser discutido pelo Plenário, é o caso de ser apresentado um recurso por, no mínimo 1/10 de parlamentares com essa finalidade. É certo que, todos os parlamentares possuem direitos iguais em relação ao trâmite legislativo, e que podem recorrer ao Supremo Tribunal Federal para buscar esse direito que foi violado. Assim, de acordo com a Constituição Federal, o Ministro da Suprema Corte detém legitimidade para decidir sobre o trâmite legislativo quando for violado algum dispositivo constitucional.

Palavras-chave: Constituição Federal. Projeto de Lei. Comissões Parlamentares. Poder terminativo. Recurso. Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade verificar o trâmite do Projeto de Lei em caráter terminativo, em especial o conflito da intervenção do Poder Judiciário no

Poder Legislativo. Trata-se de Poderes com atribuições distintas, em que cada poder deverá agir de acordo com o texto constitucional.

Na Constituição Federal de 1988, existem três Poderes que regulamentam a sociedade como um todo, "o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário", artigo 2º. Dessa forma, de acordo com a separação dos poderes e com as atribuições que cada um possui, o Poder Legislativo cria a lei, o Poder Executivo executa esta lei, e, havendo conflito na sociedade, o Poder Judiciário irá agir, de acordo com a norma constitucional.

O objetivo principal do trabalho é analisar as etapas do Processo Legislativo nas Comissões Parlamentares com o poder terminativo, tendo como base o caso concreto do Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2016, em que os parlamentares acionaram a Suprema Corte por meio de Mandado de Segurança. Assim, será analisado até que ponto o Supremo Tribunal Federal poderá intervir no Processo Legislativo.

A ponderação entre os dois Poderes que conflitam se encontra como a central problemática dessa pesquisa. O trabalho busca reproduzir os artigos do Regimento Interno do Senado especializado no tema do trâmite legislativo, com destaque para o estudo de decisões do Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho foi dividido em três capítulos, no primeiro capítulo será abordado a organização dos três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, tratando da autonomia que cada um possui, de acordo como a norma constitucional atribui. Será desenvolvido como o processo de criação das leis nasce pelo Legislativo, em que o Congresso Nacional é o principal órgão deste poder. De um lado existe a Câmara dos Deputados, com representantes do povo, e de outro lado, o Senado Federal, que são os representantes dos Estados do Brasil.

O segundo capítulo terá como o tema as Comissões Parlamentares. Irá abordar sobre projeto de lei em caráter terminativo, que em regra, é discutido e votado no âmbito das Comissões. Bem como, o direito dos parlamentares em

apresentarem recurso com a finalidade do projeto de lei em caráter terminativo, ser discutido no Plenário, acabando dessa forma, com o poder terminativo das Comissões.

No terceiro capítulo será abordado o caso concreto do Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2016, uma vez que foi apresentado recurso no sentido de que o projeto seja votado em Plenário. Assim, pelo fato do Presidente do Senado não ter analisado os recursos formalmente, um grupo de parlamentares acionaram o Supremo Tribunal Federal por meio de Mandado de Segurança contra esse ato inconstitucional, bem como, analisar até que ponto a Suprema Corte poderá intervir no Processo Legislativo.

2 ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal atua como um fundamento de validade das ordens jurídicas. Ela confere unidade à ordem jurídica do Estado Federal, com o propósito de traçar um compromisso de cada região e os interesses comuns em conjunto. A Federação está ao redor da Constituição Federal, que é o seu fundamento jurídico e instrumento regulador. A Constituição é, assim, o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, também disciplina a relação e controles recíprocos entre estes órgãos. Além de que, a Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, feitas por um processo constituinte específico (MENDES, 2015).

Todos os Estados, Municípios e Distrito Federal fazem parte da Federação Brasileira, ou seja, a República Federativa do Brasil é formada por Estados, Municípios e Distrito Federal. O Estado Democrático de Direito tem como obrigação garantir todas as liberdades civis, a dignidade da pessoa humana, e todas as garantias fundamentais que dispõem na Constituição Federal (MEDINA, 2013).

São fundamentos da Constituição, conforme o artigo 1º (BRASIL, 1988):

> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> - a soberania;
>
> - a cidadania
>
> - a dignidade da pessoa humana;
>
> - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político."

A soberania, além do território e do povo, é um dos Elementos do Estado. O poder do Estado se limita em todo o seu Território, ou seja, o Brasil tem o seu Território e o poder do Estado Brasileiro se limita a todo àquele Território. Assim, por poder soberano compreende-se que o Estado é poder político supremo, e em relação a órgãos estrangeiros, é independente (MEDINA, 2013).

Por cidadania compreendemos que não abrange apenas os direitos políticos, mas contempla também os direitos fundamentais, individuais e sociais. Tem-se a ideia de poder que o cidadão tem de votar para eleger seus representantes legais, ou seja, com o voto influencia diretamente nas decisões políticas, que vão administrar o Estado (MEDINA, 2013).

O texto constitucional estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É certo que é dever do Estado garantir a dignidade da pessoa humana, implicando, nesse sentido, um conjunto de direito e deveres fundamentais que assegurem o cidadão contra todo e qualquer ato desumano, garantindo condições existenciais mínimas para uma vida saudável. De modo geral, a dignidade da pessoa humana é tratada como princípio ou direito fundamental. O princípio da dignidade da pessoa humana possui um conjunto de direitos e deveres que garantem a proteção dos cidadãos contra todo e qualquer ato contra a vida (MEDINA, 2013).

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa de todo e qualquer cidadão, quer dizer que, todos têm liberdade de escolher trabalhar no que quiser, e a própria Constituição dispõe esse poder de escolha. O pluralismo político se fundamenta na

liberdade de expressão. Quando se diz que todo o poder emana do povo brasileiro, se fundamenta no Estado Democrático de Direito, que é exercido por meio dos representantes legais (MEDINA, 2013).

Assim, de acordo com o parágrafo único do artigo 1º da norma constitucional "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988).

O exercício do poder pelos órgãos estatais deve se submeter a regras que permitam o controle público, permitindo os cidadãos o conhecimento e participação no processo de formação das decisões a serem tomadas. Por fim, se os atos são realizados em nome e para o povo, os agentes dos órgãos do Estado devem submeter-se a fiscalização, controle e responsabilização (MEDINA, 2013).

Os poderes são exercidos por órgãos autônomos e especializados que desempenham as funções do Estado: edição de normas jurídicas, realização material das normas e a resolução de conflitos de interesses em torno de como as normas devem ser observadas. A rigor, o poder é uno e indivisível. A Constituição Federal chama de poderes os órgãos que desempenham as funções acima referidas, nomeando-os de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário (MEDINA, 2013).

Nesse sentido, o artigo 2º do texto constitucional dispõe essencialmente da separação de poderes, uma separação de poderes entre o Legislativo, Executivo e

Judiciário. Quando se fala no poder em si, é uma das características essenciais do Estado Brasileiro. Esse poder pertence a República Federativa do Brasil, ele é indivisível. Esse poder emana do povo brasileiro, ou seja, no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal informa que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente da própria Constituição (TAVARES, 2016).

Quando se fala em separação dos poderes então, não se refere em uma divisão, em uma separação desse poder, na verdade, se refere em uma repartição das funções essenciais do Estado Brasileiro, ou seja, uma tripartição das funções essenciais a serem prestadas pela União. É a Constituição Federal que determina a repartição de competências (MENDES, 2015).

O artigo 2º da Constituição, dispõe sobre a divisão das funções Estatais, "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (BRASIL, 1988). Então, naturalmente existem três funções típicas de poderes Estatais distintas, a função de legislar, a função de administrar e a função de julgar. Nesse sentido, o texto constitucional afirma que os poderes são independentes e harmônicos entre si. No exercício de suas funções, têm os poderes a autonomia em relação à tomada de decisões (MEDINA, 2013).

No entanto, esses poderem são instruídos à ordem jurídica. Por isso que, a falta de observância do direito acaba gerando alguma interferência de um dos poderes no âmbito de atuação do outro. Dessa forma, o princípio fundamental da separação de poderes previsto no texto Constitucional, em termos práticos, significa que a função típica de um poder, acaba sendo complementado pelo exercício da função típica do outro (TAVARES, 2006).

2.1 Poder Executivo

Surge então, o Poder Executivo, e sua função principal é administrar, é uma função executiva, mas sempre executar, administrar a vida em sociedade de acordo com as normas, de acordo com o direito que foi colocado abstratamente pelo legislador. Assim, todos os projetos de lei criados pelo Poder Legislativo, precisa ser sancionado pelo Chefe do Poder Executivo para virar Lei de fato (TAVARES, 2006).

O Poder Executivo, tem a função de governar, administrar os serviços públicos conforme a lei, e é exercido pelo Presidente da República, pelos Governadores e pelos Prefeitos. O Poder Executivo, tem como uma de suas

incumbências, a nomeação de Ministros ou Secretários, responsáveis pela execução das políticas públicas de sua área, e são responsáveis também, pelas atividades dos organismos e servidores públicos. O Presidente da República é o principal representante do Poder Executivo (TAVARES, 2006).

Sua função típica em administrar, função de governança. Assim, as funções atípicas do Poder Executivo são de legislar e julgar. Um exemplo de função legislativa no âmbito do Poder Executivo, em determinadas situações, onde o Poder Executivo normatiza determinadas condutas, onde legisla de modo a regulamentar uma lei. Dessa forma, quando se fala do Decreto do Presidente da República, o Decreto é a elaboração de uma norma, elaboração de uma atividade normativa, assim, naturalmente se fala de uma função atípica legislativa. A função julgadora no campo administrativo, por exemplo, se uma multa for aplicada pelo Poder Executivo, a partir do momento que existe essa multa e não existe administrativamente um direito a recurso da respectiva multa, então, dentro do Poder Executivo, poderá julgar o recurso referente a aplicação daquela multa, dessa maneira, existe uma função atípica julgadora (TAVARES, 2006).

Existem funções atípicas, mas o fundamental é perceber qual é a função típica de cada um dos Poderes, é a função essencial dessa tripartição das funções do Estado Brasileiro como um todo. Dessa maneira, é fundamental as atribuições do Poder Executivo, em harmonia com os demais Poderes, ainda que, na prática, muitas vezes ocorram atritos (MENDES, 2015).

Com base no direito vigente, a função do Poder Executivo, é de governança, de administração da vida em sociedade de acordo com as normas que foram elaboradas pelo legislador, ou seja, a função de governar de acordo com as normas existentes no Estado Democrático de direito (TAVARES, 2006).

2.2 Poder Judiciário

Dessa maneira, administrar a vida em sociedade sempre haverá um conflito, se surgir uma necessidade de resolução desse conflito, de modo a dizer de forma

concreta, com relação aquele caso concreto, o Poder Judiciário será provocado para o exercício da jurisdição. Isso significa resolver conflitos aplicando a lei ao caso concreto, ou seja, dizer o direito de uma forma concreta. Então, a função típica de um poder é complementada pela função típica do outro, por isso que as funções são independentes e harmônicas entre si. O Legislador pensa, o Executivo administra, e caso surja algum conflito na sociedade, o Judiciário julga, resolvendo aquele respectivo conflito no caso concreto e pacificando a sociedade como um todo (TAVARES, 2006).

Fundamental também é a existência do Poder Judiciário, a final de contas, quando surgir um conflito na sociedade ou um conflito na interpretação do direito vigente, o poder que tem a capacidade de resolver esse conflito aplicando o direito e a lei no caso concreto é o Poder Judiciário. Assim, a função típica do Poder Judiciário é o exercício da jurisdição, o exercício da atividade jurisdicional (TAVARES, 2006).

Nesse sentido, para completar a teoria da separação de poderes, da organização de poderes na nossa Constituição Federal, onde o Judiciário possui uma característica, que é a inércia, ou seja, ele precisa ser provocado. Surgem as funções essenciais da justiça, o Ministério Público, a Advocacia Pública, Advocacia Privada e a Defensoria Pública. (TAVARES, 2006).

O Poder Judiciário, por sua vez, só existe no âmbito federal e estadual, e suas funções principais são interpretar as leis elaboradas pelo Legislativo, e aprovadas pelo Executivo. Além disso, zelar pela aplicação das leis e julgamentos daqueles que não as cumprem, e ainda, defender os direitos individuais e promover a justiça. Suas responsabilidades e sua estrutura são determinadas pela Constituição Federal de

1988, e todo cidadão tem direito de solicitar que o Judiciário se manifeste de modo a resolver disputas ou punir aqueles que porventura não cumprem as leis (CLÈVE, 2014).

O Poder Judiciário possui como função típica e exercício da jurisdição, então, quando se fala em julgar, significa que o Judiciário irá resolver os conflitos que são levados a seu conhecimento através da aplicação do direito no caso concreto, pois a lei e o ordenamento jurídico são as fontes principais do direito. Dessa maneira, a palavra jurisdição, vêm da palavra latim *jurisdictio*, que significa justamente dizer o direito de uma forma concreta, ou seja, aplicando o direito a um caso concreto. Então naturalmente, o Judiciário possui como funções atípicas legislar e julgar. Assim, por exemplo, quando um Tribunal elabora o seu respectivo Regimento Interno, tem o exercício da função atípica legislativa pode parte do Poder Judiciário. O exemplo de função atípica no âmbito administrativo do Poder Judiciário, é a realização de concursos públicos com escolha de novos servidores, seria uma atividade administrativa (CLÈVE, 2014).

Assim, a função típica de um poder, complementa a função típica de outro. Vivemos em um Estado Democrático de direito, significa que o direito na sociedade brasileira é instituído de forma democrática. A principal fonte do direito é a lei, o ordenamento jurídico. Em regra, quem tem o poder de elaborar as normas que irão reger a vida da sociedade brasileira é o Poder Legislativo. Então o Legislador, no exercício da função Legislativa, diz o direito que precisa ser observado pela sociedade como um todo (TAVARES, 2006).

2.2.1 Composição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal ocupa a ponto mais alto da hierarquia do Poder Judiciário. O STF é composto por 11 (onze) Ministros indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal. A principal função do Supremo, é de guardião da Constituição, significa aplicar a interpretação da Carta Magna em atos e leis editados em todos os níveis, na União, nos Estados e nos Municípios. As decisões do STF em ações diretas de inconstitucionalidade, as chamadas ADINS, são definitivas, essas decisões produzem efeitos sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e sobre toda a sociedade, consequentemente (MENDES, 2015).

É papel do Supremo julgar o Presidente da República, Deputados, Senadores, eventualmente os próprios Ministros do Supremo e o Procurador-Geral da República. O STF também julga pedidos de habeas corpus, de extradição, conflito de competência no âmbito do Judiciário e recursos extraordinários contra decisões da Justiça. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente do STF segue o critério de antiguidade, do mais velho para o mais novo. O STF não admite reeleição, embora em seu Regimento Interno considere a possibilidade haver disputa pela Presidência, a tradição se é mais forte, e o critério de antiguidade prevalece (MENDES, 2015).

A manifestação dos Ministros durante o julgamento no Plenário, começa pelo mais novo na Casa e vai até o mais antigo, que é o decano. O último voto, é sempre do Presidente da Suprema Corte. Vale lembrar, que os Ministros são inamovíveis, ou seja, uma vez no cargo, só o deixa no caso de renúncia, morte ou aposentadoria compulsória aos 75 (setenta e cinco) anos de idade. Nem o Presidente da República, nem o Senado Federal ou qualquer outro Poder pode retirar o Ministro de sua posição no Supremo e colocá-lo em outro Tribunal, isto é fundamental para que tenham independência (MENDES, 2015).

A Constituição Federal reconhece três poderes, o Legislativo, Executivo e o Judiciário. Há uma existência de equilíbrio entre eles, de modo que cada um exerça uma certa fiscalização sobre os demais. A divisão dos poderes é considerada um dos pilares da democracia, e ela impede que o poder se concentre nas mãos de um único mandante. Os três poderes devem ser independentes, e devem funcionar também de maneira harmônica entre si (TAVARES, 2006).

2.3 Poder Legislativo

O Congresso Nacional exerce a função legislativa da União, onde se compõem pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Trata-se de um sistema Bicameral, em que as duas Casas Legislativas e seus membros, compõem o Poder Legislativo. O direito existe para regular a vida da sociedade, e esse direito é instituído em regra, pelo trabalho do Poder Legislativo, que diz justamente de forma

abstrata quais são as regras, quais são as normas, e qual é o direito que deve ser observado pela sociedade (TAVARES, 2006).

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal possuem órgãos internos destinados a organizar seus trabalhos. Cada uma das Casas Legislativas deve elaborar seu Regimento Interno, dispor sobre sua organização, funcionamento, criação, polícia, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus servidores e fixação da respectiva remuneração (MEDINA, 2013).

Em relação a divisões de funções entre os Poderes da República, o Legislativo exerce tarefas primordiais de legislar e fiscalizar. O Poder Legislativo, no entanto, como função atípica, também exerce funções de administrar (ao prover cargos da sua estrutura e atuar o poder de polícia), e de julgar (o Senado processa e julga, por crimes de responsabilidade o Presidente da República) (MEDINA, 2013).

2.3.1 Da estrutura e composição do Poder Legislativo

Feita essa introdução dos artigos 1º e 2º da Constituição Federal, vamos adentrar no primeiro artigo referente ao Poder Legislativo, que é justamente o objeto desse trabalho. O artigo 44 da Constituição se refere ao Poder Legislativo, que é exercido pelo Congresso Nacional. Este poder apresenta uma função Bicameral, já que é composto por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal MENDES, 2015).

Conforme dispõe artigo 44 da norma constitucional (BRASIL, 1988):

> "Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.
>
> Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos."

Dessa forma, o Congresso Nacional é o principal órgão do Poder Legislativo no Brasil, onde têm a existência de duas Casas Legislativas, em que a principal função é escrever e aprovar leis. Como o Poder Legislativo adota a estrutura

Bicameral, o Congresso Nacional se divide em duas Casas da mesma hierarquia e com atribuições semelhantes, então todo projeto de lei só é considerado aprovado se tiver o apoio de ambas as Casas. Se qualquer delas rejeitarem o projeto, a proposição será então arquivada. Nesse sentido, um projeto de lei somente se transforma em lei se houver concordância entre as duas Casas. Contudo, em caso de a Casa Iniciadora e a Casa Revisora aprovarem em versões diferentes, com alguma modificação, caberá a primeira Casa tomar a decisão definitiva do projeto (TRINDADE, 2017).

A legislatura é o período quadrienal de trabalhos do Congresso Nacional, conforme o parágrafo único do artigo 44 da Constituição. Então, pode-se afirmar que um Senador exerce seu mandato por 2 (duas) legislaturas, e que um Deputado Federal exerce seu mandato por uma única legislatura, pode se reeleger, mas em outro mandato (BRASIL, 1988)

O processo legislativo tem por objetivo a produção das leis em sentido formal e material, que estão previstas no artigo 59 do texto constitucional. Dessa forma, a lei é um ato jurídico que é a manifestação de vontade do Legislativo, para normalizar e regulamentar as condutas dos cidadãos em sociedade (TRINDADE, 2014).

Ademais, há uma distinção fundamental para entendermos o processo legislativo do Brasil. A doutrina classifica as fases do processo legislativo brasileiro em fase constitutiva, em que se tem a discussão, a votação e a sanção ou veto, e fase complementar, com a promulgação e publicação da proposição. A primeira fase apresenta a existência da lei, onde só passa a existir depois da sanção presidencial. A segunda, trata de dar eficácia a uma lei que já existe. Um projeto de lei que ainda não foi aprovado não é lei, não existe, dessa forma, uma lei já aprovada e sancionada, mas ainda não publicada é válida, mas ainda não é eficaz (TRINDADE, 2014).

Nesse sentido, a existência é o momento em que a lei entra no ordenamento jurídico, em que teve sua aprovação pelo Legislativo e sanção pelo Executivo. Assim, quando se fala em validade, é quando a lei não apresenta nenhum vício ou

defeito em sua tramitação. O termo eficácia, se dá quando a lei já produz os seus efeitos, já teve sua promulgação pelo Presidente, foi publicada e passou a *vacatio legis* (período entre o dia da publicação da lei e o dia em que entra em vigor) (TRINDADE, 2014).

2.3.2 Câmara dos Deputados

A Câmara dos Deputados é a Casa dos representantes do povo brasileiro, eleitos pelo sistema proporcional em cada Estado e no Distrito Federal. Na organização Bicameral do Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados é composta por 513 (quinhentos e treze) Deputados Federais. O número de Deputados Federais tem que ser de alguma forma proporcional ao povo representado. Dessa maneira, existe uma bancada de cada um dos Estados e do Distrito Federal, onde o sistema de eleição de um Deputado é proporcional. Assim, cada Estado de acordo com a sua população terá um determinado número de cadeiras na Câmara, então é por isso que existe esse número elevado de Deputados Federais. O mandato é de 4 (quatro) anos, em uma única legislatura (TRINDADE, 2014).

Território não tem direito a Senador, pois o Território não é ente federativo, e se o Senado Federal é a casa de representação dos entes federativos do Estado, do Distrito Federal, dos Municípios que estão inseridos dentro dos respectivos Estados, não pode ter um Senador por um Território. Os entes federativos são a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Então, não há no que se falar em eleição de Senador por Território. Agora, pode-se afirmar que pode haver uma eleição de um Deputado para um Território, caso venha a ser criado um novo Território, em que tem direito a 4 (quatro) Deputados Federais (TRINDADE, 2014).

De acordo com o artigo 45 da Constituição “a Câmara dos Deputados compõese de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (BRASIL, 1988).

No parágrafo 1º do referido artigo, dispõe que o número mínimo de Deputados tem que ser 8 (oito) e o máximo 70 (setenta) por Estado. Um dos objetivos da República Federativa do Brasil, é reduzir as desigualdades regionais, então, para equilibrar de uma certa forma o poder político na bancada dos respectivos Estados, a Constituição não poderia ter adotado uma proporcionalidade absoluta, porque se tivesse sido adotada, os Estados muito populosos teriam mais poder político do que já tem. Então, a proporcionalidade existe, onde se tem um mínimo e um máximo instituído pelo texto Constitucional, de uma forma de reequilibrar a força política de cada Estado (TRINDADE, 2014).

Os Deputados Federais representam o povo, com o mantado de 4 (quatro) anos. Por representarem o povo brasileiro, se o Presidente e o Vice-Presidente se afastarem, quem assume a Presidência da República é o Presidente da Câmara dos Deputados. O Presidente da Câmara é eleito pelos membros da própria Casa Legislativa, onde tem o mandato de 2 (dois) anos (BRASIL, 1988).

2.3.3 Senado Federal

No Senado Federal, justamente pelo fato de representar os Estados e o Distrito Federal, o número de representação de cada ente federativo é fixo, têm 3 (três) Senadores pelo Distrito Federal, e 3 (três) Senadores por cada Estado brasileiro, ou seja, 81 (oitenta e um) Senadores compondo a Casa Legislativa (BRASIL, 1988).

O sistema de eleição é o sistema majoritário. O mandato é de 8 (oito) anos, ou seja, 2 (duas) legislaturas, onde uma legislatura é composta por 4 (quatro) anos para os Senadores. Naturalmente, nas eleições para o Senado, em um determinado momento tem a renovação de 1/3 (um terço), e em outro momento uma renovação de 2/3 (dois terços) de seus membros (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, é por isso em que determinada eleição, a população de um Estado é chamada a escolher um único Senador, e na outra eleição, a população

desse mesmo Estado é chamada para escolher dois Senadores, justamente por conta do período do mandato ser de 8 (oito) anos. Conforme o artigo 46 da norma constitucional, "o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário" (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, conforme previsto no artigo 46 do Texto Constitucional, cada Senador, representa e defende os interesses de um Estado, e cada Estado têm 3 (três) Senadores, independente do seu tamanho. Como o Brasil tem 26 (vinte e seis)

Estados e o Distrito Federal, o Senado no total é composto por 81 (oitenta e um) Senadores, cada um deles possuem o mandato de 8 (oito anos), eleitos por maioria simples, e as eleições são feitas junto com as do Presidente da República, mas como o mandato de um Senador é maior, só uma parte do Senado é rodado, conforme exposto anteriormente (BRASIL, 1988).

2.3.4 Imunidades dos Deputados e Senadores – Da Garantia

A imunidade material consagrada aos membros do Congresso Nacional, não é uma imunidade absoluta, existem limitações. Essas existem, para garantir o exercício de sua função, no exercício de representante do povo brasileiro. Isso significa dizer que os parlamentares são amparados por essa garantia enquanto estiverem na tribuna discursando sobre determinado assunto (FERREIRA FILHO, 2012).

Frisa-se que na organização dos poderes, o poder que tradicionalmente representa o povo, é o Poder Legislativo, então, um membro desse Poder precisa ter essa imunidade material, precisa ter essa garantia, essa proteção, em que suas palavras, votos e opiniões precisam ser invioláveis civil e penalmente (CLÉVE, 2014).

Conforme exposto no artigo 53 da Constituição, "os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos" (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, um Deputado e um Senador não cometem crime contra honra. Se fosse um cidadão, atacando determinada pessoa ou determinada instituição e configurando inclusive o crime contra honra, esse cidadão não possui tal imunidade material. A diferença é de que o Deputado e o Senador são os representantes no Poder Legislativo, e se o poder vem do povo e a função legislativa inclui dentre outra essa função de fiscalizar, naturalmente não pode ter limitações as opiniões, as palavras e aos votos dos representantes do Poder Legislativo (CLÉVE, 2014).

Assim, a função da imunidade material é garantir que o representante do povo possa colocar suas opiniões, seus votos, suas palavras sem sofrer qualquer tipo de limitação, sem sofrer qualquer tipo de risco de condenação cível ou penal em virtude de ter atacado a honra ou imagem de outra pessoa ou instituição. A imunidade material em termos práticos, afasta a ilicitude do ato, visto que o ato cometido, o discurso proferido, foi proferido por um membro do Poder Legislativo que em última instancia representa o próprio povo (CLÉVE, 2014).

2.4 Procedimento Legislativo Comum

A partir de agora, estudaremos o procedimento de aprovação das leis ordinárias, que é o procedimento comum no Processo Legislativo. As preposições dessa espécie de lei, seguem três trâmites: o ordinário que é padrão; o sumário que se dá por ser resumido; e o abreviado, em que a proposição tramita apenas pelas comissões parlamentares, sem ser submetida ao Plenário da Casa Legislativa. O procedimento comum ordinário é o procedimento padrão de aprovações de leis. Compõe-se de três fases: fase preliminar, fase constitutiva e a fase complementar (TRINDADE, 2017).

2.4.1 Fase preliminar: A iniciativa

A iniciativa é o ato do parlamentar que dá início a tramitação da proposição nas Casas Legislativas. Normalmente, essa iniciativa começa na Câmara, mas apenas

no caso do projeto proposto por Senador ou Comissão do Senado é que a tramitação terá início no Senado. Fora essa exceção, a Casa Iniciadora é, a Câmara dos Deputados. O poder de iniciativa é justamente o poder de provocar o Congresso Nacional para que delibere sobre um projeto de lei (TRINDADE, 2014).

De acordo com o artigo 61 da Constituição, os legitimados para iniciar um projeto de lei na Casa Legislativa são (BRASIL, 1988):

> "Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição."

Dessa forma, para se criar ou modificar uma Lei, é preciso de um projeto de lei, que pode ser proposto por um Deputado, por uma Comissão Parlamentar, pelo Senado, pelo Presidente da República, por Ministros do Supremo Tribunal Federal, por Tribunais Superiores, pelo Procurador-Geral da República, e, também é possível a apresentação de um projeto de lei por iniciativa popular (BRASIL, 1988).

O processo de criação de uma lei em um sistema Democrático é conduzido na maioria das vezes pelos parlamentares das Casas Legislativas. O nascimento de uma lei, começa com a apresentação de um projeto, que necessariamente passa por uma série de etapas, sendo as principais a iniciativa, discussão, votação e sanção ou veto (GOLÇALVES FILHO, 2012).

2.4.2 Fase constitutiva: Deliberação das Casas Legislativas

A deliberação é a fase de tramitação da proposição no Poder Legislativo, em que o projeto de lei será discutido e votado, ou modificado nesse período. Nessa fase, o projeto será analisado por ambas as Casa Legislativas, é o momento em que a proposição é encaminhada para que o Poder Legislativo possa apreciar e analisar a respectiva lei (TRINDADE, 2017).

Antes disso, é necessário analisar em qual das Casas o projeto iniciará sua tramitação. Dessa maneira, o artigo 64, da Constituição dispõe que, “a discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados” (BRASIL, 1988).

Verifica-se, pela regra geral, que a Casa Iniciadora é a Câmara, atuando o Senado Federal como a Casa Revisora. Porém, essa regra tem exceção, ou seja, os projetos de lei que iniciam sua tramitação pelo Senado, serão os projetos de lei propostos por Senadores ou pela comissão do Senado Federal, que nesses casos, atuará como Casa Iniciadora. Dessa maneira, é fundamental a definição de qual é a Casa Iniciadora e a Revisora, pois, em caso de emenda ao projeto, a Casa em que se inicia a tramitação da proposição terá a decisão final a respeito das emendas a ela propostas pela Casa Revisora (TRINDADE, 2014).

Primeiramente, ao ingressar na Casa Iniciadora, a proposição será protocolada, numerada e distribuída às comissões, onde será encaminhada a uma ou mais comissões permanentes de acordo com seu assunto, podendo também serem criadas comissões temporárias para analisá-la. Dentro das comissões. O projeto será estudado e receberá parecer favorável a ele, contrário, ou favorável com emendas (projeto modificado). Em regra, a discussão ocorre primeiro nas Comissões e depois no Plenário (TRINDADE, 2014).

2.4.3 Votação

Terminada a discussão do projeto, ele entra na fase de votação, onde se tem a decisão definitiva da matéria. Nessa fase, não é mais possível que os Deputados ou Senadores debatam sobre a proposição. A partir do momento que encerra a discussão, pelo Despacho do Presidente da Casa Legislativa, coloca o projeto na pauta de votação, a Ordem do Dia (TRINDADE, 2017).

No processo legislativo, para se tomar uma decisão no âmbito das Casas Legislativas, dispõe a regra geral de acordo com o artigo 47 da Constituição Federal que: "salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros" (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, a maioria simples é a maioria dos votos dos parlamentares presentes. Se trata de um número variável, que vai depender da quantidade de Deputados ou de Senadores que comparecerem à sessão. Dessa maneira, para a aprovação da proposição é necessário o quórum de maioria simples. O quórum de presença é da maioria absoluta, ou seja, a sessão do Plenário só poderá começar se estiver presente a maioria absoluta dos parlamentares (TRINDADE, 2017).

Do resultado da votação da Casa iniciadora, pode surgir a aprovação ou a rejeição da proposição. Se for aprovado o projeto, será encaminhado à outra Casa Legislativa, para a revisão, onde terá nova discussão e votação, que será desta vez na Casa Revisora. Assim, se o projeto for rejeitado, será arquivado (TRINDADE, 2017).

Nesse sentido, o artigo 47 do texto constitucional dispõe que o conteúdo de um projeto de lei que foi rejeitado, pode ser objetivo de novo projeto de lei (BRASIL, 1988):

> "Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional."

Percebe-se que a proposição rejeitada em uma sessão legislativa pode ter seu conteúdo reapresentado em outra sessão legislativa, em outro ano parlamentar, desde que por iniciativa da maioria absoluta dos membros de uma das Casas do Congresso Nacional (TRINDADE, 2017).

2.4.4 Revisão

O projeto que foi aprovado na Casa Iniciadora será revisado pela outra em um único turno de discussão e votação, conforme dispõe o artigo 65 do texto constitucional "o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar" (BRASIL, 1988).

Trata-se de uma regra resultante do sistema Bicameral adotado no Brasil. Com isso, um projeto de lei só se torna lei quando há concordância no âmbito duas Casas Legislativas (TRINDADE, 2017).

2.4.5 Sanção, Veto e Promulgação

Aprovado a proposição pelo Congresso Nacional, a Casa Legislativa em que tiver sido finalizada a votação enviará o texto final aprovado para o Chefe do Poder Executivo, no formato de autógrafos. O ato é designado ao Presidente da República, onde declara sua concordância com o projeto de lei, e assim transformando em lei.

Assim, é a sanção que transforma o projeto de lei em lei (TRINDADE, 2014).

Nesse sentido, o texto constitucional atribui ao Presidente o poder e tarefa de decidir sobre os projetos de lei, conforme dispõe o artigo 84 da Constituição: "compete privativamente ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução" (BRASIL, 1988).

Continuando o mesmo artigo, dispõe o inciso V ao Chefe do Poder Executivo discordar sobre projeto de lei, em que tem legitimidade de "vetar projetos de lei, total ou parcialmente" (BRASIL, 1988).

Dessa forma, somente os projetos de lei ordinária ou complementar que serão sancionados ou vetados pelo Presidente da República. Nos demais casos das

Emendas à Constituição, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções, serão aprovados pelo Congresso Nacional, seguindo o projeto direito para a promulgação (TRINDADE, 2014).

3 COMISSÕES PARLAMENTARES

No Brasil tem milhares de Leis que tratam de diversos assuntos, e todas elas são aprovadas na Câmara e no Senado. O Congresso Nacional, é o lugar em que os representantes do Poder Legislativo criam todas essas leis. É no Plenário de cada Casa Legislativa que os 513 (quinhentos e treze) Deputados Federais ou 81 (oitenta e um) Senadores discutem e elaboram as Leis (BRASIL, 1988).

Antes do Projeto de Lei chegar ao Plenário, ele percorre um longo caminho. Todo o projeto é analisado pelas Comissões técnicas pertinente ao assunto. É durante a passagem pelas Comissões, que os paramentares tem a oportunidade de buscar informações sobre a matéria para subsidiar sua análise. Elas desenvolvem característica especializada, com objetivo da rapidez das atividades parlamentares, economizando tempo de trabalho no Processo Legislativo (TRINDADE, 2017).

As Comissões Parlamentares são órgãos do Parlamento, cujo objetivo é representar o Plenário da própria Casa Legislativa, são agrupamentos de membros do legislativo onde tem funções específicas dentro da Casa Legislativa. Assim, no Congresso Nacional, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, há diversas Comissões organizadas por assunto. Estão previstas no artigo 58 do texto constitucional: “o Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação” (BRASIL, 1988).

Cada Comissão tem um Relator que dá o seu Parecer sugerindo mudanças, aprovando ou rejeitando o Projeto. Uma diferença entre o trâmite da Câmara e do Senado, é de que, no âmbito da Câmara, todos os projetos que são apresentados nesta Casa, passam obrigatoriamente pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que irá analisar a constitucionalidade do projeto. Já no Senado não tem

essa obrigatoriedade, ou seja, se for a Casa Iniciadora de uma proposição, não é obrigatório passar pela (CCJ), somente pelas Comissões pertinentes ao assunto da matéria, em que o despacho das comissões é atribuído pelo Presidente da Casa Legislativa (BRASIL, 2015b).

Dessa maneira, as comissões são órgãos colegiados que podem ser criadas na Câmara dos Deputados, no Senado Federal ou em âmbito misto, ou seja, composta por Deputados Federais e Senadores trabalhando juntos. Elas analisam e fazem pareceres técnicos das proposições apresentadas na Casa Legislativa, são encarregadas de discutir e votar projetos de lei e apresentar pareceres. As Comissões podem ser Permanentes, Temporárias, Especiais, de Inquérito ou Externas, cada uma dessas Comissões têm uma forma de razão e uma criação específica (TRINDADE, 2017).

3.1 Comissões Permanentes

No artigo 22 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, aborda dois tipos de comissões diferentes. A primeira é a Comissão permanente, ou seja, é aquela Comissão que integra a estrutura constitucional da Casa à qual pertence. Participa, no âmbito de seus respectivos campos temáticos ou áreas de atividade, do processo de elaboração de normas jurídicas, mediante exame, discussão e votação acerca das proposições a elas submetidas. Exercem também o acompanhamento dos planos e programas governamentais, bem como a fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial e as outras fiscalizações que estão a cargo do Poder Legislativo. Essa Comissão está o tempo todo ativa na legislatura, ela não precisa ser criada a cada ano, ela se mantém todo ano. Assim, elas analisam os projetos e matérias, dividida em Comissões Temáticas (ZANCANER, 2009).

3.1.1 Comissões Temporárias

O segundo tipo de Comissão está prevista no artigo 33 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que é a temporária. Ou seja, são aquelas Comissões que tem existência passageira, são criadas para apreciar um assunto específico e têm três formas de extinção: se a Comissão alcança a finalidade a que se destina, acaba o prazo de duração e não tem renovação desse prazo no plenário, ou se acabar a legislatura. Ou seja, o tempo de uma legislatura é de quatro anos, sendo assim, o tempo de duração de uma Comissão temporária é de quatro anos. Então, se a Comissão for criada no primeiro ano de legislatura ela terá a duração de quatro anos, se ela for criada no segundo ano de legislatura ela terá a duração de três anos, e assim por diante (ZANCANER, 2009).

3.1.2 Comissões Especiais

As comissões especiais serão feitas pelas seguintes hipóteses: analisar proposta de Emenda à Constituição, analisar Projeto de Código (matéria mais demorada e densa), proposição que verse matéria de mais de três Comissões de mérito (ao invés de passar pelas Comissões, forma uma Comissão especial com representante de cada uma das Comissões que a proposta teria que tramitar para fazer uma análise conjunta da proposição). As outras opções são modificações no Regimento Interno que são, o Processo nos Crimes de Responsabilidade do Presidente da República, Vice e Ministro de Estado, e quando o Presidente da Câmara assim o determinar, ou seja, sempre que o Presidente determinar terá uma Comissão Especial (ZANCANER, 2009).

3.1.3 Comissões Externas

As Comissões externas, são instituídas pelo Presidente da Casa Legislativa, de ofício ou a requerimento de qualquer parlamentar membro da Casa, para cumprir missão temporária autorizada, sujeitas à deliberação do Plenário quando importarem ônus para a Casa, ou seja, é uma forma da Casa Legislativa estar presente em determinadas regiões (ZANCANER, 2009).

3.1.4 Comissões Parlamentares de Inquérito

O Legislativo possui funções secundárias muito importantes, como fiscalizar e investigar a Administração Pública. Um instrumento à disposição do Legislativo para realizar a investigação é a Comissão Parlamentar de Inquérito, denominada CPI (MENDES, 2015).

São Comissões parlamentares temporárias destinadas a realizar apuração de fato determinado, de relevante interesse para a vida pública e da ordem constitucional, legal, econômica e social do País. Portanto, podemos definir a CPI como um conjunto de Parlamentares designados para investigar possíveis malfeitos, cometidos por agentes públicos e políticos, que sejam de grande relevância para a vida pública nacional (ZANCANER, 2009).

Essas Comissões podem ser criadas por requerimento de 1/3 (um terço) de seus membros, que será instituída a CPI para apuração de fato determinado e por prazo certo, a qual terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no Regimento Interno. Então, a Comissão Parlamentar de Inquérito não irá apurar qualquer coisa e não será criada por qualquer motivo, ou seja, quando ela for criada será sujeita a prazo certo e vai ter que investigar fato determinado. Esse fato determinado, significa um acontecimento de relevante interesse para a vida pública e para ordem constitucional, legal, econômica e social do Brasil. Dessa forma, o prazo certo de uma CPI, é de 120 (cento e vinte) dias.

Assim, se o presidente indeferir por qualquer motivo o pedido de CPI, cabe recurso para o Plenário no prazo de cinco sessões legislativas (ZANCANER, 2009).

3.1.5 Comissões Mistas do Congresso Nacional

As Comissões mistas se compõem de 11 (onze) Senadores e 11 (onze) Deputados Federais, obedecendo o critério da proporcionalidade partidária. No caso da Comissão Mista, o parlamentar mais idoso que irá presidir a sessão. Seguindo, terá a eleição do Presidente e do Vice-Presidente da Comissão, e em seguida o Presidente eleito irá designar um membro do Senado ou da Câmara para ser o Secretário desta Comissão. Cabe ao Presidente da Comissão designar o Relator da matéria que está sujeita a exame (BRASIL, 2015a).

O congressista poderá apresentar emendas no prazo de 8 (oito) dias perante a instalação da Comissão, que devem ser despachadas pelo Presidente. Obviamente, os votos dos membros do Senado e da Câmara serão em separado. (BRASIL, 2015a).

Dessa forma, no artigo 9 do Regimento Comum do Congresso Nacional prevê quem faz a nomeação dos membros da Comissão, que é o Presidente do Senado Federal, que exerce também a presidência do Congresso Nacional. Sendo que para isso, ele irá receber indicações dos Líderes, que é uma das prerrogativas do Líder indicar qual membro do partido dele irá fazer parte daquela Comissão Mista. Se os Líderes não fizerem a indicação, a escolha caberá ao Presidente. O calendário para a tramitação de matéria sujeita ao exame das Comissões Mistas deverá constar na

Ordem do Dia do Senado e da Câmara dos Deputados, ou seja, na Ordem do Dia tem que ser avisado o que irá ter tramitação das matérias das Comissões Mistas (BRASIL, 2015a).

3.2 Trabalho das Comissões

Agora, será analisado os trabalhos internos das Comissões Parlamentares, de acordo com as normas regimentais das Casas Legislativas.

Com base no artigo 57 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para iniciar uma reunião, que tenha matéria sujeita à deliberação, ou seja, sujeita a discussão, é necessário ter metade dos membros presentes. O Regimento Interno é bastante criterioso quanto ao rito dos trabalhos. A reunião irá ter abertura, após a abertura irá ter a discussão e votação da Ata anterior, e depois terá o Expediente (TRINDADE, 2017).

O Expediente é subdividido em duas partes, em que a primeira é o relatório de correspondência e de outros documentos recebidos, bem como a agenda da Comissão, ou seja, irá fazer um resumo da semana. A segunda parte, será a comunicação das matérias distribuídas aos Relatores, para cada membro da Comissão saber em qual Comissão está respectiva matéria (TRINDADE, 2017).

Dessa forma, começa a Ordem do Dia, trata-se do conhecimento, exame ou instrução da matéria, bem como, da discussão e votação de requerimentos e relatórios de parlamentares em geral. Da discussão e votação de proposições e respectivos pareceres sujeitos à aprovação do Plenário da Câmara, ou seja, são os pareceres dos Projetos de Lei, que vão direcionar as discussões no Plenário para saber se a proposição irá ser aprovada ou não. Por fim, a discussão e votação de Projetos de Lei e respectivos pareceres que dispensarem a aprovação do Plenário, então, é nessa fase que entra o Poder Terminativo da Comissão (TRINDADE, 2017).

O Presidente da Comissão faz a designação do Relator de cada projeto de lei, ele pode decidir a Relatoria dessas matérias, ou seja, dessas matérias ele Presidente pode ser o Relator, porém, quando a Comissão irá discutir aquela matéria, o Presidente não poderá presidir aquela sessão, e quem irá assumir é o Vice-Presidente (TRINDADE, 2017).

Além do Presidente fazer essa designação, poderá ter uma reunião conjunta para apreciação das matérias de acordo com artigo 49 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Algum Projeto de Lei que envolva duas comissões de mérito, essas Comissões não precisam trabalhar separadamente, elas podem fazer uma reunião conjunta, que irão eleger somente um Relator que irá elaborar um parecer, e dentre os dois Presidentes das duas Comissões, irá presidir o mais idoso dentro de maior número de legislatura (BRASIL, 2016).

A ordem dos trabalhos que foi apresentada acima, de acordo com o Regimento Interno, pode ser alterada a requerimento de qualquer parlamentar, desde que justificado. E para efeito do quórum de abertura, o comparecimento dos membros parlamentares é pela sua presença na Casa Legislativa, e do quórum de votação é por sua presença no estabelecimento onde se realiza a reunião (TRINDADE, 2017).

Nesse sentido, para abrir a sessão, o membro da Casa Legislativa não precisa estar dentro do estabelecimento físico, sabendo que o mesmo está no prédio, já conta a presença dele. Porém, para começar a votação, o mesmo precisa estar presente fisicamente no estabelecimento, seja Comissão ou Plenário, de onde irá ter a sessão. O parlamentar poderá participar sem direito a voto dos trabalhos e debates de qualquer Comissão que não seja membro. Então, é uma forma democrática dos outros membros parlamentares participarem de uma Comissão que não sejam o titular (TRINDADE, 2017).

Antes da apreciação do Plenário, ou quando for dispensada a sua apreciação, as proposições passam obrigatoriamente pelas Comissões de mérito, então, o Presidente da Casa Legislativa irá definir quais as Comissões que fazem relação com a matéria. Se acontecer daquele Projeto de Lei ter que passar por 3 (três) Comissões de mérito ou mais, poderá ser criada uma Comissão Especial, que pode ter o parecer terminativo, onde poderá votar e aprovar o projeto, sem passar pelo Plenário (TRINDADE, 2017).

Além disso, obrigatoriamente todo o Projeto de Lei que iniciar na Câmara dos Deputados terá que passar pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) para analisar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Projeto, ou seja, a admissibilidade ou não da matéria (BRASIL, 2016).

3.2.1 Admissibilidade e Apreciação das Matérias

As votações nas Comissões são realizadas por maioria simples, estando presente a maioria absoluta dos membros. A maioria absoluta é o primeiro número inteiro superior a metade. Em caso de empate, prevalece o voto do relator. As Comissões podem apreciar o mérito ou a admissibilidade das matérias. A CCJ irá se pronunciar pela admissibilidade, se é constitucional ou não. O mérito já é mais discricionário, ou seja, se vale apena politicamente, economicamente, se é viável ou não. Então, esta é a diferença de mérito e de admissibilidade. Se existe duas Comissões de mérito sobre aquele Projeto, elas só podem dar parecer sobre aquilo que é mérito da própria Comissão, ou seja, não pode invadir o mérito da outra Comissão. Se isso acontecer, a parte que for invadida da outra Comissão, irá ser considerada nulo, como se nunca tivesse sido redigido aquele parecer. A mesma Comissão que julga o Projeto de Lei irá discutir as emendas que surgirem nesse Projeto. Então se um Projeto passar pelas Comissões, for para Plenário e sofrer emenda, ele voltará para as mesmas Comissões para analisar a emenda (BRASIL, 2016).

A forma das Comissões trabalharem, com base no artigo 57 Regimento Interno da Câmara dos Deputados, quando são matérias correlatas, que são parecidas, o Presidente juntará os Projetos ao invés de manda-los separados, e a Comissão terá que se pronunciar em relação a todos os Projetos. A Comissão pode dividir a matéria, distribuindo cada parte para Relatores parciais, mas ela terá que escolher um Relator geral e um Relator geral substituto, de modo a mandar para Mesa somente um parecer aprovado (BRASIL, 2016).

Os autores dos Projetos de Lei, terão ciência, com antecedência mínima de três sessões, da data em que seus Projetos serão discutidos em Comissão técnica. Então o autor pode se preparar para defender o Projeto dele na Comissão, é isso que a norma regimental assegura, o direito do autor quando a proposição dele for discutida para poder estar presente na discussão e defender o próprio Projeto (BRASIL, 2016).

Então, o Relator da matéria pode ler o parecer ou em alguns casos se o parecer for distribuído em avulso para os membros legislativos, pode dispensar a leitura, pois todos já estão com o parecer em mãos e será submetido a discussão. Lembrando que durante a discussão existem algumas regras. Durante a discussão quem pode usar a palavra é o autor do Projeto, o Relator, o Líder e os demais membros da Comissão, onde podem durante 15 (quinze) minutos improrrogáveis, e para os parlamentares que não pertençam aquela Comissão 10 (dez) minutos. No mínimo 10 (dez) membros da Casa Legislativa irão falar na sessão da Comissão, depois disso, qualquer membro pode, por apresentação de requerimento, solicitar o encerramento da discussão e iniciar a votação. Por seguida, encerrada a discussão, pode ser dada a palavra ao Relator, onde tem até 20) vinte minutos, pois o Relator irá fazer a réplica e irá defender os pontos de vista dele em relação ao que foi falado na discussão (BRASIL, 2016).

Se o parecer for aprovado em todos os seus termos, esse será tido como o da Comissão, então o parecer do Relator da Comissão será assinado pelo Presidente da respectiva Comissão, pelo Relator, e pelos autores de votos vencidos, em separados ou com restrição que manifestem a intenção de fazê-lo. O parlamentar que se pronunciar que não concordou com a proposição, assina no Projeto que não concordou com este (BRASIL, 2016).

Se ao voto do Relator forem sugeridas emendas de alterações, com as quais ele concorde, será concedido o prazo até a reunião seguinte para a redação do novo texto, afinal, o Relator terá que corrigir o texto que fez. Existe um instituto que funciona dentro da Comissão durante as discussões, que é o pedido de vista, ou seja,

qualquer membro da Comissão pode fazer um pedido de vista que será concedido por duas sessões. Agora, quando mais de um membro da Comissão pedir vista simultaneamente, o pedido será dado em conjunto para todos os membros (BRASIL, 2016).

Quando uma comissão aprecia uma matéria, ela pode propor a aprovação, a rejeição total ou parcial do parecer, pode sugerir o arquivamento, pode formular um novo projeto dela decorrente das alterações, pode dar-lhe substituto no projeto, apresentar emenda ou subemenda, então são as atribuições e atos que a comissão tem legitimidade de fazer (BRASIL, 2016).

3.3 Procedimento abreviado: O Poder Terminativo

As regras de tramitação das proposições, estão no Regimento Interno de cada Casa Legislativa. De acordo com a norma regimental, o Projeto deve ser apresentado na Mesa Diretora, que o distribui para as Comissões pertinentes. Depois de aprovado nas Comissões, o Projeto está pronto para ir ao Plenário, salvo se não for terminativo (TRINDADE, 2017).

Dessa forma, as Comissões Parlamentares, no Senado Federal e na Câmara dos Deputados têm um conjunto de atribuições de poderes, dentre os quais, o Poder Terminativo. Significa o poder terminativo das Comissões, é aquele que de acordo com o Regimento Interno, dispensa a necessidade do Pleno. Esse Poder dá as Comissões aprovarem o projeto sem passar pela votação do Plenário da Casa Legislativa. O Poder Terminativo nada mais é que a prerrogativa das Comissões de discutir os projetos de lei, dispensando a votação do Plenário (TRINDADE, 2017).

O artigo da Constituição prevê o poder terminativo das Comissões Parlamentares e institui, a perda deste poder terminativo, pela apreciação do Plenário da Casa Legislativa (BRASIL, 1988):

> “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as

> atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.
>
> § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:
>
> I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa."

Com efeito do texto constitucional, percebe-se que a definição de quais os projetos que irão tramitar em caráter terminativo é feita pelos próprios Regimentos Internos de cada Casa, que vão discriminar as matérias dispensadas pelo Plenário. Dessa maneira, quando uma proposição tramita em caráter terminativo no Senado (Regimento Interno do Senado Federal, artigo 91, ou conclusivo na Câmara (Regimento Interno da Câmara dos Deputados, artigo 24, II), a fase de discussão e votação se dá apenas nas comissões, e se for aprovada, a proposição segue direito para as comissões da outra Casa Legislativa (TRINDADE, 2017).

No Senado Federal, cabe ao Presidente da Casa decidir, sendo o projeto de competência de mais de uma comissão, para qual delas possuirá o poder terminativo de acordo com o artigo 49, I do Regimento Interno da Casa Legislativa (BRASIL, 2015b):

> "Art. 49. Na distribuição das matérias subordinadas, na forma do art. 91, à apreciação terminativa das comissões, o Presidente do Senado, quando a proposição tiver seu mérito vinculado a mais de uma comissão, poderá:
>
> I - definir qual a comissão de maior pertinência que deva sobre ela decidir."

Nesse sentido, as primeiras comissões apenas darão o parecer sobre a decisão do conteúdo, e caberá à última delas o caráter terminativo. É feita essa definição no despacho inicial da Presidência, onde é distribuída a matéria (TRINDADE, 2017).

Dessa forma, o poder terminativo é a capacidade daquela comissão discutir e votar, aprovar ou rejeitar uma matéria, dispensando a apreciação do Plenário. Ou seja, todo o trâmite de uma matéria dentro da Casa Legislativa será pelas Comissões, o Presidente irá determinar quais as Comissões de mérito que aquela matéria deverá

passar e estando enquadrada no Regimento Interno com o caráter terminativo não precisa ir para Plenário para discussão, ou seja, é atribuído à Comissão a competência de decidir como o Plenário fosse. Compete às comissões discutir e votar os projetos que tramitam em caráter terminativo, são órgãos fracionários de cada Casa Legislativa, onde aceleram o trâmite do projeto de lei (TRINDADE, 2017).

3.4 Recurso contra a decisão das Comissões

Qualquer que seja a decisão das comissões, seja aprovar ou rejeitar o projeto de lei, cabe recurso. Depois da decisão da comissão, será aberto o prazo para interposição de recurso, que no Regimento Interno do Senado Federal, é de 5 (cinco) dias úteis. Dessa forma, o projeto só passará por discussão e votação no Plenário da Casa Legislativa se houver recurso apresentado pelos membros da respectiva Casa.

Assim, se houver recurso, o projeto perde o caráter terminativo e será enviado para o Plenário, e retornam ao procedimento comum da tramitação (TRINDADE, 2017).

Atualmente no Senado Federal, há 81 (oitenta e um) Senadores, em que 1/10 (um décimo) de subscritores vale à 9 (nove) assinaturas dos mesmos, em que dispõe o artigo 91, do Regimento Interno da Casa Legislativa (BRASIL, 2015b):

> "Art. 91. Às comissões, no âmbito de suas atribuições, cabe, dispensada a competência do Plenário, nos termos do art. 58, § 2º, I, da Constituição, discutir e votar:
>
> § 4º O recurso, assinado por um décimo dos membros do Senado, será dirigido ao Presidente da Casa.
>
> § 5º Esgotado o prazo previsto no § 3º, sem interposição de recurso, o projeto será, conforme o caso, encaminhado à sanção, promulgado, remetido à Câmara ou arquivado."

Nesse sentido, no âmbito da Câmara dos Deputados, são indispensáveis as assinaturas de 52 (cinquenta e dois) Deputados, o que equivale à 1/10 (um décimo) dos 513 Deputados Federais (BRASIL, 2016).

O recurso é enviado ao Presidente da Casa Legislativa, onde os parlamentares requerem a apreciação da matéria em Plenário, acabando com o poder terminativo da Comissão (BRASIL, 2015b).

Então quando se pede o recurso, o objetivo é levar para o plenário ampliar o debate e permitir maior participação dos parlamentares. O recurso é direito da minoria, que refere estes em "menor grupo", garantindo seus interesses e os resguardando. Deixando claro, que são menores em número e poder, mas não menores em dignidade e nem em direitos (ZANCANER, 2009).

3.5 Tramitação do Projeto de Lei na Comissão

Toda lei para ser lei passa por um Projeto de Lei, e ele depende de uma iniciativa, conforme regra geral do artigo 61 da Constituição Federal. Ao se falar de iniciativa parlamentar, é quando é iniciada por qualquer membro da Comissão ou do Congresso Nacional. Os projetos vão se iniciar na Casa Iniciadora, e a outra Casa vai ser a Revisora, onde vai rever o que a Iniciadora fez (TRINDADE, 2017).

Como regra geral, os Projetos do Senado não são apreciados terminativamente pelas Comissões, eles devem ser discutidos e votados pelo Plenário. Porém, por se tratar de Projeto de Lei ordinária de autoria de Senador, ele tem tramitação terminativa do âmbito das Comissões, ou seja, não será votado pelo Plenário da Casa Legislativa. Com isso, todos os Senadores, transferem poderes para as Comissões decidirem sobre a proposição (TRINDADE, 2017).

A apresentação do Projeto de Lei será na Mesa Diretora da Casa Legislativa, onde o Presidente da Casa distribui a matéria para estudo de uma ou mais Comissões Parlamentares, dependendo do assunto, e cada uma delas têm um Presidente.

Quando a Comissão recebe a proposição, seu Presidente designa um Relator, cuja a função é de estuar a matéria mais detalhadamente. O Relator é um próprio membro da Comissão, ou seja, um Senador (TRINDADE, 2017).

Seguindo sua tramitação, abre-se o prazo de 5 (cinco) dias na primeira ou na única Comissão a que o projeto foi distribuído, para que qualquer membro da Casa Legislativa que queria, possa apresentar emendas. É durante a discussão que podem apresentar as emendas parlamentares. Essas emendas são proposta de alteração do Projeto, é nesse momento que os Parlamentares poderão pedir para que o projeto seja analisado. As emendas parlamentares podem acrescentar, modificar, alterar ou retirar alguma questão, e vão ser discutidas e posteriormente votadas. Então, o Presidente da Comissão concede o prazo de até 5 (cinco) dias úteis para que um ou mais Senadores possam pedir vista ao processo, isso é, podem pedir para analisar o processo todo (BRASIL, 2015b).

Depois dessa fase de tramitação pelas Comissões, o Presidente da última Comissão que apreciou a matéria comunica ao Presidente do Senado o que foi deliberada, e então, é comunicado a todos os Senadores no Período do Expediente de uma Sessão Plenária, abrindo o prazo para 5 (cinco) dias úteis para apresentação de recurso. Dessa forma, são necessárias 9 (nove) assinaturas pelo menos para se apresentar um recurso para o poder decisivo do Projeto seja transferido da Comissão para o Plenário da Casa (BRASIL, 2015b).

Dentro das Comissões ocorre normalmente a discussão dos Projetos de Lei, o objetivo é fazer com que o Projeto seja debatido por especialistas da matéria relacionada ao Projeto. No artigo 58, § 2º, da Constituição Federal, as Comissões dispensam a competência do Plenário para votação (BRASIL, 1988).

As discussões ocorrem no interior das Comissões e por isso as Comissões devem refletir proporcionalmente o Plenário, para representar todas as correntes de opiniões, todos os partidos políticos proporcionalmente ao que o Plenário representaria. Isso se faz importante para manter a pluralidade de pensamentos, contribuindo assim para debates que levem em conta diversos pontos de vista, além de evitar exclusividade de grupos sobre algumas Comissões (ZANCANER, 2009).

A discussão é uma etapa preparatória para a votação, a ideia é dar subsídios para a votação, significa a troca de opiniões. É normal que uma matéria a ser colocada em discussão tenha membros da Casa Legislativa que estão a favor e outros contra ao projeto. Aqueles que são os opositores em geral vão levar argumentos contrários para modificação ou para rejeição da matéria. Aqueles que são favoráveis vão levar argumentos para aprovação com ou sem alterações. Então, a ideia é de que os parlamentares vão tentar convencer os outros de que sua tese é a melhor, é o momento de convencimento, de tentar convencer os outros parlamentares sobre a sua forma de ver a matéria. Então nessa fase, os parlamentares vão debater, há várias sessões de debate antes da votação que costumam correr dentro do Regimento Interno (PACHECO, 2013).

O debate é simplesmente a troca de opiniões, os parlamentares vão estar normalmente embasados em duas ou mais correntes e abre-se para que eles possam se manifestar e que façam seus discursos, levantem suas teses e suas opiniões. Isso vai fazer com que na hora de votar os parlamentares estejam preparados e por dentro do assunto para poder emitir uma opinião, ainda que não se chega em um único consenso, mas ao menos possam votar pela perspectiva de que se inteirou dos fatos. Então esse é o momento mais importante em termos democráticos, é o momento em que os parlamentares vão poder trocar opiniões sobre os projetos, conhecer as matérias, se inteirar para na hora de participar da votação, não votar de forma inconsciente, e sim votar de forma consciente sabendo do que está se tratando (PACHECO, 2013).

Em regra, a votação tem que ser em plenário, pois dá o direito de todos participarem, porque amplia a participação dos membros do senado. Quando os 81 (oitenta e um) Senadores votam se tem o máximo da Democracia representativa, ou seja, todos os representantes participando e emitindo seu juízo de valor (PACHECO, 2013).

Nesse sentido, para melhor compreensão deste capítulo, será necessário analisar a tramitação do caso concreto do Projeto de Lei dentro de uma Comissão Parlamentar sendo de caráter terminativo.

4 ANÁLISE SOBRE O PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 79, DE 2016 – LEI DAS

4.1 Telecomunicações

A proposição em análise, resulta em alterações que tem como objetivo aumentar as receitas das empresas de telecomunicações, e altera o regime de concessão de telefonia para o regime de autorização e concede às empresas uma infraestrutura estimada no valor de 100 bilhões de reais, sem garantia de retorno deste valor em investimento por parte das empresas. O Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2016 (PL nº 3.453/2015, na origem), de autoria do Deputado Daniel Vilela, teve início na Câmara dos Deputados (SÃO PAULO, 2017).

De acordo com as regras regimentais, o Presidente da Câmara dos Deputados o despachou para as comissões pertinentes à matéria. O projeto se refere a Lei das Telecomunicações, em que foi despachado para a Comissão Especial do Desenvolvimento e Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, teve sua aprovação em ambas comissões, e com isso, seguiu para a Casa Revisora, o Senado Federal (SÃO PAULO, 2017).

A proposição foi remetida para a Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN), tendo sua aprovação em caráter terminativo, nos termos do artigo 91, § 1º, IV, do Regimento Interno do Senado Federal. Conforme as etapas do Processo Legislativo, abriu-se prazo de cinco dias úteis para a interposição de recurso, no qual foi apresentado por um grupo de Senadores, em que requereram a discussão e votação do projeto pelo Plenário da Casa, com base no artigo 58, § 2º, I, da Constituição Federal (SÃO PAULO, 2017).

Apesar disso, o PLC 79, de 2016, foi aprovado às pressas pelo Senado Federal sem ser apreciado pelo Plenário da Casa Legislativa, ignorando os recursos que foram apresentados nesse sentido. No que se refere aos recursos interpostos, não foram analisados formalmente pelo Presidente do Senado, e então, o Projeto foi enviado para Sanção Presidencial (SÃO PAULO, 2017).

Dessa forma, a falta de uma discussão aperfeiçoada e participativa, impediu que os Senadores comprometidos com os interesses da proposição pudessem analisar os riscos contidos nela (SÃO PAULO, 2017).

Com isso, Senadores inconformados, impetraram Mandado de Segurança contra o ato do Presidente do Senado ao Supremo Tribunal Federal, para que este Projeto seja analisado pelo Plenário. Esclareceram pelo Mandado de Segurança que houve inconstitucionalidade daquele ato do Presidente sobre o Projeto, que os requisitos do recurso estavam de acordo com a lei constitucional (BRASIL, 2017a).

Assim, a decisão do Ministro da Suprema Corte foi de que o Projeto retorne ao Senado Federal para que os recursos sejam apreciados pelo Plenário. Dessa forma, a decisão impediu que o Projeto fosse remetido de novo à Sanção Presidencial, e então, volte ao Plenário da Casa Legislativa para ser discutido e votado (BRASIL, 2017b).

O objetivo desse trabalho é verificar as etapas do Processo Legislativo nas Comissões Parlamentares com o Poder Terminativo, e entender se o Supremo Tribunal Federal pode aceitar o Mandado de Segurança imposto pelos Senadores, no sentido de o projeto volte ao Plenário do Senado. Para tanto, precisamos entender melhor o procedimento do Processo Legislativo dentro das Comissões com base na Constituição Federal e no Regimento Interno das Casas.

4.1.1 Tramitação constitucional do Projeto

Conforme exposto anteriormente, o governo funciona em grupos de maiorias e grupo de minorias parlamentares, a maioria governa e a minoria é governada. Isso

induz a uma ideia falsa de que as minorias não têm direitos. A minoria não é uma questão de quantidade, é uma questão de como são tratados de uma maneira igual. Com base no direito da igualdade, que é um direito fundamental, o direito da minoria está consagrado na Constituição da República, em seu artigo 5º. O direito da igualdade diz que o Estado não pode impor um tratamento diferenciado em funções de qualquer natureza. O princípio da igualdade impõe também que o Estado seja incumbido de reduzir diferenças entre os sujeitos da Sociedade (TRINDADE, 2014).

Com base no direito da minoria parlamentar, o recurso é apresentado no sentido em que a matéria vá a ser apreciada e votada pelo Plenário, acabando desta forma, com o poder terminativo da Comissão. Assim, afirma Pacheco (2013, p. 34) que "os recursos têm por objetivo reverter decisões tomadas por autoridades ou órgãos que detêm parcela de poder na Casa, como as Comissões, seus Presidentes, a Mesa ou a Presidência da Câmara".

A iniciativa para sua apresentação deve contar com um número mínimo de subscritores, o recurso contra decisão conclusiva da comissão, que, para ser admitido, precisa ser apoiado por pelo menos 10% (dez por cento) do total de membros da Casa (PACHECO, 2013).

De modo geral, podemos considerar também que (BRASIL, 2017a, p. 19):

> "O termo recurso nos remete ao significado de auxílio, ajuda, socorro, proteção, meio para solução de um problema, remédio. No aspecto jurídico, pode ser entendido como o meio de impugnar uma decisão, administrativa ou judicial, em regra endereçado a uma instância superior, visando à reforma ou modificação do entendimento objeto do inconformismo."

De modo claro e evidente, a Constituição dispõe que o projeto de lei discutido e decidido em caráter terminativo no âmbito das Comissões, somente pode ser remetido à sanção presidencial, dispensando a apreciação pelo Plenário, se não houver a interposição de recurso, nos termos do artigo 58, § 2º, I, da Constituição (BRASIL, 1988).

Assim, certifica o referido artigo da norma constitucional, poder legislativo pleno às Comissões de ambas as Casas Legislativas. Porém, o recurso subscrito por mais de um décimo dos membros parlamentares, afasta esta competência terminativa, sujeitando a matéria ao exame pelo Plenário (BRASIL, 2017a).

O recurso constitucional aqui em estudo, previsto no artigo 58 § 2º, I, da Constituição, apresentado contra o poder terminativo das comissões, subscrito por um décimo dos membros da Casa, representa um poder recursal das minorias, assegurando a um número menor de parlamentares, inconformados com o resultado nas comissões, o direito de modificar a tramitação legislativa quanto à apreciação definitiva daquelas comissões, para submeter a análise pelo Plenário (BRASIL, 2017a).

É certo, diante do Projeto de Lei em estudo, que houve a interposição de recurso por mais de um décimo dos membros do Senado, como disposto na Constituição Federal, de forma de que é inviável o encaminhamento do projeto para Sanção Presidencial, sem que antes seja a matéria submetida a discussão e votação do Plenário daquela Casa (BRASIL, 2017a).

Frisa-se que, pelo fato do recurso não ter sido analisado formalmente pelo Presidente do Senado Federal, a minoria dos membros parlamentares tem a prerrogativa de acionar o Supremo Tribunal Federal, por meio de Mandado de Segurança, no sentido que o projeto de lei seja analisado em Plenário. Em sede do Mandado de Segurança esse recurso é apropriado ao STF, pois os parlamentares têm legitimidade ativa para impetração de Mandado de Segurança em defesa do devido processo legislativo constitucional (BRASIL, 2017c).

4.2 Mandado de Segurança

O mandado de segurança é um remédio constitucional, também conhecido como garantia constitucional. É um mecanismo para fazer valer um direito que foi violado e prejudicado. O mandado de segurança individual, deverá ser usado para

proteção de direito líquido e certo. Então, o direito líquido e certo dá ensejo ao mandado de segurança individual (VITTA, 2004).

Dessa forma, é um remédio previsto no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."

Assim, o mandado de segurança individual deve ser utilizado quando se tem um direito líquido e certo, onde se comprova esse direito com documentos. Sendo assim, não tem prova pericial e testemunhal para se comprovar tal direito (VITTA, 2004).

Quando se fala em mandado de segurança coletivo, ele é corporativo, pois protege grupos de pessoas (VITTA, 2004).

Nesse sentido, está previsto no artigo 5º, inciso LXX da Constituição (BRASIL, 1988): "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: partido político com representação no Congresso Nacional".

Assim, o mandado de segurança tanto individual quanto coletivo são remédios constitucionais, também conhecidos como garantias constitucionais. São mecanismos para proteger direitos previstos na Constituição. A diferença entre eles é que o mandado de segurança individual, protege uma pessoa ou um grupo de pessoas que não aqueles vinculados a um partido político com representação no Congresso Nacional, como se refere a Constituição Federal (VITTA, 2004).

O mandado de Segurança coletivo, é corporativo, protege certos grupos de pessoas, esses descritos expressamente na Constituição. Então, a principal diferença

entre eles é a legitimidade ativa. Percebe-se claramente que somente esses grupos de pessoas podem propor o mandado de segurança coletivo, para protege-los. Com relação a tanto o individual, quanto ao coletivo, para ambos, os requisitos são os mesmos, o direito líquido e certo, que é aquele que se comprova documentalmente, já ingressa com as provas no mandado de segurança (VITTA, 2004).

Qualquer partido político que tenha um Senador no ato da propositura do mandado de segurança coletivo, e serão protegidos os parlamentares filiados aquele partido. Os requisitos constitucionais para o mandado de segurança coletivo estão previstos nas alíneas “a” e “b”, do inciso LXX, artigo 5º da Constituição. Pode ser proposto por partido político com representação no Congresso Nacional, qualquer partido que tenha um Deputado Federal ou um Senador no ato da propositura do mandado de segurança, para proteger quem é filiado àquele partido político (VITTA, 2004).

A Constituição, ao trazer o mandado de segurança coletivo, fortaleceu os instrumentos de uma democracia representativa no Brasil, que são os partidos políticos, na medida em que, não se admite candidaturas avulsas, que a filiação partidária é obrigatória, desde que tenham representação no Congresso Nacional, passaram a ter legitimidade para propositura de mandado de segurança coletivo (VITTA, 2004).

Dessa forma, o partido político que tivesse apenas um membro de qualquer uma das Casas Legislativas do Congresso Nacional, já possuía legitimidade para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo para qualquer tema. Esse posicionamento foi fixado pelo Supremo Tribunal Federal, em Acórdão de relatoria da Ministra Ellen Greice, onde a Constituição colocou de um lado Sindicatos e Associações, e para eles reservou interesses de seus associados, e do outro lado colocou os partidos políticos, com representação no Congresso Nacional, e a eles concedeu a possibilidade da defesa via mandado de segurança coletivo, dos direitos da sociedade como um todo (VITTA, 2004).

O mandado de segurança visa proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo contra ato ou omissão de autoridade não aparado por habeas corpus ou habeas data, como dispõe o artigo 5º, inciso LXIX e LXX do texto constitucional. Assim, o dispositivo definiu em que, é competência do Supremo Tribunal Federal a apreciação do presente mandado de segurança, nos termos do art. 102, I, d, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

> "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I - processar e julgar, originariamente:
>
> d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal."

Por fim, com base na Constituição Federal do Brasil, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, tem legitimidade para decidir, quando é acionado por meio de Mandado de Segurança por um grupo de parlamentares, com o objetivo de garantir o direito líquido e certo que os mesmos possuem.

4.2.1 Mandado de Segurança ao Supremo Tribunal Federal

Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por um grupo de Senadores, contra o ato do Presidente do Senado Federal, o Senador Renan Calheiros, aduzindo a inobservância do artigo 58, § 2º, I, da Constituição Federal, durante a tramitação do Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2016 (BRASIL, 2017a).

Os impetrantes afirmaram que a proposição foi aprovada pela Comissão Especial de Desenvolvimento Nacional (CEDN), e que, durante o prazo para interposição de recurso, foi apresentado três apelos para que o projeto fosse analisado em Plenário antes de ser enviado para sanção presidencial. Porém, os recursos foram não foram analisados formalmente pela Presidência do Senado (BRASIL, 2017a).

O Presidente do Senado, entendeu que os recursos não juntaram condições de admissibilidade, uma vez que não atenderiam ao número mínimo de assinaturas, um décimo dos parlamentares, no total de 9 (nove) subscritores (BRASIL, 2017a).

Em relação aos recursos, o primeiro, apresentado pelo Senador José Pimentel, reuniria a penas sete (7) assinaturas regulares; o segundo, indicado pelo Senador Paulo Rocha, somaria quatro (3) assinaturas válidas; e o último apelo, apresentado pela Senadora Vanessa Grazziotin, possuiria somente quatro (4) assinaturas regulares, conforme quadro a seguir:

1º Recurso	*2º Recurso*	*3º Recurso*
José Pimentel	Paulo Rocha	**Vanessa Grazziotin**
Paulo Rocha	**Lindbergh Farias**	**Regina Sousa**
Lindbergh Farias[1]	Vanessa Grazziotin	**Gleisi Hoffmann**
Lídice da Mata	Fátima Bezerra	**Tieres Pinto**
Garibaldi Alves	Regina Sousa[4]	Fátima Bezerra[5]
Roberto Requião	**João Capiberibe**	Paulo Rocha[5]
Paulo Paim[2]	Paulo Paim[3]	Ângela Portela[5]
Magno Malta[2]	Roberto Requião	João Capiberibe[5]
Fátima Bezerra	**Humberto Costa**	Cristovam Buarque[5]
Jorge Viana	Gleisi Hoffmann	Kátia Abreu[5]
	Reguffe[4]	Lídice da Mata[5]
[1]assinatura desconsiderada por rasura.		
[2]assinatura tidas como de mero apoiamento.		
[3]solicitada a exclusão da firma pelo próprio Senador.		
[4]assinaturas consideradas incluidas intempestivamente.		
[5]assinaturas desconsideradas por se tratarem de cópias digitalizadas sem certificação digital.		

Fonte: (BRASIL, 2017a).

Dessa forma, sem aprofundar em relação as assinaturas consideradas inválidas, e sim, considerando as assinaturas tidas como válidas pela Mesa do

Senado Federal, totaliza o número de quatorze (14) Senadores que manifestaram de forma efetiva, seu inconformismo da deliberação terminativa realizada pela Comissão. O grupo de parlamentares, alegaram que: “se considerados em conjunto, os três recursos somam ao todo 14 (quatorze) assinaturas de Senadores que defendem que o Projeto de Lei 79/2016 seja apreciado pelo Plenário do Senado Federal” (BRASIL, 2017a, p. 15).

Nessa linha de ideias, há de se verificar que o Supremo Tribunal Federal, estabeleceu o entendimento de que os parlamentares têm legitimidade ativa para a impetração de mandado de segurança quando buscam o cumprimento do devido processo legislativo constitucional, conforme dispõe a Constituição. A jurisprudência do STF tem reconhecido, apenas aos membros do Legislativo a possibilidade de que se aplique do Mandado de Segurança como instrumento de defesa do direito, de que são titulares do processo legislativo, isto é, de não se sujeitarem ao procedimento legislativo inconstitucional. Por se questionar contra ato específico praticado pela Casa do Congresso Nacional, o Mandado de Segurança impetrado por parlamentar em defesa do processo legislativo é de competência originária do Supremo Tribunal Federal, com base no artigo 102, I, d, da Constituição Federal (BRASIL, 2017a).

Por fim, os parlamentares requereram que seja concedida a liminar para determinar à autoridade coatora que não envie o projeto de lei à sanção presidencial, sem que antes seja analisado pelo Plenário do Senado, conforme o artigo 58, §2, I, do texto constitucional, bem como, o deferimento da ordem de segurança para que seja reconhecido o direito dos Senadores impetrantes (BRASIL, 2017a).

4.2.2 Ato da Presidência do Senado Federal

A Presidência do Senado, se posicionou no sentido de que nenhum dos recursos possui admissibilidade, pois não reuniram o mínimo de subscritores que são exigidos pelo artigo constitucional em estudo (BRASIL, 2017a).

Assim, defendeu a legitimidade da tramitação legislativa do projeto de lei em questão, acerca das normas dispostas na Constituição Federal e no Regimento Interno do Senado, que autorizam a aprovação em caráter terminativo das proposições pelas Comissões, além de informar o procedimento de assinaturas mínimas para a apresentação de recurso (BRASIL, 2017a).

De acordo com essas razões, defende o Presidente do Senado (BRASIL, 2017a, p. 18-19):

> "regimentalmente, nenhum dos recursos poderia ser admitido: em síntese, todos os recursos são inadmissíveis por insuficiência de assinaturas, aferidas no momento do encerramento do prazo recursal, seja em virtude de retirada de assinaturas, seja em virtude da intempestividade, por perda do prazo recursal, na tentativa promovida pelos recorrentes, ora impetrantes, de inserção de novas assinaturas".

Nesse sentido, sustenta, que o Mandado de Segurança, importa somente sobre as regras procedimentais que são fixadas pelo Regimento Interno do Senado Federal, e que não decorrem diretamente da Constituição Federal, matéria em que não se pode discutir o ato, ou seja, matéria *interna corporis*, que somente pode ser discutida pelo Legislativo (BRASIL, 2017).

Entretanto, segundo Janot (BRASIL, 2017a, p. 14):

> "O Supremo Tribunal Federal, pode, sem ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, realizar o controle dos atos parlamentares, desde que se limite a verificar a compatibilidade destes em face das disposições constitucionais, sobretudo daquelas que disciplinam o processo legislativo, e não invada a interpretação e aplicação das normas regimentais, a matéria *interna corporis* e, por conseguinte, insuscetível de apreciação jurisdicional".

Dessa forma, quando o Poder Judiciário intervém nos outros Poderes, é para assegurar os direitos constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição Federal, em que, o Judiciário exerce de maneira legítima, as atribuições que a própria norma o conferiu (BRASIL, 2014).

Nesse caso, o Presidente do Senado Federal, entendeu que os recursos não reuniram condições de admissibilidade e não os analisou formalmente, simplesmente o enviou para sanção, uma vez que não atenderiam ao número mínimo de subscritores, ou seja, o número mínimo de assinaturas, um décimo dos senadores (BRASIL, 2017a).

Nesse sentido, foi decido anteriormente pelo Ministro Celso de Mello, por Medida Cautelar (BRASIL, 2014):

> "A Suprema Corte só não decide as ações contra os atos ou procedimentos internos das Casas Legislativas, de natureza regimental, pois, nessas situações, a solução de conflitos se revolverá pelo âmbito do Poder Legislativo, o que excluirá a Suprema Corte em intervir no processo legislativo".

Assim, as matérias descritas apenas no âmbito no Regimento Interno das Casas Legislativas, *interna corporis*, tornam-se inviabilizado a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, pois essas matérias são de caráter regimental. Entretanto, o Judiciário pode intervir no processo legislativo quando ferir a Constituição Federal, e conforme o trâmite do projeto de lei em questão, pois está previsto no texto constitucional, no seu artigo 58, §2º, I (BRASIL, 2014).

4.3 Medida liminar

O caso concreto em questão, trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Parlamentares do Senado, contra o ato do Presidente da Casa Legislativa. O ato contrariado diz respeito ao envio do Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2016, à sanção presidencial, após a apreciação terminativa da Comissão do Senado, apesar da apresentação de três recursos com o objetivo de à matéria ser analisada pelo Plenário do Senado Federal (BRASIL, 2017c).

De acordo com o que os parlamentares alegaram, o projeto de lei foi aprovado pela Comissão Especial de Desenvolvimento Nacional, e em seguida, aberto o prazo para interposição de recurso, teriam sidos apresentados três apelos, com o objetivo da apreciação do Plenário da Casa Legislativa, que não foram

analisados formalmente por não possuírem o número de assinaturas exigidas no artigo 58, § 2º, I, da norma constitucional (BRASIL, 2017c).

O mandado de segurança em questão, estabelece que, se considerados em conjunto os três recursos, ao todo somam mais do que 1/10 (um décimo) de subscritores, conforme exige o dispositivo constitucional, para que a proposição fosse enviada ao Plenário (BRASIL, 2017c).

Foi reiterada a decisão pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que (BRASIL, 2017c, p. 7):

> "O Supremo Tribunal Federal somente deve intervir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições da democracia".

Assim, o artigo 58, § 2º, I, da norma constitucional, dispõe que a votação dos projetos de lei apenas no âmbito das comissões parlamentares impõe maneira prática na forma do trâmite legislativo, entretanto, não pode se colocar antes da regra geral da análise em Plenário (BRASIL, 2017c).

O fato que se apresenta no mandado de segurança é que não houve apreciação formal e fundamentada pelo Presidente da Casa Legislativa dos recursos apresentados pelos parlamentares para que o projeto seja analisado em Plenário. Além disso, a matéria do projeto de lei em questão é de bastante relevância, capaz de afetar profundamente os interesses econômicos e públicos (BRASIL, 2017c).

Nesse sentido, foi decidido pelo Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2017c, p. 9):

> "Foi deferido parcialmente a liminar requerida, para determinar que o Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016, retorne ao Senado Federal para apreciação formal dos recursos interpostos pelos Senadores e que não seja remetido novamente à sanção presidencial até o final do julgamento desde mandado de segurança".

Por fim, de acordo com a Lei do Mandado de Segurança nº 12.016, de 2009, foi aberto o prazo de vista ao Procurador-Geral da República, nos termos do artigo 12 da referida Lei: "findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7o desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias" (BRASIL, 2017c).

4.4 Manifestação do Procurador-Geral da República

De acordo com o deferimento da liminar do Ministro Barroso, os autos foram à Procuradoria-Geral da República para proferir Parecer, em que o Procurador-Geral Rodrigo Janot, analisou e opinou sobre o Projeto de Lei em questão.

Nos termos do artigo nº 58, §2º, I, da Constituição Federal, foi defendido os impetrantes pelo Procurador-Geral da República, pelo fato da apresentação dos recursos obterem mais de um décimo assinaturas, onde restou inviabilizada a remessa da proposição para sanção presidencial, sem que antes a matéria seja enviada ao Plenário do Senado Federal para apreciação (BRASIL, 2017a).

Nesse sentido, o Procurador-Geral da República, Janot (BRASIL, 2017a, p. 4) fez considerações de que:

> "Para a verificação da ocorrência no caso concreto de respeito à regra do artigo 58 § 2º, I, da Constituição, não há fundamento em não considerar os três recursos conjuntamente. Trata-se de regra concessiva de direito, cuja interpretação não pode ser restritiva. O fato de que a letra da norma constitucional utilize o singular (recurso) não altera a necessidade de que se aproveitem em favor da aplicação da regra as assinaturas de todos os senadores que recorreram da decisão terminativa da Comissão para deliberação do Plenário".

Acrescenta que, a Presidência do Senado Federal, por sua vez, não informou a decisão formal sobre o acolhimento dos apelos constitucionais, entretanto, defendeu que os recursos não reuniam o número mínimo de assinaturas exigidas na Constituição, bem como, providenciou para que a proposição seja enviada para a

sanção, mesmo pendente de análise dos recursos apresentados naquela Casa Legislativa (BRASIL, 2017a).

O texto constitucional impõe de modo claro que, projetos discutidos e decididos em caráter terminativo nas Comissões, somente podem ser remetidos à sanção presidencial, dispensando a exame do Plenário, se não houver recurso apresentados, de acordo com o artigo 58, §2º, I, da norma constitucional. Dessa forma, nos termos do dispositivo constitucional, confere poder legislativo pleno às comissões das Casas Legislativas (BRASIL, 2017a).

A norma constitucional dispõe, o poder terminativo das comissões parlamentares e atribui ferramentas para a perda deste poder, com consequência a análise pelo Plenário. Nesse sentido, de acordo com a norma regimental das Casas Legislativas, é estabelecida a competência das comissões parlamentares para analisar e decidir de forma definitiva os projetos de lei, sem apreciação do Plenário Federal, garantindo aos parlamentares o direito de recorrer e impor a atuação do Pleno. No âmbito do Senado Federal, o assunto foi tratado no artigo 91 do seu Regimento Interno (BRASIL, 2017a).

Pode-se afirmar, especificadamente em matéria legislativa, que os recursos têm por objeto reverter as decisões pelas autoridades ou órgãos que possuem esse poder na Casa Legislativa, como as Comissões, Presidentes ou a Mesa. Verifica-se, assim, que os recursos têm a finalidade corretiva, assegurando aos impetrantes o direito de não aceitar determinadas decisões e atos que tragam insatisfações (BRASIL, 2017a).

O recurso previsto no texto constitucional, apresentado contra o poder terminativo das comissões parlamentares e assinado por mais de um décimo dos Senadores, representa um poder recursal das minorias parlamentares, assegurando à um número reduzido de membros da Casa, o benefício de modificar a tramitação quanto à apreciação definitiva das comissões parlamentares, para submeter a análise da proposição ao Plenário (BRASIL, 2017a).

Dessa forma, afirma Janot (BRASIL, 2017a, p. 4):

> "O termo recurso, no singular, é a expressão genérica que o Constituinte adotou para traduzir o essencial, que é a vontade manifestada por cada Senador de que uma matéria decidida em caráter terminativo em uma Comissão do Senado seja levada à apreciação do Plenário".

Assim, o número de subscritores deve ser considerado pelo conjunto dos três apelos recursais e não por cada um deles. Isso porque o objetivo da norma constitucional é garantir o direito da minoria parlamentar. Nesse sentido, não há diferença se um décimo de parlamentares assinou em um, dois, ou três recursos, pois o Regimento Interno é lido nos termos da Constituição Federal e não ao contrário (BRASIL, 2017a).

Nesse sentido, pelo fato da matéria conter alterações significativas e de sua importância, os impetrantes são legitimados a buscar a correção do processo legislativo constitucional, para que a proposição seja analisada no Plenário do Senado Federal (BRASIL, 2017a).

Por fim, é o parecer da Procuradoria-Geral da República (BRASIL, 2017a, p. 26):

> "Pela concessão da segurança, com a confirmação da liminar anteriormente deferida, para que as assinaturas constantes das três peças recursais opostas contra a apreciação terminativa do Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016 sejam aferidas em conjunto e, admitida e acolhida a irresignação, seja o referido projeto de lei submetido à apreciação pelo Plenário do Senado".

4.5 Decisão do Ministro da Suprema Corte

Conforme a manifestação do Procurador-Geral da República, em que opinou pela concessão da ordem, resta agora a decisão do Relator, o Ministro Alexandre de Morais a respeito do Mandado de Segurança apresentado ao Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2016.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por parlamentares do Senado Federal, contra o ato do Presidente da Casa Legislativa que enviou o Projeto de Lei à sanção presidencial, sem que o Plenário tenha analisado os recursos interpostos, de acordo com o artigo 58, § 2, I, da Constituição (BRASIL, 2017b).

Verifica-se a legitimidade ativa dos impetrantes, que na posição de parlamentares, possuem o legítimo direito para a apresentação do mandado de segurança em defesa do direito líquido e certo. Está claro, que o artigo 5º, LXIX, do texto constitucional e o artigo 1º da Lei do Mandado de Segurança nº 12.016, de 2009 dispõe sobre tal legitimidade acerca do mandado de segurança (BRASIL, 2017b).

O mandado de segurança está, visando a existência de direito líquido e certo que decorreu da ilegalidade e inconstitucionalidade do ato do Presidente do Senado Federal, que, segundo os parlamentares, deixou de analisar formalmente os recursos apresentados pelos mesmos, em desrespeito ao artigo 58, §2º, I, da norma constitucional, pois, segundo os Senadores, se os três recursos fossem analisados em conjunto, para que a proposição seja apreciada pelo Plenário, teria o resultado de um número maior do que é estabelecido constitucionalmente (BRASIL, 2017b).

O processo legislativo constitucional está previsto nos artigos 59 a 69 da Constituição, em que possuem direta e imediata eficácia, "vinculando a atividade do legislador na elaboração das diversas espécies normativas em respeito ao devido processo legislativo" (BRASIL, 2017b, p. 3-4).

Dessa forma, é de grande importância analisar a possibilidade de o controle constitucional incidir no processo legislativo em trâmite.

Os parlamentares, podem acionar o Supremo Tribunal Federal para analisar as eventuais inconstitucionalidades ou ilegalidades que ocorrerem durante o trâmite do processo legislativo por meio de mandado de segurança, contra atos da autoridade

coatora (Presidente da Casa Legislativa), com o objetivo de impedir o desrespeito das normas regimentais e constitucionais (BRASIL, 2017b).

O Poder Judiciário deverá analisar a constitucionalidade ou não, das sequências de atos durante o trâmite legislativo, em que é a própria Constituição que dispõe as normas do processo legislativo. Morais afirma que (BRASIL, 2017b, p. 5):

> "quando o Judiciário atuar, estará realizando o controle difuso de constitucionalidade, para poder, no mérito, garantir aos parlamentares o exercício de seu direito líquido e certo a somente participarem da atividade legislativa realizada de acordo com as normas constitucionais".

Diferente disso, tem a possibilidade do controle jurisdicional em relação à interpretação das normas do regimento interno das Casas Legislativas. Foi entendido que não é possível o Poder Judiciário substituir ao próprio Poder Legislativo, decidindo o verdadeiro significado das normas regimentas, por se tratar de matéria *interna corporis*, sob pena de desrespeito à Separação de Poderes, prevista no artigo 2º do texto constitucional, pela interferência política do Judiciário no Legislativo (BRASIL, 2017b).

A Presidência do Senado reconheceu que foram apresentados os três apelos recursais, porém, não teve nenhuma decisão formal sobre eles. Embora a soma das assinaturas nos recursos apresente mais de um décimo dos membros da Casa Legislativa, ficou pendente a análise formal dos requisitos, portanto, a importância do direito disposto no artigo 58, § 2º, I, da Constituição Federal, em que a apreciação formal é de competência do Presidente do Senado Federal (MORAIS, 2017).

Contudo, presente o direito líquido e certo, foi determinado pelo Ministro Relator Alexandre de Morais (BRASIL, 2017b, p. 7):

> "CONCEDO A ORDEM, para determinar a análise imediata dos recursos apresentados, nos termos do artigo 58, §2º, I, do texto constitucional, pelo Ilustre PRESIDENTE DO SENADO que, entendendo presentes os seus requisitos formais deverá submeter o Projeto de Lei da Câmara 79, de 2016, a deliberação do Plenário do Senado Federal".

4.6 Legitimidade do Supremo Tribunal Federal

No tópico anterior, vimos que a Suprema Corte foi acionada pelos parlamentares por meio de Mandado de Segurança. Assim, foi explicado este ato constitucional com base na Constituição Federal, pelas decisões do Procurador-Geral da República e dos Ministros do Supremo. Verificou-se também, a intervenção do Poder Judiciário ao Poder Legislativo. Com isso, é importante analisar a competência do STF como um órgão máximo dos três Poderes.

O texto constitucional atribui a função de uniformizar o entendimento da legislação ao Supremo Tribunal Federal, deixando a última palavra sobre temas constitucionais ao Supremo. O artigo 102, I, f, da Constituição atribui ao STF a competência originária para solucionar conflitos entre as entidades componentes da Federação (MENDES, 2015).

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as normas constitucionais e para garantir a integridade da Constituição, desempenha, de maneira legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Constituição, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera do Poder Legislativo. Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional do STF, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional (GRINOVER, 2012).

Direito e política são coisas diferentes, um dos conceitos essenciais da ideia de democracia e de Estado democrático de direito, é que política e direito sejam coisas separadas. Política está ligada a soberania popular e ao princípio majoritário, ao passo que o direito está ligado a alimentação do poder e dos direitos fundamentais. A política é o espaço da vontade majoritária, o direito é o espaço da razão pública. E para manter o direito e a política apartados, a Constituição dá independência aos Tribunais, garantias aos juízes. Os juízes são vinculados à

normas, são vinculados à determinados conceitos e categorias típicas na pratica jurídica da qual não podem se afastar. Portanto o direito deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política (GRINOVER, 2012).

O Supremo Tribunal Federal desempenha três grandes competências. Em primeiro lugar, ele é um Tribunal de competências ordinárias, o Supremo julga como se fosse um juízo de primeira instância, um conjunto de processos. A segunda grande competência do Supremo, é como um Tribunal recursal, cabe recurso extraordinário para o STF das decisões dos Tribunais de Justiças dos Estados e das decisões dos Tribunais Regionais Federais. E a terceira, o Supremo desempenha o papel de Tribunal Constitucional, julga ações diretas de inconstitucionalidade e julga questões constitucionais as quais ele próprio deu repercussão geral, essa é a principal competência do Supremo, em que é o objetivo dessa pesquisa (GRINOVER, 2012).

O entendimento que prevaleceu para justificar essa competência é de que o STF pode invalidar atos dos outros poderes para fazerem prevalecer a vontade originária da maioria que criou a Constituição, contra as maiorias contemporâneas. Então, a atuação do Supremo para invalidar ato dos dois poderes se legitima em situações destinadas a impedir o abuso das maiorias que são: proteger as regras democráticas para que as maiorias não pretendam se perpetuar no poder, e assegurar os direitos fundamentais das pessoas que são reservas mínimas de justiças nas sociedades. A Função representativa do STF, que corresponde as situações em que o Supremo atende à demanda sociais que não foram atendidas pelo processo político majoritário, o Supremo se torna representativo porque o Legislativo não conseguiu ser (GRINOVER, 2012).

Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal, diz respeito diretamente em relação os outros dois poderes, o Legislativo e o Executivo. Dentro de um Estado de direito democrático, os poderes são harmônicos, autônomos e eles se controlam independente. Assim, é necessário verificar, para a legitimidade do Supremo, se houve ou não do Legislativo. Quando o Legislativo atua, produzindo uma norma, tomando uma decisão política, o Supremo Tribunal Federal, como Judiciário, em

geral, deve ser deferente para a decisão política tomada. O Supremo só deve interferir nesses casos, se houver uma manifesta contrariedade à Constituição ou se estiver afetando uma regra democrática ou um direito fundamental, como houve no caso concreto do Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2016 (GRINOVER, 2012).

5 CONCLUSÃO

O poder terminativo das Comissões tem um objetivo de acelerar o trâmite do projeto, trazendo o procedimento mais célere, sendo um ponto positivo para o processo legislativo. Porém, o projeto de lei em questão, afeta a população em grande quantidade, no que se trata da Lei de Telecomunicações. Sendo assim, deve ser apreciado e votado em Plenário para que todos os parlamentares, que são os representantes dos Estados do Brasil, possam opinar e debater sobre o projeto, acabando assim, com o poder terminativo da Comissão.

O objetivo dessa pesquisa foi analisar, que o recurso interposto pelos Senadores, com objetivo de o projeto ser votado em Plenário, é um direito da minoria parlamentar. Isso mostra que a política não pode ser prestigiada apenas por um grupo de Senadores, cumprindo os requisitos do recurso, os impetrantes da Casa Legislativa têm direito de requerer que seja votado no Plenário, conforme previsto na norma constitucional.

Dessa forma, apesar do Presidente do Senado Federal não ter analisado formalmente os recursos, a decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal foi correta a luz do que dispõe a Constituição Federal e o Regimento Interno das Casas Legislativas, pois se o ato do Presidente tivesse ferido apenas a norma do regimento interno, o Supremo não teria essa legitimidade de intervir no processo legislativo, porém, o ato do Presidente feriu a Constituição Federal, onde não apreciou formalmente os recursos, de acordo com o artigo 58, § 2º, I do texto constitucional.

A Constituição Federal estabelece poderes ao Supremo de intervir no processo legislativo quando é provocado, por meio de mandado de segurança, respeitando os limites de sua função e respeitando a repartição dos poderes. Pois o

Supremo Tribunal Federal é o guardião da nossa Constituição Federal, ele é responsável por zelar pela aplicação das leis de acordo com a norma, e julgar aqueles que não às cumprem, e ainda, defender os direitos individuais e promover a justiça.

Assim, de acordo com o PLC 79/2016, havendo interposição de recurso por mais de um décimo dos membros do Senado, resta inviabilizado o encaminhamento do projeto para sanção presidencial, sem que antes seja a matéria submetida a discussão e votação no Plenário da Casa Legislativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados.* Brasília: Edições Câmara, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. *Regimento Comum do Congresso Nacional.* Brasília: Câmara dos Deputados: Edições Câmara, 2015a.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Regimento Interno do Senado Federal.* Brasília: Senado Federal, 2015b.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado Federal, 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Parecer nº 37518/2017 – ASJCIV/SAJ/PGR.* Procurador-Geral da República: Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Brasília, 24, de fevereiro de 2017a. Disponível em :< http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5113841>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.* Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.562 Distrito Federal. *DECISÃO.* Relator: Min. Alexandre de Morais. Brasília, 05, de outubro de 2017b. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5113841>. Acesso em: 8 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 33.353 Distrito Federal. *MS 33.353 DF.* Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10,

de dezembro de 2014. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/dl/mandadoseguranca-33353-min-celso-melo.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.562 Distrito Federal. *MS 34.562.* Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 04, de fevereiro de 2017c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5113841>.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo.* São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas.* Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal Comentada.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2015.

PACHECO, Luciana Botelho. *Como se fazem as leis.* Brasília: Edições Câmara, 2013.

SÃO PAULO. Câmara Municipal de Campinas. *Moção nº 06 de 2017*. Campinas, 1 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5078858&disposition=inline

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado: Hard cases e soluções juridicamente adequadas.* São Paulo: Método, 2006.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Manual de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2014.

TRINDADE, João Cavalcante Filho. *Processo Legislativo Constitucional.* Brasília: JusPODIVM, 2017.

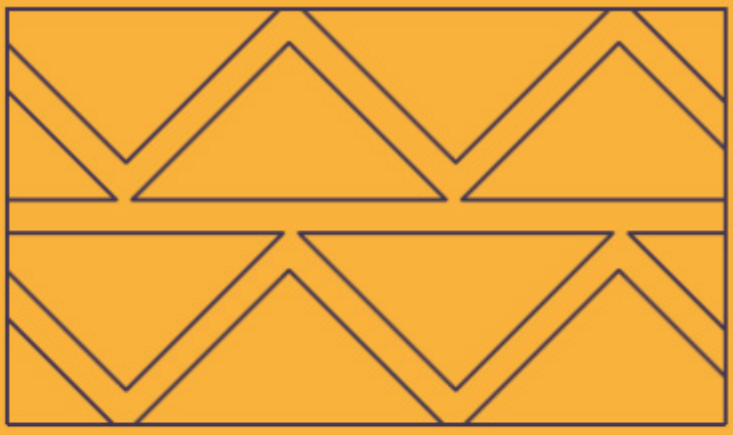
VITTA, Heraldo Garcia. *Mandado de Segurança.* São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

ZANCANER, Gabriela. *As Competências do Poder Legislativo e as Comissões Parlamentares.* São Paulo, 2009.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.1

Direito Processual Civil



UniCEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: INSTRUMENTO DE ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO ÀS ESPECIFICIDADES DA DEMANDA

Regiane Mota dos Santos

RESUMO

Este trabalho pretende demonstrar que os negócios jurídicos processuais típicos e atípicos são formas de adequação do procedimento às especificidades da demanda. O Código de Processo de 2015, ao inserir o artigo 190, trouxe a possibilidade de as partes negociarem sobre o procedimento como forma de adequação da lide ao caso concreto. Para tanto, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, pretende-se estudar a importância do equilíbrio entre o privatismo e o publicismo como norte para que o processo seja mais democrático com a participação dos jurisdicionados; analisou-se também os princípios basilares deste instituto dando ênfase para o princípio do autorregramento da vontade, da adequação e da colaboração. No segundo capítulo, almejou-se estudar as variadas possibilidades de elaboração de convenções processuais na fase de conhecimento, a fim de demonstrar como este instrumento tornar o processo mais adequado as particularidades da demanda. No terceiro capítulo, pretendeu-se demonstrar que há a possibilidade de negócios processuais na fase recursal; e ainda que este instituto permite aperfeiçoar a utilização dos instrumentos recursais a partir de convenções que restrinjam ou impossibilitem o acesso a segunda instância, sem que isso se caracterize violação ao duplo grau de jurisdição. Por fim, analisa-se ainda a importância do negócio jurídico processual como instrumento eficaz para adequação do procedimento às especificidades da demanda, uma vez que este instituto poderá tornar o procedimento mais célere, eficiente e democrático, por meio da participação das partes no processo.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Código de Processo Civil de 2015. Negócios jurídicos processuais atípicos. Adequação do procedimento às especificidades da causa. Princípio do autorregramento da vontade das partes.

1 INTRODUÇÃO

O Estado ao proibir que os jurisdicionados resolvam os litígios por meio da autotutela adjudicou para si o dever de resolver os conflitos oriundos da convivência em sociedade. Assim, a ideia de que o processo é matéria de ordem pública e de que por isso as partes não podem interferir no procedimento foi afastada pelo Código de Processo Civil de 2015, que inseriu no ordenamento processual, a qual possibilitou aos litigantes realizarem negócios processuais atípicos.

Nesse contexto, o CPC/2015 valorizou o debate entre os sujeitos do processo (juiz, partes e terceiros), e inseriu o princípio do autorregramento da vontade das partes, e este princípio objetiva permitir aos demandantes o exercício do seu direito de manifestar-se sobre o procedimento.

Os negócios jurídicos processuais fazem parte da realidade desde o Código de Processo de 1973. Nesse contexto, havia debate doutrinário quanto à existência dos negócios processuais atípicos. O Código de Processo Civil de 2015, contudo, eliminou as dúvidas quanto à existência do instituto.

Nesse enfoque, o presente trabalho tem a pretensão de discutir os negócios jurídicos processuais à luz do CPC/2015, como instrumento de adequação do processo às especificidades da demanda. Para tanto, a metodologia que será utilizada é a dogmática que é a realização da pesquisa através obras doutrinárias, artigos acadêmicos e jurisprudência. Este instrumento de pesquisa busca contribuir para responder às questões que envolvem a polêmica sobre o tema, neste caso, se as convenções processuais auxiliam ou não na adequação do procedimento às necessidades do conflito. Por isso, o trabalho foi divido em três capítulos.

No primeiro capítulo, pretende-se analisar a classificação dos atos processuais a fim de se entender sobre qual modalidade as partes poderão negociar,

como também o momento (se antes ou depois da propositura da ação, ou no decorrer do seu processamento), como forma de compreender melhor este instituto. Também foi necessário definir o conceito e a natureza jurídica dos negócios processuais para se identificar os limites deste institutos e em quais situações o juízo deverá homologar as convenções.

Serão estudados, ainda, os princípios constitucionais em que se baseiam os negócios jurídicos processuais: os princípios do devido processo legal; da razoável duração do processo, do contraditório, que tornam o processo mais célere e justo e por isso devem ser aplicados na elaboração dos negócios processuais.

Nesse sentido, atribuiu-se especial ênfase aos princípios da boa-fé processual (inserido de forma expressa no CPC/2015), autorregramento da vontade das partes, adequação e cooperação, uma vez que estão relacionados com a autonomia das partes e representam o exercício do direito constitucional à liberdade que fundamentam este instituto.

Por fim, o debate doutrinário sobre a possibilidade de negócios processuais de direito material e de direito processual demonstrou ser plenamente possível, mesmo sendo o Direito Processual Civil ramo do Direito Público, em tese, seria proibido convencionar sobre matéria processual. Contudo, deve haver equilíbrio entre o publicismo e o privatismo, para que seja oportunizado aos litigantes adequarem o procedimento às necessidades da demanda para uma melhor prestação jurisdicional.

No segundo capítulo, a pesquisa será dedicada em demonstrar os tipos de negócios jurídicos processuais atípicos que podem ser realizados na fase de conhecimento, com intuito de demonstrar como este instituto contribui de forma significativa para tornar a prestação jurisdicional mais célere e eficiente como, por exemplo, a desnecessidade de intimação dos litigantes para a prática de determinados atos processuais. Assim, quando estes elaborarem o calendário

processual o tempo de juntada de mandado será dispensado tornado o processo mais rápido.

Finalmente, o terceiro capítulo examina os pontos polêmicos dos negócios jurídicos processuais na fase recursal em face do princípio do duplo grau de jurisdição.

Este trabalho propôs-se a investigar as possibilidades de negócios processuais tanto na fase de conhecimento como na fase recursal, através de pesquisa bibliográfica, demonstrar as contribuições que essas alterações poderão significar para a concretização do acesso à justiça e possível resolução dos conflitos de forma mais adequada e célere, de acordo com as necessidades do caso concreto.

Ao final do presente trabalho, pretende-se demonstrar que as convenções processuais são a melhor forma de adequar o procedimento às especificidades da demanda, para assim tornar o processo mais comparticipativo, democrático, célere, eficiente. Para isso, será necessário abordar os efeitos e as contribuições que a cláusula geral de negociação trouxe para o sistema processual.

2 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Neste capítulo serão analisados os pressupostos, princípios e natureza jurídica dos negócios jurídicos processuais e também a possibilidade de os litigantes celebrarem negócios jurídicos processuais, conforme determina art. 190 do Código de Processo Civil de 2015. O mencionado artigo permite aos jurisdicionados convencionarem sobre matéria de direito material e direito público.

A possibilidade de elaboração de negócios jurídicos processuais demostra que o novo ordenamento processual valorizou a participação das partes na solução da lide. Por isso, o formalismo típico do judiciário, em alguns momentos, será relativizado para permitir que os litigantes colaborarem na solução da controvérsia.

Nesse contexto, faz-se necessário entender que o titular dos direitos, objeto de litígio, são as partes e não, o Estado-juiz e que é extremamente importante

garantir aos litigantes meios de participação a fim de tornar o processo mais democrático. Daí se verifica a importância dos negócios jurídicos processuais.

O aludido instituto deve ser utilizado como meio de flexibilizar o rito processual porque é forma de adequar o caso concreto ao procedimento. No entanto, os princípios basilares do CPC/2015 precisam ser respeitados no momento da concepção do negócio processual para que seja considerado válido e, em alguns casos, homologado pelo juiz.

2.1 Atos Jurídicos Processuais

Primeiramente, cumpre conceituar o instituto negócio jurídico processual a partir dos atos jurídicos *lato sensu*, a fim de que se possa compreender a nova perspectiva contratual do processo, tal como consolidada pelo Código de Processo Civil de 2015. O tema é relevante por trazer diversos entendimentos doutrinários, muitas vezes não concordantes, quanto à possibilidade de ser celebrado um negócio sobre o "procedimento" e da possibilidade de sua efetivação no processo. É imprescindível relembrar a classificação dos atos processuais a fim de se entender sobre qual modalidade as partes poderão negociar antes ou depois da propositura da ação ou no decorrer do seu processamento.

A classificação dos atos jurídicos processuais é bastante controvertida na doutrina. Todavia, boa parte dos doutrinadores entendem que os atos jurídicos processuais devem ser considerados a partir da classificação dos atos jurídicos[1]. Segundo Arruda Alvim, "o fato jurídico é todo acontecimento da vida relevante para o Direito, mesmo que seja fato ilícito"[2]. Os fatos jurídicos processuais que produzem, ou não, efeitos no processo são classificados em duas categorias: os atos jurídicos processuais que decorrem da vontade humana, como, por exemplo, a

[1] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 552.
[2] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 549.

petição inicial e a sentença; e os fatos processuais que independem da vontade humana, tendo, no entanto, efeito sobre o processo, como a morte de uma da partes[3].

De acordo com Fredie Didier Jr., são quatro as classificações quanto ao conceito de fato jurídico processual:

> [...] a) alguns entendem que é suficiente o *produzir efeitos no processo* para que o fato seja havido como processual; b) há quem o vincule *aos sujeitos da relação processual*: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo de processual; c) há os que exigem tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo à sede do ato especial relevo; d) há quem entenda que o ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais[4]. (ênfase no original)

O procedimento é uma sequência de atos processuais estabelecidos por lei e que tem como função dar andamento ao processo por meio de atos processuais praticados pelas partes[5]. Os acordos processuais são cláusulas pactuadas pelas partes e fiscalizadas pelo juiz que objetivam alterar o procedimento para as especificidades do caso concreto, conforme determina o artigo 190 do CPC:

> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo[6].

Os atos processuais podem ser classificados em: a) atos jurídicos processuais do órgão jurisdicional (estes se subdividem em atos do juiz e atos dos auxiliares da justiça), b) atos das partes, que se dividem em atos postulatórios, atos instrutórios, atos dispositivos (também denominados de negócios processuais em que as partes se

[3] DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 380.
[4] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 377.
[5] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil:* tutelas dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p.115.
[6] BRASIL. *Lei n° 13.105, de 16 março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 out. 2017.

manifestam sobre o rito processual) e c) atos reais[7]. De acordo com Fredie Didier Júnior, "ato processual é todo aquele comportamento humano volitivo que é apto a produzir efeitos jurídicos num processo, atual e futuro"[8].

2.2 Conceito de Negócio Jurídico Processual

Os atos jurídicos, quando investidos de declaração de vontade em que se objetivam consequências jurídicas, são denominados de convenções (há autores que utilizam o termo acordo ou negócio) processuais. Os negócios jurídicos processuais são espécie do gênero atos processuais[9].

Com efeito, é correto afirmar que um ato processual (negócios jurídicos processuais) não precisa ser praticado no próprio processo, uma vez que é um fato jurídico voluntário, em que o indivíduo, no exercício da autonomia da vontade, poderá regular ou alterar o procedimento, de acordo com os ditames da lei processual. Os negócios processuais não dependem, necessariamente, da convalidação do Poder Judiciário para que possam gerar seus efeitos, devendo o juízo apenas fiscalizar essas convenções[10].

Contudo, o art. 191 do novo Código de Processo Civil assim dispõe: "De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso", ou seja, esse negócio jurídico deverá ser, obrigatoriamente, homologado pelo juiz, uma vez que está relacionado diretamente com a atividade jurisdicional e o parágrafo 1º do referido artigo prevê que: "O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados". Como esse

[7] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 125-126.
[8] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 378.
[9] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 572.
[10] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 381.

calendário vincula os litigantes e o juiz não há como ser realizado sem a participação do juízo.

Os negócios jurídicos processuais não são novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, porquanto o Código de Processo Civil de 1973 já previa a possibilidade de as partes e de o juiz interferirem no processo a fim de adequarem o procedimento à realidade como, por exemplo, a possibilidade de os litigantes poderem escolher o local da propositura da ação, no caso de competência relativa.

O diploma processual civil de 2015 trouxe expressamente, no seu art. 190, foi a possibilidade de as partes estipularem cláusulas negociais dentro ou fora do processo[11], e estabelecerem convenções típicas e atípicas (arts. 190 e 191, ambos do CPC/2015)[12].

Nesse sentido, Arruda Alvim conceitua que: "[...] os negócios jurídicos processuais são espécies de negócios jurídicos, que se caracterizam, porém, como processuais por terem como finalidade produzirem efeitos em um processo, presente ou futuro"[13]. Já Alexandre Freitas Câmara entende que os atos jurídicos (processuais) são praticados pelos sujeitos da relação jurídica que compõem a lide (autor, réu, juiz e interessados), objetivando produzir efeitos no processo[14].

De acordo com Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, o conceito de negócio jurídico processual. Eis a posição do referido autor:

> [...] o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

[11] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil:* tutelas dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 115-133.
[12] ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, t. 1. p. 1.284-1.292.
[13] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 573.
[14] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 125.

> No negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação[15].

Na sequência o autor enfatiza que o negócio jurídico processual é "ato pelo qual, em razão do autorregramento da vontade, o sujeito manifesta vontade visando à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas previamente definidas no ordenamento jurídico"[16].

Daniel Assumpção Neves discorre de forma contrária. Veja-se:

> O acordo procedimental previsto no artigo 190 do Novo CPC poderia ou não estar vinculado à ideia de tutela diferenciada clássica, porque, ainda que as partes pretendessem modificar o procedimento no caso concreto, poderiam fazê-lo independentemente de tais mudanças estarem voltadas às exigências do caso concreto. Poderiam estipular mudanças no procedimento exclusivamente porque nesse sentido é o acordo de vontades celebrado entre elas. Ao criar a correlação mudança procedimental-especificidades da causa, o legislador, entretanto, não consagrou a vontade livre das partes, mas sim uma vontade justificada, condicionada a uma adequação procedimental que atenda a eventuais peculiaridades do caso concreto[17].

Existe divergência doutrinária quanto à existência do negócio jurídico processual, havendo autores para os quais não há a possibilidade de negócio jurídico processual, porque os atos praticados pelas partes terão os efeitos que a lei determina, uma vez que o ordenamento jurídico estabelece os atos dos sujeitos do processo, portanto, não faz sentido falar em "negócio"[18].

O negócio jurídico processual é um ato voluntário das partes (autor e réu) ou da parte interessada em que se busca alterar o procedimento especificado no

[15] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 81-82.
[16] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 133.
[17] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 391.
[18] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 34-42.

CPC/2015[19]. Como consequência lógica, o negócio jurídico processual tem efeito de lei entre as partes e, em regra, independe de homologação do juiz, por exemplo, a desistência do processo, a renúncia ao direito de recorrer. No entanto, em alguns casos, há necessidade de homologação judicial do negócio processual, por se tratar de matéria que diz respeito ao procedimento (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais).

Existe a possibilidade de elaboração de negócios processuais típicos e atípicos (insertos, de forma genérica, nos artigos 190 e seguintes do CPC). Essa negociação poderá ser unilateral, bilateral ou plurilateral[20].

Nesse contexto, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira igualmente conceitua o negócio jurídico processual como um "fato jurídico voluntário", ou seja, as partes decidem que cláusulas vão firmar, de acordo com os limites estabelecidos na lei, ou não defesos em lei, e conclui firmando que: "No negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para determinada situação"[21].

Com efeito, o CPC prevê a possibilidade de as partes, tratando-se de direitos que admitam autocomposição, flexibilizarem o procedimento por meio de negócios jurídicos processuais, desde que essas cláusulas não sejam contrárias ao devido processo legal.

Há vários conceitos elencados pela doutrina[22], conforme aludido acima, entretanto, todos trazem os mesmos elementos, quais sejam, de negócio, acordo ou convenção, mas com a mesma ideia de "contratualismo sobre o procedimento". Portanto, as partes podem, de forma voluntária, unilateral, bilateral ou plurilateral, convencionar sobre a maneira como o processo irá tramitar, o que mitiga a ideia de

[19] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 381-384.
[20] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 381-384.
[21] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 84.
[22] Nesse sentido: Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira.

que o processo é regulado apenas pelo Estado-juiz, trazendo as partes para decidirem junto ao juízo a melhor forma de resolução do conflito.

2.3 Natureza Jurídica

O legislador optou por regular todo o procedimento em que o processo tramitará, objetivando evitar abusos por parte do Estado-Juiz e das partes (autor, réu e interessados). Contudo, esse modelo de sistema processual sempre foi objeto de críticas da doutrina e dos jurisdicionados, pois, nesse sistema, as partes são desconsideradas no que diz respeito à solução da controvérsia. Esta situação é bastante contestável porquanto as partes são as mais interessadas e, em tese, deveriam ter direito de se manifestarem sobre o processo. Nesse sistema processual, às vezes, a resolução do conflito não reflete os interesses das partes.

O negócio jurídico processual tem natureza jurídica contratual, visto que se trata de espécie de negócio jurídico. Daniel Amorim Assumpção Neves entende que o negócio jurídico processual (art. 190 do Novo CPC), sendo espécie de negócio jurídico, tem que cumprir determinados requisitos: "[...] não restam dúvidas de que sua validade depende do preenchimento dos requisitos previstos no art. 104[23] do CC. [...] exige agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei"[24]. Afirma ainda que: "serão nulos negócios processuais que não atendam aos requisitos formais do art. 104 do CC ou os requisitos formais do art. 190, *caput*, do Novo CPC"[25].

O mencionado instituto tem como norte a autonomia da vontade, como exercício do princípio do autorregramento da vontade das partes previsto, de forma expressa, no ordenamento processual. No entanto, as convenções sobre matéria processual, há muito tempo, são objeto de discussão doutrinária, pois, sendo o

[23] Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.
[24] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 394-395.
[25] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 394-395.

Direito Processual Civil ramo do Direito Público, seria apenas instrumento do Estado para resolver os conflitos. Portanto, não competiria às partes se manifestar quanto ao referido instrumento.

Nesse enfoque, qual seria a natureza jurídica da cláusula geral de negócios processuais? De acordo com Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, o "contratualismo no procedimento brasileiro" parte do princípio de que "sejam derrogadas regras relacionadas ao desenvolvimento do processo, alterando sua tramitação a critério dos próprios sujeitos envolvidos na controvérsia". Ou seja, a participação dos interessados na resolução do litígio faria com que Estado e jurisdicionado se aproximassem[26]. Os autores referidos concluem afirmam que:

> "[...] As indagações nos parecem levar a uma mesma conclusão: adequação e a possibilidade dos "acordos processuais" devem estar sujeitas a um crivo refinado do aparato jurisdicional. Como consequência, por mais que uma maior participação dos litigantes possa trazer vantagens à atuação judiciária, é necessário evitar que o permissivo seja compreendido como prerrogativa para ditar livremente o que o Estado deve ou não fazer. [...] trata-se de permitir que regras relacionadas ao desenvolvimento do processo sejam derrogadas, alterando sua tramitação a critério dos próprios sujeitos envolvidos na controvérsia"[27].

A natureza jurídica desse instituto é contratual porque deve respeitar os requisitos exigidos para a elaboração de um contrato. Além disso, precisa ser convalidado pelo juiz para ter eficácia. Isso não significa que o juiz deve homologar, mas precisa verificar se não há nenhum vício relacionado a consentimento, forma, objeto por exemplo. Nesse sentido, os negócios jurídicos processuais devem respeitar os mesmos requisitos dos contratos convencionais, com observância aos

[26] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Os "acordos processuais" no novo CPC*: aproximações preliminares. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/91542/2015_arenhart_sergio_acordos_processuais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 out. 2017. p. 104-112.

[27] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Os "acordos processuais" no novo CPC:* aproximações preliminares. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/91542/2015_arenhart_sergio_acordos_processuais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 out. 2017. p. 116.

princípios processuais para que possa ser convalidado pelo juízo, ainda que de forma tácita.

2.4 Princípios

O Código de Processo Civil de 2015 foi elaborado com base nos princípios e nas normas da Constituição Federal. Neste trabalho, serão abordados os princípios que têm relação com o negócio jurídico processual[28].

Os princípios do devido processo legal, do contraditório, da razoável duração do processo, da igualdade processual e, principalmente, da boa-fé, da adequação, da cooperação e do autorregramento da vontade das partes são princípios que fundamentam a existência dos negócios jurídicos processuais. E os três últimos princípios são basilares para a concepção desse instituto, uma vez que visam propiciar maior autonomia para as partes. Ademais, as normas processuais devem ser interpretadas conforme os princípios constitucionais.

2.4.1 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal não está inserido de forma expressa no CPC/2015, contudo, seu fundamento é constitucional com previsão no art. 5º, inciso LIV, da CF/88: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Tal garantia constitucional determina que o indivíduo tem direito a ser julgado conforme as normas estabelecidas (concepção formal) e a que as normas sejam proporcionais e adequadas ao caso concreto (concepção material). Também funciona como um limitador ao poder de legislar do Estado, pois, de acordo com o aspecto material desse princípio, as normas devem adequadas e proporcionais[29].

[28] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1. p. 531.
[29] DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 34-35.

Consoante observa Elpídio Donizetti ao tratar sobre o aspecto formal e material do mencionado princípio:

> O devido processo legal substancial constituiu verdadeira forma de se controlar o conteúdo das decisões judiciais (o justo no caso concreto) e das leis. Não basta, por exemplo, que a sentença seja formalmente regular, mas injusta, incorreta. Da mesma forma, violará a garantia ao devido processo legal substancial a lei formalmente válida, mas que suprima o direito fundamental ao contraditório[30].

No que diz respeito à aplicação do referido princípio no âmbito privado, este surge como o exercício de um direito, uma vez que ocasiona o surgimento de outros princípios, tais como os princípios do contraditório e o da boa-fé processual. Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que "[...] o devido processo legal vem associado com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção dos seus direitos"[31].

O devido processo legal é uma garantia constitucional que tem como finalidade tornar o processo mais efetivo, célere e adequado. Por essa razão, o princípio do devido processo legal foi positivado como garantia constitucional. Assim, os negócios jurídicos processuais devem respeitar o referido princípio para ser válido.

2.4.2 Princípio da Razoável Duração do Processo

Por ocasião do Pacto de São José da Costa Rica (assinado em 22 de novembro de 1969), ratificado pelo Brasil em 22 setembro de 1992, o princípio da razoável duração do processo passou a compor o ordenamento jurídico brasileiro. A Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como "Reforma do Judiciário", inseriu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF/1988, nestes termos: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

[30] DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de direito processual civil*. 20 ed. São Paulo Atlas, 2017. p. 35.
[31] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 173-174.

O CPC/2015 trouxe, expressamente, o aludido princípio no seu art. 4º: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa"[32].

Com efeito, o citado princípio determina que é direito fundamental dos jurisdicionados o processo tramitar em tempo razoável, respeitando as particularidades de cada caso. Em consequência do princípio da razoável duração do processo o Estado fica obrigado a criar mecanismos que viabilizem a atuação estatal de forma mais célere e eficiente. São exemplos de mecanismos provenientes do referido princípio "[...] a previsão de tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda no curso do processo [...] e a edição de legislação que reprima o comportamento inadequado das partes em juízo (litigância de má-fé [...][33])"[34].

Daniel Alvim afirma que:

> Na realidade, não existe um princípio que ordene a celeridade processual. O processo não precisa correr, sob risco de serem esquecidas ou abandonadas as garantias do devido processo legal. A necessidade é a de que o procedimento dure apenas, e tão somente, o tempo necessário. A duração razoável comporta, isto é, um – processo sem dilações indevidas –. Esta é a meta de uma situação ideal[35].

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que a "duração razoável do processo" deve ser feita por meio dos seguintes critérios: "[...] a complexidade da causa, sua importância na vida do litigante, o comportamento das partes e o comportamento do juiz – ou de qualquer de seus

[32] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 96-97.
[33] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. C*urso de processo civil:* teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 264-272.
[34] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 271.
[35] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 242-243.

auxiliares – são critérios que permitem aferir racionalmente a razoabilidade da duração do processo"[36].

O aludido princípio, em tese, obriga o Estado a estabelecer técnicas processuais "que tenham por objetivo de garantir a tempestividade da tutela jurisdicional". A falta de observância do princípio da razoável duração do processo, por qualquer motivo, não isenta o Estado de responder por eventuais prejuízos gerados às partes[37].

A garantia da duração razoável do processo não determina que o processo tenha um prazo definido para terminar ou que as partes tenham direito a um processo rápido, e sim, que a resolução do litígio deve ser contemporânea ao conflito. Nesse contexto, o negócio jurídico processual surge como meio de simplificar o procedimento e adequá-lo conforme as particularidades do caso concreto.

2.4.3 Princípio do Contraditório

O princípio do Contraditório tem fundamento constitucional e está previsto no art. 5º, inciso LV, da CF/1988: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"[38]. Na legislação processual está inserido no art. 7º do CPC/2015, com a seguinte redação:

> É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções

[36] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil:* teoria do processo civil. 2. ed. v. 2. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 264-272.
[37] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. v. 1. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 269.
[38] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 174.

> processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório[39].

Leonardo Grego comenta a respeito do princípio que:

> [...] aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária. O contraditório é a expressão processual do princípio político da participação democrática, que hoje rege as relações entre o Estado e os cidadãos na Democracia contemporânea[40].

Com efeito, o princípio do contraditório é composto por dois elementos: informação e possibilidade de reação, sendo que o primeiro está relacionado ao fato de que as partes devem ser informadas sobre todos os atos processuais; e o segundo, consoante o qual deve ser oportunizada aos demandantes a possibilidade de se manifestarem, ou seja, o segundo elemento é uma faculdade das partes. Assim, os elementos que compõem o princípio do contraditório determinam que as partes possam interferir na formação da decisão a ser proferida pelo juízo[41].

Há situações excepcionais em que o juiz poderá proferir decisão sem ouvir uma das partes, por exemplo, as decisões liminares previstas no art. 7º, parágrafo único, do CPC/2015[42]. Salvo exceções previstas em Lei, os litigantes devem ter oportunidade de influenciar as decisões.

Arruda Alvim assim relata ao comentar o contraditório no CPC/2015:

> O modelo de direito processual civil que se busca criar com a edição do CPC/15 é, por suas próprias premissas e pela busca de um modelo cooperativo de direito processual, refratário a essa possibilidade. De nada adianta exigir boa-fé e, principalmente, cooperação dos sujeitos processuais, se for considerada legítima uma decisão judicial que se distancia

---

[39] BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 out. 2017.

[40] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil:* introdução ao direito processual civil. 5.ed. Rio de janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 154.

[41] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 176.

[42] O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

> daquilo que foi debatido pelas partes, o que diminui o papel auxiliar dos próprios litigantes na solução do caso concreto. A decisão judicial perde legitimidade democrática se for facultado ao julgador repetir teses jurídicas, sem se ater às alegações de direito dos autos[43].

Desse modo, também está inserto na concepção do contraditório que as partes devem ter acesso aos mesmos meios de defesa. Por exemplo, a parte que não puder pagar advogado deve ter direito ao atendimento da Defensoria Pública, ou a que não puder pagas as custas tem direito à gratuidade da justiça, uma vez que tratar os desiguais de forma desigual é a própria efetivação do princípio da isonomia.

Nesse sentido, o juiz fica proibido de proferir decisão sem dar aos litigantes oportunidade de produzirem provas e contraditarem as alegações que vierem a ser produzidas no processo. Ou seja, o contraditório deverá vir sempre antecedido de qualquer decisão judicial. Discorrendo no mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara "[...] o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz" e conclui afirmando que "a decisão judicial, portanto, precisa ser construída a partir de um debate travado entre os sujeitos participantes do processo"[44].

Por fim, o princípio do contraditório pressupõe que as partes devem ser ouvidas antes de o juiz proferir qualquer decisão, salvo as exceções mencionadas anteriormente. Determina ainda que os litigantes podem influenciar nas decisões por meio de elaboração de provas e de manifestação quanto às matérias suscitadas pela parte contrária[45]. No mesmo sentido, os negócios jurídicos processuais seriam mais um meio de as partes exercerem essa garantia constitucional, pois, sendo possível simplificar o procedimento conforme as particularidades do caso concreto, o processo seria mais democrático e compatível com a perspectiva do novo ordenamento processual.

---

[43] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 276.
[44] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 7-8.
[45] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 8.

2.4.4 Princípio da Boa-fé Processual

Primeiramente, serão analisadas as diferenças entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva, sendo que: "[...] A primeira constitui regra de conduta [...]. A segunda expressa um estado psicológico do sujeito que pode variar conforme a sua interpretação, percepção e conhecimento [...]"[46].

O princípio da boa-fé processual está inserto no art. 5º do CPC: "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé". O mencionado princípio objetiva que os sujeitos processuais atuem com honestidade para que a resolução do processo seja o esperado pelas partes, ou seja, não acarrete surpresas aos litigantes[47]. De acordo com Alexandre Freitas Câmara, o princípio da boa-fé na perspectiva do CPC/2015:

> Não se trata, pois, apenas de se exigir dos sujeitos do processo que atuem com boa-fé subjetiva (assim entendida a ausência de má-fé), mas com boa-fé objetiva, comportando-se da maneira como geralmente se espera que tais sujeitos se conduzam. A vedação de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*), a segurança resultante de comportamentos duradouros (*supressio* e *surrectio*), entre outros corolários da boa-fé objetiva, são expressamente reconhecidos como fundamentais para o desenvolvimento do processo civil. A boa-fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a imposição de sanção ao abuso de direitos processuais e às condutas dolosas de todos os sujeitos do processo, e veda seus comportamentos contraditórios (FPPC, enunciado 378[48])[49].

No mesmo sentido, a boa-fé processual está relacionada à boa-fé objetiva, ou seja, deve ser verificado, no caso concreto, se os litigantes praticaram atos processuais com fins protelatórios. Assim, a "real" intenção das partes não deve ser

---

[46] DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 38-39.
[47] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 6-7.
[48] Enunciado do fórum permanente de processualistas civis n. 378. (arts. 5º, 6º, 322, §2º, e 489, §3º): A boa-fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a reprimenda do abuso de direito processual e das condutas dolosas de todos os sujeitos processuais e veda seus comportamentos contraditórios.
[49] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 7.

avaliada, ou seja, o critério subjetivo não deve ser considerado. De acordo com Fredie Didier Jr., o referido princípio, quando violado, enseja a aplicação das penalidades por litigância de má-fé.

De igual modo, Daniel Assumpção Neves explica que:

> A máxima *venire contra factum proprium* impede que determinada pessoa exerça direito do qual é titular, contrariando um comportamento anterior, já que tal conduta despreza a confiança e o dever de lealdade. Segundo a melhor doutrina, há quatro pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório: (a) uma conduta inicial; (b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo e (d) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição. No processo, é máxima amplamente consagrada, inclusive pelo legislador, como ocorre na aquiescência prevista no art. 1.000 do Novo CPC, pela jurisprudência, que não admite o comportamento contraditório das partes[50].

Por consequência, o princípio da boa-fé processual também deve nortear o negócio jurídico processual, uma vez que realizado entre as partes quando eivado de vícios deverá ser considerado nulo. Daí a importância de os litigantes ao acordarem atuarem com boa-fé processual.

2.4.5 Princípio do autorregramento da vontade das partes como principal fundamento dos negócios jurídicos processuais

O Código de Processo Civil de 1973 adotou o sistema publicista de processo. Ou seja, não se tinha um incentivo da manifestação das partes no que diz respeito ao rito processual. No entanto, havia previsão de os demandantes alterarem determinadas cláusulas processuais, conhecidas como “cláusula geral de negociação

[50] NEVES, Daniel Assumpção. *Novo CPC*: Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. p. 19.

processual". À época do Código de 1973, já havia, com outras dimensões, uma discussão quanto à existência, ou não, dos negócios jurídicos processuais[51].

Desse modo, o CPC/2015 ao trazer, expressamente, a possibilidade de os litigantes celebrarem negócios jurídicos processuais típicos e atípicos valorizou o princípio do autorregramento das partes. O aludido princípio fundamenta o procedimento negociado, uma vez que privilegia a manifestação das partes no processo[52]. De acordo Nina Saleh Hatoum e Luiz Fernando Bellinetti, trata-se de direito fundamental. Com propriedade os referidos autores argumentam que: "[..] o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas, isto é, visa tornar o processo jurisdicional um espaço para o exercício da liberdade"[53].

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes é bastante controvertido, no sentido de que alguns autores não entendem que ele está inserto no artigo 190[54] do Código de Processo Civil[55]. De acordo com Fredie Didier Jr., o mencionado princípio foi instituído no artigo como "cláusula geral de negociação processual" e faz parte da sistemática constitucional do ordenamento processual, ou seja, faz parte do rol de normas fundamentais do processo civil[56].

---

[51] REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 270-271.

[52] HATOUM, Nida Saled; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. *Revista do Processo*. São Paulo, v. 260, ano. 41, p. 53, out. 2016.

[53] HATOUM, Nida Saled; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 260, ano. 41, p. 54, out. 2016.

[54] Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

[55] BRASIL. *Lei n° 13.105, de 16 março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 8 out. 2017.

[56] DIDIER JR. Fredie. Princípio do direito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 19-21.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira observa que o autorregramento da vontade "[...] se define como complexo de poderes, que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada de acordo com o ordenamento jurídico"[57] e conclui afirmando que: "[...] Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, regulam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas (e não apenas relações jurídicas)"[58]. O mencionado autor explica que os elementos que integram o "complexo de poderes" dividem-se em quatro "zonas de liberdade":

> a) a liberdade de negociação (zona de negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio)[59].

A ausência de um desses elementos ou apenas a presença de um deles demonstra interesse da parte de praticar o negócio jurídico processual.

Discorrendo no mesmo sentido, Fredie Didier Jr. argumenta que o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes faz parte do direito fundamental à liberdade, aqui consistindo em um complexo de poderes que podem ser exercidos conforme os ditames do ordenamento jurídico, o que pode se configurar de quatro formas: liberdade de negociação; liberdade de criação; liberdade de estipulação; e liberdade de vinculação[60].

Contribuindo sobre o ponto, afirma Adriana Buchmann, ao citar Francisco Amaral, que:

---

[57] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais:* análise dos provimentos judiciais com atos negociais. 2011. 243 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 122.

[58] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais:* análise dos provimentos judiciais com atos negociais. 2011. 243 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 122.

[59] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais:* análise dos provimentos judiciais com atos negociais. 2011. 243 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 122. p. 123.

[60] DIDIER JR. Fredie. Princípio do direito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 21-25.

> Paradigmamente falando, o autorregramento da vontade vem a superar a autonomia privada, a qual é comumente definida – em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer atividade jurídica—.

O Direito Processual Civil é ramo do Direito Público[61], pois cabe ao Estado "dizer o direito", mas isso não significa que as partes não possam se manifestar sobre o procedimento que mais se adapta às suas necessidades. De tal modo, o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes funciona como base para que as partes possam interferir no processo, contudo, tem que haver um limitador da autonomia privada para que não gere injustiças[62]. Segundo Fredie Didier Jr.:

> É certo que esse direito não tem, no Direito Processual Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil. Por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto, mais restrito. Isso, porém, não diminuiu a sua importância, muito menos impede que se lhe atribua o merecido destaque de ser um dos princípios estruturantes do direito civil processual brasileiro, uma de suas normas fundamentais[63].

[61] Analisando o contexto histórico, Hercília Maria Fonseca Lima, em defesa da sua tese de mestrado, aduz que, no Estado moderno, o Direito Processual Civil consistia na própria função jurisdicional, e o Direito Civil era ramo exclusivo do direito privado, não existindo confusão do que seria função do Estado e do que seria relacionado apenas ao âmbito privado. Com o processo de constitucionalização do direito, esse cenário fora modificado. Porquanto todas as normas infraconstitucionais deviam ser compatíveis com a Constituição Federal de 1988, uma vez que as relações privadas passariam a sofrer intervenções do Estado por meio de normas fundamentais, como exemplo o princípio da função social do contrato. Já no Direito Processual, a vontade das partes passa a ser objeto de discussão acerca da necessidade de o processo ser utilizado como instrumento de tutela dos interesses individuais através de acordos trazidos pelas partes a fim de tonar o processo mais democrático.

[62] DIDIER JR. Fredie. Princípio do direito ao autorregramento da vontade no processo civil. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 19-25.

[63] DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 133.

Com efeito, a participação dos sujeitos do processo por meio de cláusulas processuais, que alteram o rito estabelecido pelo ordenamento, deve atingir a justiça social[64]. Afirma a autora:

> [...] a autonomia privada no processo funcionará de forma mais ou menos intensa conforme o objeto do acordo processual. Normalmente, nos atos de disposição, essa liberdade é mais ampliada. Por outro lado, nos atos de procedimentos a restrição encontra limite na ordem pública. Em todo caso, no entanto, a incidência das normas constitucionais é necessária, inclusive nos atos de disposição. Os princípios do devido processo legal, do contraditório, da igualdade e da inafastabilidade da jurisdição podem ser o norte na interpretação desses acordos[65]. (grifo nosso)

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, ao comentar o tema, relata que não há como afirmar que o CPC/2015 inovou ao trazer princípio do respeito ao autorregramento da vontade, pois já havia no CPC/1973 a possibilidade de se realizar os negócios jurídicos processuais. Afirma o mencionado autor que:

> É, no mínimo, questionável a asserção de que o CPC/2015 institui o *princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo*. Institui mesmo? No regime do CPC/1973, já não deve haver respeito à autonomia da vontade do processo? As características que se têm apontado para defender a criação, pelo CPC/2015, do *princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo* – tais como: o incentivo à autocomposição; a delimitação do objeto litigioso do processo pela vontade das partes; a previsão de um significativo número de negócios processuais típicos; a positivação do princípio da cooperação e a previsão de uma cláusula geral de negociação processual – já estão todas presentes, embora pela CF/1988. Aliás, o art. 158 do CPC/1973 [...][66]. (ênfase no original)

---

[64] LIMA, Hercília Maria Fonseca. Cláusula geral de negociação processual: um novo paradigma democrático no processo cooperativo. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado). Núcleo de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016. p. 75.

[65] LIMA, Hercília Maria Fonseca. Cláusula geral de negociação processual: um novo paradigma democrático no processo cooperativo. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado). Núcleo de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016. p. 76.

[66] ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos – dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 244, ano. 40, p. 393-423, 2015. jun.

Neste segmento, o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes objetiva que a vontade dos litigantes seja respeitada. Assim, quando o juízo "solucionar" o litigio, deverá verificar as peculiaridades de cada causa, como também estimular a efetiva participação das partes na decisão de mérito. Por óbvio, o princípio do autorregramento das partes não terá a mesma abrangência que tem no direito civil, uma vez que matéria de Direito Processual Civil é de interesse público.

Desse modo, no exercício do direito constitucional à liberdade, os jurisdicionados podem estabelecer convenções (unilaterais, bilaterais ou plurilaterais), contudo, as cláusulas devem ser compatíveis com o ordenamento jurídico, devendo o Estado-juiz verificar se as mudanças trarão realmente benefício para as partes e também para o trâmite do processo.

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes almeja que os litigantes possam exercer o seu direito de participar de forma efetiva no curso do processo sem que haja limitações injustificáveis[67]. Enfim, a possibilidade de elaboração de negócios jurídicos processuais fortalecem o autorregramento da vontade para que o processo seja mais democrático.

2.4.6 Princípio da Adequação

O processo precisa atingir as necessidades do direito material, mas, para que isso ocorra, tanto o juiz como as partes devem ter a oportunidade de ajustarem as peculiaridades ao caso concreto, pois "o direito fundamental à tutela jurisdicional, além de constituir uma garantia ao titular do direito à tutela material, incide sobre o legislador e o juiz"[68]. De acordo com Guilherme Peres de Oliveira, para que isso ocorra: "[...] pressuposto essencial dessa concepção é o de que o processo se

[67] DIDIER JR. Fredie. Princípio do direito ao autorregramento da vontade no processo civil. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 22.

[68] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. C*urso de processo civil:* teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 456.

relaciona com o direito material na qualidade de instrumento, apesar de ter natureza ontologicamente diversa"[69].

Discorrendo no mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que "o processo civil deve ser capaz de empreender na nossa ordem jurídica o fim capaz de que essa se consubstancie em uma ordem realmente idônea para tutela dos direitos". A propósito, o processo deve objetivar dar aos jurisdicionados meios adequados para obterem as suas pretensões. Sendo que o "direito à ação adequada à tutela do direito" tem fundamento constitucional, com previsão no art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988. É importante haver um procedimento adequado ao direito material, pois, caso haja um procedimento incompatível com a natureza da demanda, estará configurada uma negação jurisdicional[70].

O processo deve ser adaptado às particularidades da causa para que a sua função precípua seja alcançada. Nesse sentido é o entendimento de Fredie Didier Jr.:

> [...] o princípio da adequação, que se justifica na necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual. A construção de procedimentos está intimamente relacionada, ainda, com a produção de coisa julgada material: a) seja na medida em que esta depende da existência de cognição judicial exauriente; b) seja porque os procedimentos são elaborados a partir da conjugação das técnicas de cognição[71].

O mencionado autor igualmente admite que o princípio da adequação é subproduto do princípio da inafastabilidade, inserto no art. 5º, XXXV, da CF/1988: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Pois

---

[69] OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial*: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 45.

[70] DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo:* adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

[71] DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo:* adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

não basta que o Estado disponibilize o acesso à Justiça, devendo também oferecer "uma tutela adequada à realidade do direito material"[72], ou seja, o Estado deve garantir "meios executórios adequados às peculiaridades da situação do direito material"[73]. Como exemplo, os juizados especiais que objetivam dar prestação jurisdicional mais céleres e efetivos, pois são os valores que o originaram. Assim, havendo demanda complexa, seria incompatível a apreciação pelo Juizado.[74] Esse exemplo demonstra a importância do princípio da adequação.

Fredie Didier Jr., ao citar Galeno Lacerda, entende que o princípio da adequação é dividido em três aspectos, a saber: o subjetivo, em que "o processo se opera em razão dos litigantes" (por exemplo, a intervenção do Ministério Público em processos que há incapazes); o teleológico, em que o procedimento se adequa "[...] com as diversas funções que visa". O aspecto objetivo para o mencionado autor deve respeitar alguns critérios para adequar o direito material ao procedimento, como ocorre com os procedimentos especiais (ações possessórias, alimentos etc.). Ou seja, "alterar o procedimento conforme as exigências da causa"[75].

Para melhor elucidar o entendimento, Guilherme Peres de Oliveira afirma:

> O princípio da adequação, portanto, como objeto de estudo da doutrina mais tradicional, se volta exclusivamente ao dever do legislador de criar regras processuais e procedimentais

[72] DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo:* adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

[73] DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo:* adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

[74] DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo:* adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

[75] DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo:* adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

> adequadas à diversidade das situações previstas pelo direito material daquele ordenamento jurídico[76].

O princípio da adaptabilidade é um subprincípio da adequação que está relacionado ao fato de que o magistrado poderá, quando o caso concreto não se adequar aos procedimentos disponíveis, adaptar o procedimento para atender às particularidades do litígio[77].

Os referidos princípios da inafastabilidade, adequação procedimental, adaptabilidade, corroboram para que o devido processo legal seja respeitado. Portanto, os negócios jurídicos processuais seriam um meio de as partes "ajustarem" o procedimento às necessidades da demanda, competindo ao juiz verificar se o acordo realizado pelos litigantes respeitam os princípios fundamentais processuais. Assim, os negócios jurídicos processuais são compatíveis com o princípio da adequação e da adaptabilidade, pois não há como o legislador prever todas as possiblidades de conflitos a serem trazidas para o Poder Judiciário.

2.4.7 Princípio da Cooperação

O modelo constitucional de processo pressupõe um processo cooperativo em que a figura do juiz deixa de ser central, passando a ter a mesma importância dos demais sujeitos do processo[78], conforme previsão do art. 6º do CPC/2015, "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Por óbvio, essa cooperação entre os sujeitos do processo, na prática, dificilmente acontece, no sentido de que as partes são "adversárias" por ocasião do

[76] OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial:* a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

[77] DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo:* adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

[78] Nesse contexto: "No direito material, a colaboração pode ser enxergada como um desdobramento da boa-fé, pois nesse ramo jurídico os interessados podem ser convergentes". ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.247.

objeto litigioso. Contudo, a cooperação de que trata este princípio está relacionado ao fato de que o processo deve ser mais coparticipativo. Ou seja, as partes deverão agir de forma ética e transparente para o melhor andamento do processo[79].

Segundo Fredie Didier Jr., existem três modelos de sistema processual: o dispositivo (as partes são adversárias), o inquisitivo (órgão jurisdicional como o sujeito principal da relação) e o cooperativo (trazido pelo novo CPC)[80]. De acordo com a doutrina majoritária, Elpídio Donizetti[81], Fredie Didier Jr.[82] e Daniel Amorim Assumpção Neves[83], o sistema processual do Brasil é o modelo inquisitivo - dispositivo.

> Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de espécie normativa, mas, sim, de fundamento, "orientação preponderante" etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e à instrução do mais processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-

[79] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro.* São Paulo: Atlas, 2015. p. 9-10.

[80] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 121-122.

[81] Nesse sentido: "Com a publicização do direito processual, o juiz deixou de ser um mero espectador inerte para se tornar sujeito ativo do processo, cabendo-lhe não só impulsionar o feito, como também colher provas, determinar diligências e conhecer de questões que até então só seriam possíveis se alegadas pelas partes. Apesar de ter adotado, em geral, o princípio dispositivo, o ordenamento jurídico brasileiro vem concedendo relevantes prerrogativas ao magistrado, tornando o processo uma espécie de sistema misto (dispositivo e inquisitivo).

A adoção do já estudado princípio da cooperação permite constatar que – ao lado da prerrogativa das partes de provocar a jurisdição, produzir as provas necessárias e limitar a atuação do Estado-juiz – o juiz detém o poder-dever de atuar diretamente no processo, na busca da correta composição do litígio. Essa liberdade de atuação se dá, em regra, no plano do direito processual, não lhe sendo lícito decidir sobre questão envolvendo direito substancial não deduzida pelas partes, sob pena de configurar julgamento ultra ou extra petita". DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 60.

[82] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 121-122.

[83] O sistema brasileiro é um sistema misto [...] a convivência desses dois sistema no direito brasileiro fica bem clara no art. 2º do Novo CPC". NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 183.

> se manifestação de "inquisitividade"; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a "dispositividade"[84].

Conforme Daniel Amorim Assumpção Neves, o princípio da cooperação pode ser dividido em três aspectos: o dever de as partes prestarem esclarecimentos quando o juiz assim requerer para evitar futuras nulidades; o dever de consultar as partes antes de proferir decisão sobre ponto incontroverso o qual o juiz poderá decidir de ofício; e, por fim, o dever de prevenção que está relacionado ao fato de o juiz oportunizar aos litigantes que corrijam eventuais carências no processo[85]. O referido autor ainda fundamenta que:

> Seguir a tendência de legislações estrangeiras, em especial a alemã, na propositura de um sistema comparticipativo/cooperativo é benéfico ao processo porque, centrando-se em deveres do juiz, permite uma participação mais ativa das partes na condução do processo e aumenta as chances de influenciarem de maneira efetiva na formação do convencimento judicial. Sob esse ponto de vista, é salutar falar em princípio cooperativo e o art. 6.º do Novo CPC deve ser saudado[86].

Em sentido contrário entendem Lenio Luiz Streck, Lúcio Delfino, Rafael Giorgio Dalla Barba e Ziel Ferreira Lopes, ao afirmarem que:

> Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social. Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da "natureza humana". Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram

[84] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 123.
[85] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 205-206.
[86] NEVES, Daniel Assumpção. *Novo CPC*: Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015. 3. ed. Salvador: Método, 2016. p. 12. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970321/cfi/6/18!/4/130@0:38.6>. Acesso em: 29 out. 2017.

> sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isso é, digamos assim, natural, pois não? Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria "direito". Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie. Desculpem-nos nossa franqueza[87].

Os princípios do devido processo legal, do contraditório e da boa-fé são basilares do princípio da cooperação, uma vez que trazem a perspectiva de um processo mais adequado ao Estado Democrático de Direito, objetivando viabilizar um processo colaborativo sem que haja uma parte que se destaque mais que as outras[88]. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. afirma o mencionado autor que "o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo"[89].

Desse modo, o art. 6º do CPC/2015 acarreta o dever de as partes agirem de forma cooperativa. No entanto, é relevante considerar que a norma estabelece que a cooperação entre as partes deve ser voltada para a obtenção de uma decisão de mérito justa, contudo, para que essa decisão seja "justa", faz-se necessário que as partes atuem em conformidade com o princípio da boa-fé e da lealdade processual[90]. Afirma o autor que "[...] interpretar o dispositivo legal que exige das partes uma cooperação entre si, outorgando-lhes um dever que contraria seus próprios interesses defendidos em juízo, é utopia e tornará o dispositivo morto"[91].

Em que pese persista no Brasil a ideia de ser incompatível o devido processo legal com um processo cooperativo[92], com o advento do CPC/2015 a cooperação

---

[87] STRECK, Lenio Luiz et al. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter>. Acesso em: 29 out. 2017.

[88] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 126.

[89] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 128.

[90] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 204-207.

[91] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 206.

[92] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 317.

entre as partes passa a ser obrigação e não mais faculdade no processo. Segundo Antonio do Passo Cabral:

> A cooperação virou uma grande marca do processo contemporâneo, permitindo exigir retidão de conduta de todos os que sejam chamados a praticar atos processuais, o que se extrai do princípio da boa-fé e da cooperação [...], e do contraditório contemporâneo, concebido como influência (e que gera deveres para as partes)[93].

Nesse contexto, a finalidade do referido princípio é fazer com que os sujeitos do processo colaborem para que a decisão de mérito seja a mais "justa" possível, mas para que isso seja possível as partes têm que ter "posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento"[94]. De acordo com Daniel Mitidiero:

> O juiz tem os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo [...]. [...] em homenagem ao diálogo no processo, o legislador permitiu a calendarização do procedimento pelo comum acordo entre o juiz e as partes (art. 191) e saneamento em – cooperação com as partes – nas causas complexas (art. 357 § 3º)[95].

Com efeito, o fato de o CPC/2015 trazer de forma expressa o princípio da cooperação demonstra a preocupação do legislador em tornar o processo mais ágil e eficiente, por meio "do trabalho processual em conjunto do juiz e das partes"[96]. Isso

---

[93] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 318.

[94] MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista do Advogado:* o novo código de processo civil. São Paulo, n. 126, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/13019214/A_Colabora%C3%A7%C3%A3o_como_Norma_Fundamental_do_Novo_Processo_Civil_Brasileiro. Acesso em: 13 jan. 2018.

[95] MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista do Advogado*: o novo código de processo civil. São Paulo, n. 126, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/13019214/A_Colabora%C3%A7%C3%A3o_como_Norma_Fundamental_do_Novo_Processo_Civil_Brasileiro. Acesso em: 13 jan. 2018.

[96] MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista do Advogado:* o novo Código de Processo Civil. São Paulo, n. 126, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/13019214/A_Colabora%C3%A7%C3%A3o_como_Norma_Fundamental_do_Novo_Processo_Civil_Brasileiro>. Acesso em: 13 jan. 2018.

não quer dizer que a parte adversária deverá "ajudar" a outra, mas no sentido de que os litigantes deverão cooperar para melhor solução da lide.

2.5 Negócio jurídico de direito material e negócio jurídico de direito processual

Primeiramente, cumpre classificar as normas que disciplinam a forma como será realizada a prestação jurisdicional[97]. Afirma o autor:

> Quando às partes têm um conflito e o levam ao juiz, há dois conjuntos de normas a observar. [...] há às normas que regulam o modo como os juízes e tribunais devem desenvolver o processo em que a tutela jurisdicional será prestada. Essas normas disciplinam também a forma de atuação dentro do processo das partes (autor e réu) e de todos os outros sujeitos que por alguma razão tenham de intervir no processo. Essas são as normas processuais. [...] existem as normas que o juiz precisa aplicar para saber quem tem razão quanto ao conflito que ele deve resolver [...]. Essas são as normas de direito material. (grifo nosso)[98].

Dessa forma, as normas de direito processual são instrumentos para que o juiz possa "dizer o direito"[99]. De acordo com Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, "[...] o processo é instrumento de realização do direito material. Não há exagero em dizer o direito processual está a serviço do direito material"[100].

A distinção feita acima é importante para entender a controvérsia existente quanto à possibilidade elaboração de negócios jurídicos processuais de direito processual, pois no que diz respeito às normas de direito material há previsão legal

[97] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 44.
[98] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 45.
[99] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 44-45.
[100] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 44-45.

desde o Código de Processo de 1973, como por exemplo, acordo de eleição de foro[101], convenções sobre prazos dilatórios[102] e desistência do recurso[103].

Entretanto, em relação aos negócios jurídicos processuais atípicos, o entendimento que prevalecia era de que os seus efeitos seriam apenas determinados por lei. Todavia, com o advento do CPC/2015, a impossibilidade de se negociar sobre matéria processual foi superada, pois o art. 190 do CPC/2015 trouxe expressamente esta possibilidade exaurindo as discussão sobre sua existência.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, em um Estado Democrático de Direito o Estado-juiz deve "dizer o direito" conforme as necessidades do caso concreto, ou seja, as normas de direito processual devem ser compatíveis com as peculiaridades do caso concreto[104]. Nas palavras dos autores:

> O processo não apenas deve dar, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto[105].

Assim, o negócio jurídico processual é uma maneira de o juiz e as partes estruturarem o procedimento ao caso concreto a fim de obter um resultado que atenda as expectativas dos litigantes[106]. Contudo, o magistrado ao validar o negócio verificará se a convenção indiretamente afeta o direito material ou processual indisponível.

---

[101] Art. 111 do Código de Processo de 1973: Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

[102] Art. 181 do Código de Processo de 1973: Podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatório; a convenção, porém, só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo.

[103] Art. 158 do Código de Processo de 1973: Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

[104] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 460.

[105] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 460.

[106] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 460.

No mesmo sentido, Diogo Assumpção Rezende de Almeida entende que: "[...] a identificação da indisponibilidade e da natureza do direito é, [...], extremamente relevante para a aferição da eficácia de uma convenção processual"[107]. E conclui afirmando o seguinte:

> A indisponibilidade do direito material, embora não acarrete na automática vedação às convenções processuais na relação jurídica em que o conflito é discutido, é capaz de motivar a invalidação ou a ineficácia de disposição de direito processual quando esta se revelar modo de disposição indireta do direito material indisponível[108].

O art. 190 do CPC/2015 assim dispõe: "Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição [...]", o citado artigo não exige como requisito que o direito seja disponível, mas tão somente que seja passível de negociação. Dessa forma, faz-se necessário verificar se, no caso concreto, a indisponibilidade do direito está relacionada ao direito material ou ao direito processual, uma vez que se o direito, objeto do negócio, for indisponível poderá acarretar ineficácia do negócio jurídico processual atípico. Ou seja, não necessariamente o fato de o direito ser indisponível acarretará a impossibilidade de se negociar sobre o procedimento.

2.6 Debate doutrinário acerca da possibilidade de negócio jurídico processual inserto no ordenamento jurídico em que o Direito Processual integra o Direito Público

No CPC/1973, existia debate doutrinário acerca da possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais atípicos, pois havia entendimento de não ser admissível negócio sobre matéria processual, sob o fundamento de que a lei processual tem seus efeitos jurídicos determinados por lei. Contudo, quem entendia ser possível a realização dos negócios jurídicos processuais baseava-se no disposto no art. 158 do CPC/1973, que tinha a seguinte redação: "Os atos das partes,

[107] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil.* 2014. 241 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 184.

[108] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil.* 2014. 241 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 186.

consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais", com redação similar no artigo 200 do CPC/2015: " Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais".

Dessa forma, com advento do novo CPC/2015, não há mais dúvidas quanto à possibilidade de realização desses negócios, porém o debate sobre a extensão das convenções processuais ainda persiste no que diz respeito às matérias de direito processual, uma vez que estas regulam a atuação estatal.

No mesmo contexto, o CPC/2015, ao trazer, de forma expressa, no art. 190 reacendeu a discussão entre publicismo e privatismo (debate sobre os limites do Estado-juiz e dos jurisdicionados no processo, respectivamente). Arruda Alvim argumenta que as obras Oskar Bullow e Franz Klein influenciaram o entendimento de que as partes não poderiam interferir no procedimento[109]. Nesse sentido, afirma que:

> [...] a concepção de processo civil de índole predominantemente privatista, visto como coisa das partes, foi gradativamente substituído por uma perspectiva pública, que valorizava o papel do Estado e a autonomia da relação processual. Dessa modificação paradigmática advieram o incremento dos poderes judiciais e a indisponibilidade das normas processuais (e procedimentais), reduzindo-se a margem de disponibilidade das parte[110].

O referido autor relata que, até pouco tempo atrás, os negócios jurídicos processuais consistiriam em representação de um posicionamento privatista de jurisdição. Entretanto, esse entendimento encontra-se ultrapassado, pois a natureza

[109] ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 574-575.
[110] ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 575.

pública do processo não impede que as partes exercitem autorregramento da vontade[111].

No publicismo, o Estado-juiz pode "tudo" e as partes têm seus poderes restritos. Nesse sistema, o magistrado, no exercício da sua função jurisdicional, pode ignorar os argumentos e provas trazidos pelos litigantes e decidir conforme o seu convencimento adquirido através da busca pela "verdade real", sentenciando de forma contrária ao interesse das partes. Antonio do Passa Cabral afirma que: "A função do magistrado seria uma função de soberania, de aplicação do direito objetivo, que não poderia jamais ser resultado, nem mesmo parcial, da atuação privada"[112].

De igual modo, Leonardo Carneiro da Cunha entende que no publicismo exacerbado o juiz tem o poder decisório acentuado, porque não se considera à vontade das partes (os jurisdicionados apenas exercem o direito de ação, uma vez que o Estado-juiz é inerte). Ou seja, o juiz é o protagonista do processo e cabe a ele impulsionar o procedimento[113]. Nas palavras do autor:

> A legislação processual brasileira, embora seja permeada de estrutura liberal, sofreu a influência europeia de instituição do publicismo e da ruptura da visão liberal do processo, reforçando o protagonismo do juiz, seus poderes instrutórios e a estabilidade como marca da atividade jurisdicional[114].

[111] ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 576-577.
[112] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 317.
[113] CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 34-37.
[114] CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In. DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 36.

O mencionado autor argumenta ainda que esse é um dos motivos que ensejou a doutrina negar à arbitragem o caráter de atividade jurisdicional, pois o sistema processual brasileiro aufere a jurisdição apenas como atividade estatal[115].

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, ao citarem Fernando Gajardoni, argumentam que o publicismo tem influenciado o Direito Processual Civil, pois "as partes passam a ter poder e autonomia para definir o modo de ser do processo civil", contudo, a inserção da cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC/2015) ainda não é capaz de tornar o processo "coisa das partes" e afirma que "abala a estrutura de um sem-número de institutos processuais, doravante com regramento manipulável pelos litigantes"[116].

Leonardo Greco salienta que, apesar da importância da manifestação das partes no processo, não se deve entender que há uma tendência à privatização do processo[117], o trecho do texto em que aborda a questão:

> Não obstante esse poder das partes se contraponha ao poderes do juiz, não deve ser interpretado, de forma alguma, como uma tendência de privatização da relação processual, mas representa simplesmente a aceitação de que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública[118].

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mititdiero entendem que a tendência do "[...] processo à sua privatização, evidenciada, dentre

---

[115] CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 36.

[116] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 525.

[117] GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual*: primeiras reflexões / the acts of procedural provision - first reflections. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10206>. Acesso em: 10 nov. 2017.

[118] GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual*: primeiras reflexões / the acts of procedural provision - first reflections. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10206>. Acesso em: 10 nov. 2017.

outras figuras, pela ampliação da possibilidade de acordos processuais, é comum em países nos quais o processo civil está atrelado a litígios privados". Nesse contexto, os referidos autores sustentam que deve haver maior diligência no que diz respeito às convenções que tratem de matéria de direito processual, pois este integra o ramo do Direito Público e disciplina atividade do Estado. Além disso, a função jurisdicional não pode ser reduzida à resolução do litígio ao interesse dos demandantes, sem considerar as funções do processo[119].

> Desse modo, reconhecer a autonomia das partes no processo é uma tendência atual, porque permite, sobretudo, compreender a esfera processual como espaço democrático sob sua perspectiva participativa. Admitindo ainda a jurisdição vinculada ao princípio da comunidade é possível delinear uma autonomia privada que não colida com os pressupostos éticos do processo[120].

Atualmente, o debate doutrinário entre o publicismo e privatismo têm como fundamento os limites quanto à atuação do juiz e das partes no processo, uma vez que o CPC/2015 possibilita que os litigantes convencionem sobre o processo. Contudo, o referido dispositivo não trata das limitações quanto à elaboração dos negócios processuais, o que exige uma interpretação sistêmica pelo hermeneuta.

2.7 Cláusula geral de negociação processual

Os demandantes poderão, nas causas que versem sobre direito que admita autocomposição, elaborar negócios jurídicos processuais, conforme previsão expressa do art. 190 do CPC. O mencionado artigo é denominado pela doutrina de "cláusula geral de negociação geral" porque prevê que o procedimento seja adaptado pelas partes para a solução mais adequada do conflito.

Desse modo, o fato de a questão controvertida tratar de direito indisponível não impede que os litigantes convencionem, pois o dispositivo é claro ao estabelecer

[119] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. C*urso de processo civil:* teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 537-538.

[120] LIMA, Hercília Maria Fonseca. *Cláusula geral de negociação processual*: um novo paradigma democrático no processo cooperativo. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado). Núcleo de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016. p. 69.

que, "versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição", ou seja, não há restrição sobre qual assunto será negociado, contudo, exige alguns requisitos típicos dos negócios jurídicos (capacidade plena, objeto lícito, forma prevista ou não defesa em Lei) e que o direito objeto de convenção seja passível de autocomposição.

Nesse contexto, Júlia Lipiani e Marília Siqueira sustentam que o disposto no art. 190, *caput*, do CPC/2015, traz a exigência de alguns requisitos: a controvérsia deve ser passível de autocomposição; as partes devem ser capazes; e deve haver igualdade entre os litigantes[121]. As autoras afirmam que:

> [...] democratiza o procedimento, prestigiando e favorecendo as soluções de controvérsias obtidas pelos próprios litigantes, preocupa-se em evitar abusos de direito ou opressão de uma das partes. Abre-se espaço para um maior diálogo entre partes e juiz, ampliando a possibilidade de adequação às exigências específicas do litígio ou à vontade das partes de convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais[122].

A cláusula geral de negociação processual confere às partes "poder de autorregramento da vontade no processo", tornando o processo mais democrático. Entretanto, é importante salientar que esse autorregramento da vontade das partes sofre limites, pois, quando se fala em Direito Processual, deve-se atentar para o fato de que o processo visa resguardar um interesse maior do que o envolvido no litígio, uma vez que esse instrumento (o procedimento) é o meio pelo qual o Estado exerce a função jurisdicional.

O art. 190, § 1º, do CPC/2015 assim dispõe:

> De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade[123].

---

[121] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445-453.

[122] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 452.

[123] BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 out. 2017.

Quanto à atuação do magistrado na cláusula geral de negociação processual, Diogo Assumpção Rezende de Almeida entende que cabe ao juiz fiscalizar e, se for o caso, rejeitar a convenção que conter cláusula abusivas. O aludido autor ainda aduz que: "a validade do acordo também passa pelo respeito aos demais aspectos da ordem pública processual, que também deve ser objeto da fiscalização do juiz"[124].

Antonio do Passo Cabral, ao abordar o tema, afirma que o negócio vincula as partes que firmaram o negócio, contudo, os efeitos podem atingir terceiros, mas não significa que sejam vinculados ao negócio jurídico processual. No mesmo sentido, os negócios impactam a atuação do juiz e por isso o magistrado deve fiscalizar as convenções[125].

É importante destacar que em alguns casos o controle a ser exercido pelo juiz será posterior e em outras situações simultâneo à elaboração do negócio, por exemplo, o calendário processual que deverá ser feito com o juízo e também homologado por ele[126].

O mencionado autor emprega o termo "juiz" e "magistrado" no sentido de juízo ou Estado-juiz, pois entende que "o magistrado não pode ser considerado parte nas convenções processuais"[127], porque o juiz no exercício da função jurisdicional não tem capacidade negocial. Assim, o papel do juízo é fiscalizar e controlar a atuação das partes, para que não haja abuso por partes dos litigantes, sendo que a homologação somente será exigida quando a Lei prever expressamente determinar como condição de validade e eficácia[128].

Visto de outra forma, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que a convenção pode tratar de direitos das partes ou da

[124] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro: negócios processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 265.
[125] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 220.
[126] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 222.
[127] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 225.
[128] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 246.

atividade jurisdicional, sendo que quando o negócio tiver cláusula sobre a atuação do juiz deverá participar. No mesmo sentido: "O processo não pertence a um juiz determinado, nem é possível conceber que o acordo feito por um magistrado seja oponível a outro (ou outros) que dele não participaram" e concluem afirmando "eis a primeira grande dificuldade na aceitação desses acordos processuais que afetam a atuação do juiz no processo"[129].

Outro ponto controvertido quanto à cláusula geral de negociação processual diz respeito às negociações que versarem sobre direito material processual[130], uma vez que o CPC/2015 não determinou qual o momento em que esses acordos poderão ser feito[131].

Conforme já mencionado anteriormente, o CPC/2015 não inovou ao trazer o instituto dos negócios jurídicos processuais, contudo, não havia previsão para os negócios jurídicos atípicos, sendo que nesse ponto houve inovação. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, ao abordarem o assunto, argumentam que "há clara tomada de posição do Código de Processo Civil no sentido de afirmar a natureza processual dessas convenções, independentemente de serem celebradas dentro do processo"[132].

Para Fredie Didier Jr., o referido artigo é uma cláusula geral que dá ensejo à efetivação do princípio do autorregramento da vontade das partes. O citado autor aduz que essa cláusula possibilita que os negócios jurídicos processuais atípicos (art.

[129] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. *Curso de processo civil:* teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1. p. 537-538.

[130] Nesse sentido: Por muito tempo controverteu-se acerca da própria existência de negócios jurídicos processuais. Para a corrente contrária à existência dessa categoria, haveria apenas negócios jurídicos materiais com consequências processuais: a vontade do sujeito seria relevante para a definição de conteúdo e efeitos materiais; o efeito processual seria prefixado em lei [...]. (TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu*: nota sobre os negócios jurídicos processuais. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em: 30 mar. 2018.

[131] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 515.

[132] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 513-115.

190 do CPC) tenham por objeto "ônus, faculdades, deveres e poderes [...]"[133]. O aludido autor entende que a convenção não é sobre o direito objeto de litígio, mas, sim, "negocia-se sobre o processo, alterando suas regras e não sobre o objeto litigioso. São negócios que derrogam normas processuais [...]"[134].

Daniel Alvim entende que a possibilidade de as demandantes poderem realizar convenções processuais atípicas é decorrência do princípio dispositivo[135], que fez surgir o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, o que fortaleceu o a "autonomia da vontade no âmbito do processo"[136]. Para o referido autor, o CPC/2015 traz "grande novidade no art. 190, estabelecendo uma cláusula geral que permite às partes entabularem negócios processuais atípicos". No que diz respeito à restrição de que apenas poderão ser objeto de negócio os direitos que aceitem autocomposição[137]. Aduz o referido autor que:

> Em primeiro lugar, a lei exige que o processo que dará sede à celebração do negócio jurídico tenha por objeto direitos que admitam autocomposição. Tal exigência tem por fundamento a diretriz, presente no direito, de que não é possível transigir a respeito de direitos indisponíveis. Por esse mesmo motivo não

[133] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 384.

[134] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 383-385.

[135] Nesse sentido: "O princípio dispositivo se refere à iniciativa relativa aos fatos e às provas. De acordo com esse princípio, *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*, ou seja, o juiz deve julgar a causa de acordo com os fatos alegados e com as provas produzidas pelas partes. É o autor que deve descrever os fatos, os acontecimentos do mundo ou da vida aptos a gerarem o seu direito. Quanto a esses fatos, o juiz não pode ter nenhuma iniciativa; em regra, o magistrado somente vai julgar os fatos e as provas que as partes trouxerem ao processo. [...] o princípio dispositivo vigora, como regra geral, nas causas sobre direitos disponíveis, o que não significa que o juiz nelas deva ser inerte, omisso, alheio à atividade probatória da parte. Ao contrário, ele deve ser atento, ativo, para subsidiariamente suprir as deficiências de iniciativa probatória das partes. Nas causas que envolvam direitos indisponíveis, o juiz tem de ser mais zeloso e dispor de um conjunto de elementos probatórios que possam assegurar que não houve nenhum ato de disposição acerca do direito em jogo. Deve-se reiterar que, em regra, no processo civil, a disponibilidade é apenas do direito de uma das partes e, portanto, essa atividade mais intensa do juiz deve dar-se apenas no sentido da conservação do direito indisponível, e não no sentido contrário". (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: introdução ao Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.).

[136] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 578.

[137] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 578-579.

> há audiência de conciliação [...]. É preciso atentar, todavia, para o fato de que, à luz das teorias que analisam a efetivação dos direitos fundamentais, a própria noção de indisponibilidade comporta gradações, na medida que a autonomia da vontade, associada a outros valores, como a celeridade na concretização dos direitos, podem determinar a necessidade de disposição, em alguma medida, dos direitos materiais ou processuais[138].

Nesse contexto, é correto afirmar que há direitos indisponíveis que poderão vir a ser objeto de negócio, pois o fato de negociar sobre um determinado direito não significa que está dispondo do mesmo. Assim, a cláusula geral de negociação processual traz dois objetos que podem ser negociados: o procedimento e as posições processuais das partes.

Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que o CPC/2015, ao inserir o disposto no art. 190, "generalizou" o instituto dos negócios jurídicos processuais, pois no CPC/1973 as convenções eram previstas de maneira pontual, ou seja, limitado. Além disso, os demandantes, ao poderem acordar sobre "situações das partes e do procedimento" terão "liberdade" ampla de intervir no processo. O mencionado doutrinador argumenta que, apesar de parte da doutrina acreditar que o referido artigo deu ensejo à valorização do princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes, ainda não está convencido de que este princípio surgiu por ocasião do art. 190 do CPC/2015[139].

A cláusula geral de negociação processual, prevista no art. 190 do CPC/2015, é bastante ampla quanto ao seu objeto, portanto, caberá ao magistrado verificar, no caso concreto, se as convenções trazidas pelos litigantes, elaboradas antes ou de forma contemporânea à lide atendem aos princípios basilares do ordenamento processual.

De fato, aludido artigo não traz, de forma expressa, o princípio do autorregramento da vontade das partes, porém o este princípio é um dos

[138] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 579.
[139] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 388-381.

fundamentos dos negócios jurídicos processuais, assim como o princípio da cooperação, adequação e boa-fé. Além disso, para que se opere consagração dos negócios jurídicos processuais, é imprescindível a manifestação da vontade das partes.

De tal modo, conclui-se que os negócios jurídicos processuais têm subsistência legal e que por isso a sua existência não é mais objeto de discussão. Porém, os princípios processuais e os requisitos para elaboração de um negócio jurídico devem ser norteadores do referido instituto. Igualmente, deve-se atentar para o fato de que os limites das convenções processuais serão estipulados conforme os casos forem surgindo no Poder Judiciário.

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA FASE DE CONHECIMENTO: CONTRIBUTOS A UM PROCEDIMENTO MAIS ADEQUADO ÀS NECESSIDADES ESPECÍFICAS DO CONFLITO?

É na fase de conhecimento que o Estado-Juiz tem ciência dos fatos e se realiza a produção de provas, a fim de descobrir se o autor faz jus a pretensão resistida que alega. Enfim, é o momento em que as partes tentam comprovar que estão certas, e que o magistrado decide quem tem razão. Por isso, faz-se necessário que os demandantes possam estabelecer qual a melhor forma de resolver o conflito, uma vez que são as mais interessadas na resolução do litígio.

Dessa forma, os negócios jurídicos processuais, na fase de conhecimento, surgem como mecanismos de adequação do procedimento às especificidades da causa, objetivando contribuir para que a decisão (no sentido genérico) possa refletir os anseios dos litigantes, pois, muitas vezes, a decisão de mérito não representa a discussão produzida durante a tramitação do processo.

3.1 Flexibilização do procedimento

Para que a prestação jurisdicional seja eficiente e atenda aos princípios processuais primeiramente, faz-se necessário um processo que tenha procedimentos estruturados de acordo com as particularidades do conflito em questão, ou seja, deve-se considerar a natureza da controvérsia. Nas palavras do autor: "[...] é necessário que o legislador preveja procedimentos diferenciados para situações diferenciadas"[140]. Ocorre que é impossível para o legislador prever todas as situações que ocorrem no cotidiano. Assim, flexibilizar o procedimento e adaptá-lo são características para se obter um processo mais célere e eficiente.

O CPC/1973 optou por sistema rígido de processo em que o juiz e principalmente as partes têm seus poderes restritos. Este sistema rígido acarreta aos jurisdicionados diversos prejuízos, uma vez que a prestação jurisdicional é realizada de forma bastante burocrática e lenta, o que torna o procedimento engessado[141].

Dessa forma, muitas vezes, a resolução do litígio não é contemporânea ao conflito e por isso não reflete os interesses das partes. A justificativa para fixação de um processo rígido é evitar abusos das partes, controlar a atuação jurisdicional, preservar a segurança jurídica[142].

Fernando Fonseca Gajardoni entende que se os procedimentos são incompatíveis com "ritmo necessário à efetiva atuação jurisdicional"[143], devem ser dados poderes ao juiz para adaptar o procedimento ao caso concreto. De tal modo, "a

[140] ABREU. Rafael Sirangelo de. "Customização processual compartilhada": o sistema de adaptabilidade no novo CPC. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 257, p. 51-76, jun. 2016.
[141] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 257, p. 219-259, out/dez. 2015.
[142] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 257, p. 219-259, out/dez. 2015.
[143] GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental:* um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 134.

flexibilização do procedimento, assim, é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade"[144]. Afirma o autor:

> [...] se o legislador não foi capaz de modelar adequadamente os procedimentos para a exata tutela do direito material, ou se ele não atentou para especial condição da parte litigante (princípio da adequação), nada impede que o juiz, percebendo a necessidade de variação ritual, a faça no caso concreto (princípio da adaptabilidade)[145].

Segundo o referido autor, a flexibilização é regida por dois princípios o da adequação e da adaptabilidade, este direcionado ao magistrado que deverá, no caso concreto, alterar o rito processual a fim de atender as particularidades que a demanda exige, aquele, relacionado aos sujeitos do processo[146].

O mencionado autor argumenta ainda que o princípio da adequação e da adaptabilidade funcionam sob duas perspectivas: a objetiva e a subjetiva, esta relacionada às características dos litigantes; como, por exemplo, a alteração do rito processual para o Ministério Público, Defensoria Pública, que contam com prazos mais extensos. Aquela ao direito material objeto do conflito, como em causas de direito de família, sucessão[147].

Nesse contexto, são três sistemas de flexibilização; o primeiro, a Lei autoriza o juiz a fazer adaptação; o segundo é a flexibilização procedimental judicial em que o juiz faz alterações conforme as necessidades do caso concreto; a terceira é a

[144] GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 135.
[145] GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 137.
[146] GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 135.
[147] GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 137.

flexibilização voluntária em que os demandantes escolhem o procedimento ou atos processuais (arts. 190 e 191, ambos do CPC/2015)[148].

No sistema brasileiro, à época do CPC/1073, havia apenas a flexibilização procedimental por força de disposição legal. Dessa forma, inexistindo procedimento adequado para determinada situação, excepcionalmente, poderia o magistrado fazer "adaptação conforme a instrumentalidade das formas"[149], sendo utilizado apenas de forma subsidiária e com respeito aos princípios do contraditório, motivação, razoável duração do processo[150].

No mesmo sentido, a flexibilização procedimental, judicial e voluntária, são formas de transformar o processo em instrumento adequado para solução dos conflitos, objetivando incentivar o magistrado e as partes a adequar o rito à necessidade do caso concreto[151].

Para Antonio do Passo Cabral, a adaptabilidade do procedimento faz-se necessária, uma vez que o procedimento ordinário e também os procedimentos especiais são insuficientes para atender às particularidades dos litígios. Afirma o autor que: "Cresceu a necessidade de especialização e adaptação, que não poderia mais vir do legislador, revelando a ineficiência do processo em responder à diversificação dos problemas práticos trazidos ao debate jurisdicional"[152].

Sucede-se, ainda, que a insuficiência dos procedimentos existentes e o avanço da arbitragem fizeram com que as discussões sobre flexibilização ganhassem força.

---

[148] GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 136-137.
[149] GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 138.
[150] GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 139.
[151] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 194.
[152] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 195.

O CPC/2015 aumentou os poderes do juiz ao prever que este possa flexibilizar o procedimento, nos termos do art. 139[153], incisos VI e VI, o primeiro com a seguinte redação: "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária". O referido artigo possibilita ao juiz aplicar qualquer medida para executar a ordem judicial[154].

O inciso VI do mencionado dispositivo assim dispõe: "dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito"[155]. Dessa forma, o juiz poderá alterar os prazos a fim de garantir a efetividade da tutela do direito, conforme a necessidades do caso concreto[156]. No mesmo sentido, há uma ampliação dos poderes do juiz para que este faça adaptações no procedimento para atender às especificidades do caso concreto, principalmente no que diz respeito à produção provas.

A flexibilidade procedimental remete a um sistema processual livre, no qual se desconhece as regras e, por consequência, inexiste uma previsibilidade do procedimento para se alcançar o pronunciamento jurisdicional. Esta matéria enseja inúmeras discussões a respeito do princípio da segurança jurídica[157].

Sob outro ponto de vista, dar muitos poderes ao magistrado para flexibilizar o procedimento poderia ensejar em violação a segurança jurídica, uma vez que este

[153] Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

[154] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC:* Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. p. 153.

[155] Nesse sentido, enunciado do fórum permanente de processualistas: (art. 139, VI, e parágrafo único): A autorização legal para ampliação de prazos pelo juiz não se presta a afastar preclusão temporal já consumada.

[156] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC:* Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. p. 169.

[157] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 257, p. 219-259, out/dez. 2015.

poderia organizar o processo da forma que lhe conviesse. Portanto, o Estado tem que criar mecanismos que possibilite aos jurisdicionados interferir na atuação do juiz[158].

Nesse contexto, o CPC/2015 também ampliou os poderes das partes, conforme determina o art. 200 "Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais".

A flexibilização visa tornar o procedimento mais dinâmico. Contudo, a adaptação do procedimento pelo juiz precisa respeitar certos pressupostos e deve, sempre, vir precedido de fundamentação e motivação. A adaptação e a flexibilização do procedimento têm como escopo a efetividade e a razoável duração do processo[159]. Assim, o juiz e as partes poderão flexibilizar o procedimento a fim de torná-lo mais célere e adequado ao caso concreto.

Nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento de um Agravo de Instrumento, em que as partes negociaram sobre a forma como seria realizada as intimações:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA – HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Intimação para os fins do artigo 475-J do CPC/1973 – Ré executada sem advogado constituído nos autos – INTIMAÇÃO PESSOAL – DESNECESSÁRIO – **Partes que estipularam mudança no procedimento para ajustá-lo a especificidade da demanda – NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PREVISTO NO CPC/2015** – CABIMENTO - Intimações a serem realizadas no endereço declinado, ficando autorizado o recebimento de intimação por quaisquer terceiros que nele se encontrem. **AUTOCOMPOSIÇÃO E CAPACIDADE PLENA DAS PARTES. DISPONIBILIDADE DOS INTERESSES A PERMITIR O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSAL - Inteligência do art. 190, do CPC/2015. DECISÃO AGRAVADA REFORMA. AGRAVO PROVIDO.**" Segue interessante trecho do julgado: "Consagrado na nova ordem

[158] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 257, p. 219-259, out/dez. 2015.
[159] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil:* teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 283.

> processual, o CPC/2015 permite o negócio jurídico processual, como fundamento no dever de colaboração, face aos interesses disponíveis dos envolvidos, como forma, ainda, da efetividade da prestação jurisdicional, certo, ademais, que a disposição em análise decorre de acordo entra as partes, agora em fase de cumprimento, sem que nisso resida qualquer violação de lei[160]. (grifo nosso)

Como se vê as partes tanto podem optar por uma forma distinta de realizar a intimação como podem versar sobre a dispensa das intimações recíprocas. Essa é uma forma de flexibilizar o processo pela vontade das partes.

3.2 Acordo sobre a possibilidade de calendarização dos atos processuais

O art. 191 do CPC/2015 permite às partes e ao juiz fixarem calendário para a prática dos atos processuais. Assim dispõe o referido artigo "De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso". Neste calendário, será estabelecido cronograma conforme as especificidades do caso concreto[161].

O calendário processual é uma das hipóteses em que a homologação judicial é obrigatória, pois interfere diretamente na prestação jurisdicional. Segundo Trícia Navarro Xaviar Cabral, "[...] pelo texto da lei [...], o calendário processual poderá ser fixado se for de comum acordo entre o juiz e as partes, excluindo a possibilidade de imposição dessa técnica por qualquer dos sujeitos processuais"[162]. Mas isso não quer dizer que as partes não podem fazer o cronograma e depois apresentar para o

[160] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. AI n. 2045753-87.2016.8.26.000070075492462. 32ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Conexão Desenvolvimento empresarial Ltda. Agravado: Milka Nascimento Sousa. Relator: Desembargador Luis Fernando Nishi. São Paulo, 22, de novembro de 2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387616223/agravo-de-instrumento-ai-20457538720168260000-sp-2045753-8720168260000/inteiro-teor-387616260?ref=juris-tabs>. Acesso em: 31 mar. 2018.

[161] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 231-234.

[162] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 232.

juiz homologar. Ou seja, o calendário poderá ser proposto por qualquer dos sujeitos do processo[163].

O negócio jurídico processual atípico (que verse sobre procedimento) não necessariamente estará vinculado ao negócio da calendarização, uma vez que os litigantes podem convencionar a respeito do procedimento e após constituir o calendário juntamente com o juízo[164].

Eduardo José da Fonseca Costa entente que: "[...] a natureza acessória do acordo de calendarização é indisfarçável, pois ele reflexamente se desconstituirá caso se desconstitua o acordo de procedimento" e conclui que "Não por outra razão o novo CPC traz o acordo de procedimento no artigo 190 e a calendarização no artigo 191"[165].

Do mesmo modo, poderão as partes negociar a respeito dos prazos para prática dos atos processuais, mas não convencionarem sobre o rito processual, isto é, "calendarização sem flexibilização procedimental" e também elaborarem negócios processuais sobre o procedimento e prazos "calendarização com flexibilização procedimental"[166]. Afirma o autor:

> [...] tanto o acordo de calendarização quanto o acordo de procedimento figuram como negócios jurídicos processuais sendo que, no primeiro caso, acordo de calendarização, a autonomia da vontade modela a estrutura procedimental

[163] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 232.

[164] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual: sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 353-360.

[165] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual: sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 360.

[166] CORDEIRO, Adriano Consentino. *Negócios jurídicos processuais e as consequências do seu descumprimento*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

> enquanto no acordo de procedimento se define o ritmo procedimental[167].

O instituto da calendarização processual tem como objetivo tornar o procedimento célere e adequado às particularidades do caso concreto, porque permite ao juiz e às partes acordarem sobre os prazos em que os atos processuais deverão ser praticados. Dessa forma, os litigantes ficam cientes dos prazos até a prolação da sentença. Assim, o tempo gasto com publicações, intimações, juntada de mandado (ou AR) ao processo, será diminuído[168].

Nesse contexto, o § 2º do art. 191, do CPC/2015 assim dispõe: "Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário". O mencionado autor afirma que: "a calendarização não precisa necessariamente ir até a sentença. Pode-se prever calendarização para o processamento de recursos ainda em primeiro grau de jurisdição [...]"[169].

Para Adriano Consentino Cordeiro, o instituto da calendarização contribui com a razoável duração do processo, uma vez que reduz a quantidade de atos processuais a serem praticados pelos demandantes e consequentemente diminui a quantidade de vezes que o auto do processo é levado à conclusão. Dessa forma, a tramitação do processo é mais célere[170].

A propósito, se houver convenção estabelecendo em qual termo o juiz deverá sentenciar, este não sofrerá nenhuma sanção processual, uma vez que não é parte no processo sendo que a manifestação do juiz em relação a calendarização é apenas no

---

[167] CORDEIRO, Adriano Consentino. *Negócios jurídicos processuais e as consequências do seu descumprimento*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

[168] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual: sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 361.

[169] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual: sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 356.

[170] CORDEIRO, Adriano Consentino. Negócios jurídicos processuais e as consequências do seu descumprimento. 2016. 270 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

sentido de verificar a possibilidade de determinado ato ser praticado naquele dia, mas se, por acaso, não puder ser realizado não há sanção para o juiz. Contudo, se isso ocorrer com as partes o ato será considerado como intempestivo. Nesse contexto, é importante salientar que caso o juiz não respeite os prazos fixados no calendário estará, de certa forma, enfraquecendo a finalidade do instituto.

Seguindo a mesma linha, o calendário processual é negócio jurídico processual bilateral, porém o juiz não manifesta vontade, ou seja, não atua como parte, apenas homologa se estiver de acordo com as normas processuais[171].

Em sentido contrário, Daniel Amorim Assumpção Neves entente que se trata de negócio processual plurilateral, porque as partes e o juízo devem participar da fixação do calendário "[...] não pode as partes, mesmo que formalmente perfeito o acordo, impor a calendarização ao juiz, como o contrário também não é admissível"[172]. Para este autor o termo juiz, magistrado, deve ser entendido como juízo, Estado-juiz. Portanto, para elaboração do calendário processual é indispensável que os litigantes e o magistrado entrem em consenso quanto às datas para a prática dos atos processuais, uma vez que não poderá haver imposição do cronograma por um dos sujeitos do processo.

Eduardo José da Fonseca Costa aduz que as partes não são obrigadas a firmar negócios processuais, por isso caso algum dos litigantes não queira participar, mesmo que imotivadamente, o juiz não poderá obrigá-la. Dessa maneira, "Não há dever de celebrar acordo de calendarização. Daí por que a recusa da parte ao entabulamento de cronogramas procedimentais não configura ato ilícito"[173].

---

[171] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual: sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 361.
[172] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 406.
[173] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual: sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 368.

Com efeito, o instituto traz economia e celeridade para o processo. Ademais, o negócio jurídico processual apresenta facilidade na sua elaboração; baixo custo, pois diminui vários atos processuais, por exemplo, despachos, publicações. No entanto, para que o calendário seja eficiente os operadores de direito devem estar compelidos[174]. Assim sendo, a colaboração dos demandantes e dos operadores do direito consistem em requisito essencial para que as convenções processuais surtam seus efeitos no processo.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, o calendário processual oferece como vantagem a dispensa de atos processuais que criam uma espécie de "tempos mortos", como exemplo, o tempo gasto para juntar mandados de intimação. Dessa forma, o procedimento fica menos burocrático evitando assim "[...] a nulidade de alguma intimação realizada com vício formal"[175]. O mencionado autor afirma que por mais interessante que o instituto seja a sua efetivação apenas ocorrerá se o magistrado realmente se preocupar com a gestão processual.

A definição do calendário processual está intimamente ligado ao princípio da efetividade, eficiência, nos termos do art. 8º do CPC/2015[176], uma vez que os demandantes terão previsão da duração do processo.

Hercília Maria Fonseca Lima entende que este instituto tem natureza jurídica de "técnica de flexibilização procedimental". Afirma a autora:

> Embora não altere o rito, a flexibilização do procedimento consistiria nesse caso na dispensa de formalidades usualmente exigidas na lei, como, por exemplo, a intimação e publicação para reduzir o tempo processual. Ainda que consensualmente, são flexibilizadas algumas garantias processuais, daí porque entendemos que o instituto seria uma espécie de flexibilização,

[174] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual: sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 356.
[175] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 406.
[176] Art. 8º: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

> e não propriamente uma – técnica de gestão racional do tempo –[177]. (grifo nosso)

Daniel Alvim define o calendário processual como "programação dos atos processuais pelos demandantes e pelo juiz"[178]. Ou seja, a data para audiências, produção de provas, poderá ser estabelecida por este instituto. No mesmo sentido, o mencionado autor afirma que o calendário processual é "gestão processual pelas partes sob vigilância do juiz"[179]. Igualmente, admite a possibilidade de o juiz elaborar um calendário e recomendaria aos litigantes, uma vez que o art. 191 § 1º assim dispõe: "O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados".

Ocorre que, às vezes, o juízo que homologou não é o mesmo que julgará a causa, o que pode trazer problemas às partes. No que diz respeito ao calendário, esta é uma questão controvertida na doutrina, pois há autores que entendem não ser possível continuar o negócio quando o juiz que homologou o negócio não vai julgar o processo (seja por que o juiz está de licença, férias, aposentou-se), contudo, não faz sentido invalidar o calendário porque houve troca de magistrado. Por isso, alguns autores entendem que a calendarização deve vincular o juízo[180], e não o juiz.

No mesmo sentido, após a homologação do calendário não pode as partes fazer alterações nos prazos. Porém, havendo justificativa, pode o magistrado, em casos excepcionais, fazer alterações[181]. Assim, quanto aos prazos previstos nos calendários, em regra, não serão alterados, contudo, havendo necessidade o juiz deve justificar.

---

[177] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 406.
[178] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 589.
[179] LIMA, Hercília Maria Fonseca. *Cláusula geral de negociação processual*: um novo paradigma democrático no processo cooperativo. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado). Núcleo de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016.
[180] Nesse sentido: Antonio de Passo Cabral, Daniel Assumpção Neves.
[181] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 590.

Não há momento definido para os demandantes convencionarem, mas a audiência de conciliação[182] seria apropriada. Inclusive, este foi entendimento do Enunciado do Fórum de Permanente de Processualistas Civis[183]. Ademais, este é o entendimento majoritário[184] da doutrina.

Conclui-se, portanto, que uma das vantagens deste instituto é a facilidade de gestão por parte do juízo, que poderá ter uma agenda com as datas dos atos. Ainda sobre isso, deve-se lembrar que o calendário processual não modifica a maneira como os atos devem ser realizados, mas sim o dia que será realizado.

3.3 Ônus, Poderes, faculdades e deveres processuais

Antonio do Passo Cabral afirma que há três espécies de categorias jurídicas, sendo elas caracterizadas como situações de vantagem, desvantagem e as neutras[185]. As situações de vantagem estão relacionadas aos poderes e deveres dos demandantes; as situações de desvantagem dizem respeito à sujeição, ao dever e ao ônus; a primeira, "implica uma necessidade de obedecer"[186], por isso o mencionado autor entende não ser possível negócios jurídicos sobre situações jurídicas de sujeição; a segunda, impõe uma dever (obrigação é gênero de dever) que é caracterizada como "restrição à vontade", portanto, a convenção a respeito de deveres que acarretar desvantagem, não necessariamente, será invalidada pelo juiz. Nesse caso, verifica-se o conteúdo da convenção para analisar se traz algum prejuízo à parte relacionada ao direitos fundamentais (contraditório, lealdade, boa-fé)[187].

[182] Enunciados do fórum permanente de processualistas civis n. 299: (arts. 357, §3º, e 191) O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão.
[183] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 406.
[184] Nesse sentido: Daniel Amorim Assumpção Neves, Pedro Henrique Nogueira, Adriano Consentino Cordeiro.
[185] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 291.
[186] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 292.
[187] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 293.

Em relação ao ônus, a própria parte tem interesse na satisfação da obrigação. Afirma o autor:

> [...] uma situação jurídica passiva que se estabelece no interesse do próprio sujeito que pratica o ato, ou seja, o onerado está obrigado "consigo mesmo". [...] o ônus difere-se do dever porque, enquanto no ônus o interesse a ser satisfeito é aquele do próprio agente, nos deveres a satisfação refere-se a um interesse alheio[188].

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, ao tratarem do tema, afirmam que "normas jurídicas podem ser classificadas como geradoras de deveres", entendem também que há três tipos: normas que impõem deveres, as quais determinam uma conduta ativa ou passiva; normas de estados de sujeição que são a submissão a uma determinada conduta (o direito protestativo, ou seja, o direito de exigir do outro, determinada conduta). Desse modo: "uma vez que não envolve uma prestação de conduta, o estado de sujeição não tem como ser descumprido. O sujeito passivo dessa posição subjetiva simplesmente submete-se ao estado"[189].

As norma jurídicas que geram ônus são utilizadas para o benefício do próprio sujeito onerado, comumente são utilizadas para regular a atividade dos demandantes no processo[190].

Daniel Amorim Assumpção Neves entende que na relação jurídica entre o juiz e as partes há uma espécie de "posições processuais ativas (poderes, ônus, faculdades e direitos) e passiva (sujeição, deveres e obrigações)"[191]. Essa relação é complexa pois atribui aos sujeitos do processo a "titularidade de situações jurídicas", em que esses sujeitos têm sua atuação definida na relação processual.

---

[188] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 293.
[189] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil:* teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 50.
[190] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil:* teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.
[191] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 391.

Nesse contexto, os demandantes podem convencionar sobre "posições jurídicas" das partes. Entretanto, o negócio não poderá dispor sobre os poderes-deveres do magistrado[192]. O mencionado autor ainda argumenta que o CPC/2015 trouxe dispositivos em que isso é evidenciado. Afirma o autor:

> Há exemplos em que claramente não há poder de disposição das partes, como ocorre no dever do juiz de observar e exigir a boa-fé processual (art. 5º do Novo CPC), o dever de decidir com fundamento na legalidade (art. 8º do Novo CPC), o dever de fundamentação das decisões (art. 489, § 1º do Novo CPC), o dever de decidir conforme as súmulas e precedentes com eficácia vinculante (art. 489, § 1º do Novo CPC) etc.[193].

Para Arruda Alvim, a possibilidade de os litigantes convencionarem sobre "direitos, faculdades, poderes e ônus", advém do princípio do dispositivo, uma vez que este originou o princípio do autorregramento da vontade das partes[194]. Dessa forma, as convenções podem ter por objeto atuação das partes no processo[195].

Nesse contexto, dispõe o art. 190 do CPC/2015 que as partes podem convencionar sobre "ônus, poderes, faculdades e deveres processuais". Portanto, poderão os demandantes convencionarem sobre todo o procedimento, com ressalva das observações já mencionadas neste trabalho. Assim, essas convenções independem da natureza do objeto, se é disponível ou não, como por exemplo o art. 471 do 2015/CPC que estabelece: "As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento [...]". Ou seja, os litigantes podem impor ao juiz um perito convencional desde que "plenamente capazes" e que "a causa possa ser resolvida por autocomposição"[196].

---

[192] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 392.
[193] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 392.
[194] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 578.
[195] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 581.
[196] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 538.

Já o art. 357, § 2º, do referido ordenamento determina que: "As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e juiz". O inciso II e IV, do referido artigo trata da delimitação de "questões de fato e de direito as quais recairá a atividade probatória" e "distribuição do ônus da prova", respectivamente. Dessa forma, os sujeitos do processo (juiz, autor e réu) ficam vinculados ao "acordo sobre a delimitação das questões controvertidas"[197].

Nesse segmento, destaca-se que o poder de disposição sobre "ônus, poderes, faculdades e deveres processuais" não é absoluto, uma vez que os negócios jurídicos processuais devem cumprir certos requisitos quanto à validade, eficácia (por exemplo, não pode ser elaborado por incapaz)[198].

Questão relevante diz respeito à convenção sobre o ônus probatório, pois as provas são produzidas para o juízo e por isso estes negócios interferiram diretamente na atividade jurisdicional. Nesse sentido, o CPC/2015 prevê impossibilidade de inversão do ônus da prova em duas situações: "quando o direito objeto dessa convenção for indisponível ou quando tornar excessivamente difícil o desempenho do ônus por uma das partes". Ademais, se o negócio processual tornar a situação onerosa demais para a outra parte ou violar princípios processuais (contraditório, boa-fé), caberá ao juízo, ao analisar o caso concreto, verificar se as convenções sobre ônus da prova atendem os critérios exigidos pela Lei, se não deverá invalidar a convenção[199].

Isso não significa que se a convenção estabelecer desvantagem para uma das partes esta cláusula será nula, porém, deverá haver equilíbrio de poderes entre os litigantes. Afirmam os autores: "o acordo sobre posições processuais não pode ser

[197] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 533.
[198] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 534.
[199] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 534.

realizado à custa de renúncias a direitos fundamentais processuais em atenção apenas à vontade das parte"[200].

Assim, os litigantes podem convencionar sobre poderes, deveres e faculdades que dizem respeito à sua atuação no processo e desde que não viole os princípios processuais. De tal modo, mesmo que a convenção não precise ser homologada pelo magistrado ainda sim passará pelo crivo do juiz, para que este verifique os requisitos de validade.

Em confirmação à possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais sobre o momento para a prática de determinados atos processuais, reproduzimos julgado em que as partes convencionaram em audiência de conciliação o momento para a apresentação da contestação, nos termos do art. 190 do CPC:

> APELAÇÃO CÍVEL. **DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. ACORDO PARA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO, COM REALIZAÇÃO DE NOVA AUDIÊNCIA, A PARTIR DA QUAL CORRERIA O PRAZO PARA CONTESTAR. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL VÁLIDO. ART. 190 DO CPC**. NÃO OBSTANTE, JUÍZO DE ORIGEM CONDUZIU O PROCESSO AO ARREPIO DO ACORDADO PELAS PARTES, EM INEQUÍVOCO PREJUÍZO À RÉ S&K, CUJO PRAZO CONTESTACIONAL FOI TOLHIDO. ERROR IN PROCEDENDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. DERAM PROVIMENTO AO APELO DA RÉ S&K PRODUTOS PARA SAUDE LTDA., RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO DA PARTE AUTORA. UNÂNIME". Segue interessante trecho do julgado: "Percebe-se, então, que as partes acordaram a realização de nova audiência de conciliação, sendo que o prazo para contestar somente correria a partir dessa nova solenidade. Nesse ponto, convém lembrar que o CPC permitiu, em seu art. 190, às partes a realização de negócios processuais a fim de adaptar o procedimento às especificidades do caso, privilegiando, segundo a norma fundamental do art. 3º, parágrafo 4º, a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação. Dessa forma, plenamente válido - e em consonância com o espírito do novo diploma processual - o ajuste firmado pelas partes para nova tentativa de conciliação,

[200] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 536.

> correndo o prazo defensivo somente a partir dessa segunda audiência"[201]. (grifo nosso)

Como é possível verificar pelo julgado reproduzido acima, a cláusula geral de negociação processual já está sendo aplicada nos tribunais. No caso narrado, os demandantes negociaram de que haveria nova tentativa de conciliação e a partir daí começaria a correr o prazo para a contestação, porém, o magistrado *a quo*, sem motivo justificado, não aplicou a convenção estabelecida pelas partes. Entretanto, o tribunal reconheceu a convenção feita pelos litigantes.

3.4 Prazos processuais

Com o advento do CPC/2015, os prazos processuais poderão ser objetos negócios jurídicos processuais atípicos pelas partes. Além de que o juiz também poderá flexibilizar os prazos, de acordo com diversos artigos previstos no ordenamento processual.

Os prazos processuais são "[...] intervalos de tempo estabelecidos para que, dentro deles, sejam praticados atos jurídicos"[202]. Os prazos processuais são classificados em legais e judiciais, sendo que o primeiro tem previsão na Lei e os prazos judiciais o juízo que determina[203].

Daniel Amorim Assumpção Neves classifica os prazos processuais em legais, definidos pela Lei; judiciais, fixados pelo juízo; e convencionais[204] (este inserto pelo

[201] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Ap. n. 70075492462. Décima Sexta Câmara Cível. Apelante: Tiago Leonardo Kaercher. Apelado: Alliage SA Industrias Medico Odontológico. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Scarparo. Rio Grande do Sul, 26, de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075492462%26num_processo%3D70075492462%26codEmenta%3D7519464+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075492462&comarca=Comarca%20de%20Santo%20%C3%82ngelo&dtJulg=26/10/2017&relator=Paulo%20S%C3%A9rgio%20Scarparo&aba=juris>. Acesso em: 31 mar. 2018.

[202] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 132.

[203] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 132.

[204] Nesse sentido: Daniel Amorim Assumpção Neves, Fredie Didier Júnior.

art. 190 do CPC/2015), que permite às partes negociarem sobre a redução e ampliação dos prazos processuais[205].

Nesse sentido, o art. 139, inciso VI, do CPC/2015 permite ao juiz flexibilizar os prazos processuais de ofício ou a requerimento da parte interessada. O fundamento para que isso ocorra pode ser diverso, pois não existe na Lei limitação quanto a esta possibilidade[206]. Assim dispõe o mencionado artigo:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: **VI - dilatar os prazos processuais** e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (grifo nosso)[207].

O referido artigo confere amplo poder ao magistrado de alterar os prazos processuais. Não obstante, o referido autor sustenta que o juiz não pode modificar nenhum prazo sem a anuência dos demandantes, porquanto há preclusão temporal em relação a determinados atos processuais, o que poderia ocasionar prejuízos às partes[208].

No mesmo sentido, o juízo poderá estabelecer prazo processual quando não houver previsão no ordenamento, nos termos do art. 218[209]. Assim, em relação a fixação de prazos a atividade do juiz é subsidiária[210].

Às partes compete praticar os atos processuais dentro do prazo fixado na Lei ou pelo juízo, sob pena de não poder exercitar o seu direito e ainda sofrer os efeitos da preclusão[211]. Nesse sentido,

---

[205] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 429.
[206] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 435.
[207] BRASIL. *Lei n° 13.105, de 16 março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 out. 2017.
[208] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 435.
[209] CPC/2015, art. 218: Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. § 1º Quando a lei for omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato.
[210] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 429.

O art. 225 do CPC/2015 prevê que: "A parte poderá renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor, desde que o faça de maneira expressa". Ou seja, os litigantes podem alterar os prazos processuais. Dessa maneira, fica evidenciado que a figura dos prazo peremptórios não faz mais parte do novel sistema processual, uma vez que os demandantes poderão alterar todos os prazos processuais (dilatórios e peremptórios). Portanto, os prazos processuais poderão ser reduzidos ou ampliados conforme a exigência da causa[212].

Ainda, os art. 219[213] do CPC/2015 dá margem à possibilidade de os litigantes convencionarem que os prazos corram apenas em dias corridos, a fim de tornar o processo mais célere.

O artigo Art. 222, § 1º, do CPC/2015 determina que: "Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes". Sucede-se que os artigos mencionados anteriormente dão amplos poderes ao magistrado e aos jurisdicionados para que transacionem sobre os prazos processuais, contudo, o referido artigo veda alteração de prazos peremptórios. Nas palavras do referido autor:

> É no mínimo curioso que o dispositivo ora comentado preveja uma vedação à atuação do juiz a respeito de uma espécie de prazo que simplesmente não existe mais. No Novo Código de Processo Civil todos os prazos passaram a ser dilatórios, e diante disso fica demonstrada a impropriedade do art. 222, § 1º, do diploma legal processual a fazer menção a espécie de prazo inexistente no sistema[214].

Na sistemática do CPC/1973 se tinha uma definição clara quanto à impossibilidade de se convencionar à respeito dos prazos peremptórios, uma vez que

---

[211] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 429.
[212] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 435.
[213] CPC/2015, Art. 219: Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.
[214] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 435.

estes previam o termo para o exercício de um direito. Já os dilatórios seriam suscetíveis de alteração pelas partes.

Em relação a este (debate sobre a possibilidade ou não de se alterar os prazos processuais peremptórios), João Paulo Bocalon entende que:

> [...] é possível a redução dos prazos peremptórios até mesmo em fase pré-processual (extrajudicial). Nesse caso, mostra-se de absoluta utilidade e previsão legislativa. Por exemplo, os sujeitos podem fixar extrajudicialmente que, em eventual litígio, o prazo para contestar será de cinco dias. Sobrevindo o litígio judicial, o autor pede desde logo a homologação de acordo procedimental e consequente citação do réu para que apresente a defesa no prazo convencionado de cinco dias. É essa a essência da alteração legislativa[215].

Pedro Henrique Nogueira entende ser possível negócio processual sobre todos os prazos processuais, sob o fundamento de que:

> A cláusula geral de negociação processual, associada à ausência da regra proibitiva contida no art. 182 do CPC/73 da ampliação ou redução de prazos peremptórios, torna superada, sob a égide do CPC/2015, a velha distinção entre prazos dilatórios e peremptórios. Isso porque todos os prazos, a partir da nova codificação, passam a ser dilatórios[216].

Contudo, a redução ou ampliação dos prazos deve respeitar os princípios da razoável duração do processo, do devido processo legal, eficiência, boa-fé, uma vez que prazos irrazoáveis que objetivam deixar o procedimento mais demorado, sem que haja uma necessidade efetiva, poderá ser invalidado pelo magistrado, pois os negócios processuais objetivam tonar o procedimento mais célere e adequado ao procedimento.

3.5 Limites às espécies probatórias

Inicialmente, cumpre destacar que o sistema adotado pelo CPC/2015 chamado de modelo cooperativo "[...] é caracterizado por buscar uma divisão

[215] BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro*. 2016. 241 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 148.
[216] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 253.

equilibrada de trabalho entre juiz e partes, no qual todos trabalham em conjunto ou comparticipativa, sem o protagonismo de apenas um dos atores"[217]. Assim, o juiz e os demandantes passam a ter mais liberdade para adequar o procedimento ao caso concreto.

Dessa forma, os negócios processuais, ao permitirem aos litigantes pactuarem sobre direito que admite autocomposição, autorizou as partes a convencionem sobre direito probatório. Nesse sentido: "[...] tendo em vista que a prova pode ser considerada como um direito, um ônus e até mesmo um dever, por meio desta cláusula geral, haveria a possibilidade de as partes convencionarem sobre a limitação dos meios probatórios"[218].

Tem-se que a produção de prova no processo é direito fundamental[219]. A prova tem a função de comprovar as alegações feitas pelas partes no processo a fim convencer o juízo do seu direito. Desse modo, é lícito a produção de todos os meios de defesa permitidos, ou não defesos pela Lei[220]. Ou seja, o próprio ordenamento limita de certa forma a produção de provas pelas partes.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que: "A verdade é pressuposto de processo justo. Uma das fontes de legitimação da função judiciária é a verdade [...]. É necessariamente injusta a decisão baseada em falsa verificação das alegações de fato no processo"[221]. Nesse contexto, os negócios processuais sobre direito probatório têm por fundamento o

[217] JOBIM, Marcio Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr., 2017. p. 330.
[218] JOBIM, Marcio Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr., 2017. p. 331.
[219] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 511.
[220] JOBIM, Marcio Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr., 2017. p. 331.
[221] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 511.

direito fundamental à liberdade, o princípio do autorregramento da vontade das partes, o devido processo legal, contraditório e ampla defesa e a cláusula geral de negociação processual.

Luís Alberto Reichelt também entende o direito à prova como direito fundamental e essencial para "[...] a realização do Estado Democrático de Direito, sendo fator indispensável à composição da ideia de um processo justo, impedindo, em face de sua essência, a tomada de decisões arbitrárias"[222].

Nesse contexto, o magistrado deverá motivar sua decisão nas provas produzidas nos autos independentemente da parte que as produziu, nos termos do art. 371 do CPC[223]. Este artigo prevê o livre convencimento motivo, e ainda determina que o juiz deve especificar quais elementos utilizou para chegar a tal conclusão. Contudo, o convencimento do juízo é livre, ou seja, não está adstrito a determinada prova. Assim, poderá valorar a prova que entender melhor desde que haja motivação para tanto[224].

Questão importante é saber se esta convenção vincula o juízo. A tal respeito, Antonio do Passo Cabral afirma que:

> As partes não podem, através de convenções processuais, dispor sobre prerrogativas do juiz. Toda vez que ao magistrado forem atribuídas iniciativas independentes da atuação das partes, o juiz poderá atuar, a despeito de também ter o dever de dar cumprimento à convenção das partes. Mas se os poderes do juiz forem subordinados pelo agir das partes, é possível que o exercício da autonomia, por meio de acordos, reduza ou impeça a atuação judicial. Na esfera de acordos probatórios, essa discussão é muito candente. A depender da visão que se tenha sobre os poderes probatórios do juiz (se

[222] REICHELT, Luís Alberto; PORTO, Guilherme Athayde. Efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 1, abr. 2017. p. 304.
[223] CPC/2-15, Art. 371: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.
[224] REICHELT, Luís Alberto; PORTO, Guilherme Athayde. Efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 1, abr. 2017. p. 309.

> autônomos ou subsidiários em relação à inciativa das partes), pode-se chegar a conclusões diversas[225] (grifo nosso).

Assim, a natureza jurídica da atuação do magistrado em relação a produção de provas é subsidiária[226], uma vez que os litigantes são os maiores interessados na resolução da lide. Além de que conhecem o conflito e sabem quais provas serão úteis para o processo. Sendo assim, se a convenção processual sobre meio de prova está de acordo com os princípios processuais e não contém nenhuma nulidade não pode o magistrado deixar de aplica-la.

As convenções sobre meios de provas sofrem algumas restrições advindas do própria Constituição Federal[227] e do ordenamento processual[228], quais sejam, a vedação a produção de provas ilícitas, proibição de cláusulas em contrato de adesão em que uma das partes seja vulnerável. Ou seja, os acordos que estipularem restrição aos meios de provas vinculam tanto para as partes como para o juízo, é certo que o juiz poderá indeferir alguma cláusula do acordo que não se coadune com a restrições previstas no art. 190, § único, do CPC/2015:

> De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade[229].

Além disso, os litigantes poderão convencionar sobre meios de provas na fase pré-processual. Contudo, deverão ter ciência de que ao restringirem os meios de prova poderão ocasionar carência probatória. No caso: "o juiz não se eximirá de prestar a atividade jurisdicional, tendo em vista que poderá basear a sua decisão na

---

[225] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 226.
[226] Nesse sentido: Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandrino, Robson Renault Godinho.
[227] Art. 5º, inciso LVI, da CF/1988: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".
[228] CPC/2015, Art. 373: O ônus da prova incumbe: § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.
[229] BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 out. 2017.

regra de julgamento do ônus da prova, julgando em desfavor daquele que não se desincumbiu do seu ônus"[230].

Em sentido semelhante, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandrino:

> A parte pode expressamente dispor de seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária (pode ser que as partes resolvam firmar acordo de, por exemplo, não realização de perícia; elas podem imaginar que não vale a pena aguardar pela produção dessa modalidade de prova para que o litígio alcance um desfecho). [...], poderia o juiz, com base no art. 370 do CPC, determinar, ainda assim a produção da prova? Parece-nos que não. Tem se aí típico exemplo de negócio jurídico processual – unilateral quando a manifestação de vontade vem de apenas uma das partes; bilateral, quando de ambos os polos. Se válido, o juiz não pode ignorar esse ato de vontade. Se o fizesse, isso seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo o somente para si[231].

Com efeito, a limitação restringe-se aos meios de prova, por exemplo, a prova documental, pericial, testemunhal que poderão ser utilizadas no processo. Mas, por óbvio, "a convenção em questão limita apenas os meios a se provar um fato e não convenciona sobre a própria verdade em si"[232].

Sendo assim, conclui-se que é plenamente possível convenções processuais sobre limitação às espécies probatórias, conforme a perspectiva do CPC/2015, que oportunizou às partes negociarem sobre o procedimento, nos termos do art. 190 do referido ordenamento. Competindo ao magistrado verificar, no caso concreto, a validade desta cláusula, uma vez que vincula tanto os demandantes como o juízo.

---

[230] JOBIM, Marcio Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr., 2017. p. 338-339.

[231] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 91.

[232] JOBIM, Marcio Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr., 2017. p. 341-342.

3.6 Coisa julgada

Antes de analisar a questão referente à possibilidade de negócios jurídicos processuais sobre a coisa julgada (material e formal) é importante explicar este instituto conforme a perspectiva do CPC/2015.

A coisa julgada tem fundamento constitucional com previsão no art. 5º, inciso XXXVI, da CF/1988 assim dispõe o referido artigo: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" e também tem previsão infraconstitucional no art. 502: "Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso" e Art. 503: "A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida", ambos do CPC/2015.

O aludido instituto é forma de concretização do princípio da segurança jurídica, uma vez que o juiz ao sentenciar sobre o mérito da causa ou proferir decisão interlocutória (nos termos do art. 356 do CPC/2015) encerra a possibilidade de discussão dessa questão (coisa julgada material) pela via judicial, desde que não seja mais possível a interposição de nenhum recurso[233].

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero "a coisa julgada é a mutabilidade que qualifica a sentença de mérito não mais sujeita a recurso e que impede sua discussão posterior"[234]. Segundo os mencionados autores, esta imutabilidade se manifesta em duas circunstâncias: a primeira refere-se à coisa julgada material, que ocorre quando o magistrado sentencia o feito resolvendo o mérito, e os demandantes não interpõem recurso, transitando em julgado a sentença.

A segunda é a perempção (também denominada coisa julgada formal) que acontece quando a parte, por três vezes, ajuíza a mesma ação e por algum motivo não dá andamento ao processo, ocasionando a extinção do processo sem resolução

[233] MIRANDA, Edson Antonio. A coisa julgada nas questões individuais e transindividuais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 16, p. 116 -126, Jul./Dez., 2005. p. 4.
[234] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 588.

do mérito. Assim, as partes não poderão mais discutir esta demanda, por ocasião da perempção[235].

Dessa forma, a coisa julgada não é efeito da sentença, e sim "qualidade que pode agregar-se ao feito declaratório da decisão de mérito transitada em julgado"[236].

As questões incidentais incontroversas podem ser decididas antecipadamente, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, conforme prevê o art. 503 do CPC/2015: "A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida".

Ainda, a coisa julgada possui três efeitos, o negativo, que objetiva impedir que a mesma causa venha a ser objeto de novo julgamento; o positivo, que se configura na impossibilidade de a decisão ser rediscutida novamente; e a eficácia preclusiva determina que com o trânsito em julgado da decisão de mérito os demandantes não poderão mais discutir a matéria objeto da coisa julgada[237].

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem a coisa julgada como efeito jurídico "que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica[238]," e concluem afirmando que não são duas consequências deste efeito: a indiscutibilidade e a imutabilidade da decisão. Esta é a regra, contudo, há exceções, como por exemplo, as hipóteses de cabimento da ação rescisória. Já a indiscutibilidade divide-se em duas circunstâncias; a primeira, é a impossibilidade de rediscussão da matéria; e a segunda é a obrigatoriedade de observância da coisa julgada em ação que tenha fundamento em outro processo. Assim "[...] o efeito positivo da coisa julgada gera a vinculação do

[235] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 588.
[236] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 589.
[237] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 595.
[238] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 527.

julgador (de uma segunda causa) ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida"[239].

No mesmo sentido, a decisão é fonte de norma jurídica e, portanto, poderá ser, em determinado momento, indiscutível e imutável, daí surge a coisa julgada. Sendo que esta é composta pela decisão jurisdicional e pela coisa julgada[240]. Por consequência, "a coisa julgada recai apenas sobre a questão expressamente decidida"[241].

Os referidos autores entendem não ser possível negócio processual que visa rescindir ou invalidar a decisão transitada em julgado, uma vez que os litigantes não têm o poder de desfazer da decisão judicial. Já em relação aos efeitos da decisão é possível, pois as partes podem renunciar ao direito objeto da coisa julgada. Há também negócio processual sobre *exceptio rei iudicate* em que os litigantes renunciam a possibilidade de oposição da coisa julgada, caso ajuízem eventual ação. De tal modo, os demandantes podem transigir a respeito da renúncia da ação rescisória, nos mesmos moldes da renúncia ao recurso.

Dessa forma, não haveria óbice em convencionar que a decisão não transitará em julgado, pois os negócios jurídicos processuais objetivam diminuir os poderes do órgão jurisdicional[242]. Afirmam os autores:

> A grande utilidade dos negócios processuais é, exatamente, diminuir ou eliminar o poder do órgão jurisdicional. Pense-se na desistência da demanda, negócio unilateral; a desistência tira do juiz o poder de decidir o mérito da causa; na desistência

[239] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 528.
[240] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 530.
[241] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 539.
[242] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 535.

> do recurso, idem; no acordo para escolha do perito, que tira do juiz o poder de designá-lo; no acordo para não realização da perícia, que tira do juiz a possibilidade de determinar a perícia de ofício; no foro de eleição, que altera uma situação jurídica do juízo (a competência); na convenção de arbitragem, que retira do Estado-juiz o poder de julgar etc[243].

Em sentido contrário, Adriana Buchmann entente não ser possível negócio jurídico processual em os litigantes almejam rescindir ou invalidar coisa julgada, sob fundamento de que:

> Permitir convenção com aptidão a afastar os efeitos da coisa julgada material permitiria a perpetuação indefinida da instabilidade das relações jurídicas, a qual não é consentânea com o fim precípuo do ordenamento jurídico. Tampouco o é com o intuito do próprio negócio processual, qual seja, emprestar efetividade à tutela jurisdicional e, através dela, ao direito material discutido em juízo[244].

Por considerar que a prestação jurisdicional tem um objetivo maior do que satisfazer os interesses dos litigantes, qual seja, "consiste no alcance a perpetuação da segurança jurídica das relações"[245]. Além de que os efeitos as decisão às vezes atinge a esfera jurídica de terceiros[246].

Por consequência, se as partes quiserem alterar a questão objeto de coisa julgada deverão procurar outros meios, como por exemplo a arbitragem ou os institutos do Código Civil[247]. Ocorre que ainda será possível no âmbito jurisdicional

---

[243] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 535.

[244] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 266.

[245] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 264.

[246] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 264.

[247] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 265.

anular ou reformar a decisão transitada em julgado através da ação rescisória e da ação anulatória.

A possibilidade de os litigantes negociarem a respeito da coisa julgada poderá acarretar prejuízo à segurança jurídica, além de ocasionar a eternização do processo.

Por tal razão, conclui-se que não há possibilidade de as partes convencionarem sobre a coisa julgada, uma vez que se trata de matéria de ordem pública que está diretamente ligada à segurança jurídica, e na confiança que as partes têm em relação à atuação do Poder Judiciário.

3.7 Possibilidade de intervenção de terceiros (principalmente hipóteses de legitimação extraordinária)

Inicialmente, faz-se necessário conceituar a legitimidade *ad causam* ordinária e extraordinária, para melhor compreensão destes institutos como objeto dos negócios jurídicos processuais.

Segundo Daniela Santos Bomfim, os sujeitos titulares na relação jurídica, a qual tem como objeto o direito material controvertido, são as partes do litígio (autor e réu). Porém, às vezes, os litigantes que atuam como litigantes em juízo não necessariamente serão as mesmas partes do processo. Por isso, tem-se a legitimidade *ad causam* ordinária e a extraordinária. A primeira nada mais é do a capacidade que o sujeito tem de atuar no polo ativo ou passivo da demanda como parte interessada; a segunda "não existe coincidência entre as partes da demanda e as partes da relação jurídica material"[248].

Com efeito, exige-se que os litigantes sejam titulares do direito discutido no processo. A citada autora ainda entende que o art. 18 do CPC/2015 possibilitou aos demandantes convencionarem sobre legitimidade *ad causam*[249].

[248] BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-352. p. 345.
[249] BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-352. p. 335-352.

Para Fredie Didier Jr., a legitimidade *ad causam* divide-se em legitimidade ordinária e extraordinária. Essa classificação é baseada na correlação entre as partes e o objeto da demanda. Na legitimidade extraordinária não há essa correspondência entre partes e objeto litigioso pois o sujeito "defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito"[250]. Afirma o autor: "na legitimação extraordinária confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo"[251].

Nesse contexto, a legitimidade extraordinária ocorre apenas em casos excepcionais e apenas quando houver disposição a respeito[252], nos termos do art. 18 do CPC/2015: "Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico".

No que diz respeito aos negócios jurídicos processuais, no CPC/1973, o entendimento predominante era de que não se poderia realizar negócios jurídicos sobre a legitimidade *ad causam* extraordinária, uma vez que havia previsão legal expressa afastando essa possibilidade: "o art. 6º[253] do CPC/1973 reputa a lei, e apenas ela, a fonte normativa de legitimação extraordinária"[254].

O art. 18 do CPC/2015 (correspondente ao art. 6º do CPC/1973) é mais amplo pois determina que "salvo autorizado pelo ordenamento jurídico", assim, o mencionado ordenamento traz a possibilidade de se convencionar sobre legitimidade *ad causam* extraordinária[255].

---

[250] DIDIER JR., Fredie. A legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232. p. 69-76, jun. 2014.
[251] DIDIER JR., Fredie. A legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232. p. 69-76, jun. 2014.
[252] DIDIER JR., Fredie. A legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232. p. 69-76, jun. 2014.
[253] Ar. 6º do CPC/2015: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.
[254] DIDIER JR., Fredie. A legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232. p. 69-76, Jun. 2014.
[255] DIDIER JR., Fredie. A legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232. p. 69-76, Jun. 2014.

Na sequência, o autor enfatiza que poderá haver convenção processual sobre legitimidade ativa e passiva. Quanto à negociação da legitimidade ativa, a convenção pode prever a disposição da legitimidade ou a extensão desta (legitimidade concorrente). Portanto, é possível convenção em que a parte estabelece a transmissão da legitimidade mas não o direito objeto do litigio[256]. Aduz o autor:

> Nesse caso, teremos uma legitimação extraordinária exclusiva decorrente de um negócio jurídico: somente esse terceiro poderia propor a demanda. Não há óbice algum: se o titular do direito pode transferir o próprio direito ao terceiro ("pode o mais"), pode transferir apenas a legitimidade ad causam, que é uma situação jurídica que lhe pertence ("pode o menos")[257].

A legitimidade *ad causam* passiva não está relacionada à capacidade de ser parte do processo no futuro, pois "Não se admite que alguém disponha de uma situação jurídica passiva por simples manifestação de sua vontade"[258]. Mas, sim, de o futuro autor da ação juntamente com o outro sujeito processual negociarem de que um terceiro poderá ser legitimado para figurar no polo passivo da demanda.

Nesse caso, o possível autor da demanda concorda de que outro sujeito (terceiro na relação processual) poderá ser legitimado para figurar no polo passivo do processo. Esta hipótese de legitimidade extraordinária, na prática, suscita muitas dúvidas pois não há regras próprias que possam ser aplicadas a este instituto.

Sobre outro enfoque, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero conceituam a intervenção de terceiro como os sujeitos juridicamente interessados "[...] que têm qualquer ligação com a relação jurídica controvertida em juízo"[259]. São espécies de intervenção de terceiros: assistência

[256] DIDIER JR., Fredie. A legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232. p. 69-76, Jun. 2014.
[257] DIDIER JR., Fredie. A legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232. p. 69-76, Jun. 2014.
[258] DIDIER JR., Fredie. A legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232. p. 69-76, Jun. 2014.
[259] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 98.

(simples ou litisconsorcial), *amicus curiae*, denunciação da lide, chamamento ao processo e a desconsideração da personalidade jurídica[260].

Para Victor Vasconcelos Miranda, o direito à intervenção de terceiro é: "[...] ato jurídico processual pelo qual terceiro, com autorização legal, integra a relação jurídica processual pendente, transformando-se em parte"[261].

São espécies de intervenção de terceiro: a assistência simples[262]; em que o terceiro coopera com uma das partes, pois tem interesse jurídico na demanda e de forma indireta poderá ser afetado na sua esfera jurídica com a prolação da sentença. Não obstante sofrer os efeitos da sentença, não é afetado pelos efeitos da coisa julgada[263]. Igualmente, "A atuação do assistente materializa-se efetivamente como a de um substituto, já que atua em nome próprio na defesa de interesses daquele que assiste"[264].

A assistência litisconsorcial[265] é o terceiro que poderia ter sido parte no processo. A doutrina qualifica este terceiro como litisconsorte facultativo ulterior porque "[...] faz parte da relação jurídica material a que se refere a demanda"[266].

[260] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 99.
[261] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 307.
[262] CPC/2015, art. 121: O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido.
[263] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 307.
[264] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 308.
[265] CPC/2015, art. 124: Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.
[266] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 308.

Portanto, o assistente litisconsorcial e parte no processo e por isso não tem direito de regresso, pois a coisa julgada atinge sua esfera jurídica[267]. Afirma o referido autor:

> [...] as omissões perpetradas pelo assistido, ainda que negociais, não surtirão efeito jurídico capaz de macular a atuação do assistente litisconsorcial, v. g. o desinteresse manifestado na interposição do recurso não impedirá a interposição do respectivo recurso pelo assistente; a renúncia não afetará o direito do assistente litisconsorcial prosseguir na demanda etc.[268].

No mesmo sentido, a denunciação à lide[269] determina que a parte interessada poderá chamar um terceiro (denunciado) para integrar a relação processual. O instituto tem a finalidade de evitar ações regressivas e é uma faculdade das partes[270].

No chamamento ao processo, o réu convoca terceiro, que também poderia integrar o polo passivo da lide desde o início, para compor a relação processual. Esta intervenção ocorre apenas no polo passivo da demanda e geralmente envolve questões obrigacionais, além de que somente o réu é legitimado para convocar o terceiro[271].

> O réu somente pode chamar ao processo aqueles que, frente à dívida, forem tão ou mais obrigados que ele. Assim, o fiador pode chamar ao processo o devedor principal, mas o inverso

[267] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 309.

[268] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 309.

[269] CPC/2015, art. 125: É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes: I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam; II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

[270] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 309.

[271] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil:* tutelas dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 111.

> não é admitido. Isto acontece porque o devedor principal jamais poderá sub-rogar-se na obrigação frente ao fiador[272].

A desconsideração da personalidade jurídica deverá ser requerida pela parte interessada ao juízo quando houver abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial dos bens da sociedade com os, dos sócios. A desconsideração também poderá ser inversa (constrição dos bens dos sócios para quitar dívidas da sociedade)[273].

Para Victor Vasconcelos Miranda, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica objetiva: "[...] a extensão da responsabilidade patrimonial à sociedade – ou os sócios, acaso seja inversa – para satisfação de um determinado crédito e mesmo a efetivação do contraditório e ampla defesa tempestivos e adequados"[274].

Deste modo, a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional aplicada apenas em casos em que há indícios suficientes de confusão patrimonial e abuso da personalidade jurídica. Logo, não há possibilidade de negócio processual sobre este instituto, uma vez que não há como prever a necessidade de utilizar este mecanismo.

Por fim, o *amicus curiae* intervém no processo a pedido dos litigantes ou do juízo, para auxiliar em causas que tenham relevância social ou que demande conhecimento específico. Assim, "[...] a intervenção do *amicus curiae* consubstancia a democratização do processo e o reconhecimento de um processo criativo e

[272] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil:* tutelas dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 111-112.
[273] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil:* tutelas dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3. p. 113.
[274] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 310.

aberto"[275]. Sendo vedado aos demandantes negociarem a respeito de posição jurídica de terceiro, não há como os litigantes convencionarem sobre a impossibilidade de utilizar o *amicus curiae*, uma vez que o juízo também poderá requerer a intervenção deste terceiro.

Victor Vasconcelos Miranda afirma que a intervenção negociada é possível apenas em algumas modalidades, por exemplo, a denunciação da lide e o chamamento ao processo, uma vez que são hipóteses em que as próprias partes suscitam a intervenção de terceiros[276].

As partes poderão convencionar a respeito de "[...] avença sobre prazos, momentos para intervenção, limites da atuação sobre fatos anteriores ao ingresso, produção probatória, escolha de perito etc." E ainda poderão determinar a impossibilidade de intervenção de terceiro[277].

> A estipulação negocial que derroga a possibilidade de se provocar a intervenção nessas modalidades interventivas não infringe nenhuma norma processual cogente, isto se dá porque em ambas a extensão subjetiva da lide não acarreta para aquele que não a implementa (chamante ou denunciante) nenhuma renúncia ao direito material subjacente, o qual poderá ser tutelado em processo autônomo[278].

É importante salientar que não haverá prejuízo para o denunciante, uma vez que este ainda poderá ajuizar ação de regresso.

Em relação à desconsideração da personalidade jurídica é inviável convenção que afaste tal instituto pois caso não se possa utilizar no processo de conhecimento a

[275] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 311.
[276] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 314.
[277] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 312.
[278] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 314.

execução estará comprometida, uma vez que a parte terá tempo para se desfazer dos bens[279].

O *amicus curiae* também não poderá ser objeto de convenção porque tanto as partes como o juízo podem pedir a intervenção do *amicus curiae*. Contudo, as partes junto com o interveniente poderão escolher "determinadas categorias jurídicas"[280], tais como: regulamentação de tempo disponível para realização da sustentação oral, produção probatória[281].

Por fim, a assistência simples e a assistência litisconsorcial não podem ser negociadas pelos litigantes. Isso ocorre porque os terceiros têm interesses no direito objeto de controvérsia. Assim, "não subsiste viabilidade jurídica de se impor àqueles que não integram a convenção a sua observância"[282].

Leonardo Carneiro da Cunha, ao comentar sobre o tema, afirma que, na assistência simples, o interveniente deve demonstrar ter interesse jurídico na causa ou ser afetado pela sentença. Nesse contexto, o CPC/2015 permite que as partes convencionem sobre intervenção de terceiro negociada. Dessa forma, mesmo que o terceiro não preencha os requisitos exigidos pela Lei, os litigantes podem inserir cláusula que admita o assistente simples[283]. O autor aduz que:

> Não havendo interesse jurídico do terceiro, não será deferida a assistência, mas poderá o terceiro intervir de forma atípica, se houver concordância das partes, observados os pressupostos

[279] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 315.
[280] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 316.
[281] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 316.
[282] MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun., 2016. p. 317.
[283] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A assistência no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revisto do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 56, p. 156-163, abr./jun., 2015. p. 156.

> do caput 190. Também é possível que o assistente pratique atos anteriores à sua intervenção, ou ampliando e, até mesmo, reduzindo seus poderes[284].

A propósito, o assistente simples tem seus poderes restritos à vontade do assistido, conforme art. 122 do CPC/2015. Na verdade, o "assistente simples é um legitimado extraordinário do assistido", exatamente porque, atua em nome próprio, na defesa de direito alheio"[285].

Pedro Henrique Nogueira entende que os "negócios processuais sobre direito à intervenção situação jurídica titularizada pelo terceiro, não prescinde de sua anuência"[286]. Esse também é o entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Civis[287].

Para Adriana Buchmann, o instituto da intervenção de terceiros objetiva oportunizar aos sujeitos que não fazem parte da relação jurídica processual, mas que possam ser afetados pela decisão judicial, ingressar no feito a fim de se manifestarem[288].

Os litigantes podem convencionar sobre a proibição de intervenção de terceiros na lide. Com efeito, a vedação desse instituto tornaria o processo mais célere e o "terceiro interessado" poderia ajuizar ação de regresso[289].

---

[284] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A assistência no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revisto do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 56, p. 156-163, abr./jun., 2015. p. 156.

[285] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A assistência no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revisto do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 56, p. 156-163, abr./jun., 2015. p. 157.

[286] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 247-248.

[287] Enunciado do FPPC: É possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo.

[288] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 314.

[289] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 314.

O instituto da intervenção de terceiro não é uma obrigação e sim uma faculdade do sujeito interessado. Ademais, a denunciação da lide e ao chamamento ao processo são plenamente possíveis de negociação entre os litigantes, pois os litigantes podem estabelecer que não poderão chamar terceiros para integrar a lide. Contudo, em relação à assistência simples e ao litisconsórcio facultativo não seriam viáveis, uma vez que as partes não podem dispor sobre titularidade que não pertence a elas. Afirma a autora:

> Logo, as partes podem, reciprocamente, vedar o seu poder de chamar terceiro ao processo, mas não podem impedir que o terceiro, que demonstre possuir interesse jurídico direto ou indireto na resolução da lide, tenha seu acesso a essa obstaculizado[290].

No mesmo sentido, Marina França Santos aduz que a intervenção de terceiros garante as partes a possibilidade de intervir em processo cuja decisão poderá afetar a sua esfera jurídica. Assim, este instituto é um meio de garantir "uma intensificação do contraditório e da participação da sociedade nos procedimentos estatais de solução de conflitos"[291].

A mencionada autora entende ainda que há duas espécies de intervenção de terceiros negociada: a típica e a atípica, esta é plenamente possível como exemplo "a aceitação da manifestação de terceiro em relação a atos pretéritos à sua intervenção, recebendo o processo no estado em que se encontra"[292]. Aquela ainda não se sabe como será feita na prática pois "somente a riqueza da prática e da experiência nos permitirão acessar"[293].

[290] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 317.
[291] SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, n. 241, p. 95-109, mar. 2015. p. 2.
[292] SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, n. 241, p. 95-109, mar. 2015. p. 4.
[293] SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, n. 241, p. 95-109, mar. 2015. p. 5.

Conclui-se que é plenamente possível a elaboração de negócios jurídicos processuais sobre as espécies de intervenção de terceiros e legitimidade *ad causam* extraordinária, desde que observados os preceitos impostos pela Lei. Ademais, não poderá uma cláusula estabelecer que um terceiro não pode interferir no processo quando se tratar de posição jurídica que pertence a ele.

Por fim, os negócios jurídicos processuais na fase de conhecimento objetivam dar mais celeridade ao procedimento, dispensando atos processuais que não são importantes para a resolução do conflito e adequando o processo às particularidades da demanda. Além disso ficou evidenciado que mesmo que o magistrado não seja parte no negócio processual a ele está vinculado, consequentemente deverá fiscalizar e em alguns casos homologar as convenções processuais. Dessa forma, não pode o juiz declinar de aplicar as convenções processuais sem que haja um vício relacionado ao negócio jurídico processual.

4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA FASE RECURSAL: PONTOS POLÊMICOS ENTRE O DIREITO DE ACESSO ÀS INSTÂNCIAS JURISDICIONAIS E A NECESSIDADE DE SE ESTABELECER CRITÉRIOS RACIONAIS PARA A UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS RECURSAIS

Neste capítulo, será abordada a possibilidade de as partes estabelecerem negócios processuais atípicos na fase recursal, diante do princípio do duplo grau de jurisdição, e também da possibilidade de disposição deste direito.

Apesar de haver entendimento quanto à elaboração de negócios processuais atípicos sobre a fase de conhecimento, na fase recursal, ainda persiste questionamentos quanto às convenções que estabeleçam a renúncia ao direito de recorrer ou que os mitigam, pois trata-se da disponibilidade de um direito o qual os litigantes não têm previsibilidade dos seus efeitos.

4.1 Renúncia ao direito de recorrer

Antes de adentrar no tema proposto, é importante entender a aplicabilidade do princípio do duplo grau de jurisdição e da possibilidade de renunciar o direito de recorrer por meio dos negócios jurídicos processuais.

Os recursos são utilizados como meio de impugnar decisões de um mesmo processo com a finalidade de ocasionar a "reforma, invalidação, esclarecimento ou integração de uma decisão judicial"[294]. Assim, os recursos são ferramentas a serem utilizadas à vontade dos litigantes, pois trata-se de direito potestativo das partes, uma vez que ao interporem o recurso a situação jurídica poderá ser alterada. Dessa maneira, o direito de recorrer é "uma extensão do direito de ação"[295].

Nesse contexto, os recursos têm a finalidade de sanar os erros e o inconformismo natural do ser humano. Portanto, "todo ato do juiz que possa prejudicar um direito da parte deve ser recorrível [...]"[296]. Dessa forma, o princípio do duplo grau de jurisdição objetiva dar às partes sucumbentes o direito a ter a sua pretensão julgada por um segundo Tribunal.

Contudo, mesmo que o mencionado princípio tenha papel relevante na prestação jurisdicional ele não foi consagrado de forma expressa pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, a recorribilidade é mera faculdade das partes[297].

Conforme analisado anteriormente, o princípio do duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional, logo, é possível convencionar sobre a renúncia ao direito de recorrer sem que haja violação à CF/1988.

---

[294] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445-479. p. 465.
[295] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445-479. p. 466.
[296] THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. 58. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 59.
[297] THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. 58. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 59.

> Não há no ordenamento jurídico brasileiro uma vinculação constitucional ao duplo grau de jurisdição, sendo ilícito ao legislador ordinário, e por vezes até mesmo recomendável em prestígio à garantia constitucional de tutela tempestiva dos direitos, estabelecer procedimentos de instância única, sem qualquer violação ao direito fundamental ao processo justo[298].

O direito à interposição de recurso não garante uma decisão justa. Inclusive, os litigantes não são obrigados à recorrer, e caso recorram podem desistir a qualquer momento. Apenas em casos excepcionais, há exigência de remessa necessária para o Tribunal *ad quem*. Isso demonstra que:

> [...] com a tutela prestada em primeira instância, o Poder Judiciário exerceu o seu poder jurisdicional, consistindo as fases recursais possibilidades de revisão do primeiro juízo, mas não etapas necessárias à conformação de um processo justo[299].

Assim, a ausência do duplo grau de jurisdição não acarreta a automática inconstitucionalidade no processo. Portanto, as partes podem, ao negociarem, estabelecer convenção prevendo a renúncia ao direito de recorrer o que não acarretará prejuízo aos litigantes[300].

Nesse sentido, os litigantes, conforme determina o art. 190 do CPC/2015, podem negociar "sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo", objetivando conferir uma prestação jurisdicional mais eficiente, tornando o procedimento adequado às especificidades da causa[301]. Dessa forma, podem os demandantes antecipadamente negociar de não recorrerem e,

[298] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios jurídicos processuais e o duplo grau de jurisdição. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 435.
[299] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios jurídicos processuais e o duplo grau de jurisdição. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 437.
[300] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios jurídicos processuais e o duplo grau de jurisdição. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 437.
[301] OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios jurídicos processuais e o duplo grau de jurisdição. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 417-443.

assim, assumirem os riscos de estabelecerem tal cláusula. Nesse caso, a prestação jurisdicional será exaurida na fase de conhecimento ou na fase de execução.

Com efeito, os negócios processuais poderão ser celebrados antes (na fase pré-processual) ou durante o processo, desde que não percam o seu objeto[302]. Ainda em relação ao momento da apresentação do negócio ao juízo os demandantes devem atentar-se para as cláusulas que versem sobre a atividade jurisdicional, uma vez que cabe ao magistrado homologar em casos que envolvam a prestação jurisdicional, para que surta seus efeitos.

Nesse contexto, caso uma das partes interponha recurso, mesmo havendo cláusula que estabeleça a renúncia ao direito de recorrer, apenas a parte interessada poderá suscitar a matéria nas contrarrazões sob pena de preclusão do seu direito.

Do mesmo modo, os demandantes ao convencionarem sobre a renúncia ao direito de recorrer poderão impor condições para que se evite abusos como, por exemplo, limitar a renúncia à casos em que se objetiva a reforma da sentença ou do julgado, mas, se for o caso de *erro in procedendo*, poderá haver recurso como meio de evitar injustiças. Julia Lipiani e Marília Siqueira afirmam que: "Trata-se de convenção condicionada à inexistência de vícios invalidantes na decisão, a que não se apresenta qualquer óbice, pela lógica do – quem pode o mais, pode o menos "[303].

As mencionadas autoras sustentam que a renúncia ao direito de recorrer também afasta a oposição dos embargos de declaração, sob o seguinte fundamento: "[...] os fundamentos que permitem a negociação para renúncia ao direito de recorrer também sustentam a possibilidade de renunciar-se ao direito de opor embargos de declaração"[304]. Entretanto, os embargos de declaração objetivam esclarecer obscuridade, suprir omissão e corrigir erro material, e por isso devem ser

[302] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445-479.
[303] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* Salvador: Juspodivm, 2015. p. 470.
[304] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* Salvador: Juspodivm, 2015. p. 470.

admissíveis pois não há invalidação ou reforma na decisão que sucede os embargos de declaração[305].

Entretanto, os embargos de declaração, por estarem diretamente relacionados com a atividade estatal, não são passíveis de convenção que preveja a renúncia ao referido recurso, uma vez que objetivam sanar erro material, omissão e contradição relacionados a sentença. Ou seja, o magistrado tem o dever de fundamentar a sentença/decisão de forma inequívoca e, quando isso não ocorre, os embargos de declaração devem ser opostos.

Pedro Henrique Nogueira entende que poderá haver negociação processual sobre a fase recursal, para que o processo termine em uma única instância. "Trata-se de um acordo de exclusão do procedimento em grau de recurso"[306].

O mencionado autor sustenta que os litigantes têm a liberdade de escolher mutuamente se recorrem ou não. Nesse sentido, os litigantes não podem negociarem que a demanda tramitará apenas na segunda instância, sob pena de ofender ao princípio do juiz natural[307].

Desse modo, fica evidenciada a possibilidade de as partes estabelecerem negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal, renunciando ou restringindo a interposição dos recursos. Com exceção dos embargos de declaração que tem uma finalidade diferente, qual seja, corrigir erro material, contradição, omissão de qualquer decisão ou sentença.

[305] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 470.
[306] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 253.
[307] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 254.

4.2 Possibilidade de negócios jurídicos processuais quanto à ampliação das espécies recursais

Antes de abordar a questão referente à possibilidade de as partes negociarem sobre novas espécies de recursos, faz-se necessário tratar do princípio da taxatividade dos recursos.

O princípio da taxatividade dos recursos dispõe que Lei Federal deverá estipular quais os meios de impugnação possíveis, sendo competência exclusiva da União legislar sobre a matéria, nos termos do art. 22, inciso I, da CF/1988. Daniel Amorim Assumpção Neves entende que: "o princípio da taxatividade impede que as partes, ainda que de comum acordo, criem recursos não previstos pelo ordenamento processual"[308]. Nesse sentido, ainda que a cláusula geral de negociação permita ás partes convencionarem sobre o processo, a negociação não poderá criar modalidades de recursos[309].

Julia Lipiani e Marília Siqueira afirmam que o motivo que ensejou o legislador delimitar a quantidade de recursos foi principalmente não deixar que os litígios se tornassem intermináveis. De tal modo, nem por negociação os litigantes poderão convencionar sobre novas modalidades de recursos, sob pena de violar o princípio da taxatividade[310].

As referidas autoras também entendem que "[...] não seria lógico ou razoável que fosse permitido às partes do processo criar novas modalidades recursais atreladas aos seus interesses particulares, ainda que por convenção"[311]. Além disso, caso fosse possível negociação sobre espécies de recursos a celeridade processual

[308] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1584.
[309] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1584.
[310] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 456.
[311] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 456.

seria comprometida, pois os Tribunais teriam que analisar mais uma modalidade recurso[312].

Adriana Buchmann entende que é "[...] impossível a criação de novos mecanismos processuais intencionando a revisão ou análise de decisões judiciais por outros órgãos além dos já previamente catalogados na legislação processual"[313]. Assim, não seria viável a criação de novas modalidades recursais, primeiramente porque há expressa vedação legal, e depois porque poderia ensejar um abarrotamento das instâncias recursais devido a quantidade de espécies de recursos a serem analisadas.

Igualmente admite Antonio do Passo Cabral que "[...] seria invalida convenção para criar recurso não previsto em lei, porque a previsão de tipos recursais deve estar prevista em regra"[314].

Por fim, a impossibilidade de elaboração de negócios processuais que estabeleçam novas modalidades de recursos justificam-se devido ao princípio da taxatividade e de a matéria ser de reserva legal.

4.3 Delimitação da possibilidade de recorrer (quanto às espécies recursais)

Conforme ressaltado anteriormente, é plenamente possível negócio jurídico processual atípicos sobre a fase recursal, desde que respeitados os pressupostos legais. Verificou-se ainda que os demandantes poderão elaborar as convenções processuais antes (fase pré-processual) ou durante a tramitação do processo. Contudo, deverão se atentar para que não haja a perda do objeto.

---

[312] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 456.
[313] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
[314] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 316.

Sucede que as partes podem ainda delimitar quais recursos serão possíveis após o exaurimento do procedimento comum. Dessa forma, se os litigantes podem renunciar ao prazo recursal e ao direito de recorrer, o que impediria de convencionarem sobre a delimitação da possibilidade de recorrer? Aliás, quem pode mais pode menos.

Para Antonio do Passo Cabral, as partes podem dispor de determinadas situações de vantagem. Afirma que:

> Renúncia é uma situação jurídica de vantagem é uma declaração de vontade pela qual o particular vincula-se perante terceiros, e não exercer uma ou algumas das prerrogativas compreendidas nesta situação jurídica, reduzindo ou enfraquecendo sua esfera de direito[315].

Nesse sentido, se os litigantes renunciarem a alguma espécie de recurso estarão apenas exercendo um direito que a eles é facultado, não ensejando nenhuma nulidade processual.

Para analisar a possibilidade de delimitação das espécies recursais deve-se levar em consideração que a prestação jurisdicional é esgotada com a prolação da sentença pelo juízo de piso. Ou seja, a prestação jurisdicional já foi efetivada, sendo que o direito de recorrer (oriundo do duplo grau de jurisdição) é direito das partes, contudo, o seu exercício é mera faculdade das partes. Incumbindo ao Estado fornecer o duplo grau de jurisdição mas isso não impõe às partes a obrigação de recorrer.

Pedro Henrique Nogueira entende ser possível a delimitação quanto às espécies recursais. Afirma o autor:

> Caso as partes celebrem um pacto de não interpor recurso de apelação, ou agravo contra a decisão que resolve parcialmente o mérito, não será possível a interposição do recurso extraordinário per saltum. É lícito às partes celebrarem o acordo de renúncia bilateral quanto a qualquer modalidade de

[315] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 172.

> recurso (v.g. acordo para afastar a apelação, acordo para afastar recursos excepcionais, pacto de não agravar etc.)[316].

Portanto, poderá haver negócios processuais que delimitem as espécies recursais. Como por exemplo, os demandantes poderão convencionar que será cabível apenas o recurso de apelação. Dessa forma, agravo de instrumento e demais recursos (com exceção dos embargos de declaração que tem uma função de auxílio na prestação jurisdicional) não serão cabíveis por ocasião do negócio processual.

Com efeito, as convenções processuais sobre espécies recursais são possíveis, contudo, deverão cumprir os requisitos para elaboração dos negócios processuais, e não podem inviabilizar o contraditório e a ampla defesa.

4.4 Delimitação do efeito devolutivo da via recursal (quanto às matérias abrangidas pelo recurso)

Os efeitos suspensivo e o devolutivo são consequências da interposição de um recurso. O primeiro visa suspender os efeitos da decisão, ou seja, a parte não pode exercer o seu direito enquanto houver recurso pendente. Este efeito, hoje, com o CPC/2015 é a exceção, pois em regra a sentença pode ser cumprida de imediato.

O efeito devolutivo é um efeito de todos os recursos, uma vez que a matéria decidida pelo juízo *a quo* é devolvida para o tribunal *ad quem*. Desse modo, todos os recursos impugnam alguma coisa. Em regra, os tribunais ficam limitados à matéria objeto de recurso (o efeito devolutivo poderá ser total ou parcial), havendo algumas exceções em que o tribunal *ad quem* deverá se manifestar de ofício. Assim, "a profundidade do efeito devolutivo está condicionada à sua extensão"[317].

Nesse contexto, há possibilidade de negócio processual sobre o efeito devolutivo, uma vez que as partes ao negociarem sobre o efeito devolutivo poderão delimitar quais matérias serão objetos de recursos. Contudo, não poderão atribuir novos efeitos aos recursos. Dessa forma, o que não puder ser objeto de recurso estará

[316] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 255.
[317] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1565.

sujeito aos efeitos da coisa julgada. Isso é possível porque, apesar de o processo ter objetos próprios, este tipo de convenção estará restrita aos interesses das partes.

Enfim, os negócios jurídicos processuais sobre efeito devolutivo poderão ser delimitados quanto a um dos pedidos realizados na demanda, sendo que a parte objeto de convenção processual poderá surtir seus efeitos imediatamente.

Ou seja, as convenções processuais sobre a delimitação das matérias a serem abrangidas nos recursos devem cumprir os mesmos requisitos exigidos para elaboração de um negócio jurídico processual sobre matéria recursal, quais sejam, os princípios processuais e os requisitos para um negócio jurídico, uma vez que esta matéria é de interesse apenas das partes.

4.5 Previsão de recurso *per saltum*

Os recursos, em grande parte, podem concorrer para a mora na prestação jurisdicional, assim o fato de os juízes de primeiro grau resistirem em aplicar entendimentos jurisprudenciais pacificados pelos tribunais superiores. Isso acarreta aumento exacerbado de recursos excepcionais[318]. Afirma o autor:

> Talvez nunca se tenha pensado no custo de um processo, cuja sentença está em harmonia com a jurisprudência dominante nas Cortes Superiores de Justiça, e que vem a ser reformada pelo tribunal local ou federal, para, só, mais tarde, ser recomposta na superior instância, pois, se pensando, há de se convir que alguma coisa deveria ser feita para evitá-lo. A vinculação sumular tem sido apontada como solução, mas essa vinculação já existe, apoiada na própria lógica do sistema, mas sem ser, contudo, respeitada; e dificilmente será se vier a ser imposta por lei, se o julgador não tiver consciência das limitações do seu poder de afrontar, em nome da jurisdição do Estado, as orientações ditadas pelos órgãos superiores da organização judiciária deste mesmo Estado[319].

[318] ALVIM, José Eduardo Carreira. Recurso per saltum: sugestão para a justiça do terceiro milênio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 10, p. 86-93, Jul./Dez., 2015.
[319] ALVIM, José Eduardo Carreira. Recurso per saltum: sugestão para a justiça do terceiro milênio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 10, p. 86-93, Jul./Dez., 2015.

José Eduardo Carreira Alvim entende que o recurso *per saltum* é instrumento adequado para tornar a prestação jurisdicional mais célere. Isso porque a parte literalmente salta um grau de jurisdição, pois seu recurso será interposto diretamente para o Supremo Tribunal Federal (STF) (desde que a matéria controvertida seja apenas de direito), além de que os requisitos de admissibilidade devem ser devidamente preenchidos[320].

No mesmo sentido, para cabimento do recurso *per saltum*, não é suficiente aperfeiçoar a sentença ao entendimento jurisprudencial, mas sim, que a matéria fática, probatória, já tenham sidos exauridas no juízo *a quo*[321].

Para Pedro Miranda de Oliveira, a flexibilização procedimental permite que os demandantes transacionem sobre o cabimento do recurso *per saltum* direcionado para o Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse sentido, a possibilidade de interposição de diversas espécies de recursos em graus de jurisdição transforma a prestação jurisdicional lenta e ineficiente. Por isso, o recurso *per saltum* seria uma forma de diminuir a quantidade de recursos[322].

O recurso *per saltum* consiste na interposição de um recurso diretamente no Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou no STF. Ou seja, a supressão de uma instância. Sendo condição para a interposição desse recurso o processo tratar apenas de questão de direito. Assim, a controvérsia deve ser em torno da matéria de direito constitucional[323].

---

[320] ALVIM, José Eduardo Carreira. Recurso per saltum: sugestão para a justiça do terceiro milênio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 10, p. 86-93, Jul./Dez., 2015.

[321] ALVIM, José Eduardo Carreira. Recurso per saltum: sugestão para a justiça do terceiro milênio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 10, p. 86-93, Jul./Dez., 2015.

[322] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015. p. 50.

[323] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015. p. 51.

A propósito, caso a parte interessada precise discutir questão que demande dilação probatória, necessariamente deverá interpor o recurso cabível para a segunda instância[324]. Nas palavras do autor:

> Esse recurso funda-se num suposto lógico, de que toda questão de direito é sempre uma questão de direito, seja na primeira, segunda, ou nas instâncias especiais, pelo que, julgada essa questão, não precisa passar pelo reexame dos tribunais inferiores, pois quem dá a última palavra sobre questões de estrito direito no Brasil são os Tribunais Superiores (STJ e STF)[325].

Com efeito, o recurso *per saltum* faz com que o processo vá da primeira instância para as Cortes Superiores, uma vez que o objetivo do recurso é "verificar se a sentença de primeiro grau viola a Constituição Federal"[326].

O referido autor aduz que o recurso *per saltum* não fere nenhum princípio constitucional, contudo, aponta três situações que poderiam impedir a admissão de convenção que admita o mencionado recurso. A primeira está relacionada ao fato de que os arts. 190 e 191 do CPC/2015 podem ser interpretados de forma restritiva abrangendo apenas a primeira instância. Essa interpretação é equivocada pois há a possibilidade de se convenciona sobre a fase recursal, conforme salientado anteriormente. O referido autor afirma que esta dúvida advém na controvérsia à respeito da natureza dos recursos. Assim, "tendo os recursos natureza de ônus (faculdade), portanto, é permitido às partes acordarem sobre eles"[327].

A segunda seria o esgotamento das vias ordinárias, uma vez que os recursos excepcionais têm como pressuposto o esgotamento das vias ordinárias. Por último, a

[324] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015. p. 51.
[325] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015. p. 51.
[326] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015. p. 52.
[327] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015. p. 53.

terceira exigência para cabimento dos recursos especiais e de que a decisão seja de última ou única instância (arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988), nos termos do enunciado de súmula 281 do STF[328].

Contudo, a Constituição Federal de 1988 não determina de forma expressa que, para o cabimento do recurso extraordinário[329], seja necessário que o processo tenha seu trâmite em um tribunal, mas apenas que seja proferida decisão em única ou última instância, e, neste caso, as partes poderiam convencionar sobre a impossibilidade de interposição da apelação, por exemplo.

Apesar disso, o fato de não haver norma expressa quanto à necessidade de o processo tramitar perante um tribunal, não significa a inaplicabilidade dessa regra ao Recurso Extraordinário. Portanto, esse seria um óbice a convenções processuais sobre a possibilidade do recurso *per saltum.*

No entanto, em relação ao recurso especial[330], exige-se que o processo tenha passado por um tribunal, sendo admissível recurso para o STJ apenas em processos com decisões de única ou última instância, desde que decididas por um tribunal[331].

Com efeito, as partes podem negociar que o processo tramitará somente em primeira instância, de acordo com o poder que foi conferido aos litigantes por meio do princípio do autorregramento da vontade. Afirma o autor:

> Em suma, no momento em que o legislador brasileiro prevê a possibilidade de flexibilização procedimento, a nosso ver,

[328] Enunciado de Súmula n. 281: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

[329] Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

[330] Art. 105: Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018).

[331] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015. p. 56.

> abriu a possibilidade de convenção das partes no que se refere ao cabimento de recurso extraordinário *per saltum*[332].

Para Pedro Miranda de Oliveira, os demais requisitos de admissibilidade exigidos para o cabimento do recurso extraordinário (tempestividade, preparo, prequestionamento, repercussão geral), deverão ser devidamente preenchidos, uma vez que o cumprimento desses requisitos de admissibilidade são condições para que esse recurso seja conhecido.

O mencionado autor entende que o recurso *per saltum* reforça a natureza de corte constitucional do STF. O recurso *per saltum* irá direto para o STF, por ocasião de a matéria controvertida ser apenas de direito constitucional[333]. Por fim, o autor conclui que:

> Presentes todos os pressupostos específicos do recurso extraordinário a supressão da segunda instância judicial é possível, porque a atuação antecipada do SFT não constituirá usurpação de competência[334].

Visto de outro enfoque, Adriana Buchmann, ao comentar sobre o tema, entende que há no nosso sistema processual a possibilidade de as partes convencionarem sobre a impossibilidade de interposição de recursos, e ao mesmo tempo permitirem apenas o recurso *per saltum*[335].

Entretanto, na opinião da autora, o recurso extraordinário exige requisitos específicos, que em nenhuma hipótese poderão ser objeto de convenção, devendo os

---

[332] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015. p. 56.

[333] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015. p. 57.

[334] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015. p. 57.

[335] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 253.

litigantes demonstrarem os requisitos exigidos pela Lei como, por exemplo, prequestionamento, repercussão geral[336].

Igualmente, não há desrespeito ao princípio da taxatividade recursal, uma vez que não se criará um novo recurso, e sim a supressão de um grau de jurisdição. Portanto, em tese, não haveria nenhuma vedação legal.

Sobre o esgotamento das vias ordinárias, a autora sustenta que o STF[337], por meio do enunciado de Súmula nº 280, permitiu, em algumas situações (tribunal de alçada, por exemplo), a interposição do recurso extraordinário após o esgotamento do primeiro grau. Ou seja, em determinadas circunstâncias o STF aceita que após o esgotamento da primeira instância o processo seja direcionado à Suprema Corte.

Dessa forma, deve ser aplicado o mesmo entendimento aos negócios jurídicos processuais[338]. Afirma a autora:

> [...] especificamente, à exigência do esgotamento das vias ordinárias, essa é configurada pela expressão constitucional "decisão judicial de única ou última instância", restando evidenciada a possibilidade de decisões proferidas em instância única alcançarem a Corte Suprema, uma vez que exista norma assim disciplinando. A norma a incidir no caso, contudo, será de natureza convencional[339].

[336] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 254.

[337] Enunciado de súmula nº 640 do STF, dispõe que: "É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal."

[338] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 256.

[339] BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 256.

Para Júlia Lipiani e Marília Siqueira, não há possibilidade de convenção para admitir o recurso extraordinário *per saltum*, uma vez que carece de previsão legal[340]. Afirmam as autoras:

> A possibilidade de recurso extraordinário *per saltum* é matéria que envolve a organização judiciária e que, não pode ser objeto de livre negociação pelas partes de um litígio, em detrimento do quanto determinada em lei[341].

O recurso *per saltum*, apesar de acarretar vantagens quanto à celeridade processual, não pode ser objeto de convenção pelas partes, uma vez que são requisitos para interposição dos recursos excepcionais o esgotamento das vias ordinárias. Em relação ao recursos especial, a impossibilidade está expressa, pois é requisito que a demanda seja julgada por um tribunal.

Todavia, em relação ao recurso extraordinário, mesmo não havendo disposição legal expressa, não poderá ser admitido, uma vez que o recurso extraordinário exige requisitos específicos como, por exemplo, o prequestionamento que determina que a causa seja objeto de debate perante um tribunal. Além disso, seria inviável que este requisito fosse preenchido pelo magistrado da primeira instância. Ademais, negócios processuais sobre o recurso *per saltum* abarrotariam as instâncias excepcionais.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou demonstrar que os negócios jurídicos processuais são meio de adequação do procedimento às especificidades do caso concreto. Assim sendo, foi possível chegar a algumas conclusões no decorrer deste trabalho.

---

[340] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445-479. p. 472.

[341] LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445-479. p. 472.

Primeiramente, foi necessário conceituar os negócios jurídicos processuais, definir sua natureza jurídica, princípios e os fundamentos deste instituto de flexibilização procedimental.

O aludido instituto deve cumprir os mesmos requisitos de um negócio jurídico. Além disso, deve respeitar os princípios processuais para que o negócio processual seja válido e, em alguns casos, para que seja homologado pelo juízo. Lembrando que a homologação pelo magistrado é a exceção e só deve ocorrer em casos que envolva a prestação jurisdicional, como por exemplo, no calendário processual.

Nesse sentido, os negócios jurídicos processuais devem ser conceituados a partir dos atos jurídicos, pois são espécie deste. Contudo, poderão ser celebrados antes ou durante o processo surtindo seus efeitos no momento da propositura da ação. Dessa forma, as convenções processuais são atos jurídicos praticados pelas partes a fim produzir efeitos no processo.

O CPC/2015 inovou, ao trazer, de forma expressa, o disposto no art. 190, que prevê a possibilidade de as partes negociarem sobre o procedimento. Na verdade, os negócios processuais típicos e atípicos sempre existiram, contudo, havia discussão doutrinária quanto a existência dos negócios processuais atípicos. Sendo que uma boa parte da doutrina entendia pela sua impossibilidade, uma vez que matéria processual é ramo de Direito Público e, portanto, não caberia aos litigantes convencionarem a respeito, pois os efeitos são definidos pela Lei.

Todavia, o CPC/2015 exauriu as discussões quanto à existência dos negócios jurídicos processuais atípicos ao trazer de modo expresso a cláusula geral de negociação processual. Nesse sentido, o negócio ou convenção trazem a mesma ideia de “contratualismo sobre o procedimento”. Dessa forma, as partes podem, de forma voluntária, unilateral, bilateral ou plurilateral, convencionar sobre a maneira como o processo irá tramitar, o que mitiga a ideia de que o processo é regulado

apenas pelo Estado-juiz, trazendo os demandantes para decidirem junto ao juízo a forma mais adequada de resolução do conflito.

Assim, a exigência da sociedade em se ter decisões de mérito de forma contemporânea ao conflito e de se obter sentença que corresponda aos anseios das partes fortaleceram a discussão acerca da necessidade de o processo ser mais democrático. Sucede ainda, que a insuficiência dos procedimentos existentes e o avanço da arbitragem fizeram com que as discussões sobre as convenções processuais ganhassem força.

Além disso, observou-se que o privatismo e publicismo devem ser compatibilizados, a fim de evitar um "processo sem partes", e também evitar abusos por parte dos litigantes. Isso porque a função precípua do processo é maior do que o interesse das partes. Ou seja, deve haver uma relação jurídica equilibrada entre os sujeitos do processo (partes, juiz e terceiros).

A natureza jurídica deste instituto é contratual porque deve respeitar os requisitos exigidos para a elaboração de um negócio jurídico. Nesse sentido, as convenções processuais, em alguns casos, precisam ser convalidadas pelo magistrado para ter eficácia.

Nessa senda, o CPC/2015 trouxe um rol de princípios processuais fundamentais que demonstram a importância da colaboração entre as partes e o magistrado. Assim, os princípios da boa-fé processual, adequação e cooperação almejam tonar o processo mais democrático por meio da colaboração das partes e do juízo para que a decisão seja mais justa. Isso evidencia a preocupação do legislador em tornar o processo mais ágil e eficiente.

Por fim, o princípio do autorregramento da vontade que privilegia a manifestação das partes no processo. Este princípio é oriundo na cláusula geral de negociação processual e corolário dos negócios processuais. Este princípio almeja que os litigantes possam exercer o seu direito de participar de forma efetiva no curso do processo sem que haja limitações injustificáveis. Enfim, a possibilidade de

elaboração de negócios jurídicos processuais fortalecem o autorregramento da vontade das partes para que o processo seja mais democrático e adequado às exigências da causa.

Os demandantes poderão, nas causas que versem sobre direitos que admitam autocomposição, elaborar negócios jurídicos processuais, conforme previsão expressa do art. 190 do CPC/2015. O mencionado artigo é denominado pela doutrina de "cláusula geral de negociação processual" porque prevê que o procedimento seja adaptado pelas partes para que a resolução do conflito seja mais eficiente.

A cláusula geral de negociação processual, inserta no art. 190 do CPC/2015, é bastante ampla quanto ao seu objeto, portanto, caberá ao magistrado verificar, no caso concreto, se as convenções trazidas pelos litigantes, elaboradas antes (fase pré-processual) ou de forma contemporânea à lide atendem aos princípios basilares do ordenamento processual.

A partir dessas considerações, será abordado os tipos de negócios jurídicos processuais em espécie, tanto na fase de conhecimento como na fase recursal. Em síntese:

- Na fase de conhecimento, o CPC/2015 também previu a flexibilização procedimental que confere a possibilidade de o magistrado flexibilizar o procedimento quando estiver em face de um caso concreto que necessite de ajustes.
- Vimos também que o calendário processual é um cronograma em que será definido a data dos atos processuais. A calendarização processual objetiva tornar o procedimento célere e adequado às particularidades do caso concreto, porque permite ao juiz e às partes acordarem sobre os prazos em que os atos processuais deverão ser praticados.
- No mesmo sentido, os litigantes podem convencionar sobre poderes, deveres e faculdades que dizem respeito à sua

atuação no processo e desde que não viole os princípios processuais.

- Conclui-se, ainda, que não há possibilidade de as partes convencionarem sobre a coisa julgada, uma vez que se trata de matéria de ordem pública que está diretamente ligada à segurança jurídica, e na confiança que as partes têm em relação ao Poder Judiciário.
- Demonstrou-se que é plenamente possível a elaboração de negócios jurídicos processuais sobre as espécies de intervenção de terceiros e legitimidade *ad causam* extraordinária, desde que observados os preceitos impostos pela Lei. Ademais, não poderá uma cláusula estabelecer que um terceiro não pode interferir no processo quando se tratar de posição jurídica que pertence a ele.
- Os negócios jurídicos processuais permitem aos litigantes flexionarem o procedimento também na fase recursal. As partes poderão estabelecerem negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal, renunciando, restringindo, a interposição dos recursos. Com exceção dos embargos de declaração que tem uma finalidade diferente, qual seja, corrigir erro material, contradição, omissão de qualquer decisão ou sentença.

Desse modo, verifica-se que tornar o procedimento mais comparticipativo faz com que a prestação jurisdicional seja mais eficiente. Dessa forma, com advento do novo CPC/2015, não há mais dúvidas quanto à possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais, porém o debate sobre a extensão das convenções processuais (limites das convenções processuais) ainda persiste no que diz respeito às matérias de direito processual. Contudo, na medida em que esses acordos forem

chegando ao Poder Judiciário a jurisprudência começará a delimitar a sua elaboração.

A relevância social da questão examinada na pesquisa diz respeito à possibilidade de os negócios jurídicos processuais consistirem, ou não, em instrumento capaz de adequar o processo às particularidades da demanda. De acordo com a pesquisa bibliografia realizada fica evidenciado que as convenções processuais devem prosperar no sistema processual vigente, pois este privilegia a cooperação entre os sujeitos do processo, a fim de se obter a resolução do mérito de forma contemporânea ao conflito. Assim, se houver colaboração entres as partes, o juízo e os operadores do direito, os negócios processuais serão excelente mecanismo de adequação do processo.

A intenção da pesquisa também foi demonstrar a relevância de o CPC/2015 ter trazido, de forma expressa, este instituto, uma vez que exauriu todas as dúvidas quanto à sua existência.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade no novo CPC. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 257, p. 51-76, jun. 2016.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 241 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro: negócios processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 264-265.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Recurso *per saltum*: sugestão para a justiça do terceiro milênio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 10, p. 86-93, Jul./Dez., 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, *Gustavo. Os "acordos processuais" no novo CPC*: aproximações preliminares. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/91542/2015_arenhart_sergio_acordos_processuais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 out. 2017.

ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*.2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, t. 1.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios Jurídicos materiais e processuais – Existência, validade e eficácia – Campo-invariável e campos – dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 244, ano. 40. p. 393-423, jun. 2015.

BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro*. 2016. 241 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-352.

BOULOS, Daniel; COSTA, Sérgio. *A negociação entre as partes no novo CPC*. 2015. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/a-negociacao-entre-as-partes-no-novo-cpc/>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. AI n. 2045753-87.2016.8.26.000070075492462. 32ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Conexão Desenvolvimento empresarial Ltda. Agravado: Milka Nascimento Sousa. Relator: Desembargador Luis Fernando Nishi. São Paulo, 22, de novembro de 2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387616223/agravo-de-instrumento-ai-20457538720168260000-sp-2045753-8720168260000/inteiro-teor-387616260?ref=juris-tabs>. Acesso em: 31 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Ap. n. 70075492462. Décima Sexta Câmara Cível. Apelante: Tiago Leonardo Kaercher. Apelado: Alliage SA Industrias Medico Odontológico. Relator: Paulo Sérgio Scarparo. Rio Grande do Sul, 26, de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075492462%26num_processo%3D70075492462%26codEmenta%3D7519464+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075492462&comarca=Comarca%20de%20Santo%20%C3%82ngelo&dtJulg=26/10/2017&relator=Paulo%20S%C3%A9rgio%20Scarparo&aba=juris>. Acesso em: 31 mar. 2018.

BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós- Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 231-234.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 257, p. 219-259, out/dez. 2015.

CORDEIRO, Adriano Consentino. *Negócios jurídicos processuais e as consequências do seu descumprimento*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual: sobre acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 356-369.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A assistência no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revisto do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 56, p. 156-163, abr./jun., 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*: negócios processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 27-62.

DIDIER JR., Fredie. A legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 232. p. 69-76, Jun. 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no código de processo civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia,* São Paulo, v. 1, n. 1, p. 59-84, abr./jun. 2016.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.19-25.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. Salvador: Juspodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DUARTE, Karina. *Os negócios jurídicos processuais conforme os artigos 190 e 191 do CPC 2015*. 2016. Disponível em: <https://karinaduarteadv24.jusbrasil.com.br/artigos/314766309/os-negocios-juridicos-processuais-conforme-os-artigos-190-e-191-do-cpc-2015>. Acesso em:

GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 137.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil:* introdução ao direito processual civil. 5.ed. Rio de janeiro: Forense, 2015. v. 1.

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual*: primeiras reflexões / the acts of procedural provision - first reflections. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10206>. Acesso em: 10 nov. 2017.

HATOUM, Nida Saled; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. *Revista do Processo*. São Paulo v. 260, ano. 41, p. 49-71, out. 2016.

JOBIM, Marcio Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr., 2017.

LIMA, Hercília Maria Fonseca. *Cláusula geral de negociação processual*: um novo paradigma democrático no processo cooperativo. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado). Núcleo de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445-479.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. C*urso de processo civil:* teoria do processo civil. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: teoria do processo civil. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil:* tutelas dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil:* tutelas dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3.

MIRANDA, Edson Antonio. A coisa julgada nas questões individuais e transindividuais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 16, p. 116 - 126, Jul./Dez., 2005.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. Intervenção negociada: um esboço do negócio jurídico processual e os Institutos de Intervenção de Terceiros delineados pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 112, n. 423, p. 424-320, jan./jun, 2016.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo código de processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*: o novo código de processo civil, São Paulo, n. 126, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/13019214/A_Colabora%C3%A7%C3%A3o_como_Norma_Fundamental_do_Novo_Processo_Civil_Brasileiro>. Acesso em: 13 jan. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC:* Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais com atos negociais. 2011. 243 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC.*Salvador: Juspodivm, 2015. p. 81-92.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial*: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Negócios jurídicos processuais e o duplo grau de jurisdição*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 417-443.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A flexibilização do procedimento e a viabilidade do recurso extraordinário *per saltum* no novo CPC. *Revista Dialética de Direito processual*, n. 152, p. 48-59, nov. 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 270-271.

REICHELT, Luís Alberto; PORTO, Guilherme Athayde. Efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 1, abr. 2017.

SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, n. 241, p. 95-109, mar. 2015.

STRECK, Lenio Luiz et al. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter>. Acesso em: 29 out. 2017.

TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu:* nota sobre os negócios jurídicos processuais. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>. Acesso em: 30 mar. 2018.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista do Processo*. São Paulo, v. 254, ano. 41, p. 91-109, abr. 2016.

THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil:* teoria geral do processo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O ACESSO À JUSTIÇA

Daniel Souza do Nascimento

RESUMO

Este artigo científico visa apresentar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) como novo instituto processual de precedentes do Código de Processo Civil de 2015, assim como analisar todos os seus aspectos controversos decorrentes da lei e da interpretação jurisprudencial que possam acarretar em prejuízo ao princípio constitucional de acesso à justiça. Apesar de ter entrado em vigor em 2016, pode-se afirmar que o Código é uma lei evidentemente nova, ainda persistindo muitas incertezas e lacunas quanto à boa parte de sua redação, de modo que cabe restando ao judiciário dirimir os conflitos resultantes da falta de previsão legal ou de expressões nebulosas. Nesse contexto é que surge a preocupação com a violação do direito constitucional de acesso à justiça no tocante à aplicabilidade desse inovador sistema de julgamento com base em precedentes judiciais. Nossos posicionamentos foram fundamentados na mais recente doutrina sobre o assunto, como também na jurisprudência dos tribunais superiores em relação aos conteúdos debatidos, tudo com base na abordagem da zetética jurídica. Assim, identificamos os dois pontos mais questionáveis do sistema do IRDR sob o ponto de vista do acesso à justiça. Sejam eles: a falta de participação dos litigantes que não fizeram parte do julgamento do incidente e a inexistência de recurso para o pedido de distinção.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Precedentes judiciais. Acesso à justiça.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a população brasileira cresceu exponencialmente, aumentando o número de conflitos de interesse, e, consequentemente, processos em

trâmite na justiça brasileira, de tal forma que as complicações geradas pelo alto número de ações judiciais nunca estiveram tão em pauta como hoje em dia.

Conforme publicação no Diário Oficial da União pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, realizada em agosto de 2017, a estimativa populacional do país no ano de 2017 era de mais de 207 milhões de pessoas, distribuídas sob todo o território brasileiro.[1]

Sob outro prisma, o relatório "Justiça em Números", realizado anualmente pelo CNJ, detalha com objetividade que o ano de 2016 encerrou com uma surpreendente quantidade de 79,7 milhões de processos em curso.[2]

Ainda segundo o relatório, o judiciário contava ao final do ano de 2016 com um total de 279.013 servidores, sendo que 220.398 desses servidores estavam lotados na área judiciária e 18.011 destes cargos pertenciam a magistrados.

Com um simples cálculo matemático, através da divisão do número de processos em tramitação no final do ano de 2016, pelo número de magistrados na mesma época, chegaríamos a um resultado de aproximadamente 4.300 (quatro mil e trezentos) processos distribuídos para cada magistrado brasileiro, tarefa que parece excessivamente árdua para ser alcançada.

É de se observar que a antiga sistemática processual, prevista no Código de Processo Civil de 1973, não foi suficiente para solver a crise no judiciário, que de acordo com o professor Marcelo Abelha Rodrigues, se origina de problemas de infraestrutura, ineficiência e incapacidade de autogestão administrativa do poder judiciário, assim como, pela a inadequação do método utilizado para a resolução dos

[1] IBGE. Estimativas da População para Estados e Municípios. Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=58&data=30/08/2017/>. Acesso em: 03. 10. 2017.

[2] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf/>. Acesso em: 03. 10. 2017.

conflitos, ou seja, as técnicas processuais existentes não se amoldam à realidade do judiciário. [3]

Tal situação acabou por incentivar a criação de diversas medidas legais e jurisprudenciais, na forma de leis, regulamentos, regimentos e súmulas, com o intuito de sanar o problema. Tentativa ligeiramente desesperada de reduzir o grande número de litígios em andamento, principalmente quando se trata de processos à espera de julgamento nas instâncias superiores, pois contam com efetivo de magistrados demasiadamente inferior em comparação com os juízos de primeiro grau.

Uma dessas medidas foi a adoção do sistema de recursos repetitivos pelo CPC/73, que foi profundamente renovada pelo CPC/2015, com a adição ao texto legal do Incidente de Assunção de Competência, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e com uma maior valoração dos repetitivos já conhecidos do antigo código. Mudanças que sobrevieram pelo contexto da crise e para, talvez, dar novos ares de 'common law' ao nosso direito.

O presente trabalho tem como finalidade o estudo das consequências práticas, positivas e negativas, do incidente de resolução de demandas repetitivas em intencional oposição ao direito constitucional de acesso à justiça. Pois, como se verá, a utilização desse instituto de julgamento por amostragem como meio de prover celeridade ao processo, pode, por via dupla, acabar fracassando com a aquisição do direito de uma parcela específica de jurisdicionados.

A discussão proposta é de aproveitamento social geral, uma vez que afeta todos os cidadãos que invocarem a tutela do judiciário. Situação essa que poderia ser estendida à maior parte da população, visto que, pelo menos uma vez na vida, a grande maioria dos cidadãos irá necessitar da prestação judicial.

[3] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Execução Civil. 5 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 62/64.

Com grande relevância, o exame do tema possibilitará uma enorme adição de conhecimento jurídico à comunidade acadêmica, tratando de situações pertinentes do cotidiano do operador do direito que se revelam obscuras, principalmente, após as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, a compreensão do tema proposto exige o conhecimento dos conceitos de acesso à justiça, sistemas jurídicos e conceitos atinentes à teoria de precedentes judiciais. Passos necessários para a correta contraposição entre o direito em comento e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

2 O ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, ao enumerar os direitos e garantias fundamentais, inseriu no artigo 5º, XXXV, a garantia constitucional de acesso à justiça ao proferir que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Sobre a finalidade do direito de acesso à justiça:

> "A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos." [4]

Nesse sentido, o acesso à justiça (*lattu sensu*) não compreende apenas o mero acesso ao sistema judiciário, mas o acesso ao judiciário com todos os outros direitos e garantias constitucionais e processuais inerentes ao devido processo legal. Direitos e garantias essas, que possibilitam a concretização da justiça social no processo.

Logo, não basta o acesso propriamente dito, pois também é necessário que os resultados decorrentes desse acesso sejam capazes de gerar uma prestação jurisdicional eficiente, adequada, e, acima de tudo, justa.

[4] CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 08

No contexto da temática apresentada, e, com base na Exposição de Motivos do CPC/2015, temos que as razões que determinaram uma maior valoração do sistema de recursos repetitivos tiveram fundamento na obediência aos princípios e garantias constitucionais de celeridade e duração razoável do processo. Assim como, na implementação de outros métodos de preservação da segurança jurídica, como a uniformização da jurisprudência.

De forma extensiva, podemos também entender que a nova sistemática de repetitivos surgiu para dar maior eficácia ao próprio princípio de acesso à justiça, uma vez que a morosidade do sistema judiciário é uma das características que obstaculizam a efetivação plena desse direito, conduzindo o cidadão a não buscar a proteção do judiciário.

Entretanto, como se verá, existem algumas incongruências no texto legal do CPC, que inviabilizam esse tipo de interpretação mais favorável aos direitos e garantias processuais.

3 SISTEMAS JURÍDICOS OCIDENTAIS – COMMON LAW E CIVIL LAW

Quando se trata do direito ocidental, existem duas correntes de sistemas jurídicos que identificam o direito de cada estado soberano, sistemas que foram moldados em condições históricas específicas e distintas, são eles o civil law e o common law.

O primeiro, característico dos países de origem latina e germânica, influenciado pelo sistema de direito romano, tem base predominante na constituição de dispositivos legais. Nessa vertente de ordenamento, o interprete atua na elucidação do caso concreto tomando como princípio o enunciado normativo.

Já no common law, que teve suas raízes de origem anglo-saxônica, o ordenamento jurídico é formado não por normas, mas, majoritariamente, por um compilado de costumes e decisões judiciais que formam precedentes e

jurisprudências robustas. Nesse caso, o interprete toma como princípio o próprio caso concreto.

Nesse sentido:

> "Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, 131 através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. Já o Direito em vigor nas Nações latinas e latino-americanas, assim como também na restante Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios."[5]

No Brasil, assim como na maior parte da América Latina, a civil law é o tipo de sistema jurídico que é utilizado, onde se dá uma maior valoração ao texto normativo com a aplicação subsidiária e complementar das outras fontes do direito.

No entanto, ao introduzir a temática discutida, também informamos que o Novo Código de Processo Civil adotou uma posição típica dos estados que pertencem ao common law, ao aumentar consideravelmente a importância do sistema de precedentes judiciais no país com a criação do IRDR.

Cassio Scarpinella Bueno, expõe sua opinião quanto ao uso desses instrumentos que tendem a assemelhar nosso sistema jurídico ao common law:

> "Não me animo, prezado leitor, a querer legitimar as escolhas feitas pelo CPC de 2015 porque elas teriam vindo de institutos do direito estrangeiro. Não precisamos migrar para o common law para termos um direito processual civil mais efetivo ou, menos que isto, maior estabilidade na jurisprudência dos nossos Tribunais e na adoção dela nos casos concretos em busca de maior isonomia. Temos, é nisso que acredito, de criar

[5] REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25º ed. rev. Atual. São Paulo: SARAIVA, 2001. p. 131/132.

> condições legítimas de aplicar adequadamente decisões proferidas em casos bem julgados antecedentemente a casos futuros enquanto não há razões objetivas de alteração do que foi julgado, como se justifica, inclusive, com a entrada em vigor do próprio CPC de 2015."[6]

Nota-se que o ativismo judicial cada vez mais presente no nosso ordenamento jurídico e o crescente aumento na autoridade e importância dos precedentes, são fortes indícios de que a força política do país anseia pela adoção de um sistema híbrido ou misto, com base em ambos os sistemas legais. Adiciona-se a isso o fato do poder legislativo ter dado "carta branca" ao aprovar um código de processo civil com características sobressalientes de common law.

Dentro desta ótica:

> "Isto é, um texto infraconstitucional que contraria a Constituição, que determina que os juízes não devem mais julgar com base na normatividade, mas, sim, de acordo com as decisões dos tribunais. Adeus jurisdição constitucional às instâncias que se tornam, de fato, inferiorizadas. O mais grave é que é um texto infraconstitucional que altera a espinha dorsal de nossa tradição, baseada no princípio da legalidade. Na prática, opera uma ruptura histórica em nossa ordem jurídica, de romano-germânica para *common law*."[7]

4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS

Antes de proceder à análise do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, é preciso compreender o significado de "precedente judicial", assim como outros conceitos relativos ao sistema de precedentes judiciais.

Precedente judicial nada mais é do que uma decisão judicial que se tornou parâmetro de julgamento em outro processo.

A título de exemplo, poderíamos citar o caso de um juiz do Distrito Federal que, ao julgar uma ação em que o objeto litigado é a concessão de pensão

[6] BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Processo Cívil. vol único. ver. atual. ampl. São Paulo: SARAIVA, 2015. p. 542.

[7] STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

alimentícia, utiliza como precedente um processo no qual foi pleiteado pensão alimentícia, decidido por um juiz do estado do Goiás. Assim, percebe-se que o juiz do distrito federal não utilizou apenas os mesmos fundamentos do juiz do estado do Goiás, mas citou o processo como um todo para servir de base na sua fundamentação.

Todavia, não é toda decisão que tem a capacidade de se transformar em precedente judicial. Desse modo:

> "Registre-se nesse ponto que nem toda decisão, ainda que proferida pelo tribunal, é um precedente. Uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir de outro julgamento, de forma que não é considerada um precedente. Por outro lado, uma decisão que se vale de um precedente como razão de decidir naturalmente não pode ser considerada um precedente. Por outro lado, algumas decisões nem tem potencial para serem considerados precedentes, como aquelas que se limitam a aplicar a letra da lei"[8]

Quanto à sua aplicação, em regra, os precedentes judiciais não detêm de força vinculante para determinar a aplicação imperativa da tese jurídica firmada no precedente aos casos que se deparem com a mesma questão de direito, excetuando-se as hipóteses em que a própria lei atribui valor ao precedente nesse sentido.

Importante mencionar que o entendimento da jurisprudência e doutrina brasileira quanto ao alcance do efeito vinculante é bastante divergente, mas o nosso entendimento é que o efeito recai apenas sobre os fundamentos jurídicos determinantes (*ratio decidendi*) e não sobre todo o resultado da sentença.

No Brasil, temos casos em que um precedente é utilizado como base ou diretriz de fundamentação da decisão de outros magistrados, não exercendo nenhuma força vinculante, como também temos os casos previstos em lei que afetam um ou mais precedentes com caráter de natureza vinculante. Caso das demandas e recursos repetitivos, conforme previsão do art. 332, II e III, do CPC, que estabelece a

[8] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. rev. atual. Bahia: JusPODIVM. 2017.

improcedência liminar do pedido nas causas que não necessitem de instrução e contenham pedidos contrários a entendimento firmado em recursos repetitivos, IRDR e incidente de assunção de competência.

4.1 Ratio Decidendi e Obiter Dictum

Precedentes judiciais não diferem de qualquer outro processo judicial interposto no judiciário, onde o juiz está obrigado por lei a prolatar uma sentença. Ocorre que, ao redigir a sentença, o magistrado deve expor os motivos que fundamentaram a decisão, pois estes podem vir a caracterizar uma decisão judicial que se tornará um precedente.

Assim, a doutrina criou dois termos que auxiliam o interprete na identificação de uma decisão passível de se tornar precedente: o *ratio decidendi* e o *obter dictum*, ambos de origem latina, mas que representam hipóteses diferentes dentro da teoria de precedentes judiciais.

A *ratio decidendi*, ou "razão de decidir", corresponde à tese jurídica que deu respaldo direto à decisão judicial que virá a se tornar um precedente. Nesse sentido, podemos concluir que nem toda a fundamentação que embasou a sentença é *ratio decidendi*, pois nem todo fundamento utilizado pelos magistrados de um tribunal será a razão última a determinar o resultado de um julgamento em uma ou outra direção. Desse modo, a razão de decidir é elemento primordial para que um entendimento judicial venha a ser considerado como precedente.

Por outro lado, a expressão *obter dictum* se traduz em todos os fundamentos e matéria expositiva da decisão judicial que não é *ratio decidendi*, ou seja, toda argumentação que não foi elementar para a formação da tese de direito que decidiu o caso concreto.

4.2 Distinguish, Overruling e Overriding

Além das hipóteses de identificação das decisões que possam vir a se tornarem precedentes, a doutrina se ocupou com a criação de outros termos que descrevem situações na qual ocorre a modificação de um precedente que já existe.

Nesse sentido, a primeira conjuntura ocorre quando o entendimento judicial firmado no precedente é aplicado a uma ocasião concreta com condições fáticas diferentes daquelas que foram examinadas no precedente. Ou seja, existem circunstâncias fáticas distintas que podem influenciar na aplicação do direito ao caso concreto, gerando um resultado completamente alternativo ao que ocorreu no julgamento da causa-piloto que serviu de modelo para a formação do precedente.

Para solver esse problema, deve-se fazer uma distinção (*distinguish*) entre o complexo de fato e de direito do precedente com o complexo de fato e de direito do caso discrepante, deixando de aplicar o entendimento firmado no precedente assim que constatado que o processo examinado é diferente dos processos que deram base ao precedente judicial.

Contudo, por vezes também surge a necessidade de superar um entendimento firmado em um precedente, correspondendo o *overruling* e o *overriding* à superação total e superação parcial, respectivamente.

Assim, explica-se o processo de *overruling* (superação) e *overriding* (rescrita):

> "A superação de um precedente (overruling) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica. Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do stare decisis-segurança jurídica e igualdade - deixam de autorizar a sua replicabilidade (replicability), com o que o precedente deve ser superado. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedente (basic overruling principle)."
>
> "[...] a reescrita funciona como redefinição do âmbito de incidência do precedente. O precedente é reescrito com o fim

> de restringir o seu âmbito de aplicação. A partir da reescrita algo que não foi considerado no precedente anterior é sopesado e aí o seu alcance é comprimido. O precedente não é totalmente revogado, mas perde espaço de incidência. Com a reescrita há, de fato, alteração parcial do precedente."[9]

4.3 Causa-piloto e procedimento-modelo

Atualmente, o sistema de demandas repetitivas utiliza-se de dois modelos de julgamento.

Através do sistema de causa-piloto, escolhe-se um ou mais casos que servirão de base para o julgamento, onde, ao final, será determinada a tese jurídica em conjunto com a resolução do caso concreto.

Já no sistema de procedimento-modelo, não se analisa um caso concreto, mas apenas se fixa a tese jurídica a ser aplicada posteriormente em outros casos.

Esclarecidos os principais conceitos, passa-se ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

5 IRDR – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um dos novos institutos apresentados no novo CPC com a função de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais e reduzir o número de processos em tramitação na primeira e segunda instância, onde, após a instauração e julgamento do incidente, procede-se à aplicação do entendimento sufragado na decisão para todos os processos atuais e futuros da área de competência do tribunal que tenham a mesma questão de direito.

O incidente teve inspiração em três sistemas diferentes, sendo eles: (a) o *Mustervenfahren*, de origem alemã; (b) o *Group Litigation Order*, proveniente da

[9] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Cível. vol 2. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2015. p. 616/617.

Inglaterra; (c) *Pilot Judgement Procedure*, aplicado na Corte Europeia de Direitos Humanos como forma de resolver demandas repetitivas contra direitos humanos nos estados-membros.

A previsão do art. 976, do CPC[10], é que a instauração do IRDR está subordinada ao preenchimento dos seguintes requisitos: (a) simultaneamente, a repetição de processos em que a controvérsia, unicamente de direito, é a mesma em todas as ações; (b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Assim, o segundo requisito se refere às decisões conflitantes emanadas pelos órgãos de primeira instância, que podem gerar insegurança jurídica e resultados antinômicos.

De toda forma, ao elencar os requisitos para a instauração do incidente aos casos afetados como causa-piloto, exigindo que a questão controvertida seja unicamente de direito, também se intenta bloquear a instauração do IRDR sobre qualquer processo em que seja preciso incorrer à análise de matéria de fato. Assim, processos que tenham incertezas ainda não dirimidas em relação aos fatos, não são aptos para serem afetados ao incidente.

Instaurado o incidente, serão suspensos todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, e que partilhem da mesma questão de direito.

Logo após, serão ouvidas as partes, pessoas, órgãos e entidades que tenham qualquer interesse na controvérsia.

E, por fim, julgado o incidente, será aplicada a tese jurídica aos processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região, assim como, aos processos futuros

[10] BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

que tenham idêntica questão de direito e venham a tramitar no Estado ou região do território de competência do tribunal.

6 O IRDR E O ACESSO À JUSTIÇA

Logo no início deste trabalho, partimos da premissa que o acesso à justiça compreende não só o acesso no sentido literal, mas o acesso com todos os desdobramentos pertinentes ao devido processo legal, como também aos seus direitos e garantias processuais. De modo que o jurisdicionado tenha real capacidade de obter sucesso no pleito em igualdade de condições com outros tutelados.

Também, em virtude do que foi mencionado nos tópicos anteriores, constatamos que o objetivo do IRDR é, por um lado, impedir a morosidade do sistema judiciário atual e prezar pela agilidade no julgamento de ações. E, inclusive, garantir a segurança jurídica dos litigantes ao terem a certeza que receberão decisões iguais para situações iguais.

De fato, o IRDR aparenta ser um instituto capaz de solucionar, pelo menos de forma parcial, o problema ligado a quantidade de processos nas primeiras instâncias, que em grande parte, se tratam de processos em que figuram como litigantes os órgãos e entidades da administração pública, os bancos, e os concessionários/permissionários de serviço público.

No entanto, os problemas surgem à medida em que são examinados os artigos do CPC que tratam do incidente (arts. 976 à 987, do CPC), contextualizando-os com o direito e garantia fundamental de acesso à justiça.

Impasses esses que motivaram o presente trabalho e que serão agora tratados.

6.1 O emprego compulsório da tese jurídica firmada em sede de IRDR sem a participação de todos os litigantes

Todas as controvérsias se encontram dentro do procedimento do incidente, ensejando possíveis violações ao princípio de acesso à justiça *lattu sensu* e aos princípios de contraditório e ampla defesa, subsidiariamente.

A primeira hipótese que clama atenção, surge a partir da utilização imperativa da tese jurídica firmada em sede de IRDR em todos os processos seguintes que tenham a mesma questão de direito, sem dar oportunidade de participação no processo àqueles litigantes que não participaram do julgamento da causa-piloto.

Ou seja, não se discute aqui o direito de acesso à justiça das partes que litigaram na causa-piloto, pois estas foram amplamente ouvidas perante o juízo, tendo a participação dos interessados em comum, e, inclusive, com a possibilidade de intervenção pelo *amicus curiae*, outra nova figura trazida pelo CPC/2015.

O que se discute é o direito dos litigantes das ações que não fizeram parte do incidente, de serem ouvidas e de se manifestarem quanto à aplicação da tese jurídica.

Sobre o mesmo tema, o advogado Luiz Guilherme Marinoni afirma que a situação é uma verdadeira "coisa julgada", conforme se vê:

> "Ora, se a decisão que resolve o incidente de resolução de demandas repetitivas resolve uma questão que interessa a muitos, tal decisão não tem qualquer diferença daquela que, em ação individual, resolve questão que posteriormente não pode ser rediscutida. Essa última decisão também resolve questão que pode constituir prejudicial ao julgamento dos casos de muitos. Sucede que, como não poderia ser de outra forma, a decisão proferida no caso de um apenas pode beneficiar terceiros, nunca prejudicá-los (art. 506 do CPC/2015). Ou melhor, a decisão proferida no caso de um, assim como a decisão proferida no incidente de resolução, não pode retirar o direito de discutir a questão daquele que não participou. O contrário constituiria grosseira violação do

> direito fundamental de participar do processo e de influenciar o juiz..”[11]

Frisa-se que o CPC atribuiu consequências jurídicas importantes para o IRDR, como se pode ver pelos artigos 332, III e art. 932, IV, “c”, que correspondem, respectivamente, à improcedência liminar do pedido e a negativa de provimento a recurso que contrariar entendimento firmado em IRDR.

Em consequência disso, nota-se que muitos litigantes terão o mérito de suas demandas julgados sem qualquer manifestação das partes, algo que chega a ser impensável tendo em vista nossa Constituição Federal.

Na tentativa de encontrar uma solução, Marinoni entende que a melhor alternativa seria na atuação conjunta dos órgãos de defesa de interesses individuais homogêneos durante o processo de julgamento do IRDR. Logo:

> “Por isso, a melhor alternativa é tornar presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos – conforme Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, os legitimados à tutela dos direitos dos grupos nunca deveriam ter sido afastados do incidente de resolução de demandas. Isso porque esse incidente não pode ser pensado como artifício indiferente à participação e ao direito de defesa. O modo como o incidente foi desenhado pelo legislador, frio e neutro em relação aos direitos discutidos e, especialmente, ao direito de discutir, torna-o um instrumento ilegítimo, destinado a viabilizar os interesses de um Estado que não tem compromisso com a adequada tutela dos direitos, fim básico de todo e qualquer Estado constitucional.”[12]

Os artigos 976, § 2º e 977, III, ambos do CPC, previram expressamente a intervenção obrigatória do Ministério Público no incidente quando não for o requerente, devendo assumir a sua titularidade em caso de desistência ou abandono

[11] MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. 2015. p. 407. Disponível em <http://http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/10/PROF-MARINONI-O_PROBLEMA_DO_INCIDENTE_DE_RESOLUCAO_DE-3.pdf. Acesso em 31 de maio de 2018.

[12] MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. 2015. p. 410. Disponível em <http://http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/10/PROF-MARINONI-O_PROBLEMA_DO_INCIDENTE_DE_RESOLUCAO_DE-3.pdf. Acesso em 31 de maio de 2018.

do autor original. Assim como a possibilidade de instauração do incidente pelo Ministério Público como parte.

Ou seja, quando não age como parte, o Ministério Público exercerá a função de *custos legis* no decorrer do processo de julgamento do incidente.

Apesar da presença do Ministério Público como fiscal da lei durante o julgamento do incidente – quando não for parte –, o fato de o órgão ministerial não ser parte legítima em todas as situações, acaba por restringir a sua atuação no âmbito do IRDR.

Portanto, resume no sacrifício de alguns princípios constitucionais em favor de outros princípios constitucionais, devido à impossibilidade fática de um prestação jurídica perfeita.

6.2 A ausência de previsão recursal para decisão que tenha como objeto o pedido de distinção (distinguish)

O código de processo civil, ao cuidar do sistema de recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos, previu no §13, do art. 1.037, previu expressamente a possibilidade de recurso para a decisão que resolver o pedido de distinção. Caso em que o recurso adequado será o agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau, ou, de agravo interno, na hipótese da decisão ter sido proferida pelo relator.

O mesmo não aconteceu com o IRDR, não havendo nenhuma disposição na lei quanto à possibilidade da distinção, ou mesmo de recurso contra decisão que decida a distinção.

Entretanto, o entendimento predominante é de que a oportunidade de se fazer o pedido de distinção ocorrerá após a suspensão dos processos e comunicação aos órgãos jurisdicionais competentes.[13]

A dúvida subsiste quanto à existência, ou não, de recurso para impugnar a decisão sobre pedido de distinção – e também quanto ao uso do agravo de instrumento. Onde boa parte da doutrina também entende que deve ser aplicado o § 13, do art. 1.037, do CPC, por analogia, ou ainda o inciso II, do art. 1.015, do CPC, que admite o uso do agravo de instrumento nas decisões interlocutórias que versem sobre o mérito do processo. Por esse ângulo:

> "Determinada a suspensão dos processos envolvidos, pode surgir eventual conflito diante de algum processo específico. Pode ocorrer que o magistrado da causa possa entender que naquele processo a questão é diversa daquela submetida ao incidente de julgamento de processos repetitivos e, por isso, não determine a sua suspensão; ou poderá entender que o processo está sim afetado pelo incidente instaurado e determinar a sua suspensão. Embora o código não discipline especificamente essa situação, é evidente que, discordando de qualquer uma dessas decisões, o interessado poderá requerer, ao próprio juiz onde tramita a demanda (ou ao relator, se a causa já tramitava perante o tribunal), seja o seu prosseguimento, seja a sua suspensão, conforme o caso. Dessa decisão, caberá agravo de instrumento, na forma do art. 1.015, II (ou agravo interno, se a causa já está sujeita à competência do tribunal)."[14]

Não concordamos inteiramente com esse posicionamento, uma vez que o legislador tornou expressa a possibilidade do uso de agravo de instrumento nos recursos extraordinários e especiais repetitivos, mas se calou quanto ao uso no IRDR, deixando margem para a interpretação de que não seria possível o uso do agravo de instrumento no incidente de resolução de demandas repetitivas.

---

[13] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. rev. atual. Bahia: JusPODIVM. 2017; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Cível. vol 2. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2015. p 582.

[14] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Cível. vol 2. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2015. p. 582/583.

Quanto à natureza do agravo de instrumento, não existe um consenso, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, sobre a natureza jurídica do recurso, apesar de que as teorias caminham no sentido de que as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento são taxativas.

Ou seja, ao afirmar que o rol das hipóteses de cabimento do agravo é taxativo, e, partindo do pressuposto que o legislador quis excepcionar o IRDR do recurso contra decisão que decide sobre pedido de distinção, chegaríamos à conclusão de que não há recurso para esse tipo de ocorrência.

Dessa forma:

> "O problema prático da supressão não se refere aos pedidos das partes, mas à impossibilidade de recurso da decisão que os resolver. Não havendo regra específica e- não estando tais decisões no rol do art. 1.015 do Novo CPC, não caberá o recurso de agravo de instrumento, sendo tal realidade nefasta, porque a questão terá sido superada no momento de interposição de apelação ou contrarrazões nesse processo. Trata-se, portanto, de irrecorribilidade, e não simplesmente do não cabimento de agravo de instrumento."
>
> "No mesmo sentido, o texto da Emenda constante do tópico 2.3.2.231 do Parecer Final 956 do Senado afirma que os pedidos da parte dos processos suspensos podem ser realizados independentemente de expressa previsão legal, mas que a previsão de cabimento de agravo de instrumento não era recomendável porque poderia ensejar indesejável multiplicação de recursos em demandas repetitivas. De qualquer forma, a própria Emenda deixa em aberto a possibilidade de interposição de mandado de segurança contra a decisão que rejeitar a alegação de distinção feita pela parte."[15]

A aplicação do art. 1.037, § 13, do CPC, ao rito do IRDR, também tem sido admitida por alguns autores com base no raciocínio de que todas as disposições do código referentes ao julgamento de repetitivos estão sedimentadas em um mesmo plano, razão pela qual não haveria nenhum problema no uso integrado dos artigos.

[15] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. rev. atual. Bahia: JusPODIVM. 2017.

Esse mesmo raciocínio foi exposto no julgamento da questão de ordem na proposta de afetação no recurso especial 1657156/RJ, pelo STJ.[16]

O acórdão fundamentou a possibilidade de aplicação das normas de suspensão dos processos dos arts. 313, 314, e 982, § 2º, do CPC – que tratam da suspensão do processo no rito ordinário e da suspensão do processo no IRDR – aos Resp e RE repetitivos, pois, figurariam todos em um mesmo "microssistema de julgamentos repetitivos". Hipótese em que a turma efetuou uma interpretação sistemática, integrada e conjunta dos dispositivos que tratam do sistema de repetitivos para resolver uma lacuna.

Em suma, a problemática se encontra naqueles processos que, apesar de terem superficial semelhança com a questão de direito veiculada nos processos sob o rito do IRDR, detém de particular diferença capaz de exigir uma nova apreciação pelo tribunal de 2ª instância.

Tais questionamentos colocam o princípio de acesso à justiça em detrimento, até que os tribunais superiores, em sede de RE e Resp, se posicionem quanto ao assunto.

7 CONCLUSÃO

A crise do judiciário motivou uma profunda alteração no código de processo civil de forma a prover uma maior eficiência ao nosso sistema jurídico, renovando o sistema de repetitivos do antigo código e inovando com novos institutos, como o IRDR.

O IRDR é um instituto legítimo, capaz de cumprir com os comprometimentos que ensejaram sua criação, provendo celeridade e segurança jurídica aos diversos recursos com semelhanças de identidade que estão parados à espera de julgamento.

[16] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Questão de ordem na proposta de afetação no Recurso Especial 1657156/RJ (0025629-7). Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 31 de maio de 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73045754&num_registro=201700256297&data=20170531&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

Por outro lado, essa inovação veio acompanhada de diversas dúvidas e incertezas que colocam em xeque o princípio constitucional de acesso à justiça.

A impossibilidade das partes se manifestarem e atuarem quanto à aplicação de um entendimento firmado em IRDR é algo que não condiz com os preceitos constitucionais básicos da nossa ordem jurídica. E, aparentemente, não será criada uma solução para a ocasião tão cedo.

No mesmo sentido, a falta de previsão de recurso para os casos em que se faz necessário realizar a distinção (*distinguish*) de uma controvérsia exclusivamente de direito com aquela prevista nas causas piloto, é hipótese que pode encerrar o direito de alguém que o legalmente detivesse, fazendo que a ação fosse julgada de maneira prejudicial.

Ainda que não tenha sido a intenção do legislador, lacunas legais como essas trazem à baila a discussão quanto ao acesso à justiça e a resolução da crise judiciária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015 2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Questão de ordem na proposta de afetação no Recurso Especial 1657156/RJ (0025629-7).** Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 31 de maio de 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73045754&num_registro=201700256297&data=20170531&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Processo Cível**. rev. atual. ampl. São Paulo: SARAIVA, 2015. p. 542

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. 2017. Disponível em:

</http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf/>. Acesso em: 03 de outubro de 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estimativas da População para Estados e Municípios**. 2017. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=58&data=30/08/2017/>. Acesso em: 03 de outubro de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos**. 2015. p. 407 e 410. Disponível em <http://http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/10/PROF-MARINONI-O_PROBLEMA_DO_INCIDENTE_DE_RESOLUCAO_DE-3.pdf. Acesso em 31 de maio de 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Cível**. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. rev. atual. Bahia: JusPODIVM. 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. ed. rev. Atual. São Paulo: SARAIVA, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**. 5 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

IMPUGNABILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Diogo Rabelo Cunha Ferrandini

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar criticamente a recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau após a entrada em vigor da Lei 13.105/2015, o Código de Processo Ciivl de 2015. Para tanto, no primeiro capítulo, é feita uma detalhada pesquisa bibliográfica, a fim de percorrer o caminho do legislador, escolhendo-se como recorte histórico as Ordenações Portuguesas, as quais foram a base da legislação brasileira a partir da independência do Brasil, perpassando pelos Códigos Processuais de 1939 e 1973, até a chegada do Código Processo Civil em vigor. Já, no segundo capítulo, é feita a análise da recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, ocasião em que são abordadas as diversas impressões doutrinárias sobre o tema, especialmente sobre a taxatividade do agravo de instrumento e sobre a exclusão do agravo retido. Quanto ao terceiro capítulo, é empreendida a tarefa de analisar a recorribilidade das decisões interlocutórias frente às normas fundamentais do processo, de questionar se normas fundamentais do processo foram violadas com a reforma da recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, de, se for o caso, propor reforma legislativa nos artigos referentes à apelação e ao agravo de instrumento e de identificar as prováveis perspectivas a partir das mudanças sugeridas.

Palavras-Chave: Direito Processual Civil. Código de Processo Civil de 2015. Decisões interlocutórias. Impugnabilidade. Normas fundamentais do processo.

1 INTRODUÇÃO

Após mais de 40 anos em vigor, O Código de Processo Civil de 1973 deu lugar ao Código de Processo Civil de 2015. Aquele, ao longo dos anos, sofreu alterações relevantes para se adequar a modernos preceitos principíológicos, sobremaneira após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Essas alterações acabaram por retirar sua adequação sistemática, o que criou a necessidade de promulgação de outro diploma normativo, em vez de apenas emendá-lo.

Com a sua promulgação, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe reformas no âmbito processual, especialmente no título referente aos recursos. Retirou-se do ordenamento pátrio a figura do agravo retido, diferindo a preclusão de decisões interlocutórias não agraváveis para depois da apresentação da apelação. Não obstante, estabeleceu-se um rol taxativo para o agravo de instrumento, retornando a um modelo análogo ao adotado pelo legislador de 1939.

A relevância do presente estudo se dá pela restrição ao uso do agravo de instrumento, recurso de suma relevância no cenário nacional, uma vez que permitia às partes insurgirem-se contra decisões judiciais que lhes podiam causar lesão grave ou de difícil reparação, mas que agora, diante de sua taxatividade, limitará o seu cabimento; bem como pela exclusão do agravo retido, recurso que era utilizado para conferir maiores garantias ao seguimento do processo, tendo em vista suas funções preclusiva e informativa; tudo isso enquanto a ciência processual avança para modelos mais garantísticos, sob influência do neoconstitucionalismo.

Diante desse novo quadro, o presente trabalho possui como objeto a impugnabilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau e possui como objetivo analisar a recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau no procedimento comum, a fim de verificar se o modelo atual viola normas fundamentais estabelecidas pela Constituição e corroboradas pelos artigos iniciais do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, dividiu-se o presente trabalho monográfico em três capítulos.

O primeiro capítulo fará um escorço histórico da recorribilidade das decisões interlocutórias, sendo escolhido como recorte inicial as Ordenações Portuguesas. Após a análise da recorribilidade das decisões interlocutórias nas Ordenaçãos Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, será analisada a recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 1939. Nesse sentido, a próxima legislação a ser analisada será o Código de Processo Civil de 1973 e suas posteriores alterações, Por fim, será feita uma breve menção à recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015.

O segundo capítulo realizará uma análise mais completa sobre o agravo de instrumento e sobre a apelação, recursos que remanesceram quanto à recorribilidade de decisões interlocutórias de primeiro grau no Código de Processo Civil de 2015. No que se refere ao agravo de instrumento, serão analisadas a sua taxatividade e as posições doutrinárias surgidas com ela: interpretação literal, interpretação extensiva e utilização do mandado de segurança. Quanto à apelação, serão analisadas as posições doutrinárias sobre ela, em especial a apelação autônoma do vencedor.

O terceiro capítulo tratará sobre o sistema de impugnabilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau e as normas fundamentais do processo. Será analisada a motivação do legislador ao taxar as possibilidades de imediata interposição do agravo de instrumento e se fará críticas à adoção desse modelo, à luz das normas fundamentais do processo. Ainda no terceiro capítulo será feita uma sugestão de alteração legislativa, tendo em vista as nuances apontadas ao longo do trabalho monográfico, bem como serão pontuadas as prováveis perspectivas advindas com a alteração sugerida.

A fim de cumprir os objetivos traçados, será utilizada a metodologia dogmática, cuja função é a contribuição teórica à resolução de problemas que ocorrem na prática, tendo como resultados prováveis a sugestão de reforma legislativa dos artigos 1.009 e 1.015 do Código de Processo Civil, além das prováveis perspectivas a partir das alterações propostas.

2 UM ESTUDO SOBRE A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA VOLTA AO PASSADO?

O método de resolução de conflitos já foi predominantemente privado, ou seja, cabia às próprias partes envolvidas na celeuma, utilizando-se de critérios parciais, dirimir o litígio, o que levava, por vezes, a situações de perceptível injustiça.[1]

Percebeu-se que seria melhor deixar a resolução do litígio, quando não pudesse ser resolvida pela autocomposição[2], a cargo de um terceiro imparcial, tarefa esta incumbida inicialmente a árbitros e, posteriormente, ao Estado, quando este avocou para si tal função.[3]

No entanto, o fato, por si só, de haver um terceiro imparcial julgando não faz desaparecer a possibilidade, até mesmo pela falibilidade humana, de ocorrerem erros no procedimento. Diante dessa constatação, criaram-se formas de as partes insurgirem-se contra os pronunciamentos do julgador.[4]

Conforme previsto no art. 203 do CPC/2015, são pronunciamentos judiciais as sentenças, as decisões interlocutórias e os despachos. As sentenças são definidas pelo código como, ressalvadas aquelas situações expressas dos procedimentos especiais, pronunciamentos por meio do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução, com fulcro nos arts. 485 e 487 do CPC/2015. São decisões interlocutórias todo pronunciamento judicial que

[1] TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p.19.
[2] Tendo em vista o objetivo de pacificação social, embora se tenha a jurisdição como meio de resolução de conflito, numa sociedade harmônica, o ideal, salvo o cumprimento espontâneo do direito, seria a autocomposição. FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 60.
[3] MOREIRA, Silmara Bosso; FERRARESI, Camilo Stangherlim. Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição. *Revista JurisFIB*, São Paulo, v. 4, ano IV, p. 343-380, dez. 2013. p. 347-348.
[4] GONÇALVES, Marcus Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. p. 253.

não caiba no conceito de sentença. São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.[5]

As formas de impugnação de decisões judiciais, por sua vez, dividem-se em ações autônomas de impugnação, recursos e sucedâneos recursais. As ações autônomas caracterizam-se por instaurar uma nova relação jurídica processual, tendo por objetivo atacar a decisão judicial ou nela interferir. Os recursos são utilizados sem inaugurar um novo processo, ou seja, por meio deles há um prolongamento deste. Já os sucedâneos recursais possuem uma natureza residual, ou seja, o que não estiver enquadrado como recurso ou como ação autônoma de impugnação será um sucedâneo recursal.[6]

O presente capítulo tem por objetivo fazer uma análise crítica, bem como traçar o caminho percorrido pelo legislador, no que se refere à recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, iniciando, para tanto, das Ordenações Portuguesas, que foram a base para o processo civil brasileiro, até chegar ao CPC/2015.

2.1 Breves considerações a respeito da normatização do recurso de agravo no período anterior ao Código de Processo Civil de 1939: desde as Ordenações Portuguesas até a instituição dos códigos de processo estaduais.

A recorribilidade das decisões interlocutórias foi objeto de muitas alterações ao longo da história. Em se tratando do direito português, o processo civil só foi ter características análogas ao modelo atual a partir do reinado de D. Afonso III, no século XIII. [7]

[5] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10. nov. 2017.

[6] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 89.

[7] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 35.

Em 1446, as Ordenações Afonsinas foram instituídas por D. Afonso V, tendo como características relevantes ao nosso estudo a proibição de se apelar de decisões interlocutórias não terminativas e a possibilidade de o próprio juiz revogar sua sentença interlocutória, antes de proferir a sentença definitiva.[8]

Nesse diapasão, o gravame causado à parte, em razão de uma sentença interlocutória, somente seria revisto pelo juiz de ofício, ou seja, revogando sua própria decisão, ou quando do julgamento da apelação. Melhor explicando, se o juiz não reformasse a própria decisão, caberia, ainda, o recurso de apelação, caso a hipótese se encontrasse nas exceções expressas, ou o caminho dos extormentos ou das cartas testemunháveis, caso a decisão não pudesse ser recorrida, em razão da autoridade que proferiu a decisão.[9] Essas autoridades, de cujas decisões não cabia apelação, eram os juízes das Relações, os Corregedores da Corte e da cidade de Lisboa, os juízes da Índia e Minas e os Conservadores dos estrangeiros.[10]

A função dos extormentos e das cartas testemunháveis era dar veracidade às informações prestadas pelas partes, sendo que elas acompanhavam as querimas ou querimônias. As queixas não poderiam ser encaminhadas diretamente porque, por vezes, as informações prestadas não condiziam com as informações contidas nos autos, por isso era preciso que um oficial acompanhasse a instrução dessas "queixas". Ou seja, caberia ao escrivão coordenar as peças que comporiam as "querimas", numerando-as, cosendo-as e assinando-as, ocasião em que seriam denominadas cartas testemunháveis; ou caberia ao tabelião realizar os atos acima descritos, quando seriam denominadas "estormentos prubricos".[11]

No que se refere às Ordenações Manuelinas, surgidas em 1521, existiam três tipos de sentença: as definitivas; as interlocutórias mistas; e as interlocutórias simples. As duas primeiras eram apeláveis, caso proferidas por juiz de primeiro grau, ou suplicáveis (a suplicação era, também, denominada agravo ordinário e tinha como

[8] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 40.
[9] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 40.
[10] NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. Rio de janeiro: Forense, 1978. p. 13.
[11] NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. Rio de janeiro: Forense, 1978. p. 40- 41.

função reformar sentenças interlocutórias definitivas ou interlocutórias com força de definitiva, das quais não se podia apelar),[12] caso proferidas por autoridade superior; e a última era agravável por petição ou por instrumento, sendo o critério territorial que distinguia a modalidade a ser aplicada. O critério territorial, por sua vez, era definido pela distância entre os juízos *ad quo* e *ad quem*. Se a distância fosse até cinco léguas, o recurso cabível seria o de petição; em sendo maior, seria o de instrumento.[13]

No início das Ordenações Manuelinas ainda não existia a figura do agravo nos autos do processo, porém já existia a figura do agravo nos autos, o qual ficava nos autos, aguardando sua subida à instância superior, cabendo contra decisão do juiz de primeira instância que não recebia o recurso da apelação. O agravo nos autos era uma junção do regime jurídico do agravo no auto do processo e do agravo de petição.[14]

O agravo nos autos do processo só surgiria com a Carta Régia de 05.07.1526, de D. João III, e servia para se insurgir contra sentença ou despacho interlocutório, sendo conhecido pelo magistrado superior quando os autos subissem em razão de qualquer outro recurso. Com a difusão dos recursos do agravo de instrumento, do agravo de petição e do agravo no auto do processo, as querimas desapareceram.[15]

As Ordenações Filipinas foram instituídas em 1603 e puderam aproveitar-se de todas as compilações anteriores e de todas as disposições a ela incorporadas. Prova inequívoca de sua qualidade foi a sua duração. Vigeu por mais de dois séculos e meio, sendo que, durante a sua vigência, ocorreram diversas mudanças no regime dos recursos.[16]

---

[12] COSTA E SILVA, Antônio Carlos. *Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 177.
[13] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 43.
[14] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 43.
[15] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 45.
[16] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 45.

Quanto ao Direito brasileiro, tem-se que, em 1823, uma Assembleia Constituinte foi instalada no Brasil, com o escopo de instituir um sistema de direito positivo próprio. A partir dela, foi promulgada a Lei de 20 de outubro de 1823, que determinava a aplicação das Ordenações, das Leis, dos Regimentos, dos alvarás, dos decretos e das resoluções promulgadas pelos reis de Portugal, e por meio das quais o Brasil se governara até o dia 25 de abril de 1821, além das que haviam sido promulgadas posteriormente, na parte que não houvessem sido revogadas[17] e desde que não ofendessem a independência brasileira. Logo passaram a vigorar no Brasil as Ordenações Filipinas, bem como leis extravagentes.[18]

Em 1832, ocorreu o que ficou conhecido como primeiro período do direito processual civil brasileiro, em razão do Código de Processo Criminal do Império, que trazia em seu bojo disposições provisórias acerca de administração de Justiça Civil. Por esse código foi revogada a legislação portuguesa sobre o assunto no Brasil.[19] No que diz respeito aos recursos advindos com a nova legislação, tem-se que os agravos de petição e de instrumento foram substituídos pelo agravo no auto do processo, contudo essa situação não perdurou, sendo logo restabelecidos, por meio do art. 120 da Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, mantendo-se o critério territorial como forma de distinção.[20]

Durante a aplicação deste regime, havia os seguintes agravos: de petição, de instrumento, no auto do processo, de ordenação não-guardada e o ordinário. Este se servia para solicitar à autoridade que lhe diminuísse o rigor da decisão, sem, contudo, insurgir-se contra ela. Quanto ao agravo de ordenação não-guardada, ele tinha como função indenizar a parte por prejuízo causado pela nulidade do procedimento, em razão do não cumprimento pelo juiz da ordenação sobre a ordem

[17] PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 87.
[18] GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. 380 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. p. 19.
[19] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 50.
[20] PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 199. p. 102.

do processo, sendo o próprio juiz responsável pela indenização.[21] Em 15 de março de 1842, por meio do Decreto Regulamentar 143, foram abolidos tanto o agravo ordinário quanto o agravo de ordenação não-guardada, restando apenas o agravo de petição, o de instrumento e o no auto do processo.[22]

Já em 25 de novembro de 1850, surgiu o Regulamento 737, o qual foi um marco na legislação processual pátria, tendo contribuído, inclusive, para a formação da consciência processual brasileira. Isso fica evidente quando se considera que, mesmo após a Constituição de 1891, quando passaram os Estados federados a poder regulamentar suas próprias normas processuais, o Regulamento influenciou diretamente a feituras das referidas normas.[23]

O Regulamento 737 foi editado pouco tempo depois da edição do Código Comercial de 25 de junho de 1850, tendo por escopo regular processualmente as lides comerciais, e seu procedimento se mostrou tão superior ao do processo tradicional que, por meio do Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, o Governo Provisório mandou aplicá-lo no processo das causas cíveis.[24] Quanto à matéria recursal, manteve-se, em geral, fiel às Ordenações Filipinas. O agravo de instrumento, bem como o agravo de petição foram mantidos, sendo, ainda, o critério territorial que distinguia o cabimento entre um e outro.[25]

Tendo por objetivo unificar a legislação processual civil, que se encontrava esparsa desde a emancipação política de Portugal, o Governo imperial atribuiu ao Conselheiro Antonio Joaquim Ribas a tarefa de consolidar a legislação pátria, em cumprimento à Lei n. 2.033, de 30 de setembro de 1871, o que fez sintetizando teses legislativas, utilizando-se, para tal, das leis brasileiras da época e, subsidiariamente, do direito romano e do direito consuetudinário científico. Tornou-se obrigatória por

[21] NORONHA, Carlos Silveira. Do agravo de instrumento. Rio de janeiro: Forense, 1978. p.34.
[22] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 51.
[23] COSTA, Moacyr Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: RT/Edusp, 1970. p. 32-33.
[24] COSTA, Moacyr Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: RT/Edusp, 1970. p. 31.
[25] NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. Rio de janeiro: Forense, 1978. p. 37.

meio da Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876, quando aprovada pelo Império.[26]

A referida consolidação durou nove anos, até que, em 1885, por meio da Lei n. 3.272 e seu Regulamento aprovado pelo Decreto n. 9.549 de 1886, a matéria que dispunha sobre execuções cíveis, nulidades e recursos de agravo, apelação e revista passou a ser reguladas pelo Regulamento 737. Já com a edição do Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, as disposições do Regulamento 737 voltaram a ser aplicáveis ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis de um modo geral, salvo poucas exceções.[27]

Com a promulgação da Constituição Republicana de 1891, cabia à União legislar exclusivamente sobre direito civil, comercial, criminal e processual da justiça federal, assim como sobre a organização desta. Dispunha-se, ainda, que aos estados era facultado tudo que não lhes fosse proibido, razão pela qual se verificou a duplicidade processual e judiciária estadual e federal.[28]

Apenas os estados de Goiás, Mato Grosso, Alagoas e Amazonas não realizaram um código próprio, motivo pelo qual, nestes estados da federação, regeu-se o Regulamento 737 até a promulgação do Código Nacional.[29] Embora cada estado ostentasse autonomia para regular as normas processuais de sua competência, o agravo de instrumento estava previsto em todos os ordenamentos processuais dos estados, contudo com denominações e procedimentos individualizados.[30]

[26] PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 132.
[27] COSTA, Moacyr Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: RT/Edusp, 1970. p. 57.
[28] PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 180.
[29] COSTA, Moacyr Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: RT/Edusp, 1970. p. 68.
[30] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 52.

Essa disposição prevaleceu até o advento do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, ocasião em que se uniformizou o sistema processual pátrio.[31]

2.2 Recorribilidade das decisões interlocutórias à luz do Código de Processo Civil de 1939: a experiência da taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e as consequências verificadas no plano da realidade.

A elaboração do CPC/1939 originou-se de uma tentativa de harmonização da legislação brasileira com a estrutura constitucional vigente,[32] tendo em vista que a União, com a promulgação da Constituição Brasileira de 1934, havia avocado para si a competência legislativa privativa sobre direito processual.[33] Anteriormente a essa inovação, cada Estado-Membro possuia competência legislativa própria em matéria processual, fazendo com que não houvesse unidade jurídica desse ramo científico, o qual estava confuso e obsoleto.[34] Mesmo após o golpe de estado que dissolveu o Congresso e instaurou um modelo fascista denominado Estado Novo, em 10 de novembro de 1937, a carta constitucional outorgada continuou prevendo a competência privativa da União para legislar sobre direito processual.[35]

Quando dos debates sobre a realização do CPC/1939, a ideia que estava em evidência e que agradava boa parte dos processualistas da época era o princípio da oralidade. Este, por sua vez, compõe-se de vários subprincípios, quais sejam, o da concentração, o da mediação, o da identidade física do juiz e o da irrecorribilidade das interlocutórias. Nesse contexto, o procedimento deveria ser célere e objetivo na

[31] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p.57.
[32] BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 52, 1957. p. 180.
[33] COSTA, Moacyr Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: RT/Edusp, 1970. p. 81.
[34] BRASIL. *Exposição de motivos do Código de processo Civil de 1939*. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html.>. Acesso em: 15 jan. 2018. p. 1.
[35] COSTA, Moacyr Lobo da. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: RT/Edusp, 1970. p. 92.

prestação jurisdicional, devendo fazê-lo sem o tumulto causado pelas decisões interlocutórias, ideia essa abraçada pelo legislador brasileiro.[36]

Álvaro Mendes Pimentel, contudo, fazia parte da parcela de doutrinadores não contentes com o rumo adotado pela comissão encarregada de elaborar o CPC/1939, embora fizesse parte dela, fazendo críticas ao projeto. Aquele dizia que não passávamos de meros copiadores, sendo que, ao tempo da Colônia, importávamos diretamente de Portugal; e que, depois, passamos a importar de tudo e de todos. Aduzia que o problema do Brasil, no que se refere ao processo, se dava no âmbito subjetivo, mais precisamente na falta de severa fiscalização na aplicação da lei, e não no âmbito objetivo.[37]

Não obstante a publicação do referido Código de Processo Civil, a nação brasileira não participou efetivamente de sua realização, porquanto não houve tempo suficiente para discussões largas e públicas acerca de todos os problemas que estavam em relevo na época. Em suma, a tramitação foi bastante rápida: o anteprojeto foi publicado em fevereiro de 1939 no Diário Oficial da União, com o intuito de receber sugestões, e, em julho do mesmo ano, o projeto foi encaminhado à aprovação do Presidente da República, tornando-se o Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939.[38] Como consequência, verificou-se que o sistema geral de recursos, dentre todas as outras partes do Código de 1939, era o que apresentava maiores defeitos, sendo complexo e de difícil manejo, conduzindo todos aqueles que lidavam com ele a uma série de erros, bem como corroborando para a procrastinação da prestação jurisdicional.[39]

O CPC/1939 previa, para impugnar as decisões de primeira instância e devolver a matéria e seu julgamento à instância superior, quatro recursos: a

[36] THEODORO JÚNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. *Justilex*, Minas Gerais, v. 2, n. 22, out. 2003. p. 20.
[37] PIMENTEL, Álvaro Mendes. Observações sobre o projecto de código de processo civil. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1939. p. 7-8.
[38] THEODORO JÚNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. *Justilex*, Minas Gerais, v. 2, n. 22, out. 2003. p. 181.
[39] THEODORO JÚNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. Justilex, Minas Gerais, v. 2, n. 22, out. 2003. p. 183.

apelação, o agravo de petição, o agravo no auto do processo e o agravo de instrumento.[40] Das decisões que julgavam o mérito da causa, cabia, em princípio, apelação. Das decisões terminativas que não julgassem o mérito, cabia agravo de petição. O agravo no auto do processo era cabível para evitar a preclusão de decisões ao longo da marcha processual, desde que previstas no rol taxativo do art. 851[41] do CPC/1939. O agravo de instrumento só era permitido se o fato concreto se enquadrasse nas hipóteses previstas no art. 842 e seus incisos, bem como em leis extravagantes, ou seja, também se tratava de um rol taxativo.[42]

O agravo no auto do processo, então, era interposto perante o juízo de primeiro grau e nos mesmo autos em que é processada a ação, podendo a parte interpô-lo oral ou verbalmente, sendo ele apreciado como preliminar do recurso de apelação, conforme preceituava o art. 852[43].[44]

O agravo de instrumento dava origem a um autuado (instrumento), que era composto por todas as peças relevantes à solução do recurso, sendo essenciais, dentre elas, a decisão recorrida e a sua intimação. A decisão permitia que o tribunal conhecesse o conteúdo daquilo contra o qual a parte estava se insurgindo, e a intimação era necessária para se verificar a tempestividade do recurso.[45] A finalidade

[40] BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistema do código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 76.

[41] Art. 851. Caberá agravo no auto do processo das decisões:
I– que julgarem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada;
II– que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado;
III– que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas;
IV– que considerarem, ou não, saneado o processo, ressalvando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846. BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.068, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.html>. Acesso em: 16 set. 2017.

[42] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 201-202.

[43] Art. 852. O agravo no auto do processo, reduzido a termo, poderá ser interposto verbalmente ou por petição em que se mencionem a decisão agravada e as razões de sua ilegalidade, afim de que dela conheça, como preliminar, o Tribunal Superior, por ocasião do Julgamento da apelação (arts. 876 a 878). BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.068, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.html>. Acesso em: 16 set. 2017.

[44] FRANZÉ, Luís Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 84.

[45] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 71.

precípua do instrumento era permitir a marcha processual, impedindo, assim, a suspensão do processo, salvos as exceções contidas nos §§1.º e 2.º do art. 843.[46]

O agravo de instrumento deveria ser interposto no prazo de cinco dias, contados a partir da intimação pessoal do advogado nas comarcas do interior ou da intimação pelo Diário Oficial nas comarcas da Capital; bem como devia conter a exposição dos fatos e do direito, as razões do pedido de reforma da decisão, e a indicação das peças do processo que deveriam ser trasladas.[47]

Por sua vez, cabia ao cartório, no prazo de cinco dias, formar o instrumento com as peças indicadas pelo agravante. Ato contínuo, abria-se vista ao agravado, por um prazo de quarenta e oito horas, a fim de que este pudesse contraminutar o agravo de instrumento, podendo, desde que estivesse disposto a arcar com as custas, solicitar o traslado de peças que julgasse necessárias à demonstração de sua razão. Caso o agravado optasse por assim agir, juntando, pois, novos documentos, devia ser dada ao agravante a oportunidade de se manifestar sobre eles num prazo de quarenta e oito horas.[48]

Depois que os autos do agravo de instrumento estivessem devidamente preparados, surgia a oportunidade de o juiz prolator da decisão reformá-la ou mantê-la. Na primeira opção, o antes agravado poderia agora se tornar agravante, requerendo a subida do instrumento, desde que, em razão da reforma, sofresse prejuízo e coubesse o recurso de agravo de instrumento contra a nova decisão proferida. Na segunda opção, os autos deveriam ser encaminhados à segunda instância, consoante § 6.º do artigo 845. Desta feita, sendo discriminadas as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, desde que ocorrida uma delas, ou

[46] Art. 843. O agravo de instrumento não suspenderá o processo. § 1º O recurso interposto do despacho referido no nº V do artigo anterior suspenderá apenas a obrigação do pagamento das custas.
§ 2º Nos casos previstos nos nº VI, salvo se se tratar de decisão proferida em pedido ou execução de alimentos, XI e XVII, o Juiz suspenderá o processo se não puder suspender apenas a execução da ordem. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968). BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.068, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.html>. Acesso em: 16 set. 2017.
[47] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 71.
[48] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 72.

o recurso era interposto, ou ter-se-ia precluída a possibilidade de interposição deste.[49]

Tendo em vista a pretensão do legislador de antevir quais hipóteses seriam passíveis de serem agravadas por instrumento, críticas foram feitas, uma vez que reformas legislativas no âmbito recursal deveriam levar em consideração todo o sistema de impugnabilidade de decisões judiciais, não somente os recursos. Ao lado destes, existem ainda os meios autônomos de impugnação de decisões judiciais, os quais encontram guarida constitucional, não sendo, portanto, alterados por reformas na legislação ordinária. Isso significa que, havendo desequilíbrio no sistema recursal, observar-se-á, consequentemente, um aumento na utilização dos meios autônomos de impugnação judicial, conforme bem explica Yarshell.[50]

Outro doutrinador que aduz de forma análoga é Juvêncio Vasconcelos Viana, que declarou ser notável o abismo entre as hipóteses legais destacadas pelo legislador e aptas a sustentar o manejo do agravo de instrumento e a prática forense, alargando-se, com isso, o uso da correição parcial e do mandado de segurança, gerando deformações sistêmicas. [51]

Verificou-se, portanto, que, embora o Código de Processo Civil de 1939 tenha significado um grande avanço no campo processual pátrio, urgia uma legislação mais clara e desburocratizada, bem como um sistema recursal mais prático e eficiente.[52]

[49] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 73.
[50] YARSHELL, Flávio Luiz. Alterações nas regras que disciplinam o agravo de instrumento: primeiras impressões. *Revista do Advogado*, São Paulo, Ano 25, p. 56-63, dez. 2005. p. 56-63.
[51] VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *História do processo*: uma análise do código de processo civil de 1939 sob o prisma terminológico. Buscalegis, 2011. v. 13. p. 16.
[52] FRANZÉ, Luís Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 85.

2.3 Recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 1973 originário: a opção do legislador por um modelo inspirado em conceitos abertos quanto às hipóteses de cabimento do agravo instrumentado.

Ao então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, coube a elaboração do CPC/1973, a qual foi realizada seguindo os mais notáveis monumentos legislativos daquele tempo.[53] Ele não desprezava os avanços advindos com o CPC/1939, muito embora reconhecesse que continha uma série de problemas que mereciam ser solucionados.

A ideia inicial era somente emendar o Código anterior, ideia essa que rapidamente deu lugar a uma reforma, em razão, principalmente, da perda sistemática que se veria, conforme assevera Buzaid:[54]

> Depois de demorada reflexão, verificamos que o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do poder judiciário. Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão. Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas.

A reforma relevante ao presente trabalho é a que se deu no âmbito recursal, sendo que, antes da promulgação do CPC/1973, reconheciam-se dois defeitos ao direito brasileiro: um de aspecto terminológico e outro de aspecto sistemático. O primeiro era o emprego de uma mesma expressão para designar institutos diferentes;

[53] BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil*: histórico da lei. Brasília: subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1. t. 1. Disponível em: Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>. Acesso em: 1. out. 2017. p. 12.

[54] BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil*: histórico da lei. Brasília: subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1. t. 1. Disponível em: Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>. Acesso em: 1. out. 2017. p. 10.

e o segundo, uma quantidade excessiva de meios de impugnação de decisões judiciais. [55]

Com o propósito de reduzir o número de recursos, o agravo de petição foi abolido, sendo a apelação o recurso a ser interposto contra sentença, independentemente do conteúdo desta, ou seja, extinguindo o processo com resolução de mérito ou sem resolução de mérito.[56]

No tocante ao regime dos agravos interponíveis contra decisão interlocutória dos juízes de primeiro grau, havia o agravo de instrumento e o agravo retido[57], tendo este substituído o agravo nos autos do processo. O agravo de instrumento era tratado como gênero, ou seja, a requerimento da parte, quando o instrumento pudesse não se formar, o recurso ficaria retido nos autos, sendo apreciado junto com a possível apelação relativa à sentença da causa, ocasião em que era denominado retido. [58]

O agravo retido não era apreciado imediatamente. Ele permanecia nos autos, até que, em virtude de apelação ou reexame necessário, subisse para apreciação do tribunal. Caso se tratasse de apelação, o agravo retido seria analisado nas razões, se interposto pelo réu, ou nas contrarrazões, caso interposto pelo autor, sendo que, em ambos os casos, a parte tinha o ônus de reiterar o recurso, a fim de que fosse julgado. Caso a reiteração não fosse feita, o agravo retido seria dado como renunciado, ocorrendo a preclusão da decisão antes agravada.[59]

No que se refere às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, o rol era amplo, ou seja, o agravo de instrumento passou a ser admitido

[55] BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil*: histórico da lei. Brasília: subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1. t. 1. Disponível em: Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>. Acesso em: 1. out. 2017. p. 26.
[56] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 203.
[57] SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo, Saraiva: 2013. p. 345.
[58] THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 55. ed. Rio de janeiro. Forense: 2014. v. 1. p. 664.
[59] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 82-83.

contra qualquer decisão interlocutória, sendo esta, no CPC/1973, o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.[60] Diante disso, percebeu-se que o legislador, ao editar o referido diploma legislativo, afastou-se do princípio da oralidade, bem como, praticamente, desprezou o subprincípio da irrecorribilidade das interlocutórias.[61]

Quanto ao procedimento do agravo de instrumento, manteve-se a sistemática procedimental do regime anterior,[62] logo devia ser interposto, no prazo de cinco dias, perante o juiz de primeira instância, cabendo ao agravante indicar as peças que seriam copiadas e juntadas ao recurso pelo escrivão.[63] Em regra, o agravo de instrumento não conferia efeito suspensivo à decisão recorrida, salvo se esta estivesse arrolada no artigo 558.[64]

Em razão de o agravo de instrumento ser tratado como gênero, a forma retida ou por instrumento era uma faculdade da parte agravante, havendo, inclusive, fungibilidade entre os dois institutos. Logo, caberia ao agravante requerer que o agravo ficasse retido nos autos, aguardando que este fosse conhecido pelo tribunal quando do julgamento da apelação, ou poderia requerer que o agravo fosse remetido imediatamente ao tribunal, ocasião em que deveria indicar as peças a serem copiadas e juntadas ao recurso.[65]

---

[60] Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
[...]
§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

[61] THEODORO JÚNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. *Justilex*, Minas Gerais, v. 2, n. 22, p. 20-24, out. 2003. p. 21.

[62] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 203.

[63] "A doutrina e a jurisprudência não eram unânimes ao afirmar que caberia ao escrivão copiar e juntar as peças ao recurso. Alguns entendiam ser tarefa do agravante". WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 83.

[64] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 203.

[65] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 82.

Importante destacar que não cabia ao juiz de primeiro grau realizar qualquer tipo de juízo de admissibilidade, mesmo que se verificasse a interposição intempestiva do recurso, podendo, no máximo, rever sua própria decisão, retratando-a, caso se tratasse de agravo de instrumento, ocasião em que abriria a oportunidade à outra parte para se que tornasse a agravante.[66]

Um dos objetivos do CPC/1973 foi diminuir a quantidade de mandados de segurança impetrados, na vigência do CPC/1939, em razão da taxatividade do recurso de agravo de instrumento. Para, para tanto, o legislador optou por retirar a taxatividade do supracitado recurso, ampliando, assim, o seu cabimento. Contudo, embora houvesse ampliado a recorribilidade das decisões interlocutórias, o legislador não atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, fazendo com que as partes continuassem a impetrar o mandado de segurança com o objetivo de suspender os efeitos da decisão até o julgamento daquele. [67]

Diante dos problemas verificados, mostrou-se evidente a necessidade de intervenção legislativa, a fim de buscar minimizar os entraves enfrentados no âmbito recursal, razão pela qual três grandes reformas se sucederam até a promulgação do CPC/2015. Foram elas: as Leis n. 9.139/95, 10.352/01 e 11.187/05.

2.4 Importantes alterações à legislação processual de 1973, consolidadas pelas Leis n. 9.139/95, 10.352/01 e 11.187/05: anotações.

O CPC/1973 mostrou-se um excelente instrumento técnico no momento em que foi editado, porém a doutrina e a jurisprudência, desde o início de sua vigência, discutiam claros problemas práticos, cuja solução só poderia ser alcançada por meio de reformas legislativas. O formalismo exacerbado foi um dos maiores problemas apontados, porquanto dificultava a solução dos litígios, aumentando, por sua vez, a

[66] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 82-83.
[67] THEODORO JÚNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. *Justilex*, Minas Gerais, v. 2, n. 22, p. 20-24, out. 2003. p. 21.

lentidão na prestação jurisdicional, contrastando, ainda, com a crescente busca da tutela jurisdicional.[68]

Em razão disso, a Lei n. 9.139/1995 foi promulgada, trazendo alterações no então CPC/1973. O principal escopo da reforma legal foi o de desburocratizar o recurso de agravo de instrumento e permitir maior agilidade na prestação jurisdicional.[69]

O recurso, anteriormente denominado agravo de instrumento, passou a ter a designação genérica de agravo, podendo ser interposto sob duas modalidades: retido ou de instrumento, cabendo a escolha ao recorrente.[70]

Quanto ao prazo, na sistemática anterior, o recurso deveria ser interposto no prazo de cinco dias, contudo, após a vigência da referida lei, passou a ser de dez dias, seja para o agravo retido, seja para o agravo de instrumento.[71]

No que se referia às decisões posteriores à sentença, como regra, estas eram atacadas por meio do agravo retido, salvo algumas decisões interlocutórias, como a que tratasse da inadmissibilidade da apelação, quando haveria de ser atacada por meio do agravo de instrumento.[72]

O agravo de instrumento, que anteriormente deveria ser interposto no Juízo de primeira instância, passou a ser interposto diretamente no tribunal, podendo o relator conceder efeito suspensivo ao recurso, desde que fosse verificada alguma das hipóteses previstas no art. 558[73] do CPC/1973.[74]

---

[68] PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Agravo no direito brasileiro*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999. p. 19.

[69] SILVA, José Luiz Mônaco da. *Agravo*: regime implantado pela lei n. 9.139/95. São Paulo: J. de Oliveira, 1999. p. 2.

[70] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 84.

[71] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 204.

[72] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 204.

[73] Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão

Cabia, ainda, ao recorrente, além de juntar as peças obrigatórias previstas no art. 525,[75] informar ao juízo de primeira instância a interposição do agravo, juntando cópia do recurso, com a indicação das peças que dele faziam parte, a fim de permitir o juízo de retratação.[76]

As modificações acima expostas não foram suficientes. Na verdade, a Lei n.º 8.952/94 alterou o art. 273 do CPC/1973, artigo que tratava do regime da antecipação dos efeitos da tutela. Ao generalizar o cabimento da tutela provisória, passando a permitir que o juiz proferisse decisões fundadas em cognição não exauriente, o número de decisões dessa natureza aumentou consideravelmente. Esse aumento, somado ao fato de que a recorribilidade das decisões interlucutórias por meio do agravo de instrumento ou do agravo retido permanecia amplo, fez com que os tribunais ficassem abarrotados de agravos de instrumentos.[77]

Em razão disso, outra alteração foi realizada no Código. Esta se deu com a promulgação da Lei n. 10.352/2001. A referida legislação estabeleceu algumas situações em que o agravo retido haveria de ser obrigatório, logo ao relator caberia ordenar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, ordenando sua remessa ao juízo de primeira instância, para juntada ao processo principal, desde que

---

grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

[74] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 204.

[75] Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:
I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;
II - facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis.
§ 1º Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais.
§ 2º No prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local. BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

[76] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 204.

[77] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 84-85.

não se tratasse de provisão jurisdicional de urgência ou não houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, conforme preceituava o art. 527, inciso II, do CPC/1973.[78]

Contudo, a reforma se mostrou tímida e ineficaz, uma vez que a decisão que determinava a conversão do agravo de instrumento em agravo retido era recorrível. Dessa forma, as partes continuavam a interpor o agravo de instrumento, cabendo ao relator, no tribunal, a conversão em agravo retido. Ocorria, ainda, de a parte insurgir-se contra a decisão do relator, por meio do agravo interno, ocasião em que caberia ao órgão colegiado analisar se o agravo de instrumento devia ou não ser convertido em agravo retido. Ou seja, como resultado, surgiu mais um incidente processual a ser resolvido pelo tribunal [79]

Outro autor que não vislumbrou muito avanço na reforma foi Humberto Theodoro Jr.,[80] que afirmou ser tímida, porque assegurou ao recorrente o direito de novo agravo para compelir o julgamento do agravo de instrumento pelo colegiado e evitar a sua conversão em agravo de instrumento. Afirma, ainda, que o regime do agravo continuou demasiadamente aberto e excessivamente liberal, pois:

> Ao invés de forçar o uso do agravo retido nos casos não urgentes, a reforma conferiu apenas uma faculdade para o relator, quando o que se impunha era uma atitude muito mais firme, que se limitasse a franquear o agravo de instrumento apenas para os casos de "urgência" ou de "perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação". Fora desses casos especiais, o agravo retido não seria mais uma faculdade, mas um imperativo legal.

Diante dos problemas acima expostos, fez-se necessária outra reforma, dessa vez com a edição da Lei n. 11.187/2005, a fim de, entre outros objetivos, restringir o acesso ao agravo de instrumento. Este somente seria cabível em hipóteses expressamente indicadas na lei, quais eram: a um, quando se tratasse de decisão

[78] THEODORO JÚNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. *Justilex*, Minas Gerais, v. 2, n. 22, p. 20-24, out. 2003. p. 22.
[79] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 86.
[80] THEODORO JÚNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. *Justilex*, Minas Gerais, v. 2, n. 22, p. 20-24, out. 2003. p.22.

suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; a dois, nos casos de inadmissão da apelação; a três, nos casos relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida. Importante observar que, na liquidação de sentença e na execução, o agravo sempre seria o de instrumento.[81]

Caso o recorrente interpusesse o agravo de instrumento fora das situações descritas em lei, o relator deveria convertê-lo em retido, não podendo tal decisão vir a ser atacada por meio do agravo interno, como anteriormente se fazia.[82] Em se tratando do agravo retido que impugnasse decisão interlocutória em audiência de instrução e julgamento, a alteração legislativa previu a imediata impugnação e na forma oral, [83] consoante art. 543, §3º.[84]

Não obstante as referidas alterações, o legislador entendeu que seria necessária a elaboração de um novo diploma processual, porquanto houve a perda da homogeneidade sistêmica do CPC/73, bem como porque a base doutrinária que lhe serviu de parâmetro, depois de cerca de 40 anos, já estava ultrapassada.

2.5 Algumas conclusões críticas a respeito da normatização da recorribilidade das decisões interlocutórias no pretérito do processo civil brasileiro: os sucessivos caminhos do legislador brasileiro.

Importante que se realize, até para uma melhor compreensão da recorribilidade das decisões interlocutórias no direito pátrio, um escorço histórico,

[81] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 204-205.

[82] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 205.

[83] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 92.

[84] art. 523, § 3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005). BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

acompanhado de conclusões críticas, as quais corroborarão para o caráter científico do presente trabalho.

Mesmo após a independência do Brasil, o legislador pátrio achou por bem manter em vigor as Ordenações Filipinas. Estas perpetuaram a utilização do agravo como remédio contra decisões interlocutórias de primeiro grau, contudo com adjetivações: de petição, de instrumento, no auto do processo e de ordenação não guardada.[85]

O CPC/1939 adotou o sistema da oralidade, bem como o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Para tanto, previu dezessete hipóteses para o cabimento do agravo de instrumento e quatro hipóteses para o cabimento agravo no auto do processo.[86]

Um sistema baseado na irrecorribilidade das interlocutórias, porém não afetado pela preclusão, advinha do pensamento de Chiovenda, segundo o qual só se permitiria recurso contra a sentença final. Ele faz sentido quando se tem um processo concentrado, curto e com poucas decisões interlocutórias, o que não era realidade do processo brasileiro.[87]

O direito brasileiro, na década de 1940, continuou a ser escrito e fragmentado, havendo, entre a petição inicial e a decisão final do processo, um grande número de decisões interlocutórias, as quais, a depender do objeto, caso não se pudesse imediatamente recorrer, possibilitariam a ocorrência de danos e prejuízos

[85] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p.144.

[86] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p.144.

[87] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p. 145.

irreparáveis à parte sucumbente.[88] Em razão disso, a fim de preencher os vazios processuais, difundiu-se o uso de outros meios de impugnação de decisões judiciais, como a correição parcial, a reclamação e o mandado de segurança.[89]

O CPC/1973 originário, por sua vez, abandonou o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e previu a recorribilidade ampla, ou seja, todas as decisões interlocutórias seriam imediatamente recorríveis por meio do agravo de instrumento, na época tratado como gênero. Este, por sua vez, possuía duas formas de processamento: de fato por instrumento e retido nos autos, que seriam as espécies.[90]

Diante da confusão causada em razão de um mesmo recurso funcionar como gênero e espécie, em 1995, com a promulgação da Lei n. 9.139, a impropriedade terminológica foi suprida. O gênero passou a ser apenas agravo, sendo o agravo de instrumento e o agravo retido regimes de interposição. Aquele deveria ser interposto no tribunal; enquanto este, no juízo de primeiro grau.[91]

Como o agravo de instrumento passou a ser interposto pela própria parte diretamente no tribunal, passou-se a verificar aumento no número de interposições, diante da possibilidade de o relator atribuir efeito suspensivo à eficácia da decisão interlocutória recorrida, quando entendia haver o perigo de dano grave ou de difícil

[88] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p. 145.

[89] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p. 145.

[90] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p. 147.

[91] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p. 147.

reparação para o agravante.[92] Isso levou a perceberem que os tribunais estavam debruçando-se mais sobre questões intermediárias do que reexaminando sentenças.[93]

O legislador, atento a essa situação, por meio da Lei n. 10.352/2001, autorizou o relator a converter o agravo de instrumento em agravo retido, quando entendesse não haver urgência. Essa alteração, por si só, não alcançou o efeito almejado, uma vez que não impediu que as partes continuassem interpondo o agravo de instrumento, o qual ainda teria de ser analisado pelo relator.[94]

A Lei n. 11.187/2005, por seu turno, buscou retirar da parte a possibilidade de escolha ao interpor o recurso. Diante disso, a regra era que o agravo seria retido nos autos, sendo cabível o agravo de instrumento somente quando a decisão pudesse causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, quando a decisão inadmitisse a apelação, ou quando versasse sobre os efeitos em que a apelação seria recebida. Caso interposto agravo de instrumento numa situação que não se enquadrasse tal recurso, cabia ao relator convertê-lo em agravo retido, sendo essa conversão insuscetível de recurso imediato.[95]

A modificação descrita não trouxe avanços, pois não era difícil a parte demonstrar que a não interposição imediata de recurso pudesse causar-lhe lesão grave ou de difícil reparação, uma vez que a própria alegação de que a continuidade do processo promovida por uma decisão que o prejudicava se mostrava suficiente.[96]

---

[92] THEODORO JÚNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. *Justilex*, Minas Gerais, v. 2, n. 22, p. 20-24, out. 2003. p. 22.

[93] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p. 147.

[94] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p.147.

[95] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p.147.

[96] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. Disponível em: <https://integrada.

Diante de sucessivas alterações que acabaram por retirar a homogeneidade sistêmica do CPC de 1973, assim como em razão da evolução doutrinária no campo processual, optou-se pela elaboração de um novo diploma processual.[97] Em 16 de março de 2015, foi promulgado o Código de Processo Civil de 2015.

Por sua vez, o CPC/2015, quanto a recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, retornou a um sistema análogo ao verificado no CPC de 1939, uma vez que restringiu o cabimento do agravo de instrumento, no que se refere às decisões interlocutórias proferidas pelo juiz de primeiro grau, no processo de conhecimento, a um rol taxativo, excluindo do ordenamento o agravo retido. Preconizou, ainda, conforme §1.º do art. 1.009, que as decisões cuja imediata recorribilidade não fosse possível não estariam preclusas, devendo a parte prejudicada suscitá-las na apelação ou nas contrarrazões desta.[98]

As alterações realizadas pelo legislador, embora recentes, são objeto de críticas por parte da doutrina. Com o objetivo de descongestionar os tribunais de segunda instância, restringindo o cabimento do agravo de instrumento, abriram-se portas para outros meios de impugnação de decisões judiciais, que, a depender, poderão retardar ainda mais a prestação jurisdicional, bem como trouxeram dúvidas que serão suscitadas mais a frente.

2.6 O Código de Processo Civil de 2015, a impugnabilidade das interlocutórias em questão e a regra da taxatividade: um olhar sobre o novel disciplinamento e as suas similitudes com o regime processual de 1939.

minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017. p. 147.

[97] **BRASIL. *ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 2010*. DISPONÍVEL EM: <HTTPS://WWW.SENADO.GOV.BR/SENADO/NOVOCPC/PDF/ANTEPROJETO.PDF.>. ACESSO EM: 23 SET. 2017. P. 12.**

[98] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 204-205.

Em 2016, entrou em vigor a Lei n.13.105/2015,[99] que institui o Código de Processo Civil de 2015. O novo diploma processual é relevante para diversas áreas do direito, uma vez que é utilizado de forma supletiva e subsidiária na aplicação delas, conforme art.15 do CPC/2015.[100]

No anteprojeto do Código de Processo Civil, mais precisamente nas exposições de motivos, mostram-se os objetivos almejados pelos legisladores ao construir a nova sistemática do CPC/2015. São cinco escopos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.[101]

Dentre as mudanças, a mais significativa é a que trata do regime de recorribilidade das decisões proferidas por juiz de primeiro grau. Com a entrada em vigor do CPC/2015, não mais existe a figura do agravo retido, passando o agravo de instrumento a ser tratado do art. 1.015 ao art. 1.020. O agravo de instrumento, por sua vez, somente será cabível, na fase de conhecimento, quando o fato concreto se amoldar às hipóteses descritas nos incisos do art. 1.015. Quando não o fizer, a decisão somente será recorrível em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desta.

São imediatamente recorríveis por meio de agravo de instrumento, na fase de conhecimento, as decisões interlocutórias que versarem sobre: (i) tutelas provisórias; (ii) mérito do processo; (iii) rejeição da alegação de convenção de arbitragem, (iv)

---

[99] O texto original passou por três alterações: Lei 13.256/2016, Lei 13.363/2016 e Lei 13.465/2017.

[100] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/le i/l13105.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

[101] **BRASIL. *ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*. 2010. P. 14. DISPONÍVEL EM:** <*https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf.*>. *Acesso em: 23 set. 2017.*

incidente de desconsideração da personalidade jurídica; (v) rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; (vi) exibição ou posse de documento ou coisa; (vii) exclusão de litisconsorte; (viii) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; (ix) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; (x) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; (xi) redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1.º; e (xii) outros casos previstos em lei.[102]

Cumpre ressaltar que a taxatividade restringe-se à fase de conhecimento, não se aplicando às fases de liquidação e de cumprimento de sentença, nem ao processo de execução de título extrajudicial, conforme se depreende da leitura do parágrafo único do art. 1.015 do CPC/2015. Aliás, a opção legislativa de restringir o cabimento do agravo de instrumento no procedimento comum é objeto de críticas de parte da doutrina. Segunda eles, criou-se um modelo incoerente, no qual se observarão situações em que uma mesma decisão, dependendo do procedimento, poderá ou não ser imediatamente recorrível.[103]

No que se refere ao CPC/1939, o artigo 842 previa um rol composto por dezessete incisos, além de ressalvar outros casos previstos expressamente em lei, em que seria possível a interposição do agravo de instrumento. No que tange à similitude com o rol atual, havia dois incisos análogos, sendo eles: o inciso I, que autorizava a utilização do recurso contra decisões que não admitissem a intervenção de terceiro na causa; e o inciso V, que permita o uso do agravo de instrumento contra decisões que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade. Nota-se que o Código de Processo Civil de 1939 somente permitia a interposição do agravo de

[102] BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 690-691.
[103] BAHIA, Alexandre Melo Franco et al., 2015 apud ROMÃO, 2016, p. 260-261.

instrumento contra a decisão que inadmitia a intervenção de terceiro, sendo irrecorrível de imediato a decisão que admitisse.[104]

Verifica-se, portanto, a decisão do legislador de obstar a recorribilidade ampla e imediata de todas as interlocutórias, salvo aquelas localizadas no rol taxativo do art. 1.015, bem como aquelas proferidas na fase de cumprimento de sentença, no processo de execução e de inventário, retornando, pois, a um regime análogo ao adotado pelo legislador de 1939.

Contudo, fazendo uma regressão empírica, a decisão do legislador atual de restringir a interposição do agravo de instrumento àquelas situações legais mostra-se controversa. Na vigência do CPC/1939, a defesa da taxatividade das hipóteses de cabimento fez com que as partes se utilizassem de ações impugnativas e de sucedâneos recursais para se insurgirem contra a decisão interlocutória não agravável. As principais vias utilizadas foram a reclamação, a correição parcial e o mandado de segurança.[105]

Na verdade, a experiência foi tão prejudicial ao andamento da marcha processual que o legislador de 1973 preferiu, inicialmente, permitir a mais ampla liberdade para que as partes pudessem imediatamente recorrer das decisões interlocutórias por meio do agravo de instrumento. Contudo, a possibilidade de utilização de sucedâneos recursais na vigência do CPC/2015 é bastante reduzida quando comparada àquela da vigência do CPC/1939, tendo em vista que o inciso I do art. 1.015, ao permitir a recorribilidade imediata da decisão que versa sobre tutela provisória, preenche justamente a lacuna legislativa do CPC/1939, que serviu de

[104] BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.068, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.html>. Acesso em: 16 set. 2017.

[105] GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. 2016. 380 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 80.

fundamento para a utilização de sucedêneos recursais, a fim de afastar danos graves e de difícil reparação.[106]

3 A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

O CPC/2015 trouxe alterações quanto ao recurso cabível a ser manejado diante de decisão judicial interlocutória de primeiro grau. Para cada tipo de pronunciamento judicial com conteúdo decisório, existe um recurso específico, de acordo com o princípio da correspondência.[107] Os despachos não são recorríveis, em regra, em virtude do baixo conteúdo decisório que possuem, o que foi corroborado pelo artigo 1.001 do CPC/2015.[108] Os despachos são irrecorríveis, em regra, porque o importante a ser analisado é o conteúdo do despacho e não a sua nomenclatura. Caso se verifique a existência de conteúdo decisório relevante no bojo de despacho, contra ele poderá ser manejado recurso.[109]

Importante se faz definir o que é recurso. Numa acepção técnica, recurso é instrumento cuja função é provocar o reexame, no mesmo processo, de pronunciamento judicial com carga minimamente decisória, com o fim de se obter a invalidação, a integração, o esclarecimento ou a reforma do supracitado ato judicial.[110] Com propósito semelhante, se encontram as ações autônomas, que também se servem para impugnar decisão judicial, no entanto, diferem-se dos recursos porque inauguram novo processo, ou seja, correm em autos apartados. São exemplos de recursos a apelação, o agravo de instrumento e os embargos de

[106] GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. 2016. 380 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 384.
[107] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 34.
[108] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 41.
[109] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 42.
[110] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 87.

declaração; enquanto que são exemplos de ações autônomas de impugnação o mandado de segurança, a ação rescisória e a reclamação.[111]

Nesse sentido, é relevante ao presente estudo a inteligência da recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau no CPC/2015, percorrendo a análise dos seguintes pontos: as decisões interlocutórias agraváveis, as decisões interlocutórias apeláveis e as decisões interlocutórias impugnáveis pelo mandado de segurança.[112]

3.1 O procedimento do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015.

Cumpre informar o procedimento do recurso de agravo de instrumento no CPC/2015.[113] Para tanto, será feita uma análise dos seguintes pontos: prazo para interposição do recurso, principais prazos do relator, elementos que compõem o recurso e seus requisitos, comprovação da interposição do agravo no juízo de primeiro grau, juízo de retratação, providências do relator e julgamento colegiado do agravo.

O CPC/2015 unificou os prazos para interposição de recursos em 15 dias, com exceção dos embargos de declaração, bem como previu que a contagem dos prazos se dará em dias úteis. Imperioso ressaltar que o Ministério Público, a Fazenda Pública e a Defensoria Pública possuem prazos em dobro para manifestarem-se nos autos, e, quanto à útima, desde que lei não estabeleça de forma expressa prazo próprio para ela. Segundo o §3.º do art. 186, a contagem em dobro do prazo para se manifestar, atribuído à Defensoria, se estenderá aos escritórios de prática jurídicas das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam

[111] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 89.
[112] Não serão analisadas outras formas de impugnação às decisões judiciais, tendo em vista a extensão do presente trabalho monográfico.
[113] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 120.

assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.[114]

Assim, proferida a decisão judicial, o agravo de instrumento será interposto diretamente no tribunal, conforme art. 1.016 do CPC/2015, no prazo de 15 dias úteis, juntamente com o preparo, com as peças obrigatórias e peças facultativas, salvo quanto às últimas se forem autos eletrônicos.[115]

Recebido o agravo pelo tribunal, este deverá ser distribuído imediatamente, caso não seja o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV[116], e o relator terá 5 dias decidir monocraticamente se negará seguimento ou dará provimento às razões do recurso, podendo, também, decidir sobre providências instrutórias, a fim de que haja o julgamento colegiado. Ainda quanto ao prazo do relator, este terá o prazo de 1 mês para solicitar o dia do julgamento, a contar da intimação do agravado, segundo art. 1.020 do CPC/2015. [117] Cumpre ressaltar que o prazo do juiz e de seus auxiliares são impróprios, ou seja, não acarretam preclusão.[118]

No que se refere aos elementos que compõem o agravo de instrumento, este é composto, basicamente, por três: petição do agravo, peças e preparo.

---

[114] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 121-123.

[115] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 276.

[116] Art. 932. Incumbe ao relator:
[...]
III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;
IV - negar provimento a recurso que for contrário a:
a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
[...]
BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/le i/l13105.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

[117] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 277.

[118] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 278.

A petição do agravo possuirá os seguintes requisitos: os nomes das partes; a exposição do fato e do direito; as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido; e o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo, conforme art. 1.016 do CPC/2015.[119]

As peças obrigatórias, nos autos físicos, são: cópia da petição inicial; da contestação; da decisão que ensejou a petição agravada; da própria decisão agravada; da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade; e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. Caso não seja possível a juntada de qualquer documento acima descrito, será necessário instruir o processo com a declaração de inexistência, feita pelo advogado do agravante, sob pena de responsabilização pessoal. É facultado ao agravante juntar outras peças que reputar úteis. Acompanhará, ainda, quando devidos, a petição o comprovante de pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, de acordo com tabela publicada pelos tribunais.[120]

Outro requisito indispensável – desde que alegado pela parte agravada (art. 1.018, §3º, do CPC/2015) – sob pena de inadmissibilidade do agravo de instrumento é a comprovação da interposição do recurso no juízo de primeiro grau, a fim de que o juiz possa retratar-se. Sendo assim, o art. 1.018 preconiza que o agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso, sendo que, em não se tratando de autos eletrônicos, o agravante deverá fazê-lo em três dias da interposição do agravo de instrumento.[121] Caso o juiz se retrate, total ou parcialmente, o agravo de instrumento restará prejudicado, respectivamente,

[119] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 279.
[120] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Agravo e o novo código de processo civil. Curitiba: Juruá, 2017. p. 283.
[121] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Agravo e o novo código de processo civil. Curitiba: Juruá, 2017. p. 303.

no todo ou em parte; caso não o faça, o recurso continua com o seu processamento comum.[122]

O relator, ao verificar que não é caso de inadmissão ou de negativa imediata do provimento do recurso, manifestará acerca de eventual pedido de efeito suspensivo ou de tutela provisória recursal, para, somente então, intimar o agravado para responder ao recurso, oportunizando o princípio do contraditório, tendo prazo de 15 dias úteis para tal, podendo juntar documentos que entender necessários ou úteis ao julgamento.[123]

Passados os 15 dias, com ou sem as contrarrazões, o relator determinará, caso se trate de umas das hipóteses do art. 178 do CPC/2015 (interesse público ou social, interesse de incapaz e litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana), a intimação do Ministério Público para que se manifeste, e , caso não se trate de nenhuma dessas hipóteses ou após a manifestação do *Parquet*, aplicar-se-á o disposto a partir do art. 933 do CPC/2015, que trata da ordem dos processos nos tribunais, sendo o recurso, salvo nos casos previstos em lei em que o relator poderia julgar monocraticamente, levado a julgamento pelo colegiado.[124]

3.2 As decisões interlocutórias agraváveis.

O artigo 1.015 do CPC/2015 prevê as hipóteses em que determinada decisão interlocutória poderá ser imediatamente impugnada, e o recurso cabível para isso é o agravo de instrumento. O legislador, caso se utilize do processo de interpretação gramatical,[125] conferiu taxatividade às matérias arroladas no supracitado artigo, logo,

[122] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 307-311.
[123] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 239.
[124] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 240-241. v. 3.
[125] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 87.

caso não se interponha o agravo de instrumento tempestivamente ocorrerá o fenômeno jurídico da preclusão.

Relevante realizar uma análise minuciosa do artigo[126] em questão, o qual prevê:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
>
> I - tutelas provisórias;
>
> II - mérito do processo;
>
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
>
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
>
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
>
> VII - exclusão de litisconsorte;
>
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
>
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
>
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
>
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
>
> XII - (VETADO);
>
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
>
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O inciso I trata da possibilidade de interposição do agravo de instrumento quando a decisão interlocutória referir-se à tutela provisória, seja ela de urgência ou de evidência. Logo é agravável a decisão que concede, nega, modifica ou revoga a

[126] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/le i/l13105.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

tutela de urgência antecipada, seja ela antecedente ou incidental; a tutela de urgência cautelar, seja ela, também, antecedente ou incidental; e a tutela de evidência. [127]

E quanto à decisão que, sem justificativa, posterga a análise do pedido de tutela provisória para depois da contestação ou para outro momento processual, condiciona sua análise ao pagamento de custas ou a qualquer outra exigência? Cunha e Didier Jr.[128], bem como Franzé[129], consideram tal situação uma negativa velada, cabendo, portanto, agravo de instrumento. Da mesma forma preconiza o Enunciado 29[130] do Fórum Permanente de Processualistas Civis.[131]

O inciso II permite a imediata recorribilidade quando a decisão interlocutória tratar do mérito do processo. A fim de ilustração, são exemplos de decisão interlocutória que versa sobre o mérito: rejeição ou acolhimento de prescrição ou decadência e prosseguimento do processo; homologação de reconhecimento, renúncia e transação parciais de pedido. [132]

Em se tratando de decisão parcial de mérito, no que se refere às decisões anteriores não agraváveis com ela relacionadas, o momento adequado para mencioná-las, sob pena de preclusão, é na preliminar ou na contrarrazão do agravo de instrumento. Isso ocorre porque a decisão interlocutória de mérito, quando não impugnada, transitará em julgado, logo não faria sentido permitir que decisões anteriores à decisão interlocutória de mérito, quando não agraváveis, fossem impugnadas somente na sentença. Corroborando o acima exposto, está no enunciado 611 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis:

---

[127] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 245.

[128] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 212-213.

[129] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 245.

[130] Enunciado 29: É agravável o pronunciamento judicial que postergar a análise do pedido de tutela provisória ou condicionar sua apreciação ao pagamento de custas ou a qualquer outra exigência.

[131] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Agravo e o novo código de processo civil. Curitiba: Juruá, 2017. p. 245.

[132] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 213.

> Na hipótese de decisão parcial com fundamento no art. 485 ou no art. 487, as questões exclusivamente a ela relacionadas e resolvidas anteriormente, quando não recorríveis de imediato, devem ser impugnadas em preliminar do agravo ou nas contrarrazões.

O inciso III permite a interposição do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que versar sobre a rejeição da alegação de convenção de arbitragem. Cabe ao réu, conforme art. 337, inciso X, alegar a existência de convenção de arbitragem em preliminar de contestação. Não seria prudente somente permitir ao réu insurgir-se contra tal decisão em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desta, diante da clara violação de princípios caros ao processo, como o da celeridade e o da razoabilidade. [133]

O inciso IV autoriza interposição do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que tratar do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Este, conforme Capítulo IV do Título III do CPC/2015, é uma das modalidades de intervenção de terceiros no processo e foi trazido ao Direito brasileiro pelo Professor Rubens Requião, na década de 1960, em razão de seu estudo sobre a matéria *disregard doctrine*.[134] O incidente regulado entre os arts. 133 e 137 do CPC pode ser requerido pela parte ou pelo Ministério Público, suspende o processo e é resolvido por meio de decisão interlocutória. Importante salientar que, em sendo requerida a desconsideração da personalidade jurídica na petição inicial, dispensar-se-á a instauração do incidente, bem como não haverá a suspensão do processo, sendo decidida a desconsideração na sentença, logo caberá apelação.[135] Carlos Gonçalves questiona a importância desse inciso, uma vez que o inciso IX, ao tratar de forma

[133] DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1330.
[134] MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*. v. 256. ano 41. p. 147-168. São Paulo: Ed. RT, jun. 2016. p. 160.
[135] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 218.

genérica da admissão ou inadmissão da intervenção de terceiro, já abarcaria o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. [136]

O inciso V prevê que a rejeição de pedido de gratuidade de justiça ou o acolhimento de sua revogação poderá ser imediatamente agravável quando proferido mediante decisão interlocutória. A gratuidade de justiça está prevista entre os artigos 98 e 102 do CPC/2015. Em se tratando de pedido de gratuidade advindo de pessoa física, tem-se que que alegação é presumidamente verdadeira, contudo, quando se tratar de alegação feita por pessoa jurídica, esta deverá demonstrar documentalmente a impossibilidade junto ao requerimento, sob pena de tê-lo indeferido.

O §5º do art. 98 do CPC/2015 permite a concessão do benefício da gratuidade de justiça a apenas alguns atos ou a concessão de redução percentual de despesas processuais que o beneficiário teria de adiantar. Caso a parte pleiteie pela gratuidade integral, a decisão que defere o benefício parcialmente, bem como a que converte o benefício integral em parcial, após impugnação da parte contrária, são imediatamente agraváveis.[137] Nesse sentido o enunciado 612 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

> Cabe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que, apreciando pedido de concessão integral da gratuidade da Justiça, defere a redução percentual ou o parcelamento de despesas processuais.[138]

Ainda quanto ao inciso V, importante ressaltar que não caberá a imediata recorribilidade, por meio do agravo de instrumento, da decisão que deferir a gratuidade de justiça a uma das partes, uma vez que a letra da lei é categórica ao

[136] GONÇALVES, Marcus Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. p. 315.
[137] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 219.
[138] Art. 98, §6.º: Conforme o caso, o juiz poderá conceder o direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do processo. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/le i/l13105.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

afirmar que somente será imediatamente agravável a decisão interlocutória que rejeitar ou revogar a concessão da gratuidade de justiça.[139]

O inciso VI possibilita a utilização do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que versa sobre exibição ou posse de documento ou de coisa, que nada mais é do que um meio de obtenção de prova. A exibição ou posse de documento ou de coisa aplica-se à parte contrária ou a terceiro[140]. Quando requerida contra a parte contrária, um incidente processual será criado e deverá ser resolvido por meio de decisão interlocutória. Por outro lado, quando requerida contra terceiro, um processo incidental será aberto e, após a instrução e julgamento, será encerrado mediante sentença. No entanto, há casos em que o juiz poderá determinar a um terceiro, por meio de um incidente processual, que exiba documento ou coisa, ocasião em que haverá a subsunção do fato com o inciso VI, do art. 1.015 do CPC/2015, logo cabendo agravo de instrumento.[141]

O inciso VII, por sua vez, trata da exclusão de litisconsorte. Litisconsórcio pode ser definido como a pluralidade de sujeitos no mesmo polo da relação processual. Pode, ainda, ser classificado como ativo, passivo ou misto, a depender de sua formação. Se houver dois ou mais autores, o litisconsórcio será ativo; se houver dois ou mais réus, passivo; e, caso haja dois ou mais autores e dois ou mais réus, misto.[142] Portanto, sendo proferida decisão interlocutória excluindo litisconsorte, caberá a interposição imediata do agravo de instrumento. De fato não faria sentido, em razão das consequências oriundas de tal decisão, afastar a possibilidade de imediato recurso, porque, caso a matéria fosse arguida somente em apelação, o

[139] GONÇALVES, Marcus Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. p. 314.

[140] Aquele que é estranho em uma relação jurídica ou em um contrato, que não é parte por si ou por representante. Qualquer pessoa que participa, além de autor e réu, de uma demanda, por nela ter interesse próprio ou interesses que venham a ser afetados pelo resultado do pleito. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário universitário jurídico*. São Paulo: Rideel, 2014. p.248.

[141] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3. p. 220.

[142] DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 457.

provimento desta teria o condão de anular todos os atos advindos após a exclusão do litisconsorte, indo totalmente de encontro aos princípios da eficiência e da duração razoável do processo.[143]

O inciso VIII versa sobre a possibilidade da interposição do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que trata da rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio. É facultado ao juiz, conforme o disposto no art. 113, §1º do CPC/2015, limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando puder comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.[144] Percebe-se que o fundamento dessa possibilidade é preservar a razoável duração do processo e a ampla defesa, razão pela qual o enunciado 116 do Fórum Permanente de Processualistas Civis preconiza que:

> Quando a formação do litisconsórcio multitudinário for prejudicial à defesa, o juiz poderá substituir a sua limitação pela ampliação de prazos, sem prejuízo da possibilidade de desmembramento na fase de cumprimento de sentença.

Cumpre ressaltar que, quanto à intervenção do *amicus curie*, embora se trate de intervenção de terceiro, o seu deferimento é irrecorrível por expressa disposição legal, consoante art. 138 do CPC/2015.[145] [146]

O inciso IX trata da admissão ou da inadmissão de intervenção de terceiro. Aguardar a prolação da sentença para permitir à parte interessada impugnar a decisão interlocutória que admitisse ou inadmitisse a participação de terceiro no processo, poderia gerar gravame, uma vez que, modificada a decisão, todos os atos

[143] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 220-221.
[144] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 222.
[145] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 222-223.
[146] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 257-258.

posteriores a ela seriam desfeitos, não contribuindo em nada à razoável duração do processo, à razoabilidade e à proporcionalidade.[147]

Cumpre ressaltar que as hipóteses de intervenção de terceiros não são somente aquelas previstas entre os arts. 119 e 138 do CPC/2015, mas também aquelas previstas em outros artigos do Código, bem como em leis extravagentes. Portanto são impugnáveis imediatamente, sob pena de preclusão, as decisões interlocutórias que admitirem ou inadmitirem intervenção de terceiro no processo.[148]

O inciso X cuida da decisão interlocutória que concede, modifica ou revoga o efeito suspensivo aos embargos à execução. A depender do título executivo, varia, também, a forma de execução. Se se tratar de um título executivo judicial, a execução será uma fase do procedimento comum, denominada cumprimento de sentença, da qual o réu se defenderá por meio de impugnação ao cumprimento de sentença. Por outro lado, fundando-se em título executivo extrajudicial, estar-se-á diante de um novo processo, denominado processo de execução. Contra este o réu se insurgirá por meio de embargos à execução.[149]

Em regra, os embargos à execução não possuem efeito suspensivo, conforme art. 919 do CPC/2015, porém ele poderá ser concedido caso o embargante assim o requeira, devendo, desde que a execução já esteja suficientemente garantida, comprovar os requisitos para a concessão da tutela provisória. Caso o juiz conceda, modifique ou revogue a suspensão dos embargos à execução, a parte prejudicada poderá, imediatamente, agravar de instrumento.[150]

---

[147] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 222.

[148] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 222.

[149] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 258-259.

[150] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 223.

O inciso XI versa sobre a redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º. A ordem natural, conforme art. 373, *caput*, é que o ônus da prova recaia sobre o autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e sobre o réu, quanto ao fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor. A exceção trazida pelo §1º do referido dispositivo se justifica porquanto autoriza ao juiz redistribuir o ônus da prova, modificando a regra geral, a fim de evitar que peculiaridades do encargo tornem excessivamente difícil ou mesmo impossível a obtenção por uma das partes, ou quando se verificar que uma das partes tem maior facilidade para produzir determinada prova.[151]

No que se refere ao inciso XII, este previa que seria imediatamente agravável a decisão interlocutória que versasse sobre conversão da ação individual em ação coletiva, no entanto o dispositivo foi vetado sob o argumento de que ele poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, em razão da forma como foi escrito, inclusive se sobrepondo ao interesse das partes. Argumentou-se, ainda, que o tema exigiria disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto e que o Código já contempla mecanismos para tratar de demandas repetitivas. Saliente-se que a Ordem dos Advogados do Brasil manifestou-se a favor do veto.[152]

O inciso XIII preceitua que são agraváveis outros casos expressamente referidos em lei. Verifica-se, portanto, que se permite a criação, por lei federal, de outras hipóteses agraváveis. Cabe somente à lei, não sendo permitida a extensão do rol de cabimento mediante negócio jurídico processual entre as partes litigantes.[153]

Dito isso, nota-se que, embora se trate de um rol taxativo, a sua lista não se limita ao Código, porquanto existem nele próprio exemplos de decisões agraváveis

[151] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 224.
[152] CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da (Cols.). *Vade Mecum Compacto*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 479.
[153] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 224.

fora do art. 1015 do CPC/2015. São exemplos, no próprio CPC/2015, os arts. 382, §4º; 1.037, §13º, I; e 354, parágrafo único.[154] Por outro lado, há ainda possibilidade de se encontrar decisões agraváveis, inclusive, em legislação extravagante, como a decisão que fixa aluguel provisório em ação renovatória de locação e em ação revisional, a decisão de conversão da ação de busca e apreensão em ação executiva, entre outras.[155]

O parágrafo único do art. 1.015 do CPC/2015 prevê que, também, serão recorríveis mediante agravo de instrumento as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no procedimento de inventário. Aqui não importa a qualidade da decisão interlocutória, o que permitirá o manejo do agravo de instrumento é o momento da prolação da decisão,[156] ou seja, uma decisão de indeferimento de prova no curso do procedimento comum não seria imediatamente agravável, porém, caso a mesma decisão fosse prolatada durante a fase de liquidação de sentença, caberia a imediata impugnabilidade pelo agravo de instrumento.

Os parágrafos acima expostos indicam as matérias imediatamente agraváveis, caso se entenda tratar-se de um rol taxativo. Há, ainda, aqueles que, embora reconheçam a taxatividade do artigo 1.015 do CPC/2015, afirmem ser possível a aplicação da interpretação extensiva.

Filiando-se à doutrina que entende pela taxatividade plena da imediata recorribilidade das decisões interlocutórias estão: Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, entre outros. Para eles, o rol previsto pelo legislador não

[154] MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 256. ano 41. p. 147-168, jun. 2016. p. 166.
[155] MARANHÃO, 2016 apud NOTARIANO e BRUSCHI, 2004, p. 127.
[156] LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015. p. 234.

deve ser interpretado extensiva ou analogicamente, sendo que, em casos de urgência na decisão do tribunal, deve-se admitir a impetração do mandado de segurança.[157]

Defendendo outra posição doutrinária, há processualistas de renome no cenário nacional que, embora reconheçam a taxatividade, admitem a interpretação extensiva das hipóteses elencadas pelo legislador pátrio no artigo 1.015 do CPC/2015, como: Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Luís Henrique Barbante Franzé.

Para Didier Jr. e Cunha, a opção do legislador foi, claramente, implementar uma taxatividade legal para as hipóteses de recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, elencadas no artigo 1.015 do CPC/15;[158] contudo, afirmam, também, que a opção pela taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva.[159] Esta, como espécie da interpretação corretiva, atua quando não há convergência entre o sentido literal e o sentido genético da norma . A fim de corroborar seu posicionamento, os autores[160] trazem exemplos da jurisprudência brasileira que, diante de um rol taxativo, admitiu a aplicação da interpretação extensiva, como o REsp 1.111.234/PR[161] e o REsp 1.078.175/RO[162].

[157] WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. Novo cpc urgente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 747.
[158] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 208-209.
[159] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 210.
[160] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 224. v. 3.
[161] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. REsp 1.111.234/PR. Segunda Turma. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Município de Curitiba. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 23, de setembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6109019&num_registro=200900158189&data=20091008&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.
[162] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. REsp 1.078.175/RO. Sexta Turma. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Fernando Cacers Montoya. Relator: Min. Sebastião Reis Reis Júnior. Brasília, 16, de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27686155&num_registro=200801650480&data=20130426&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

Os autores afirmam, ainda, que a interpretação extensiva se dá por comparações e isonomizações, e não por encaixes e subsunções.[163]

Diante disso, ao tratar do inciso III, por exemplo, que versa sobre decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem, dizem ser possível a interposição de agravo de instrumento diante de decisão que verse sobre competência relativa ou absoluta, uma vez que tratam, a seu modo, de matéria afeta à competência do órgão jurisdicional, logo deveria haver tratamento isonômico entre elas.[164]

Já Franzé, embora adote a possibilidade de interpretação extensiva dos incisos do artigo 1.015 do Código de Processo Civil/2015, o faz de forma distinta de Cunha e Didier Jr. Para Franzé, seguindo as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior[165], a interpretação extensiva deve respeitar três pressupostos: A) a intenção do legislador (*ratio legis*) não pode ser ultrapassada; B) nenhum direito fundamental pode ser restringido; e C) deve haver coerência entre o resultado da interpretação e o ordenamento jurídico. Franzé continua afirmando que, enquanto Didier Jr. e Cunha analisam a intenção do legislador inciso por inciso, verificando o cabimento da interpretação extensiva; ele busca a *ratio legis* no *caput* do artigo. Portanto, para Franzé, a intenção do legislador, ao enumerar o rol de cabimento do agravo de instrumento, era contemplar situações de urgência e/ou relevância, logo, diante de alguma decisão interlocutória que envolva urgência e/ou relevância, poderá ser manejado o agravo de instrumento.[166]

Utilizando-se do mesmo exemplo citado por Cunha e Didier Jr., qual seja: da possibilidade de interpretação extensiva para decisões que tratem de competência absoluta e relativa, Franzé preceitua, de acordo com o seu entendimento, que poderia

[163] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 211.
[164] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 216.
[165] FERRAZ JÚNIOR, 2003 apud FRANZÉ, 2017. p. 267.
[166] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 268.

ser interposto agravo de instrumento, diante de decisão interlocutória que tratasse de competência relativa, pois é matéria urgente e/ou relevante [imagine a possibilidade de um processo, ao final de sua fase de conhecimento que durou três anos, ter todos os atos anulados a partir da citação, uma vez que, em preliminar de apelação a parte alegou incompetência do juízo, sendo a alegação acolhida pelo tribunal!], logo contemplada pela intenção do legislador (A); a interpretação extensiva não restringe nenhum direito fundamental, pelo contrário, amplia o direito de acesso à justiça (B); e verifica-se coerência entre o resultado da interpretação e o ordenamento jurídico, uma vez que, em havendo um recurso que atenda situações de urgência e/ou relevância, não haveria necessidade de impetração de mandados de segurança.[167]

Diante do exposto, verifica-se que há dissenso quando a interpretação do art. 1.015 do CPC/2015. Para uns a taxatividade é medida que se impõe, autorizando a utilização do mandado de segurança, a fim de coibir situações em que a espera pela preliminar ou contrarrazão de apelação não se mostrar útil. Para outros, embora se reconheça a taxatividade do supracitado artigo, busca-se na interpretação extensiva a solução para decisões que possam causar lesão grave ou de difícil reparação à parte contra a qual a decisão foi proferida.

3.3 As decisões interlocutórias apeláveis

As decisões interlocutórias não previstas no rol do art. 1.015 do CPC/2015, no procedimento comum, devem ser suscitadas em preliminar ou nas contrarrazões de apelação, conforme previsto no art. 1.009, §1º.[168] A redação do supracitado artigo não é da mais técnica, devendo ser entendido que as decisões interlocutórias não agraváveis não serão imediatamente cobertas pela preclusão e não que elas não são cobertas pela preclusão, uma vez que, caso não sejam suscitadas em preliminar de

[167] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 268-269.

[168] Art. 1.009, §1.º. As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/le i/l13105.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

apelação ou nas contrarrazões desta, ocorrerá a preclusão.[169] Diante disso, caso a parte interponha apelação apenas impugnando o capítulo referente à sentença, precluirá a possibilidade de, posteriormente, impugnar as decisões interlocutórias anteriormente proferidas.[170]

Quanto ao procedimento da apelação, este se divide em procedimento da apelação perante o juízo de primeiro grau e procedimento da apelação perante o Tribunal. Importante fazer uma breve análise do processamento, com ênfase na apelação contra decisão interlocutória.[171]

Perante o juízo de primeiro grau, a apelação deverá ser interposta no prazo de 15 dias úteis, de forma escrita, ocasião em que o juiz intimará o apelado para, também no mesmo prazo, apresentar contrarrazões. Se este, em suas contrarrazões, recorrer de alguma decisão interlocutória, o juíz intimará o apelante, para, caso queira, igualmente apresentar suas contrarrazões no prazo de 15 dias úteis. Em seguida, os autos serão remetidos ao tribunal, sem juízo de admissibilidade.[172]

Perante o tribunal, assim que este receber o recurso de apelação deverá, imediatamente, distribuí-lo ao relator, que, conforme art. 1.011 do CPC/2015, decidirá monocraticamente nos termos do art. 932, incisos III a V, ou, caso não seja o caso de proferir decisão monocrática, elaborará o seu voto para julgamento da apelação junto ao órgão colegiado.[173]

---

[169] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 165.

[170] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A recorribilidade das interlocutórias no novo cpc*: variações sobre o tema. Revista de Processo, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 2017-228. jan. 2016. p. 212.

[171] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 192-193.

[172] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 192-193.

[173] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 192-193.

Realizada essa breve análise procedimental, necessário discorrer sobre a sistemática adotada pelo CPC/2015, quanto à impugnabilidade de decisões interlocutórias na apelação, que traz as seguintes possibilidades: apelação do vencido na sentença em preliminar, apelação do vencedor nas contrarrazões, apelação autônoma do vencedor.[174]

3.3.1 Apelação do vencido

Em se tratando da parte vencida no processo, abre-se a possibilidade de apelar da sentença. Nesse contexto, a apelação não terá por função somente se insurgir contra a sentença propriamente dita, mas também se insurgir contra eventuais decisões interlocutórias não agraváveis que foram desfavoráveis, sob pena de preclusão consumativa. Note-se que, para que haja o interesse recursal previsto na primeira parte do §1º do art. 1.009 do CPC/2015, deve-se demonstrar o preenchimento de interesse complexo, ou seja, sucumbência tanto na sentença quanto na decisão interlocutória contra a qual se pretende apelar.[175]

Em se tratando da parte vencida no processo, ela deve suscitar as decisões interlocutórias contra as quais pretende recorrer nas preliminares de apelação. Verificar-se-á, na apelação, a existência de dois pedidos: um contra a decisão interlocutória e outro contra a sentença. A referida cumulação de pedidos se diz imprópria, uma vez que, caso seja acolhida a pretensão do recorrente contra a

[174] LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015. p. 236.

[175] LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015. p. 236-237.

decisão interlocutória apelável, a sentença e diversos outros atos que sucederam aquela serão desfeitos.[176]

Pode, ainda, a parte vencida apresentar apelação apenas contra as decisões interlocutórias apeláveis. Trata-se de hipótese arriscada, uma vez que, caso não seja acolhida a pretensão recursal, ter-se-á havido preclusão consumativa em relação ao decidido na sentença, impossibilitando, portanto, a complementação da apelação.[177]

3.3.2 Apelação do vencedor

A parte que obteve pronunciamento favorável na sentença também poderá insurgir-se contra as decisões interlocutórias que não precluíram. Para isso, utilizar-se-á das contrarrazões à apelação, rebatendo os pontos suscitados pela parte sucumbente na sentença e, também, abordando as interlocutórias desfavoráveis que não precluiram. Caso a parte vencedora, nas contrarrazões à apelação, não aborde as decisões interlocutórias não agraváveis, ocorrerá a preclusão destas.[178]

Em relação ao recurso da parte vencedora na sentença, Libardoni afirma existir interesse complexo e condicionado,[179] melhor explicando, caso a parte que obteve pronunciamento desfavorável na sentença apele, abre-se a possibilidade de aquele a quem favoreceu a sentença recorrer, nas contrarrazões à apelação, das

[176] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 166.
[177] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 167.
[178] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 169.
[179] LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015. p. 238.

interlocutórias não preclusas, bem como dos motivos apontados pela parte apelante, sob pena de preclusão.[180]

Perceba que o interesse somente será complexo na medida em que a parte tenha sido sucumbente na primeira decisão (decisão interlocutória), somada a álea de ter a sentença favorável alterada, somada à reforma ou à anulação da sentença.[181] Somente nessa hipótese o recurso apresentado contra decisões interlocutórias pela parte que logrou êxito na sentença poderá ser conhecido, até mesmo para não ocorrer de esse recurso interposto pelo "vencedor" anular a sentença.[182]

Já Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro afirmam ser a apelação do vencedor, prevista na segunda parte do § 1.º do art. 1.009 do CPC/2015, condicionada e subordinada. Subordinada porque, caso a parte sucumbente na sentença desista do recurso ou tenha negado o seu provimento, não haverá interesse recursal da parte vencedora. [183] Condicionada porque, somente se a apelação do vencido for acolhida, a apelação do encedor será examinada. [184]

De outra forma, preceitua José Henrique Mouta Araújo, para quem, diante da desistência do recurso do apelante, a manutenção do recurso do apelado deverá ser analisada, não perdendo o interesse recursal automaticamente. Como existem

---

[180] LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015. p. 237.

[181] LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015. p. 240.

[182] LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015. p. 240.

[183] Caso haja decisões interlocutórias proferidas contra a parte vencedora que não tenham prejudicialidade com a decisão final, poderá ser manejada apelação autônoma. LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015. p. 241-244.

[184] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 170-173.

decisões interlocutórias sem prejudicialidade com a sentença, mas que, em razão da taxatividade do artigo 1.015 do CPC/2015 não puderam ser imediatamente agraváveis, a parte apelada poderá ainda permanecer com o interesse recursal de ver aquela decisão interlocutória anulada ou reformada.[185]

Assim sendo, verifica-se que, para melhor sistematização do CPC/2015, a apelação contra decisão interlocutória não agravável será, em regra, subordinada e condicionada, mas que, caso haja a desistência ou o não conhecimento da apelação da parte sucumbente pelo tribunal, imperioso que se analise se as contrarrazões do vencedor não possuem matéria que poderia ser objeto de apelação autônoma, conforme será mais bem salientado no subtítulo seguinte.

3.3.3 Apelação autônoma do vencedor

Outra possibilidade é a existência de apelação autônoma contra decisão interlocutória desfavorável. A hipótese de a parte vencedora na sentença ter tido uma decisão interlocutória desfavorável no curso do processo, sendo que esta não possui prejudicialidade com a decisão final, permite a interposição de apelação autônoma. Diante disso, ajuizada ação de responsabilidade civil entre "a" e "b", em que "a" seja o requerente, e "b" seja o requerido. No curso do processo, "a", por meio de uma decisão interlocutória, recebe multa por litigância de má-fé. A multa por litigância de má-fé não consta no rol do artigo 1.015 do CPC/2015, razão pela qual essa decisão não pode ser imediatamente recorrida, devendo aguardar a sentença. Contudo, ao final do processo, a parte "a" logra-se vencedora. Em tese, ela não possuiria interesse recursal, contudo, diante da não prejudicialidade entre a decisão interlocutória e a sentença, entende-se pela possibilidade de interposição de apelação autônoma por "a".[186]

[185] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A recorribilidade das interlocutórias no novo cpc*: variações sobre o tema. Revista de Processo, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 2017-228. jan. 2016. p. 213.

[186] LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação

A divergência que ocorre doutrinariamente é, diante da interposição de apelação pela parte que restou vencida após a interposição de apelação autônoma pela parte que logrou êxito na sentença, se esta poderia complementar em contrarrazões de apelação o seu recurso ou se ocorreria a preclusão consumativa.

Libardone afirma ser possível a complementação, porque não seria razoável, até mesmo em razão do princípio da isonomia, condicionar o direito de se insurgir contra determinado pronunciamento judicial a um ato da parte contrária, bem como porque, até a posterior apelação da parte sucumbente na sentença, não havia interesse recursal à parte vencedora para se insurgir contra outras decisões interlocutórias indeferidas, nem contra os argumentos trazidos pela parte sucumbente.[187]

Diferentemente se posicionam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha que afirmam ser necessária a interposição da apelação pela parte sucumbente na sentença, para, só então, a parte vencedora possuir legitimidade para recorrer, mas, ainda assim, a apelação da parte vencedora será subordinada e condicionada.[188]

3.4 As decisões interlocutórias não agraváveis e a possibilidade de impetração de mandado de segurança

Tendo em vista a opção do legislador por um rol aparentemente taxativo quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias impugnáveis imediatamente por meio do agravo de instrumento, questiona-se o que deve ser feito diante de decisão que possa causar lesão grave e/ou de difícil reparação, mas que não esteja

autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015. p. 241-242.

[187] LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015. p. 242-243.

[188] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 175.

contemplada nas hipóteses legais do agravo de instrumento. Seria possível a impetração de mandado de segurança? [189]

Questiona-se isso não porque se está diante de irrecorribilidade das decisões interlocutórias, uma vez que todas[190] as decisões interlocutórias são recorríveis, mas porque, em alguns casos, a recorribilidade diferida das interlocutórias não agraváveis pode fazer com que eventual apelação não seja eficaz,[191] violando, assim, o princípio do acesso à justiça, preconizado no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, bem como o princípio do duplo grau de jurisdição, preconizado no art. 5.º, inciso LV.[192]

O mandado de segurança foi inserido no ordenamento brasileiro pela Constituição Federal de 1934 e primeiramente regulamentado pela Lei n. 1.533/1951. Com a Constituição Federal de 1988, o mandado de segurança, também chamado de remédio heroico, foi promovido à garantia constitucional, estando previsto no art. 5º, inciso LXIX. Com a promulgação da Lei n. 12.016/2009, também chamada de Lei do mandado de segurança, a Lei n. 1.533/1951 foi revogada.[193]

O artigo 5.º, inciso II, da Lei do mandado de segurança impede a impetração do remédio heroico diante de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. Mais ainda, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Súmula 267, editada em 1963, firmou entendimento de que não cabe o manejo do mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição. Entretanto a jurisprudência da própria Suprema Corte passou a abrandar o entendimento dos supracitados entendimentos, permitindo a impetração do remédio constitucional em

[189] WAMBIER, Teresa Arruda et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2501.
[190] A título de exemplo de decisão interlocutória não recorrível, por expressa disposição legal, se encontra aquela que admite a intervenção do "*amicus curiae*" no processo, conforme art. 138, do CPC/2015. FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 258.
[191] MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1285.
[192] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 263.
[193] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 51-52.

situações em que se observasse o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, diante da ineficácia do instrumento adequado à impugnação.

Doutrinadores de renome apontam para a possibilidade de utilização do mandado de segurança diante de relevância e urgência que torne essencial a revisão pelo tribunal da decisão interlocutória, ou seja, cabe à parte demonstrar o prejuízo da espera pela preliminar da apelação ou pelas contrarrazões desta. Medina afirma que é favorável à utilização do remédio heroico contra decisão judicial sempre que não houver mecanismo recursal eficaz para impedir os efeitos de uma decisão interlocutória.[194] Wambier, por sua vez, traz a decisão que indefere a alegação de incompetência relativa como exemplo de provimento jurisdicional cuja análise imediata se torna necessária, a fim de se evitar maiores prejuízos às partes, sugerindo, numa primeira análise, o cabimento do mandado de segurança. [195] Didier Jr. e Cunha afirmam que, caso não se permita a interpretação extensiva, haverá o uso excessivo e anôma-lo do mandado de segurança, logo corroboram a possibilidade de sua impetração.[196]

Ronaldo Vasconcelos e Marcelo de Oliveira Gulim preceituam que o uso do mandado de segurança só poderá ocorrer quando for observada uma série de requisitos, como teratologia ou abuso de poder da autoridade impetrada, somadas a prejuízo de direito líquido e certo do impetrante e impossibilidade de recurso da decisão a que se refere o mandado de segurança. Outro requisito por eles mencionado é a adequada fundamentação da decisão frente à legislação aplicada ao

[194] MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1285.
[195] WAMBIER, Teresa Arruda et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 2501.
[196] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 212.

caso concreto, portanto a mera irresignação da parte contrária não seria motivo suficiente para o cabimento do remédio heroico. [197]

Com isso verifica-se que a doutrina, frente à interpretação literal do art. 1.015 do CPC/2015, está disposta a acatar o uso do mandado de segurança, quando se verificar a possibilidade de dano grave e de difícil reparação após a prolação de decisão interlocutória não imediatamente agravável. Embora vislumbrem a possibilidade de impetração do remédio heroico não o veem como um sucedâneo recursal do agravo de instrumento, mas como uma medida de exceção a ser manejada somente em casos de extrema urgência.

4 UM CONTRASTE ENTRE O SISTEMA DE IMPUGNABILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU E AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO: INDICAÇÕES PARA UMA REFORMA LEGISLATIVA?

Após empreender um escorço histórico sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, a partir das Ordenações Portuguesas, chegando até o CPC/2015, bem como enfrentar algumas questões controvertidas doutrinariamente, cumpre o presente trabalho a tarefa de analisar a motivação do legislador ao editar o novo diploma processual pátrio, a partir das normas fundamentais do processo.

Analisada a motivação do legislador à luz das normas fundamentais do processo, caso se verifique a violação delas, no tocante à recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, será feita proposta de alteração legislativa, utilizando-se, para tanto, as discussões apresentadas pela doutrina ao longo do presente trabalho monográfico.

Por fim, será feita uma sucinta divagação sobre as prováveis perspectivas a partir das alterações propostas.

[197] GULIN, Marcello de Oliveira; VASCONCELOS, Ronaldo. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade. NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). In: *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017. v.13. p. 513.

4.1 O Código de Processo Civil de 2015, a recorribilidade das interlocutórias e a taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento como referência para a atuação do hermeneuta: um estudo teleológico do critério adotado pelo legislador de 2015.

Tendo em vista a diminuição natural da coesão entre as normas processuais advinda com a constante reforma da legislação processual do CPC/1973, no final do mês de setembro de 2009, foi nomeada a Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do CPC/2015.[198] A Comissão foi presidida pelo então Ministro Luís Fux, atualmente Ministro do STF, não tendo por objetivo uma quebra abrupta com o regime processual anterior, mas "um passo à frente", conforme salientado pela própria Comissão, mantendo os institutos que demonstraram trazer resultados positivos, bem como incluindo outros institutos cujo propósito é trazer maior eficiência à prestação jurisdicional.[199]

No âmbito recursal, a Exposição de Motivos foi clara quanto ao pretendido pelo legislador: buscar a simplificação do sistema.[200] Para tanto, retirou-se do ordenamento jurídico o agravo retido, numerou as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e alterou o regime de preclusão das decisões interlocutórias não agraváveis. Todas essas alterações sob a justificativa de valorização de direitos fundamentais, como o acesso à justiça e a razoável duração do processo.[201]

Essa tendência de atribuir aos recursos a culpa pela morosidade judicial não é recente, como se observa pela manobra de D. Afonso IV, ainda no século 13, de restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias a apenas duas situações: a primeira, quando elas impedissem a prolação de sentença definitiva; e a segunda,

198 BRASIL. Anteprojeto do novo código de processo Civil. 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf.>. Acesso em: 23 set. 2017. p. 3.
199 BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo Civil*. 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf.>. Acesso em: 23 set. 2017. p. 12-13.
200 BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo Civil*. 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf.>. Acesso em: 23 set. 2017. p. 14.
201 BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo Civil*. 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf.>. Acesso em: 23 set. 2017. p. 15-16.

quando o dano provocado por elas não pudesse ser alterado de forma integral pela sentença definitiva.[202]

A última alteração significativa, antes da edição do CPC/2015, foi a promulgação da Lei n. 11.187/2005, a qual teve como impulso a Emenda Constitucional 45/2004, cujo propósito foi trazer maior efetividade à prestação jurisdicional. A referida lei trouxe duas inovações quanto a recorribilidade das decisões interlocutórias. A primeira foi afirmar expressamente que o agravo retido seria a regra, atribuindo ao agravo de instrumento cabimento residual que envolvesse: urgência, inadmissibilidade ou efeitos da apelação e decisões interlocutórias proferidas em execução ou liquidação de sentença. A segunda foi estabelecer a recorribilidade imediata e oral de decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento, por meio do agravo retido, sob pena de preclusão.[203]

Quanto à taxatividade do agravo de instrumento no CPC/2015, houve uma opção político-legislativa valorizando a não recorribilidade imediata, cuja premissa partia do pressuposto de aumentar a produtividade dos tribunais de segundo grau, uma vez que o agravo de instrumento era tido como um dos principais responsáveis pela morosidade da prestação jurisdicional.[204]

Nesse contexto, nota-se que a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias é vista como um empecilho a uma célere e efetiva prestação

---

[202] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 72.

[203] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 91-92.

[204] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento*. AI 2039086-51.2017.8.26.0000/ SP. 28ª Câmara de Direito Privado. Agravante: OMINI S/A. Agravado: Atanael Alves da Silva. Relatora: Min. Berenice Marcondes Cesar. São Paulo, 28, de março de 2017 Des. Rel., j. em 28.03.2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=20390865 1.2017.8.26.0000&cdProcesso=RI003VEPF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=29f5f9cdrbXDUsGCpBRZGjbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv00wI5IduztivzEi4tzd5BX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwTWXptQignWFJch18b0slhdAi44vhSru1OUirFJcnBVeKlLFRJ6HcZyXlO9QkYRrbLpc51Tqjw8%2Bn4zybFii%2BH8JSaJTBynGGqJkf6C494TU%3D>. Acesso em: 10 dez. 2017.

jurisdicional, tendo de ser limitada e controlada, a fim de se evitarem excessos, conforme se verifica empiricamente com as sucessivas reformas por que passou a matéria. Contudo será que a taxatividade do cabimento do agravo de instrumento e a extinção do agravo retido são as respostas para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional?

4.2 Uma critica reativa às razões que fundamentaram a taxatividade e às consequências advindas com o modelo de recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau no Código de Processo Civil de 2015.

O diferimento da recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau não agraváveis para a preliminar ou para as contrarrazões de apelação não são uma novidade, porquanto essa já era uma realidade na vigência do CPC/1973, com a utilização do agravo retido.[205]

Quanto a isso, o que modificou foi o momento de impugnação, tendo em vista que, no CPC/1973, a parte deveria se insurgir imediatamente, quando a decisão interlocutória fosse proferida em audiência, ou se insurgir no prazo de 10 dias[206] nos demais casos, aguardando as preliminares ou as contrarrazões de apelação para confirmar o agravo retido, sob pena de preclusão.[207]

Já na vigência do CPC/2015, as decisões interlocutórias de primeiro grau, quando não agraváveis, não são imediatamente recorríveis, devendo a parte aguardar

[205] CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. O agravo de instrumento no código de processo civil de 2015 e a (im)possível interpretação extensiva. ALVIM, Teresa Arruda; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). In: *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 13. p. 466.
[206] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 218.
[207] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 231.

as preliminares ou as contrarrazões de apelação para impugnar decisão interlocutória pretérita.[208]

Quanto a essa nova sistemática, a primeira crítica a ser feita diz respeito ao retorno ao modelo do CPC/1939, ao indicar taxativamente as hipóteses de admissibilidade do agravo de instrumento.[209] Ao tentar prever as hipóteses legais do cabimento do agravo, o legislador se esquece de que o direito é dinâmico; de que a urgência é casuística, concreta e não abstrata.

Para se evitar a impetração do mandado de segurança e a violação do inciso XXXV do art. 5.º da CF/88, que trata da inafastabilidade do Poder Judiciário, William Santos Ferreira se utiliza de uma interpretação sistemática do inciso XIII do art. 1.015 do CPC/2015. Para ele, o inciso XIII possui uma previsão genérica justamente para possibilitar, em situações de inutilidade de futura impugnação, a recorribilidade imediata por meio do agravo de instrumento. Para tanto, afirma que a expressão "outros casos expressamente previstos em lei" comporta combinação com a norma constitucional que prevê que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, inciso XXXV, da CF/88).[210]

A segunda crítica diz respeito à perpetuação do estado de incerteza quanto às decisões interlocutórias proferidas ao longo da marcha processual. No regime anterior, caso a parte discordasse de algum pronunciamento interlocutório, teria de se manifestar nos autos sob pena de preclusão. Já no atual regime, com a suscitação diferida, nota-se a quebra de expectativa da parte contrária, surpreendendo-a.[211]

---

[208] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 205-206.

[209] CHUEIRI, Miriam Fecchio; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Anotações sobre o sistema recursal no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). Coleção Novo CPC: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015. v.6. p. 411-412.

[210] FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade- o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, ano. 42, p. 193-203, jan. 2017. p. 198-199.

[211] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 226.

Cunha e Didier Jr. buscam compatibilizar os interesses das partes, afirmando que, para respeitar a boa-fé objetiva e a cooperação processual, deve-se realizar uma leitura conjunta do art. 278 e do §1.º do art. 1.009, ambos do CPC/2015. O art. 278 trata da suscitação de nulidade na primeira oportunidade que a parte tiver, sob pena de preclusão. Já o § 1.º do art. 1.009 trata da postergação do momento para atacar decisão interlocutória não agravável.[212]

Diante disso, Cunha e Didier Jr. afirmam a necessidade de protesto na primeira oportunidade que a parte tiver, a fim de não causar surpresa à parte contrária e de não configurar comportamento contraditório e desleal, preconizando, ainda, que, se a parte não suscitar o descontentamento com o pronunciamento interlocutório na primeira oportunidade, não poderá ratificá-lo na apelação.[213] O referido comportamento contraditório e desleal viola um dos princípios fundamentais do processo, qual seja, o princípio da boa-fé objetiva, preconizado no art. 5.º do CPC/2015.[214]

A ausência dessa suscitação ou protesto poderia gerar, quando da prolação da sentença, a rediscussão de inúmeros pontos que, caso a parte tivesse que se insurgir imediatamente, não o teria feito, mas que, com a chegada de decisão final desfavorável, se mostra uma possibilidade, quando não de reverter a decisão final, de protelar o cumprimento da sentença. Cenário esse que não ocorreria caso houvesse o retorno do agravo retido ou a implementação do protesto.[215]

---

[212] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 226-227.

[213] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 226-227.

[214] Art. 5.º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/le i/l13105.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

[215] YOSHIKAWA, Eduardo de Henrique de Oliveira. Prometeu (re)acorrentado: a recorribilidade em separado das decisões interlocutórias do cpc/39 ao cpc/2015. NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). In: *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017, p. 159-197, v.13. p. 180-182.

Outra crítica levantada pela doutrina diz respeito às decisões interlocutórias não agraváveis anteriores à decisão parcial de mérito e com ela relacionadas. Caso a decisão anterior não agravável tenha relação com a matéria a ser decidida em decisão parcial de mérito, qual o momento correto para impugnação? Seria somente na apelação, conforme a literalidade do §1º do art. 1.009 do CPC/2015, ou por meio de capítulo específico no agravo de instrumento manejado contra a decisão parcial de mérito?

Cunha, Didier Jr.[216] e Franzé[217] defendem que as decisões anteriores não agraváveis, se relacionadas com a matéria de mérito decidida por meio de decisão interlocutória, deverão ser impugnadas em preliminar ou em contrarrazões do agravo de instrumento. Esse entendimento se dá porque as decisões parciais de mérito transitam em julgado caso não haja impugnação, e, eventual suscitação em apelação de matéria anterior à decisão parcial de mérito com ela relacionada, caso fosse acolhida, geraria duas possibilidade: a um, a decisão parcial de mérito não faz coisa julgada; a dois, a apelação é instrumento apto a afastar a coisa julgada.[218]

Ainda tratando das decisões interlocutórias que versam sobre o mérito, questiona-se a ausência de coerência sistêmica entre as matérias de mérito decididas por sentença e as matérias de mérito decididas por decisão interlocutória. Na redação final do CPC/2015, a apelação recebeu efeito suspensivo legal; enquanto que o agravo de instrumento não. Contudo o CPC/2015 também previu a possibilidade de o juiz decidir o mérito mediante decisão interlocutória, a qual não possui efeito suspensivo legal. Em razão disso, verifica-se falta de paralelismo, tendo em vista que

[216] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 228-230.
[217] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 248-249.
[218] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 228-230.

matérias que tratam do mérito, a depender do momento processual em que forem decididas, terão tratamento distinto.[219]

Essa ausência de paralelismo se mostra presente também no procedimento da apelação e do agravo de instrumento. O apelante, conforme inciso I do art. 937, possui direito à sustentação oral; enquanto que o agravante, não (salvo previsão no regimento interno do tribunal).[220] Isso viola claramente o princípio da igualdade, do efetivo contraditório e do direito à tutela justa e efetiva.

A ausência, no rol do art. 1.015, de menção a decisão que versa sobre competência relativa também é objeto de críticas. Conforme o §1.º do art. 64 do CPC/2015, o momento adequado para o réu alegar incompetência relativa é na contestação, como questão preliminar, sob pena de, se não o fizer, prorrogação da competência, conforme art. 65. do CPC/2015. [221]

Caso o juiz de primeiro grau não acolha a preliminar de incompetência, o réu deverá aguardar as preliminares ou contrarrazões da apelação para impugnar a decisão que não a acolheu. Caso o tribunal reconheça que o juízo era incompetente para o julgamento da causa, determinaria a devolução do caso concreto ao juízo competente, o qual verificaria se os atos posteriores são passíveis de aproveitamento ou não.[222]

Nesse contexto, verifica-se a possibilidade de, declinada a competência pelo tribunal, após o réu impugná-la em preliminar ou contrarrazões de apelação, o

[219] GULIN, Marcello de Oliveira; VASCONCELOS, Ronaldo. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade. NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). In: *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017. v.13. p. 514-516.

[220] FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 247-248.

[221] GULIN, Marcello de Oliveira; VASCONCELOS, Ronaldo. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade. NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). In: Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017. v.13. p. 517.

[222] GULIN, Marcello de Oliveira; VASCONCELOS, Ronaldo. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade. NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). In: Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017. v.13. p. 518.

processo necessitar de repetição de atos anteriormente já praticados, mas não recepcionados, ou mesmo de produção de novos atos.[223]

Ante o exposto, nota-se a quantidade de matérias aptas a causar às partes grave lesão ou de difícil reparação, tendo em vista a omissão legislativa, a rigidez e a ausência de mecanismos flexibilizadores, tão necessários em uma sociedade dinâmica. Tais matérias, além de destacar a necessidade de reformas, demonstram a violação de normas processuais tão caras aos jurisdicionados, algumas, inclusive, de ordem constitucional, como o Direito à tutela justa e efetiva e a prazo razoável de duração do processo.

4.3 O sistema de recorribilidade das interlocutórias em vigor e as premissas do processo civil contemporâneo estariam a apontar a necessidade de mudanças legislativas? Uma análise do modelo atual à luz das normas fundamentais do processo.

O sistema de recorribilidade das decisões de primeiro grau, no processo de conhecimento, recebeu profundas alterações com a edição do CPC/2015. Alterações que tiveram por objetivo aumentar a celeridade processual, bem como diminuir o número de recursos interpostos nos tribunais de segundo grau.

Assim sendo, extinguiu-se o agravo retido e enumerou-se taxativamente o cabimento do agravo de instrumento, retornando a uma modelo já utilizado, que foi o de 1939. A doutrina já aponta matérias não presentes no rol taxativo, aptas a causar às partes lesão grave ou de difícil reparação.

Nesse contexto, importante se faz realizar uma análise do modelo recursal adotado pelo CPC/2015, comparando-o à atual evolução constitucional e ao modelo processual processual vigente, a fim de questionar se há a necessidade de reforma legislativa.

[223] GULIN, Marcello de Oliveira; VASCONCELOS, Ronaldo. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade. NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). In: Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017. v.13. p. 517.

Relevante que se faça um recorte nas normas a serem mencionadas, tendo em vista a impossibilidade de esgotar o assunto no presente trabalho monográfico.

Dessa forma, dentre todas as normas processuais fundamentais, sobremaneira aquelas elencadas pelo legislador no início do CPC/2015, serão abordadas as que, de forma mais incisiva, se relacionam com a recorribilidade das decisões intelocutórias de primeiro grau e podem sugerir a necessidade de alterações legislativas.

4.3.1 O processo civil no Estado constitucional.

Importante se faz, para a melhor compreensão do modelo jurídico atual, tratar da evolução da finalidade da constituição no ordenamento jurídico. Até o final do século XX, a constituição nada mais era do que uma simples carta política, constituída de um repositório de promessas vazias e dependente da boa vontade do legislativo. A partir dessa realidade, houve uma reformulação do alcance da constituição: ela passou a ter força normativa e, mais ainda, passou a ser o ponto de partida interpretativo.[224] Diante disso, o antigo modelo de Estado fundado na lei passa a ser visto como modelo de Estado fundando na Constituição, também conhecido como Estado Constitucional.[225]

Assim, retirou-se o Código Civil do centro jurídico, colocando-se em seu lugar a Constituição, que passou a possuir não só supremacia formal, como também supremacia material e axiológica. Como afirma o eminente Ministro Luís Roberto

[224] SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em:<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30748312/Daniel_Sarmento_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1522967081&Signature=bCmLzN3BXW%2BTjn8NZAeT834%2FxDg%3D&response-content-disposition=inline%3B% 20filenam e%3DO_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Da.pdf>. Acesso em: 11. março. 2018. p. 31-32.

[225] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 1. p. 42.

Barroso, a Constituição passou a ser "[...]um filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico".[226]

O Processo Civil também foi influenciado por essa onda renovatória. Quanto à evolução do Direito Processual Civil, este passou por três fases clássicas e adentrou numa nova fase, a qual, embora já seja reconhecida por boa parte da doutrina, ainda não é completamente aceita. São elas: a fase sincrética, autônoma, instrumental e neoprocessual.[227]

A fase sincrética pode ser caracterizada como aquela em que havia uma confusão entre o plano substancial e o plano processual. A ação era o próprio direito material violado, e o processo era visto apenas como uma sucessão de atos para se afirmar o direito do autor.[228] O processo era analisado somente em seu aspecto prático, sem divagações científicas.[229]

Na fase autônoma, abandonou-se a ideia de sincretismo, afirmando não só a autonomia da ação em detrimento do direito por ela perseguido mas de todos os outros institutos processuais. A afirmação do caráter abstrato da ação foi, na visão de Dinamarco, o mais elevado grau de proclamação de sua autonomia. O Direito Processual passou a ser uma ciência, bem como possuir método e objeto próprio.[230]

A fase instrumentalista estabeleceu entre o processo e o direito material uma relação harmônica, uma relação de interdependência. O processo passa a ser

[226] BARROSO, Luis Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=13>. Acesso em: 3 jan. 2018. p. 8-9.
[227] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18.
[228] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18.
[229] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 1. p. 46.
[230] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18-19.

estudado por outras ciências, e há uma preocupação com a efetividade do processo e com a tutela de direitos recentes, como os coletivos.[231]

A fase neoprocessualista surgiu no contexto histórico do neoconstitucionalismo, fundamentando-se na busca por destacar a relevância dos valores constitucionais na aplicação do formalismo processual. Pauta-se, ainda, na busca pela ética e pela cooperação, corolários dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual.[232]

Bebendo da fonte neoprocessual, o legislador pátrio, no art. 1.º do Código de Processo Civil, estabelece que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.[233]

Tal assertiva vai ao encontro de uma das principais características do Direito contemporâneo: a Constitucionalização do Direito Processual. [234] Aliás, a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do CPC/2015, na sua exposição de motivos, reforçou que um dos objetivos da nova sistemática seria a constitucionalização do processo, buscando uma fina harmonia entre o texto constitucional e a norma ordinária.[235]

A fim de corroborar o objetivo almejado, tratou o legislador de inserir, no início do CPC/2015, o Capítulo I, que trata das normas fundamentais do processo civil. Diante disso, passou a trazer nos artigos subsequentes alguns princípios e garantias constitucionais, como, no art. 3.º, a inafastabilidade da jurisdição; no art.

---

[231] DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 46.
[232] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 1. p. 47.
[233] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 1. p. 46-49.
[234] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 1. p. 47-49.
[235] DIAS, Ronaldo Brêtas. A constitucionalização do novo código de processo civil. DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (Coord.). In: *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 59.

4.º, a razoável duração do processo; no art. 6.º, a cooperação processual; no art. 7.º, a igualdade e o contraditório, entre outros.[236]

As garantias e princípios supracitados nascem do devido processo constitucional, que, por sua vez, decorre do princípio constitucional do devido processo legal,[237] estampando no inciso LIV, do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, preconizando que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Em síntese, o CPC/2015, por meio de seus artigos, recomenda a interpretação dos princípios e regras que o formam de acordo com as garantias constitucionais da legalidade, da razoável duração dos processos, da inafastabilidade da atividade do judiciário, do efetivo contraditório, da eficiência, da publicidade, entre outras. [238] Nesse contexto, o conjunto de normas destinadas a regular o processo, ao emanar de um princípio constitucional chave, qual seja, a garantia do devido processo legal, [239] reforça a aproximação do Direito Processual Civil com o Direito Público, representando um grande avanço científico quando comparado com os textos das legislações processuais pretéritas.[240]

[236] DIAS, Ronaldo Brêtas. A constitucionalização do novo código de processo civil. DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (Coord.). In: *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 297.
[237] DIAS, Ronaldo Brêtas. A constitucionalização do novo código de processo civil. DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (Coord.). In: *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 297.
[238] DIAS, Ronaldo Brêtas. A constitucionalização do novo código de processo civil. DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (Coord.). In: *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016.p. 61.
[239] DIAS, Ronaldo Brêtas. A constitucionalização do novo código de processo civil. DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (Coord.). In: *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 73.
[240] MADEIRA, Dhenis Cruz. A influência do Processo Constitucional sobre o novo cpc. DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: Novo cpc doutrina selecionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 345.

4.3.2 As normas fundamentais do processo e a consolidação do processo constitucional democrático.

As normas processuais são compostas por princípios e regras, que servem de fonte de interpretação a todo o ordenamento processual. Contudo, existe um conjunto de normas processuais, também denominadas de normas fundamentais do processo, cuja função é ainda maior, servindo, pois, como estrutura do modelo do processo civil brasileiro. Isso não significa que somente aquelas normas elencadas entre os incisos I e XI do CPC/2015 sejam normas fundamentais processuais, porquanto, embora não constem expressamente no Capítulo Das Normas Fundamentais do Processo Civil, normas como o direito à defesa e o direito à prova continuam a ter essência de norma fundamental processual .[241]

As normas fundamentais do processo, portanto, não se egotaram naquelas elencadas pelo legislador. A sequência reproduzida pelo CPC/2015 apenas exemplifica e ratifica a ênfase dada aos princípios e regras inseridos no Capítulo I, do Livro I, da parte geral do novel diploma, a fim de direcionar não só os jurisdicionados, mas todos aqueles que participam da criação jurisdicional, a interpretação conforme o espírito do CPC/2015.[242]

O Estado, para que possa intitular-se Estado democrático de direito, deve possuir, como fundamento, pilares suficientemente fortes, a fim de possibilitar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preconizado pelo art. 3.º da Constituição de 1988.[243] Tais fundamentos, na República Federativa do Brasil,

[241] MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de Processo civil comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 152.
[242] MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de Processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 152-153.
[243] RODRIGUES, Rafael Ribeiro; THAMAY, Rennan Faria Kruger. Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no novo cpc. DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: *Novo cpc doutrina selecionada*: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016.p. 351-352.

podem ser considerados os princípios e as regras constitucionais, dentre eles os princípios e regras processuais.[244]

Relevante definir o que seja Estado democrático de direito, também denominado Estado constitucional. Ele é a junção de duas ideias, que, embora tenham seguido caminhos diferentes ao longo da história, uniram-se para apresentar o modelo atual. Estado Constitucional é aquele onde há limitação do poder estatal e respeito aos direitos fundamentais. Já Estado democrático é aquele onde há soberania popular, vontade da maioria etc. Diante disso, o Estado democrático constitucional pode ser definido como aquele em que há respeito aos direitos fundamentais e em que o poder emana do povo.[245]

O CPC/2015 foi o único Código brasileiro da história a iniciar e concluir sua tramitação em um regime democrático.[246] O Código de Processo Civil de 1939 surgiu durante o Estado Novo de Vargas, período autocrático. Da mesma forma, o CPC/1973 foi confeccionado durante a Ditadura Militar, portanto, também durante um regime autoritário.[247] Já o CPC/2015 foi promulgado enquanto vigente a Constituição de 1988, a qual é reconhecida por seus valores plurais e democráticos, bem como por suas vertentes sociais e afirmativas.[248]

Dito isso, conclui-se que as normas existentes no CPC/2015 ratificam e buscam efetivar as normas que compõem a Constituição Federal de 1988; sendo o diploma processual pátrio, a Lei n. 13.1505/2015, continuidade do movimento

[244] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 1. p. 63.
[245] BARROSO, Luis Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil*: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=13>. Acesso em: 3 jan. 2018. p. 1-2.
[246] MADEIRA, Dhenis Cruz. A influência do Processo Constitucional sobre o novo cpc. DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: *Novo cpc doutrina selecionada*: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 336.
[247] MADEIRA, Dhenis Cruz. A influência do Processo Constitucional sobre o novo cpc. DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: *Novo cpc doutrina selecionada*: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 334.
[248] FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto madruga de; MOUZALAS, Rinaldo. Cooperação e vedação às decisões por emboscada ("ambush decision"). DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: *Novo cpc doutrina selecionada*: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 503.

científico promovido pelo Processo Constitucional, movimento este que realizou uma junção entre o Direito Processual e o Direito Constitucional.[249]

4.3.3 O contraditório influente

O CPC/2015 preceitua um sistema em que há comparticipação e cooperação entre os sujeitos processuais, os quais passam a assumir responsabilidades e possibilidades de influência, pautando-se, principalmente, nos direitos fundamentais atribuídos a pessoa humana.[250]

O contraditório é um direito fundamental, previsto no art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal e reproduzido, também, no art. 7.º do CPC/2015, ao preconizar que o juiz deverá zelar pelo efetivo contraditório. Por meio dele, materializa-se a participação das partes no processo; participação essa que superou o conceito clássico de que o contraditório se perfazia mediante a existência do binômio comunicação dos pronunciamentos judiciais e possibilidade de as partes se manifestarem sobre os mesmos atos e termos a que tiveram conhecimento. [251]

Modernamente, o termo contraditório carrega muito mais significado do que o fazia com o binômio informação e manifestação, tendo como elemento caracterizador a possibilidade de as partes influírem no convencimento do magistrado, ou seja, o contraditório supera o aspecto formal e passa a exigir a

[249] MADEIRA, Dhenis Cruz. A influência do Processo Constitucional sobre o novo cpc. DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: Novo cpc doutrina selecionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 345.
[250] THEODORO JÚNIOR, Humbero et. al. *Novo, cpc*: fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 21.
[251] SILVA, Ticiano Alves e. Santana, Alexandre Ávalo; Andrade Neto, José de (Coords.). Novo cpc: Análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. Campo Grande: Contemplar, 2016. v. 2. p. 58.

presença do aspecto material. [252] Outro significado retirado do conceito moderno de efetivo contraditório é a vedação às decisões surpresas.[253]

Nesse sentido, o contraditório participativo exige que haja diálogo do juiz com as partes de um modo real, e não que o magistrado apenas colha suas alegações. Isso corrobora a premissa de que as decisões judiciais devem fundar-se em legitimidade e não em autoridade, [254] consubstanciando a existência de uma sociedade plural e democrática.[255]

Esses conceitos devem ser aplicados da mesma forma no âmbito recursal. Embora se perceba a evolução do conceito do contraditório, a forma como a recorribilidade das decisões interlocutórias foi ordenada demonstra a mitigação desse princípio, tendo como fulcro a valorização da celeridade processual, a qual, apesar de relevante ao processo, não parece ter o condão de afastar a necessidade do contraditório efetivo e da tutela justa e efetiva.

A existência de um rol taxativo nas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias de primeiro grau no procedimento comum, sem que haja a possibilidade de flexibilização diante de um caso urgente e que possa causar dano grave ou de difícil reparação, impossibilita o contraditório participativo, tendo em vista que, ao adiar o momento de impugnação para a preliminar ou contrarrazões de apelação, retira, sumariamente, a possibilidade de a parte demonstrar a efetiva necessidade imediata daquele provimento, reforçando a ideia de processo autoritário, em vez de processo democrático.

---

[252] SILVA, Ticiano Alves e. Santana, Alexandre Ávalo; Andrade Neto, José de (Coords.). Novo cpc: Análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. Campo Grande: Contemplar, 2016. v. 2. p. 58.

[253] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Teresa Arruda Alvim Wambier et. al.(Coords.) Breves comentários ao novo código de processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 98-99.

[254] ALMEIDA, Marcelo Pereira. Mitigação da oralidade – contraditório influente – Exacerbação dos poderes do relator nos julgamentos monocráticos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 9, ano. Disponível em: < http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20396/14729>. Acesso em: 24 fev. 2018. p. 482.

[255] ALMEIDA, Marcelo Pereira. Mitigação da oralidade – contraditório influente – Exacerbação dos poderes do relator nos julgamentos monocráticos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 9, ano. Disponível em: < http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20396/14729>. Acesso em: 24 fev. 2018. p. 488.

Quanto ao fundamento de que se valoriza a celeridade processual, quando do adiamento da recorribilidade imediata, nota-se um caráter predominantemente paradoxal, tendo em vista que, caso haja o acolhimento da preliminar ou contrarrazão de apelação em razão de uma decisão interlocutória anterior, os atos posteriores serão nulos se com ela incompatíveis, havendo, justamente, o atraso na prestação jurisdicional, em decorrência da realização de atos que já poderiam ter sido superados.

Nesse contexto, conclui-se que o afastamento de imediata possibilidade de impugnar decisão interlocutória proferida no processo viola a moderna concepção do contraditório efetivo, gerando a possibilidade de danos irreversíveis e a consequente violação de normas constitucionais tão caras ao Direito Processual civil contemporâneo, como a inafastabilidade da jurisdição; o direito à tutela justa e efetiva, desdobramento desse último e da celeridade da prestação jurisdicional.

4.3.4 A cooperação processual

A doutrina tradicional aponta a existência de dois modelos de processo: o adversarial e o inquisitorial. Didier acrescenta mais um: o modelo cooperativo. Importante ressaltar que nenhum dos modelos é autossuficiente. Quando se classifica, observa-se a orientação preponderante das normas, o que significa dizer que há normas dispositivas, inquisitivas e cooperativas em todos os ordenamentos jurídicos.[256]

O modelo adversarial, aquele em que há uma quantidade superior de normas dispositivas, desenvolve-se como uma disputa entre dois adversários, sendo o juiz um ser relativamente passivo, a quem é atribuída a tarefa de julgar. O modelo inquisitorial, aquele em que predomina a existência de normas inquisitivas, é o juiz quem se destaca na condução do processo, a partir de uma posição desigual,

[256] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 121-122.

assimétrica, inquisidora.[257] O modelo cooperativo atua como um moderador dos princípios dispositivos e inquisitórios, evitando os excessos e criando um modelo dialógico, além de uma sistemática processual condizente com um Estado democrático de direito.[258]

A norma que, de forma direta, aponta para a adoção de um modelo Cooperativo de processo se encontra no art. 6.º do CPC/2015, preconizando que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em prazo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. A figura do sujeito processual não deve ser interpretada de forma restritiva: somente autor, juíz e réu; mas de forma ampliativa, levando em consideração todos aqueles que participam direta ou indiretamente da prestação jurisdicional, como, além dos sujeitos já mencionados, o perito, o escrivão, o oficial de justiça, dentre outros.[259] Nesse sentido, Leciona Elpídeo Donizetti, para quem "o processo deve, pois, ser um diálogo entre as partes e o juiz, e não necessariamente um combate ou um jogo de impulso egoístico."[260]

Embora a essência do CPC/2015 tenha sido retirada do modelo cooparticipativo, verifica-se que, quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, o novo diploma processual retroagiu.[261] Isso se deu em razão da escolha por retirar da parte a possibilidade de, imediatamente, recorrer de uma decisão que poderá lhe causar lesão grave ou de difícil reparação, ou mesmo possibilitar a parte demonstrar a urgência e relevância do afastamento da decisão. Conforme se verifica na doutrina, um dos deveres do magistrado, a fim de corroborar a adoção do modelo cooperativo, é o dever de consulta, representando a

[257] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 122-123.
[258] FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto madruga de; MOUZALAS, Rinaldo. Cooperação e vedação às decisões por emboscada ("ambush decision"). DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: *Novo cpc doutrina selecionada*: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 502-503.
[259] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 126.
[260] DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 42.
[261] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2233.

obrigação de o magistrado ouvir previamente as partes sobre questões de fato ou de direito que possam influenciar o julgamento da causa. [262]

Conclui-se que, embora a evolução constitucional aponte para uma direção cada vez mais democrática e participativa, em nome de uma suposta celeridade, foi suprimida a possibilidade de manifestação imediata da parte mediante recurso, brecha que abrirá possibilidade de impetração do mandado de segurança e de sucedâneos recursais.

4.4 O sistema de impugnação das interlocutórias em questão: o que pode ser aperfeiçoado? Reflexões.

O sistema de impugnação das decisões interlocutórias é composto por recursos, ações autônomas de impugnação e de sucedâneos recursais. Quanto à impugnação de decisões interlocutórias de primeiro grau, no processo de conhecimento, por meio de recurso há duas opções: agravo de instrumento e apelação; por meio ações autônomas, o presente trabalho se debruçou, exclusivamente, sobre o mandado de segurança; e a impugnação por sucedâneos recusais não foi tratada, diante da extensão do presente trabalho monográfico.

Nesse contexto, far-se-á a análise do que poderá ser aperfeiçoado no regime da impugnabilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, no processo de conhecimento, utilizando-se, para tanto, dos pontos levantados pela doutrina nos anteriores capítulos, fazendo, ainda, uma análise da pertinência constitucional da sugestão, contrastando com o regime atual.

O legislador, ao enumerar taxativamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, falha ao não inserir, no mencionado rol, menção a decisões interlocutórias que possam causar à parte lesão grave ou de difícil reparação. Como é impossível prever todas as hipóteses passíveis de gerar prejuízo,[263] um inciso que

[262] DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 43.
[263] CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. O agravo de instrumento no código de processo civil de 2015 e a (im)possível interpretação extensiva. ALVIM, Teresa Arruda; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). In:

possibilitasse a análise imediata em situações em que não se pudesse aguardar a apelação, traria maior segurança jurídica.

A decisão interlocutória que nega a alegação de incompetência relativa e a decisão interlocutória que nega a produção de prova testemunhal são exemplos. Na primeira hipótese, caso a alegação de incompetência fosse acolhida somente na apelação, ter-se-ia a possibilidade de anulação de todos os atos processuais anteriores, o que violaria flagrantemente a duração razoável do processo. Na segunda hipótese, caso a testemunha, no curso da ação, falecesse antes da chegada da apelação, ocasião em que a parte poderia impugnar a decisão que negou a produção da prova, restariam violadas as normas do Direito à tutela justa e efetiva, a da coolaboração, do contraditório influente, entre outras.

Ainda quanto à inserção da imediata recorribilidade por agravo de instrumento quando a parte o interpusesse com fundamento em lesão grave ou de difícil reparação, sugere-se a previsão de multa de 10% caso o recurso fosse julgado intempestivo ou inadmitido pela totalidade do colegiado, tendo em vista evitar-se a utilização do recurso de forma protelatória.

Outra reforma relevante seria a obrigatoriedade de a parte suscitar, em 15 dias, mediante petição simples, a decisão interlocutória que iria impugnar quando da apelação. Com isso, evitaria de a parte contrária ser pega de surpresa quando da prolação de decisão final, corrobrando as premissas de boa-fé processual e cooparticipação. Essa simples reforma evitaria que a parte perdedora interpussesse recurso de apelação e alegasse, em preliminar, toda sorte de decisões interlocutórias desfavoráveis, a fim de, quando não apenas postergar o cumprimento da determinação judicial, reformar a decisão final do procedimento.

Quanto às decisões interlocutórias de mérito, sugeriria-se ou a atribuição de efeito suspensivo a elas ou a retirada do efeito suspensivo da apelação, a fim de conferir paralelismo sistêmico aos institutos, porquanto, embora recorríveis por

Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 13. p. 466.

recursos distintos, tratam de matéria meritória, capaz de fazer coisa julgada, por isso não faz sentido uma decisão que, por exemplo, tratar do reconhecimento do pedido de dano morais, caso proferida antecipadamente por decisão interlocutória, poder ser cumprida imediatamente, e a mesma decisão, agora proferida em sentença, ter de aguardar o fim do efeito suspensivo.

4.5 Proposta de redação de alteração do art. 1.009 e do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015: um contributo acadêmico a ensejar os debates iniciais.

Legislar não é tarefa simples, tampouco o é aplicar a lei no caso concreto, o qual é a função típica do Poder Judiciário. A presente proposta de alteração legislativa não tem por função diminuir a função do Poder Legislativo, mas antes, a partir de um recorte acadêmico, sugerir um modelo coerente com as posições doutrinárias trazidas ao longo dos três capítulos que compõem o presente trabalho monográfico.

Ante a ressalva acima apontada, relevante se faz sugerir a proposta de redação do art. 1.009 e do art. 1.015 do CPC/2015, buscando uma fina sintonia com os capítulos anteriores.

Com o objetivo de prestigiar a ordem atribuída aos recursos no CPC/2015, a primeira sugestão legislativa diz respeito ao recurso de apelação, seguida das razões que levaram à proposta de alteração.

> Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.
>
> § 1.º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão, desde que suscitadas, por petição simples, em até 15 dias úteis da intimação da decisão a que se referem e desde que sejam ratificadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.
>
> § 2.º Se as questões referidas no § 1.º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

> § 3.º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença.
>
> § 4.º Será admitida a apelação autônoma da parte que teve pronunciamento final favorável, a fim de modificar unicamente decisão interlocutória desfavorável sem prejudicialidade com a sentença, desde que a parte contrária não tenha interposto apelação.
>
> § 5.º Caso a parte contrária interponha apelação após a interposição da apelação autônoma disciplinada no parágrafo anterior, a parte que obteve pronunciamento favorável na sentença será intimada para, em 15 dias, contrarrazoar, inserindo o conteúdo da apelação autônoma em capítulo próprio.
>
> § 6.º Mesmo que a parte desista da apelação interposta, o tribunal ainda conhecerá o capítulo referente à apelação autônoma, tendo em vista a não prejudicialidade entre ela e o decidido na sentença.

Quanto ao recurso de apelação, disciplinado entre os arts. 1.009 e 1.014, optou-se por prestigiar a suscitação e confirmação do descontentamento com a decisão interlocutória. Isso foi feito para corroborar a necessidade de informação à parte contrária, a fim de que não seja surpreendida com o recurso, em preliminar ou nas contrarrazões da apelação, contra matéria que já se achava superada, e para evitar a suscitação, também na apelação, apenas como método protelatório ou como método para se "cavar" uma anulação.

Nota-se a relevância da suscitação quando se verifica que a preclusão possui papel garantidor do andamento processual, evitando a perpetuação de assuntos que poderiam, desde logo, serem sedimentados, ratificando a celeridade, a razoável duração e a efetividade do processo. Essa ideia se fortalece quando se observa que, no substitutivo encaminhado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, havia previsão de protesto específico contra decisões interlocutórias não agraváveis, além

de ter de fundamentar as razões do processo em preliminar ou contrarrazões de apelação.[264]

Outra matéria prestigiada foi a apelação autônoma da parte vencedora, a qual seria cabível sempre que a decisão interlocutória desfavorável não tivesse relação com a decisão final. Cuidou-se, ainda, de preservar a autonomia da apelação autônoma e a instrumentalidade de sua forma, tendo em vista que eventual apelação da parte vencida apenas devolve à parte vencedora a possibilidade de, além de contrarrazoar os argumentos trazidos pela apelante, inserir, em capítulo próprio, a matéria que seria impugnada pela apelação autônoma, garantindo à parte apelada a certeza de que eventual desistência da parte apelante não prejudicaria o prosseguimento do capítulo referente à apelação autônoma.

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que possam causar à parte lesão grave e de difícil reparação, especialmente as que versarem sobre:
>
> I- tutelas provisórias;
>
> II- mérito do processo e decisões interlocutórias anteriores com o mérito relacionadas;
>
> III- rejeição da alegação de conversão de arbitragem;
>
> IV- rejeição de alegação de incompetência;
>
> V- incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> VI- exibição de documento ou coisa;
>
> VII- rejeição de prova;
>
> VIII- rejeição, total ou parcial, do pedido de gratuidade de justiça ou o acolhimento, total ou parcial, do pedido de sua revogação;
>
> IX- exclusão de litisconsorte;
>
> X- rejeição do pedido de limitação de litisconsorte;
>
> XI- admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
>
> XII- concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

[264] CARVALHO, Fabrício de Farias; JOBIM, Marcos Félix. A disciplina dos agravos no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo cpc doutrina selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 896-898.

> XIII- redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1.º;
>
> XIV- outros casos expressamente referidos em lei.
>
> §1.º Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.
>
> §2.º A decisão parcial de mérito terá efeito suspensivo.
>
> §3.º O agravo de instrumento interposto em razão de decisão interlocutória que versar sobre as matérias arroladas do inciso I ao inciso XIV só não será conhecido quando intempestivo ou quando, por ausência de alguma formalidade essencial, a parte não realizar a correção indicada no prazo de 5 dias úteis.
>
> §4.º A parte que interpuser agravo de instrumento com fundamento em lesão grave ou de difícil reparação, caso não seja conhecido ou, mesmo se conhecido, for julgado improcedente por unanimidade do colegiado, será multada em 10% do valor da causa.
>
> §5.º A multa a que se refere o parágrafo anterior não será impugnável.

Optou-se por manter a taxatividade do agravo de instrumento, porém inserindo, no *Caput* do art. 1.015 do CPC/2015, a possibilidade de a parte, quando verificar a possibilidade de a decisão interlocutória lhe causar lesão grave ou de difícil reparação, imediatamente levar a matéria ao conhecimento do tribunal, privilegiando, assim, as normas da cooperação e do contraditório influente e evitando a violação do direito à tutela justa e efetiva, que seria afastado caso eventual recurso de apelação se mostrasse inútil, em razão do tempo decorrido.

Ainda quanto à taxatividade, adicionou-se a previsão de que a decisão interlocutória não agravável relacionada com matéria de mérito decidida antes da prolação de sentença, será agravável, juntamente com a decisão de mérito proferida, sob pena de preclusão, bem como atribuiu efeito suspensivo a decisão interlocutória de mérito, privilegiando o paralelismo entre ela e a sentença no CPC/2015. Optou-se por atribuir o efeito suspensivo da apelação ao agravo de instrumento que versa sobre o mérito do processo e não de retirá-lo porque o presente trabalho, em momento, algum discutiu sobre os efeitos da retirada do efeito suspensivo da

apelação, motivo pelo qual se preferiu, a fim de manter o paralelismo sistêmico, utilizar-se da inteligência do art.1.012 do CPC/2015.[265]

Optou-se por manter as matérias já elencadas pelo legislador dos art.s 1.º ao 13. do CPC/2015, tendo em vista a relevância delas, destacando, ainda, para tal, que elas só não serão conhecidas se intempestivas ou se, após o prazo para correção de alguma irregularidade, a parte se quedar inerte.

Inseriu-se no rol a rejeição de alegação de incompetência, devido à urgência de sua análise, porquanto o reconhecimento tardio de incompetência teria o condão de anular todos os atos proferidos pelo juiz incompetente, violando o princípio da razoável duração do processo.

Previu-se a imediata possibilidade de recorribilidade de decisões interlocutórias que versarem sobre rejeição de prova. Como reforçado anteriormente, as normas processuais da cooperação e do contraditório efetivo estabelecem a necessidade de ampla discussão dos fatos e das provas trazidas pelas partes, corroborando a adoção do processo democrático e cooparticipativo.

Adotou-se, também, a possibilidade de a parte ser multada, caso interponha o recurso de agravo de instrumento fora do prazo ou caso o recurso seja julgado, por unanimidade do colegiado, improcedente, além de prever que a decisão que condena a parte recorrente ao pagamento da multa prevista no §4.º não será impugnável. A adoção da impugnabilidade não se mostra uma violação à ampla defesa porquanto a decisão foi tomada por um colegiado, que, por unanimidade, julgou o recurso intempestivo ou julgou não haver urgência que justificasse a imediata recorribilidade. Com isso, busca-se evitar a interposição de agravo de instrumento meramente protelatório.

Nesse sentido, percebe-se que as alterações propostas estão intimamente ligadas com normas fundamentais do processo, principalmente com a igualdade,

[265] Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/le i/l13105.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

direito à tutela justa e efetiva, cooparticipação, contraditório efetivo e celeridade. Com isso busca-se atribuir uma sintonia fina com a Constituição Federal, trazendo, portanto, uma maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico processual e maior proteção aos jurisdicionados. Busca-se, ainda, evitar a possibilidade de interpretação extensiva, cuja utilização traria insegurança jurídica, bem como evitar a impetração do mandado de segurança, diante de lacuna legislativa apta a tutelar os direitos das partes.

4.6 Prováveis perspectivas a partir das alterações propostas.

Após a realização das propostas de redação dos artigos referentes à apelação e ao agravo de instrumento, relevante se faz supor a realidade prática, ou seja, as consequências da adoção das reformas sugeridas.

Com a inserção da necessidade de a parte suscitar, em 15 dias, mediante petição simples, a intenção de se insurgir contra determinada decisão interlocutória não agravável, e a necessidade de ratificar a intenção em preliminar e contrarrazões de apelação, objetiva-se impedir a surpresa da parte contrária ao ver a possibilidade de uma decisão ocorrida em outro momento processual, a qual já se imaginava superada, ter o condão de anular atos posteriores a ela, bem como para se evitar a utilização da recorribilidade diferida para suscitar toda sorte de decisões interlocutórias desfavoráveis com objetivo protelatório ou de "cavar" anulação, privilegiando, ainda, o princípio da boa-fé objetiva.

Com a inserção da possibilidade de apelação autônoma da parte vencedora, evitou-se a esdrúxula hipótese de o recurso de uma parte ser condicionado à de outra, violando o princípio da igualdade e a possibilidade de impetração do mandado de segurança com objetivo de dar seguimento à sua pretensão. Ainda nesse sentido, autorizou-se a complemetação da apelação autônoma após a interposição de apelação pela parte sucumbente na sentença, a qual passaria a ser um capítulo das contrarrazões, que remanesceria, inclusive, caso a apelante desistisse de seu recurso.

Com a inserção da "Cláusula de abertura"[266], no *Caput* do art. 1.015 do CPC/2015, almeja-se evitar a utilização do mandado de segurança e de sucedâneos recursais, a fim de se obter o enfrentamento de decisão passível de causar lesão grave ou de difícil reparação às partes. Almeja-se, ainda, o afastamento da interpretação extensiva, porquanto tal instituto fragiliza a segurança jurídica, ao deixar ao costume a tarefa de dizer se determinada matéria é ou não imediatamente impugnável.

Com a inserção da possibilidade de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre decisões interlocutórias anteriores com o mérito relacionadas; rejeição de prova; e rejeição total ou parcial do pedido de gratuidade de justiça ou o acolhimento, total ou parcial, do pedido de sua revogação buscou-se privilegiar as matérias elencadas pela doutrina como problemáticas, em razão de não terem sido inseridas no rol, a fim de se evitar a impugnação por mandado de segurança e sucedâneos recursais.

Com a inserção do efeito suspensivo à decisão parcial de mérito, buscou-se evitar a utilização do mandado de segurança ou de sucedâneos recursais, a fim de conferir paralelismo sistêmico e privilegiar o princípio da isonomia recursal.

Com a inserção da multa, buscou-se desestimular a utilização da "Cláusula de abertura"[267] sem que haja urgência ou perigo de lesão grave ou de difícil reparação, e impossibilitando a impugnação da multa aplicada, com o objetivo de evitar o assoberbamento dos tribunais de segundo grau com recursos com o propósito de afastar a aplicação da multa.

Conclui-se, portanto, que, com as alterações propostas, vislumbra-se a diminuição do descontentamento dos jurisdicionados com a atual taxatividade das

[266] CARVALHO, Fabrício de Farias; JOBIM, Marcos Félix. A disciplina dos agravos no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo cpc doutrina selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 902.
[267] CARVALHO, Fabrício de Farias; JOBIM, Marcos Félix. A disciplina dos agravos no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo cpc doutrina selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 902.

decisões interlocutórias de primeiro grau no processo de conhecimento, adequando o processo aos princípios ponderados e regras que foram afastadas, sob a justificativa de conferir maior celeridade e de diminuir a interposição de recursos nos tribunais de segundo grau.

5 CONCLUSÃO

A finalidade precípua da Comissão encarregada de elaborar o projeto do Código de Processo Civil de 2015, quanto ao sistema recursal, foi a busca pela celeridade e pelo esvaziamento dos recursos nos tribunais de segunda instância. Para tanto, um Projeto de Lei — PL— foi proposto no âmbito do Senado Federal, Casa iniciadora, e encaminhado posteriormente à Câmara dos Deputados, Casa revisora, onde houve alterações no texto original, e, por isso, o PL foi devolvido para o Senado Federal, a fim de apreciarem as modificações propostas. Após isso, o texto ainda passou pela sanção ou veto presidencial, antes de se transformar na Lei 13.105/2015.

Com o advento da CPC/2015, que recebeu *vacatio legis* de um ano, verificou-se, quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, a supressão do agravo retido, recurso anteriormente usado para se insurgir, no prazo de dez dias, contra decisão interlocutória não agravável por instrumento, desde que o intento fosse ratificado em razões ou na resposta da apelação; e a taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sendo que as decisões interlocutórias não agraváveis não precluiriam enquanto não sobreviesse sentença, ocasião em que se oportunizaria à parte recorrer delas por meio de apelação.

Portanto, nota-se que, sob o argumento de maior celeridade à prestação jurisdicional e esvaziamento dos agravos de instrumento nos tribunais de segundo grau, restringiu-se a recorribilidade imediata dos recursos. Essa metodologia já foi adotada anteriormente e não trouxe resultados satisfatórios, motivo pelo qual o legislador de 1973, optou pela recorribilidade plena das decisões interlocutórias em

seu texto originário. Isso foi sendo paulatinamente demonstrado ao longo do presente trabalho monográfico, o qual possui três capítulos.

O primeiro capítulo, sob o título Um Estudo sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau no Código de Processo Civil de 2015: Uma volta ao passado, percorreu o sistema recursal de primeiro grau desde as Ordenações Portuguesas até o advento do CPC/2015. Demonstrou-se que, durante as Ordenações Afonsinas, D. Afonso V manteve a proibição de as partes impugnarem decisões interlocutórias não terminativas. Como consequência, as partes passaram a se utilizar de instrumento que, posteriormente, seria substituído pelo agravo de instrumento.

Em todas as legislações posteriores, o agravo de instrumento teve seu lugar e, quando era retirado do ordenamento, logo surgia novamente. O legislador de 1939, então, percebendo a impossibilidade de retirá-lo do ordenamento pátrio, procurou restringir o seu cabimento a um rol taxativo, tal qual o legislador de 2015. Como consequência, observou-se a utilização de ações autônomas de impugnação e de sucedâneo recursais, a fim de emprestar o meio pelo qual decisões interlocutórias urgentes seriam colocadas ao exame dos magistrados, ante a impossibilidade de o legislador antever todas as hipóteses que poderiam causar dano grave ou de difícil reparação às partes do processo.

Diante do efeito contrário do almejado, o Código de Processo Civil de 1973 restabeleceu a ampla possibilidade de interposição do agravo de instrumento, sendo este tratado como gênero, cujas espécies eram o agravo retido e o agravo de instrumento propriamente dito. Sobrevieram três alterações no recurso do agravo de instrumento, com o objetivo de corrigir falhas relacionadas ao modo de interposição, ao local de interposição e os efeitos com que o agravo de instrumento seria recebido.

Contudo as reformas não foram suficientes para afastar o interesse legislativo de restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, motivo pelo qual, com a promulgação do CPC/2015, foi abolido o agravo retido e restringido o cabimento do agravo de instrumento a hipóteses taxativamente

previstas, retornando a um modelo análogo ao de 1939, o qual, a fim de afastar a opção legislativa, fomentou a utilização do mandado de segurança e sucedâneos recursais.

O segundo capítulo teve por objetivo analisar a recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau no CPC/2015. Para tanto, debruçou-se sobre a sistemática do agravo de instrumento e da apelação. Trouxe, ainda, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, pormenorizando cada inciso do art. 1.015 do CPC/2015, além de trazer as principais posições doutrinárias sobre a sua interpretação, como o cabimento de interpretação extensiva e o uso do mandado de segurança contra decisões interlocutórias não agraváveis. Analisou-se, também, as discussões a respeito da apelação, como a possibilidade de interposição da apelação autônoma para impugnar decisões interlocutórias desfavoráveis à parte a quem a sentença foi favorável.

O terceiro capítulo, por sua vez, fez um contraste do sistema de impugnabilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau e as normas fundamentais do processo, questionando se haveria a necessidade de reforma legislativa. Nesse sentido, buscou-se a intenção do legislador ao limitar o cabimento do agravo de instrumento e, após essa análise, foram feitas críticas a essas intenções.

Por fim, chegou-se a conclusão de que a reforma legislativa seria necessária, ocasião em que se propôs a necessidade de suscitação prévia do interesse em recorrer de decisão interlocutória não agravável na apelação; a possibilidade de apelação autônoma pela parte vencedora; a inserção de “cláusula de abertura” no caput do art. 1.015; a inserção de mais alguns incisos no rol dos 1.015, bem como a manutenção dos artigos inseridos pelo legislador; e a aplicação de multa à parte que interpusesse agravo de instrumento, sob o fundamento de lesão grave ou de difícil reparação, mas que não tivesse o recurso conhecido ou se, mesmo se conhecido, fosse julgado improcedente pela totalidade do colegiado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira. Mitigação da oralidade – contraditório influente – Exacerbação dos poderes do relator nos julgamentos monocráticos. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 9, ano. Disponível em: < http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20396/14729>. Acesso em: 24 fev. 2018.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo cpc: variações sobre o tema. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 2017-228. jan. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil*: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=13>. Acesso em: 3 jan. 2018.

BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo Civil*. 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf.>. Acesso em: 23 set. 2017

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.068, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.html>. Acesso em: 16 set. 2017.

BRASIL. *Exposição de motivos do Código de processo Civil de 1939*. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html.>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/le i/l13105.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil*: histórico da lei. Brasília: subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1. t. 1. Disponível em: Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>. Acesso em: 1. out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1.078.175/RO. Sexta Turma. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Fernando Cacers Montoya. Relator: Min. Sebastião Reis Reis Júnior. Brasília, 16, de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27686155&num_registro=200801650480&data=20130426&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1.111.234/PR. Segunda Turma. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Município de Curitiba. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 23, de setembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6109019&num_registro=200900158189&data=20091008&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 52, 1957.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Teresa Arruda Alvim Wambier et. al.(Coords.) Breves comentários ao novo código de processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARVALHO, Fabrício de Farias; JOBIM, Marcos Félix. A disciplina dos agravos no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo cpc doutrina selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016.

CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. O agravo de instrumento no código de processo civil de 2015 e a (im)possível interpretação extensiva. ALVIM, Teresa Arruda; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). In: *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 13.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da (Cols.). *Vade Mecum Compacto*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHUEIRI, Miriam Fecchio; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Anotações sobre o sistema recursal no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Coleção Novo CPC*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015. v.6

COSTA, Antônio Carlos Costa. *Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: RT/Edusp, 1970.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 3.

DIAS, Ronaldo Brêtas. A constitucionalização do novo código de processo civil. DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (Coord.). In: *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodium, 2016. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade- o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, ano. 42, p. 193-203, jan. 2017.

FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto madruga de; MOUZALAS, Rinaldo. Cooperação e vedação às decisões por emboscada (“ambush decision”). DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: *Novo cpc doutrina selecionada*: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2017.

FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Marcus Rios. *Novo curso de direito processual civil*: execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215552/cfi/4!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 28 maio 2017.

GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. 380 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 18 jun. 2017.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário universitário jurídico*. São Paulo: Rideel, 2014.

GULIN, Marcello de Oliveira; VASCONCELOS, Ronaldo. Sistema recursal brasileiro e o vetor da não recorribilidade. NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). In *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017. v.13.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015.

MADEIRA, Dhenis Cruz. A influência do Processo Constitucional sobre o novo cpc. DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: *Novo cpc doutrina selecionada*: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*., São Paulo, vol. 256. ano 41. p. 147-168, jun. 2016.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de Processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MOREIRA, Silmara Bosso; FERRARESI, Camilo Stangherlim. Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição. *Revista JurisFIB*, São Paulo, v. 4, ano IV, p. 343-380, dez. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. Rio de janeiro: Forense, 1978.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Agravo no direito brasileiro*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

PIMENTEL, Álvaro Mendes. *Observações sobre o projecto de código de processo civil*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1939.

RODRIGUES, Rafael Ribeiro; THAMAY, Rennan Faria Kruger. Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no novo cpc. DIDIER JR., Fredie (Coord.). In: *Novo cpc doutrina selecionada*: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015 do ncpc: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n.259, p. 259-273, 2016.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*: riscos e possibilidades. Disponível em:<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30748312/Daniel_Sarmento_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1522967081&Signature=bCmLzN3BXW%2BTjn8NZAeT834%2FxDg%3D&response-content-disposition=inline%3B% 20filenam e%3DO_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Da.pdf>. Acesso em: 11. març. 2018.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Agravo*: regime implantado pela lei n. 9.139/95. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

SILVA, Ticiano Alves e. Santana, Alexandre Ávalo; Andrade Neto, José de (Coords.). Novo cpc: Análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. Campo Grande: Contemplar, 2016. v. 2.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo, Saraiva: 2013. p. 345.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humbero et. al. *Novo cpc*: fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 55. ed. Rio de janeiro. Forense: 2014. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. *Justilex*, Minas Gerais, v. 2, n. 22, p. 20-24, out. 2003.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. História do processo: uma análise do Código de processo civil de 1939 sob o Prisma terminológico. *BuscaLegis*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9201/8767>. Acesso em: 30 set. 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Novo cpc urgente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Alterações nas regras que disciplinam o agravo de instrumento: primeiras impressões. *Revista do Advogado*, São Paulo, Ano 25, p. 56-63, dez. 2005.

YOSHIKAWA, Eduardo de Henrique de Oliveira. Prometeu (re)acorrentado: a recorribilidade em separado das decisões interlocutórias do cpc/39 ao cpc/2015. NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). In: Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017, p. 159-197, v.13.

EFEITO DEVOLUTIVO NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL: DIMENSÕES DO PRÉ-QUESTIONAMENTO EM VIRTUDE DO NOVO CPC E IMPLICAÇÕES NA ATUAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO STJ

Karine de Almeida Santos

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto o pré-questionamento ficto no recurso especial, e como objetivo analisar a sua aplicação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A relevância do presente estudo verifica-se na análise das implicações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, ao positivar a ficção do pré-questionamento, bem como às mudanças ocorridas nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, conhecido pelo rigor e formalismo exigido, no tocante a observância do preenchimento do requisito em questão e pelo entendimento consolidado de não se aceitar a ficção do pré-questionamento. Primeiramente, traz-se uma abordagem histórica dos motivos que levaram à instituição do Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, analisa-se a evolução do pré-questionamento no plano doutrinário e jurisprudencial, bem como se estuda a finalidade dos embargos de declaração pré-questionadores. Ao final, estuda-se a positivação do pré-questionamento ficto, à luz do art. 1.025 do novo Código de Processo Civil e sua aplicação e interpretação perante o Superior Tribunal de Justiça. Com isto, pretende-se responder qual foi à interpretação dada pelo mencionado tribunal, quanto à positivação da ficção legal e se esta atendeu a intuito do legislador.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Pré-questionamento ficto. Art. 1.025. Novo Código de Processo Civil. Recurso Especial. Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o pré-questionamento ficto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, à luz do novo Código de Processo Civil. Em razão de variadas concepções dadas pela doutrina e jurisprudência ao requisito, e ante a divergência de entendimentos entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no tocante a sua aplicabilidade, o novo Código de Processo Civil, Lei 13. 105 de 16 de março de 2015 positivou a ficção do instituto em seu art. 1.025, em clara oposição ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, que não aceitava tal ficção.

A relevância do presente estudo verifica-se na análise da aplicabilidade da positivação da ficção legal perante o Superior Tribunal de Justiça, abordando à intenção do legislador em positivar o instituto, bem como sua implicação no campo processual civil e no âmbito dos tribunais superiores. Com isto, pretende-se responder qual foi à interpretação dada pelo mencionado tribunal, quanto à ficção legal e se esta atendeu a intuito do legislador.

A pesquisa é do tipo dogmática-instrumental e contará com o aparato doutrinário, jurisprudencial, com pesquisas feitas em artigos acadêmicos, notícias veiculadas por mídia eletrônica, bem como por toda a legislação pertinente ao tema, que se constitui por meio físico e eletrônico.

No primeiro capítulo, serão apresentados os motivos que ensejaram a instituição do Superior Tribunal de Justiça, que se deu mediante a reestruturação do Poder Judiciário, ocorrida na vigência da Constituição Federal de 1988, e também pela denominada “crise do Supremo”, que fez surgir à necessidade de se instituir um tribunal superior, cuja missão fosse à de uniformização e controle do direito federal infraconstitucional.

Serão feitas também considerações a respeito do papel jurídico-político, exercido pelos tribunais superiores, bem como se abordará as competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal e as que foram herdadas pelo Superior

Tribunal de Justiça, a sua importância e seu relevante papel no tocante ao controle do direito federal, feito por meio do recurso especial. Para isso, serão indicadas as hipóteses constitucionais de cabimento e finalidades tutelares do recurso especial e, por fim, será feita uma breve análise inicial, acerca das controvérsias existentes sobre o pré-questionamento.

No segundo capítulo, será realizado um estudo mais detalhado acerca da evolução do pré-questionamento no plano doutrinário e jurisprudencial. Para isso, será demonstrada a existência do requisito nas Constituições anteriores e sua supressão, a partir da Constituição de 1946, que deu início as controvérsias e à divergência de entendimentos entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no que se refere ao pré-questionamento ficto. Tal controvérsia será demonstrada por meio de julgados proferidos por ambos os tribunais superiores.

Também será preciso apontar a finalidade dos embargos de declaração pré-questionadores e fazer algumas reflexões conclusivas a respeito da evolução do pré-questionamento.

Para o estudo da positivação do pré-questionamento ficto, no âmbito do novo Código de Processo Civil, serão feitas algumas considerações a respeito das fases metodológicas do Processo Civil, seguido do estudo acerca do princípio da primazia do julgamento do mérito, bem como se abordará o alcance do art. 1.025 e de sua constitucionalidade, a fim de explicar a finalidade buscada pelo novo Código de Processo Civil no âmbito dos recursos.

Por fim, o terceiro capítulo terá como finalidade fazer uma análise acerca da positivação do pré-questionamento ficto, nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. A análise será feita por meio de recentes julgados proferidos no âmbito do tribunal superior, em que houve a apreciação e interpretação do art. 1.025 do Código de Processo Civil. Tudo isso para que, ao final, se chegue à análise dos impactos trazidos com a positivação do pré-questionamento ficto na nova legislação

e se tal positivação ocasionou alguma mudança de comportamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Após a demonstração da aplicação do pré-questionamento perante o Superior Tribunal de Justiça, através dos seus acórdãos, será verificada se a interpretação do requisito pelo mencionado tribunal se deu conforme pretendeu a nova legislação.

2 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUAS FUNÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS: UM ESTUDO ACERCA DO CONTROLE DO DIREITO FEDERAL POR MEIO DO RECURSO ESPECIAL

Neste capítulo, pretende-se realizar uma breve abordagem acerca dos motivos que ensejaram a formação do Superior Tribunal de Justiça, instituído pela Constituição Federal de 1988, bem como a importância desse tribunal, conhecido como Tribunal da Cidadania, e seu papel perante a sociedade e a comunidade jurídica, no tocante ao controle do direito federal, feito por meio do recurso especial.

Será tratado também acerca do papel jurídico-político dos tribunais superiores, apontando-se as competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal e as competências herdadas pelo Superior Tribunal de Justiça, concernente ao controle do direito federal, analisando a formação da jurisprudência específica sobre a matéria federal e traçando os principais pontos a respeito do recurso especial, principal recurso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e, consequentemente, traçando as controvérsias que ainda cercam o pré-questionamento.

Não se pretende aqui esgotar todos os aspectos que ensejaram a instituição do Superior Tribunal de Justiça, mas apenas situar o leitor em uma linha cronológica de acontecimentos para bem entender o objetivo deste trabalho.

2.1 A Constituição da República de 1988 e a reestruturação do Poder Judiciário

A Constituição da República de 1988 foi o marco para o estabelecimento da nova democracia. Nela se consignou um rol abrangente de direitos aos cidadãos, que

antes não lhes era assegurado. Foi a partir dela também, que se iniciou a reestruturação do Poder Judiciário, ocasionada em razão da ampliação de instrumentos legítimos, aptos a se recorrer aos tribunais na busca pela execução desses novos direitos, fazendo com que a via judicial ganhasse maior visibilidade dentro do cenário político e social.

No que diz respeito à revolução democrática da justiça, Boaventura de Sousa Santos[1], em uma análise crítica acerca dos principais pontos, concernentes às mudanças ocorridas pelos tribunais nos últimos anos, em que pese à evolução da democracia e o papel do direito e da justiça, aduz que o Poder Judiciário, até metade do século XX, posicionava-se de modo conservador, no que diz respeito às questões políticas, econômicas, e que envolviam lutas por transformação social, afirmando o seguinte:

> "Na maior parte do século XX, nos países latino-americanos, o judiciário não figurou como tema importante da agenda política, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A construção do Estado latino-americano ocupou-se mais com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando converter o judiciário numa parte do aparato burocrático do Estado - um órgão para o poder político controlar - de fato, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores".[2]

O autor informa que, até então, não se vislumbrava um Poder Judiciário apto a promover à justiça social, tendo em vista que não era do interesse dos regimes autoritários chancelarem tal promoção, o que o impedia de agir diante dos atos repressivos praticados por esses regimes.

Contudo, observou-se que, ao final da década de 1980, o Poder Judiciário teve suas fronteiras alargadas, não apenas em países latino-americanos, como o Brasil, mas também na Europa, África e Ásia, saindo de sua posição conservadora

[1] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
[2] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.p. 21.

para assumir o papel de protagonista, dando forma ao denominado intervencionismo judiciário, que busca garantir maiores direitos aos cidadãos.[3]

Ainda segundo o autor, são diversas as razões que ensejaram tal protagonismo, não sendo possível identificar, exatamente, todos os pontos que o levaram a essa posição, por questões internas de cada país, relacionadas aos níveis de desenvolvimento social, econômico e cultural vivenciados. Porém, afirma que a elevação do Poder Judiciário ao novo cenário relaciona-se com o "desmantelamento do Estado intervencionista", seja o Estado desenvolvimentista, o Estado-providência ou o Estado do bem-estar social, que não foram capazes de dar uma efetiva aplicação ao alcance dos direitos.[4]

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, que afastou o regime autoritário ditatorial e abriu caminho para o regime democrático, com a instituição do modelo republicano-federativo, ampliou o rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e acresceu os direitos ao meio ambiente e do consumidor. Possibilitou também que os cidadãos tomassem consciência de seus direitos e, mesmo diante de uma estrutura administrativa estatal deficiente, incapaz de atender as políticas sociais dispostas na Constituição, os fez buscar, por meio do Poder Judiciário, a efetiva execução desses direitos e garantias.[5]

No entanto, com a troca de um regime autoritário para um regime democrático, as sociedades passaram pelo que o autor denominou chamar de "curto-circuito histórico", porque a instituição de um rol tão complexo de direitos sem a

[3] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 22.
[4] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 23-24.
[5] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.p. 25

efetiva consolidação de políticas públicas e sociais, aptas a respaldarem tais direitos, tornou difícil a tarefa de efetivá-los.[6]

Por tal razão, a nova atuação do Poder Judiciário, em relação à legitimidade social atribuída aos tribunais, ensejou um "confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado", em razão da incompetência dos poderes políticos para atender às demandas sociais requeridas. Dessa forma, "o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições da sua efetivação".[7]

Com isso, além de garantir independência e autonomia ao Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 deu a ele também reforço institucional, atribuindo-lhe a função de guardião dos direitos fundamentais, civis, políticos e sociais.[8]

Diante do novo papel do Poder Judiciário dentro da sociedade, a intensa busca pela intervenção judicial acabou afetando sobremaneira a atuação dos tribunais, pelo fato de eles não conseguirem suprir todas as expectativas esperadas pela parte. A partir de então, iniciou-se a busca por uma nova organização dentro da estrutura judicial, a fim de viabilizar uma melhor prestação jurisdicional.

Para além das atribuições trazidas pela Constituição Federal de 1988, uma de suas maiores inovações, no tocante à reestruturação do Poder Judiciário, foi a instituição do Superior Tribunal de Justiça, constituído com a finalidade de julgar recursos extraordinários relacionados ao direito federal, atuando como instância federal e tratando de matérias de cunho infraconstitucional, retirando, assim, a carga

[6] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.p. 26.
[7] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.p. 29.
[8] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *25 anos do Tribunal da Cidadania:* A Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/vinteecincoanos/issue/view/272/showToc.>. Acesso em: 26 ago. 2017.

processual suportada pelo Supremo Tribunal Federal, que ficou conhecida como a "Crise do Supremo".[9]

É que, até o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal detinha duas prerrogativas, relativas ao controle e à uniformização da interpretação da norma: a ele cabia fazer o controle e a uniformização tanto do direito constitucional, quanto do direito infraconstitucional, por meio do recurso extraordinário.[10]

Conforme explica Rodolfo de Camargo Mancuso[11], em razão do excesso de demandas levadas a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, devido a essa prerrogativa peculiar, obstáculos jurisprudenciais, legais e regimentais foram colocados por esse tribunal como requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, a fim de barrar o número de recursos. Contudo, tais empecilhos demonstraram-se limitados, não podendo suportar o acúmulo de processos, gerando delonga na prestação jurisdicional, daí a denominada "Crise do Supremo".

Em razão da crise vivenciada, após intensos debates entre os maiores juristas à época, foi com a Constituição Federal de 1988 que se instituiu o Superior Tribunal de Justiça, incumbido da defesa da unidade federal, no intuito de auxiliar o Supremo Tribunal Federal, aliviando-o de sua sobrecarga e permitindo a ele assumir o papel de Corte Constitucional, cuja missão é a defesa da Constituição.[12]

Ao passo que foi precipuamente instituído um novo tribunal, instituiu-se, consequentemente, um novo recurso destinado a ele. Desse modo, o recurso extraordinário, antes de competência apenas do Supremo Tribunal Federal, divide-se

[9] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
[10] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 113.
[11] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 113.
[12] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 25 anos do Tribunal da Cidadania: *A Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/vinteecincoanos/issue/view/272/showToc.>. Acesso em: 26 ago. 2017.

em dois: o recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, e o recurso extraordinário especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, com vistas à tutela da lei federal.

Diante de tal divisão, permitiu-se, a princípio, uma melhor atuação com relação à prestação jurisdicional. Contudo, antes da instituição do Superior Tribunal de Justiça já havia críticas a seu respeito, relacionadas ao volume de demandas que esse tribunal viria a receber, levando, por consequência, ao mesmo problema enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, em torno do excesso de litigiosidade que viria a postergar a outorga dessa prestação.[13]

Analisado o panorama histórico dos motivos que ensejaram a instituição do Superior Tribunal de Justiça, com o advento da Constituição Federal de 1988, reestruturando o Poder Judiciário, cumpre observar que, para melhor compreensão acerca da atuação desse tribunal e da sua função, convém tecer algumas observações relativas ao papel jurídico-político dos tribunais superiores, o qual será abordado no tópico subsequente.

2.2 Tribunais superiores e seus papéis jurídico-políticos

Ao Estado compete o poder de decisão. “Em todos os setores de suas atividades, exercendo diretamente ou comandando o exercício do poder nacional, o Estado decide”[14]. Essa capacidade de decisão, conforme explica Cândido Rangel Dinamarco[15], ocorre de forma abstrata, por meio de regras de conduta e organização da vida em sociedade e, concretamente, dentro do âmbito político, administrativo e jurisdicional.

[13] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 115.
[14] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 104.
[15] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Em sede jurisdicional, verifica-se a atuação estatal através dos órgãos que compõem o Poder Judiciário[16], entre eles encontra-se o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, órgãos de superposição, que possuem relevante papel na sociedade.

As questões políticas permeiam todos os Poderes da Federação, mas, diferentemente dos outros poderes, no Judiciário, sempre que lhes seja apresentada alguma demanda, em razão da indeclinabilidade da jurisdição, deve haver pronunciamento, e ele o faz por meio de suas decisões, que são fundamentadas, por expressa previsão legal.[17]

Em vista disso, os tribunais superiores não podem se esquivar da atividade controladora referente a atos políticos. No entanto, em regra, tal atividade não é livre, salvo as exceções concernentes ao princípio da inércia, o Poder Judiciário só age mediante provocação.[18]

A função jurídico-política exercida pelos tribunais superiores encontra respaldo na própria Constituição Federal, a qual os encarregou de desempenhá-la com vistas à preservação do Estado, ou seja, definindo os rumos a serem seguidos pela sociedade, na promoção do interesse público.[19]

[16] Art. 92, CF/88: São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

[17] SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese. 2004. p. 98.

[18] SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese. 2004, p. 99.

[19] PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. Tese (Doutorado). São Paulo. 2007. Disponível em <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>. *Acesso em 26 ago. 2017.*

Assim, verifica-se que o exercício da função jurídico-política, quando da realização da prestação jurisdicional indeclinável, pode ser realizado por meio dos recursos, das audiências públicas e também através dos precedentes.[20]

No que concerne à intervenção dos tribunais nas questões políticas, ressalta-se a legitimidade democrática a eles conferida pela Constituição Federal, que lhes deu autoridade. Em razão disso, a sociedade, ao se deparar com alguma questão que afronta veementemente o ordenamento constitucional e infraconstitucional, busca no Poder Judiciário esse controle, que possibilita a correção das incongruências.[21]

Tal atribuição é indispensável à manutenção da ordem social, pois se o Estado não interviesse nas relações, deixando de fornecer a prestação jurisdicional, apta a pacificar os conflitos postos à intervenção estatal, conforme explica Dinamarco[22], "seria a renúncia à própria subsistência da organização política da sociedade".

Nesse contexto, verifica-se que a função jurídico-política dos tribunais superiores é exercida, primordialmente, por meio do recurso, meio de impugnação que permite o reexame da decisão, que surge em razão do inconformismo da parte que sucumbiu no processo, bem como permite o aprimoramento do ato judicial, por meio da correção de erros de julgamento, em decorrência de falhas que podem ocorrer nas decisões.[23]

A faculdade colocada à disposição da parte, de se recorrer às instâncias de superposição, surge quando se verifica que ocorreu o exaurimento das possibilidades de se impugnar nas instâncias ordinárias ou em única instância. Portanto, enquanto

[20] SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese. 2004.
[21] SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese. 2004. p. 114-115.
[22] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 200-201.
[23] ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. [livro eletrônico]. p. 15.

for possível interpor um recurso na instância de origem, não será cabível recurso extraordinário ou especial.[24]

Tendo em vista que as instâncias ordinárias também aplicam em suas decisões normas constitucionais e federais, é comum que se encontrem julgamentos distintos a respeito da interpretação de tais normas. Em razão da divergência de entendimentos, os recursos são levados às instâncias excepcionais, que buscam sua interpretação e uniformização.[25]

Portanto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o principal recurso julgado, visando à busca da uniformização e interpretação da lei federal, é o recurso especial, "fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário para o STF (antes da CF/1988)"[26], como já explicado anteriormente. Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o recurso apto a uniformizar a interpretação da Constituição Federal é o recurso extraordinário.

Cumpre destacar que a atuação dos tribunais está adstrita ao disposto especificamente na Constituição Federal de 1988, que elenca as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, mais precisamente no art. 102, III, e art. 105, III. Assim, tais recursos servem apenas para impugnar matéria de direito, não se admitindo o revolvimento de matéria fática.[27]

Em razão da atuação específica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de controle da atividade jurisdicional, as decisões emanadas por esses órgãos de superposição prevalecem sobre os tribunais inferiores.

---

[24] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Teoria e Parte Geral dos Recursos. In: *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3. p. 313.

[25] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Teoria e Parte Geral dos Recursos. In: *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3.

[26] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Teoria e Parte Geral dos Recursos. In: *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3. p. 306.

[27] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Teoria e Parte Geral dos Recursos. In: *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3.

Verificado o alto grau de importância dos tribunais excepcionais, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no que tange à sua função jurídico-política, faz-se necessária uma abordagem acerca das competências atribuídas a eles, o que será feito no tópico a seguir.

2.3 Competências atribuídas às Cortes de superposição – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – para a preservação do estado federado e de sua ordem jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, considerado como órgão de cúpula do Poder Judiciário, em razão de sua função precípua, qual seja, a guarda da Constituição, foi concebido no ano de 1890, após a proclamação da República.[28]

A princípio, coube-lhe a função de exercer o controle de constitucionalidade difuso, baseado no modelo norte-americano, em que se prestigia a uniformidade das decisões. Já no século XX, foi incorporado o controle concentrado europeu, adotando-se o sistema misto, em que há o controle político e jurisdicional.[29]

Em razão da democracia, o controle difuso é dividido com os demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive Superior Tribunal de Justiça, que podem declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei. Contudo, o Supremo Tribunal Federal é que exerce, em última instância, o controle difuso e, em única instância, o concentrado, proferindo a última palavra no tocante a questões de cunho constitucional.[30]

No que se refere ao tema em questão, convém relembrar a afirmação, sempre recordada, do Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto:

> [...] **2.Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de**

[28] PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal – Composição e indicação de seus Ministros*. São Paulo: Método, 2012.
[29] PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Supremo Tribunal Federal – Composição e indicação de seus Ministros. São Paulo: Método, 2012.
[30] PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Supremo Tribunal Federal – Composição e indicação de seus Ministros. São Paulo: Método, 2012.

> **todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de oficio; o que não e dado aquela Corte, em recurso especial, e rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso** contrário**, ressuscita matéria preclusa.**[31]

A reforma do Poder Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, reforçou a função de Corte Constitucional do Supremo Tribunal Federal, competindo-lhe decidir questões jurídicas de alto relevo. Assim, deu a ele o poder de emitir as denominadas súmulas vinculantes, a partir de decisões reiteradas sobre matéria constitucional de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas.[32]

Por tal motivo, os órgãos do Poder Judiciário devem sempre atentar para as questões já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, posto ser dele a atribuição de uniformizar nacionalmente as questões constitucionais.

Como dito anteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário se reestruturou e instituiu-se o Superior Tribunal de Justiça, ao qual foram outorgadas funções, antes exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, na finalidade de retirar-lhe a sobrecarga processual, podendo desempenhar sua verdadeira função constitucional.[33]

---

[31] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AI 145589 AgR. Tribunal Pleno**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de junho de 1994. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+145589%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+145589%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/af52czd>. Acesso em 27 ago. 2017.

[32] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

[33] PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal – Composição e indicação de seus Ministros*. São Paulo: Método, 2012.

Por serem tribunais de superposição, sobrepõem às instâncias ordinárias, portanto, "julgam os recursos interpostos em causas que já tenham exaurido todos os graus das Justiças comuns e especiais"[34], denominadas de causas decididas.

Observa-se que ocorreu apenas o desmembramento do recurso extraordinário, ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, o julgamento de questões constitucionais e, ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial, o de questões federais.[35]

A interposição dos recursos extraordinário e especial mostra-se excepcional, não comportando a apreciação de matérias de fato, apenas de direito[36]. Assim, o art. 102, III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que o Supremo Tribunal Federal julgará, por meio do recurso extraordinário:

> "as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: "a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição, d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal"[37].

No que concerne ao manejo do recurso especial, sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme estabelece o art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, ocorre quando a decisão recorrida, que foi proferida em única ou última instância, pelos tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios: "a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes

[34] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 199.
[35] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.
[36] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
[37] BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".[38]

Ante as observações apontadas, constata-se que os motivos que ensejaram a instituição do Superior Tribunal de Justiça, com vistas à preservação do estado federado e da sua ordem jurídica, bem como a atribuição que lhe foi dada, de controle do direito federal infraconstitucional, a partir do manejo do recurso especial, foram de suma importância dentro da nova estrutura do Poder Judiciário. E é sobre tal atribuição que se passa a explanar no tópico subsequente.

2.4 Superior Tribunal de Justiça: competências herdadas do Supremo Tribunal Federal, em especial a de controle do direito federal

Como narrado anteriormente, até o advento da Constituição Federal de 1988, portanto, antes do surgimento do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal possuía a competência de analisar as questões constitucionais, bem como julgar às questões relativas ao direito federal infraconstitucional. Contudo, o acúmulo das duas funções estava inviabilizando a outorga da prestação jurisdicional, que já não estava mais satisfazendo aos anseios da comunidade jurídica, o que levou a já mencionada crise do Supremo.[39]

Diante dessa circunstância, a Constituição Federal de 1988 institui, então, o Superior Tribunal de Justiça, encarregado do "controle da inteireza positiva do direito infraconstitucional, com o respectivo instrumento processual: o recurso especial".[40]

[38] BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.
[39] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 78.
[40] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 111.

O Superior Tribunal de Justiça passa a ser então, a última instância do Poder Judiciário, no que tange às questões de direito federal infraconstitucional, julgando as causas advindas de todo território nacional, provenientes tanto da justiça comum estadual, quanto da federal, com exceção dos juizados especiais, levando a uma observância obrigatória pelos tribunais inferiores.

Arruda Alvim, ao discorrer sobre a função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial, assim explicou:

> "A função jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça representa a culminância e o fim da atividade judicante em relação a inteligência de todo o direito federal de caráter infraconstitucional[sic]. Significa sempre a última e definitiva palavra sobre o seu entendimento e a sua aplicação [...]".[41]

Nesse sentido, a atuação do Superior Tribunal de Justiça é de grande importância, pois ao exercer o controle do direito federal, que é o objeto trazido no recurso especial, acaba por fazer uma reanálise da decisão proferida pela instância de origem. Assim, sua atuação vai muito além do que a simples apreciação do direito das partes, uma vez que pacifica e afirma a correta aplicação do direito federal.

Acerca da interpretação da lei federal, realizada por meio do recurso especial, Luiz Guilherme Marinoni aduz que:

> "A regra de que o STJ deve, mediante recurso especial, definir o sentido da lei federal e a interpretação que deve prevalecer em caso de divergência entre tribunais é indiscutível evidência de que as decisões do STJ devem ser obrigatoriamente observadas pelos tribunais inferiores".[42]

Nas palavras do referido autor, seria absurdo que a atribuição dada ao Superior Tribunal de Justiça, de interpretar o direito federal, não fosse obrigatória para os tribunais inferiores, uma vez que incorreria em contradição ao sistema

[41] ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões*. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 37.

[42] MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 673-698.

judicial, porque implicaria dizer que as instâncias ordinárias pudessem discordar das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que configuram a razão da sua existência.[43]

Informa ainda que "dar ao STJ a incumbência de definir o sentido da lei federal e de dissipar a divergência interpretativa entre tribunais inferiores é o mesmo que conferir às suas decisões força obrigatória perante os tribunais ordinários".[44]

Tal atribuição é oriunda da própria Constituição Federal de 1988, que definiu sua competência a partir do art. 105, III e alíneas. Portanto não pode ser exercida por outro órgão, sob pena de se configurar usurpação de competência.[45]

Além disso, ao se interpor o recurso especial, a parte que entendeu pelo seu manejo deve demonstrar a divergência na aplicação do direito infraconstitucional, sendo pacífica a orientação de que não se admite a interposição do recurso para revisão de provas.[46]

A orientação faz-se compreensível, pois, se assim não o fosse, esvaziaria a função precípua desse tribunal, inviabilizando a entrega da prestação jurisdicional, no tocante à uniformização da jurisprudência.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, mediante seus precedentes, dá a direção para que os demais tribunais inferiores se orientem quando aplicarem e

---

[43] MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 673-698.

[44] MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 674.

[45] ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões*. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

[46] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07. Corte Especial. Julgado em 28/06/1990. DJ: 19/03/90. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=7&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 4 nov. 2017.

buscarem a interpretação da norma. Conforme explica Arruda Alvim[47], "as decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como correto em relação ao direito federal infra constitucional [sic]".

2.4.1 A formação de jurisprudência específica sobre matéria federal: instrumentos processuais voltados a esse propósito.

Sabe-se que os efeitos causados por divergências jurisprudenciais são prejudiciais no campo do sistema jurídico, da sociedade e na vida do jurisdicionado, e que em um Estado Democrático de Direito, como é o nosso, deve se prezar pela segurança jurídica, sendo esta a sua base de sustentação, pois é o que a sociedade espera.[48]

A segurança jurídica é referenciada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, e se expressa "em termos de estabilidade e continuidade da ordem jurídica e de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das condutas praticadas no convívio social".[49]

Embora se afirme que "a divergência judicial concita a dialética e estimula o desenvolvimento do direito e o surgimento de soluções afinadas com a realidade social"[50], a mesma divergência suscita o litígio, que é levado aos tribunais superiores, a fim de que se dê a melhor interpretação para a solução da lide.

---

[47] ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões*. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 39.

[48] DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. In: DANTAS, Bruno (Org.*) Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2011, p. 62-73.

[49] MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios *no Projeto de CPC*. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 696-697.

[50] DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. In: DANTAS, Bruno (Org.*) Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2011.

Tal é o que ocorre no Superior Tribunal de Justiça, ao exercer a sua função de uniformizador da norma infraconstitucional, orientando a atuação dos tribunais inferiores no que tange à adequada aplicação da norma federal.

Entretanto, embora seja esse o entendimento disseminado no meio jurídico e acadêmico, vale ressaltar o proposto por Marinoni, quando explica que "as decisões do STJ não podem ser qualificadas de "corretas", pois são enunciados que, embora racionalmente aceitáveis, são discutíveis".[51]

A explicação para tal afirmação é a de que as decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em face dos tribunais inferiores, são investidas de força e autoridade, porque advindas da própria Constituição Federal, que o instituiu dentro do sistema como alta Corte de Justiça, garantidora da uniformização da interpretação da lei federal.[52]

Portanto, o que ocorre é que uma decisão não contraria a lei. Na verdade, há vários tipos de decisões: as que entram em desacordo com a interpretação da lei federal, fixada em precedente do Superior Tribunal de Justiça, as que estão de acordo com entendimento firmado por esse tribunal, mas que podem estar em fase de revogação e às que cuidaram de questão federal ainda não discutida por outro tribunal federal ou tribunal de justiça, ou mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça.[53]

Contudo, o autor afirma que, no contexto da prática judicial atualmente vivenciado, o recurso especial tornou-se um instrumento para atender o interesse da parte inconformada, que sucumbiu no processo, e não mais pela busca da correta interpretação da lei federal. De modo que ele é interposto a pretexto de se estar

[51] MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 675.

[52] MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 675.

[53] MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 675.

diante de contrariedade de norma federal, sob o argumento de que a decisão deve ser reformada, ou interpretada de maneira favorável ao sucumbente.[54]

Tal conduta faz com que a interposição de tantos recursos especiais ocupe, além da medida, o trabalho do Superior Tribunal de Justiça, que fica inviabilizado do seu compromisso "com a definição do sentido e desenvolvimento do direito federal infraconstitucional".[55]

Marinoni, então, explica que diante do novo cenário, o termo "contrariedade à lei" deve ter uma nova interpretação, devendo ser compreendido de acordo com sentido dado à lei pelo Superior Tribunal de Justiça, salvo se este ainda não tenha julgado a questão federal ou se esta não tenha sido decidida contrariamente por outro tribunal.[56]

Tecidas as considerações acima, cumpre salientar que, dos instrumentos utilizados pela mencionada Corte de Justiça, a fim de formar a jurisprudência apta a propiciar a uniformização da matéria federal em todo o território nacional, o principal é o recurso especial. Na lição de Nelson Nery Júnior:

> "O recurso especial se presta a uniformizar o entendimento de lei federal no país, sendo cabível das decisões dos tribunais estaduais e regionais federais de última ou única instância quando: contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (CF 105, III)".[57]

De acordo com o autor, a incumbência imposta pela Constituição Federal faz com que o tribunal superior, por meio do recurso especial, examine apenas as

[54] MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 673-698.

[55] MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 676.

[56] MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[57] NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 421-422

matérias nele previstas, tornando-o um recurso excepcional, o que não comporta corrigir eventuais injustiças cometidas pelos demais tribunais, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não configura um terceiro grau de jurisdição, mas um guardião da norma infraconstitucional, cabendo-lhe a uniformização e interpretação da lei federal.[58]

Semelhante à posição acima colocada, esclarece a ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Isabel Gallotti[59] que se não houvesse um tribunal com tal atribuição, às leis federais não teriam sentido único. Seriam inconstantes, conforme as circunstâncias variáveis que ocorrem no meio político, econômico, social e cultural em cada Estado, o que afetaria o próprio conceito de direito federal.

O efeito devolutivo do recurso especial restringe-se às hipóteses previstas na Constituição Federal, "sempre voltado para a uniformização do entendimento da lei federal no País"[60]. Com isso, assegura-se a estabilidade da norma em questão.

Em decorrência da posição em que se situa o Superior Tribunal de Justiça no ordenamento jurídico, embora suas decisões produzam efeitos entre as partes, na maioria dos casos, a matéria das decisões ultrapassa os muros do processo, servindo de parâmetro para os demais órgãos julgadores e também para a comunidade jurídica, quando se deparam com situações análogas ou, por vezes, idênticas, do ponto de vista jurídico.[61]

[58] NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
[59] GALLOTTI, Maria Isabel. Recurso especial como instrumento de uniformização do direito federal. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 649-664.
[60] NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 422.
[61] SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. *Manual de recursos extraordinário e especial*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

As decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça repercutem na esfera dos tribunais inferiores, que devem se atentar à aplicação do que foi decidido, ensejando a uniformização da jurisprudência no âmbito federal.[62]

Com relação à força das decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça, Arruda Alvim tece a seguinte consideração:

> "As decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como o correto em relação ao direito federal infraconstitucional [sic]. Tais decisões, em devendo ser exemplares, hão, igualmente, de carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais".[63]

Verifica-se, portanto, que o recurso especial é o instrumento utilizado na busca pela uniformização e estabilidade da norma a ser aplicada pelos demais tribunais quando da realização da ordem jurídica, resolvendo o conflito. É também um dos caminhos para se chegar ao Superior Tribunal de Justiça, quando a parte se deparar com algumas das questões trazidas pelo art. 105, III, da Constituição Federal de 1988.

Para que se alcance a fase de análise do seu mérito, devem ser preenchidos alguns requisitos de admissibilidade, entre os quais está o pré-questionamento, tema do presente trabalho.

Portanto, no tópico a seguir será realizado um estudo acerca do recurso especial, seguido pelas controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias que cercam o pré-questionamento.

---

[62] DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. In: DANTAS, Bruno (Org.*) Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2011, p. 62-73.

[63] ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões*. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 39.

2.5 Recurso Especial

Conforme elucidado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 instituiu o Superior Tribunal de Justiça, tornando-o guardião do direito federal infraconstitucional. Com o novo tribunal instituído, ocorreu o desmembramento do recurso extraordinário, passando a existir também o recurso extraordinário especial, meio de impugnação apto a dirimir as questões infraconstitucionais levadas ao Superior Tribunal de Justiça.

O recurso especial é tido pela doutrina como uma costela de Adão, porque derivou do recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal[64]. Razão pela qual há requisitos comuns a um e a outro recurso, pois, em verdade, ambos decorrem da mesma raiz constitucional e têm por finalidade a tutela jurisdicional.

2.5.1 Hipóteses constitucionais de cabimento e finalidades tutelares.

Na lição de Araken de Assis[65], "o recurso especial constitui instrumento valioso e nobre [...]. É o remédio instituído para viabilizar o STJ como guardião do direito federal comum", pois se presta a proteger a plenitude e interpretação da norma federal infraconstitucional.

Por meio do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça indica aos tribunais inferiores "os padrões normativos de condutas, prestando, assim, relevante contributo a fim de conter a nociva dispersão jurisprudencial a respeito dos mais intricados temas do direito processual e material relacionado à legislação federal".[66]

---

[64] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 133.
[65] ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 698.
[66] FREIRE, Alexandre. DONOSO, Denis. BRUSCHI, Gilberto Gomes. Recurso Especial: cabimento e forma de interposição do recurso especial com fundamento no art. 105, III, c, da CF (Divergência Jurisprudencial). In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 632.

No que concerne ao cabimento do recurso especial, Cassio Scarpinella Bueno[67] explica que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1.029, não se pronuncia a respeito das hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, apenas faz uma breve referência de que tais hipóteses estão elencadas na Constituição Federal de 1988, limitando-se, dessa maneira, a tratar apenas do seu processamento.

Isso porque as leis hierarquicamente inferiores à Constituição não podem restringir, modificar ou ampliar a norma constitucional. Razão pela qual o Código de Processo Civil de 2015 não as reproduziu em seu texto. Entretanto, o procedimento, bem como os requisitos de admissibilidade podem ser estabelecidos em lei ordinária, tanto a geral quanto a extravagante. Assim explica Araken de Assis.[68]

Assim, verifica-se que às hipóteses de cabimento do recurso especial estão previstas na Constituição Federal de 1988, que reserva em seu art. 105, III e alíneas, as condições específicas, as quais se permitirão a interposição de tal recurso excepcional. Veja-se o que ela estabelece:

> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
>
> a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
>
> b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.[69]

De acordo com o rol taxativo elencado acima, observa-se que não é cabível interpor recurso especial contra acórdão proferido pelos juizados especiais, visto que estes não estão previstos constitucionalmente. Fredie Didier Jr. explica:

---

[67] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.
[68] ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 698.
[69] BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

> "Ao prever as hipóteses de cabimento do recurso especial, o art. 105, III, da Constituição Federal alude a decisão proferida, em única ou última instância, por Tribunal de Justiça, por Tribunal Regional Federal ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Não é sem razão, aliás, que o enunciado n. 203 da súmula do STJ prescreve que "não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais". É que o órgão de segundo grau dos Juizados Especiais não se encaixa na previsão constitucional, não se identificando nem como Tribunal de Justiça, nem com Tribunal Regional Federal nem com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios".[70]

É que, ao tempo em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, ainda não havia a lei dos juizados especiais, Lei n. 9.099/95, que só veio a ser promulgada posteriormente, no ano de 1995. Por essa razão é que não se admite recurso especial combatendo acórdão de juizado especial, porque ainda não havia essa ramificação do Poder Judiciário, tal como está organizada pela Lei. 9.099/95.

Importante frisar que o recurso especial possui fundamentação vinculada, portanto, ele "não se destina à revisão geral, ampla e irrestrita das decisões tidas por injustas", devendo se ater às condições expressamente arroladas pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 105, III.[71]

No tocante ao juízo de admissibilidade dos recursos, convém esclarecer que o recurso especial, além dos requisitos genéricos, exige requisitos específicos, decorrentes da própria Constituição. Assim, para que se passe à análise do mérito do recurso especial, necessário é que se cumpram certas condições e requisitos.[72]

Nas palavras de Nelson Nery Jr., "chamamos o exame destes requisitos de juízo de admissibilidade. O exame do recurso pelo seu fundamento, isto é, saber se o

---

[70] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: *Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3. p. 343.

[71] FREIRE, Alexandre. DONOSO, Denis. BRUSCHI, Gilberto Gomes. Recurso Especial: cabimento e forma de interposição do recurso especial com fundamento no art. 105, III, c, da CF (Divergência Jurisprudencial). In: GALLOTTI, Isabel (Org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 634.

[72] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

recorrente tem ou não razão quanto ao objeto do recurso, denomina-se juízo de mérito".[73]

Na prática forense, é comum a utilização das expressões "conhecer ou não do recurso" para referir-se ao resultado do juízo de admissibilidade e "dar provimento ou negar provimento ao recurso", referindo-se ao juízo de mérito.[74]

Obedecendo a uma ordem cronológica, o requisito de admissibilidade, em regra, precede o de mérito. Dessa forma, no recurso especial, antes que se passe a análise do mérito, observa-se se foram preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, tanto genéricos quanto os específicos.

Os requisitos genéricos dizem respeito ao cabimento, à adequação, à tempestividade, à regularidade procedimental, à inexistência de fato impeditivo ou modificativo do direito de recorrer, também conhecidos pela doutrina como pressupostos objetivos ou extrínsecos. Também se observa a legitimidade e interesse em recorrer, chamados de pressupostos subjetivos ou intrínsecos.[75]

Em relação aos requisitos específicos do recurso especial, que se encontram na Constituição Federal, também é importante salientar que, "dos tipos constitucionais defluem duas condições genéricas: (a) o esgotamento das vias recursais ordinárias; (b) o prequestionamento da questão federal no provimento impugnado".[76]

O esgotamento das vias recursais ordinárias é interpretado como "causas decididas", ou seja, quando não é possível se interpor mais nenhum recurso. Depreende-se de tal exigência que, para que o recurso especial seja cabível, a decisão proferida seja de única ou última instância, e seja de acórdãos proferidos pelos tribunais regionais federais, tribunais dos Estados e do Distrito Federal, uma

[73] NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 239.
[74] NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
[75] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
[76] ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 700.

vez que é necessária a manifestação final dos órgãos colegiados, não sendo suficiente a decisão isolada do relator.[77]

Tendo em vista a função primária do recurso especial, que é a de busca da preservação, uniformização e interpretação do direito federal, só em um segundo momento o interesse das partes é satisfeito. Por tal razão, atendendo à sua finalidade constitucional, é que foram editadas as Súmulas 7 e 5 do Superior Tribunal de Justiça[78], as quais vedam, respectivamente, o revolvimento de matéria fática e o reexame de cláusula contratual[79].

Além da exigência de exaurimento da instância ordinária, há a exigência do pré-questionamento, configurado pelo levantamento da questão federal no acórdão guerreado, demonstrando que a questão, a respeito do aspecto ou do tema a ser levado a exame pela instância superior, fora debatida nas vias ordinárias.

Acerca desse requisito de admissibilidade emergem controvérsias, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Tais pontos controvertidos serão demonstrados a partir do tópico subsequente.

2.5.2 O pré-questionamento e a sua interpretação doutrinária e jurisprudencial: controvérsias existentes em torno do conceito em tela

O requisito do pré-questionamento é exigência antiga. Apesar de o termo não ser mais utilizado pela Constituição vigente, a expressão pré-questionamento foi

[77] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3.

[78] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Corte Especial. Julgado em 28/06/1990. DJ: 19/03/90. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível: em<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=7&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 4 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 5. Corte Especial. Julgado em 10/05/1990. DJ: 21/05/90. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível: em<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=7&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 4 nov. 2017.

[79] BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. São Paulo: Saraiva, 2016.

primeiramente difundida a partir das Constituições Federais de 1891 a 1946, e foi sob o amparo desta última que o Supremo Tribunal Federal editou duas súmulas a respeito: súmulas 282 e 356, que versavam que só caberia recurso extraordinário, quando a validade da lei federal perante a Constituição fosse questionada.[80]

A partir de então, tal requisito causou - e ainda causa - muitos debates dentro da comunidade jurídica acerca de sua aplicação, mais especificamente no ponto em que toca o pré-questionamento ficto, em razão da divergência de entendimento quanto à sua admissibilidade vista entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O pré-questionamento ficto ocorre por meio dos embargos de declaração pré-questionadores, assim denominados pela doutrina e a jurisprudência, e têm como objetivo suscitar questões constitucionais ou federais não abordadas no acórdão proferido pela instância ordinária. Assim, opostos tais embargos, já se viabilizaria a entrada para os recursos excepcionais. Mesmo que o acórdão sequer conheça dos embargos pré-questionadores, o requisito já restaria suprido.[81]

Teresa Arruda Alvim Wambier[82], ao comentar sobre o assunto, assinala que o pré-questionamento é ponto de discussão entre doutrinadores, tribunais (locais e Superiores) e advogados, pois não há consenso de posicionamento no que diz respeito a ele, causando, assim, perplexidade na comunidade jurídica.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o legislador, tentando ver solucionadas as controvérsias existentes em torno do conceito em tela, indicou expressamente a hipótese do pré-questionamento ficto em seu art. 1.025. Mas, será que o problema foi realmente

[80] BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnica de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240.
[81] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
[82] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento. Direito e democracia, Canoas, v. 7, n.2, p. 408, 2º sem. 2006.

solucionado? Para responder a essa questão é necessário fazer uma abordagem a respeito das controvérsias existentes.

Com relação à natureza jurídica do pré-questionamento, o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência é o de que se trata de um requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, uma vez que é analisado em momento anterior ao mérito do recurso.[83]

Nas palavras de Fredie Didier Jr., o pré-questionamento é requisito necessário para o conhecimento dos recursos extraordinários. É "o enfrentamento, pelo tribunal recorrido no acórdão impugnado, da questão de direito que é objeto do recurso excepcional".[84]

Concernente ao fundamento jurídico para a exigência desse requisito há quem entenda não haver previsão constitucional, a exemplo de Cassio Scarpinella Bueno[85] e José Miguel Garcia Medina[86.] Mencionados autores afirmam se tratar de uma criação jurisprudencial, mas, conforme aduz Bruno Mattos e Silva, "não há notícia de qualquer decisão que tenha acolhido essa tese".[87]

A expressão pré-questionamento é fruto da interpretação do termo "causas decididas", previsto nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de 1988, portanto, possui a mesma função. O intuito é o de que o tribunal superior decida apenas a questão suscitada no acórdão recorrido.

O preenchimento desse requisito é importante, pois limita a atuação do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, conforme estabelece a

---

[83] SILVA, Bruno Mattos e. Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[84] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3. p. 310.

[85] BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

[86] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

[87] SILVA, Bruno Mattos e. Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 6.

Constituição Federal de 1988, uma vez que esses foram instituídos com a missão de guarda da norma constitucional e infraconstitucional, na busca de sua uniformização e interpretação.[88]

Não se pode deixar de lado que tal requisito é utilizado como uma forma de filtrar a numerosa e crescente carga de recursos interpostos perante os tribunais excepcionais. Na elucidação de Clara Moreira Azzoni:

> "[...] o prequestionamento, muito embora encontre seu fundamento na Carta Magna, especificamente na expressão causas decididas, é constantemente utilizado como instrumento de controle político das questões a serem decididas pelos Tribunais Superiores".[89]

No tocante ao momento em que ocorre o pré-questionamento, José Miguel Garcia Medina[90] explica que, de início, a jurisprudência entendia que tal requisito não decorria de postulação anterior na instância inferior, mas se fazia presente a partir da decisão recorrida. Todavia, tal entendimento passou a ser compreendido como manifestação da parte na instância de origem juntamente com a decisão proferida, ou seja, ato da parte e ato do tribunal.

Ainda conforme elucida referido autor, variados sentidos sobre como se deve entender o pré-questionamento são dados pela doutrina e jurisprudência. Assim, entendimento dominante nos tribunais superiores versa sobre o pré-questionamento expresso, que ocorre quando a decisão combatida manifestou-se de forma expressa sobre o tema suscitado no recurso.[91]

---

[88] SILVA, Bruno Mattos e. Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[89] AZZONI, 2009, apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 276.

[90] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.113.

[91] O autor cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 113, nota de rodapé 13. "Para que se configure prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir interpretação da legislação federal (AgRg no Ag 883.046/RS, 4ª Turma., julgamento. 12.05.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

De outro modo, orientação antiga também da jurisprudência, afirmava ser ato da parte, ou seja, cabe a ela levantar, de forma prévia, a questão. Nesse ponto, esclarece que se a parte não suscitasse a questão, não se preenchia tal requisito.[92]

Sobre o assunto, Teresa Wambier tece a seguinte consideração:

> "A expressão prequestionamento que originariamente dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que "questionam", passou a significar a exigência de que DA DECISÃO conste esta discussão que houve entre as partes sobre a questão federal. Na verdade, então, o prequestionamento da decisão seria o reflexo da atividade das partes ao longo do processo. Caso este prequestionamento (das partes) não se refletisse na decisão, teria havido omissão do Judiciário, suprível pela via dos embargos de declaração".[93]

Entendimento perfilhado em sede doutrinária trata do pré-questionamento como ato do tribunal, sob o fundamento de que ele só ocorre quando o órgão julgador efetivamente apreciou a questão. Caso ele não o tenha feito, não se pode dizer que a matéria foi pré-questionada, portanto, incabível o recurso excepcional. Assim se manifestam Rodolfo de Camargo Mancuso[94], Bruno Mattos e Silva[95] e Fredie Didier Jr[96].

Outra concepção apontada por Medina refere-se ao pré-questionamento enquanto ato da parte e do tribunal. Além da exigência de se arguir a questão de

[92] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 114.
[93] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento. Direito e democracia, Canoas, v. 7, n.2, p. 420-421, 2º sem. 2006.
[94] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 322.
[95] SILVA, Bruno Mattos e. Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 4.
[96] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3. p. 310.

forma prévia, para viabilizar o manejo dos recursos excepcionais, é necessário que a questão tenha sido ventilada na decisão.[97]

Por fim, filiando-se ao entendimento dos que compreendem que tal requisito consubstancia-se em ato da parte, antes de proferida a decisão recorrida, encontra-se Medina.[98]

Acerca das espécies de pré-questionamento, conforme explica Fredie Didier Jr.[99], quando há o enfrentamento da questão no acórdão recorrido, mencionando-se expressamente o dispositivo da norma, objeto da interpretação, ocorreu o pré-questionamento expresso. Contudo, quando tal enfrentamento ocorre, mas o acórdão não faz menção expressa ao dispositivo legal, ocorreu o pré-questionamento implícito.

De acordo com Medina, antes de entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o entendimento que se destacava era o de que a decisão guerreada deveria se manifestar expressamente acerca dos dispositivos violados. Após sua vigência, já instituído o Superior Tribunal de Justiça, este passou a inutilizar tal exigência, adotando-se a regra do pré-questionamento implícito.[100]

A questão polêmica e que durante muito tempo dividiu o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, voltava-se ao pré-questionamento ficto, sendo este verificado quando a parte levantava a questão, em sede de embargos de

[97] MEDINA, MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 114.
[98] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 115.
[99] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3. p. 311.
[100] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 191.

declaração, mas o tribunal recorrido não a apreciava, fazendo permanecer a omissão.[101]

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça era o de que se a questão omissa não era suprida, não se podia ver preenchido o requisito do pré-questionamento, portanto, inadmissível seria o recurso especial, conforme Súmulas 211 e 320[102]. Em contrapartida, através da orientação consolidada na súmula 356[103], o entendimento do Supremo Tribunal Federal era o de que se tal omissão continuasse, a parte estaria sendo prejudicada, por já ter alegado a questão e reiterado o seu pedido nos embargos. Portanto, a oposição dos embargos de declaração já seria suficiente, configurando-se o denominado pré-questionamento ficto.[104]

O conflito fica bem elucidado quando a parte, ao se deparar com a possibilidade de interpor, tanto o recurso especial, quanto o recurso extraordinário, tendo em vista que o acórdão proferido na segunda instância violara tanto questão de direito federal, quanto constitucional, se via em um grande embaraço, pois um recurso era admitido, uma vez que a simples oposição dos embargos já preenchia o

[101] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 257.

[102] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Corte Especial. Julgado em 01/07/1988. DJ: 03/08/1988. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.

[102] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 320. Corte Especial. Julgado em 05/10/2005. DJ: 18/10/20065. A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=211+&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 nov 2017.

[103] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Seção Plenária de 13/12/1963. O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 04 nov. 2017.

[104] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3. p. 312.

requisito do pré-questionamento, enquanto que o outro não era admitido, visto não ter preenchido tal requisito.[105]

Todavia, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, passou a adotar o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, desprezando o pré-questionamento ficto.

Tal postura motivou o legislador a criar uma ficção legal do pré-questionamento, que se encontra no art. 1.025, do Código de Processo Civil:

> "Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade"[106].

Segundo explica Fredie Didier Jr., "a posição é coerente com um sistema que prestigia o julgamento do mérito – primazia da decisão de mérito"[107]. Nas palavras de Medina, a divergência jurisprudencial entre os mencionados tribunais superiores obstaculizava o acesso das partes às instâncias superiores, bem como as impedia de cumprir sua missão constitucional. Afirma ainda:

> "a função constitucional dos tribunais superiores é prejudicada pela elevada divergência jurisprudencial existente acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial e, particularmente, em relação ao prequestionamento. Isso porque, em vez de funcionarem como Tribunais que deem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem a discrepância acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos criados para este fim, referidos Tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a confusão acerca de quais e como

[105] ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
[106] BRASIL, Lei. n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 dez. 2017.
[107] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: *Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. 13ªed. Salvador: Juspodvim, 2016. v.3.

> se configuram, efetivamente, os requisitos constitucionais dos recursos excepcionais".[108]

Diante de tais análises, verifica-se que o que a Comissão de Juristas, nomeada para elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil buscou, foi afastar as rígidas formalidades processuais impostas às partes, e que acabavam por colocar de lado direitos conquistados pelos cidadãos mediante a Constituição Federal de 1988, mencionados no início deste capítulo, como o de acesso à justiça e o de uma prestação jurisdicional fidedigna. Portanto, ao final de tudo, prevaleceu a orientação antes adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a do pré-questionamento ficto.[109]

3 O PRÉ-QUESTIONAMENTO: REFLEXÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO CONCEITO NO PLANO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

O presente capítulo busca analisar, com mais detalhes, sobre o pré-questionamento enquanto requisito de admissibilidade dos recursos interpostos perante os tribunais superiores, em especial, o Superior Tribunal de Justiça.

Tal requisito, ainda que pareça simplório, continua a ser objeto gerador de perplexidade no campo jurídico, ocasionando debates entre a doutrina e a jurisprudência, merecendo atenção também no âmbito acadêmico, em razão da importância de sua aplicação, principalmente porque com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, houve a indicação expressa do pré-questionamento ficto, ponto principal das controvérsias existentes. Portanto, busca-se analisar se tal positivação vem ocasionando alguma mudança de comportamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Por tal razão, será realizado um estudo acerca da evolução do conceito em questão, o que ocasionou sua exigência, o antagonismo entre as cortes de

[108] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 277.
[109] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 279.

superposição a respeito do requisito, a finalidade dos embargos de declaração pré-questionadores e, ainda, os impactos trazidos com o novo Código de Processo Civil com a positivação do pré-questionamento no ambiente dos recursos.

3.1 O pré-questionamento considerado como a exigência de pronunciamento expresso sobre a questão federal infraconstitucional no julgamento recorrido. A construção doutrinária e jurisprudencial a partir do comando constitucional inscrito no inciso III dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal.

Conforme explica José Miguel Garcia Medina, o pré-questionamento decorre de inúmeras controvérsias e promove interessantes debates no meio jurídico. “E eis que, quando se esperava que a respeito pudesse haver alguma calmaria, surgem problemas diferentes, a exigirem novos estudos”.[110]

Diante de tais considerações, para melhor compreensão acerca do tema, é importante abordar seus diferentes tipos de conceituação no campo doutrinário e jurisprudencial, bem como as mudanças ocorridas ao longo do tempo, no tocante a esse pressuposto recursal.

Como dito inicialmente, a natureza de tal requisito encontra-se atualmente na Constituição Federal de 1988. No entanto, o pré-questionamento já se encontrava presente nas Constituições Federais de 1934 e 1937, que deliberavam que caberia recurso extraordinário quando a decisão contrariasse literalmente dispositivo de tratado ou lei federal “sobre cuja aplicação se haja questionado”.[111]

Com a promulgação da Constituição Federal de 1946 o verbo “questionar” foi suprimido, o que fez com que a doutrina à época entendesse pela desnecessidade do

[110] MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, v.8. p. 281.

[111] BRASIL, Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018.

pré-questionamento no recurso extraordinário. Entretanto, tal entendimento não prevaleceu. Embora em meio a posições divergentes, a jurisprudência, mesmo com a supressão do requisito na Constituição de 1946, entendeu pela sua exigência, ainda que de modo implícito.[112]

Sobrevindo a Constituição de 1967 a discussão não fora resolvida. Por tal razão, a jurisprudência que entendia pela necessidade do pré-questionamento manteve-se. A permanência do requisito era uma forma de reduzir o número de recursos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, já assoberbado pela grande quantidade de recursos a ele demandado.[113]

A Constituição Federal de 1988 que, como narrado anteriormente, instituiu o Superior Tribunal de Justiça e seu respectivo recurso especial, silenciou-se a respeito do requisito, contudo, a jurisprudência entendeu que o termo estaria presente na expressão "causas decididas", contida nos arts. 102, III e 105, III, da Carta Magna.

Contrapondo tal entendimento jurisprudencial, Cassio Scarpinella Bueno[114] explica que, pela leitura dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de 1988, é possível notar que não há menção ao pré-questionamento como hipótese de cabimento dos recursos excepcionais. A referência quanto a esse requisito é feita pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, verificada nas súmulas 211 e 356, respectivamente. Do texto constitucional, o que se tem expresso é o termo "causas decididas". É desse termo que variam as interpretações e indagações a respeito do pré-questionamento.

Rodolfo de Camargo Mancuso conceitua a expressão "causa decidida" da seguinte maneira:

---

[112] MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 66.
[113] MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 67.
[114] BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em:< http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.

> "[...] Para fins de recurso extraordinário, a locução "causa decidida" (art. 102, III, CF) significa uma ação julgada extinta, com ou sem resolução de mérito, ordinariamente revista por tribunal, não se pode descartar a hipótese de que o RE venha manejado em face de ação julgada extinta em instância única – causa de alçada, executivo fiscal, decisão colegiada nos Juizados Especiais.
>
> [...] Já para fins de recurso especial, dado que a CF atrelou o qualificativo "Tribunal" à "causa decidida" (art. 105, III), tem-se então que a "causa decidida" é aquela que, em instância única ou última, foi julgada por Tribunal (=órgão judiciário de 2º grau) [...]".[115]

Para Nelson Nery Junior[116], causa decidida é a "manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso". O pré-questionamento seria um meio para alcançar esse fim.

Embora boa parte da doutrina fosse contrária à permanência do pré-questionamento, este sempre foi considerado inerente aos recursos excepcionais, "variando, apenas, o grau de intensidade ou a forma de sua configuração". É o que explica Bueno.[117]

Outro ponto que faz com que o pré-questionamento se torne ainda mais controverso diz respeito à questão federal. De acordo com Medina, a necessidade da questão federal ou constitucional na decisão "não é a única concepção de prequestionamento, nem aquela que primeiramente surgiu na história, e, rigorosamente, é a que menos corresponde ao sentido da expressão"[118], porém, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência atual a utilizam para se referir como a atividade

[115] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 145.
[116] NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001. v.4. p. 864.
[117] BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. p. 3. Disponível em:< http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.
[118] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 144.

desenvolvida pela instância ordinária, quando profere uma decisão que será impugnada pelos recursos excepcionais.

A Constituição Federal de 1988 também preceitua que a questão deve estar contida na decisão guerreada e, mais do que isso, "os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição, por sua vez, são expressos no sentido de que a questão constitucional ou federal deverá estar expressa na decisão recorrida".[119]

A falta de consenso, no entanto, diz respeito ao que venha a ser pronunciamento expresso na decisão recorrida, a fim de viabilizar o acesso às instâncias excepcionais. Assim, variadas formas para tentar explicar a questão se apresentam na doutrina e jurisprudência, bem como é ponto que diverge o entendimento entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Sobre o assunto, já se manifestou José Theophilo Fleury:

> "[...] não se chegou ainda a um consenso sobre o significado deste requisito e diversas têm sido as formas de prequestionamento tidas como passíveis de viabilizar o conhecimento dos recursos especial e extraordinário. Ora se fala em prequestionamento explícito, ora em prequestionamento implícito, ora em prequestionamento ficto; contudo, não se deu solução ainda a este requisito que tem obstacularizado milhares de recursos especiais e extraordinários perante o STJ e STF."[120]

Com relação às modalidades e formas de pré-questionamento em implícito, explícito e ficto, também não há entendimento uniforme. É o que confirma Cassio Scarpinella Bueno:

> "pergunta que não oferece solução adequada, uniforme e segura é a relativa ao que é prequestionamento ou a como é que surge o prequestionamento, como é que ele se manifesta palpavelmente e, consequentemente, como é a que a estreita via do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal

[119] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 161.
[120] FLEURY, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF x súmula 211/STJ. In: ALVIM, Eduardo Pelegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 409.

> abre-se para o jurisdicionado. Consequencia disto é, no mínimo, a desorientação dos jurisdicionados quanto às possibilidades reais de ascenderem às Cortes Superiores, em virtude de questões meramente formais".[121]

A partir desse ponto, observa-se que ao termo foram atribuídas algumas classificações, definições e sentidos. E é fácil observar que não se encontra uniformidade na sua definição e aplicação, nem na doutrina, nem na jurisprudência, o que dificulta o entendimento da real finalidade e a (des) necessidade do requisito em questão, pois, conforme se verificou, o pré-questionamento se verifica nas formas numérica, explícita, implícita e ficta.

O pré-questionamento numérico ocorre quando se menciona o número do dispositivo violado na decisão que se pretende recorrer[122]. O Supremo Tribunal Federal, principalmente, já proferiu algumas decisões negando o conhecimento do recurso extraordinário pela ausência de menção ao dispositivo. Neste ponto, o Superior Tribunal de Justiça já se mostrou mais maleável.

Quanto a tal postura, a doutrina, a exemplo de Cassio Scarpinella Bueno[123], entende se tratar de formalidade exagerada, irrelevante e superável. São mecanismos pelos quais os tribunais superiores se utilizam para reduzir o número de demandas levadas a eles. Nelson Nery Junior[124] também já se pronunciou pela sua desnecessidade, afirmando ser suficiente que a questão tenha sido concretamente decidida.

---

[121]BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. p. 6. Disponível em:< http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.

[122]BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. p. 6. Disponível em:< http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.

[123]BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. p. 8. Disponível em:< http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.

[124] NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001. v.4. p. 853-864.

Roque Antônio Carraza[125] assevera que a exigência de indicação expressa de dispositivo constitucional e federal é um exagero. Nas palavras do autor "basta que a questão (constitucional ou federal) emerja, ainda que implicitamente, da decisão recorrida, para que os recursos possam ser admitidos". Percebe-se, com isso, que o autor adota a linha dos que optam pela forma implícita do pré-questionamento.

Contrário à posição acima, Vinicius Silva Lemos[126], entende que a forma numérica de pré-questionamento possibilita uma maior amplitude e clareza ao acórdão, quando este expõe expressamente o dispositivo violado.

A forma explícita de pré-questionamento já foi entendida no sentido de que a decisão recorrida deveria analisar a questão levantada à luz da norma legal apropriada ao caso, bem como debatê-las expressamente. Mas, atualmente, tal forma é entendida pela doutrina, a exemplo de Medina[127], Glória Maria Portella[128] e Bernardo Pimentel[129], como sendo a efetiva e precisa apreciação da questão levantada no acórdão combatido, ainda que não haja menção expressa à norma violada.

Quanto ao pré-questionamento implícito, há mais de um entendimento sobre sua configuração. Pode ser ele entendido quando a norma jurídica foi examinada, porém não foi mencionada expressamente na decisão. Adotando tal posição está Perseu Gentil Negrão[130], Vinicius Silva Lemos[131] e Rodrigo Freire[132]. Também é

[125] CARRAZA, Roque Antônio. *Do recurso extraordinário e do recurso especial*. Justitia. São Paulo. n. 167, jul/set. 1994. p. 51-57. Disponível em:<Http.www.justitia.com.br/revistas/8wxc8c.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 54.
[126] LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1050.
[127] MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 191.
[128] PORTELLA, Glória Maria Guimarães de Pádua Ribeiro. *Teoria e Crítica do Recurso Especial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 94.
[129] SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 695.
[130] NEGRÃO, *apud* MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 187.

entendido quando a matéria é colocada sob discussão na instância de origem, mas sequer é mencionada no acórdão, que a rejeita de forma implícita. É como entende José Miguel Garcia Medina.[133]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende o pré-questionamento implícito como um ato do tribunal, pois não há participação das partes. Medina explica que o que é preciso entender e distinguir, no entanto, é que para configuração do pré-questionamento implícito na "decisão a ser impugnada por recurso extraordinário ou recurso especial, exige-se que as partes tenham realizado o prequestionamento explicitamente".[134]

Sobre a divisão em pré-questionamento explícito ou implícito, Nelson Nery Junior afirma ser esta irrelevante, pois cria-se um falso problema quanto ao verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos, o cabimento. Para ele, o que importa é que a causa tenha sido decidida.[135]

Como visto, os conceitos mencionados pela doutrina não possuem um sentido único, sendo possível encontrar mais de uma posição a respeito de uma mesma forma, como nos casos do pré-questionamento explícito e implícito, gerando confusão quanto a sua real aplicação. Tal controvérsia será demonstrada também no âmbito da jurisprudência.

---

[131] LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.045-1.072.

[132] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito no recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 957-981.

[133] MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 244.

[134] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 244.

[135] NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4. p. 856.

Finalmente, o pré-questionamento ficto, que basicamente se configura por meio dos embargos de declaração pré-questionadores. E nesse aspecto é que se encontra a principal divergência de entendimento entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Ponto que será melhor analisado na sequência. Cumpre, agora, proceder ao estudo sobre as diferentes percepções das cortes excepcionais a respeito do pré-questionamento ficto.

3.2 A dicotomia entre a posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça: um estudo analítico a respeito das diferentes percepções das cortes de superposição.

Já se verificou na doutrina a evidente divisão de conceituações a fim de tentar explicar a aplicação do pré-questionamento. Embora haja explicações plausíveis e bem fundamentadas, nota-se que parte dos doutrinadores não concorda com o requisito de admissibilidade, em razão de a Constituição Federal de 1988 não exigi-lo expressamente.

No entanto, ainda que ausente a expressão na Carta Magna, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça não descartou a exigência do requisito, tornando-o condição indispensável ao conhecimento dos recursos excepcionais. A doutrina, então, entendeu que a postura adotada pelas cortes superiores foi um mecanismo de controle político, para limitar os recursos dirigidos a elas, e que acabou por obstaculizar o acesso a justiça, em razão de formalismo desnecessário. É o que aduz Rodolfo de Camargo Mancuso:

> "Na experiência brasileira, porém, ante a crescente sobrecarga de processos que foi assoberbando nossos Tribunais da Federação, uma outra função, embora não admitida expressamente, passou a ser desempenhada pelo prequestionamento, qual seja a de operar como filtro, elemento de contenção, ou ao menos um fator regulador do volume

> excessivo de recursos excepcionais dirigidos ao STF e ao STJ".[136]

Cassio Scarpinella Bueno[137] já declarou que a Constituição não faz menção ao pré-questionamento como hipótese de cabimento dos recursos excepcionais. Trata-se de uma criação jurisprudencial retirada das súmulas 356, do Supremo Tribunal Federal e 211, do Superior Tribunal de Justiça.

Afirma Nelson Nery Junior[138] que o requisito pode ter sido considerado como uma criação jurisprudencial em razão dos enunciados das súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal, porém, explica que não poderia a Corte Suprema "criar requisitos de admissibilidade para os recursos extraordinário e especial, tarefa conferida exclusivamente à Constituição Federal".

Nery Júnior também defende que o pré-questionamento não foi criação do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras do autor, ele apenas esclareceu e interpretou a norma constitucional, contida na expressão "causas decididas". O autor também considera incorreto afirmar que a Constituição Federal é silente quando ao requisito[139]. Comungando o mesmo raciocínio estão Teresa Alvim e Bruno Dantas.[140]

Demonstrada a falta de uniformidade de entendimento, no tocante às variadas conceituações e formas de pré-questionamento na doutrina, verifica-se que a

---

[136] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 311.

[137] BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*.p. 12. Disponível em:< http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.

[138] NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4. p. 853-864.

[139] NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4. p. 858.

[140] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 341.

dicotomia de posicionamentos também se faz presente entre as cortes de superposição.

O contraponto existente entre Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, acerca de sua aplicação é visto nas súmulas 356 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcritas:

> Súmula 356, STF: O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.[141]
>
> Súmula 211, STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.[142]

Analisando tais súmulas, nota-se a divergência de entendimento entre as Cortes Superiores que, inclusive, já foi reconhecida no julgado de relatoria do Ministro Ari Pargendler, do Superior Tribunal de Justiça[143]. A divergência consubstancia-se na aceitação do chamado pré-questionamento ficto.

O pré-questionamento ficto ocorre quando da utilização dos embargos de declaração pré-questionadores, recurso utilizado para sanar a omissão do tribunal de segunda instância no acórdão proferido. Enquanto o Supremo Tribunal Federal admite o preenchimento do requisito, mesmo que o tribunal de origem não se manifeste sobre a questão constitucional levantada pela parte, ao opor os embargos, o Superior Tribunal de Justiça continua a exigir o pronunciamento expresso da questão levantada pela via dos aclaratórios pelo tribunal de segunda instância.

---

[141] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Seção Plenária de 13/12/1963. Disponível em:<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648&termo=>. Acesso em: 20 jan. 2018.

[142] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Corte Especial. Julgado em 01/07/1988. DJ: 03/08/1988. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=211&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 jan. 2018.

[143] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ED no REsp n. 158.140/DF. Segunda Turma. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 15 de outubro de 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700880842&dt_publicacao=23-11-1998&cod_tipo_documento=1&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2018.

Ao analisar a súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, Cassio Scarpinella Bueno entende que pré-questionamento "parece ser o conteúdo da decisão que se recorre", já em relação à súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, pré-questionamento "pretende ser mais o material impugnado (ou questionado) pelo recorrente, do que, propriamente, o que foi efetivamente decidido pela decisão recorrida".[144]

Da interpretação do enunciado das referidas súmulas, no tocante à compreensão do pré-questionamento ficto, abriram-se dois entendimentos a respeito de qual ato restaria configurado o requisito pela via dos embargos de declaração. De um lado, o Supremo Tribunal Federal o interpreta como iniciativa da parte. Do outro, o Superior Tribunal de Justiça entende que é ato do tribunal. A doutrina ora se divide cada qual a favor de um tribunal. As duas visões antagônicas serão explanadas nos tópicos seguintes.

3.2.1 A visão do Supremo Tribunal Federal: o pré-questionamento como ato/iniciativa da parte.

Conforme anteriormente explanado, o marco inicial que ensejou os debates acerca da (in) exigência do pré-questionamento, em face da supressão do termo "questionar" se deu a partir da Constituição de 1946 e do entendimento jurisprudencial firmado pela continuidade do requisito. Tanto que foram editadas duas súmulas a respeito, a saber, súmula 282 e 356, ambas do Supremo Tribunal Federal.

Antes da promulgação da referida Constituição, não havia divergência de entendimento na doutrina quanto à necessidade da manifestação das partes para atender o requisito do pré-questionamento, pois as Constituições de 1934 a 1937 traziam-no em seu texto, de forma expressa. Além do prévio questionamento das

[144] BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em:< http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.

partes na instância ordinária, a questão constitucional deveria estar contida na decisão.[145]

Contudo, como as Constituições de 1946 e 1967 retiraram o termo questionar do seu texto, a doutrina manifestou-se no sentido de não ser mais necessária a prévia manifestação das partes para questionar a questão constitucional. Porém, não se determinou como se daria a execução do pré-questionamento para viabilizar o acesso à instância superior.[146]

Mas, foi em razão da supressão do termo questionar na Constituição de 1946 que, segundo Medina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a dar importância à atividade das partes na realização do pré-questionamento. Ou seja, saber se a parte teria efetivamente pré-questionado a matéria. Assim, passou-se a considerar o requisito como ato que decorre da iniciativa das partes.[147]

A atividade realizada pelas partes antes de proferida a decisão a ser refutada é a concepção mais rudimentar do termo. Através dessa primeira conceituação é que se editou, no ano de 1963, a súmula 282, do Supremo Tribunal Federal, a qual aduz ser "inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".[148]

Sua edição foi resultado da interpretação contida no art. 101, III, a e b, da Constituição de 1946, que mencionava sobre a necessidade de as partes questionarem a validade da lei federal e do tribunal se manifestar sobre a questão

[145] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 226.
[146] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 226.
[147] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 226.
[148] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 282. Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em:< http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496&termo=>. Acesso em: 27 jan. 2018.

que fora agitada.[149] A ideia inicial pode ser extraída de um trecho do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1963:

> "[...] não tendo sido alegada a pretendida existência de coisa julgada sobre o objeto do litígio, como se vê da certidão de fl. 146, pois correu em branco o prazo para o ora recorrente impugnar os embargos. Desse modo, é evidente que sobre a pretendida coisa julgada, não houve prequestionamento pelo acórdão recorrido, cujo relator, o ilustre Desembargador Oliveira e Silva, nem sequer foi advertido, como fora necessário, a fim de apreciá-la e submetê-la ao tribunal na assentada do julgamento".[150]

Observa-se, no julgado, que a ausência de pré-questionamento, em razão de a parte não ter suscitado a questão em momento oportuno, inviabilizou o tribunal a se manifestar sobre o objeto do litígio, incorrendo na ausência de pré-questionamento.

A prévia manifestação das partes era obrigatória e, se caso fosse verificado que o tribunal ordinário houvesse se manifestado sobre questão federal ou constitucional sem o devido pré-questionamento da parte, esta deveria opor embargos de declaração, a fim preencher o requisito.[151]

Surge, então, a questão dos embargos de declaração pré-questionadores da interpretação da súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, editada em 13/12/1963, a qual aduz: "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos

---

[149] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 250.

[150] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. **RE 53740/Guanabara. Segunda Turma. Relator: Min. Ribeiro da Costa. Brasília, 06 de agosto de 1963. Disponível em:**<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=152451>**. Acesso em: 27 jan. 2018.**

[151] "Verificada a omissão, incumbe à parte protocolar embargos declaratórios, no que consubstanciam verdadeiro ônus processual. A persistência do órgão julgador no erro de proceder desafia a veiculação, no extraordinário, não da matéria sobre a qual não chegou a haver a emissão de juízo, mas da transgressão ao devido processo legal com o pedido de declaração de nulidade do provimento. Impossível é atribuir aos declaratórios efeito que eles não têm, ou seja, de, pelo simples conteúdo, revelarem o prequestionamento, que nada mais é do que o debate e a decisão prévios do tema". BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 146660 AgR / **SP. 2ª Turma. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data do julgamento: 20/04/1993.** Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=326868>. Acesso em: 29 jan. 2018.

declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".[152]

Ao interpretar a súmula, o Ministro Alfredo Buzaid, do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 1983, entendeu que era por meio dos embargos de declaração que ocorria o pré-questionamento da questão federal na instância ordinária, tida por debatida, ainda que fosse outra a solução dada pelo órgão, ou mesmo quando a questão surgisse na própria decisão[153]. Frisa-se que tal entendimento continua a se aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, já na vigência da Constituição Federal de 1988, conforme explica Medina.[154]

A partir de tal interpretação jurisprudencial, na doutrina, passou-se a afirmar que, opostos os embargos pré-questionadores no tribunal de origem, o requisito do pré-questionamento estaria satisfeito, independente de o tribunal ter se manifestado, o caminho para os recursos excepcionais estaria livre, pois ocorreu o pré-questionamento ficto da questão.

É o que se confirma dos julgados paradigmáticos proferidos pela Primeira e Segunda Turmas do Supremo Tribunal Federal, de relatoria, respectivamente, dos Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. São eles:

> "O que, a teor da súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e

[152] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Seção Plenária de 13/12/1963. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648&termo=>. Acesso em: 20 jan. 2018.

[153] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. **AI 92946-1 Agr/RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Alfredo Buzaid. Brasília, 02 de setembro de 1963. Disponível em:**<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=271145>**. Acesso em: 29 jan. 2018.**

[154] MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 255.

> não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela [...]".[155]
>
> "[...] Não vejo como não conhecer do Recurso. O Estado praticou todos os atos necessários e tecnicamente exigíveis para que a matéria chegasse ao STF. Estou com a 1ª Turma (RE 210.638). Prover-se o RE para, anulado o acórdão dos embargos, "compelir" o STJ a emitir juízo sobre a questão constitucional, é "formalismo" inconsistente com o objetivo último das regras processuais: decidir a lide material. Além do mais, no caso, a omissão dos Embargos não elide o fato da questão constitucional ter sido, de certa forma, apreciada no acórdão do Especial".[156]

A aplicação do pré-questionamento ficto pode ser observada também em julgados mais recentes do Tribunal Supremo[157]. Contudo, a orientação jurisprudencial antes perfilhada, já demonstrava estar mudando o seu entendimento. Tal mudança começou a ser observada ao final da vigência do Código de Processo Civil de 1973, já na iminência da promulgação do novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Eis um julgado proferido nesse sentido:

> "O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo. Aplicação da Súmula STF

[155] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 210638/SP**. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de abriu de 1998. Disponível em:**<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243060>**. Acesso em: 29 jan. 2018.**

[156] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 208.639-8/RS**. Segunda Turma.. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ acórdão: Min. Nelson Jobim. Brasília, 06 de abriu de 1999. Disponível em:**< **:**<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243060>**. Acesso em: 29 jan. 2018.**

[157] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 747901 AgR / **RJ.** Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: 08/05/12; DJe: 22/05/12; **RE 612.458 Agr/RS.** Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Data do julgamento: 19/05/15; DJe: 31/07/15; RE 862496/SP. Decisão monocrática. Relator: Min. Teori Zavascki. Data do julgamento: 09/02/15.

> 282: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".[158]

Do julgado acima mencionado e por todo o analisado quanto à postura do Supremo Tribunal Federal, observa-se que mesmo ante a controvertida aplicação do pré-questionamento e sua conceituação na jurisprudência, majoritariamente se aceitava o chamado pré-questionamento ficto, pois era decorrente de ônus da parte, que o cumpria, mesmo ante a insistente omissão do tribunal inferior. Contudo, a Corte Constitucional passou a rejeitar a permanência da omissão, exigindo a expressa manifestação da instância inferior, adotando, assim, a mesma rigidez imposta pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual se passa a falar na sequência.

3.2.2 O pré-questionamento e a compreensão assentada pelo Superior Tribunal de Justiça: ato do tribunal recorrido

Diversamente da posição acima colocada, o Superior Tribunal de Justiça, que antes adotava o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, passou a entender que, mais importante do que a manifestação das partes acerca do ponto controverso, é que o tribunal se manifestasse expressamente sobre a questão infraconstitucional. Esta sim deve estar presente na decisão recorrida. Tal entendimento é firmemente arraigado pelo Tribunal da Cidadania.[159]

Ainda vigente o Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça foi se distanciando do entendimento mais receptivo firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual informa que a simples oposição de embargos de declaração basta para preencher o requisito.

---

[158] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso extraordinário. RE 678.139/RJ**. Primeira Turma. Relator (a): Min. Rosa Weber. Brasília, 20 de agosto de 2013. Disponível em:**<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4354854>**. Acesso em: 29 jan. 2018.**

[159] "Para abertura da via especial, requer-se o prequestionamento da matéria infraconstitucional. A exigência tem, como desiderato principal, impedir a condução, a esta Corte, de questões federais não debatidas, no Tribunal a quo". BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1532378 / SP. Primeira Turma. Min. Sérgio Kukina; Data do julgamento: 12/12/17; DJe: 18/12/17.

O Superior Tribunal de Justiça, então, firmou seu entendimento no sentido de que, ainda que a questão constitucional ou infraconstitucional tenha sido levantada no próprio acórdão, seria necessário opor embargos de declaração para pré-questionar. Daí surgiu a necessidade criada pela jurisprudência de que, se houver como corrigir o vício por meio dos embargos, então ainda não se tem uma causa decidida, por não se esgotar a instância.[160]

E por serem os embargos de declaração considerados como necessários para aperfeiçoar o pré-questionamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 98, a qual informa que "embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório"[161], vez que é exigência do próprio tribunal.

Contudo, sustenta o tribunal que é preciso demonstrar a certeza ao opor os embargos com finalidade pré-questionadora, pois caso contrário eles serão considerados protelatórios.[162]

O motivo que levou o Superior Tribunal de Justiça a firmar entendimento contrário ao do Supremo Tribunal Federal baseou-se em um pedido da parte para anular a decisão proferida pelo tribunal inferior, em face de sua omissão. Isso fez com que o Tribunal Cidadão exigisse da parte que, ao se deparar com uma omissão no acórdão do tribunal de origem, interpusesse o seu recurso especial alegando

[160] MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 264.
[161] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 98. Corte Especial. Julgado em 14/04/1994. DJ: 25/04/94. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em 03 fev. 2018.
[162] "A mera reiteração de embargos de declaração descaracteriza o intuito prequestionador autorizado pela Súmula n. 98 do STJ, configurando conduta protelatória, passível de multa". BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 1.355.461/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 05 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510345&num_registro=201202479468&data=20160511&formato=PDF>. Acesso em 30 jan. 2018.

negativa de vigência a lei federal, com base no art. 535, II, Código de Processo Civil de 1973, atual art. 1.022, II, do Código de Processo Civil de 2015.[163]

A orientação jurisprudencial repetiu-se tantas vezes que o Superior Tribunal de Justiça acabou editando a súmula 211, cujo teor é: "inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo".[164]

A edição de tal súmula configurou verdadeiro divisor de águas no tocante à aplicabilidade do pré-questionamento entre os dois maiores e mais importantes tribunais superiores brasileiros, cada qual interpretando e estabelecendo o sentido do disposto nos art. 102, III e 105, III da Constituição Federal de 1988. A contrariedade de entendimentos passou a ser tolerada em ambos os tribunais, inclusive já sendo confessada expressamente:

> "A falta de manifestação do tribunal a quo sobre as normas discutidas no recurso extraordinário não impede, em princípio, o seu exame pelo STF, se a parte buscou o suprimento da omissão mediante embargos declaratórios (Súmula 356); mas, o entendimento, adotado no STJ, de que a oposição dos embargos não afasta, em tais hipóteses, a falta de prequestionamento (devendo a parte, caso persista a omissão, suscitar contrariedade ao art. 535 do Cód. Proc. Civil), embora conflitante com a orientação refletida na Súmula 356 do STF - e, por via de conseqüência, com sua fonte normativa (CF, arts. 102, III, e 105, III) -, não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, únicas invocadas no recurso extraordinário".[165]

[163] "tendo o órgão julgador persistido na omissão, rejeitando os embargos declaratórios, correta a atitude da parte em veicular no recurso especial a ofensa às regras processuais pertinentes e não em insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles tenha o órgão decisório emitido juízo explícito, inobstante a tanto tenha sido instado pela parte. Violação ao art. 535, II, do CPC. Recurso provido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Recurso Especial. REsp 7.587/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 23 de junho de 1993. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100012130&dt_publicacao=16-08-1993&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 30 jan. 2018.

[164] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Corte Especial. Julgado em 01/07/1988. DJ: 03/08/1988. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 30 jan. 2018.

[165] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. AI 198631 AgR /PA. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de novembro de 1997. Disponível

Colocadas as posições dos tribunais superiores, como dito, ao final da vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar o mesmo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Tal comportamento levou o Código de Processo Civil de 2015 a positivar a ficção do pré-questionamento, adotada inicialmente pela Corte Constitucional, primando pelos princípios da cooperação e da razoável duração do processo, insculpidos na Constituição Federal de 1988.

3.3 Os embargos de declaração pré-questionadores: a funcionalidade dos declaratórios na configuração do pré-questionamento. Um estudo sobre o alcance dos enunciados de súmula das cortes superiores

Como estudado nos tópicos anteriores, o pré-questionamento ficto tornou-se o principal ponto divergente entre os tribunais superiores, e se deu por meio da interpretação jurisprudencial acerca da necessidade de oposição dos embargos de declaração, para que a parte pudesse questionar ao tribunal recorrido e fazer com que este se pronunciasse sobre a questão federal constitucional ou infraconstitucional levantada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula 356, mostrou-se mais branda quanto aos declaratórios. Assim, pela sua mera oposição, se conhecia do recurso extraordinário. Contrariamente, o Superior Tribunal de Justiça refutou tal entendimento, alegando a necessidade da oposição dos embargos e o necessário enfrentamento da questão pelo tribunal inferior no acórdão recorrido, sob pena de incidir a súmula 211.

Pelo fato de a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ser tão rigorosa quanto à exigência de pronunciamento expresso na decisão recorrida e os tribunais locais, por vezes, não se pronunciarem a respeito, as partes se viram obrigadas a

em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=283914>. Acesso em: 30 jan. 2018.

opor os embargos de declaração, "especialmente com a finalidade de aperfeiçoar o julgamento a ser objeto de recurso extraordinário e especial".[166]

Diante da difícil conceituação do que venha a ser e como se caracteriza o pré-questionamento, a parte que pretende manejar o recurso excepcional opõe os ditos embargos, com o intuito de se precaver, ante as diferentes exigências jurisprudenciais.[167]

É o que afirma Rodrigo da Cunha Lima Freire[168] ao explicar que, em razão da exigência de o tribunal inferior decidir a causa, através de pronunciamento expresso acerca da questão federal, a parte deve ficar atenta ao acórdão, uma vez que se este incorrer em omissão, deverá ela, a parte, opor embargos de declaração, a fim de que o tribunal efetivamente julgue a causa.

Ocorre que os embargos de declaração não foram instituídos para tal propósito, pois possuem finalidade específica, prevista atualmente no art. 1.022 do Código de Processo Civil. Contudo, tornou-se tão habitual o seu manejo para cumprir a finalidade exigida pela jurisprudência, que a eles foi dada a expressão "embargos de declaração pré-questionadores".[169]

A doutrina, por seu turno, também se divide quanto às posições adotadas, havendo quem concorde com o teor da súmula 356 do Supremo Tribunal Federal[170] e quem defenda a rigidez imposta pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 211. Todavia, majoritariamente, a posição do Supremo Tribunal Federal é a mais aplaudida pela doutrina, já a do Superior Tribunal de Justiça, criticada.

---

[166] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 252.

[167] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 268.

[168] FREIRE. Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo, Revista dos TribunaIs, 2001, v.4. p. 973.

[169] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 252.

[170] Autores como: José Miguel Garcia Medina, Cassio Scarpinella Bueno, Fredie Didier Junior, Bruno Mattos e Silva, Rodolfo de Camargo Mancuso e Vinicius Lemos.

Como explica Cassio Scarpinella Bueno[171], o pré-questionamento vem da ideia de causa decidida, ainda que esta não tenha se mostrado no acórdão combatido suficientemente clara. Então, se o acórdão interpreta ou aplica questões constitucionais ou infraconstitucionais de maneira equivocada, a parte vislumbra a possibilidade de levar o erro à análise do tribunal superior. O pressuposto que garante a análise do recurso é a causa estar definitivamente decidida.

Comumente, os tribunais de segunda instância rejeitam os embargos, a pretexto de que o tribunal não é obrigado a responder um a um os fundamentos apontados pelas partes[172]. Porém, conforme explica o autor, essa análise deve ser vista com critério, pois o tribunal só não está obrigado a responder se a matéria já houver sido enfrentada e decidida, de modo a não configurar omissão.

Também é comum que a parte, ainda assim, oponha os embargos de declaração, apenas com o propósito de buscar o rejulgamento da causa, mesmo havendo debate, bem como quando a parte inova em sede de embargos, levantando questão nunca antes ventilada, fazendo com que estes sejam rejeitados, por não cumprirem a finalidade que lhes foi dada.

Todavia, ante a necessidade de haver a concreta decisão, a parte só fica viabilizada de interpor o recurso excepcional se cumprido o requisito do pré-questionamento. Por isso ela faz uso dos embargos de declaração, a fim de instar o tribunal a julgar a matéria. Entretanto, na maioria das vezes, esbarra-se na conhecida expressão já narrada e no óbice da súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

---

[171] BUENO, Cassio Scarpinella. De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o recurso extraordinário n. 298.695/SP. Disponível em: < www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/009.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.

[172] A título de exemplo: "o dever de fundamentação das decisões judiciais, que consta expressamente do texto constitucional (CF, art. 93, inciso IX), não impõe ao magistrado a obrigação de utilizar-se dos fundamentos que as partes entendem ser os mais adequados. Basta que a fundamentação apresentada tenha sido suficientemente utilizada no deslinde da questão para que a norma constitucional seja observada em sua integralidade". BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Embargos de declaração na apelação cível 0002650-03.2015.4.01.3307/BA. Sétima Turma. Relator: Des. Federal Hercules Fajoses. Brasília, 07 de novembro de 2017. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00026500320154013307&pA=&pN=26500320154013307>. Acesso em: 03 fev. 2018.

A interpretação do enunciado da súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça traz a necessidade de se interpor dois recursos especiais. Tendo em vista que o tribunal de segunda instância não apreciou os embargos de declaração pré-questionadores, o tribunal superior entende que primeiro a parte deve interpor recurso especial com base no art. 105, III, da Constituição Federal, por negativa de vigência à lei federal, isto é, ao art. 1.022, da nova legislação (antigo 535 do Código de Processo Civil de 1973).[173]

Quando o Superior Tribunal de Justiça conhecer o recurso especial, por negativa de vigência à lei federal, então, ele determina ao tribunal de segunda instância que julgue a causa, suprindo a omissão. O tribunal de segunda instância, então, atendendo a ordem emanada pelo tribunal superior, profere novo acórdão e, a partir desse novo acórdão, satisfeita a exigência da causa decidida, a parte pode interpor o segundo recurso especial, agora sim, levantando o mérito da demanda, a matéria de fundo. Ocorre que essa formalidade pode levar algum tempo ou mesmo anos.

Percebendo o formalismo desnecessário, o Supremo Tribunal Federal - muito antes de o Superior Tribunal de Justiça editar a súmula 211 - por meio da referida súmula 356, afastou tal formalidade, evitando que a parte tivesse que interpor dois recursos para, só depois, chegar à análise do mérito recursal.

Bueno explica que a oposição dos embargos de declaração faz-se necessária nos casos em que não houve a concreta decisão pelo tribunal inferior, apta a abrir às portas da via excepcional, esgotando-se a instância. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça exige a oposição de embargos de declaração até mesmo diante de matérias conhecidas de ofício, ainda que estas tenham decorrido do próprio acórdão guerreado, o que demonstra formalismo desnecessário.[174]

---

[173] BUENO, Cassio Scarpinella. *Prequestionamento reflexões sobre a súmula 211 do STJ*. Disponível em: www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/021.pdf. *Acesso em: 21 jan. 2018.*

[174] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 376.215/PR. Segunda Turma. Relator: Min. Franciulli Netto. Brasília, 3 de junho de 2003. Disponível em: <

A crítica feita pelo autor consubstancia-se em como se verifica a aplicação do requisito, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça possa julgar o recurso especial sem utilizar os embargos de declaração como instrumento que dificulta o acesso a prestação jurisdicional. Importante para ele também é definir com precisão "a função do recurso de embargos de declaração para suprir eventuais vícios de procedimentos da decisão a ser recorrida".[175]

De modo contrário, defendendo a rígida posição do Superior Tribunal de Justiça, Rodrigo Freire[176] explica que a súmula 211 está amparada pela Constituição Federal, porque ela determina o cabimento do recurso especial a partir de causas decididas na instância de origem.

O Ministro Eduardo Ribeiro também defende que o enunciado da súmula em questão está condizente com a Constituição Federal, em suas palavras, o pré-questionamento encontra sua razão de ser na própria Constituição Federal, portanto, "forçoso concluir que sua exigência é indeclinável. Há de sempre estar presente para que possam ter trânsito o extraordinário e o especial".[177]

Em razão do antagonismo apontado, e em virtude de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal passarem a exigir o mesmo formalismo que o Superior Tribunal de Justiça, o novo Código de Processo Civil positivou o pré-questionamento ficto, que se encontra no art. 1.025.[178]

---

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=852847&num_registro=200101611713&data=20030908&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 mar. 2018.

[175] BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: < www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.

[176] FREIRE. Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4. p. 974.

[177] OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Prequestionamento. Coletânea de julgados dos magistrados e momentos jurídicos dos magistrados no TRF e no STJ. n. 38. 2002. p. 167-179. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/coletanea/article/view/1981/1898>. Acesso em: 28 mar. 2018.*

[178] Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Vinicius Silva Lemos[179], ao comentar o assunto, afirmou que a escolha de se positivar o pré-questionamento levou a que se seguisse a tendência de esclarecer a definição do instituto, evitando novas distorções na doutrina e jurisprudência. Desse modo, a positivação do pré-questionamento levou a torná-lo mais firme, sem as divergências anteriormente verificadas.

Após análise acerca dos principais pontos que rodeiam o pré-questionamento e a finalidade dos embargos de declaração, a fim de se fazer cumprir tal exigência jurisprudencial, cumpre agora tecer algumas ponderações conclusivas a respeito do instituto e trazer novas ponderações, agora, à luz do novo Código de Processo Civil de 2015.

3.4 Reflexões conclusivas em torno da evolução do conceito doutrinário e jurisprudencial de pré-questionamento.

Ante as elucidações expostas, relativas à evolução do pré-questionamento, observa-se que o requisito já esteve presente, de forma expressa, nas Constituições de 1934 a 1937. Contudo, a partir da Constituição Federal de 1946 até a atual Constituição Federal de 1988, a expressão "questionar" foi suprimida dos textos constitucionais.

Tal supressão levou doutrina e jurisprudência a divergirem acerca da sua exigência. Porém, permaneceu o entendimento jurisprudencial de que o requisito estaria implicitamente contido na expressão "causas decididas".

A partir de então, abriu-se um leque de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para tentar justificar a aplicação do pré-questionamento e sua necessidade enquanto requisito de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, podendo ser encontrado nas formas implícita, explícita, numérica e ficta.

[179] LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 758.

Quanto a tais formas, verifica-se que estas também possuem diferentes entendimentos e que, nem a doutrina, nem a jurisprudência, conseguiram assentar entendimento uniforme - nem mesmo entre os órgãos dos próprios tribunais superiores - apto a ensejar a compreensão do requisito e de sua necessidade.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também demonstraram verdadeiro descompasso no tocante à aplicação do pré-questionamento, havendo dois entendimentos contrastantes, a saber: Supremo Tribunal Federal entende o requisito como sendo ato inerente às partes, e Superior Tribunal de Justiça entende que é ato do tribunal. A doutrina ora defende uma e outra posição, havendo os que aleguem que se trata de ato da parte e do tribunal.

Outro ponto bastante conflitante entre os dois grandes tribunais excepcionais foi verificado no tocante à ficção do pré-questionamento, observado no contraste das súmulas 211 do Superior Tribunal de Justiça e 356 do Supremo Tribunal Federal e por meio dos embargos de declaração pré-questionadores, que decorreram, inicialmente, de interpretação da súmula 356 do Supremo Tribunal Federal.

O entendimento era de que, opostos os embargos de declaração, o requisito do pré-questionamento já estaria suprido e aberta a via excepcional. Porém, Superior Tribunal de Justiça passou a adotar entendimento diverso, o que ensejou a edição da súmula 211.

Apesar do formalismo exagerado apontado pela doutrina que, majoritariamente, critica a posição do Superior Tribunal de Justiça, apenas se observa a necessidade do pré-questionamento, não como requisito constitucional, mas em razão da própria ideia de se questionar antes. Contudo, o que não se reputa necessário é o formalismo exigido pelo Superior Tribunal de Justiça para configurar o requisito, pois o que a Constituição Federal de 1988 prevê é que a causa esteja decidida.

Bem assim ocorre com o uso indiscriminado dos embargos de declaração, que configuram verdadeiro óbice ao acesso à justiça, pois os tribunais superiores não

demonstraram preocupação com o julgamento do mérito da causa, o verdadeiro conteúdo da ação, apenas deram crédito ao formalismo excessivo, demonstrando que tais óbices jurisprudenciais consubstanciam-se em "fatores decisivos para o (não) exercício da função constitucionalmente prevista para os Tribunais Superiores".[180]

E foi diante da conturbada variação de conceitos e aplicações do pré-questionamento que o novo Código de Processo Civil positivou sua ficção, primando pela celeridade processual, a qual clama a sociedade e o jurisdicionado.

Portanto, a partir do tópico subsequente, passa-se à análise acerca da nova configuração do pré-questionamento e as implicações de sua positivação, no tocante a atuação dos tribunais superiores.

3.5 O Código de Processo Civil de 2015, o princípio da primazia do julgamento de mérito e impactos no ambiente dos recursos extraordinários.

O Código de Processo Civil de 1973 foi marcado pelo seu extremo formalismo, uma vez que priorizava a forma, a fim de aperfeiçoar o ato jurídico processual. A verificação do cumprimento da forma do ato processual era mais importante do que a satisfação do mérito da causa, de modo que a sua não observância inquinava em um processo viciado e, consequentemente, não se chegava ao julgamento do mérito.[181]

O rigor excessivo não proporcionava a efetivação da prestação jurisdicional buscada, e não entregava às partes a resposta desejada. Sobre esse ponto, Cândido Rangel Dinamarco[182] já defendia a necessidade de instrumentalização da forma, colocando-a em seu devido lugar no campo processual, desviando, assim,

[180]BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: < www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.
[181] LEMOS, Vinícius Silva. O princípio da primazia de mérito e a melhoria no acesso à justiça. In: SILVA, Juvêncio Borges. (Coord.). *Acesso à Justiça I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 43-59.
[182] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

procedimentos desnecessários para se entregar uma prestação jurisdicional efetiva, bem como o julgamento do mérito da causa.

Em razão da necessidade de mudanças de paradigmas no âmbito do processo, o Código de Processo Civil de 2015, pretendendo buscar uma tutela jurisdicional efetiva, preocupada com a resolução dos conflitos, prestigiou a celeridade na tramitação processual, bem como ao aproveitamento dos atos processuais, afastando, assim, as formalidades excessivas, tão criticadas no âmbito jurídico e que não prestigiavam o alcance da pacificação social.[183]

A formação de um processo cooperativo ou comparticipativo, bem como sua concreta execução é a grande marca da nova legislação. Com isso, observa-se que o legislador preocupou-se em afirmar a existência de um Estado Democrático de Direito no âmbito processual.[184]

O art. 1° do novo Código de Processo Civil informa que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Republicana"[185]. Isso quer dizer que ele está integrado na chamada quarta fase metodológica do processo, o neoprocessualismo.

Na explicação de Salomão Viana[186], o neoprocessualismo impõe a todos os que buscam por meio do processo a solução de seus conflitos, e também ao magistrado, a raciocinarem de acordo com os fundamentos e princípios dispostos na

[183] PEREIRA, Luis Alves. Uma nova ordem dos processos nos Tribunais. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 255-265.

[184] VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2°, 4°, 5°, 7°, 8° e 9°. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 635-668.

[185] BRASIL, *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

[186] VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2°, 4°, 5°, 7°, 8° e 9°. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 635-668.

Carta Republicana, especialmente os direitos e garantias fundamentais, elencados no art. 5°, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Os pilares do novo Código de Processo Civil estão na Constituição Federal. Entre os vários princípios encontrados destacam-se os princípios do amplo acesso à justiça e o da razoável duração do processo, dispostos no art. 5°, XXXV e LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

Observando tais princípios, o novo Código de Processo Civil, em seus arts. 1° ao 12, elencou as normas fundamentais do Processo Civil. Dentre tais normais destaca-se o princípio da primazia do julgamento de mérito, que pode ser primeiramente observado no art. 4°, o qual informa que "as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".[187]

De acordo com o professor Salomão Viana, o disposto no art. 4° do Código de Processo Civil reflete o que dispõe o art. 5°, LXXVIII da Constituição Federal, que trata do princípio da razoável duração do processo. Tal princípio basilar contribui para a estruturação do devido processo legal, disposto no art. 5°, LIV da Constituição Federal, que assegura "o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas".[188]

Na lição de Alexandre Câmara[189], o princípio da primazia do julgamento de mérito visa combater a jurisprudência defensiva, que cria obstáculos ao exame do mérito e contraria o acesso à justiça, direito fundamental, e que não pode ser visto

[187] BRASIL, *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.
[188] VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2°, 4°, 5°, 7°, 8° e 9°. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 637.
[189] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução de mérito e o novo CPC*. *Revista da EMERJ*, v. 18, n. 70, p. 42-50, set – out, 2015. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2018.

apenas como direito de acesso ao Judiciário, mais do que isso, a compreensão deve abranger o acesso ao resultado final do processo.

Quando o legislador infraconstitucional positivou a norma do art. 4°, estabelecendo o princípio da primazia do julgamento de mérito, ressaltou a importância das normas e princípios contidos na Constituição Federal. Também destacou a importância da preferência pelo julgamento do mérito da causa, de modo a afastar os óbices desnecessários que fossem surgindo no curso do processo.[190]

É o que se verifica também na afirmação de Leonardo Carneiro da Cunha[191], ao dizer que "as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência, pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito".

O princípio da primazia do julgamento de mérito abrange a instrumentalidade das formas e, ao mesmo tempo em que assegura um direito às partes, configura um dever imposto a todos os participantes do processo a cooperarem para o alcance da efetiva e justa solução do mérito da causa, dentro de um prazo moderado[192]. Tal atuação deve ocorrer também em conformidade com a boa-fé objetiva. Esta trás em seu bojo o manejo de outros princípios, como os da "lealdade, razoabilidade, confiança, estabilidade, eticidade e segurança".[193]

---

[190] VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2°, 4°, 5°, 7°, 8° e 9°. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 637.

[191] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 49: Princípio da primazia do julgamento de mérito*. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>. Acesso em: 17 fev. 2018.

[192] VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2°, 4°, 5°, 7°, 8° e 9°. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 635-668.

[193] VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2°, 4°, 5°, 7°, 8° e 9°. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 635-668.

Salienta-se, contudo, que o princípio da primazia do julgamento de mérito não encontra guarida apenas no art. 4° do novo Código de Processo Civil. Dispositivos como os arts. 139, IX, 282, §2°, 317, 319, §2°, 321, 338, 352, 485, §§1° e 7° e 488 oferecem condições para a aplicação de tal princípio.[194]

No âmbito dos recursos extraordinários, o princípio da primazia do julgamento de mérito também trouxe significativas mudanças. Como já explicado no decorrer deste trabalho, na fase recursal, a parte se depara com diversos óbices a análise meritória, colocados pelos tribunais superiores, na denominada jurisprudência defensiva. Um exemplo disso são os diversos procedimentos verificados para atender ao requisito do pré-questionamento.

Diante da experiência frustrante a qual vivenciava o jurisdicionado, o novo Código de Processo Civil, objetivando combater o excesso de formalidade e derrubar as barreiras construídas pelos tribunais superiores, para se alcançar a resolução do mérito, trouxe, dentro da fase recursal, os arts. 932, p.u, 938, §1°, 968, §5°, II, 1.007, §§2° e 4°, 1.013, §3°, II e IV, 1.025, 1.029, §3°, 1.032 e 1.033.[195]

No ambiente recursal, o que tal princípio busca derrubar é a prioridade dada pelos tribunais superiores ao juízo de admissibilidade em detrimento do mérito. É possível notar que os "tribunais se debruçam muito mais na análise do conhecimento do recurso do que no julgamento dele"[196]. Se não vencidos os requisitos de admissibilidade exigidos, o recurso não é conhecido e não se chega à análise do seu mérito, pelo fato de não se ter cumprido as formalidades impostas. Tal comportamento não se coaduna com um processo cooperativo, idealizado pela nova legislação.

---

[194] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 49: Princípio da primazia do julgamento de mérito*. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>. Acesso em: 17 fev. 2018.

[195] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 49: Princípio da primazia do julgamento de mérito*. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>. Acesso em: 17 fev. 2018.

[196] LEMOS, Vinícius Silva. O princípio da primazia de mérito e a melhoria no acesso à justiça. In: SILVA, Juvêncio Borges. (Coord.). *Acesso à Justiça I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 43-59.

Assim, observa-se que a nova legislação processual civil optou por privilegiar o jurisdicionado e dar solução mais efetiva aos conflitos de interesses, primando pelo mérito em detrimento do formalismo. No campo dos recursos, buscou combater a jurisprudência defensiva, que tonava o ato de recorrer mais complexo do que o próprio pedido recursal, impedindo a efetividade da razoável duração do processo e o acesso à justiça.

3.5.1 O processo civil no Estado constitucional: implicações na atuação das instâncias de superposição

A necessidade de um processo cooperativo, ligado à ideia de acesso à justiça, de efetiva entrega da prestação jurisdicional, bem como a prioridade na resolução do mérito da causa, levou o legislador a positivar regras como forma de combater a jurisprudência defensiva, muito ligada ao formalismo processual e a legalidade estrita, e não a ideia de processo justo. A busca pelo alcance do resultado útil do processo fez com se chegasse a uma nova fase evolutiva, o neoprocessualismo.

O neoprocessualismo ou quarta fase metodológica, assim denominada por Daniel Mitidiero[197] compreende a fase pela qual o processo civil se encontra atualmente, qual seja, o processo civil no Estado Constitucional, em que se pensa o processo civil conforme os princípios constitucionais e não mais instrumentalmente.

Segundo Mitidiero, o "neoprocessualismo pretende uma ancoragem direta com o neoconstitucionalismo"[198], porque compreende valores morais e direitos fundamentais somados a interpretação e aplicação do direito processual civil da atualidade. Contudo, obviamente, fases anteriores precederam até que se chegasse a presente. Tais fases, bem como a fase atual, surgiram de uma perspectiva sociocultural, ligada a comportamentos e valores humanos vivenciados, e que

[197] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
[198] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.

tiverem sua importância dentro do seu contexto histórico. São elas: praxismo, processualismo e instrumentalismo.

De acordo com Mitidiero, "o praxismo corresponde à pré-história do direito processual civil"[199], pois esse não era visto como um direito autônomo, mas como simples complemento do direito material. O processo era tido como mero procedimento, sem se pautar em princípios, e a jurisdição era conhecida por tutelar direitos subjetivos particulares. Tal fase, por confundir direito e processo, acabou dando lugar ao processualismo.

A fase do processualismo era puramente técnica. Nela, surgiu o conceito de relação jurídica processual, não definida na fase anterior. Foi a partir dela também que os conceitos do direito processual civil, tais como coisa julgada, atos processuais, litispendência, etc., foram criados, a fim de dar ao processo civil autonomia e racionalidade. Nessa fase, a jurisdição se volta à realização do direito objetivo estatal e a pacificação social. No entanto, ocorreu tamanha separação entre direito material e processual, que sua aplicação se afastou da realidade social e de suas finalidades. Surge, então, a fase instrumental.[200]

Tal fase, muito defendida por Cândido Rangel Dinamarco[201], pregava o processo como instrumento do direito material, visando atender às necessidades sociais e políticas, mas sem deixar os preceitos obtidos na fase anterior, afastando, apenas, o tecnicismo puro do processo.

A fase instrumentalista, portanto, já vislumbrava a necessidade de se verificar o processo buscando alcançar a pacificação social, a participação dos cidadãos, a autoridade estatal e a concretização do direito. Nela, já se notava uma sintonia entre

[199] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.
[200] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
[201] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

o processo civil e a Constituição, bem como a "colocação da jurisdição como instituto-centro do sistema processual"[202].

Porém, surgiu a necessidade de compreender a jurisdição atada à ideia de justiça e de uma democracia participativa, com observância aos preceitos fundamentais, elencados na Carta Magna. Não é a toa que Mitidiero entende que "o processo civil brasileiro já se encontra mergulhado em sua quarta fase metodológica, tendo sido superada a fase instrumentalista".[203]

Diante da nova configuração processual, observa-se que os tribunais superiores adquiriram nova função, no tocante a tarefa de julgar, e, segundo Teresa Alvim e Bruno Dantas[204] torna a função jurisdicional relevante e complexa, pois devem observar se a questão levada se mostra condizente e suficiente "para a proteção e a efetivação dos direitos constitucionais".

O estado constitucional do processo incorporou no âmbito jurisdicional um modo de pensar baseado em princípios e retirou a jurisdição do centro do processo, sem deixar de retirar-lhe sua importância, apenas fazendo com que o processo seja encarado na perspectiva de colaboração entre todos os seus participantes, num âmbito mais democrático e equilibrado entre partes e juiz, a fim de se alcançar o fim desejado.

3.5.2 A positivação do pré-questionamento ficto no CPC/2015: uma atenta avaliação do disposto no art. 1.025 da novel legislação codificada e da sua constitucionalidade.

A positivação do pré-questionamento ficto, vista no art. 1.025 do Código de Processo Civil, extraiu críticas e aplausos por parte da doutrina. Ante a

[202] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.
[203] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.
[204] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

demonstração da divergência jurisprudencial entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, quanto à utilização do requisito, nesse momento será feita uma abordagem acerca de sua positivação, da inteligência e alcance do art. 1.025 do Código de Processo Civil, bem como uma análise acerca de sua constitucionalidade.

Dispõe mencionado artigo:

> "Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".[205]

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha[206] aduzem que a opção adotada pela nova legislação "é coerente com um sistema que prestigia o julgamento do mérito", verificado nos arts. 4°, 932, p.u, bem como o art. 1.029, §3°, que se refere aos recursos excepcionais.

José Miguel Garcia Medina[207] afirma que o art. 1.025 não provocou nenhuma mudança nas hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, uma vez que estas estão previstas constitucionalmente, não sendo possível à lei ordinária alterar a Constituição Federal. Porém, assevera que tal norma deve ser interpretada de acordo com o que dispõe os arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal.

O alcance do dispositivo em questão, salienta Medina, "faz referência, apenas e tão somente, aos elementos suscitados pelo embargante, para fins que prequestionamento"[208]. Trata-se da ficção difundida pelo Supremo Tribunal Federal, ao aceitar os embargos de declaração, mesmo quando a questão constitucional

---

[205] BRASIL, *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

[206] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.*Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais*. v.3. 13.ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 312.

[207] MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

[208] MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 281.

omissa, adequadamente suscitada pelas partes, não fora objeto de apreciação pelo tribunal local, inviabilizando o manejo do recurso excepcional, pelo fato de não se preencher o requisito constitucional da causa decidida.

Com a positivação do art. 1.025, mesmo que o tribunal local deixe de apreciar a questão levantada nos embargos, o dispositivo informa que "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento"[209]. O legislador optou por positivar a ficção legal, a fim de viabilizar a interposição dos recursos extraordinários, contudo, a parte deve levantar previamente em suas razões a questão, federal ou constitucional, e, posteriormente, levantá-las novamente nos embargos.

Explica Medina que a positivação da ficção legal do requisito equiparou a realização do pré-questionamento pelas partes "à decisão que deveria ser proferida pelo tribunal local sobre a questão"[210], mas não o foi.

A incidência da hipótese contida no art. 1.025, pode abranger questão que fora levantada antes pelo embargante, pela parte contrária e questão em que se exige a manifestação de ofício do órgão jurisdicional. Nas matérias de ofício, ainda que não haja pré-questionamento, o tribunal local deve conhecê-las, sob pena de violar a lei. Contudo, ainda assim, a parte terá que opor embargos de declaração.[211]

Ressalte-se que, além da omissão, o art. 1.025 também se refere às demais hipóteses de cabimentos dos embargos de declaração, quais sejam erro, contradição e obscuridade. Portanto, ainda que se note que o problema maior, quanto à aplicação do pré-questionamento, se refira a omissão, pode ocorrer que o tribunal local se insurja em alguns dos demais vícios mencionados, culminando na má compreensão da questão federal ou constitucional.

---

[209] BRASIL, *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

[210] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 280.

[211] MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 284.

A solução contida no referido artigo prestigiou o princípio da economia processual, uma vez que suprimiu a exigência de interposição do recurso especial, com fundamento no art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, que servia apenas para completar a decisão a qual o tribunal inferior se recusa a examinar, e que o Superior Tribunal de Justiça exige que esteja contida no acórdão a ser impugnado, levando o processo a perdurar por mais alguns anos.[212]

Ainda quanto à abrangência do requisito, importante trazer à baila a hipótese prevista no art. 942, §3º, do Código de Processo Civil, que destacou a possibilidade do pré-questionamento quando a matéria é ventilada no voto vencido, vez que os tribunais superiores não admitiam tal ocorrência, havendo orientação expressa na súmula 320, do Superior Tribunal de Justiça[213]. Tal incidência permite maior debate dentro do campo jurídico e prima pelo adequado julgamento da causa.[214]

Ponto interessante levantando por Teresa Alvim e Bruno Dantas[215], no tocante ao alcance do art. 1.025, é a possibilidade de a ficção legal abranger as questões de fato, não somente as de direito. Os autores explicam:

> "A primeira parte do art. 1.025 do NCPC sugere que o artigo diga respeito exclusivamente à hipótese de o embargante pretender que, acolhido seu pedido, passem a constar do acórdão impugnado elementos necessários para que o recurso para os Tribunais Superiores seja viabilizado. Percebe-se, portanto, que, pelo menos na grande maioria das vezes, o que se terá pleiteado por meio dos embargos de declaração terá sido o preenchimento de omissão. Essa omissão, em nosso entender, pode dizer respeito tanto a elementos de fato ou quanto a elementos de direito. Essa interpretação se deve a que (a) o legislador não distingue entre elementos de fato ou de direito, e (b) considerar a expressão elementos como abrangentes de pontos de fato ou de direito dá mais

[212] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
[213] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 320. Corte Especial. Julgada em 05/10/05. "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento". Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp. Acesso em: 03 mar. 2018.
[214] ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Prequestionamento. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 22, p. 11-37. Curitiba: O Instituto, 1993.
[215] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 422.

> rendimento ao dispositivo que, como tantos outros no novo Código, têm em vista gerar um processo mais eficiente, que não volte para trás". [216]

Não obstante as considerações aqui abordadas, cumpre mencionar sobre questão sensível que rodeia a constitucionalidade do pré-questionamento e, via de consequência, do art. 1.025, pois já se narrou que o requisito não está expresso no texto constitucional e que, por meio de interpretação doutrinária e jurisprudencial, é que se chegou a variados sentidos. É o que já aduzia Bueno antes de vigorar a nova legislação:

> "Que a Constituição Federal não fala expressamente em prequestionamento não há dúvidas. Tampouco a legislação infraconstitucional. Dele se ocupam, apenas, as Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça já destacadas. Mas a Constituição Federal é bastante clara nos incisos III dos arts. 102 e 105 quanto à circunstância de a questão constitucional ou legal dever ter sido decidida pelas instâncias locais ou regionais. É expresso o texto constitucional neste sentido quanto a causas decididas. Somente causas decididas, presentes ao menos uma das hipóteses das alíneas dos arts. 102, III e 105, III, é que podem ser desafiadas pelos recursos extraordinário e especial, respectivamente".[217]

Ressalta-se, desde logo, que a análise sobre a constitucionalidade de uma norma é questão complexa, pois envolve questões que possuem considerável relevância na vida prática e "repercutem diretamente sobre a competência dos órgãos judiciais incumbidos de dirimi-las"[218].

Dentro do campo de pesquisa o qual se dedica o trabalho não há como esgotar o tema, pela complexidade que nele há, mas convém trazer considerações que ocorrem no campo doutrinário acerca da (in) constitucionalidade do art. 1.025. Tal questão remete ao estudo do cabimento dos recursos excepcionais, dispostos nos

---

[216] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 424.

[217] BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: < www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

[218] MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.025.

arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal, pois é deles que se extrai a aplicação do pré-questionamento, na expressão "causas decididas", bem como decorre do histórico do requisito, verificado nas Constituições anteriores, portanto, não há como se esquivar dessa análise.

Pelos que entendem pela inconstitucionalidade do art. 1.025 estão, Eduardo Ribeiro de Oliveira[219], Cassio Scarpinella Bueno[220] e Luis Arlindo Feriani Filho[221]. Com mais profundidade em seu argumento, sustenta o primeiro autor que o fundamento do requisito advém da própria Constituição, que estabelece a competência dos tribunais superiores.

Na análise dos dois dispositivos de lei ordinária que tratam sobre o pré-questionamento, arts. 941, §3º e 1.025, ensina Oliveira, "está claríssimo que importa o constante do acórdão e não o fato de ter havido debate prévio sobre a matéria"[222]. Assim, o autor entende que o Código de Processo Civil infringiu a Constituição, no tocante a aplicação do pré-questionamento, pois dispensou o requisito nas duas hipóteses mencionadas, quando a Constituição não o permitiu.

De igual modo sustentou Bueno, ao informar que não cabe à legislação ordinária regulamentar sobre o pré-questionamento, pois este é tema de cunho constitucional, verificado na interpretação do termo "causas decididas".

Já Feriani Filho sustentou a mesma tese, alegando que o pré-questionamento é requisito da Constituição, e que ela atribuiu aos tribunais excepcionais a missão de interpretar e examinar as questões levadas a eles, mas, para que isso ocorra, é necessário que a matéria tenha sido decidida. Em suas palavras:

---

[219] OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *O prequestionamento e o novo CPC*. Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 256. jun. 2016. p. 169-178.

[220] BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 588.

[221] FERIANI FILHO, Luis Arlindo. *Embargos de Declaração Prequestionadores e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/332363-embargos-de-declaracao-prequestionadores-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[222] OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *O prequestionamento e o novo CPC*. Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 256. jun. 2016. p. 171.

> "A aplicação da redação do artigo 1025 do Novo CPC, com a consideração de que os fundamentos dos embargos integram o acórdão, sobretudo nos casos de omissão, implica no claro reconhecimento de que o Judiciário não se pronunciou a respeito da questão objeto do recurso especial ou extraordinário, de modo que a aplicação da norma do Código de Processo Civil e a admissão do recurso implica em violação à Constituição Federal e quebra do papel dos Tribunais Superiores".[223]

Por outro ângulo, dos doutrinadores que se debruçaram sobre o art. 1.025, e interpretaram o dispositivo de forma a traduzir a sua constitucionalidade, estão Vinicius Lemos[224], Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery[225], Rodrigo Becker e Marco Aurélio Peixoto[226]. Outros autores como Marcelo Pacheco Machado[227], Osmar Mendes Paixão Côrtes[228] e Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas[229], corroboraram a sua constitucionalidade, porém, deram ao dispositivo interpretação mais restrita.

Sustenta Vinicius Lemos[230] que a positivação foi salutar, pois tornou o requisito conciso e determinado, retirando dele o viés contraditório, por anos traçado, e retirando da doutrina e jurisprudência o poder de traçar os seus limites,

---

[223] FERIANI FILHO, Luis Arlindo. *Embargos de Declaração Prequestionadores e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/332363-embargos-de-declaracao-prequestionadores-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 04 Mar. 2018.

[224] LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.063.

[225] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.992-2.993.

[226] BECKER, Rodrigo. PEIXOTO, Marco Aurélio. *Embargos de Declaração e prequestionamento*. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-pre-questionamento-28092017>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[227] MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, art. 1.025 e STJ. Diponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-art-1-025-e-stj-15052017>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[228] CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. *O prequestionamento pela simples oposição dos embargos declaratórios no novo código de processo civil*. Disponível em: < http://www.paixaocortes.com.br/novosite/conteudo/o-prequestionamento-pela-simples-oposi%C3%A7%C3%A3o-de-embargos-declarat%C3%B3rios-no-novo-c%C3%B3digo-de>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[229] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

[230] LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1062.

quando reservou a lei defini-lo. Já Marcelo Pacheco[231] expôs que a finalidade do art. 1.025 é a de evitar o dificultoso caminho que a parte se submetia, na tentativa de fazer o tribunal local suprir a omissão.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery fundamentaram a constitucionalidade do art. 1.025 da seguinte forma:

> "O texto legal examinado é constitucional. A lei pode criar ficções jurídicas, como in casu. Trata-se de competência infraconstitucional que não maltrata a Constituição, pois o CPC 1025 dá cumprimento à CF 102 III e 105 III, dispositivos constitucionais esses que estipulam o cabimento do RE e do REsp, respectivamente, quanto às questões decididas pelas instâncias locais, além de outros requisitos. Nada foi mudado pelo CPC, e nem poderia: o requisito constitucional é questão decidida. Coube à lei processual dizer quando se considera decidida uma determinada questão e isso está dentro da esfera constitucional regulamentar do CPC". [232]

O estudo de Osmar Côrtes, quanto ao teor do art. 1.025 indaga acerca da flexibilização do pré-questionamento e procura entender como o requisito pode ser satisfeito com a mera oposição dos embargos, mesmo quando o tribunal local recusa-se a apreciar a matéria e os fatos arguidos pela parte, levando a não decretação da nulidade do acórdão e determinação de nova decisão.

Para o autor, o pré-questionamento não é mero requisito formal, ele se justifica em razões históricas e decorre de exigência constitucional, arts. 102, III, e 105, III. Por meio de tais dispositivos é possível aos tribunais superiores "corrigir eventuais desrespeitos legais e jurisprudenciais por parte das decisões recorridas, dos Tribunais inferiores"[233]. Assim, mais que o interesse subjetivo, está em jogo a verificação da concordância da decisão guerreada com o ordenamento jurídico.

---

[231] MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, art. 1.025 e STJ. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-art-1-025-e-stj-15052017>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[232] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.992-2.993.

[233] CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. *O prequestionamento pela simples oposição dos embargos declaratórios no novo código de processo civil*. Disponível em: < http://www.paixaocortes.com.br/novosite/conteudo/o-prequestionamento-pela-simples-

Assim, é essencial a apreciação da matéria pelo tribunal inferior para que haja tal verificação pelo tribunal superior. Por isso, o pré-questionamento. Os embargos de declaração possuem viés de sanar a omissão e preparar a decisão para o recurso excepcional. Nessa linha de entendimento é que o autor explica que não se deve defender sempre a simples satisfação do requisito com a mera oposição dos embargos, pois corre-se o risco de admitir recurso em que a causa não foi decidida.

Por isso que, para mencionado autor, a interpretação ao art. 1.025 só pode ocorrer se a matéria que trata os embargos for jurídica, excluindo-se as fáticas, e que ela tenha sido suscitada anteriormente aos embargos, ou nos casos em que deva ser reconhecida de ofício. Assim, o tribunal superior é que vai verificar, em cada caso, se a simples oposição foi suficiente ou não.

A mesma linha de raciocínio foi estabelecida por Teresa Alvim e Bruno Dantas[234]. Ao comentarem sobre o dispositivo, informaram que "trata-se de inovação que prestigia a racionalidade e a eficiência do sistema recursal". Contudo, asseveram ser uma faculdade colocada à disposição do tribunal superior em verificar, no caso concreto, a aplicação ou não do artigo.

Côrtes aduz a cautela do legislador, quando deixou claro que não são quaisquer embargos que servirão para satisfazer o requisito:

> "Portanto, não é qualquer matéria objeto dos embargos de declaração que poderá ser dada por prequestionada. Ao contrário, dar-se-á por prequestionada a matéria objeto dos embargos se, cumulativamente: (i) os embargos forem conhecidos, (ii) a matéria for jurídica (não fático-probatória), (iii) o Tribunal Superior considerar que o vício da decisão embargada (omissão, obscuridade ou contradição) de fato existiu, não sendo inovadora a tese articulada nos declaratórios.
>
> Essa, a nosso sentir, a leitura ideal, que não abre margem para que os Tribunais Superiores presumam que a matéria fática constante nos declaratórios é verdadeira ou adentrem o

oposi%C3%A7%C3%A3o-de-embargos-declarat%C3%B3rios-no-novo-c%C3%B3digo-de>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[234] ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 348.

> reexame de fatos e provas, o que vai de encontro com a própria e tradicional função das Cortes Superiores – guardiãs da Federação, da Constituição e da legislação infraconstitucional". [235]

Por sua vez, Rodrigo Becker e Marco Aurélio Peixoto afirmam que a solução do art. 1.025 "é técnica e adequada porque somente considera o prequestionamento ficto, *secumdum eventum litis*, quando houver admissão pelo STJ da existência de erro no julgamento dos embargos pelo Tribunal"[236]. Caso o tribunal entenda não ter havido erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, não é necessário considerar o pré-questionamento ficto.

Sendo assim, parece válido afirmar que, a corrente que defende pela constitucionalidade do dispositivo mencionado, pelas suas fundamentações, parece se a mais condizente com os princípios buscados pelo novo Código de Processo Civil, uma vez que não retirou do Superior Tribunal de Justiça sua missão constitucional, ao contrário, faculta ao tribunal a possibilidade de julgar a causa, caso ele verifique haver elementos suficientes para tal, de modo a primar pela celeridade processual, tão buscada pelo jurisdicionado.

Ressalta-se também a importância da observância da plenitude, unidade da jurisdição, princípio que afirma a essência de que no ordenamento jurídico brasileiro não pode haver divisões, "pois isso seria o mesmo que dizer que o Estado pode ter várias soberanias".[237]

---

[235] CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. O prequestionamento pela simples oposição dos embargos declaratórios no novo código de processo civil. Disponível em: < http://www.paixaocortes.com.br/novosite/conteudo/o-prequestionamento-pela-simples-oposi%C3%A7%C3%A3o-de-embargos-declarat%C3%B3rios-no-novo-c%C3%B3digo-de>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[236] BECKER, Rodrigo. PEIXOTO, Marco Aurélio. Embargos de Declaração e prequestionamento. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-pre-questionamento-28092017>. Acesso em: 04 mar. 2018.

[237] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 180.

3.6 Considerações finais acerca do pré-questionamento e sua aplicação aos recursos extraordinários interpostos contra decisões publicadas em data anterior à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Com a vigência do novo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça, com intuito de adequar-se as novas regras, promoveu algumas mudanças em seu regimento interno. Assim elaborou alguns enunciados administrativos, a fim de expressar o seu entendimento sobre determinados pontos.

No que diz respeito ao pré-questionamento, o Superior Tribunal de Justiça divulgou, em 09 de março de 2016, os enunciados administrativos n. 2 e n. 3. Tais enunciados buscam resolver conflito de direito intertemporal entre o Código de Processo Civil de 1973 e o atual.

O enunciado administrativo n. 2 informa que:

> "os recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".[238]

Já o enunciado administrativo n. 3 aduz que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".[239]

Observa-se, em suma, que a jurisprudência do mencionado tribunal deixou consignada orientação de qual regra deverá ser observada, a partir da data da publicação da decisão. Caso a decisão tenha sido prolatada até 17/03/16, as regras que o recorrente deverá observar, quanto à aplicação do pré-questionamento são as

[238] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Enunciado administrativo n. 2. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos. Acesso em: 03 mar 2018.

[239] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Enunciado administrativo n. 3. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos. Acesso em: 03 mar. 2018.

mais rígidas e formais. Contudo, se a publicação ocorrer a partir de 18/03/16, a aplicação do pré-questionamento ocorrerá nos moldes do art. 1.025, se observados os critérios já mencionados no tópico anterior.

O entendimento firmado se funda na teoria do isolamento dos atos processuais, "segundo a qual sobrevindo lei processual nova, os atos ainda pendentes dos processos em curso sujeitar-se-ão aos seus comandos, respeitada a eficácia daqueles já praticados de acordo com a legislação revogada".[240]

Observados os critérios de direito intertemporal, quanto aplicação do pré-questionamento, no capítulo subsequente será feita uma análise de sua aplicação nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, à luz da nova legislação.

4 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRÉ-QUESTIONAMENTO À LUZ DO NOVO CPC NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante a divergência jurisprudencial entre Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, quanto à aplicação do pré-questionamento ficto, bem como as diferentes abordagens feitas pela doutrina a respeito do requisito, cumpre agora analisar a eficácia de sua positivação nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Tal análise será feita com base em recentes acórdãos proferidos pelo tribunal superior, em que ele aprecia o teor do art. 1.025, do novo Código de Processo Civil. Também será demonstrada a jurisprudência consolidada pelo tribunal à luz do Código de Processo Civil de 1973, a título de comparação com a legislação atual, a fim de que se chegue a possíveis conclusões acerca da (in) eficácia da positivação do requisito. Portanto, no julgado a seguir, passa-se a demonstração e análise da aplicação do pré-questionamento.

[240] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.365.272/PR. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 05 de novembro de 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32408926&num_registro=201101488836&data=20131113&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 mar. 2018.

4.1 Recurso Especial n. 1.639.314/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 10/04/2017.

O acórdão, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, deriva de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c", do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de sentença que, em ação de inventário, reconheceu o instituto da prescrição, inviabilizando os recorrentes o direito a receberem os lucros obtidos pelo *de cujos*, antes da dissolução parcial da sociedade. Foram opostos os embargos de declaração, mas estes foram rejeitados.

No recurso especial, foi apontada violação aos arts. 189, 202, 205, 206 do Código Civil/2002; 178 e 320 do CPC; 489 e 492 do Código de Processo Civil de 1973. O intuito das partes era demonstrar que não havia ocorrido a prescrição, vez que a interrupção do prazo prescricional não possuía base legal.

Eis a ementa do acórdão proferido, que negou provimento ao recurso interposto e emanou entendimento acerca da aplicação do art. 1.025, do Código de Processo Civil:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. – LIQUIDAÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PROPORCIONAIS ÀS COTAS INVENTARIADAS – HERDEIROS SÓCIOS EM CONDOMÍNIO – CABIMENTO – PRESCRIÇÃO DO DIREITO – NÃO OCORRÊNCIA. 01. Inviável o recurso especial na parte em que a insurgência recursal não estiver calcada em violação a dispositivo de lei, ou em dissídio jurisprudencial. 02. Avaliar o alcance da quitação dada pelos recorridos e o que se apurou a título de patrimônio líquido da empresa, são matérias insuscetíveis de apreciação na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 03. Inviável a análise de violação de dispositivos de lei não prequestionados na origem, apesar da interposição de embargos de declaração. 04. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. 05. O pedido de abertura de inventário interrompe o curso do prazo prescricional para

> todas as pendengas entre meeiro, herdeiros e/ou legatários que exijam a definição de titularidade sobre parte do patrimônio inventariado. 06. Recurso especial não provido.[241]

Da decisão proferida observa-se que a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à aplicação do art. 1.025, do Código de Processo Civil e o pré-questionamento ficto destoa da finalidade e do sentido dado ao dispositivo em questão.

Como já dito, a positivação do pré-questionamento ficto ocorreu como forma de combater a jurisprudência defensiva, primando pelo julgamento do mérito e pela razoável duração do processo. Tudo isso para evitar que a parte litigante, mesmo desincumbida de seu ônus de instar o tribunal de segunda instância a se manifestar sobre a matéria, atendendo ao pressuposto do pré-questionamento, ficasse impedida de interpor o seu recurso excepcional pelo fato de o tribunal local recursar-se a suprir a omissão ou se manifestar sobre a matéria infraconstitucional.

O acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que para se aplicar o disposto no art. 1.025, do Código de Processo Civil, a parte, no seu recurso especial, deverá alegar violação ao art. 1.022, do mesmo diploma legal, além de levar a matéria de fundo, o mérito do recurso, sob pena de inadmissibilidade.

Ora, ao fazer tal interpretação o tribunal superior consignou exigência que não está expressa no Código de Processo Civil. Nele não se verifica a necessidade de se alegar, obrigatoriamente, a violação ao art. 1.022. Ao contrário, a finalidade buscada pelo art. 1.025 é evitar a interposição de dois recursos especiais, permitindo que a parte recorrente interponha o seu recurso mesmo que, após opor os seus embargos declaratórios, com fins pré-questionadores, o tribunal local não supra a omissão. Assim, o tribunal superior, analisando e reconhecendo que houve omissão

[241] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.639.314/MG. Terceira Turma. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 04 de abril de 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71163531&num_registro=201603050910&data=20170410&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mar. 2018.

e que esta não fora suprida, considere que a matéria foi fictamente pré-questionada julgando, desde logo, o mérito recursal.

Ainda que a alegação de ofensa ao art. 1.022 não seja tarefa difícil de ser realizada pela parte em seu recurso, é preciso observar que esse não foi o objetivo traçado pelo legislador. O escopo principal foi o da preferência pelo julgamento do mérito. Portanto, requerer tal exigência como condição de admissibilidade do recurso especial demonstra a resistência do Superior Tribunal de Justiça em aplicar o pré-questionamento ficto. Em verdade, criou-se uma condição de admissibilidade não prevista pela lei, e que agora as partes devem se atentar ao elaborar o seu recurso especial, a fim de cumprir tal exigência.

Realizadas tais ponderações, importante frisar que a análise feita pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça configurou em verdadeiro modelo para as demais decisões proferidas pelo mencionado tribunal, concernentes ao entendimento do pré-questionamento ficto. Assim, será demonstrado no acórdão a seguir e em outros exemplos, que tal entendimento consolidou-se pelas demais turmas do tribunal superior.

4.2 Recurso Especial n. 1.684.231/SC, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26/02/2018.

O acórdão de relatoria do ministro Og Fernandes foi escolhido porque analisa o art. 1.025, do Código de Processo Civil, porém, não conhece o recurso especial interposto pelos mesmos fundamentos de admissibilidade estabelecidos no acórdão acima mencionado. Abaixo, a ementa do acórdão:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE. ENUNCIADO 3/STJ. APLICABILIDADE. ACÓRDÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 10 E 11 DA LIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211 DO STJ. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 1.025 DO CPC/2015.

> PREQUESTIONAMENTO FICTO. INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. 1. Segundo o Enunciado Administrativo n. 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC", sendo esta a hipótese dos autos. 2. Acórdão recorrido em consonância com a matéria decidida no Resp 1.366.721/BA, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973. 3. No caso, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, a Corte local consignou estar ausente o requisito do fumus boni iuris para a decretação da medida de indisponibilidade de bens. Rever tal entendimento demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula 7 desta Corte. Precedentes. 4. Quanto à apontada violação dos arts. 10 e 11 da LIA, extrai-se do acórdão recorrido que os dispositivos legais apontados como violados e as matérias a eles correlatas não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem sequer implicitamente. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado. Aplicação do óbice fundado na Súmula 211 do STJ. 5. O Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/2015), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 10/4/2017). 6. Recurso especial não conhecido. [242]

O acórdão foi proferido em face de recurso especial interposto com base no art. 105, III, “a”, da Carta Republicana. A parte recorrente alegou violação aos artigos 7º, caput e parágrafo único, 10, caput e inciso VIII, e 11, caput, da Lei n. 8.429/1992, e buscava a imputação do agente público a ressarcir o erário, tendo em vista que o art. 10, da lei de improbidade presume tal possibilidade, requerendo, assim, a indisponibilidade dos bens do agente como forma de ressarcir o dano ao patrimônio público.

[242] Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.684.231/SC. Segunda Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78965691&num_registro=201701663872&data=20180226&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 mar. 2018.

No recurso especial, a parte requereu o pré-questionamento da matéria, nos moldes do art. 1.025, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o tribunal local, ao julgar os embargos de declaração, não se pronunciou.

Ao analisar os requisitos de admissibilidade recursal, a Segunda Turma entendeu não ter havido o pré-questionamento dos arts. 10, caput e VIII, e 11, caput, da Lei n. 8.429/1992, bem como firmou o mesmo entendimento proferido pela Terceira Turma, de que é necessário que se alegue também violação ao art. 1.022. A turma, então, não conheceu do recurso especial interposto, afirmando que a parte apenas requereu o pré-questionamento da matéria sem, contudo, indicar qual era a questão relevante a ser resolvida, não indicando, em seu recurso, violação ao art. 1.022, do Código de Processo Civil.

Pelo teor da decisão supramencionada, percebe-se que a exigência de debate expresso acerca da violação do art. 1.022 no recurso especial disseminou-se. A interpretação feita pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça vem sendo acompanhada pelas demais turmas do tribunal, que tratam das matérias de direito público e privado. Pode-se notar o mesmo entendimento também nos acórdãos proferidos pela Primeira Turma[243] e Quarta Turma[244].

Diante da jurisprudência, ao que parece já consolidada, lamentavelmente observa-se que o Superior Tribunal de Justiça esvaziou o sentido da norma que positivou o pré-questionamento ficto. Fazendo uma breve pesquisa jurisprudencial a respeito do pressuposto recursal no sítio do tribunal superior, é possível perceber que os recursos ora são improvidos ou ora não são conhecidos, não sendo fácil encontrar acórdão que tenha recebido a ficção do requisito.

---

[243] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1190733 / SP. Primeira Turma. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79835093&num_registro=201702713070&data=20180306&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mar. 2018.

[244] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no agravo em recurso especial nº 1.120.645/GO. Quarta Turma. Relator: Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região). Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79899359&num_registro=201701441919&data=20180227&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mar. 2018.

A criação da nova exigência, como se nota, inviabilizou o conhecimento do recurso especial sem que se chegasse sequer à análise do mérito recursal. Tal atitude, além de trazer prejuízo a parte, acaba esmorecendo a finalidade insculpida pela nova legislação ordinária. Também se observa que a interpretação feita pelo tribunal superior demonstra o excesso de formalismo, assemelhando-se ao entendimento já antes consolidado pelo tribunal, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, como se demonstrará nos julgados a seguir.

4.3 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 689.034/SC, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 31/08/2016.

O acórdão em questão refere-se à interposição de agravo interno, em face de decisão monocrática que inadmitiu o recurso especial da parte. A decisão do referido agravo foi publicada já na vigência do novo Código de Processo Civil. Contudo, a decisão do primeiro recurso interposto perante o tribunal local, que não admitiu o recurso especial, foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, portanto, aplicou-se as regras estabelecidas na vigência do código revogado, conforme enunciado administrativo n. 2. Eis a ementa do acórdão:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. PERÍODO EM QUE A SERVIDORA GOZAVA LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. RECOLHIMENTO RETROATIVO DAS RESPECTIVAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRETENSÃO AFASTADA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ART. 21, § 1º, DA LEI 10.667/2003. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF, APLICADA POR ANALOGIA, E 211/STJ. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CPC/73 A RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO/ACÓRDÃO PUBLICADOS NA SUA VIGÊNCIA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Trata-se de Agravo interno, interposto em 24/08/2016, de decisão monocrática publicada em 04/08/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisão que inadmitira o Recurso Especial, publicada na vigência do CPC/73. II. Para a abertura da via especial, requer-se o

> prequestionamento da matéria infraconstitucional. A exigência tem, como desiderato principal, impedir a condução, a esta Corte, de questões federais não debatidas, no Tribunal a quo. Hipótese em que o Tribunal de origem não emitiu qualquer juízo de valor acerca do art. 21, § 1º, da Lei 10.667/2003. Incidência das Súmulas 282/STF, por analogia, e 211/STJ. III. Na forma da jurisprudência desta Corte, "somente se poderá entender pelo prequestionamento implícito quando a matéria tratada no dispositivo legal for apreciada e solucionada pelo Tribunal de origem, de forma que se possa reconhecer qual norma direcionou o decisum objurgado" (STJ, AgRg no REsp 1.383.094/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/09/2013). Com efeito, "o Superior Tribunal de Justiça aceita o prequestionamento explícito e implícito, contudo, não admite o chamado 'prequestionamento ficto', que se daria com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal a quo tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas" (STJ, AgRg no REsp 1.514.611/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/06/2016). IV. Interposto o Recurso Especial contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, aplica-se, na espécie, o entendimento segundo o qual, "nos termos do Enunciado Administrativo nº 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016, 'aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pelajurisprudência do Superior Tribunal de Justiça'" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.507.304/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/08/2016). Assim, inaplicável, no caso, o art. 1.025 do CPC/2015. V. Agravo interno improvido.[245]

A cizânia posta em debate tratava da possibilidade de a parte agravante ter o direito ao recolhimento previdenciário, para fins de aposentadoria, em relação ao tempo em que esta esteve gozando de licença sem remuneração, para acompanhar seu cônjuge.

Em seu recurso especial, alegou violação ao art. 21, § 1º, da Lei 10.667/2003, sob o argumento que tal dispositivo deveria aplicar-se ao caso em tela, ante a

[245] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 689.034/SC. Segunda Turma. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64969332&num_registro=201500911346&data=20161013&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 13 mar. 2018.

ausência de norma legal dispondo sobre a manutenção da contribuição. Invocou-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista estar sob o amparo do exercício regular de seu direito, diante da circunstância de estar acompanhando seu cônjuge, requerendo, por fim, a contabilização de sua contribuição para futura aposentadoria.

Nas razões do seu agravo interno, a parte agravante afirmou a presença do pré-questionamento implícito, mesmo ante a ausência de pronunciamento expresso do tribunal de segunda instância, trazendo inclusive, reforço doutrinário para sustentar o preenchimento do requisito. Levantou também debate acerca da aplicação e aceitação do pré-questionamento ficto, previsto no art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015. Tudo isso para viabilizar a análise do mérito recursal, que tratava da possibilidade de cômputo da contribuição previdenciária, para fins de aposentadoria.

Entretanto, o agravo interno foi improvido, pois a turma entendeu pela ausência do pré-questionamento, uma vez que o tribunal local não se pronunciou a respeito da irretroatividade da Lei 10.667/2003, e como a decisão que inadmitiu o recurso especial se deu sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, aplicou-se ao caso o teor da súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, sequer aceitando-se o pré-questionamento implícito, sendo este entendido “quando a matéria tratada no dispositivo legal for apreciada e solucionada pelo Tribunal de origem, de forma que se possa reconhecer qual norma direcionou o decisum objurgado".[246]

Diante do caso exposto, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça não analisou o mérito recursal, em razão da rigorosa exigência de se ver cumprido o pré-questionamento. Observa-se que a tentativa da parte restou infrutífera ante a constatação da falta do requisito pelo tribunal e que, apesar de se levantar o teor do

[246] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.383.094/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Brasília, 27 de agosto de 2103. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30854723&num_registro=201301249056&data=20130903&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 13 mar. 2018.

art. 1.025, do Código de Processo Civil, sua aplicação não se manteve, em face do direito intertemporal abarcar entendimento firmado anteriormente.

Como se nota, a rigidez do tribunal, preocupada sobremaneira com a verificação do cumprimento dos pressupostos recursais, impede a parte de ter a chance de que o mérito recursal seja analisado e prejudica a busca pela interpretação e uniformização da lei infraconstitucional, bem como da jurisprudência, que poderia dirimir a controvérsia e fixar a interpretação mais adequada a ser seguida pelas instâncias ordinárias.

Frisa-se novamente que não se defende a transformação do Superior Tribunal de Justiça em terceiro grau de jurisdição, pois, como já dito, não foi esta a missão que a Constituição Federal atribuiu ao tribunal, quando o instituiu. O que se critica e se busca demonstrar é a exaltação dada pelo tribunal superior à obediência a formalismos exagerados, que nada contribuem para a finalidade constitucional atribuída a ele, bem como a nova fase metodológica do processo, que preza pela primazia do julgamento do mérito e a celeridade processual.

Abaixo, o último exemplo dado confirma o que aqui se pontua e critica: a prioridade pelo cumprimento dos pressupostos de admissibilidade recursais só demonstra que os critérios seguidos pelo tribunal superior configuram verdadeiros entraves a análise do recurso, e tentam esconder o que já se percebeu por todos os que ousam pelejar na via recursal, que o requisito configura em forte instrumento capaz de barrar os inúmeros recursos que desaguam no tribunal.

4.4 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.128.181/RS, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 06/11/2017.

O recurso em questão foi julgado sob a égide do novo Código de Processo Civil, contudo, teve seu provimento negado pela ausência de pré-questionamento. O Superior Tribunal de Justiça afirmou que, no caso, haveria a necessidade de interpor

recurso especial, apenas para alegar afronta ao art. 1.022, da nova legislação. É o que se lê do acórdão ementado:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIMENTOS. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO EXECUTIVA DO CREDOR PELO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS PELO DEVEDOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. A matéria referente à interrupção da prescrição executiva do credor de alimentos ante o ajuizamento da ação de exoneração de alimentos pelo devedor não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmulas 282/STF e 211/STJ). 2. O STJ não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração (Súmula 211). Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC de 2015 (antigo art. 535 do Código de Processo Civil de 1973), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento. 3. Agravo interno não provido.[247]

Analisando o acordão em tela, observa-se que nele reconheceu-se a omissão do julgado recorrido, quando se declarou que a matéria referente à interrupção da prescrição executiva não foi objeto de discussão pelo tribunal, mesmo a parte se desincumbido de opor embargos de declaração e, pelo fato de o tribunal não apreciar a controvérsia, estando ausente no acórdão o entendimento acerca da interrupção da prescrição, não se preencheu o requisito do pré-questionamento.

No caso, como a decisão foi proferida conforme o novo Código de Processo Civil, a turma poderia se utilizar do artigo 1.025, reconhecendo a omissão e já julgando o mérito do recurso. Contudo, a opção foi outra: entendeu-se que a falta de pronunciamento por parte do tribunal, inviabilizava a análise do mérito, devendo a parte, primeiramente, interpor recurso especial, alegando violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil e requerendo a anulação do acórdão combatido, a fim de

[247] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AResp 1.128.181/SC. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 24 de outubro de 2017. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77904988&num_registro=201701589237&data=20171106&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13 mar. 2018.

que o tribunal superior ordene ao tribunal local que julgue a causa. Somente após esse procedimento é que a parte poderia, enfim, interpor novo recurso especial, agora sim, levando ao tribunal superior à questão de fundo, objeto do pleito.

Considerando que a apreciação do recurso especial, com base na alegação de violação ao art. 1.022 demandaria algum tempo e que, ainda passaria pelas fases de admissibilidade, sendo que a primeira delas é realizada pelo próprio tribunal de segunda instância, que faria sua análise conforme as "regras processuais e também da interpretação dada pelos tribunais superiores para conhecer do recurso"[248] e, entendendo ser este inadmissível, abriria margem para interposição de outro recurso, o agravo em recurso especial, com o intuito de provocar o reexame da decisão, levando-se ao Superior Tribunal de Justiça a segunda apreciação de admissibilidade recursal.

Com isso, observa-se que, no caso, a turma optou pelo caminho mais longo e formal, mesmo ante a possibilidade de apreciar a questão à luz do art. 1.025, suprimindo esta etapa, que em nada contribui para o alcance da celeridade processual e não oferece melhoras a prestação jurisdicional.

5 CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho consistiu em analisar as mudanças ocorridas no instituto do pré-questionamento ficto, devido à sua positivação no art. 1.025 do novo Código de Processo Civil e quais foram às implicações de tal positivação dentro da estrutura do Superior Tribunal de Justiça.

Para se chegar à conclusão se tal positivação resultou em alguma mudança no tribunal superior e qual foi à interpretação dada por ele ao dispositivo, foram feitas as seguintes análises:

[248] MACEDO, Elaine Harzheim. Prequestionamento no recurso especial sob a ótica da função do STJ no sistema processual civil: uma análise perante o Novo Código de Processo Civil. Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 246. ago. 2015. p. 287-313.

1. Abordagem acerca dos motivos que levaram a instituição do Superior Tribunal de Justiça, qual foi a missão a ele atribuída e quais foram as competências herdadas do Supremo Tribunal Federal.
2. Apontamento das hipóteses constitucionais de cabimento do recurso especial, seguido de um estudo mais aprofundado acerca da evolução do pré-questionamento no plano doutrinário e jurisprudencial, buscando-se compreender a partir de que momento surgiu à divergência de entendimentos entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, quanto à aplicação do requisito.
3. Estudo acerca da interpretação dada pela doutrina e jurisprudência às súmulas 356 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça.
4. Finalidade dos embargos de declaração pré-questionadores, seguida de algumas reflexões conclusivas a respeito da evolução do pré-questionamento.
5. Estudo acerca dos motivos que levaram a positivação do pré-questionamento ficto pelo novo Código de Processo Civil, sendo realizadas considerações a respeito das fases metodológicas do Processo Civil, e os impactos trazidos pela nova legislação, na busca pelo julgamento do mérito.
6. Alcance do art. 1.025 do Código de Processo Civil e de sua constitucionalidade, a fim de explicar a finalidade buscada pela nova legislação no âmbito dos recursos.
7. Por fim, foram analisados recentes julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca da positivação do pré-questionamento ficto, em que houve a apreciação e interpretação do art. 1.025 do Código de Processo Civil, a fim de verificar se tal positivação ocasionou alguma mudança de entendimento no mencionado tribunal.

Após a realização dos estudos acima mencionados, a conclusão a que se chegou foi a de que, embora o novo Código de Processo Civil tenha sido elaborado com o propósito de buscar a cooperação das partes no processo, buscando a preferência pelo julgamento do mérito, no ponto que toca a positivação do pré-questionamento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que o tribunal optou em dar ao art. 1.025 do Código de Processo Civil interpretação diferente do objetivo buscado pelo legislador.

Ao interpretar o art. 1.025 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça consignou exigência não expressa pelo diploma legal, pois nele não se verifica a necessidade de se alegar, obrigatoriamente, a violação ao art. 1.022. A exigência configura nova espécie de juízo de admissibilidade recursal que, se não cumprida, impede o conhecimento do recurso especial.

A finalidade buscada pelo art. 1.025 era evitar a interposição de dois recursos especiais, permitindo que a parte recorrente interpusesse o seu recurso mesmo que, após opor os seus embargos declaratórios, com fins pré-questionadores, o tribunal local não suprisse a omissão. Assim, o tribunal superior, analisando e reconhecendo que houve omissão e que esta não fora suprida, considerasse que a matéria foi fictamente pré-questionada julgando, desde logo, o mérito recursal.

Não bastasse o longo e difícil caminho ao qual a parte está submetida quando pretende se utilizar da via excepcional, na busca da apreciação do mérito do seu recurso, verificado nas demais súmulas do tribunal superior, e no próprio pré-questionamento, visto como insuperável barreira de admissibilidade, o tribunal superior optou pelo caminho mais longo e formal, distanciando-se do princípio da cooperação entre as partes, cuja finalidade é a de se obter, em tempo razoável, um processo justo e efetivo, apesar da tentativa do legislador em suprimir etapas desnecessárias, que em nada contribuem para o alcance da celeridade processual e não oferecem melhoras a prestação jurisdicional.

O escopo principal no novo diploma legal é a preferência pelo julgamento do mérito. Portanto, requerer tal exigência como condição de admissibilidade do recurso especial demonstra a resistência do Superior Tribunal de Justiça em aplicar o pré-questionamento ficto. Em verdade, criou-se uma condição de admissibilidade não prevista pela lei, e que agora as partes devem se atentar ao elaborar o seu recurso especial, a fim de cumprir tal exigência.

A contribuição acadêmica proporcionada na realização do presente trabalho, a partir da demonstração de que o Superior Tribunal de Justiça deu interpretação diversa da prevista no art. 1.025 do Código de Processo Civil, foi a de trazer reflexões a respeito do papel dos tribunais superiores, especialmente Superior Tribunal de Justiça, podendo citar: a) a necessidade de se buscar a concreta cooperação das partes no processo, a fim de se alcançar o julgamento do mérito e respeito a razoável duração do processo, b) mudança de pensamento por parte do Superior Tribunal de Justiça, no tocante a imposição de óbices formais que não contribuem para a efetivação da justiça, c) a necessidade de esforço da comunidade jurídica, a fim de se adequar a nova fase processual a qual se vivencia, d) necessidade de abordagem do tema no âmbito acadêmico, ressaltando as implicações trazidas diante das interpretações dadas à legislação pelos tribunais superiores perante toda a comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Prequestionamento. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 22, p. 11-37. Curitiba: O Instituto, 1993.

ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 1. ed. em e-book. Revista dos Tribunais, 2017.

AZZONI, Clara Moreira. 2009, apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BECKER, Rodrigo. PEIXOTO, Marco Aurélio. Embargos de Declaração e prequestionamento. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-pre-questionamento-28092017>. Acesso em: 04 mar. 2018.

BRASIL, Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL, Lei. n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 dez. 2017

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 25 anos do Tribunal da Cidadania: A Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/vinteecincoanos/issue/view/272/showToc.>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.645/GO. Quarta Turma. Relator: Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região). Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79899359&num_registro=201701441919&data=20180227&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mar 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AResp 1.128.181/SC. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 24 de outubro de 2017. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77904988&num_registro=201701589237&data=20171106&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1190733 / SP. Primeira Turma. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79835093&num_registro=201702713070&data=20180306&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mar 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 689.034/SC. Segunda Turma. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64969332&num_registro=201500911346&data=20161013&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 13 mar . 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 1.355.461/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 05 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510345&num_registro=201202479468&data=20160511&formato=PDF>. Acesso em 30 jan. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.383.094/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Brasília, 27 de agosto de 2103. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30854723&num_registro=201301249056&data=20130903&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ED no REsp n. 158.140/DF. Segunda Turma. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 15 de outubro de 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700880842&dt_publicacao=23-11-1998&cod_tipo_documento=1&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Enunciado administrativo n. 2. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Enunciado administrativo n. 3. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Recurso Especial. REsp 7.587/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 23 de junho

de 1993. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100012130&dt_publicacao=16-08-1993&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.365.272/PR. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 05 de novembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32408926&num_registro=201101488836&data=20131113&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.639.314/MG. Terceira Turma. Relator (a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 04 de abril de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71163531&num_registro=201603050910&data=20170410&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.684.231/SC. Segunda Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78965691&num_registro=201701663872&data=20180226&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 mar 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.521.782/CE. Primeira Turma. Relator: Min: Benedito Gonçalves. Brasília, 23 de agosto de 2016. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64461070&num_registro=201301863958&data=20160831&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07. Corte Especial. Julgado em 28/06/1990. DJ: 19/03/90. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=7&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Corte Especial. Julgado em 01/07/1988. DJ: 03/08/1988. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Corte Especial. Julgado em 01/07/1988. DJ: 03/08/1988. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 320. Corte Especial. Julgado em 05/10/2005. DJ: 18/10/20065. A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=211+&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 320. Corte Especial. Julgada em 05/10/05. "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento". Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 5. Corte Especial. Julgado em 10/05/1990. DJ: 21/05/90. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível:em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=7&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 98. Corte Especial. Julgado em 14/04/1994. DJ: 25/04/94. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em 03 fev. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso extraordinário. RE 678.139/RJ**. Primeira Turma. Relator (a): Min. Rosa Weber. Brasília, 20 de agosto de 2013. Disponível em:**<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4354854**>. Acesso em: 29 jan. 2018.**

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. AI 198631 AgR /PA. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de novembro de 1997. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=283914>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. **AI 92946-1 Agr/RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Alfredo Buzaid. Brasília, 02 de setembro de 1963. Disponível em:**<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=271145**>. Acesso em: 29 jan. 2018.**

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AI 145589 AgR. Tribunal Pleno**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de junho de 1994. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+145589%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+145589%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/af52czd>. Acesso em 27 ago. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 146660 AgR **/ SP. 2ª Turma. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data do julgamento: 20/04/1993.** Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=326868>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 208.639-8/RS**. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ acórdão: Min. Nelson Jobim. Brasília, 06 de abriu de 1999. Disponível em:<** **:**<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243060>**. Acesso em: 29 jan. 2018.**

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. RE 210638/SP**. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de abriu de 1998. Disponível em:**<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243060**>. Acesso em: 29 jan. 2018.**

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. **RE 53740/Guanabara. Segunda Turma. Relator: Min. Ribeiro da Costa. Brasília, 06 de agosto de 1963. Disponível em:**<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=152451**>. Acesso em: 27 jan. 2018.**

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Seção Plenária de 13/12/1963. O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Seção Plenária de 13/12/1963. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648&termo=>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Embargos de declaração na apelação cível 0002650-03.2015.4.01.3307/BA. Sétima Turma. Relator: Des.

Federal Hercules Fajoses. Brasília, 07 de novembro de 2017. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00026500320154013307&pA=&pN=26500320154013307>. Acesso em: 03 fev. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnica de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o recurso extraordinário n. 298.695/SP. Disponível em: <www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/009.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed.e-book. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Prequestionamento reflexões sobre a súmula 211 do STJ. Disponível em: www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/021.pdf. *Acesso em: 21 jan. 2018.*

BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. Disponível em:< http://www.scarpinellabueno.com/cat-para-ler/60-23-quem-tem-medo-do-prequestionamento.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução de mérito e o novo CPC. Revista da EMERJ, v. 18, n. 70, p. 42-50, set – out, 2015. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2018.

CARRAZA, Roque Antônio. Do recurso extraordinário e do recurso especial. Justitia. São Paulo. n. 167, jul/set. 1994. p. 51-57. Disponível em:<Http.www.justitia.com.br/revistas/8wxc8c.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. O prequestionamento pela simples oposição dos embargos declaratórios no novo código de processo civil. Disponível em: < http://www.paixaocortes.com.br/novosite/conteudo/o-prequestionamento-pela-simples-oposi%C3%A7%C3%A3o-de-embargos-declarat%C3%B3rios-no-novo-c%C3%B3digo-de>. Acesso em: 04 mar. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 49: Princípio da primazia do julgamento de mérito. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>. Acesso em: 17 fev. 2018.

DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. In: DANTAS, Bruno (Org.) Novo Código de Processo Civil. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2011, p. 62-73.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Teoria e Parte Geral dos Recursos. In: Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais. v.3. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15. ed. Malheiros, 2013.

FERIANI FILHO, Luis Arlindo. Embargos de Declaração Prequestionadores e o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: < http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/332363-embargos-de-declaracao-prequestionadores-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 04 mar. 2018.

FLEURY, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF x súmula 211/STJ. In: ALVIM, Eduardo Pelegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREIRE, Alexandre. DONOSO, Denis. BRUSCHI, Gilberto Gomes. Recurso Especial: cabimento e forma de interposição do recurso especial com fundamento no art. 105, III, c, da CF (Divergência Jurisprudencial). In: GALLOTTI, Isabel (Org.). O papel da jurisprudência no STJ. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREIRE. Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, v.4.

GALLOTTI, Maria Isabel. Recurso especial como instrumento de uniformização do direito federal. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). O papel da jurisprudência no STJ. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 649-664.

JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza. O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas. Porto Alegre: Síntese. 2004.

JUSTIÇA, Superior Tribunal de. 25 anos do Tribunal da Cidadania: A Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/vinteecincoanos/issue/view/272/showToc.>. Acesso em: 26 ago. 2017.

LEMOS, Vinicius Silva. O prequestionamento no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEMOS, Vinicius Silva. O princípio da primazia de mérito e a melhoria no acesso à justiça. In: SILVA, Juvêncio Borges. (Coord.). Acesso à Justiça I. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 43-59.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, art. 1.025 e STJ. Diponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-art-1-025-e-stj-15052017>. Acesso em: 04 mar. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de CPC. In: GALLOTTI, Isabel (Org.). O papel da jurisprudência no STJ. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 673-698.

MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo, Revista dos Tribunas, 2005, v.8.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEGRÃO, Perseu Gentil apud MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral de questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JR. Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: NERY JR. Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo, Revista dos TribunaIs, 2001, v.4.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. O prequestionamento e o novo CPC. Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 256. jun. 2016. p. 169-178.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento. Coletânea de julgados dos magistrados e momentos jurídicos dos magistrados no TRF e no STJ. n. 38. 2002. p. 167-179. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/coletanea/article/view/1981/1898>. Acesso em: 28 mar. 2018.*

PAIXÃO, Leonardo André. A função política do Supremo Tribunal Federal. 2007. Tese apresentada à faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção parcial do título de doutor em Direito do Estado. São Paulo. 2007. Disponível em <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>. *Acesso em 26 ago. 2017.*

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Supremo Tribunal Federal – Composição e indicação de seus Ministros. São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Luis Alves. Uma nova ordem dos processos nos Tribunais. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 255-265.

PEREIRA, Luis Alves. Uma nova ordem dos processos nos Tribunais. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm. 2014.

PORTELLA, Glória Maria Guimarães de Pádua Ribeiro. Teoria e Crítica do Recurso Especial. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. REIS, Silas Mendes dos. Manual de recursos extraordinário e especial. Rio de Janeiro: Método, 2012.

SILVA, Bruno Mattos e. Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2°, 4°, 5°, 7°, 8° e 9°. In: FREIRE, Alexandre. (Org.). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 635-668.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento. Direito e democracia, Canoas, v. 7, n.2, p. 408, 2º sem. 2006.

]

AGRAVO DE INSTRUMENTO E A TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015: A IMPUGNAÇÃO TARDIA DAS DECISÕES NÃO AGRAVÁVEIS E SEUS REFLEXOS

Pedro Lucas de Lima

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto o rol taxativo das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas pelo juízo de primeiro grau de jurisdição. O tema é de grande relevância, afinal a possibilidade de se considerar a taxatividade, ou não, do rol contido no art. 1.015 do CPC/2015 vem sendo constantemente discutida na doutrina e também na jurisprudência dos tribunais brasileiros, já que o atual sistema recursal não dá a certeza do que é ou não agravável mediante o aludido recurso. Primeiramente, será realizada uma análise histórica do agravo de instrumento no direito brasileiro, recordando-se as principais alterações ocorridas ao longo das últimas décadas. Posteriormente, serão apontados os aspectos mais relevantes a respeito das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, bem como o amplo debate doutrinário e jurisprudencial do cabimento de mandado de segurança contra ato judicial. Por fim, mostrar-se-á uma análise crítica da jurisprudência firmada em torno da taxatividade do rol constante no art. 1.015 do CPC/2015, destacando-se os pontos positivos e negativos de alguns julgamentos de demandas ocorridos nos tribunais de justiça pátrios.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Código de Processo Civil de 2015. Agravo de Instrumento. Rol taxativo. Decisão interlocutória.

1 INTRODUÇÃO

Após cinco anos de trâmite, foi aprovado e promulgado, em março de 2015, o atual Código de Processo Civil – CPC/2015, que possui diversos aspectos polêmicos e que são de grande relevância para a melhor compreensão do sistema jurídico pátrio.

A supressão do agravo retido e a implementação de um rol taxativo das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas pelo juízo de primeiro grau, constantes no art. 1.015 do CPC/2015, são alguns dos acontecimentos que deram início aos amplos debates em torno do sistema recursal brasileiro. A questão certamente possui relevância jurídica, visto que não há um consenso sobre a maneira em que se deve interpretar o art. 1.015 do CPC/2015.

Por mais urgente que aparente ser a situação da parte que interporá o agravo de instrumento, é preciso compreender o que deve ser considerado para que o aludido recurso seja julgado por um Tribunal de Justiça. Nesse contexto, será estudada a posição de doutrinadores e juristas que acreditam que as hipóteses constantes no rol do art. 1.015, do CPC/2015, apesar de taxativas, podem ser interpretadas extensivamente, além das consequências jurídicas de um entendimento fiel à intenção do legislador.

O primeiro capítulo do presente trabalho realizará um estudo acerca do histórico da normatividade do recurso de agravo de instrumento no direito brasileiro, apresentando as oscilações frequentes e profundas ocorridas ao longo das décadas em torno da questão. Ademais, haverá a demonstração da relevância de fatos históricos que contribuíram para a formação de visões doutrinárias e jurisprudenciais – atuais e pretéritas - em relação ao referido recurso, bem como ao contexto em que se encontra inserido.

O segundo capítulo será uma abordagem do agravo de instrumento e do amplo debate doutrinário e jurisprudencial a respeito do cabimento de mandado de segurança contra ato judicial. Para que seja possível o estudo da demonstração da

relevância e seus efeitos, é necessário entender o sistema recursal vigente, as razões de existência, hipóteses de cabimento e requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento.

Dúvidas como a se a nova sistemática irá gerar um número elevado de processos anulados em decorrência do provimento de apelações ou se o CPC/2015 não estaria criando a chance para se impetrar um mandado de segurança em face de ato judicial, a partir do momento em que proíbe o cabimento do agravo imediatamente após a decisão interlocutória, certamente serão respondidas no decorrer do trabalho.

O terceiro capítulo consistirá na análise crítica da jurisprudência firmada em torno da taxatividade do rol constante no art. 1.015 do CPC/2015. Como é de se esperar, o presente trabalho acadêmico conterá estudos em torno da notória divergência de posicionamentos verificada em nossos tribunais, além de destacar os pontos negativos e positivos de julgamentos ocorridos naqueles. Também será mostrado que a solução da polêmica por parte do Superior Tribunal de Justiça pode estar próxima de acontecer.

A metodologia a ser utilizada será a dogmática-instrumental. Isto porque o foco do presente trabalho acadêmico consistirá na análise do conteúdo normativo constante no art. 1.015 do CPC/2015 e também nas diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram após o advento daquele.

Serão observadas, ainda, possíveis alternativas para o desfecho da polêmica. Buscar-se-á, com lastro nos mais recentes ensinamentos expostos por processualistas e juristas brasileiros, a interpretação jurídica mais adequada e menos prejudicial às partes processuais afetadas, atentando-se sempre a eventuais questões do caso concreto.

2 UM ESTUDO SOBRE O HISTÓRICO DA NORMATIVIDADE DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO DIREITO BRASILEIRO: OSCILAÇÕES, FREQUENTES E PROFUNDAS, NO DISCIPLINAMENTO DO INSTITUTO QUE INFLUÍRAM NA COMPREENSÃO DAS VISÕES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL E NA ESTABILIZAÇÃO DE ENTENDIMENTOS.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe consigo diversas polêmicas de grande relevância para o sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, o sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias e a possibilidade de se adiar a preclusão de questões importantes decididas ao decorrer do processo são assuntos que podem, em determinado momento, causar algum embaraço no que se refere à interpretação de certos dispositivos alterados pela nova norma processual.

Uma das polêmicas constantes no novo Código de Processo Civil de 2015 diz respeito à retirada do agravo retido e o rol taxativo das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas pelo juízo de primeiro grau de jurisdição, presentes no art. 1.015 do referido diploma processual.

Com isso, o assunto ora em análise, qual seja, a recorribilidade das decisões interlocutórias, acabou ganhando maior notoriedade entre juristas, doutrinadores e acadêmicos, de modo que a análise histórica deste recurso se faz necessária para a compreensão. Passa-se, portanto, ao estudo da trajetória do agravo de instrumento ao longo da história.

2.1 Considerações a respeito do agravo de instrumento desde as Ordenações Portuguesas até o período dos códigos de processo civil estaduais: um olhar sobre as origens normativas do recurso em tela.

Inicialmente, cumpre destacar que, segundo Caluri, o recurso de agravo foi instituído pelo Direito Português, com denominação geral no Código Lusitano de "Agravo". À vista disso, no tocante aos recursos, as verdadeiras fontes e

fundamentos existentes no atual Código de Processo Civil têm base nas Ordenações de Portugal.[1]

Outrossim, tem-se que, durante o reinado de D. Afonso IV, no período compreendido entre 1325 e 1357, houve a proibição de se interpor a apelação em separado contra as resoluções interlocutórias, excetuando-se as que possuíam caráter terminativo do feito ou aquelas que provocassem algum tipo de mal irreparável (Ordenações Afonsinas, Livro 3, Título 72, n.6 e n.7). [2]

Aprofundando-se na temática, importa ressaltar que foi instituída, no Direito Português, em momento anterior ao período das Ordenações, uma competência para que os eclesiásticos devotos a Deus fossem, enfim, capazes de reformar decisões judiciais que estivessem manifestamente equivocadas.[3]

O Autor Moacy Lobo da Costa expõe, a título de curiosidade, que a ideia para se criar a competência em comento se deu a partir da análise da célebre Novela 86 de Justiniano, na qual o imperador determinou que se algum magistrado injuriasse alguém no trâmite de um processo judicial, o que se sentisse agravado teria a oportunidade de ir ao encontro do Bispo. Este último, por sua vez, analisaria o caso concreto e, se fosse o caso, corrigiria o malfeito, deixando a punição do sentenciante sob a responsabilidade do imperador.[4]

Surgem, assim, algumas alterações na legislação portuguesa, que possuía fortes raízes espanholas, a partir do século XIII. Cita-se, por oportuno, a mudança nas regras de processo estipuladas por D. Afonso III em seu reinado no período

[1] CALURI, Lucas Naif. *Recursos no novo código de processo civil*. 2. ed. – São Paulo: LTR, 2016. p. 21.
[2] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 595-596.
[3] NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história: como ficou no Código de 2015*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 20 out. 2017.
[4] NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história: como ficou no Código de 2015*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047 Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 20 out. 2017.

compreendido entre 1248 a 1279, sendo, uma delas, a possibilidade de o rei analisar e julgar os recursos de apelação de sentenças definitivas.[5]

Tempos depois, já no fim do século XIV, é possível notar que o Livro das Leis e Posturas fazia menção acerca da autorização para a apelação de todas as sentenças, fossem estas definitivas ou interlocutórias, sendo o referido mandamento confirmado por D. Dinis, sexto rei de Portugal.[6]

Assis traz breves comentários acerca do agravo de instrumento na vigência das Ordenações Manuelinas, veja-se:

> Em cuidadoso trabalho de investigação histórica, assinalou-se a importância capital deste estudo da origem do agravo no direito luso. Revela a introdução da forma escrita, mediante o instrumento (estormento) e a carta testemunhável, ou carta de justiça, no lugar da queixa oral ao rei. Esta última chamava-se de querima, querela ou querimônia. O uso da forma oral descansava no costume de a corte percorrer o país e o rei administrar pessoalmente a justiça a seus vassalos. Posteriormente, a criação da Casa Civil, em Lisboa, no reinado de D. João I (1385-1433), ocupado pelos chamados "sobre-juízes" e funcionando como órgão de segundo grau para desafogar a Casa da Justiça da Corte, introduziu um critério geográfico - a distância além de cinco léguas da comarca d processo e da localização da corte – na atribuição da competência para julgar tais instrumentos e cartas testemunháveis (Ordenações Afonsinas, Livro 3, Título 90). Esse critério geográfico presidirá a diferença entre o agravo de petição e o agravo de instrumento (Ordenações Manuelinas, Livro 3, Título 48, nº 8) e, nesta época remota, testemunha o apreço ao princípio da economia.[7]

[5] NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história: como ficou no Código de 2015*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 20 out. 2017.

[6] NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história:* como ficou no Código de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 20 out. 2017.

[7] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 596.

Tal como mencionado por Araken de Assis, tem-se que o direito processual civil sofreu diversas alterações durante o reinado de D. Afonso IV, tendo em vista que a interposição do recurso de apelação passou a ter como fim o retardamento voluntário e malicioso de demandas, motivo pelo qual o rei editou lei estabelecendo que, a partir daquele momento, seriam autorizadas as apelações de sentenças interlocutórias apenas naqueles casos em que essas "[...] possuíssem força de definitiva, porque, após proferidas, não havia como proferir outras, ou se, uma vez proferida, gerasse dano que não pudesse ser reparado pela sentença definitiva".[8]

Araken de Assis. a respeito do agravo neste contexto histórico, ensina o seguinte:

> [...] Naquela conjuntura histórica, impôs-se a orientação do direito romano da época de Justiniano, oposta à do direito canônico. Este era regido pela coleção de leis conhecida como Decreates, aprovada pelo Papa Gregório IX, em 05.09.1234. Ao mesmo tempo, erigiu-se a regra de que caberia ao juiz revogar a sentença interlocutória, ex officio, antes de proferir a sentença definitiva, ou a requerimento da parte (Ordenações Afonsinas, Livro 3, Título 67, nº 5), hipótese em que, conforme a hierarquia do juiz, extrair-se-ia instrumento ou carta testemunhável, o primeiro a cargo do tabelião, o segundo do escrivão do feito[9]

Ademais, ressalte-se que se a ofensa (agravo) sofrida pela parte não tivesse relação com as duas exceções acima referenciadas, só poderia ser reparada no julgamento da citada apelação, sendo certo que o magistrado "[...] poderia revogar, a qualquer tempo, a sentença interlocutória que houvesse proferido, tanto de ofício quanto a requerimento da parte agravada".[10]

---

[8] NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história:* como ficou no Código de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 20 out. 2017.

[9] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 596.

[10] NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história:* como ficou no Código de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 20 out. 2017.

Nunes, no intuito de elevar a esfera de conhecimento do leitor de sua obra, disserta acerca deste período histórico revelando o seguinte:

> Provavelmente o não-acatamento, pelo juiz, do pedido de revogação da sentença interlocutória, deve ter sido a origem do agravo de instrumento. Se o juiz não quisesse revogar a sentença interlocutória, a parte que fosse agravada pela decisão, poderia apresentar queixa ao rei (querimas ou querimônias). Nas ordenações Afonsinas, em diversas passagens, encontra-se a expressão estormento d'agravo como hábil para narrar os percalços infligidos à parte pela decisão do juiz que não quis reformar a sentença interlocutória.
>
> Assevera, porém, MOACYR LOBO DA COSTA que o agravo de instrumento, tal como se o concebe, somente surgiu nas Ordenações Manoelinas de 1521. As Ordenações Filipinas, de 1603, preservaram a regência dos agravos, sendo clara a tendência que teve para hiperdimensioná-los.[11]

Assis discorre sobre o tema na vigência das Ordenações Manuelinas, afirmando o seguinte:

> O recurso de agravo surgiu na segunda edição das Ordenações Manuelinas (1521). Por metonímia, a palavra "agravo" perdeu seu sentido original e passou a designar o remédio em vez do mal (gravame produzido pela interlocutória). Assim, as Ordenações Manuelinas (1521), classificando as sentenças em definitivas, interlocutórias mistas e interlocutórias simples , previu os seguintes agravos: (a) o agravo ordinário (supplicatio) contra as sentenças definitivas emanadas dos "Sobre-Juízes"; (b) o agravo de instrumento (Livro 3, Título 48 nº 8); e (c) o agravo de petição (Livro I, Título 4, nº 10); os dois últimos contra as sentenças interlocutórias e de acordo com o mencionado critério geográfico, ou seja, o agravo de petição caberia quando o ato proferido decorresse de processo que tramitasse no lugar de situação do órgão ad quem. Admitiram tais Ordenações, também, contra o ato que recebesse indevidamente a apelação, o agravo "nos autos" (Livro 3, título 54, nº 8). O agravo de ordenação não guardada (Ordenações Afonsinas, Livro 3, nº 46) constituía um remédio para compelir à observância da ordem do processo por juízes de segundo grau, e, ainda, para indenizar o dano suportado

[11] NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história:* como ficou no Código de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 20 out. 2017.

> pelas partes, cabendo contra resoluções variadas. A despeito de criação anterior, a Carta Régia de 05.07.1526, de D. João III, Superveniente às Ordenações Manuelinas, consagrou os contornos definitivos e o nomen iuris ao agravo no auto do processo.[12]

Nunes recorda que as Ordenações Filipinas foram muito utilizadas no Brasil, tendo, inclusive, ensejado a instituição da primeira legislação processual pátria após a independência do país em relação à Portugal, ocorrida em 7 de setembro de 1822. Na oportunidade, o autor menciona as cinco modalidades de agravo existentes à época: **a)** agravo ordinário; **b)** agravo de ordenação não guardada; **c)** agravo de instrumento; **d)** agravo de petição; e **e)**agravo no auto do processo.[13]

Atente-se, ainda, para o fato de que, após a referida independência, a disposição provisória acerca da administração da justiça civil, de 1932, estabeleceu¸ em suma, que "[...] os agravos de petição e de instrumento e de petição ficam reduzidos a agravos no auto do processo, deles devendo conhecer o juiz de direito, se interpostos do juiz municipal, e a Relação (tribunal), se a decisão tiver sido proferida por juiz de direito".[14]

As supracitadas espécies de agravos eram cabíveis nos 17 (dezessete) casos especificados no art. 669 do regulamento nº 737/1850. Confira-se:

> Art. 669. Os aggravos sómente se admittirão:
>
> § 1.º Da decisão sobre materias de competencia, quer o Juiz se julgue competente, quer não.
>
> § 2.º Das sentenças de absolvição de instancia.

[12] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 597.
[13] NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história:* como ficou no Código de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 20 out. 2017.
[14] NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história:* como ficou no Código de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 20 out. 2017.

§ 3.º Da sentença que não admitte o terceiro que vem oppor-seá causa ou á execução, ou que appella da sentença que prejudica.

§ 4.º Das sentenças nas causas de assignação de dez dias, ou de seguro, quando por ellas o Juiz não condemna o réo, porque provou seus embargos, ou lhe recebe os embargos e o condemna por lhe parecer que os não provou.

§ 5.º Do despacho que concede ou denega carta de inquirição, ou que concede grande ou pequena dilação para dentro ou fóra do Imperio.

§ 6.º Dos despachos pelos quaes se ordena a prisão.

§ 7.º Das sentenças que julgam ou não reformados os autos perdidos ou queimados em que ainda não havia sentença definitiva (Assento de 23 de Maio de 1758).

§ 8.º Dos despachos de recebimento ou denegação de appellação, ou pelo qual se recebe a appellação em ambos os effeitos, ou no devolutivo sómente.

§9.º Das decisões sobre erros de contas ou custas.

§ 10.º Da absolvição ou condemnação dos Advogados por multas, suspensão ou prisão.

§ 11.º Dos despachos pelos quaes: 1º, se concede ou denega ao executado vista para embargos nos autos ou em separado; 2º, se manda que os embargos corram nos autos ou em separado; 3º, são recebidos, ou rejeitados in limine os embargos oppostos pelo executado ou pelo terceiro embargante.

§ 12.º Das sentenças de liquidação (art. 506).

§ 13.º Das sentenças de exhibição (art. 356).

§ 14.º Das sentenças ou habilitação (art. 408).

§ 15.º Dos despachos interlocutorios que contêm damno irreparavel.

§ 16.º Da sentença que releva ou não da deserção o appellante (art. 659), ou julga deserta e não seguida a appellação (art.660).

§ 17.º Dos despachos pelos quaes se concede ou denega a detenção pessoal ou o embargo.

O aggravo nos casos de concessão de embargo ou detenção não é suspensivo.

> § 18.º Da sentença que julga procedente ou improcedente o embargo (art. 335). (sic)[15]

Revelada a origem do agravo, passa-se à análise de suas transformações até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

2.2 O agravo de instrumento e a regulamentação preconizada pelo Código de Processo Civil de 1939: ponderações em torno da taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo.

Volvendo-se novamente à origem histórica do recurso ora em análise, faz-se necessário recordar o interessante ressurgimento do agravo no auto do processo no Estatuto Processual de 1939, sendo este conhecido como o primeiro Código de Processo Civil pátrio, junto ao agravo de petição e ao agravo de instrumento, que apresentava um rol taxativo à época, tal como no Código de Processo Civil de 2015.[16]

Salienta-se que o agravo de petição era, em síntese, uma espécie de recurso que podia ser interposto em face de sentenças que extinguiam o processo sem resolução de mérito. Caso houvesse o julgamento com resolução de mérito da demanda, o recurso cabível era a apelação.[17]

Em relação ao agravo de instrumento, principal meio de impugnação a ser estudado no presente trabalho, sabe-se que era utilizado em face de decisões interlocutórias expressamente discriminadas no dispositivo acima referenciado ou em norma constante em lei extravagante.[18]

---

[15] BRASIL. *Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

[16] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 201.

[17] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 201.

[18] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 201.

Assis externa certos fatos relacionados ao CPC/1939 que devem considerados pelo leitor. Confira-se:[19]

> No primeiro diploma processual unitário, das sentenças definitivas cabia apelação (art. 820 do CPC de 1939), ressalva feita aos casos de agravo de instrumento; das sentenças terminativas, ou seja, das decisões que implicassem "a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito", agravo de petição (art. 846 do CPC de 1939; e das interlocutórias, agravo de instrumento (art. 842 do CPC de 1939) ou agravo no auto do processo (art. 851 do CPC de 1939) – tudo temperado com inúmeras exceções e larga área de indefinições. Desamparava-se o vencido de recurso, neste regime, contra os efeitos das interlocutórias gravosas. Supriram a generalizada aspiração por remédio expedito e eficiente contra as interlocutórias que causassem dano irreparável dois sucedâneos concorrentes: (a) a correição parcial, ou reclamação; e (b) o mandado de segurança, embora oblíqua e inadequadamente, a falha e erro do legislador.

Quanto ao agravo no auto do processo, Didier Jr. e Cunha ensinam o seguinte:

> Por sua vez, o agravo no auto do processo destinava-se a evitar a preclusão de certas decisões, tais como as que rejeitassem as "exceções" de litispendência ou de coisa julgada (se acolhidas, cabia agravo de petição, pois seu acolhimento implicava extinção do processo sem resolução de mérito). De igual modo, o agravo no auto do processo cabia de decisões que não admitissem a prova requerida ou cerceassem, de alguma forma, a defesa do interessado. Cabia, ainda, o agravo no auto do processo contra decisões que concediam, na pendência do processo, medidas preventivas (se a medida fosse preparatória, não cabia o agravo no auto do processo, mas sim o agravo de instrumento; cabia o agravo no auto do processo, se se tratasse de medida preventiva, e não preparatória). Somente cabia o agravo no auto do processo se a decisão concedesse a medida preventiva; negada que fosse, não cabia o agravo no auto do processo: tratava-se de decisão irrecorrível, sendo, no caso, manejados sucedâneos recursais, a exemplo do mandado de segurança, reclamação, correição parcial, pedido de reconsideração e quejandos. E, finalmente, cabia o agravo no

[19] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 602.

> auto do processo se ocorresse decisão que não fosse terminativa, proferida ao ensejo do saneador.[20]

Não obstante, atente-se para o fato de que o citado código trouxe, em seu conteúdo, diversos princípios processuais inicialmente elaborados por doutrinadores de países como a Alemanha e a Itália, elevando o seu prestígio por parte dos civilistas brasileiros.[21]

Curiosamente, apesar de Didier Jr. mencionar que apenas os três citados tipos de agravo eram existentes à época, Bernardo Pimentel Souza esclarece que o sistema recursal cível, ao tempo do Código de Processo Civil de 1939, possuía 05 (cinco) espécies de agravo: o agravo de instrumento, o agravo de petição, o agravo no auto do processo, o agravo inominado e o agravo para o Supremo Tribunal Federal.[22]

Retomando as considerações acerca do agravo de instrumento, tem-se que, como já informado, este meio de impugnação era cabível em face de decisões de magistrados de primeiro grau proferidas nas circunstâncias elencadas no art. 842 do referido Código, além da possibilidade de ser utilizado também contra a decisão que não admitisse outro recurso.

Enfatize-se, ainda, que o agravo de instrumento era interposto perante o juízo de primeiro grau de jurisdição no prazo de cinco dias, a contar da intimação pessoal do advogado. Outrossim, o referido agravo necessitava estar instruído com cópias de todas as peças constantes no processo principal, que fossem relevantes para a resolução da demanda.[23]

---

[20] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 202.

[21] SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 343.

[22] SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 343.

[23] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 202.

O agravo no auto do processo, por sua vez, era interposto verbalmente ou por escrito, cabendo à parte esta discricionariedade. Após, era reduzido a termo. Caso o aludido agravo viesse a ser interposto em audiência, o termo acima referenciado era desnecessário, visto que o termo de audiência eliminava tal obrigatoriedade.[24]

Ademais, o supracitado agravo era dirigido ao juízo *a quo*, mas o responsável de fato pela análise daquele, como preliminar de eventual apelação que viesse a ser interposta, era o tribunal.[25]

Compreendida a dinâmica do agravo nas disposições do Código de Processo Civil de 1939, passa-se à análise do referido recurso durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973.

2.3 O Código de Processo Civil de 1973 e as reações à legislação anterior: a busca pela adoção de conceitos abertos na admissibilidade do agravo de instrumento. Consequências dessa opção legislativa.

O Código de Processo Civil de 1973, em sua ordenação inicial, anunciava o agravo de instrumento como um recurso cabível em face de qualquer decisão interlocutória. Didier Jr. e Cunha destacam que, "[...] na verdade, o recurso era o de agravo de instrumento, que teria uma outra modalidade: o agravo retido. Ao agravante era conferida a opção de escolha entre interpor o agravo de instrumento e o retido."

Além disso, é interessante notar que o recurso em análise deveria ser interposto no prazo de cinco dias perante o juízo singular, levando-se em consideração, ainda, que o agravante deveria apresentar as peças processuais que

[24] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 203.

[25] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 203.

seriam transladadas pelo escrivão, tal como na sistemática recursal adotada pelo CPC/1939.[26]

Confiram-se, ainda, as lições de Didier Jr. a respeito do presente tópico:

> O juiz poderia reformar o manter a sua decisão. Mantida que fosse, os autos seguiam ao tribunal para exame do agravo. Uma vez reformada, o agravado poderia requerer que fossem encaminhados os autos ao tribunal para reexame da decisão que havia reformado a decisão agravada, passando a assumir a condição de agravante . O agravo de instrumento, no sistema originário do CPC-1973, não era dotado de efeito suspensivo, salvo nas hipóteses taxativamente previstas no art. 558, em sua redação originária.

Observadas as principais características do agravo de instrumento durante a vigência do diploma processual de 1973, faz-se necessário relacioná-lo às alterações ocorridas advindas de outras legislações pátrias, como se verá a seguir.

2.4 A Lei n. 9.139/1995 e as importantes alterações à recorribilidade das decisões interlocutórias: um verdadeiro marco na normatividade do tema.

O recurso de agravo sofreu diversas mudanças com o advento da Lei n. 9.139/1995. Aliás, frise-se que o agravo de instrumento passou a receber a designação genérica de agravo.[27]

Sobre o tema, ensinam Didier Jr. e Cunha[28]

> A partir daí, passou-se a entender que o recurso era o de agravo. Significa que o recurso é um só: o agravo. Este, contudo, pode ser interposto sob as modalidades de agravo retido, agravo de instrumento ou apenas agravo. Será apenas ou simplesmente agravo, "quando interposto imediatamente

[26] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204.

[27] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204.

[28] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204.

> nos mesmos autos em que a decisão recorrida foi proferida, sendo desnecessária a formação do instrumento, por já se encontrarem os autos no tribunal onde deverá ser apreciado o mérito do recurso. É o caso, por exemplo, do chamado agravo 'regimental' ou 'agravinho', interposto contra a decisão do relator, que tem seu processamento previsto em regimento interno do tribunal e que prescinde da formação do instrumento, eis que os autos onde é interposto já se encontram no tribunal onde será apreciado pela câmara ou turma julgadora, sem necessidade de deslocamento físico do recurso para outro tribunal.[29]

O agravo, anteriormente à Lei n. 9.139/95, era interposto no juízo de primeiro grau, assim como o recurso de apelação. "Apresentavam-se primeiro as razões e depois do prazo das contrarrazões, as partes teriam prazo para apresentação das cópias do processo, para formação do instrumento".[30]

Ocorre que, em razão da demasiada demora para que o agravo chegasse ao Tribunal (06 meses a 01 ano – conforme lecionam Galindo e Kohlbach), as partes impetravam mandado de segurança para emprestar efeito suspensivo a recurso que não o tivesse, assim como ocorria com o agravo antes da entrada em vigor da Lei n. 9.139/1995), dado que este era meio hábil a evitar que o dano de fato acontecesse.

Galindo e Kohlbach explanam as seguintes informações acerca da polêmica:[31]

> Assim, tínhamos dois instrumentos para se alcançar um único objetivo, sobrecarregando os tribunais. Com a alteração promovida pela Lei nº 9.139/95, modificou-se a sistemática do recurso de agravo, visando evitar o uso do mandado de segurança, pelo que deu ao recurso uma nova roupagem, muito parecida com a do próprio remédio heróico, pois estabeleceu, no artigo 558, caput, parágrafo único, do CPC/73, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso, bem como com a previsão da possibilidade de concessão de tutela antecipada recursal. Além disso, o agravo passou a ser

[29] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 203.
[30] GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela. *Recursos no CPC/2015:* perspectivas, críticas e desafios. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 23.
[31] GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela. *Recursos no CPC/2015:* perspectivas, críticas e desafios. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 23.

> interposto diretamente no Tribunal, evitando todo o procedimento no primeiro grau. Com isso, o agravo ficou mais ágil no sentido de ser um instrumento capaz de evitar lesão aos interesses dos jurisdicionados. Dessa forma, os casos de cabimento do mandado de segurança contra ato judicial ficaram bastante reduzidos, sendo que praticamente anulou-se a necessidade de sua impetração.

Ademais, insta realçar que o agravo, sob a óptica originária do diploma processual ora em análise, era interposto no prazo de 05 (cinco) dias, contudo, com a Lei n. 9.139/1995, o referido lapso temporal passou a ser de 10 (dez) dias, tanto para a interposição do agravo retido quanto do agravo de instrumento.

A lei ora em análise gerou a obrigatoriedade da retenção do agravo, isto em relação às decisões proferidas após a sentença, excetuando-se decisões relativas à inadmissibilidade do recurso de apelação, que deveriam ser impugnadas mediante agravo de instrumento.

Didier Jr. externa outras modificações relevantes no agravo de instrumento. Confiram-se:[32]

> O agravo de instrumento também sofria mudanças, passando a ser interposto diretamente no tribunal; o relator podia conceder efeito suspensivo, desde que configuradas as hipóteses descritas no art. 558 do CPC-73. Ademais, passou-se a exigir que o agravante juntasse peças obrigatórias, previstas no art. 525, I, do CPC-173, a quem competia, ainda, informar ao juízo de primeira instância da interposição do agravo, juntando cópia do recurso, com a indicação das peças que o instruíam, a fim de que o juiz exercesse sua retratação.

Como se verifica, algumas mudanças significativas ocorreram com a Lei n. 9.139/1995. Mas as alterações não se encerram aqui, dado o surgimento de outras leis que também merecem atenção, o que justifica a existência dos tópicos seguintes neste trabalho acadêmico.

[32] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204.

2.5 A Lei n. 10.352/2001 e os debates sobre a discricionariedade, ou não, da conversão do agravo de instrumento em agravo retido, uma vez ausentes os requisitos configuradores da urgência.

A Lei n. 10.352/2001 apresentou situações em que o agravo retido deveria ser obrigatório. Assim, exigia-se a interposição daquele agravo quando interposto de decisões proferidas no decurso da audiência de instrução e julgamento e das subsequentes à apelação, contudo é preciso ressaltar que a determinação não se aplicava nos casos de dano de difícil e de incerta reparação.[33]

Ato contínuo, a citada obrigatoriedade também era aplicada, segundo Didier Jr., aos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida.[34]

No tocante ao agravo de instrumento, a supramencionada lei fixou três regras, quais sejam, a obrigatoriedade da petição que cientificava o magistrado de primeiro grau acerca da interposição do agravo no tribunal, o processamento e a conversão em agravo retido e a antecipação da tutela recursal.[35]

2.6 A Lei n. 11.187/2005, a consolidação do agravo retido como regra e a irrecorribilidade da decisão de conversão do agravo instrumentado em retido. Avanços e retrocessos.

É possível observar, a partir da leitura da Lei n. 11.187/2005, que o agravo de instrumento sofreu algumas alterações bastantes significativas, haja vista a opção do legislador em tratar o agravo retido como regra para que os Tribunais não ficassem

[33] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204.
[34] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204.
[35] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204.

tão sobrecarregados com a interposição de agravos. Para isso, as hipóteses de cabimento do aludido recurso foram reduzidas.[36]

No entanto, "[...] ao mesmo tempo em que transformou a forma retida do agravo como regra, estabelecendo hipóteses de exceção para o agravo de instrumento, dentro delas, incluiu conceito vago [...]", de modo que aquele recurso continuou a ser interposto, sem qualquer impedimento. E mais, a partir do momento em que a norma permitiu a interposição do agravo de instrumento em face de qualquer decisão que pudesse causar lesão grave e de difícil reparação, é possível afirmar que o referido recurso era cabível em qualquer hipótese.[37]

Araken de Assis ressalta que, devido à alteração do art. 522, *caput*, do CPC de 1973, derivada da Lei 11.187/2005, a regra era o agravo retido, sucessor do agravo no auto do processo, sendo a única forma admissível das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. O agravo de instrumento era admitido de forma excepcional.[38]

Nesse contexto, os processualistas Didier Jr. e Cunha argumentam o que se segue:

> Somente caberia agravo de instrumento em hipóteses expressamente indicadas: (a) quando se tratasse de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; (b) nos casos de inadmissão da apelação; e, (c) nos relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida. Na liquidação de sentença e na execução, o agravo haveria sempre de ser de instrumento.
>
> Se a parte interpusesse o agravo de instrumento fora daquelas hipóteses, o relator deveria convertê-lo em retido.[39]

[36] GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela. *Recursos no CPC/2015:* perspectivas, críticas e desafios. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 24.
[37] GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela. *Recursos no CPC/2015:* perspectivas, críticas e desafios. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 24.
[38] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 605.
[39] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204.

Portanto, considerando a possibilidade de se interpor um agravo de instrumento em face de decisões que pudessem causar dano irreparável ou de difícil reparação, tem-se que várias situações eram abrangidas naquela oportunidade.[40]

Nas palavras de Didier Jr. e Cunha:

> Nesse conceito indeterminado, várias hipóteses eram enquadradas. Assim, cabia agravo de instrumento da decisão que concedesse provimento de urgência, da que indeferisse uma intervenção de terceiros, da que tratasse da competência do juízo, da que indeferisse parcialmente a petição inicial, da que resolvesse parcialmente o mérito, da que excluísse um litisconsorte e de tantas outras assim consideradas pela jurisprudência.[41]

Ademais, é necessário recordar que não era possível se utilizar do agravo retido por inadequação nas hipóteses acima elencadas, de forma que o meio recursal viável era apenas o agravo de instrumento.[42]

2.7 O Código de Processo Civil de 2015 e a consolidação de um novo regime de impugnação das interlocutórias de primeiro grau. Uma visão crítica a respeito das alterações, principalmente no que tange à taxatividade das hipóteses de cabimento.

Uma das polêmicas referentes ao novo Código de Processo Civil de 2015 diz respeito à extinção do agravo retido e o rol taxativo das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias, proferidas pelo juízo de

[40] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 205.

[41] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 205.

[42] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 205.

primeiro grau de jurisdição, presentes no art. 1.015 do referido diploma processual[43], que assim dispõe:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
>
> I - tutelas provisórias;
>
> II - mérito do processo;
>
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
>
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
>
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
>
> VII - exclusão de litisconsorte;
>
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
>
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
>
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
>
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
>
> XII - (VETADO);
>
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
>
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O regime do agravo de instrumento foi claramente modificado em alguns pontos, mas o principal deles pode ser observado no art. 1.015 do aludido Código. Houve, ainda, a extinção do agravo retido e o surgimento de um rol de decisões interlocutórias que podem ser impugnadas mediante agravo de instrumento.[44]

[43] ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 208, jan. 2016.

[44] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 260, set. 2016.

Beatriz Galindo e Marcela Kohlbach afirmam que o cerne da questão é saber se o aludido rol é taxativo ou meramente exemplificativo e que, caso se entenda que "[...] o rol é taxativo, a dúvida que viria em consequência seria saber qual o instrumento adequado para impugnar as decisões interlocutórias que não constem no rol nem em leis esparsas".[45]

De acordo com Lemos, foi bastante evidente o objetivo de limitar a recorribilidade das decisões interlocutórias no projeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015.[46]

Assim como Lemos, Maranhão não possui dúvidas ao afirmar que o legislador "[...] fez clara opção por maior celeridade processual na fase de conhecimento, postergando o eventual reexame de questões processuais para análise conjunta quando do julgamento da apelação [...]".[47]

Levando-se em consideração a existência de diversas posições doutrinárias sobre o assunto, é possível encontrar autores que defendam que: a) o rol é meramente exemplificativo; b) embora taxativo, o dispositivo permite uma interpretação extensiva; e c) o rol é taxativo, não permitindo interpretação extensiva, e nas hipóteses em que a decisão interlocutória não for agravável, será cabível a impetração de mandado de segurança como remédio recursal.[48]

É provável que, futuramente, parte considerável da doutrina compactue com o entendimento de que o rol contido no dispositivo do novo CPC é exemplificativo, contudo faz-se necessário destacar que o legislador aparentemente optou por

[45] GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela. *Recursos no CPC/2015*: perspectivas, críticas e desafios. Salvador: ed. JusPodivm, 2017. p. 27.
[46] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 240, jul. 2016.
[47] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 151, jun. 2016.
[48] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 261, set. 2016.

restringir as possibilidades de se recorrer de uma decisão interlocutória por meio do agravo de instrumento.[49]

Adentrando ao tema, ressalta-se que somente as hipóteses do art. 1.015do NCPC são agraváveis, logo as decisões proferidas na fase de conhecimento que não estejam inseridas no referido rol podem ser suscitadas em preliminar no recurso de apelação ou nas contrarrazões, a depender se a parte recorrente for a vencedora ou a vencida, visto que não são cobertas, de maneira imediata, pela preclusão.[50]

Além disso, atente-se ao fato de que, embora não agraváveis de imediato, as decisões interlocutórias não abrangidas pelo dispositivo acima referenciado são apeláveis, ou seja, podem ser objeto de discussão no momento denominado pós-sentença.[51]

A possibilidade de se recorrer de maneira imediata por meio do agravo de instrumento foi ampliada para outras hipóteses, contudo com uma relação de taxatividade. Por conseguinte, é de extrema importância recordar que a referida limitação se resume apenas ao processo de conhecimento.[52]

Nesse sentido, observem-se os ensinamentos de Didier Jr. e Cunha:

> Como já se acentuou, as decisões agraváveis, na fase de conhecimento, estão relacionadas no art. 1.015 do CPC. Na fase de liquidação, na de cumprimento da sentença, no processo de execução e no inventário e partilha, todas as decisões interlocutórias são agraváveis. A lista contida no art. 1.015 diz respeito apenas à fase de conhecimento.

[49] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 262, set. 2016.
[50] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 260, set. 2016.
[51] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 151, jun. 2016.
[52] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 240, jul. 2016.

Assim, na fase de cumprimento de sentença, bem como no processo de execução e no procedimento de inventário, as decisões interlocutórias podem ser impugnadas mediante agravo de instrumento.[53]

Veja-se o entendimento de Maranhão acerca do tema:

> (i) não é toda e qualquer decisão interlocutória que é agravável, ou seja, o cabimento do agravo de instrumento que no Código Buzaid sempre ampla, passa a ser restrita ao rol taxativo previsto no art. 1.015 do novo Código; (ii) das decisões anteriores à sentença temos aquelas que (iia) não são imediatamente recorríveis via do agravo, mas que são apeláveis, com diferimento do momento preclusivo para a fase de julgamento e (iib) as imediatamente recorríveis, previstas no rol do art. 1.015; (iii) das decisões posteriores à sentença, na fase de cumprimento, assim como as proferidas no processo de execução e de inventário, são todas agraváveis; (iv) por decorrência desse novo regime, o legislador eliminou o agravo retido do sistema, bem assim a sua conversão pelo relator, não cogitando de protesto antipreclusivo; ainda, reduziu consideravelmente as hipóteses de preclusão das faculdades processuais das partes, antes de proferida a sentença, remetendo, por outro lado, as discussões então existentes sobre o alcance da preclusão de questões para o juiz para a fase de julgamento da causa.[54]

Romão faz uma crítica à opção legislativa ora em análise. Veja-se:

> Em verdade, a técnica casuística do art. 1.015 do CPC/2015, não se adapta à realidade forense. Seria mais conveniente a manutenção da cláusula geral permissiva do agravo de instrumento, anteriormente prevista no art. 522 do CPC/1973, pois o novo modelo não abarca todas as situações que evitariam, por exemplo, futura anulação da sentença, criando possíveis retrabalhos procedimentais que contrariam a premissa do máximo aproveitamento processual (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). A modificação, além de não ser

[53] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 151, jun. 2016.

[54] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 151, jun. 2016.

> propensa à geração de impactos consistentes, revela-se prejudicial.[55]

Interessante notar que, durante a vigência do CPC/1973, a celeridade processual era prejudicada devido ao sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias presente na mencionada legislação codificada. Nesse ponto, observa-se que a limitação nas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento tende a acelerar o trâmite processual na fase de conhecimento.[56]

Lemos aduz que a "[...] ampla recorribilidade das decisões interlocutórias ganhou um ar de atraso processual, como um vilão para a celeridade processual ou, ainda, a duração razoável do processo". Assim, o conteúdo do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 transforma as decisões proferidas durante o processo de conhecimento em duas hipóteses de recorribilidade: as que são passíveis de agravo de instrumento e as que não são agraváveis na forma instrumental.[57]

Destarte, a taxatividade contida no dispositivo acima referenciado se justifica em razão da inserção de hipóteses de decisões interlocutórias tidas como mais urgentes, ou seja, as que necessitam de maior atenção. Não obstante, aborda-se a questão relacionada ao prejuízo processual resultante de uma possível nulidade posterior, que também contribuiu para a construção do referido artigo.[58]

Outro ponto que merece atenção é a possibilidade de a parte vencedora recorrer, mediante contrarrazões, de questões ocorridas durante a fase de

[55] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, ano 41, p. 264, set. 2016.
[56] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 240, jul. 2016.
[57] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 241, jul. 2016.
[58] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 241, jul. 2016.

conhecimento com o objetivo de evitar o ônus da sucumbência decorrente de um provável provimento do recurso interposto pela parte vencida.[59]

Portanto, há que se entender que, de fato, as decisões interlocutórias mais importantes estão elencadas no rol taxativo do art. 1.015 do NCPC, mas que a discussão acerca daquelas que não são agraváveis ficará para o momento posterior pós sentença – na apelação ou nas contrarrazões.[60]

Nas palavras de Lemos:

> [...] Ou seja, mesmo que haja uma decisão interlocutória no início, meio ou qualquer fase do processo de conhecimento, caso não esteja no rol do art. 1.015, ou de algumas outras exceções, a impugnação somente será realizada em momento posterior. Diante disso, não podemos dizer que há uma irrecorribilidade para estas decisões, pelo fato de que existe realmente uma forma impugnativa recursal, somente não da maneira com que nos habitamos processualmente, não mais imediatamente à decisão a ser impugnada, mas em momento posterior.[61]

A decisão interlocutória não agravável gerará ao processo um estado de possível provisoriedade, seja no direito processual quanto no direito material, já que poderá ser impugnada até o momento pós-sentença.[62]

Por outro lado, o possível provimento de um recurso em que se impugna uma decisão interlocutória possibilita o retorno do processo ao momento em que se encontrava antes da manifestação da parte. Logo, como qualquer decisão é passível de reversão, caso o juízo de primeiro grau cometa algum equívoco na prolação da

[59] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 151, jun. 2016.
[60] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 243, jul. 2016.
[61] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, ano. 41, p. 247, jul. 2016.
[62] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 246, jul. 2016.

decisão, o tribunal, além de a anular, anulará também tudo o que foi realizado após a referida decisão, inclusive a sentença.[63]

Se o objetivo do legislador era dar prioridade à celeridade processual com a instituição do rol taxativo ora em análise e a menor intervenção das partes no processo durante a fase de conhecimento, o efeito almejado pode ser justamente o inverso, em razão do atraso na demanda e da possibilidade de sua reversão nos casos de provimento recursal.[64]

Lemos exemplifica a polêmica. Veja-se:

> Na hipótese do juízo, por exemplo, não conceder uma produção de prova – uma perícia – a instrução prossegue, com o estágio probatório eventualmente realizado, se existirem outras provas, as devidas alegações finais e a prolação da sentença. Se a parte que requereu e teve o indeferimento da produção de prova pericial apelar ou contrarrazoar impugnando àquela decisão interlocutória, no caso de provimento, todo esse avanço processual será em vão, com a volta do processo para aquele momento da instrução em que se indeferiu a produção da prova. Ou seja, a recorribilidade tardia da decisão interlocutória não agravável pode ocasionar um atraso na prestação jurisdicional, com essa ida e volta na demanda para o tribunal e a volta ao juízo de primeiro grau. Um verdadeiro vai e vem processual.[65]

Constata-se, da análise do art. 1.015 do NCPC, que existem situações no rol em que se admite o recurso de agravo de instrumento somente quando a decisão é de indeferimento.

[63] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, ano. 41, p. 247, jul. 2016.
[64] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, ano. 41, p. 247, jul. 2016.
[65] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, ano. 41, p. 247, jul. 2016.

Assim, há dúvidas, por exemplo, acerca da ofensa ao princípio da isonomia e também quanto ao cabimento do referido agravo em decisões que proferirem o chamado deferimento parcial.[66]

Sobre as tutelas provisórias, tem-se que o diploma processual de 2015 reconfigurou toda a sistemática do CPC/1973, no que se refere às medidas cautelares e às hipóteses de antecipação de tutela.[67]

Além de conceituar e dissertar sobre as tutelas provisórias, Maranhão traz ao debate uma situação hipotética que pode causar certo embaraço quanto à natureza jurídica do ato judicial. Veja-se:[68]

> Situação interessante consiste em saber qual a natureza jurídica do ato judicial que postecipa a análise liminar do pleito de tutela provisória urgente: trata-se de decisão interlocutória ou despacho de mero expediente? A depender da resposta, caberá, ou não, agravo de instrumento com base no inc. I do art. 1.015 do CPC/2015.

Atente-se ao fato de que o magistrado de primeiro grau deve ter ciência de que uma decisão interlocutória por ele prolatada pode não possuir meios de impugnação direta, ou seja, as partes deverão, nesse caso, cumpri-la até que possam impugná-la em momento oportuno. Daí a necessidade de o magistrado agir com cuidado e parcimônia, além de analisar todos os prováveis reflexos processuais do ato decisório a ser proferido.[69]

---

[66] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 153, jun. 2016.

[67] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 154, jun. 2016.

[68] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 154, jun. 2016.

[69] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, ano. 41, p. 247, jul. 2016.

Examine-se a posição de Lemos sobre o assunto:[70]

> A possibilidade quase que perene da impugnabilidade das decisões interlocutórias ressalta a importância de uma capacidade decisória ainda maior do juízo, com uma visão processual ainda mais aguçada e a preocupação da condução processual além daquele momento, com a necessidade de imaginar-se um sistema sem preclusão até o momento da apelação, com uma responsabilidade maior pelas decisões. É uma brutal mudança na sistemática decisória, devendo ser assim encarada pelos magistrados, como uma nova forma de decidir no processo, sem as certezas processuais da preclusão, caminhando por pedras inconstantes que podem voltar sempre à tona.

Observa-se que Maranhão, ao analisar o disposto no art. 1.015 do CPC/2015, afirma que "[...] muitas são as hipóteses nas quais uma decisão interlocutória não é agravável, mas nem por isso se trata de decisões irrecorríveis, pois, a teor do art. 1.009, §1º, do NCPC, são apeláveis".[71]

Como bem destacado por Caluri, a novidade processual, em síntese, se baseia no fato de que as questões resolvidas em momento anterior ao da sentença não ficam acobertadas pelos efeitos da preclusão. Contudo, para que possam ser analisadas de novo, devem ser impugnadas pela parte, em sede de preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação.[72]

A impossibilidade de se recorrer imediatamente das decisões interlocutórias que não estão inseridas no rol do art. 1.015 do CPC certamente pode resultar na impetração de um mandado de segurança, que não é automática, pois as mencionadas decisões podem ser impugnadas em sede de apelação ou contrarrazões, consoante o art. 1.009 do CPC.[73]

---

[70] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 252, ano. 41, p. 247, jul. 2016.

[71] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 156, jun. 2016.

[72] CALURI, Lucas Naif. *Recursos no novo código de processo civil*. 2. ed. – São Paulo: LTR, 2016. p. 21.

[73] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, ano 41, p. 271, set. 2016.

Sobre a interpretação extensiva do art.1.015 do diploma processual, tem-se que esta "[...] permite que determinada situação se enquadre no dispositivo, a despeito de o texto ser mais restrito". Portanto, não há a ampliação do conteúdo da norma nesta forma de interpretação, mas tão somente a possibilidade de se reconhecer que determinado caso é aplicável à regra.[74]

Ainda a respeito da interpretação extensiva, é válido frisar que esta se opera por comparações e isonomizações, portanto não há que se falar em encaixes ou subsunções. Uma consequência da não utilização da aludida interpretação gerará um número excessivo de impetrações de mandado de segurança em face de decisões interlocutórias não agraváveis, prejudicando inclusive o Poder Judiciário.[75]

Acerca dos limites da interpretação extensiva, Romão afirma o que se segue:[76]

> No entanto, como em qualquer atividade cognitiva, a interpretação, sobretudo a extensiva, possui limites textuais. Atribuir sentidos inexistentes ou extrapolar significados semânticos sob a justificativa de interpretação extensiva equivale conferir caráter exemplificativo ao rol, ainda que sob outro arranjo ou fundamento.

Assim, compactua-se com a ideia de que a taxatividade não é absoluta, permitindo-se a interpretação extensiva do disposto no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.[77]

Outrossim, um bom exemplo de uma situação em que é possível a supracitada interpretação é da interposição de agravo de instrumento em face de uma decisão que adia a análise do pedido de tutela de urgência querida *inaudita altera parte* para

---

[74] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 265, ano 41, p. 270, set. 2016.

[75] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 211.

[76] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, ano 41, p. 264, set. 2016.

[77] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 211.

depois da manifestação da parte ré, pois "[...] equivale ao indeferimento da concessão da medida sem prévia oitiva da parte contrária".[78]

Sobre o referido exemplo, Romão explica o seguinte:[79]

> [...] O fato de o autor não a obter inaudita altera parte justifica, por si só, o interesse recursal. Referida situação se enquadra à proposição existente no art. 1.015, I, do CPC/2015, pois, embora não se trate de indeferimento expresso do pedido de urgência provisória, possui equivalência, sendo suficiente para o alcance da interpretação extensiva, haja vista a identidade de finalidades previstas no exemplo e na hipótese normativa.

Eis, portanto, a visão crítica a respeito das alterações, principalmente no que tange à taxatividade das hipóteses de cabimento disposta no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

Como se verificou, o agravo de instrumento só pode ser utilizado em face de decisões interlocutórias expressamente previstas em lei. No entanto, caso a parte se sinta prejudicada com uma decisão que não verse sobre alguma das matérias listadas no art. 1.015 do CPC/2015, pode se utilizar da preliminar de apelação eventualmente interposta, das contrarrazões ou, eventualmente, do mandado de segurança para impugná-la.[80]

Nesse sentido, informa-se que os meios para se impugnar uma decisão interlocutória não agravável serão amplamente estudados no capítulo seguinte do presente trabalho acadêmico, de modo a estimular possíveis reflexões sobre o assunto.

---

[78] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, ano 41, p. 267, set. 2016.
[79] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, ano 41, p. 268, set. 2016.
[80] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A apelação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, ano 41, p. 173, out. 2016.

3 UM ESTUDO DESCRITIVO ACERCA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, DA APELAÇÃO, DA PRELIMINAR DE CONTRARRAZÕES E DO AMPLO DEBATE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

Depreende-se, a partir de uma leitura do art. 1.015 do CPC/2015, que o legislador aparentemente optou por limitar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, ressalvando-se a possibilidade de reanálise das decisões não agraváveis em sede de apelação ou contrarrazões.

Faz-se necessário destacar que certos casos, não alcançados pelo supracitado dispositivo legal, podem causar prejuízos incalculáveis às partes da demanda, bem como retardar o trâmite processual nos casos em que a impugnação só é permitida em momento posterior à sentença, tropeçando em princípios notórios do CPC/2015, como os da celeridade e economia processual.

À vista disso, passa-se, objetivando uma melhor compreensão do problema, ao estudo descritivo acerca das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e algumas de suas peculiaridades.

3.1 Breves notas ao CPC/2015 e às razões justificadoras para a sua edição.

Como amplamente divulgado nos mais diversos veículos nacionais de informação, depois de cinco anos tramitando, foi aprovado e promulgado, em março de 2015, o novo Código de Processo Civil.[81]

Foram muitas as novidades, sendo que estas visavam a diminuição de dois problemas graves que dificultam a boa aplicação da Justiça e o jurisdicionado no

[81] WOLKART, Erik Navarro. Modificações no novo Código de Processo Civil pela Lei 13.256/2015. O que John Rawls e Richard Posner pensariam a respeito? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, ano 41, p. 237-238, abr. 2016.

Brasil: a dispersão jurisprudencial e o número extraordinário de processos. Segundo Wolkart, "[...] essas duas vicissitudes atacam de frente dois valores constitucionais básicos, respectivamente, a igualdade e a duração razoável do processo [...]".[82]

Neste ponto, mostra-se válido apresentar o raciocínio de Amaral, no qual se afirma que o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas está expressamente disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional 45/2004), em que se lê que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".[83]

O novo diploma processual brasileiro é resultado das aspirações contemporâneas do direito, da necessidade de acompanhar a evolução social, tecnológica e científica, e da grande importância em se criar uma maior harmonia entre a legislação infraconstitucional com a Constituição da República e com a jurisprudência pátria, além de diversos outros fundamentos que poderiam ser listados.[84]

Segundo Oliveira, o Código de Processo Civil de 2015 "[...] albergou princípios constitucionais e confiou no devido processo aparatos para o alcance da verdade judicial [...]", através de um procedimento firmado em diversos princípios como o do "[...] contraditório, na igualdade e na razoável duração do processo, na publicidade dos atos, na fundamentação adequada das decisões, na recorribilidade e na importância na satisfação do julgado [...]".[85]

---

[82] WOLKART, Erik Navarro. Modificações no novo Código de Processo Civil pela Lei 13.256/2015. O que John Rawls e Richard Posner pensariam a respeito? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, ano 41, p. 238, abr. 2016.

[83] AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 50.

[84] OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *CPC 2015 não enfrenta devidamente a morosidade processual*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-21/vallisney-oliveira-cpc-2015-nao-enfrenta-devidamente-morosidade>. Acesso em: 23 fev. 2018.

[85] OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *CPC 2015 não enfrenta devidamente a morosidade processual*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-21/vallisney-oliveira-cpc-2015-nao-enfrenta-devidamente-morosidade>. Acesso em: 23 fev. 2018.

Os autores Luiz Manoel Gomes Jr. e Thiago Buchi Batista partilham do mesmo entendimento, afinal aduzem que, por se tratar de novos preceitos legais, o CPC/2015 traz consigo dispositivos que geram uma série de discussões que visam a segurança jurídica em sua aplicabilidade por meio de uma harmonização com os supracitados dispositivos constitucionais, de forma que a efetividade processual na aplicação do direito ao caso concreto estaria garantida.[86]

Portanto, é evidente que o CPC/2015 está em consonância com os novos tempos, além de incentivar o diálogo e ser operativo e obediente aos princípios acima referenciados. Como se observa, os sujeitos processuais têm o privilégio de extrair – juridicamente – o melhor proveito das novas normas processuais.[87]

3.2 O microssistema de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau à luz do CPC/2015.

Verifica-se, a partir de uma análise acurada do sistema de recorribilidade de interlocutórias disposto no CPC/2015, que o legislador buscou reunir os principais cenários em que uma decisão interlocutória pode ocasionar graves prejuízos às partes do processo.

Contudo, indaga-se: o rol presente no art. 1.015 do CPC/2015 pode ser considerado taxativo ou é possível interpretá-lo como sendo meramente exemplificativo? A dúvida certamente é pertinente e merece a devida atenção.

[86] GOMES JR, Luiz Manoel; BATISTA, Thiago Buchi. A tutela provisória do novo Código de Processo Civil e sua aplicação na Ação de Improbidade Administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, ano 41, p. 138, out. 2016.

[87] OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *CPC 2015 não enfrenta devidamente a morosidade processual*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-21/vallisney-oliveira-cpc-2015-nao-enfrenta-devidamente-morosidade>. Acesso em: 23 fev. 2018.

3.2.1 Sucintas ponderações acerca do agravo de instrumento e dos debates em torno da taxatividade delineada pelo disposto no art. 1.015 do CPC/2015

Como já abordado no presente trabalho acadêmico, ao contrário do Código de Processo Civil de 1973, o CPC/2015, em seu artigo 1.015, elucida de forma expressa as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento.[88]

Ficou evidente a intenção do legislador em reforçar o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias com a extinção do agravo retido e com a previsão de rol taxativo de decisões passíveis de agravo de instrumento, e não da cláusula aberta (decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação), contida no Código de Processo Civil de 1973.[89]

Em regra, não cabe agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias, que, nestes casos, serão impugnadas apenas em sede de apelação ou em contrarrazões. As exceções a esta regra se encontram no art. 1.015, do atual CPC.[90]

Importante recordar, ainda, que o parágrafo único do supracitado dispositivo processual concede o agravo de outras decisões interlocutórias proferidas durante a liquidação de sentença e que versarem sobre cumprimento de sentença.[91]

O art. 1.015 limita os casos de agravo, contudo o parágrafo único admite de maneira ampla recurso em face de todas as interlocutórias proferidas no processo de execução e de inventário. O referido parágrafo certamente editou a regra geral e abrangente para não escolher as decisões suscetíveis de agravo nos dois feitos.[92]

88 PARIZATTO, João Roberto. Recursos no Novo Código de Processo Civil: de acordo com as leis n.º 13.105 de 16-03-15 e 13,256 de 04-02-2016. São Paulo: Parizatto, 2016. p. 196.
89 AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1028.
90 AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1028.
91 BERMUDES, Sergio. CPC de 2015: inovações. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 424.
92 BERMUDES, Sergio. CPC de 2015: inovações. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 424.

Como já mencionado na Subseção 1.7, parte da doutrina entende que o rol constante no art. 1.015 do CPC é meramente exemplificativo, contudo frise-se que o legislador optou por restringir as possibilidades de se recorrer de uma decisão interlocutória por meio do agravo de instrumento.[93]

É preciso entender que as decisões interlocutórias mais importantes estão elencadas no rol taxativo do supramencionado dispositivo processual, sendo que a discussão acerca daquelas que não são agraváveis ficará para o momento posterior pós sentença, ou seja, no recurso de apelação ou nas contrarrazões.[94]

Recorde-se, também, que a impossibilidade de se recorrer imediatamente das decisões interlocutórias - que não estão inseridas no supracitado rol - provavelmente resultará na impetração de um mandado de segurança, que não é automática, afinal as decisões interlocutórias também podem ser impugnadas em sede de apelação ou contrarrazões, consoante o art. 1.009 do CPC.[95]

3.2.2 Da apelação e das possibilidades procedimentais para impugnação: da apelação autônoma e da preliminar de apelação.

Com exceção das disposições expressas dos procedimentos especiais, a sentença pode ser caracterizada como o pronunciamento, realizado pelo juiz, que põe fim, nos termos do art. 203, § 1º, do CPC/2015, à fase cognitiva do procedimento comum, com ou sem resolução de mérito, ou extingue a execução.[96]

Ademais, a decisão judicial não deixa de ser sentença caso não esteja revestida nos exatos termos do art. 489 do CPC/2015, isto porque o seu conceito está

93 ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? Revista de Processo, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 262, set. 2016.
94 LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. Revista de Processo, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 243, jul. 2016.
95 ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? Revista de Processo, São Paulo, v. 269, ano 41, p. 271, set. 2016.
96 QUEIROZ, Pedro Gomes de. A apelação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, ano 41, p. 171, out. 2016.

diretamente relacionado à sua finalidade, que é extinguir a fase cognitiva do processo, e ao seu conteúdo, que é composto pelas matérias disciplinadas nos artigos 485 e 487, do CPC/2015.[97]

Como já esclarecido, as decisões interlocutórias que, consoante a legislação pátria, são impugnáveis por agravo de instrumento, não podem ser recorridas mediante apelação. Contudo, é interessante notar, por exemplo, que embora o art. 1.015, inc. I, do CPC/2015, informe que cabe agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que versar sobre tutelas provisórias, o art. 1.013, § 5º, do aludido *Códex*, esclarece que "o capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação". De igual modo, no tocante ao disposto no art. 1.015, IV, do CPC/2015, "[...] caso a personalidade jurídica da parte venha a ser desconsiderada em capítulo da sentença, o recurso adequado para impugnar tal decisão será a apelação".[98]

Maranhão, ao analisar o disposto no art. 1.015 do NCPC, recorda que são muitas "[...] as hipóteses nas quais uma decisão interlocutória não é agravável, mas nem por isso se trata de decisões irrecorríveis, pois, a teor do art. 1.009, §1º, do NCPC, são apeláveis".[99]

Consoante o entendimento de Queiroz sobre o assunto, as decisões interlocutórias que resolvem questões processuais ou de mérito no decorrer da fase de conhecimento do processo, sem, entretanto, encerrá-la, mas que não estão inseridas no mencionado rol do art. 1.015 do CPC/2015, devem ser recorridas em

[97] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A apelação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, ano 41, p. 171-172, out. 2016.
[98] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A apelação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, ano 41, p. 172, out. 2016.
[99] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 156, jun. 2016.

preliminar de apelação eventualmente interposta, ou nas contrarrazões desta, sob pena de preclusão, nos termos do art. 1.009, § 1º, do CPC/2015.[100]

O processualista Lucas Naif Caluri destaca que a novidade processual se resume ao fato de que as questões resolvidas em momento anterior ao da sentença não estão submetidas aos efeitos da preclusão. Todavia, para que possam ser analisadas de novo, devem ser impugnadas pela parte, em sede de preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação.[101]

De modo semelhante, Rodrigo Becker e Victor Trigueiro argumentam que não é certo afirmar que as decisões "não agraváveis" não são passíveis de recurso, pois são plenamente recorríveis, contudo, "[...] têm a sua preclusão alterada para momento posterior, após ultrapassado o prazo da apelação ou das contrarrazões, caso o prejudicado pela decisão interlocutória tenha obtido êxito ou não na sentença".[102]

3.2.3 Da preliminar de contrarrazões

Consoante o disposto no art. 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil, "as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões".

Sabe-se que o capítulo das contrarrazões destinado a impugnar decisão interlocutória possui natureza recursal, sendo, portanto, aplicado a ele as normas destinadas aos recursos em geral. Trata-se, em outras palavras, de apelação

[100] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A apelação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, ano 41, p. 173, out. 2016.
[101] CALURI, Lucas Naif. *Recursos no novo código de processo civil*. 2. ed. – São Paulo: LTR, 2016. p. 21.
[102] BECKER, Rodrigo. TRIGUEIRO, Victor. *O rol taxativo de hipóteses do agravo de instrumento*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>. Acesso em: 25 fev. 2018.

interposta na mesma petição das contrarrazões. Como todo recurso, esta impugnação deve ser fundamentada para que seja conhecida pelo juízo que irá apreciá-la.[103]

A apelação interposta em contrarrazões é um recurso subordinado, assim como o recurso adesivo. Por isso, as regras que ordenam a apelação adesiva se aplicam, no que couberem, àquelas que estão relacionadas às contrarrazões. Logo, "[...] se por qualquer motivo, não for admitida a apelação, a impugnação à decisão interlocutória feita no bojo das contrarrazões também não será admitida". [104]

Rogério Licastro Torres de Mello argumenta que, no atual diploma processual, as contrarrazões possuem uma natureza jurídica híbrida. Veja-se:[105]

> [...] as contrarrazões passaram a ter natureza jurídica híbrida, vale dizer, (i) tanto consistem em peça de resistência às razões de apelação, (ii) quanto podem consistir em peça recursal relativamente a decisões interlocutórias que o apelado resolva impugnar em sua resposta ao recurso.

Nota-se, com estribo na posição doutrinária acima referenciada, que não se pode mais defender uma espécie de subordinação das contrarrazões em relação à apelação, isto porque, independentemente do conhecimento desta última, o pedido de reforma da decisão interlocutória irrecorrível mediante agravo de instrumento, em sede de contrarrazões, não se submete ao regime de dependência que existe no que se refere ao recurso adesivo. [106]

Assim sendo, caso a parte não possa interpor agravo de instrumento por vedação legal, não se pode obrigá-la a interpor apelação, "[...] quando, expressamente, o art. 1.009, § 1º, do CPC/2015 autoriza que, em contrarrazões, a

[103] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A apelação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, ano 41, p. 174, out. 2016.
[104] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A apelação no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, ano 41, p. 174, out. 2016.
[105] MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Breves comentários ao novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 2.236.
[106] ARAÚJO, Luciano Vianna. Apelação Cível no Código de Processo Civil 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, ano 41, p. 297, nov. 2016.

parte suscite a revisão da decisão proferida anteriormente (à sentença) na fase de conhecimento".[107]

Em situações como a descrita acima, o não conhecimento de uma apelação não implica necessariamente no não conhecimento das contrarrazões, "[...] no que diz respeito à impugnação, nelas feita, a respeito de uma questão não impugnável, no curso do procedimento, por agravo".[108]

Observe-se o seguinte ensinamento acerca da mencionada subordinação, defendido por Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello:[109]

> As interlocutórias impugnáveis nas contrarrazões serão devolvidas ao Tribunal. Pode, é claro, acontecer que o 'recurso' (=contrarrazões de apelação) não seja conhecido por falta de interesse. Mas pode haver casos em que o interesse sobreviva. Imagine-se que o juiz tenha fixado um valor para a causa no início do processo, por meio de decisão de que não cabe recurso. Afinal, na sentença, fixam-se os honorários com base neste valor. Mesmo que o apelante desista da apelação, as contrarrazões terão devolvido a impugnação a esta interlocutória e o vencedor no mérito tem direito a ver esta questão apreciada pelo Tribunal.

Contudo, parte da doutrina diverge neste quesito. Veja-se, agora, o posicionamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha sobre o assunto em questão:[110]

> Além de subordinada, a apelação do vencedor prevista no § 1º do art. 1.009 do CPC é condicionada. Isso significa que somente será examinada se a apelação do vencido for acolhida, afinal, repise-se, quem se vale dela é o vencedor, que somente

[107] ARAÚJO, Luciano Vianna. Apelação Cível no Código de Processo Civil 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, ano 41, p. 297, nov. 2016.
[108] ARAÚJO, Luciano Vianna. Apelação Cível no Código de Processo Civil 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, ano 41, p. 297, nov. 2016.
[109] ALVIM, Teresa Arruda et al. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil.*1. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 1.440.
[110] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 172.

> perderá esta qualidade se a apelação do vencido originário for vencida.

Em situações como a descrita acima, o não conhecimento de uma apelação não implica necessariamente no não conhecimento das contrarrazões, "[...] no que diz respeito à impugnação, nelas feita, a respeito de uma questão não impugnável, no curso do procedimento, por agravo".[111]

Para Araújo, que claramente diverge da posição adotada pelos supracitados autores, não há uma obrigatoriedade em se interpor apelação contra decisão interlocutória não agravável nos casos em que a parte tenha sido integralmente vencedora na sentença. Nesse sentido, a parte pode, em contrarrazões à apelação da outra, recorrer contra a decisão interlocutória não passível de agravo, conforme o art. 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil.[112]

Entende-se, portanto, que é perfeitamente possível impugnar eventual decisão interlocutória que venha a causar prejuízo para quaisquer das partes do processo em preliminar de contrarrazões, desde que respeitadas as normas processuais pertinentes.

3.3 Considerações em torno da possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato judicial

A Lei n. 12.016/2009 prevê expressamente em seu artigo 5º, inciso II, que não caberá mandado de segurança quando for possível interpor recurso com efeito suspensivo. Luciano Godoy manifesta uma clara dúvida quanto a esta aplicação, pois é fato que sempre se poderá impugnar uma decisão interlocutória na apelação; noutro vértice, na maior parte dos casos, "[...] a economia processual, o direito de

[111] ARAÚJO, Luciano Vianna. Apelação Cível no Código de Processo Civil 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, ano 41, p. 297, nov. 2016.
[112] ARAÚJO, Luciano Vianna. Apelação Cível no Código de Processo Civil 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, ano 41, p. 298, nov. 2016.

defesa, o direito ao contraditório poderão fundamentar um mandado de segurança em face de decisão da qual não pode ser ajuizado agravo de instrumento".[113]

O enunciado n. 267 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, revela a impossibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição. Além disso, aquele pode ser utilizado contra "[...] decisão que não caiba recurso; para imprimir efeito suspensivo a recurso e quando impetrado por terceiro prejudicado".[114]

Aliás, verifica-se que as súmulas do STF são consideradas precedentes, ou seja, devem obrigatoriamente ser observadas por Tribunais e juízes, consoante o art. 927, IV, NCPC.[115]

Conforme o disposto no art. 5º, II e III, da Lei n.12.016/2009, não é possível a impetração de mandado judicial em face de qualquer decisão judicial que é passível de recurso com efeito suspensivo ou que tenha transitado em julgado.[116]

Todavia, é relevante considerar que qualquer parte de um processo pode sofrer dano irreparável ou de difícil reparação em razão das decisões interlocutórias que só podem ser recorridas em momento posterior à sentença.[117]

A impossibilidade de se recorrer imediatamente das decisões interlocutórias que não estão inseridas no rol do art. 1.015 do CPC certamente pode resultar na impetração de um mandado de segurança, que não é automática, pois as

[113] GODOY, Luciano. *O recurso de agravo:* ontem, hoje e amanhã. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/luciano-godoy/o-recurso-de-agravo-ontem-hoje-e-amanha-14092015>. Acesso em: 05 mar. 2018.
[114] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 270, set. 2016.
[115] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 167, jun. 2016.
[116] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, ano 41, p. 270, set. 2016.
[117] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 167, jun. 2016.

mencionadas decisões podem ser impugnadas em sede de apelação ou contrarrazões, consoante o art. 1.009 do CPC.[118]

Sobre esse ponto, considere-se o raciocínio de Maranhão:[119]

> Assim, em hipóteses absolutamente excepcionais, aventa-se excepcional resgate da *ratiodecidendi* contida no precedente do RE 76.909 (art. 926, §2º), por meio do qual a suprema corte abrandou o rigor da Súmula 267 e alargou a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial, posto manifestamente ilegal, em favor da parte que venha a sofrer dano irreparável ou de difícil reparação. (sic)

Araújo também partilha de um entendimento semelhante:[120]

> Não tenho dúvida em afirmar que a retirada da recorribilidade imediata das interlocutórias que não estejam elencadas no rol do art. 1.015 irá ser um novo ponto de análise em relação ao cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, tendo em vista o fenômeno da irrecorribilidade imediata e eventuais danos causados às partes. Deve o impetrante, para o manejo do remédio heroico, demonstrar a presença dos demais requisitos, especialmente a teratologia da decisão e a violação ao direito líquido e certo.

Romão provoca o leitor revelando que a controvérsia pode ser exemplificada em um caso clássico: deferimento ou indeferimento de arguição de preliminar de incompetência relativa ou absoluta. Ou seja, há urgência que exige, de forma imediata, a revisão da matéria pelo tribunal em que se encontra, de modo não é possível aguardar o recurso de apelação para haver a impugnação da parte. Assim, para o autor, a impetração do mandado de segurança seria primordial para que fossem evitados maiores prejuízos.[121]

---

[118] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, ano 41, p. 271, set. 2016.

[119] MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 167, jun. 2016.

[120] ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. Revista de Processo, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 210, jan. 2016.

[121] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, ano 41, p. 261, set. 2016.

Válido destacar, ainda, que muito embora o atual Código de Processo Civil não tenha medido esforços "[...] em tentar listar as principais situações que deveriam ser desde logo submetidas ao tribunal, a realidade é sempre muito mais rica que a imaginação do legislador, que não deve cair na tentação de aprisioná-la". Em situações-limite, existirá a possibilidade de a jurisprudência se ver compelida a lançar mão de soluções heterodoxas, como permitir a impetração de mandado de segurança em face de decisões interlocutórias.[122]

Assim, de acordo com tais ensinamentos, pode-se afirmar que haverá, no caso de adoção da interpretação extensiva nas demandas que abordem a polêmica, a utilização anômala e excessiva do mandado de segurança contra ato judicial, prejudicando o bom desempenho do Poder Judiciário no que concerne aos seus julgamentos.

4 ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA EM TORNO DA TAXATIVIDADE DO ROL CONSTANTE NO ART. 1.015 DO CPC/2015: ESTUDOS EM TORNO DA NOTÓRIA DIVERGÊNCIA DE POSICIONAMENTOS VERIFICADA EM NOSSOS TRIBUNAIS.

Como se sabe, diversos autores escreveram acerca da impossibilidade de ampliação jurisprudencial das hipóteses para interposição do agravo de instrumento. Esta iniciativa não foi feita por puro "[...] fetichismo à escolha legislativa, incorreta a olhos vistos, mas sim para remediar o efeito colateral de tal extensão".[123]

[122] ROQUE, André Vasconcelos et al. *Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC:* os efeitos colaterais da interpretação extensiva. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[123] ROQUE, André Vasconcelos et al. *Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC:* os efeitos colaterais da interpretação extensiva. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>. Acesso em: 05 mar. 2018.

Os processualistas André Roque, Fernando Gajardoni, Marcelo Machado e Zulmar Duarte destacam o seguinte: [124]

> Basicamente, dizíamos, as partes que confiam na escolha legislativa, remetendo a discussão das decisões interlocutórias para a fase de apelação (artigo 1.009, § 1º, do CPC), não devem ficar sob o risco de uma interpretação alargada do rol do artigo 1.015, que tenha tal decisão ao abrigo do agravo de instrumento (em interpretação extensiva) e, por isso, preclusa a discussão na fase de apelação (artigos 223 e 1.009, § 1º, do CPC).

Para exemplificar o problema, os referidos autores citam o caso hipotético de uma parte que não se utilizou do agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que rejeitou a alegação de incompetência relativa (hipótese não prevista no artigo 1.015, do CPC/2015). Neste caso, a discussão sobre o ponto não poderia ser negada na fase de apelação (artigo 1.009, § 1º, do CPC/2015), "[...] sob o argumento de que deveria sim ter agravado com base no inciso III do artigo 1.015, sob o fundamento da interpretação extensiva". [125]

Ressalta-se que o presente capítulo visa demonstrar que o entendimento jurisprudencial acerca da aparente taxatividade, inserida no art. 1.015 do CPC/2015, sofreu mudanças significativas desde que a aludida norma processual entrou em vigor.

Ademais, a argumentação tecida nos acórdãos proferidos pelos tribunais de justiça pátrios e também pelo colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ são de grande relevância para o deslinde de questões polêmicas relacionadas ao conteúdo central do presente trabalho acadêmico.

---

[124] ROQUE, André Vasconcelos et al. *Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC:* os efeitos colaterais da interpretação extensiva. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[125] ROQUE, André Vasconcelos et al. *Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC:* os efeitos colaterais da interpretação extensiva. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>. Acesso em: 05 mar. 2018.

Assim, para uma melhor compreensão do tema, é necessário analisar casos concretos e a interpretação dada pelos tribunais a cada um eles, de modo a inspirar o leitor a realizar possíveis reflexões sobre a matéria. Passa-se, portanto, ao breve estudo individual de algumas demandas judiciais que tiveram um agravo de instrumento interposto nos moldes do CPC/2015.

4.1 Agravo de instrumento n. 0702018-25.2016.8.07.0000, Rel. Des. Sandoval Gomes de Oliveira, julgado em 20/04/2017, publicado no DJe em 28/04/2017.

Verifica-se, nesta hipótese, que o agravante pleiteou a reforma parcial da decisão que determinou a conversão do julgamento em diligência, objetivando que os comprovantes de pagamento acostados aos autos fossem considerados pela Contadoria Judicial, ao contrário do que dispôs o juízo de primeiro grau.

Observe-se a ementa do seguinte julgado:[126]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO AGRAVADA NÃO PREVISTA NO ROL DO ART. 1.015 DO CPC. RECORRIBILIDADE. TAXATIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Cuida-se de agravo de instrumento manejado contra decisão proferida em processo de conhecimento, de procedimento comum, que converteu o julgamento em diligência, determinando a remessa dos autos à Contadoria Judicial.
>
> 2. A decisão objurgada não desafia a interposição de agravo de instrumento, por não se enquadrar no rol taxativo de cabimento da mencionada espécie recursal, previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil.
>
> 3. Segundo o regime de recorribilidade trazido pelo novo Código de Processo Civil, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento restringem-se àquelas elencadas no rol do art. 1.015 e nos casos expressamente referidos em lei

[126] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. AGI 07020182520168070000/DF. Segunda Turma Cível. Agravante: Jose Liberio Pimentel Filho. Agravado: Lucilene Maia de Oliveira. Relator: Sandoval Gomes de Oliveira. Brasília, 20, de abril de 2017. Disponível em:<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>. Acesso em: 13 mar. 2018.

> (princípio da taxatividade), sendo vedada a interpretação extensiva.
>
> 4. Recurso não conhecido.
>
> (Acórdão n.1011014, 07020182520168070000, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/04/2017, Publicado no DJE: 28/04/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Denota-se, com estribo em uma análise acurada do caso, que o Relator do processo entendeu pelo não conhecimento do agravo de instrumento interposto pela parte, já que "[...] a decisão objurgada não desafia a interposição de agravo de instrumento, por não se enquadrar no rol taxativo de cabimento da mencionada espécie recursal, previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil".[127]

Tal como ressaltado na Subseção 1.7, a taxatividade contida no referido dispositivo se justifica em razão da inserção de hipóteses de decisões interlocutórias tidas como mais urgentes, ou seja, as que necessitam de maior atenção. Entretanto, há de se considerar a questão relacionada ao prejuízo processual resultante de uma possível nulidade posterior, como, por exemplo, na sentença.[128]

Nada impede que a parte agravante se insurja contra a decisão que supostamente a prejudicou em sede de apelação. Esta possibilidade foi amplamente estudada ao longo da Subseção 2.2.2. Válido mencionar, ainda, que princípios como o da celeridade processual e da duração razoável do processo podem ter sido comprometidos com o entendimento do magistrado.

Como se verifica, a interpretação dada pelo juízo de segundo grau ao art. 1.015 do CPC/2015, certamente resultará no atraso na demanda ora em análise,

---

[127] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. AGI 07020182520168070000/DF. Segunda Turma Cível. Agravante: Jose Liberio Pimentel Filho. Agravado: Lucilene Maia de Oliveira. Relator: Sandoval Gomes de Oliveira. Brasília, 20, de abril de 2017. Disponível em:<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[128] LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 241, jul. 2016.

contrariando todos os efeitos positivos almejados pelo legislador, sendo um deles o respeito aos princípios acima referenciados.

É certo que, durante a vigência do CPC/1973, a celeridade processual era seriamente afetada por conta do seu sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias. Contudo, como se verifica, apesar de a limitação – no atual CPC - das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento justificar uma aparente aceleração no trâmite processual na fase de conhecimento, o efeito pode ser inverso ao pretendido.

4.2 Agravo de instrumento n. 2013872-24.2018.8.26.0000, Rel. Des. Hamid Bdine, julgado em 12/03/2018, publicado no DJe em 12/03/2018.

Trata-se, neste caso, de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória que rejeitou a impugnação apresentada pelo agravante e manteve a atuação do perito judicial na demanda, ainda que este, segundo a recorrente, não tenha conhecimento técnico para a elaboração de parecer.

A parte agravante sustenta, em síntese, que o perito não possui conhecimento técnico "[...] para a elaboração de parecer, destacando o fato de ele não ser bacharel em contabilidade, o que compromete o exame das contas e dos lançamentos contábeis realizados pela agravada à luz das normas técnicas em vigor". [129]

Observe-se a ementa do Acórdão proferido na demanda ora em análise:[130]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. COOPERATIVA MÉDICA. Interposição do recurso contra

[129] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AGI 201387224.2018.8.26.0000/SP*. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Sebastião Marcos Rios Braga. Agravado: Unimed de Taubaté – Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Hamid Bdine. São Paulo, 12, de março de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11256999&cdForo=0>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[130] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AGI 201387224.2018.8.26.0000/SP*. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Sebastião Marcos Rios Braga. Agravado: Unimed de Taubaté – Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Hamid Bdine. São Paulo, 12, de março de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11256999&cdForo=0>. Acesso em: 13 mar. 2018.

> decisão interlocutória que não se encontra entre as hipóteses do rol taxativo do art. 1.015 do CPC. Decisão recorrida que rejeitou o pedido de substituição do perito formulado pelo agravante e manteve sua nomeação. Possibilidade de arguição da matéria em preliminar de apelação (art. 1.009, §1º, do CPC). Recurso não conhecido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2013872-24.2018.8.26.0000; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Taubaté - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/03/2018; Data de Registro: 12/03/2018)

Como se verifica, o ilustre julgador fundamentou o seu voto no sentido de inviabilizar o conhecimento do recurso ante a ausência de preclusão sobre as questões decididas em primeiro grau que não sejam atacáveis por agravo de instrumento.

Elucidou-se que na nova sistemática recursal foi suprimida a possibilidade de agravo retido contra as decisões interlocutórias sem risco de dano irreparável ou de difícil reparação, como ocorre no caso em tela.[131]

Outro ponto que merece destaque é a menção, no voto do magistrado, ao art. 1.009, §1º, do CPC/2015, que, como visto na Subseção 2.2.3, dispõe que as questões decididas em primeiro grau, que não comportem insurgência por meio do agravo de instrumento, não são alcançadas pela preclusão e podem ser suscitadas nas razões recursais de apelação ou nas contrarrazões ao recurso interposto pela outra parte.

Entretanto, há de se considerar a preocupação da parte agravante quando esta afirma que a análise dos quesitos exige conhecimentos específicos de teoria contábil, o que pode comprometer o resultado final da perícia caso o perito seja desqualificado para a realização daquela.

Novamente, para que esta ponderação possa ser reanalisada, a decisão interlocutória em questão deve ser impugnada pela parte em sede de preliminar nas

[131] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AGI 201387224.2018.8.26.0000/SP*. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Sebastião Marcos Rios Braga. Agravado: Unimed de Taubaté – Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Hamid Bdine. São Paulo, 12, de março de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11256999&cdForo=0>. Acesso em: 13 mar. 2018.

razões ou contrarrazões de apelação, resultando em uma prolongação bastante desconfortável da questão.

Fica evidente, após o estudo do caso em tela, a necessidade de o magistrado de primeiro grau ter ciência de que uma decisão interlocutória por ele prolatada pode não possuir meios de impugnação direta, fazendo com que as partes devam cumpri-la até que possam impugná-la em momento oportuno.

4.3 Agravo de instrumento n. 0899715-86.2016.8.13.0000, Rel. Des. Elias Camilo, julgado em 13/09/2017, publicado no DJe em 10/10/2017.

Houve, aqui, a interposição de recurso de agravo de instrumento pelo Estado de Minas Gerais em face da decisão interlocutória que determinou o bloqueio/sequestro *online*, via sistema "BACENJUD", em contas do Tesouro Estadual, no valor de R$ 7.182,00 (sete mil, cento e oitenta e dois reais), que seria suficiente para a compra do medicamento pleiteado nestes autos.[132]

Intimado, o agravado ofertou as contrarrazões, suscitando, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, ante a ausência de cabimento do aludido recurso nas hipóteses elencadas no art. 1.015, do CPC/2015.

Observe-se a ementa do Acórdão proferido no caso em comento:[133]

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INADEQUAÇÃO ÀS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 1.015 DO CPC - PRELIMINAR DE NÃO

[132] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. *AGI 0899715-86.2016. 8.13.0000/MG*. Terceira Câmara Cível. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Elias Camilo. Belo Horizonte, 13, de setembro de 2017. Disponível em:<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=104521600 15775001>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[133] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. *AGI 0899715-86.2016. 8.13.0000/MG*. Terceira Câmara Cível. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Elias Camilo. Belo Horizonte, 13, de setembro de 2017. Disponível em:<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=104521600 15775001>. Acesso em: 13 mar. 2018.

> CONHECIMENTO DO RECURSO - TAXATIVIDADE QUE NÃO É INCOMPATÍVEL COM A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR - MEDICAMENTO FORNECIDO PELO SUS E NECESSIDADE DE PROVOCAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO - PRELIMINARES REJEITADAS - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DESÍDIA QUANTO AO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL - BLOQUEIO / SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA - PENHORA ON LINE (SISTEMA "BACENJUD") - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DE MEDIDAS DE PROTEÇÃO À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - DECISÃO MANTIDA.
> 1. O bloqueio / sequestro de verba pública necessária ao fornecimento de medicamento se justifica, excepcionalmente, em face da desídia de Ente Público em atender à ordem judicial, mormente quando a urgência se mostra comprovada.
> 2. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido ao regime de recursos repetitivos, manifestou pela possibilidade de o Juiz determinar o bloqueio / sequestro de verba pública de forma a garantir a efetivação de decisão que envolva tratamento de saúde em sentido amplo. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0452.16.001577-5/001, Relator(a): Des.(a) Elias Camilo, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/09/2017, publicação da súmula em 10/10/2017).

Ao contrário do posicionamento jurisprudencial que fora mostrado nas Subseções 3.1 e 3.2, observa-se, nesta hipótese, que o magistrado se manifestou pela possibilidade de se aplicar a interpretação extensiva a cada um dos incisos do artigo 1.015, do CPC/2015. Por consequência, o agravo de instrumento interposto pela parte foi conhecido.

Nesse ponto, mostra-se válido recordar que, de acordo com os ensinamentos de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, a interpretação extensiva se opera por comparações e isonomizações, não havendo que se falar em encaixes ou subsunções. Apesar de o mencionado dispositivo possuir caráter exaustivo, não há proibição expressa no sentido de se interpretar extensivamente as hipóteses ali

constantes, ainda mais se o julgador busca favorecer a segurança jurídica e o respeito aos princípios constitucionais[134]

Certamente o referido entendimento atendeu aos princípios constitucionais apresentados na Subseção 2.1, reforçando-se, ainda, a ideia de que a taxatividade constante no rol do art. 1.015, do CPC/2015, pode não ser absoluta. Como já destacado, é muito importante que exista a possibilidade de extensão das situações elencadas.

Destarte, a interpretação extensiva aplicada ao presente caso evitará a impetração de mandado de segurança em face da decisão interlocutória impugnada, o que de fato é muito vantajoso para o Poder Judiciário.

4.4 Agravo de instrumento n. 5165313-09.2017.8.09.0000, Rel. Des. Kisleu Dias Maciel Filho, julgado em 25/01/2018, publicado no DJe em 08/02/2018.

Trata-se, na espécie, de agravo de instrumento interposto por uma seguradora de benefícios, em que se alega a falta de interesse de agir, a ilegitimidade passiva e a prescrição da pretensão da parte agravada. Contudo, entendeu o julgador que as matérias abordadas no recurso não estão no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC/2015.

A ementa do Acórdão proferido no presente caso revela o seguinte:[135]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 1015 DO NCPC. ROL

[134] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 211.

[135] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento. *AGI 5165313-09.2017.8.09.0000/GO*. Quarta Câmara Cível. Agravante: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Agravado: João Marcos Cardoso. Relator: Kisleu Dias Maciel Filho. Goiânia, 25, de janeiro de 2018. Disponível em:<http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao=#>. Acesso em: 15 mar. 2018.

> TAXATIVO. NÃO CABIMENTO. 1) - A nova sistemática de interposição do agravo de instrumento adotada pelo vigente Código de Processo Civil (art. 1.015), encampou o princípio da taxatividade, de forma que, as hipóteses de cabimento deste recurso foram enumeradas de forma restrita (numerus clausus). 2) - Em consequência, ante a falta de previsão legal, com fulcro no artigo 932, inciso III, do CPC/2015, não se conhece do recurso em tela, na parte em que se alega a ausência de interesse de agir, a ilegitimidade passiva e a prescrição da pretensão da parte autora. 3) - Assim, deverá a parte recorrente aguardar o momento de interpor apelação ou de apresentar contrarrazões à apelação para rediscutir o tema, nos termos do artigo 1.009, §1º, da vigente norma processual. SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. 4) - As normas consumeristas incidem nos contratos de financiamento do sistema habitacional e de seguro nos quais se discute vício de construção, como ocorre no caso em análise, de modo que é cabível a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Código Consumerista. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, IMPROVIDO.
>
> (TJGO, Agravo de Instrumento (CPC) 5165313-09.2017.8.09.0000, Rel. KISLEU DIAS MACIEL FILHO, 4ª Câmara Cível, julgado em 08/02/2018, DJe de 08/02/2018)

Posta a questão, mostra-se importante observar que o ilustre magistrado recordou que, consoante o disposto no artigo 522, do CPC/1973, "[...] vigorava a recorribilidade ampla de todas as decisões interlocutórias proferidas no transcurso do feito, qualquer que fosse sua natureza ou fase".[136]

Noutro vértice, também foi destacada que a nova sistemática de interposição do agravo de instrumento, adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, adotou o princípio da taxatividade, razão pela qual o conteúdo decisório impugnado pela parte agravante não pôde ser conhecido (cálculos apresentados na petição inicial da ação de busca e apreensão).

[136] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento. *AGI 5165313-09.2017.8.09.0000/GO*. Quarta Câmara Cível. Agravante: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Agravado: João Marcos Cardoso. Relator: Kisleu Dias Maciel Filho. Goiânia, 25, de janeiro de 2018. Disponível em:<http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao=#>. Acesso em: 15 mar. 2018.

Pode-se notar, mais uma vez, que a decisão interlocutória não agravável certamente gera ao processo um estado de possível provisoriedade, seja no direito processual ou no direito material, já que poderá ser impugnada até o momento pós-sentença.

Tal como visto na Subseção 1.7, a regra contida no art. 1.015, do CPC/2015, não está adequada à realidade forense, já que a aludida norma processual não contém todas as hipóteses que evitariam uma eventual anulação da sentença proferida pelo juízo de primeiro grau de jurisdição, obrigando o Poder Judiciário a criar "[...] possíveis retrabalhos procedimentais que contrariam a premissa do máximo aproveitamento processual (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988)".[137]

Nesse sentido, a decisão interlocutória que aparentemente prejudicou a parte agravante deverá ser impugnada em sede de preliminar nas razões ou contrarrazões de apelação, com o fito de evitar maiores embaraços.

4.5 Agravo de instrumento n. 2246645-75.2017.8.26.0000, Rel. Des. Azuma Nishi, julgado em 22/02/2018, publicado no DJe em 23/02/2018.

Extrai-se, da leitura do sobredito julgado, que a parte agravante ficou inconformada com a decisão, proferida em ação de despejo, que reconheceu a conexão e determinou a remessa dos autos para outra vara cível.

O Acórdão proferido no presente caso possui a seguinte ementa:[138]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPEJO. Interlocutória que reconheceu conexão e determinou a remessa dos autos à outra Vara. Decisão proferida na vigência da nova codificação

[137] ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, ano 41, p. 264, set. 2016.

[138] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AGI 2246645-75.2017.8.26.0000/ SP*. Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado. Agravante: Jose Oswaldo de Paula Santos. Agravado: Vitor Hugo Longo. Relator: Azuma Nishi. São Paulo, 22, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=BB72E6F267187C2503847D86313E00A1.cjsg1>. Acesso em: 18 mar. 2018.

> processual civil, a qual prevê taxativamente as hipóteses em que cabível a interposição de agravo de instrumento. Inteligência do art. 1.015 do NCPC. Interposição contra decisão não agravável. Precedentes. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.
> (TJSP; Agravo de Instrumento 2246645-75.2017.8.26.0000; Relator (a): Azuma Nishi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 34ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2018; Data de Registro: 23/02/2018)

É possível notar que o magistrado afirma, de maneira bastante simplória, que o recurso interposto pelo agravante não deve ser conhecido por não versar sobre nenhuma hipótese do art. 1.015, do CPC/2015.

Aliás, há de se considerar que, infelizmente, é muito comum que magistrados espalhados por todo o país se manifestem em pouquíssimas linhas acerca de casos tão delicados como este.

O tema, apesar de polêmico, comporta entendimentos distintos que, a depender do caso concreto, podem beneficiar ou prejudicar a parte, razão pela qual devem ser aplicados com a devida cautela. Houve, com o advento do CPC/2015, uma mudança radical na sistemática decisória, o que por si só justifica a necessidade de o juiz insistir em novas formas de julgar uma demanda, visto que não há certezas processuais da preclusão.

É essencial que o debate em torno desta problemática recursal receba uma maior atenção por parte da doutrina e de julgadores, até mesmo para se evitar a consolidação de uma lógica jurídica ociosa - resumida ao famoso “copia e cola” -, sem que se leve em consideração a existência de soluções mais adequadas.

4.6 Agravo de instrumento n. 0039219-09.2017.8.16.0000, Rel. Des. Renato Lopes de Paiva, julgado em 21/02/2018, publicado no DJe em 06/03/2018.

Constata-se, no caso desta Subseção, que a parte interpôs agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de reconhecimento de prevenção e o declínio de competência para a Comarca de São

Sebastião do Caí/RS, bem como afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Confira-se o Acórdão proferido nos supracitados autos:[139]

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. INTEMPESTIVIDADE DORECURSO. INOCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA COMPROVADAPELA ADVOGADA. CABIMENTO. ART. 1.015 DO CPC. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. RECURSOCONHECIDO. DECISÃO QUE INDEFERE A NULIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. DÚVIDA QUANTO ÀRELAÇÃO DE CONSUMO QUE NÃO IMPEDE O DECLÍNIO DACOMPETÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. ABUSIVIDADE DACLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO PASSÍVEL DE SER AFASTADA DE OFÍCIO PELO JUÍZO. REGRA DO ART. 63, §§3ºE 4º DO CPC/15. REMESSA DOS AUTOS À COMARCA DE SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ/RS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> (TJPR - 6ª Câmara Cível - 0039219-09.2017.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: Renato Lopes de Paiva - J. 21.02.2018)

Considere-se que o agravado afirmou que o recurso carece de pressuposto de admissibilidade, já que a decisão interlocutória que indeferiu a alegação de competência não está inserida no rol taxativo do art. 1.015, do CPC/2015.

Entretanto, entendeu o juízo que é possível haver uma interpretação extensiva do referido artigo quando o conteúdo decisório impugnado versar sobre competência. Curiosamente, o próprio relator salientou que a Sexta Câmara Cível considerava incabível a interposição de agravo de instrumento, em hipóteses como esta, até o dia 19/09/2017.

Merece destaque o entendimento do magistrado, que considerou o acarretamento de despesas extras para as partes, a dificuldade de defesa e de acesso à

[139] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento. *AGI 0039219-09.2017.8.16.0000/PR*. Sexta Câmara Cível. Agravante: L F Couto Transportes - ME. Agravado: Banco Volvo (Brasil) S.A. Relator: Renato Lopes de Paiva. Curitiba, 21, de fevereiro de 2018. Disponível em:<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000004932811/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0039219-09.2017.8.16.0000>. Acesso em: 16 mar. 2018.

justiça, bem como "[...] o risco de movimentação desnecessária do processo e de retardamento do julgamento meritório da causa, caso futuramente reconhecida a incompetência do juízo prolator da sentença", sendo que a situação descrita no processo é semelhante à outra constante no rol do artigo 1.015. inciso III, do CPC/2015.[140]

Com essas ponderações, ressalta-se, novamente, a necessidade de o magistrado atuar com prudência diante do feito, analisando todos os prováveis reflexos processuais do ato decisório a ser proferido.

Certo é que o relator buscou uma melhor integração entre a norma processual e o caso concreto, interpretando aquela de forma extensiva com o objetivo de alcançar resultados jurídicos e econômicos mais aceitáveis e menos burocráticos.

É possível que existam dúvidas como a se julgamento acima referenciado negou a natureza restritiva das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, causando a sua utilização de forma desenfreada. Esclarece-se, nesse ponto, que a intenção do julgador foi a de dar tratamento isonômico a casos análogos aos expressamente previstos, aplicando a interpretação extensiva.

Nesse diapasão, é tido que a posição adotada pelo juízo de segundo grau resultará na celeridade da demanda ora em análise. Ademais, houve o claro respeito aos princípios constitucionais citados na Subseção 2.1.

4.7 Agravo de instrumento n. 0702843-66.2016.8.07.0000, Rel. Des. Mario-Zam Belmiro, julgado em 07/04/2017, publicado no DJe em 26/04/2017.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra as decisões proferidas pelo Juízo da Segunda Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal que, nos autos

[140] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento. *AGI 0039219-09.2017.8.16.0000/PR*. Sexta Câmara Cível. Agravante: L F Couto Transportes - ME. Agravado: Banco Volvo (Brasil) S.A. Relator: Renato Lopes de Paiva. Curitiba, 21, de fevereiro de 2018. Disponível em:<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000004932811/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0039219-09.2017.8.16.0000>. Acesso em: 16 mar. 2018.

da "[...] ação ordinária movida pela agravante, indeferiu o pedido de gratuidade de justiça e determinou a redistribuição do feito para um dos Juizados Especiais da Fazenda Pública".[141]

Observe-se a ementa do Acórdão proferido nos autos ora em análise:[142]

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. NÃO CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ROL TAXATIVO. ART. 1.015 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DA PESSOA NATURAL. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS CONTRÁRIOS. DECISÃO REFORMADA EM PARTE. 1. Estabelece o inciso III do art. 932, do novel diploma processual, que incumbe ao Relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida. 2. Diante da nova sistemática implementada pelo Código de Processo Civil em vigor, não é mais cabível agravo de instrumento em face de discussão sobre competência. 3. O rol que prevê as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é taxativo, nos termos do art. 1.015 do Novo Código de Processo Civil, não sendo cabível a interpretação extensiva para enquadrar outros temas às previsões contidas no texto legal. 4. A declaração de hipossuficiência firmada por pessoa natural goza de presunção de veracidade, sendo bastante para deduzir sua impossibilidade de arcar com as despesas inerentes ao processo. 5. O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade. Inteligência do art. 99, § 2º, do Código de Processo Civil. 6. Não se pode devolver a reexame questão pendente de pronunciamento pela instância originária, sob pena de suprimir grau de jurisdição e violar o devido processo legal. 7. Recurso parcialmente provido.

---

[141] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. *AGI 07028436620168070000/DF*. Oitava Turma Cível. Agravante: Adriana Conceição Guerra da Silveira. Agravado: BRB Banco de Brasília SA. Relator: Mario-Zam Belmiro. Brasília, 07, de abril de 2017. Disponível em:<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 16 mar. 2018.

[142] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. *AGI 07028436620168070000/DF*. Oitava Turma Cível. Agravante: Adriana Conceição Guerra da Silveira. Agravado: BRB Banco de Brasília SA. Relator: Mario-Zam Belmiro. Brasília, 07, de abril de 2017. Disponível em:<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 16 mar. 2018.

(Acórdão n.1009337, 07028436620168070000, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, 8ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/04/2017, publicado no DJE: 26/04/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Depreende-se, da argumentação tecida pelo magistrado, que não é possível atacar a decisão interlocutória que prejudicou a parte através do agravo de instrumento, pois, ao contrário do entendimento constante na Subseção 3.5, houve a interpretação judicial no sentido de se reconhecer a taxatividade do art. 1.015, do atual Código de Processo Civil.

Importante notar que o nobre julgador fez questão de relembrar que, no Código de Processo Civil de 1973, as decisões interlocutórias em que o juízo reconhecia sua incompetência para processar e julgar o feito eram atacáveis por meio do agravo de instrumento.

Não obstante, ressalta-se que houve, ainda, a afirmativa de que a opção do legislador foi a de estabelecer um rol taxativo para as hipóteses de cabimento do referido recurso, "[...] não havendo respaldo legal ou mesmo jurisprudencial para se admitir o manejo do agravo de instrumento em face de discussão sobre competência".[143]

Neste ponto, uma ressalva. De fato, não existiam muitos julgados sobre o tema na época em que esta demanda foi julgada, contudo há de se considerar que, recentemente – mais precisamente no dia 14 de novembro de 2017 – a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade e seguindo o voto do relator Luís Felipe Salomão, que cabe agravo de instrumento contra alegações de incompetência, embora o CPC/2015 não o elenque em seu artigo 1.015.[144]

---

[143] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. *AGI 07028436620168070000/DF*. Oitava Turma Cível. Agravante: Adriana Conceição Guerra da Silveira. Agravado: BRB Banco de Brasília SA. Relator: Mario-Zam Belmiro. Brasília, 07, de abril de 2017. Disponível em:<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 16 mar. 2018.

[144] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. *AGI 07028436620168070000/DF*. Oitava Turma Cível. Agravante: Adriana Conceição Guerra da Silveira. Agravado: BRB Banco de Brasília SA. Relator: Mario-Zam Belmiro. Brasília, 07, de abril de 2017.

A decisão, que será estudada na Subseção 3.8, é bastante relevante para que se exista uma uniformização jurisprudencial, ao contrário do que se verifica no cenário jurídico atual, que funciona como uma espécie de "loteria", afinal, como se vê, os tribunais divergem entre si no tocante à interpretação do supracitado artigo.

Volvendo-se ao caso em apreço, é possível constatar que, novamente, a parte foi prejudicada pela não utilização da interpretação extensiva por parte do magistrado. Sobre a problemática, *vide* comentários realizados nas subseções anteriores.

4.8 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em torno da taxatividade do rol constante no art. 1.015 do CPC/2015.

Não soaria estranho o fato de um indivíduo possuir a certeza, com base na interpretação literal da lei, de que o rol do art. 1.015 do CPC/2015 é inegavelmente taxativo, considerando que apenas as hipóteses que lá constam seriam agraváveis.

Entretanto, como se verá a seguir, esta certeza pode ter sido colocada em xeque após as últimas manifestações do Superior Tribunal de Justiça – STJ acerca do tema. Isto porque o sobredito rol, segundo a Corte Superior, pode comportar exceções.

De acordo com a informação compartilhada na Subseção 3.7, a 4ª Turma do STJ, em decisão recente, se pronunciou pela possibilidade de se interpor agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que verse sobre incompetência, ainda que a hipótese não esteja prevista no artigo 1.015, do CPC/2015.

Em decisão unânime, proferida no dia 14/11/2017, os ministros que compõem a Turma entenderam que o referido rol não é taxativo, sendo cabível o

Disponível em:<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 16 mar. 2018.

recurso contra decisão que reconhece a incompetência. Confira-se a ementa abaixo:[145]

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO CABÍVEL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1 DO STJ. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUNDAMENTO NO CPC/1973. DECISÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL. NORMA PROCESSUAL DE REGÊNCIA. MARCO DE DEFINIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015.
>
> 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (tempus regit actum), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
>
> 2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo n. 1 do STJ.
>
> 3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal a quo.
>
> 4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a exceptio será o marco de definição da norma processual de

[145] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1679909/RS*. Quarta Turma. Recorrente: Ivan Tomasi. Recorrido: Cooperativa Agropecuária Petrópolis Ltda Pia. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 14, de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701092223>. Acesso em: 19 mar. 2018.

> regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual.
>
> 5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma ratio -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.
>
> 6. Recurso Especial provido.
>
> (REsp 1679909/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018)

Nota-se que o ministro Luís Felipe Salomão, Relator do Recurso Especial 1.679.909/RS, explicou, em seu voto, que o CPC/1973 possibilitava a interposição do agravo de instrumento contra toda e qualquer interlocutória, sendo que o novo código, por sua vez, definiu que tal recurso só será cabível frente às decisões expressamente apontadas pelo legislador.

Nas palavras do Relator:[146]

> Nessa ordem de ideias, apesar de não previsto expressamente no rol do artigo 1.015, penso que a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma.

Conforme a argumentação jurídica tecida no voto, o CPC/2015 determina que o juiz decida imediatamente a alegação de incompetência (art. 64, § 3º), devendo o referido conteúdo normativo ser respeitado.

De acordo com o Ministro, há cinco razões para declarar cabível o recurso contra decisão que reconhece a incompetência, destacando-se as seguintes: **a)** as inarredáveis consequências de um processo que tramite perante um juízo

[146] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1679909/RS*. Quarta Turma. Recorrente: Ivan Tomasi. Recorrido: Cooperativa Agropecuária Petrópolis Ltda Pia. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 14, de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701092223>. Acesso em: 19 mar. 2018.

incompetente; **b)** o risco de se ter que invalidar ou substituir decisões; e **c)** a angústia da parte em ver seu processo dirimido por juízo que, talvez, não é o natural da causa.[147]

Nesse sentido, cumpre registrar que a 4º Turma do STJ acolheu a proposta do relator para "[...] reconhecer a necessidade de se estabelecer alguma forma mais célere de impugnação à decisão interlocutória que defina a competência [...]".[148]

Enfatizou-se, também, que a longa espera pode causar consequências irreparáveis ao processo e às partes, "[...] além de tornar-se extremamente inútil o aguardo da definição da *quaestio* apenas no julgamento pelo Tribunal de Justiça, em preliminar de apelação (NCPC, (art. 1.009, § 1º)".[149]

Contudo, há de se frisar que não é pacífica a jurisprudência do STJ em torno do cabimento do agravo de instrumento contra decisões que versem sobre hipóteses distintas das que constam no art. 1.015, do CPC/2015.

Nesse ponto, registre-se que o ministro Marco Aurélio Bellizze, integrante da 3ª Turma do STJ, manifestou, em decisão monocrática, entendimento distinto daquele partilhado no julgamento do REsp 1.679.909/RS. Veja-se:[150]

---

[147] MUNIZ, Mariana. *STJ amplia hipóteses de agravo de instrumento do CPC/15*. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stj-amplia-hipoteses-de-agravo-de-instrumento-do-cpc15-21112017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

[148] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1679909/RS*. Quarta Turma. Recorrente: Ivan Tomasi. Recorrido: Cooperativa Agropecuária Petrópolis Ltda Pia. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 14, de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701092223>. Acesso em: 19 mar. 2018.

[149] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1679909/RS*. Quarta Turma. Recorrente: Ivan Tomasi. Recorrido: Cooperativa Agropecuária Petrópolis Ltda Pia. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 14, de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701092223>. Acesso em: 19 mar. 2018.

[150] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1700500/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Engenharia Ramos Junior Ltda. Recorrido: Carman Participações e Incorporação Ltda. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 16, de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO ELENCADA NO ROL TAXATIVO DO ART. 1.015 DO NOVO CPC. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECORRIBILIDADE EM PRELIMINAR DE APELAÇÃO OU CONTRARRAZÕES. RECURSO IMPROVIDO.
>
> (Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 07/11/2017)

A ementa se refere à decisão monocrática proferida no REsp 1.700.500/SP, em que a pessoa jurídica recorrente sustenta que as hipóteses previstas no rol do art. 1.015 devem ser interpretadas em conjunto com os princípios norteadores do processo civil, admitindo, em casos como o daqueles autos, a interpretação extensiva.

Na hipótese, houve o proferimento de decisão que reconheceu a conexão entre a ação de cobrança originária e uma ação declaratória de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado.

Entendeu o Relator, porém, que a pretensão do recorrente não deve ser acolhida, dada a existência da "[...] vedação expressa do art. 1.015 do Código de Processo Civil/2015, visto que a decisão que reconhece a conexão não está inserida no rol daquelas que podem ser objeto de agravo de instrumento".[151]

De íntima pertinência, também, o entendimento apresentado no voto do ministro Herman Benjamin, proferido no julgamento do REsp n. 1.694.667/PR, cujo objeto se resumia à verificação da possibilidade de se interpor o agravo de

processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201702467450&dt_publicacao=07/11/2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

[151] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1700500/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Engenharia Ramos Junior Ltda. Recorrido: Carman Participações e Incorporação Ltda. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 16, de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/
processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201702467450&dt_publicacao=07/11/2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

instrumento em face de decisões que deixam de conceder efeito suspensivo aos embargos à execução. Observe-se a ementa do mencionado julgado:[152]

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO.
>
> POSSIBILIDADE. ART. 1.015, X, DO CPC/2015. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.
>
> ISONOMIA ENTRE AS PARTES. PARALELISMO COM O ART. 1.015, I, DO CPC/2015. NATUREZA DE TUTELA PROVISÓRIA.
>
> 1. A questão objeto da controvérsia é eminentemente jurídica e cinge-se à verificação da possibilidade de interpor Agravo de Instrumento contra decisões que não concedem efeito suspensivo aos Embargos à Execução.
>
> 2. Na hipótese dos autos, a Corte Regional entendeu que não é impugnável por meio de Agravo de Instrumento a decisão que deixou de atribuir efeito suspensivo aos Embargos à Execução, pois o rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 é taxativo.
>
> 3. Em uma interpretação literal e isolada do art. 1.015, X, do CPC, nota-se que o legislador previu ser cabível o Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que concederem, modificarem ou revogarem o efeito suspensivo aos Embargos à Execução, deixando dúvidas sobre qual seria o meio de impugnação adequado para atacar o decisum que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução.
>
> 4. A situação dos autos reclama a utilização de interpretação extensiva do art. 1.015, X, do CPC/2015.
>
> 5. Em que pese o entendimento do Sodalício a quo de que o rol do citado art. da nova lei processual é taxativo, não sendo, portanto, possível a interposição de Agravo de Instrumento, nada obsta a utilização da interpretação extensiva.
>
> 6. "As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de

[152] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1694667/SP*. Segunda Turma. Recorrente: Jorge Yamawaki. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 05, de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701896959&dt_publicacao=18/12/2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

> decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos". (Curso de Direito Processual Civil, vol. 3. Fredie Didie Jr.
>
> e Leonardo Carneiro da Cunha. ed. JusPodivm, 13ª edição, p. 209). 7.
>
> De acordo com lição apresentada por Luis Guilherme Aidar Bondioli, "o embargante que não tem a execução contra si paralisada fica exposto aos danos próprios da continuidade das atividades executivas, o que reforça o cabimento do agravo de instrumento no caso". (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XX. Luis Guilherme Aidar Bondioli. ed. Saraiva, p. 126). 8. Ademais, o pedido de concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução poderia perfeitamente ser subsumido ao que preconiza o inciso I do art.
>
> 1.015 do CPC/2015, por ter natureza de tutela provisória de urgência. Dessa forma, por paralelismo com o referido inciso do art.
>
> 1015 do CPC/2015, qualquer deliberação sobre efeito suspensivo dos Embargos à Execução é agravável.
>
> 9. Dessa forma, deve ser dada interpretação extensiva ao comando contido no inciso X do art. 1.015 do CPC/2015, para que se reconheça a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nos casos de decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução.
>
> 10. Recurso Especial provido.
>
> (REsp 1694667/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 18/12/2017)

Como se pode constatar, o julgador afirma que fica clara, em uma interpretação literal e isolada do art. 1.015, X, do CPC/2015, a intenção do legislador em se permitir a interposição do agravo de instrumento contra as decisões que concederem, modificarem ou revogarem o efeito suspensivo aos embargos à execução.

Veja-se, também, a indagação realizada pelo Relator em seu voto:[153]

[153] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1694667/SP*. Segunda Turma. Recorrente: Jorge Yamawaki. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 05, de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701896959&dt_publicacao=18/12/2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

> No entanto, indaga-se: qual o meio de impugnação adequado para atacar o decisum que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução? Teria a parte que aguardar a prolação da sentença para poder discutir tal matéria no bojo da Apelação?

O próprio ministro acentua que a resposta para a segunda pergunta deve ser negativa, pois não se mostra plausível, quando do julgamento da apelação, a discussão sobre os efeitos em que deviam ter sido processados os embargos, afinal "[...] a posterior constatação de que a execução realmente deveria ter sido suspensa não terá mais utilidade prática ao interessado".[154]

Nessas condições, conclui-se que houve, no caso ora em análise, a utilização de interpretação extensiva do supracitado dispositivo processual como forma de preservar a isonomia entre os sujeitos do processo executivo.

Como se observa, o Superior Tribunal de Justiça tem, nos últimos tempos, se manifestado de diferentes formas a depender do caso concreto. Não há, portanto, um consenso jurisprudencial sobre a problemática em torno da questão.

4.9 Dos Recursos Especiais n. 1.696.396/MT e 1.704.520/MT: possíveis gatilhos para a solução da controvérsia.

Como se sabe, os recursos repetitivos são o principal instrumento processual utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes qualificados e, além disso, representam o acervo de processos escolhidos para julgamento na forma do artigo 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Feitas tais ponderações, faz-se necessário informar ao leitor que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no dia 20 de fevereiro de 2018, afetou dois

[154] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1694667/SP*. Segunda Turma. Recorrente: Jorge Yamawaki. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 05, de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701896959&dt_publicacao=18/12/2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

recursos especiais para a realização do julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos: a) REsp 1.704.520/MT[155]; e b) REsp 1.696.396/MT[156].

Ambos os recursos, estribados na possibilidade de se dar uma interpretação extensiva ao conteúdo normativo constante no artigo 1.015, do CPC/2015, estão sob relatoria da ministra Fátima Nancy Andrighi.

A polêmica foi cadastrada no sistema de repetitivos, disponível no sítio eletrônico do STJ, como Tema n. 988, possuindo a seguinte redação:[157]

> Definir a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do novo CPC.

Convém ressaltar que a Corte Especial optou por não suspender o trâmite de processos que abordem a problemática em questão. Confira-se o acórdão na íntegra:[158]

> PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SELEÇÃO. AFETAÇÃO. RITO. ARTS. 1.036 E SS. DO CPC/15. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTROVÉRSIA. NATUREZA. ROL

[155] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp *1704520/MT*. Corte Especial. Recorrente: Quim Comércio de Vestuário Infantil Limitada - ME. Recorrido: Shirase Franquias e Representações Ltda. Relatora: Nancy Andrigui. Brasília, 20, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702719246>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[156] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1696396/MT*. Corte Especial. Recorrente: Ivone da Silva. Recorrido: Alberto Zuzzi. Relatora: Nancy Andrigui. Brasília, 20, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos. ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702719246>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[157] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Corte vai decidir sobre admissão de agravo de instrumento em hipóteses não previstas no CPC*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/ pt_BR/ Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-vai-decidir-sobre-admiss% C3%A3o-de-agravo-de-instrumento-em-hip%C3%B3teses-n%C3%A3o-previstas-no-CPC >. Acesso em: 19 mar. 2018.

[158] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1704520/MT*. Corte Especial. Recorrente: Quim Comércio de Vestuário Infantil Limitada - ME. Recorrido: Shirase Franquias e Representações Ltda. Relatora: Nancy Andrigui. Brasília, 20, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702719246>. Acesso em: 20 mar. 2018.

> DO ART. 1.015 DO CPC/15. 1. Delimitação da controvérsia: definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos de referido dispositivo do Novo CPC. 2. Afetação do recurso especial ao rito do art. 1.036 e ss. do CPC/2015.
>
> [...]
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, afetar o processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C) e decidiu pela não suspensão do processamento dos recursos de agravo de instrumento que versem sobre idêntica questão em tramitação no território nacional, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer e Francisco Falcão votaram com a Sra. Ministra Relatora, que retificou o voto para aderir ao voto divergente do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão quanto à abrangência da suspensão. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Inegável o fato de que a manifestação a ser dada pelo Superior Tribunal de Justiça servirá como uma espécie de orientação às instâncias ordinárias para a solução de demandas que contenham a polêmica em análise.

Por fim, salienta-se que todos os indivíduos - integrantes ou não da comunidade jurídica pátria – precisam ter a convicção do que é ou não agravável mediante o recurso de agravo de instrumento. É possível que o julgamento dos referidos recursos funcione como uma espécie de gatilho para a solução deste infortúnio.

Assim, espera-se que o deslinde destas incertezas ocorra da forma mais breve possível, com o fito de proporcionar a todos a almejada segurança jurídica, garantida na Constituição Federal de 1988.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se, com esse trabalho, examinar as possíveis consequências da forma tardia de impugnação de decisões interlocutórias no novo sistema recursal estabelecido no Código de Processo Civil de 2015. O estudo realizado foi capaz de concluir que há uma variedade de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em torno da controvérsia constante no artigo 1.015 do supracitado Código.

É preciso entender que o agravo de instrumento se destina à correção de eventuais equívocos cometidos em decisões interlocutórias proferidas em primeira instância, possuindo um papel importante na proteção das partes do processo – e também da sociedade – contra verdadeiros infortúnios jurídicos, sociais e econômicos advindos de má aplicação da lei. Contudo, como se viu, são muitos os casos em que se evidencia um claro prejuízo aos sujeitos processuais em razão da ausência de uma uniformização jurisprudencial, por parte do Superior Tribunal de Justiça, em torno da polêmica relacionada ao rol taxativo de hipóteses de cabimento do recurso em comento (art. 1.015, do CPC/2015).

Foram apresentados, ao longo do presente trabalho, alguns posicionamentos da doutrina em relação à problemática, bem como eventuais efeitos da aplicação de quaisquer deles aos casos concretos analisados por nossos tribunais. Nesse sentido, observou-se que os indivíduos prejudicados por uma decisão interlocutória não agravável podem optar por pleitear ao magistrado a interpretação extensiva das hipóteses do art. 1.015, do CPC/2015, impetrar mandado de segurança para garantir o seu direito líquido e certo ou recorrer daquela através de preliminar de apelação ou contrarrazões.

Revelou-se que a verdadeira intenção do legislador de 2015 era a de enfraquecer o sistema que permitia a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, contido no Código de Processo Civil de 1973, implementando-se uma espécie de rol taxativo de decisões passíveis de agravo de instrumento.

Cediço que os seguintes posicionamentos da doutrina (ambos mais benéficos às partes do processo) parecem mais adequados para o deslinde da polêmica: a) o art. 1.015 do CPC/2015 contém somente um rol meramente indicativo; b) a impetração de mandado de segurança em face das interlocutórias não previstas no referido dispositivo; e c) o referido dispositivo processual apresenta um rol taxativo, permitindo-se, contudo, a interpretação extensiva de seus incisos a depender do caso concreto.

Como bem destacado, é necessário que todas as pessoas tenham o discernimento acerca das decisões que são passíveis de serem recorridas mediante agravo de instrumento. Nesse sentido, é provável que o julgamento dos Recursos Especiais n. 1.704.520/MT e 1.696.396/MT, por parte do Superior Tribunal de Justiça, ajude na construção de uma jurisprudência unificada, de forma a solucionar este entrave jurídico.

Conclui-se que ainda não há um consenso sobre a maneira correta de se interpretar o art. 1.015 do CPC/2015. Porém, as lições dos processualistas e juristas citados ao longo deste trabalho visam acudir as partes de um processo que eventualmente venham a ser prejudicadas com a nova regra processual, bem como proporcionar um julgamento mais ponderado e eficiente às demandas afetadas pela polêmica.

Por conseguinte, a contribuição acadêmica do presente trabalho é de, justamente, promover a reflexão sobre os desafios trazidos pelo CPC/2015, principalmente no que se refere à interpretação mais adequada do dispositivo processual que elenca as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. Revista de Processo, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 207-228, jan. 2016.

ARAÚJO, Luciano Vianna. Apelação Cível no Código de Processo Civil 2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 261, ano 41, p. 297, nov. 2016.

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. O rol taxativo de hipóteses do agravo de instrumento. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BERMUDES, Sergio. CPC de 2015: inovações. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte vai decidir sobre admissão de agravo de instrumento em hipóteses não previstas no CPC. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-vai-decidir-sobre-admiss%C3%A3o-de-agravo-de-instrumento-em-hip%C3%B3teses-n%C3%A3o-previstas-no-CPC >. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1679909/RS. Quarta Turma. Recorrente: Ivan Tomasi. Recorrido: Cooperativa Agropecuária Petrópolis Ltda Pia. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 14, de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701092223>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1694667/SP. Segunda Turma. Recorrente: Jorge Yamawaki. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 05, de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701896959&dt_publicacao=18/12/2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1696396/MT. Corte Especial. Recorrente: Ivone da Silva. Recorrido: Alberto Zuzzi. Relatora: Nancy Andrigui. Brasília, 20, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702719246>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1700500/SP. Terceira Turma. Recorrente: Engenharia Ramos Junior Ltda. Recorrido: Carman Participações e Incorporação Ltda. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 16, de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201702467450&dt_publicacao=07/11/2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1704520/MT. Corte Especial. Recorrente: Quim Comércio de Vestuário Infantil Limitada - ME. Recorrido: Shirase Franquias e Representações Ltda. Relatora: Nancy Andrigui. Brasília, 20, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702719246>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. AGI 07020182520168070000/DF. Segunda Turma Cível. Agravante: Jose Liberio Pimentel Filho. Agravado: Lucilene Maia de Oliveira. Relator: Sandoval Gomes de Oliveira. Brasília, 20, de abril de 2017. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. AGI 07028436620168070000/DF. Oitava Turma Cível. Agravante: Adriana Conceição Guerra da Silveira. Agravado: BRB Banco de Brasília SA. Relator: Mario-Zam Belmiro. Brasília, 07, de abril de 2017. Disponível em:<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento. AGI 5165313-09.2017.8.09.0000/GO. Quarta Câmara Cível. Agravante: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Agravado: João Marcos Cardoso. Relator: Kisleu Dias Maciel Filho. Goiânia, 25, de janeiro de 2018. Disponível em:<http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao=#>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. AGI 0899715-86.2016. 8.13.0000/MG. Terceira Câmara Cível. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Elias Camilo. Belo Horizonte, 13, de setembro de 2017. Disponível em:<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=104521600 15775001>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. AGI 201387224. 2018. 8.26.0000/SP. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Sebastião Marcos Rios Braga. Agravado: Unimed de Taubaté – Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Hamid Bdine. São Paulo, 12, de março de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao= 11256999&cdForo=0>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. AGI 2246645-75.2017.8.26.0000/SP. Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado. Agravante: Jose Oswaldo de Paula Santos. Agravado: Vitor Hugo Longo. Relator: Azuma Nishi. São Paulo, 22, de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=BB72E6F267187C2503847D86313E00A1.cjsg1>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento. AGI 0039219-09.2017. 8.16.0000/PR. Sexta Câmara Cível. Agravante: L F Couto Transportes - ME. Agravado: Banco Volvo (Brasil) S.A. Relator: Renato Lopes de Paiva. Curitiba, 21, de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000004932811/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0039219-09.2017.8.16.0000>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRUZZENESE, Camila Perissini. O Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.apmsa.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=58&Itemid=1>. Acesso em: 20 mar. 2016.

CALURI, Lucas Naif. Recursos no novo Código de Processo Civil. 2. ed. – São Paulo: LTR, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão eu nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento – uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 242, ano 40, p. 273-282, abr. 2015.

DANTAS, Bruno. Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543C do CPC). São Paulo: RT, 2015. p. 83.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Decisões Interlocutórias, agravo de instrumento e mandado de segurança no novo CPC. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 153, v. 115-127, dez. 2015.

DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Teoria da Prova: direito probatório, decisão. precedentes, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. Revista de Processo, v. 241, São Paulo, mar. 2015.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela. Recursos no CPC/2015: perspectivas, críticas e desafios. Salvador: JusPodivm, 2017.

GODOY, Luciano. O recurso de agravo: ontem, hoje e amanhã. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/luciano-godoy/o-recurso-de-agravo-ontem-hoje-e-amanha-14092015>. Acesso em: 05 mar. 2018.

GOMES JR, Luiz Manoel; BATISTA, Thiago Buchi. A tutela provisória do novo Código de Processo Civil e sua aplicação na Ação de Improbidade Administrativa. Revista de Processo, São Paulo, v. 260, ano 41, p. 138, out. 2016.

HILL, Flávia Pereira. Breves comentários às principais inovações aos meios de impugnações de decisões das decisões judiciais no novo CPC. doutrina selecionada. Salvador: JusPodivm, vol. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Organizadores: DIDIER JR. et al. 2015.

JOBIM, Marco Felix; CARVALHO, Fabricio de Farias. A disciplina dos agravos no novo código de processo civil. Coleção Novo CPC. Doutrina Selecionada - vol. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015.

LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. Revista de Processo, São Paulo, v. 257, ano. 41, p. 237-254, jul. 2016.

MARANHÃO, Clayton. Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. Revista de Processo, São Paulo, v. 256, ano 41, p. 147-168, jun. 2016.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de et al. O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042-O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Breves comentários ao novo CPC. São Paulo: RT, 2016.

MUNIZ, Mariana. STJ amplia hipóteses de agravo de instrumento do CPC/15. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stj-amplia-hipoteses-de-agravo-de-instrumento-do-cpc15-21112017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. Agravo contra as decisões de primeiro grau. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. Preclusão como fator de estruturação do procedimento: estudos continuados de teoria do processo. v. 4. Porto Alegre: Síntese, 2004.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Idas e vindas do recurso de agravo na história: como ficou no Código de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>. Acesso em: 20 out. 2017.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. CPC 2015 não enfrenta devidamente a morosidade processual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-21/vallisney-oliveira-cpc-2015-nao-enfrenta-devidamente-morosidade>. Acesso em: 23 fev. 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. O que mudou no agravo de instrumento no Novo CPC?. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/406252734/o-que-mudou-no-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc>. Acesso em: 20 mar. 2016.

PARIZATTO, João Roberto. Recursos no Novo Código de Processo Civil: de acordo com as leis n.º 13.105 de 16-03-15 e 13,256 de 04-02-2016. São Paulo: Parizatto, 2016.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. A apelação no CPC/2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 260, ano 41, p. 171, out. 2016.

ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? Revista de Processo, São Paulo, v. 259, ano 41, p. 259-273, set. 2016.

ROQUE, André Vasconcelos et al. Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>. Acesso em: 05 mar. 2018.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WOLKART, Erik Navarro. Modificações no novo Código de Processo Civil pela Lei 13.256/2015.O que John Rawls e Richard Posner pensariam a respeito? Revista de Processo, São Paulo, v. 254, ano 41, p. 237-238, abr. 2016.

O MODELO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015: SUA INSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E UMA REFLEXÃO SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL PROFERIDO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

Renata Cristina Silva Leonel

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da instituição do sistema de precedentes judiciais vinculantes pelo CPC/2015 e como ocorre a sua aplicação no direito brasileiro. O primeiro capítulo faz um levantamento a respeito das funções atribuídas às Cortes de superposição e por quais instrumentos elas realizam seu papel institucional de uniformizar o sentido atribuído ao direito, sendo o precedente uma importante ferramenta nesse sentido. No segundo capítulo, elabora-se uma definição para o precedente judicial e para os seus elementos: a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. Posteriormente, são apresentados os fundamentos utilizados para a instituição do sistema de precedentes, conforme os princípios da igualdade, da coerência, da estabilidade, da segurança jurídica, do acesso à justiça e da independência judicial. No terceiro capítulo, ressalta-se a necessidade de reflexão pelo STJ a respeito da questão constitucional subjacente à matéria federal decidida em recursos especiais repetitivos, com o objetivo de legitimar os precedentes oriundos dessas decisões. E, ademais, foram analisados três acórdãos proferidos pelo STJ em recursos especiais repetitivos sem que o tribunal tenha procedido à reflexão da questão constitucional reflexa e suas consequências no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito processual e constitucional. Código de Processo Civil de 2015. Precedentes judiciais vinculantes. Recursos especiais repetitivos.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças sociais ocorrem simultaneamente à intensificação da necessidade de positivação do direito, entretanto as normas escritas não conseguem acompanhar o estado de permanente mudança da sociedade, pelo menos não de forma a manter razoável estabilidade.[1]

Tanto nos sistemas em que o juiz decide com base na lei como naqueles em que as decisões se fundamentam em precedentes, o objetivo de ambos é o respeito à igualdade, à previsibilidade e à segurança jurídica.[2]

A complexidade da sociedade juntamente com o direito de acesso à justiça demonstram que o direito positivo, por si só, não é capaz de resolver os conflitos que se apresentam ao juiz com a mesma velocidade com que as mudanças ocorrem, em razão da dificuldade de acompanhamento das alterações sociais por parte da produção legislativa.[3]

Entende-se que o juiz está vinculado ao direito e não simplesmente à letra da lei, podendo interpretá-la com base nos princípios jurídicos, na jurisprudência e na doutrina, sendo que é de tal conjunto que surgem as regras a serem seguidas pelos jurisdicionados.[4]

A implementação de um modelo de precedentes judiciais vinculantes surge da necessidade de oferecer uma resposta aos jurisdicionados à medida em que o judiciário é demandado, tendo como pressuposto o fato de o direito positivado não conseguir oferecer soluções que acompanhem a velocidade com que ocorrem as mudanças sociais.

---

[1] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a lei 13.256/2016. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.
[2] Ibidem, p. 78.
[3] Ibidem, p. 78-79.
[4] Ibidem, p. 79.

O Código de Processo Civil/2015 instituiu um rol não exaustivo de decisões vinculantes no artigo 927, tratando-se da provável instituição de um sistema de precedentes judiciais vinculantes, sendo este o objeto de estudo do presente trabalho: o modelo de precedentes judiciais adotado pelo Código de Processo Civil/2015.

Portanto, este trabalho tem como objetivo geral analisar se realmente houve a instituição de um sistema de precedentes judiciais vinculantes pelo Código de Processo Civil/2015, bem como averiguar o seu funcionamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, o objetivo específico desta pesquisa se relaciona com o levantamento das funções constitucionalmente atribuídas às Cortes de superposição do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de buscar compreender a correlação entre o papel atribuído às referidas cortes e a necessidade de que suas decisões passem a vincular os outros órgãos judiciários quando diante da mesma situação fática.

Este trabalho também tem por objetivo esclarecer como ocorre o funcionamento do aludido sistema de precedentes judiciais, buscando entender quais são os elementos que constituem um precedente, bem como quais são os princípios que justificam a sua utilização no Brasil.

Outro objetivo é analisar, no contexto dos precedentes formados por meio dos recursos especiais repetitivos, a viabilidade e a necessidade de que o Superior Tribunal de Justiça realize a reflexão constitucional do tema debatido quando julga os referidos recursos, bem como verificar quais são as consequências de não ser feita tal análise constitucional.

Cumpre destacar que o referido tema é de grande relevância na atualidade, na medida em que o Código de Processo Civil/2015 é recente, bem como o sistema de precedentes judiciais vinculantes, sendo que, até o momento da elaboração deste trabalho, não houve o julgamento de recurso especial repetitivo, sob o rito do aludido código, com o efetivo debate da questão constitucional subjacente à questão

federal decidida, motivo pelo qual não se sabe qual vai ser o posicionamento a ser adotado pelo STJ quanto à aludida questão.

Por ser um tema instituído neste ordenamento jurídico em momento recente, ainda existem muitas dúvidas a respeito, ensejando a necessidade de debates acadêmicos e doutrinários para habilitar a comunidade jurídica a formar entendimento sobre referida questão, o que ensejou a realização de um levantamento bibliográfico sobre o assunto para fins de pesquisa e melhor compreensão sobre o instituto dos precedentes e de que maneira ocorrerá sua inserção neste ordenamento.

O trabalho está dividido em 3 capítulos, sendo que o primeiro trata da estrutura do poder judiciário e como a função atribuída às Cortes de superposição colabora com a efetividade da tutela jurídica, bem como por quais instrumentos referidas Cortes realizam a uniformização do sentido atribuído ao direito.

O segundo capítulo esclarece sobre a instituição do sistema de precedentes judiciais vinculantes pelo CPC/2015, apresentando seu conceito, bem como os elementos que o formam, além de fazer referência aos principais fundamentos utilizados para a defesa ou para o ataque ao referido sistema.

O terceiro capítulo apresenta a reflexão a respeito da necessidade do debate da questão constitucional incidental à matéria federal decidida pelo Superior Tribunal de Justiça em recursos especiais repetitivos, na medida em que tais decisões formam precedentes vinculantes, bem como a possibilidade de alteração jurisprudencial a esse respeito diante dos artigos 1.032 e 1.033 do CPC/2015.

Por fim, ainda no terceiro capítulo, há a análise de três recursos especiais repetitivos distintos em que o STJ se negou a realizar a reflexão da questão constitucional subjacente à questão federal decidida e são apresentadas as consequências de tais decisões no ordenamento jurídico.

A metodologia a ser aplicada neste trabalho é a dogmática-instrumental, com o uso da contribuição teórica para buscar solucionar os problemas práticos apontados na presente pesquisa, utilizando-se, para tanto, da doutrina, da interpretação das

normas e da jurisprudência com o intuito de apresentar soluções para as questões que se pretende debater.

Pretende-se, com este trabalho, esclarecer a efetiva instituição de um sistema de precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015, entender seu funcionamento e compreender a necessidade de que o Superior Tribunal de Justiça passe a analisar a questão constitucional subjacente à questão federal decidida em recursos especiais repetitivos, diante da importância atribuída à referida decisão, na medida em que forma precedente judicial vinculante.

2 PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ASPECTOS ESTRUTURAIS

O presente capítulo tem por objetivo esclarecer de que maneira os aspectos estruturais do poder judiciário brasileiro, especificamente no que se refere às Cortes Supremas e seus papéis institucionais, influenciam na formação dos precedentes judiciais, introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Código de Processo Civil de 2015.

Para tanto, na primeira subseção, apresenta-se o contexto em que o Supremo Tribunal Federal foi instituído, bem como qual era o seu papel institucional naquele momento e, posteriormente, com o estabelecimento do Superior Tribunal de Justiça, de que forma ocorreu a divisão das competências, anteriormente atribuídas ao STF.

Ademais, na segunda subseção, relata-se a redefinição dos papeis jurídico-políticos conferidos às Cortes de superposição, de forma que ao STF atribuiu-se a função de guardião da Constituição e o STJ foi incumbido do papel de guardião do Direito Federal Comum.

Na terceira subseção, é esclarecido como as Cortes Supremas e seus respectivos papeis institucionais contribuem para a preservação do estado federado e de sua ordem jurídica, por meio da sua responsabilidade de resguardar a uniformidade do Direito.

Na quarta subseção, faz-se referência à competência do STF de guardião da Constituição da República de 1988 como forma de promover a tutela da ordem constitucional, e em que sentido utiliza como instrumentos de controle da jurisdição constitucional os recursos extraordinários repetitivos, o incidente de assunção de competência e o controle de constitucionalidade.

Na quinta subseção, faz-se alusão às atribuições que o Superior Tribunal de Justiça herdou do Supremo Tribunal Federal, especificamente no que se refere à formação de jurisprudência específica sobre matéria federal, e de que maneira os recursos especiais repetitivos e o incidente de assunção de competência funcionam como instrumento para a uniformização da legislação federal infraconstitucional e para a formação de precedentes.

Por fim, na sexta subseção, destaca-se a importância de que os tribunais de superposição exerçam de forma efetiva suas competências, a fim de que sejam afirmados os valores jurídicos, sociais e políticos do estado.

2.1 A Constituição da República (1988) e a reestruturação do Poder Judiciário

Neste primeiro momento, cumpre contextualizar historicamente o surgimento do Supremo Tribunal Federal – STF e, posteriormente, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, a instituição do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a fim de que se compreenda a atual estruturação do Poder Judiciário brasileiro, bem como a distribuição de competências entre essas Cortes, com vistas a um melhor entendimento a respeito do sistema de precedentes, tema que será desenvolvido mais adiante neste trabalho.

O STF foi instituído por meio do Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, que funcionou como um anteprojeto da Constituição Brasileira de 1891, tendo sido incumbido ao referido órgão a função de julgar conflitos existentes entre os entes federativos, entre a União e os Estados, bem como entre os entes da federação e Estados estrangeiros. Além disso, em grau recursal, a esse tribunal competia julgar

recursos interpostos a decisões de juízes federais, também os interpostos contra sentenças dos Tribunais estaduais em última instância sempre que suscitada a violação de tratados e leis federais, e, por fim, os contrários às decisões em que estivesse presente questão relativa à validade de leis ou atos dos governos estaduais em face da Constituição Federal ou das leis federais.[5]

Cumpre destacar que o recurso cabível para atacar os casos retro descritos era o inominado, que funcionou como precursor do atual recurso extraordinário. Sendo que, em 11 de outubro de 1890, foi promulgado o Decreto n. 848, conferindo o nome de recurso extraordinário às hipóteses recursais de atribuição do STF, descritas anteriormente.[6]

Posteriormente, a Constituição de 1891 atribuiu ao STF o papel de Corte Suprema, utilizando o recurso extraordinário como forma de assegurar a higidez das normas constitucional e federal.[7]

A Constituição de 1934 introduziu o controle de constitucionalidade ao sistema jurídico brasileiro, o que aumentou, ainda mais, as competências do STF, que se responsabilizou por fiscalizar as leis federais quanto à observância dos preceitos constitucionais.[8]

Percebe-se que o STF foi acumulando grande quantidade de atribuições desde a sua criação, o que, em conjunto com o crescimento das demandas judiciais,

[5] MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto. A crise do Supremo Tribunal Federal: A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2180, 20 jun. 2009. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/13004>. Acesso em: 16 out. 2017.
[6] Ibidem.
[7] Ibidem.
[8] MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto. A crise do Supremo Tribunal Federal: A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2180, 20 jun. 2009. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/13004>. Acesso em: 16 out. 2017.

provocou redução na velocidade de atuação dessa Corte, o que poderia levá-la ao descrédito popular.[9]

Destarte, o acúmulo de processos na referida Corte, acrescido da demora em serem efetivamente enfrentados por ela, tornou-se um problema crônico e passou a ser chamado de crise do Supremo.[10] Aludida crise é um problema enfrentado até os dias atuais e, desde então, busca-se entender a origem dela, bem como procuram-se soluções para superá-la.

Com o intuito de buscar solucionar essa questão, a Constituição de 1969 instituiu a arguição de relevância de questão federal como forma de dificultar a quantidade excessiva de recursos extraordinários, apresentados perante o STF, funcionando como um pressuposto de admissibilidade daqueles recursos.[11]

Competia ao STF determinar quais eram os casos de relevância de questão federal e que, portanto, estariam autorizados a serem admitidos por meio de recursos extraordinários.[12]

Entretanto, a arguição de relevância de questão federal como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário acabou se tornando uma forma de restringir o acesso dos cidadãos à justiça, na medida em que impunha barreiras de procedimentos, como forma de reduzir o acionamento do STF, não sendo prevista, portanto, na Constituição de 1988.[13]

A Constituição da República de 1988 foi a primeira a conferir autonomia institucional ao Poder Judiciário, buscando assegurá-la no âmbito administrativo e financeiro, bem como atribuiu autonomia funcional aos magistrados[14].

---

[9] Ibidem.
[10] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 78.
[11] MOREIRA, Op. cit..
[12] Ibidem.
[13] Ibidem.
[14] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 963.

Surgiram novas garantias judiciais a fim de proteger a ordem constitucional objetiva e o sistema de direitos subjetivos, o que acabou influenciando a formação de um modelo de organização do poder judiciário.

O mencionado modelo inaugura o livre acesso ao Poder Judiciário e se embasa nos princípios da proteção judicial efetiva, do juiz natural e do devido processo legal, que possuem influência direta na organização e estruturação dos órgãos do poder judiciário de forma independente[15].

Cumpre destacar que o que distingue o Poder Judiciário dos demais Poderes é a caracterização da atividade jurisdicional pela emissão de decisões autônomas diante de situações envolvendo direitos contestados ou lesados[16].

Portanto, resta clara a importância de que o Poder Judiciário desenvolva suas atividades de forma autônoma, o que foi acertadamente promovido pela Constituição da República de 1988.

Registra-se que há Estados democráticos que atribuem ao Poder Judiciário parcela de poder político a ser manejado por agentes públicos que não são eleitos para tanto. Assim, a legitimidade desse Poder, ao atuar em confrontos entre particulares, não é contestada, entretanto, quando se trata de disputas a respeito da validade dos atos estatais ou nas quais o Estado, representado pelos outros órgãos do poder, seja parte, a questão se torna mais complexa. Isso porque, em tais situações, os juízes e tribunai's precisam sobrepor sua vontade em relação àquela dos agentes públicos de outros Poderes, que foram eleitos ou nomeados para alguma finalidade específica[17].

Portanto, a fim de evitar a inadequada influência da política na atuação judicial, faz-se uso de dois importantes atributos: a independência do Poder Judiciário em face dos órgãos políticos de governo, bem como a vinculação deste

[15] Ibidem, p. 963.
[16] Ibidem, p. 964.
[17] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 421.

Poder ao direito, de forma que a atuação dos juízes e dos tribunais seja determinada pela Constituição e pelas leis[18].

Assim, apesar da independência do Poder Judiciário, destaca-se que os órgãos judiciais devem agir de forma a não exercerem as próprias vontades, pois sua autonomia deve sempre estar vinculada ao Direito, colocando em prática a vontade política da maioria, que é expressada pelo constituinte ou pelo legislador, protegidos de eventuais pressões políticas[19].

Para assegurar que a atuação dos órgãos jurídicos seja imparcial e independente, a Constituição da República de 1988 estabelece as garantias institucionais à magistratura – a autonomia administrativa e financeira – e as funcionais, como por exemplo a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de remuneração. Ademais, a fim de que o Poder Judiciário não se exceda, o referido Poder está sujeito ao sistema de freios e contrapesos exercido entre os poderes, bem como ao controle administrativo, financeiro e disciplinar do Conselho Nacional de Justiça, criado por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004[20].

Diante desse contexto de autonomia conferida ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988, bem como diante da sobrecarga do STF, na medida em que atuava na exegese da Constituição e do direito federal comum, que, na tentativa de solucionar tal problema, a Constituição de 1988 instituiu o STJ, conferindo-lhe a competência de tribunal superior para conhecer, processar e julgar os processos que envolvessem violação à legislação infraconstitucional, competência que está estabelecida no artigo 105 do texto constitucional.[21]

---

[18] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 421.
[19] Ibidem, p. 421.
[20] Ibidem, p. 422.
[21] MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto. A crise do Supremo Tribunal Federal: A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2180, 20 jun. 2009. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/13004>. Acesso em: 16 out. 2017.

Portanto, a Constituição de 1988 promoveu uma reestruturação no Poder Judiciário, ao repartir as competências entre o STF e o STJ, que antes se acumulavam apenas no âmbito do STF.

Ademais, a Carta Magna procedeu à substituição do até então chamado de Tribunal Federal de Recursos, que era o principal tribunal de segunda instância da Justiça Federal, pelos cinco tribunais regionais federais, que funcionam como instância recursal ordinária das decisões proferidas pelos juízes federais. Também instituiu o STJ, tribunal nacional de hierarquia superior aos tribunais regionais federais, bem como aos tribunais estaduais, a fim de exercer a tutela da legislação federal infraconstitucional, nos casos descritos na Constituição Federal.[22]

Diante do surgimento STJ no ordenamento jurídico brasileiro e da consequente repartição de competências entre esse tribunal e o STF, cumpre esclarecer de que maneira ocorreu a redefinição das funções jurídico-políticas dessas Cortes.

2.2 Tribunais superiores: (re)definição (ou ressignificação) de seus papéis jurídico-políticos

Atualmente o "Tribunal da Federação" funciona por meio desses dois tribunais: o STF, que possui a função de guardião da Constituição e detém a palavra final em relação a matérias constitucionais e o STJ, incumbido de ser o guardião do Direito Federal Comum.[23]

A instituição do STJ teve o objetivo de distribuir parte das funções do STF, a fim de que este último pudesse atuar como uma Corte Constitucional, entretanto, tendo em vista que a Constituição de 1988 é altamente analítica, acabou por não

[22] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*: exposição didática: área do processo civil, com invocação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 10-11.
[23] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112.

possuir o efeito esperado de reduzir a quantidade de demandas em relação a esses tribunais por meio da bifurcação de atribuições entre essas Cortes.[24]

A Constituição da República de 1988 atribuiu ao STF o papel de guardião da Constituição, com a função de aplicar as normas e os princípios constitucionais nas causas cíveis comuns, e ao STJ coube o papel de uniformizar a aplicação do direito federal, sendo que ambas as funções ficavam anteriormente a cargo do STF e, em alguns aspectos, do TFR.[25]

Como guardião da Constituição, as decisões proferidas pelo STF possuem grande repercussão política quanto ao equilíbrio entre os Poderes do Estado, na medida em que se trata do grau mais elevado da estrutura jurídica brasileira.[26]

O surgimento do STJ possibilitou ao STF se liberar do grande número de demandas referentes à matéria infraconstitucional, sendo que tanto o recurso extraordinário quanto o recurso especial passaram a tutelar o direito federal *lato sensu*, com a diferença de que o primeiro leva ao STF o conhecimento de questões relativas ao direito federal tutelado pela Constituição; e o segundo leva ao STJ o conhecimento de questões relativas ao direito federal comum infraconstitucional.[27]

Portanto, o recurso extraordinário, previsto nas constituições anteriores, foi desdobrado em recurso extraordinário *stricto sensu*, julgado pelo STF e relacionado à tutela das normas constitucionais; e em recurso especial, julgado pelo STJ e voltado à tutela do direito federal comum.[28]

Com a instituição do STJ, a estrutura e organização do Poder Judiciário foi profundamente alterada, passando a funcionar com dois graus de jurisdição

[24] Ibidem, p. 119-120.
[25] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 120.
[26] Ibidem, p. 120.
[27] Ibidem, p. 124.
[28] Ibidem, p. 112.

excepcional e, além disso, possibilitou-se a descentralização da prestação jurisdicional quanto ao direito federal comum.[29]

No ordenamento jurídico brasileiro, cabe aos juízes e tribunais de apelação a resolução de conflitos e às Cortes Supremas[30] o desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas.

Ressalta-se que as Cortes Supremas devem exercer o julgamento de suas demandas de maneira diferente dos juízos e tribunais inferiores, no sentido de que possuem diferentes missões. Dessa forma, cumpre destacar de que maneira as Cortes de superposição exercem a formação de jurisprudência e a manutenção de sua estabilidade, nesse contexto de Cortes que devem desenvolver o direito e enriquecê-lo, por meio da formação de precedentes.

Na medida em que o papel contemporâneo de competência das referidas Cortes é atribuir sentido ao direito, cumpre destacar que tal sentido está inserido nas razões que embasam o resultado dos julgamentos, ou seja, na *ratio decidendi*. Assim, diante de um contexto fático, as Cortes Supremas estabelecerão as razões que servem como justificativa para a solução do conflito inserido em uma questão específica de direito, a fim de que essas razões também possam ser utilizadas pelo juiz de casos futuros, configurando-se, assim, um precedente obrigatório[31], tema que será aprofundado mais adiante neste trabalho.

Os julgadores das Cortes Supremas devem participar efetivamente das discussões que envolvem o raciocínio decisório do colegiado, na medida em que a

[29] Ibidem, p. 124.

[30] No presente trabalho, utiliza-se o termo Cortes Supremas para fazer referência ao STF e ao STJ, enquanto cortes que possuem a função primordial de definir o sentido do direito, em vez de apenas exercerem o papel de Cortes Superiores, que se limitam a emitir decisões justas aos casos julgados. O termo Cortes Supremas é utilizado por Luiz Guilherme Marinoni, no artigo "A função das Cortes Supremas e o novo CPC", que afirma que essas cortes reconstroem o produto do legislativo para atribuir sentido ao direito. Ademais, Daniel Mitidiero faz referência aos termos Cortes Supremas e Cortes Superiores, diferença que está detalhadamente esclarecida na subseção seis do presente capítulo.

[31] MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das cortes supremas e o novo CPC*. Disponível em:< http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=36&shop_detail=492>. Acesso em: 5 jan. 2018.

decisão a ser tomada não vai apenas solucionar o caso, mas vai constituir critério para julgamento de casos futuros, atribuindo aos julgadores outra dimensão de responsabilidade.[32]

Marinoni entende que,

> [...] quando a importância do julgamento é deslocada da resolução do recurso para as razões que determinam a solução do caso e a interpretação adequada, não apenas se torna relevante debater estas razões, mas igualmente perceber que o entendimento que pode levar a uma solução favorável por maioria pode ser incapaz de propiciar a elaboração de um precedente. Ou seja, é possível que, num colegiado composto por cinco julgadores, existam três votos favoráveis ao provimento do recurso ou à fixação de determinada interpretação, mas apenas dois julgadores compartilhem o mesmo fundamento ou estejam de acordo em firmar determinado entendimento, capaz de ser expresso em razões determinantes. Isso se torna um problema quando se está diante da formulação do sentido do direito mediante precedente.[33]

A função contemporânea das Cortes Supremas é primordialmente colaborar com o Poder Legislativo, a fim de que o direito se frutifique, ou seja, referidas Cortes não possuem somente o papel de controlar a legitimidade e a constitucionalidade das leis, mas devem atribuir sentido ao direito para que se desenvolva de forma a atender as necessidades que surgem conforme a sociedade evolui.[34]

Na medida em que as Cortes Supremas exercem a função de contribuir para a construção legislativa e para o desenvolvimento do direito, torna-se mister a instituição de precedentes a serem respeitados por juízes e tribunais inferiores a fim de que não se violem os princípios da igualdade e da segurança jurídica.[35]

---

[32] Idem. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 291.
[33] Ibidem, p. 293.
[34] MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das cortes supremas e o novo CPC*. Disponível em:< http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=36&shop_detail=492>. Acesso em: 5 jan. 2018.
[35] Ibidem.

Com a instituição do STJ, aludida Corte assumiu o papel de uniformizar o sentido da legislação infraconstitucional comum, enquanto ao STF coube a função de manter a unidade de entendimento das normas constitucionais, sendo que essas Cortes Supremas se tornaram competentes para desenvolver o direito, no sentido de não apenas se atentarem para a resolução dos conflitos cujas demandas lhes são atribuídas, mas principalmente formar entendimentos capazes de guiar a sociedade, mantendo a uniformidade da jurisprudência nacional sobre os temas cuja guarda lhes compete.

O Código de Processo Civil instituiu aos tribunais, no artigo 926, o dever de manter a uniformidade de sua jurisprudência, bem como de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência, revelando, ainda mais, a opção do ordenamento jurídico brasileiro em produzir um direito que respeite os princípios da segurança jurídica e da isonomia, buscando oferecer à sociedade igual tratamento jurídico para os casos concretos que possuem semelhantes demandas, por meio da formação de precedentes.

Assim, diante dessa função atribuída às Cortes Supremas, o direito será desenvolvido, com a promoção da tutela da ordem jurídica, o que será detalhado na próxima subseção desta pesquisa.

2.3 Competências atribuídas às Cortes de superposição para a preservação do estado federado e de sua ordem jurídica

As Cortes de superposição se responsabilizam por resguardar a uniformidade do direito e, assim, promover o seu desenvolvimento. Ademais, as referidas cortes possuem a função de responder perante a sociedade a respeito da necessidade de adesão da solução jurídica à cultura social, sendo que tal solução interessa mais à sociedade como coletividade do que especificamente às partes do processo.[36]

[36] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 3. ed. rev. e atual. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 16.

A fim de entender a real função das aludidas Cortes no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre esclarecer o que significa a função de guarda da Constituição, exercida pelo STF, bem como a função de uniformização do direito federal comum, incumbida ao STJ.

A Constituição Federal constitui a base axiológica de todo o ordenamento jurídico brasileiro, reunindo enunciados que constroem um "sistema aberto de princípios, regras e postulados", cujo papel é de unificar o direito, dentro de um Estado Constitucional. Assim, por ser guardião da Constituição, ao STF compete a função de contribuir para a unificação do direito, colaborando com a sua estabilidade e com seu desenvolvimento de forma unitária no cotidiano.[37]

O STF, a fim de efetivar sua função precípua, deve se manter atento aos problemas jurisprudenciais que surgem com a realização do direito, bem como aos valores, princípios e interpretações que se manifestarem, necessitando se posicionar a respeito deles, por meio das decisões emitidas nos recursos, desenvolvendo, dessa forma, uma jurisprudência a respeito do assunto, sem que com isso interrompa a dinâmica inerente a esse processo.[38]

Por se tratar de uma unificação dinâmica, que está sempre se reconstituindo, o STF deve também se preocupar em oferecer à sociedade a unidade do direito, respeitando a constante evolução social, com novas interpretações conforme surgirem novas necessidades, por meio de novos critérios jurídicos e, assim, reconstruindo a todo tempo a unidade do direito.[39]

A função do STF é realizada de acordo com duas perspectivas, sendo que a primeira diz respeito a uma visão retrospectiva de unificação do direito, por meio de decisões compatíveis com aquelas emitidas anteriormente; e a segunda se refere a

[37] Ibidem, p. 19.
[38] Ibidem, p. 20.
[39] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 3. ed. rev. e atual. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

uma visão prospectiva, com vistas a buscar constantemente o desenvolvimento de novas soluções aos problemas enfrentados.[40]

Importante destacar a função proativa das Cortes de superposição no sentido de que devem utilizar as decisões recorridas como ponto de partida para que exerçam a função de desenvolver o direito, conferindo-lhe unidade, ou seja, devem ter como ponto de chegada a interpretação adequada da legislação, que funcionará como orientação futura para as demais cortes judiciárias e a sociedade civil.[41]

Marinoni e Mitidiero entendem que o pensamento jurídico atual está inclinado a que o STF, para desempenhar sua função, examine apenas as questões que possuírem maior impacto na promoção da unidade do direito. Além disso, destacam que, se o Supremo Tribunal Federal se habilitasse apenas a aplicar a justiça ao caso concreto, acabaria se tornando uma terceira ou até quarta instância judiciária.[42]

O que fundamenta a existência do STF como Corte guardiã da Constituição é a intenção de buscar a unidade do direito, "em função ou a partir de determinada questão levada ao seu conhecimento".[43]

A partir de tal contexto, destaca-se o instituto da "repercussão geral da controvérsia constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário", estando em sintonia com o direito das partes na tramitação dos processos em prazo razoável, bem como com o interesse da coletividade em que o STF apenas aprecie questões que se mostrem imprescindíveis para que se alcancem os fins a que a sociedade brasileira se dedica.[44]

---

[40] Ibidem, p. 21.
[41] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.
[42] MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 22.
[43] Ibidem, p. 22.
[44] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 3. ed. rev. e atual. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.

Em relação ao STJ, no momento de elaboração do presente trabalho, tramita no Senado Federal a PEC – Proposta de Emenda à Constituição – n. 10, de 2017, que dispõe que, no recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento, ou seja, sugere-se a inclusão, no ordenamento jurídico, da técnica da relevância da questão federal em relação aos recursos especiais, como requisito de admissibilidade.

Para Marinoni, a intenção dessa técnica é otimizar o papel de "Corte de Precedentes", que deve ser exercido pelo STJ, a fim de desenvolver e transformar o direito por meio da instituição ou revogação de precedentes. Isso porque a referida Corte não pode deixar de tutelar a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade por meio das decisões judiciais e, ademais, deve colocar em prática a sua missão de "revelar o sentido do direito", assumindo sua responsabilidade diante do futuro.[45]

Na medida em que o STJ é competente para promover a unidade do direito federal, instituindo precedentes; seus ministros e turmas, bem como os tribunais inferiores devem manter o mesmo posicionamento. Para tanto, tal Corte deve exercer sua função de forma proativa, evitando que o direito seja violado e permitindo que passe por transformações e evoluções para que não fique estagnado. [46]

A depender das circunstâncias, o precedente poderá ser revogado pela própria Corte que o gerou, sem que com isso se viole a confiança dos jurisdicionados, podendo ser atribuído efeito prospectivo à revogação.[47] Isso acontece para que o

[45] MARINONI, Luiz Guilherme. STJ precisa cumprir seu papel constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 abr. 2012. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2012-abr-10/primeiro-grau-efeitividade-stj-cumpra-papel>. Acesso em: 31 out. 2017.
[46] Ibidem.
[47] Ibidem.

direito esteja conectado com as mudanças ocorridas na sociedade por meio de normas que tenham conteúdo atual.

De acordo com Marinoni, a técnica de seleção de recursos permite que as cortes superiores se voltem para a análise de questões jurídicas que sejam relevantes e permitam a evolução e a transformação do direito, levando-as a exercerem suas funções de forma proativa, participando do desenvolvimento do direito e efetivando sua distribuição isonomicamente.[48]

Mitidiero entende que tanto o STF quanto o STJ são cortes que decidem o sentido atribuído à Constituição e à legislação infraconstitucional federal, o que enseja que a atividade interpretativa funcione com a função de reconstrução, ou seja, é um processo que implica na individualização de sentidos possíveis, valoração (desses sentidos) e decisão (escolha do sentido que está mais amparado pela ordem jurídica).[49]

Ressalta-se a necessidade de conferir estabilidade ao sentido do direito federal a fim de que os precedentes sejam firmados e revogados à medida que a realidade social se transforma, juntamente com as concepções jurídicas. Assim, as Cortes Supremas estarão priorizando a coerência da ordem jurídica, a segurança e a igualdade perante o direito.[50]

Após ter sido destacado o papel institucional das Cortes de superposição a fim de que promovam a unificação do direito por meio de decisões coerentes e uniformes, cumpre ressaltar de que maneira e por quais instrumentos tanto o STF quanto o STJ cumprem referido papel enquanto Cortes Supremas e como se desenvolve a unificação da jurisprudência no âmbito de cada uma dessas Cortes.

---

[48] MARINONI, Luiz Guilherme. STJ precisa cumprir seu papel constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 abr. 2012. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2012-abr-10/primeiro-grau-efeitividade-stj-cumpra-papel>. Acesso em: 31 out. 2017.

[49] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 82.

[50] MARINONI, op. cit..

2.4 Supremo Tribunal Federal: tutelabilidade da ordem constitucional

A Constituição da República de 1988 conferiu ao STF o papel de guardião da Carta Magna, conferindo-lhe a função de manter a uniformização da jurisprudência constitucional[51], por meio dos instrumentos que serão destacados na presente Subseção.

Cabe ao STF emitir a palavra final em relação à interpretação da norma constitucional e, diante dessa competência precípua e de outras que a Constituição da República lhe atribuiu, sua função primordial se estabelece na manutenção da ordem constitucional, na medida em que funciona como seu intérprete maior.[52]

O STF exerce a função de controlar a jurisdição constitucional, tanto de maneira difusa como de forma concentrada e suas decisões nesse sentido possuem influência na consolidação do Estado de Direito.[53]

As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade produzem coisa julgada *erga omnes*, sendo importante ressaltar que a *ratio decidendi* das decisões possuem eficácia obrigatória e devem ser observadas por todos os juízes e tribunais.[54]

Além disso, outro instrumento utilizado pelo STF para a tutela da ordem constitucional é o recurso extraordinário, por meio do qual haverá a uniformização da jurisprudência em matéria constitucional, em casos de controle de constitucionalidade difuso.

---

[51] ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. O Supremo Tribunal Federal tem natureza de corte constitucional? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 95, dez. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10818&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 4 nov. 2017.

[52] ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. O Supremo Tribunal Federal tem natureza de corte constitucional? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 95, dez. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10818&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 4 nov. 2017.

[53] Ibidem.

[54] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 285.

Como o controle de constitucionalidade difuso é também exercido pelas instâncias inferiores, podem ocorrer divergências quanto à interpretação das normas constitucionais, sendo o recurso extraordinário instrumento utilizado para a discussão de aludidas controvérsias perante o STF, na medida em que detém a palavra final sobre a interpretação das normas constitucionais.

Destaca-se o instrumento da repercussão geral, que funciona como pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário, inserido no texto constitucional por meio da Emenda à Constituição n. 45, de 2004, com o objetivo de que se demonstre que a questão a ser debatida transcende os limites subjetivos dos autos[55].

Sendo assim, os recursos extraordinários só serão admitidos caso o recorrente demonstre a repercussão geral da questão constitucional a ser discutida, ensejando que o STF somente seja demandado a respeito de questões relevantes, sob o ponto de vista político-jurídico.[56]

Comprova-se a opção do constituinte derivado pela caracterização do STF como instância excepcional, competente para atuar como uniformizador da jurisprudência nacional em matéria constitucional, em vez de funcionar como terceira ou quarta instância recursal. Isso porque, por intermédio da repercussão geral, o STF somente se manifesta a respeito de questões constitucionais que transcendam o caso concreto e sejam de relevância nacional e, assim, contribua com o desenvolvimento do direito.

Nas palavras de Marinoni e Mitidiero, o instituto da repercussão geral possui o papel de

[55] MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto. A crise do Supremo Tribunal Federal: A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2180, 20 jun. 2009. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/13004>. Acesso em: 16 out. 2017.

[56] MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto. A crise do Supremo Tribunal Federal: A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2180, 20 jun. 2009. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/13004>. Acesso em: 16 out. 2017.

> [...] velar pela unidade do Direito através do exame de casos significativos para a ótima realização dos fins do Estado Constitucional, sem sobrecarregar o Supremo Tribunal com o exame de casos sem relevância e transcendência, cujas soluções não importem, tudo somado, contribuição do Supremo Tribunal Federal para compatibilização vertical das decisões e/ou desenvolvimento do Direito brasileiro.[57]

A técnica de julgamento de recursos extraordinários repetitivos é outro instrumento por meio do qual o Supremo Tribunal exerce a tutela da ordem constitucional. Isso porque os recursos extraordinários que tratarem de matérias semelhantes não serão julgados simultaneamente, mas conforme um regime especial de processamento[58].

Diante de recursos envolvendo questões semelhantes, haverá a definição de um ou mais processos paradigmas, ficando sobrestado o processamento dos demais. Então, o julgamento daqueles permitirá ao STF a fixação de uma tese a respeito dessa questão repetitiva, que será aplicada no julgamento dos processos sobrestados, vinculando as instâncias inferiores em relação a atuais e futuras demandas em casos que envolvam a mesma questão repetitiva, formando-se um precedente obrigatório.[59]

Além disso, o STF também utiliza como instrumento para tutelar a ordem constitucional, por meio da uniformização da jurisprudência a respeito das normas constitucionais, o incidente de assunção de competência, em que, diante de recurso extraordinário não repetitivo, cuja repercussão geral foi reconhecida, a turma pode afetar o caso para que seja julgado pelo plenário[60], pretendendo alcançar a unificação de entendimento sobre tema controvertido.

---

[57] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 3. ed. rev. e atual. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 25-26.
[58] MOREIRA, op. cit..
[59] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 13. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 594.
[60] Ibidem, p. 372.

No ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser tolerado o julgamento de processos envolvendo questões semelhantes com decisões díspares, na medida em que essa divergência jurisprudencial vai de encontro ao princípio da isonomia.[61]

Ademais, a obediência aos precedentes, instituídos pelo STF, tem como objetivo a busca da concretização da segurança jurídica, na medida em que os casos semelhantes deverão ter o mesmo tratamento, garantindo-se, assim, a previsibilidade e a confiança dos jurisdicionados nas decisões proferidas por referida Corte.[62]

Portanto, é por meio dos instrumentos debatidos ao longo deste tópico que o STF promove a unificação da jurisprudência a respeito da interpretação das normas constitucionais, cumprindo com seu papel jurídico-político e, consequentemente, promovendo a ordem constitucional.

Neste momento, cabe destacar de que maneira o STJ herdou as competências, anteriormente atribuídas ao STF, e com que sentido exerce seu papel constitucional, bem como por quais instrumentos efetiva tal função.

2.5 Superior Tribunal de Justiça: competências herdadas do Supremo Tribunal Federal e a formação de jurisprudência específica sobre matéria federal

Conforme exposto, a Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição cidadã, distribuiu as competências que até então se concentravam no STF, entre aludida Corte e o STJ, promovendo uma cisão entre a questão constitucional e a questão federal, relativa aos estados federativos brasileiros.[63]

Desde a sua instituição, ao STJ foi atribuída a função de uniformizar a jurisprudência nacional, promovendo a unidade do direito federal, função atribuída

[61] Ibidem, p. 656.
[62] Ibidem, p. 656.
[63] MACEDO, Elaine Harzheim; CHAPPER, Alexei Almeida. O papel institucional do Superior Tribunal de Justiça no sistema processual e o novo código de processo civil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, jul./ dez. 2015, p. 115-125. Disponível em:<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/851>. Acesso em: 04 nov. 2017.

pela Constituição com fundamento nos princípios da segurança jurídica e da isonomia, sendo que, com a instituição do novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, tal missão adquiriu ainda mais evidência, na medida em que foram instituídas técnicas específicas de julgamento com o objetivo de consolidar a competência do referido Tribunal.[64]

Cumpre destacar que o STJ, como Corte de vértice, não está vinculado apenas ao argumento das partes e ao caso concreto, sendo que deve oferecer à sociedade a compreensão e a orientação do ordenamento jurídico. Aludido tribunal deve promover estabilidade e a reconstrução dos significados atribuídos aos textos e elementos normativos inseridos na ordem jurídica e, com isso, extrapolar "os limites de decisões concretas para ocupar um espaço que se aproxima ao da regulamentação".[65]

O STJ deve estabilizar a jurisprudência com aplicabilidade sobre todo o território nacional em relação à interpretação da legislação federal infraconstitucional[66], de forma a confrontar os julgados proferidos no País pelos juízes e tribunais estaduais e federais e, assim, reunir, por abstração, o sentido essencial para interpretar os textos das leis infraconstitucionais[67].

A visão das Cortes Supremas em relação às questões que enfrenta deve ser diferente da visão realizada pelos julgadores de primeiro e segundo grau de jurisdição, estes atendendo ao princípio do duplo grau de jurisdição, sendo que aquelas Cortes devem ter uma visão panorâmica do conjunto de litígios enfrentados

[64] Ibidem.
[65] Ibidem.
[66] Ibidem.
[67] BENETI, Sidnei. Formação de jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos, Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 2014, p. 221 apud MACEDO, Elaine Harzheim; CHAPPER, Alexei Almeida. O papel institucional do Superior Tribunal de Justiça no sistema processual e o novo código de processo civil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, jul./ dez. 2015, p. 115-125. Disponível em:<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/851>. Acesso em: 04 nov. 2017.

e, por meio disso, ajustar, reavaliar e reescrever a norma concreta contida na decisão submetida a recurso, tendo em vista a universalidade dos interesses da sociedade.[68]

Concluem Macedo e Chapper que

> [...]é como um efeito bumerangue: do texto genérico e abstrato da lei extrai o julgador o preceito normativo para regular o caso concreto e essa expressão conformada na sentença volta a ser considerada sob o aspecto da unicidade, da generalidade, da uniformização, por sua vez produzindo nova expressão normativa.[69]

Portanto, a função exercida pelo STJ representa a finalidade da atividade judiciária em relação ao entendimento de todo o direito federal infraconstitucional, sendo que a palavra final a tal respeito está na interpretação aplicada.[70]

O ordenamento jurídico brasileiro atribui ao STJ o papel de criar direito, no sentido de que suas decisões não mais possuem natureza meramente declaratória, mas constitutiva, na medida em que a realidade social é bem mais complexa do que as previsões legislativas, que são limitadas. E, assim, diante dessa complexidade, a fim de que os conflitos sejam pacificados, a jurisprudência acaba avançando além do direito posto. Portanto, como Corte Suprema, a função constitutiva e uniformizadora do STJ possui enorme relevância em relação à integridade do Estado Federativo.[71]

---

[68] MACEDO, Elaine Harzheim; CHAPPER, Alexei Almeida. O papel institucional do Superior Tribunal de Justiça no sistema processual e o novo código de processo civil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, jul./ dez. 2015, p. 115-125. Disponível em:<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/851>. Acesso em: 04 nov. 2017.

[69] Ibidem.

[70] ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do superior tribunal de justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999, Brasília, 1999, p. 37 apud MACEDO, Elaine Harzheim; CHAPPER, Alexei Almeida. O papel institucional do Superior Tribunal de Justiça no sistema processual e o novo código de processo civil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, jul./ dez. 2015, p. 115-125. Disponível em:<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/851>. Acesso em: 04 nov. 2017.

[71] MACEDO, Elaine Harzheim; CHAPPER, Alexei Almeida. O papel institucional do Superior Tribunal de Justiça no sistema processual e o novo código de processo civil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, jul./ dez. 2015, p. 115-125. Disponível em:<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/851>. Acesso em: 04 nov. 2017.

É importante que o STF não atue como Corte de Justiça, mas passe a atuar como Tribunal de Precedentes, a fim de buscar interpretar o direito a partir dos casos concretos que se demonstrem relevantes ao Estado Federado e a sua integridade.[72]

É necessário que se ampliem os mecanismos que ensejam a sobreposição dos precedentes, a fim de fortalecer o sistema de uniformização da jurisprudência, bem como de orientação das instâncias inferiores. Ademais, é mister não apenas a orientação para a efetividade do sistema, mas é preciso que se criem mecanismos de vinculação aos precedentes.[73]

Ressalta-se que o STJ utiliza, como instrumento para formar precedentes e uniformizar a legislação federal infraconstitucional, os recursos especiais repetitivos, que são julgados, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo sistema de causa-piloto, em que são selecionados dentre os repetitivos os recursos paradigmas e, por meio das decisões das causas contidas neles, são fixadas teses a serem aplicadas a todos os outros recursos que ficaram sobrestados. Formam-se, então, os precedentes, que devem ser seguidos por todos os juízos e tribunais em processos que envolvam a mesma questão repetitiva, seja de direito processual ou de direito material.[74]

No caso de a parte desistir do processo, quando estiver definido como recurso paradigma, tal desistência não impede o julgamento do recurso, havendo normalmente a formação da tese que o tribunal vai adotar. Entretanto, o julgamento não atinge a parte desistente, funcionando apenas como instrumento para estabelecer o entendimento a ser adotado, o qual vai influenciar os processos pendentes e os futuros. Tal hipótese está prevista no artigo 976 do Código de Processo Civil e funciona como exceção ao sistema de causa-piloto, adotado no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que a tese é fixada a despeito de não haver causa a ser julgada, visto que a parte desistiu. Fora referida hipótese excepcional, o sistema

[72] Ibidem.
[73] Ibidem.
[74] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 13. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 594.

utilizado é o de causa-piloto, em que é fixada a tese, a partir do julgamento de um caso selecionado.[75]

Outro instrumento utilizado pelo STJ para prevenir e corrigir eventual divergência jurisprudencial é o incidente de assunção de competência, previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil. Por meio do mencionado incidente, o órgão colegiado de maior composição procederá ao julgamento de caso relevante e de interesse público, que deveria ser inicialmente julgado por uma turma. Sendo que, por meio do aludido julgamento, é definido o entendimento da Corte sobre o tema.[76]

O incidente de assunção de competência também pode ser instaurado quando houver divergência interna na jurisprudência da Corte, funcionando como instrumento para o cumprimento do papel de uniformizar sua jurisprudência, amplamente debatido no presente trabalho.[77]

Além disso, o incidente de assunção de competência tem por objetivo a formação de precedente obrigatório, vinculando o próprio tribunal[78], seus órgãos e os juízos inferiores, sempre que o caso for afetado para julgamento por órgão de maior composição, indicado pelo regimento interno, conforme especificado no parágrafo terceiro do artigo 947 do Código de Processo Civil.[79]

Conclui-se que o incidente de assunção de competência e os recursos especiais repetitivos funcionam como instrumentos para a efetivação da função institucional do STJ de promover a unidade do direito e, especificamente, da legislação federal comum infraconstitucional. Além disso, são instrumentos de tutela da segurança jurídica, pois conferem credibilidade pública ao Poder Judiciário, na medida em que os jurisdicionados passam a acreditar que os casos similares serão

[75] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 13. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 593-596.
[76] Ibidem, p. 656-657.
[77] Ibidem, p. 657.
[78] Até que o Tribunal entenda necessária a revisão da tese.
[79] DIDIER JR., op. cit., p. 658.

igualmente tratados, recebendo soluções idênticas quando as situações fáticas forem iguais.[80]

Assim, serão evitadas as decisões divergentes para situações semelhantes e os conflitos que originaram as demandas serão dirimidos, sendo que o princípio da isonomia será fortalecido, na medida em que não mais serão aceitos resultados divergentes ou até contrários diante de casos concretos similares.[81]

Ressalta-se a importância de que as Cortes de superposição efetivamente realizem sua missão, na medida em que assim poderão afirmar os valores jurídicos constitucionalmente estabelecidos, colaborando para a promoção do direito.

2.6 Importância da efetividade das competências atribuídas aos tribunais de superposição para a afirmação dos valores jurídicos, sociais e políticos do estado

Para que se faça uma análise sobre a efetividade de um ordenamento jurídico em relação à tutela dos direitos de seus jurisdicionados, é necessário entender o papel que as cortes de cúpula desempenham nesse sistema, conforme detalhadamente exposto no presente capítulo, de forma a promoverem a unidade do direito.[82]

Mitidiero estabelece dois modelos que orientam a maneira como essas cortes devem se manifestar em face do papel ocupado pela interpretação das normas no sistema jurídico: o modelo de Cortes Superiores e o de Cortes Supremas.[83]

No primeiro modelo, as Cortes Superiores possuem o papel de controlar a legalidade das decisões recorridas, sendo que a uniformização da jurisprudência

[80] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 13. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 656.
[81] Ibidem, p. 656.
[82] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 13.
[83] Ibidem, p. 13.

funciona como meio para o alcance da finalidade principal, que é controlar a decisão decorrida.[84]

No segundo modelo, as Cortes Supremas fazem uso dos precedentes a fim de orientar a sociedade civil e jurídica em relação à interpretação que deve ser dada aos textos legislativos. Nesse sentido, o caso concreto funcionará como meio para que a corte promova o fim de interpretar o direito, sua principal função. Ademais, a violação à interpretação formulada por essas cortes constituiria falta intolerável.[85]

Observa-se que as cortes de vértice brasileiras devem funcionar como Cortes Supremas, a fim de viabilizar a promoção da igualdade, da segurança jurídica e da efetiva tutela de direito, imprescindíveis ao Estado Constitucional.[86]

O processo civil deve proporcionar os instrumentos para que os jurisdicionados obtenham a efetiva tutela de seus direitos, com a implantação de um sistema de precedentes, que se voltam para a unidade do direito.[87]

Ressalta-se que a autoridade conferida aos precedentes das Cortes Supremas é resultado do desenvolvimento da atividade interpretativa e da evolução referente ao conceito de direito, sendo fundamental para promover uma ordem jurídica coerente, que prima pela segurança jurídica e pela igualdade perante o direito.[88]

Para entender como as cortes devem se organizar, é necessário definir a função que o processo civil exerce nesse ordenamento jurídico constitucional, sendo que a transição de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional pressupõe a

[84] Ibidem, p. 13.
[85] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 13-14.
[86] Ibidem, p. 14.
[87] Ibidem.
[88] MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 99.

mudança no modo de pensar o processo, deixando de funcionar apenas para a resolução de conflitos.[89]

Primeiramente, em relação à teoria das normas, o Estado Legislativo entende a norma como sinônimo de regra, sendo os princípios estabelecidos como fundamentos para aquelas, mas não se caracterizam como normas. Entretanto, no Estado Constitucional, as normas podem funcionar como princípios, regras e postulados.[90]

Assim, no Estado Constitucional, os princípios adquirem força normativa e passam a vincular os seus destinatários e, além disso, surgem os postulados normativos, que são normas que disciplinam a forma como serão aplicadas outras normas.[91]

O direito passa a estar contido na Constituição e a jurisdição não apenas declara a vontade da lei, mas deve adequá-la aos direitos instituídos pelo texto constitucional, sendo que, segundo Marinoni, o juiz passa a ter o papel de também criar o direito, principalmente quando diante de casos em que a omissão legislativa nega direitos fundamentais. Afirma que, em vez de ajustar a realidade de acordo com as normas e os princípios, são estes últimos que devem ser acomodados para se adaptar às novas realidades.[92]

Quanto à técnica legislativa, a transição de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional ocasiona a passagem de uma legislação com elementos casuísticos para uma em que se misturam tanto a técnica casuística como a técnica aberta.[93]

---

[89] MITIDIERO, op. cit., p. 15.
[90] Ibidem.
[91] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 15.
[92] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 58-60.
[93] MITIDIERO, op. cit., p. 16.

No Estado Constitucional, ora o legislador faz a previsão expressa e pormenorizada dos casos que pretende disciplinar ao redigir suas proposições (técnica casuística), ora faz uso de termos indeterminados, prevendo ou não consequências jurídicas nas proposições (técnica aberta).[94]

Em relação ao papel da interpretação jurídica, no Estado Legislativo há correlação entre o texto e a norma, sendo que o legislador, ao outorgar um texto, também estaria produzindo uma norma, ao passo que a jurisdição apenas declararia a norma já existente quando da solução de algum caso concreto.[95]

No Estado Constitucional, o legislador insere no ordenamento jurídico apenas um texto, sendo que a norma será o resultado de uma construção que envolve, além dos dispositivos normativos, elementos concretos relativos ao processo de aplicação, ou seja, a interpretação é a relação entre a atividade semântica e a argumentativa.[96]

O direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional enseja a concretização das normas conforme as necessidades relacionadas ao direito material levantadas no caso concreto, sendo que o juiz possui o poder-dever de preencher os conceitos jurídicos indeterminados, segundo a individualização da adequada técnica processual a fim de que efetive a tutela do direito material.[97]

Diante disso, o processo civil passou a responder não apenas pela necessidade de solucionar casos concretos por meio de decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito tendo em vista a formação de precedentes.[98]

Sendo assim, no Estado Constitucional, levando em consideração os fundamentos da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, o processo

[94] Ibidem.
[95] Ibidem.
[96] Ibidem, p. 17.
[97] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68-69.
[98] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 17.

civil assume o papel de fomentar uma ordem jurídica idônea para a tutela dos direitos. Somente diante desse contexto, é possível distribuir de maneira adequada as competências entre as cortes judiciárias nesse Estado Constitucional.[99]

A Constituição Federal de 1988[100] estabelece que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, estabelece-se como um Estado Constitucional, tendo como pilares políticos o Estado de Direito e o Estado Democrático.[101]

Por ser um Estado de Direito, a República Federativa brasileira também tem como fundamento a segurança jurídica e, assim, são estabelecidos os dois princípios fundamentais desse ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. Tais princípios se coordenam de forma a tornarem viável a liberdade e a igualdade, que são a verdadeira finalidade do Estado Constitucional.[102]

Um Estado que pretenda ser Estado de Direito necessita consolidar o princípio da segurança jurídica, por meio de um ordenamento jurídico estável, que promova a continuidade da ordem jurídica, instituindo previsibilidade quanto a suas normas.[103]

No Estado Constitucional, a finalidade do processo civil diz respeito à tutela dos direitos, com a prolação de decisão justa, bem como à formação e consolidação dos precedentes. Essa tutela promove um resultado que se dirige, primeiramente, às

[99] Ibidem, p. 18.
[100] BRASIL. Constituição da República de 1988. Art. 1º, III: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.
[101] MITIDIERO, op. cit., p. 18.
[102] Ibidem, p. 19.
[103] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

partes envolvidas no processo, mas também se dirige à sociedade em geral, por meio do precedente judicial.[104]

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado Constitucional priorizar e assegurar aos jurisdicionados uma decisão justa quando da obtenção da tutela dos direitos. Sendo que, nesse sentido, o foco direto são as partes que atuam no processo.[105]

O princípio da segurança jurídica, sob um foco direto no ordenamento jurídico e na sociedade em geral, impõe que o direito promova a confiabilidade, estabilidade e efetividade, implicando na formação dos precedentes e na obediência a eles.[106]

A dignidade da pessoa humana, por ser fundamento do Estado Constitucional, promove a necessidade de que o Direito seja pensado a partir da pessoa humana e não a partir do Estado. Ademais, a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 está organizada no sentido de partir da proteção ao indivíduo, instituindo primeiramente os princípios fundamentais, bem como os direitos e garantias fundamentais, para posteriormente estabelecer a organização do Estado e a organização dos poderes. Assim, é nítida a prioridade da pessoa humana nessa Carta Política.[107]

Tendo em vista que a Constituição brasileira de 1988 está fundamentada na dignidade da pessoa humana e que o Estado de Direito formado nesse contexto tem como base a segurança jurídica, resta claro que o processo civil só pode estar voltado para efetivar os direitos instituídos por esse ordenamento jurídico e, nesse sentido,

[104] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 19.
[105] Ibidem, p. 19.
[106] Ibidem, p. 19.
[107] Ibidem, p. 20.

caso esse processo estivesse centrado na autoridade do Estado ou na vontade concreta da lei iria de encontro ao Estado Constitucional.[108]

Importa destacar que um dos aspectos da segurança jurídica possui relação com o fato de que o cidadão precisa confiar que os órgãos jurisdicionais que possuem a função de aplicar o direito vão efetivamente concretizá-lo em situações em que tenha sido desrespeitado, devendo esse comportamento ser uma garantia para o jurisdicionado, ou seja, o Estado possui o dever de tutelar referido princípio, não podendo praticar atos que o contrariem.[109]

O processo civil, no Estado Constitucional, está diretamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, sendo que a sua finalidade deve ser a efetiva tutela dos direitos. Portanto, eleger a tutela dos direitos como sendo a finalidade do processo civil significa elevar a pessoa humana diante do Estado no plano constitucional.[110]

Para tutelar os direitos com efetividade, é necessário que o ordenamento jurídico desempenhe uma tarefa dupla: entregue decisões justas às partes envolvidas no caso concreto, por meio das cortes de justiça, e promova a unidade do direito, por meio da formação e do respeito aos precedentes, orientando a conduta social, papel a ser desempenhado pelas Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes.[111]

A formação dos precedentes e o respeito a eles são requisitos fundamentais para o estabelecimento da justiça, na medida em que os casos semelhantes são tratados de maneira igual, em vez de serem arbitrariamente diferenciados. Assim, para o estudo de uma teoria dos precedentes, é imprescindível entender o papel que

[108] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 26-27.
[109] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97.
[110] MITIDIERO, op. cit., p. 27.
[111] Ibidem, p. 28.

as cortes judiciárias devem desenvolver no Estado Constitucional[112], conforme já debatido nas subseções anteriores.

O precedente é fundamental para que se obtenha a unidade do direito, bem como um ordenamento jurídico que preza a coerência, sendo que tanto a unidade quanto a coerência promovem racionalidade ao direito.[113]

É importante que se distribuam adequadamente as competências das cortes judiciárias, inclusive a fim de que se obtenha economia processual e racionalização da atividade jurídica. Então, só faz sentido a previsão de novas instâncias judiciárias, se forem desenvolvidas dentro do contexto em que os tribunais são organizados.[114]

A base de uma organização judiciária se estabelece na função que as cortes vão desempenhar nesse sistema. Assim, a solução ideal seria que algumas cortes se responsabilizassem por solucionar as demandas dos casos concretos e outas se ocupassem apenas com a formação dos precedentes, ou seja, são divididas em Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes.[115]

Ressalta-se que o material com que os juízes trabalham é semelhante, a diferença está em como os casos se estabelecerão na atividade jurídica. Quando as cortes se destinarem à tutela dos direitos por emissão de decisão justa, a interpretação das normas será meio para que se obtenha a finalidade, que é a justa decisão do caso. Por outro lado, quando a corte está voltada para a tutela dos direitos por formação de precedentes, o caso concreto funciona como meio para que se alcance a interpretação adequada das normas relacionadas a ele. Portanto, a depender

[112] Ibidem, p. 30-31.
[113] MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 105.
[114] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31-32.
[115] Ibidem, p. 32.

das diferentes funções desempenhadas por aludidas cortes, serão utilizados meios específicos para que exerçam os seus papéis.[116]

As Cortes Superiores são pensadas de forma a apenas declararem a existência de uma norma pré-existente no caso em questão e, além disso, devem controlar as decisões recorridas, a fim de uniformizarem a jurisprudência, mas as razões que fundamentam essas decisões não funcionam como fontes primárias do direito.[117]

As Cortes Supremas reconstroem e outorgam o sentido dos textos normativos e dos elementos não textuais do ordenamento jurídico, a fim de produzir unidade ao direito, com a formação dos precedentes, sendo que as razões que fundamentam tais decisões devem possuir eficácia vinculante.[118]

Tendo em vista que, no Estado Constitucional, é fundamental a aplicação do princípio da segurança jurídica, ressalta-se a necessidade de que as Cortes de superposição do ordenamento jurídico brasileiro exerçam as funções de Cortes Supremas, promovendo a unidade do direito sob suas respectivas jurisdições.

Portanto, tanto o STF quanto o STJ devem promover a unificação do entendimento a ser aplicado relativo às normas constitucionais e ao direito federal comum respectivamente, a fim de tutelar a segurança jurídica, a confiabilidade dos jurisdicionados, a igualdade perante o direito e a estabilidade da ordem jurídica.

A instituição de um sistema de precedentes judiciais vinculantes tem muito a contribuir com aludido papel institucional das Cortes Supremas, no sentido em que está alinhado aos mencionados princípios, que são fundamentais em um Estado de Direito.

O próximo capítulo desenvolverá o tema dos precedentes judiciais, por meio da definição conceitual do aludido instituto, ressaltando os elementos que o formam,

[116] Ibidem, p. 33-34.
[117] Ibidem, p. 34.
[118] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.

bem como levantando os principais fundamentos utilizados para a concretização dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A INSTITUIÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL (?) NO DIREITO BRASILEIRO.

3.1 Conceito de precedente judicial: uma delimitação preliminar e necessária

Neste momento, é necessário delimitar o objeto deste estudo, os precedentes judiciais, a fim de embasar o entendimento de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de compreender seus limites e métodos de aplicação.

É importante esclarecer que o instituto de precedentes judiciais faz parte do Direito Processual, podendo estar presente em qualquer ordenamento jurídico, sendo este um conceito lógico-jurídico, pois a forma de compreender este fenômeno independe do direito positivo.[119]

O precedente judicial pode ser entendido sob dois aspectos: como a decisão judicial que estabelece uma tese jurídica, servindo de base para as decisões posteriores de casos idênticos, bem como a própria norma jurídica criada por meio da tese fixada na decisão em questão.[120]

Nem toda decisão judicial é caracterizada como um precedente, pois para a formação deste instituto é necessário que a decisão possua determinadas características, que lhe conferem o potencial de se tornar paradigma e orientar os magistrados e os jurisdicionados.[121]

Além disso, para que uma decisão se caracterize como precedente é indispensável a conexão entre a elaboração da tese jurídica e as circunstâncias

[119] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*: Teoria e Dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76-77.
[120] Ibidem, p. 77.
[121] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

fáticas do caso concreto que embasou a sua criação, para que esse entendimento possa ser posteriormente aplicado a casos semelhantes.[122]

Ressalta-se que o precedente constitui decisão a respeito de matéria de direito e não de matéria de fato e, para que seja formado, é essencial que a decisão aborde os principais argumentos que envolvem a questão de direito inserida na moldura do caso concreto, cabendo destaque para o fato de que um precedente pode ser formado por meio da análise de vários casos concretos, resultando em uma solução jurídica para o conjunto deles.[123]

Uma decisão que soluciona a questão de direito com base em fundamentos compartilhados por minorias não forma um precedente, sendo necessário que o fundamento seja compartilhado pela maioria dos membros do colegiado. Por exemplo, se um recurso é provido quanto ao mérito, ou seja, houve o apoio da maioria do colegiado, mas esse provimento for embasado em mais de um fundamento, sendo que nenhum fundamento é apoiado pela maioria do colegiado, então tem-se uma decisão que não forma precedente.[124]

Portanto, para que uma decisão seja caracterizada como precedente é imprescindível que tenha os elementos que configurem aludido instituto (que serão estudados na subseção subsequente), trate de questão de direito e que seu fundamento seja sustentado pela maioria, não se limitando a tão somente afirmar a letra da lei ou a reafirmar um precedente já formado.[125]

No ordenamento jurídico brasileiro, as decisões definitivas de mérito que podem formar precedentes vinculantes são previamente conhecidas, na medida em que previstas no art. 927 do Código de Processo Civil/2015, ou seja, o rol previsto

[122] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. ger.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 286.
[123] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158.
[124] Ibidem, p. 158.
[125] Ibidem, p. 158-159.

neste artigo enumera as decisões que já nascem com status de precedente vinculante, formando diretrizes decisórias que subordinam julgamentos futuros.[126]

Entretanto o momento de reconhecimento do precedente, se quando surge a decisão ou em um momento posterior, não é o que determina a sua caracterização, sendo que o que já nasce com esse status é vinculante, tendo em vista sua previsão legal, e o que é reconhecido como tal em momento futuro ao seu surgimento é definido como persuasivo.[127]

Após ter estabelecido a diferença entre precedente e decisão, faz-se necessário distinguir este instituto do conceito de jurisprudência, sendo esta o resultado de vários julgados numa mesma direção, revelando a interpretação da lei ou a solução apresentada a uma questão de direito, funcionando como critério para revisão de sentenças.[128]

Contudo, num mesmo momento temporal, podem-se notar acórdãos contraditórios a respeito de uma mesma questão de direito, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro possui mais de 50 tribunais de segundo grau, o que revela a falta de uniformidade da jurisprudência e a consequente insegurança jurídica, sendo que essa divergência jurisprudencial pode ser encontrada inclusive no mesmo tribunal, entre câmaras, turmas ou sessões. Portanto, para que a jurisprudência possua eficácia persuasiva, é necessário que seja demonstrada a uniformidade de entendimento sobre determinada questão de direito que esteja claramente sedimentado.[129]

A jurisprudência envolve uma pluralidade de decisões a respeito de vários casos concretos, ao passo que o precedente é uma decisão que se refere a uma

[126] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*: Teoria e Dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 79.
[127] Ibidem, p. 81.
[128] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 290-292.
[129] TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 jul. 2015. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 6 fev. 2018.

situação particular, que estabelece a moldura fática que servirá de base para sua aplicação futura.[130] Ou seja, para que o precedente seja aplicado na solução de outro caso, deve haver coincidência com a moldura fática que o originou.

Nota-se que é clara a diferença quantitativa entre o precedente e a jurisprudência, ao passo que o primeiro pode ser formado com apenas uma decisão e a segunda é caracterizada por uma sequência de decisões reiteradas.[131]

Além disso, não se pode confundir os conceitos de precedente e súmula, sendo esta um enunciado de regra jurídica originada do enfrentamento, pelos tribunais, de questões ou teses jurídicas divergentes. É um enunciado interpretativo, formulado de forma geral e abstrata, não derivando da solução de um caso concreto, característica que a difere do precedente, na medida em que este instituto é necessariamente uma decisão oriunda de um caso concreto, que dá origem à moldura fática a ser utilizada em sua futura aplicação a casos análogos.[132]

Convém ressaltar o conceito de precedente, formulado por Ronaldo Cramer, adaptado ao ordenamento jurídico brasileiro: "precedente é todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos"[133]. Depreende-se de tal conceito que o precedente forma uma norma jurídica que deve ser aplicada aos novos casos que se assemelhem com o que originou o precedente, não importando que seja reconhecido como tal em momento posterior à decisão ou tenha sua condição previamente definida.

---

[130] Ibidem.

[131] NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out./dez. 2014. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=213410>. Acesso em: 6 fev. 2018.

[132] TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 jul. 2015. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 6 fev. 2018.

[133] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*: Teoria e Dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 86.

Após estabelecer os aspectos que diferenciam o precedente da súmula e da jurisprudência, bem como ter estabelecido que nem toda decisão origina um precedente, é necessário definir os elementos que formam este instituto, a fim de compreender quais decisões de mérito podem dar origem a um precedente, o que será desenvolvido no tópico a seguir.

3.2 Precedente judicial e seus elementos

É necessário destacar os elementos que compõem os acórdãos para que se compreenda os elementos relativos ao sistema dos precedentes, sendo que recebem o nome de acórdão os julgados dos tribunais, que são compostos, no ordenamento jurídico do Civil Law, pelo relatório, pela fundamentação e pelo dispositivo.[134]

O relatório caracteriza-se pelo resumo processual e pelas principais alegações das partes, enquanto a fundamentação se refere à análise dos argumentos jurídicos utilizados pelas partes, bem como às matérias conhecidas de ofício e, por fim, o dispositivo "abriga a decisão do pedido formulado no recurso, no incidente processual ou na ação de competência originária".[135]

Além desses elementos, também está presente em todos os julgados a ementa, que compreende a síntese da tese jurídica adotada na decisão pelo tribunal, sendo que sua ausência não caracteriza a nulidade do julgado.[136]

Entretanto, para a compreensão do sistema de precedentes, é necessário ressaltar outros elementos presentes na parte da fundamentação do acórdão, que são os seguintes: *ratio decidendi* ou *holding* e *obiter dictum*.[137] Estes institutos foram desenvolvidos no sistema *Common Law*.

[134] Ibidem, p. 102.
[135] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*: Teoria e Dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 102.
[136] Ibidem, p. 102.
[137] Ibidem, p. 102-103.

A *ratio decidendi* é extraída da análise da fundamentação ao se isolar seus motivos determinantes, ou seja, é definida como o motivo essencial e determinante para a decisão do julgado.[138]

Ressalta-se que o motivo suficiente para a decisão do acórdão, por si só, não caracteriza a *ratio decidendi*, sendo necessário individualizar o motivo imprescindível para chegar à referida decisão e, para tanto, pressupõe-se uma nova valoração da fundamentação do julgado e, portanto, deve-se levar em consideração a sua qualidade.[139]

Sobre a relação entre os motivos suficientes e determinantes de uma decisão, destaca-se o seguinte:

> [...] podem existir dois motivos capazes de permitir uma decisão. Assim, por exemplo, o recorrente pode invocar dois fundamentos que apontam para a violação de um artigo do Código Civil, que, assim, são suficientes ou capazes de permitir o provimento do recurso especial. Nenhum deles é necessário, mas ambos são suficientes e, apenas quando considerado o raciocínio da Corte, podem ser qualificados como determinantes da decisão.[140]

Portanto, para que se determine a *ratio decidendi* dos julgados é necessário que o colegiado discuta e analise todos os fundamentos, na medida em que um motivo suficiente com propensão de se tornar determinante da decisão, mas que não foi devidamente analisado pelo órgão julgador, não poderá adquirir a natureza de *ratio decidendi* e, então, não poderá vincular outros órgãos judiciários, ou seja, não poderá formar precedente.[141]

Importante destacar que a formação da *ratio decidendi* não possui relação com o resultado do recurso, mas com o fundamento utilizado para solucioná-lo, sendo que, no julgamento dos recursos especial e extraordinário, só será formada

[138] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 209.
[139] Ibidem, p. 209.
[140] Ibidem, p. 210.
[141] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 210.

ratio decidendi quando a maioria do colegiado sustentar a mesma solução para a questão de direito ou o mesmo fundamento, pois, para que haja precedente, o fundamento que enseja o (des)provimento do recurso deve ser adotado pela maioria dos votos.[142]

Além de a *ratio* não ser formada quando o fundamento da decisão não for sustentado pela maioria do colegiado, ela também não se formará quando houver fundamentação insuficiente ou quando sua extração da fundamentação restar demasiadamente dificultada.[143]

A *ratio decidendi* é definida como a norma do precedente que será aplicada em decisões futuras de casos idênticos e, por isso, é necessário que seja discriminada para que haja formação do precedente.[144] Essa norma geral de direito possui o potencial de ser generalizada para aplicação em casos futuros[145].

A *ratio* pode ser compreendida a partir de suas duas funções: a interna, que é definida como a tese jurídica que solucionou determinado caso concreto; e a externa, que é caracterizada como a norma jurídica geral que servirá de parâmetro para a solução de casos futuros, envolvendo a mesma questão fática. Esta segunda função exercida pela *ratio decidendi* é elemento do precedente judicial, com potencial para ser universalizado e vinculante.[146]

Outro elemento é o *obiter dictum*, que também pode estar inserido na fundamentação do acórdão, mas não é essencial para a decisão proferida, na medida

---

[142] Ibidem, p. 189.
[143] SOUSA, Adriano Antonio de. *O tradicional sistema processual brasileiro e a revolução dos precedentes judiciais no CPC/2015*. Disponível em: <http://www.esamg.org.br/artigo/Art_Adriano%20Ant%C3%B4nio%20de%20Sousa_17.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.
[144] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*: Teoria e Dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 103-104.
[145] SOUSA, op. cit..
[146] SOUSA, Adriano Antonio de. *O tradicional sistema processual brasileiro e a revolução dos precedentes judiciais no CPC/2015*. Disponível em: <http://www.esamg.org.br/artigo/Art_Adriano%20Ant%C3%B4nio%20de%20Sousa_17.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

em que é formado por argumentos que completam ou reforçam o entendimento extraído da *ratio decidendi*, mas com aquela não se confundem. [147]

Os argumentos do *obiter dictum* não se inserem no contexto da *ratio decidendi* por não possuírem relação com a questão submetida a julgamento ou por não terem sido submetidas a prévio contraditório ou, ainda, por não terem sido julgados pelo tribunal.[148]

Ou seja, o conceito de *obiter dictum* é desenvolvido de forma negativa, na medida em que são as proposições de direito que não fazem parte da *ratio decidendi*, podendo até ser relevantes, mas são argumentos, proposições ou opiniões jurídicas acessórias dispensáveis para a resolução do caso, não influenciando na formação da *ratio*.[149]

Em outras palavras, o *obiter dictum* se refere a questões que foram colocadas em debate, entretanto são dispensáveis para a solução adotada para o caso concreto, podendo se consubstanciar em considerações marginais ou argumentos periféricos, bem como em argumentos minoritários e, portanto, não são vinculantes.[150]

É um elemento secundário do precedente judicial, podendo ser relevante no ordenamento jurídico que adote a teoria dos precedentes, na medida em que, como auxilia e circunda a motivação da decisão, pode revelar sua eficácia persuasiva em relação a uma provável alteração na orientação do Tribunal, perante determinada tese ainda majoritária.[151]

[147] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*: Teoria e Dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 107.
[148] Ibidem, p. 107.
[149] SOUSA, op. cit..
[150] Ibidem.
[151] Ibidem.

3.3 Pontos relacionados à precedentalização do Direito brasileiro que merecem especial atenção da comunidade jurídica – debate entre os processualistas: a polarização dos posicionamentos doutrinários

O Código de Processo Civil de 2015 possui diversos dispositivos que indicam a instituição e a aplicação do sistema de precedentes judiciais de maneira a se adaptar ao ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, pode-se citar o artigo 926 que determina o dever de uniformização da jurisprudência pelos tribunais, com o intuito de que se mantenha sua coerência, estabilidade e integridade.[152]

Há também o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), regulamentado a partir do artigo 976 do CPC, que possui o objetivo de proporcionar a uniformidade de entendimento em relação às questões de direito reiteradas nos tribunais, cuja falta de uniformização desrespeitaria os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, o referido Código trouxe a determinação de que as teses jurídicas formadas por meio desse instituto vinculariam as decisões de processos envolvendo casos fáticos idênticos tramitando na mesma área de jurisdição do respectivo tribunal.[153]

O disposto no artigo 927 traz em seu texto um rol de decisões que possuem eficácia vinculante, reforçando essa característica quanto às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e às súmulas vinculantes, acrescentando os acórdãos proferidos em IRDR e em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos, as súmulas do STF quanto às matérias constitucionais e as súmulas do STJ quanto às infraconstitucionais e, por fim, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados. Importante

[152] JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FREITAS, Elias Canal. As diretrizes da fudamentação judicial e o modo de aplicação da teoria dos precedentes no art. 489, § 1º, V e VI do CPC/2015. In: DIAS, Luciano Souto (coord.). *Temas controvertidos no novo código de processo civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 160.
[153] Ibidem.

ressaltar que, nesta última hipótese, a vinculação ocorre apenas em relação aos juízes e órgãos fracionários integrantes do respectivo tribunal.[154]

Quanto aos acórdãos proferidos em IRDR, sua eficácia é vinculante em relação à jurisdição do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, na medida em que se trata de procedimento de uniformização da jurisprudência relativo à segunda instância.[155]

Portanto, em referência às outras decisões vinculantes apontadas, todos os magistrados deste ordenamento jurídico devem passar a observá-las, ou seja, estão vinculados às teses jurídicas adotadas nas súmulas, decisões e orientações descritas nos já mencionados incisos do artigo 927 do CPC, sem deixar de aplicar o princípio do contraditório, bem como observando o dever de fundamentar todas as decisões, conforme estabelecido no artigo 489, § 1º, também do CPC.[156]

Os magistrados, ao julgarem com base em decisões vinculantes, devem deixar claros em sua fundamentação os motivos determinantes que levaram à aplicação do precedente ao caso em questão, conforme estabelece o artigo 489, § 1º, inciso V, do CPC, ou seja, deve ser destacada a *ratio decidendi* que deu origem ao caso paradigma.[157]

Portanto, cabe ao magistrado ou órgão judicial que criou o precedente explicitar sua *ratio decidendi* e, posteriormente, caberá a quem o aplicará interpretar os motivos determinantes relacionados ao respectivo caso fático.[158]

---

[154] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. ger.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 293-294.

[155] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. ger.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 294.

[156] Ibidem.

[157] JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FREITAS, Elias Canal. As diretrizes da fudamentação judicial e o modo de aplicação da teoria dos precedentes no art. 489, § 1º, V e VI do CPC/2015. In: DIAS, Luciano Souto (coord.). *Temas controvertidos no novo código de processo civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 162.

[158] Ibidem.

A intenção do novo CPC, ao instituir especial atenção à fundamentação das decisões quanto à aplicação dos precedentes, é evitar o uso indiscriminado de acórdãos e julgados com fundamentação genérica e imprecisa, sem identificar seus fundamentos determinantes, sendo que esse tipo de decisão é, na vigência deste código, punida com a nulidade da decisão, na medida em que será considerada como não fundamentada.[159]

Neste momento, cabe apontar quais são os argumentos utilizados para fundamentar a instituição dos precedentes judiciais vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os argumentos contrários a tal sistema.

3.3.1 Precedente judicial e sua carga vinculante. Qual a medida?

Quanto à força normativa do precedente judicial, há ordenamentos jurídicos que lhe atribuem eficácia persuasiva, como o sistema europeu-continental, bem como há aqueles que lhe atribuem eficácia vinculante, a exemplo do sistema anglo-saxão.[160]

Ao estudar o tema da força normativa dos precedentes, é necessário ressaltar a doutrina inglesa do século XIX, stare decisis, que institui a obediência aos mencionados precedentes. Essa teoria, além de atribuir-lhes valor, impede que os magistrados emitam decisões baseadas em opiniões isoladas, o que não quer dizer que devem ser seguidos de forma acrítica.[161]

Cumpre destacar que o precedente não constitui uma regra abstrata, mas possui relação intrínseca com os fatos do caso concreto que lhe originou, sendo imprescindível conhecer as suas razões, ou seja, sua ratio decidendi. Nesse sentido, ele não deve ser aplicado como se norma fosse, pois, apesar de ser possível que se

[159] Ibidem.
[160] FÉLIX, Marcelo Rubens Fernandes Macêdo Alves. Precedentes judiciais e segurança jurídica no novo cpc: a força normativa dos precedentes. In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (org.) et al. *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 216.
[161] Ibidem.

extraia uma norma dos precedentes judiciais, eles não se confundem com aquela, na medida em que possuem diferentes funções e são aplicados de maneiras diversas no ordenamento jurídico.[162]

A compreensão do precedente como norma geral e abstrata permite que os tribunais superiores condicionem as instâncias inferiores, entretanto Marcelo Rubens Félix acredita que o precedente, justamente por não ser norma, pode ser desafiado, utilizando a argumentação e a dialética, mostrando o equívoco do precedente que está sendo contestado.[163]

Marcelo Rubens Félix entende que os precedentes possuem força normativa, sendo essa característica o que o aproxima da lei, porém sua eficácia vinculante está relacionada não com a sua força legislativa, mas com a semelhança fática do caso sob análise com o caso que deu origem ao precedente, ou seja, sua aplicação não é imediata, mas é resultado de uma análise dialética entre o caso concreto e o precedente.[164]

Na análise hermenêutica dos casos a serem julgados, os juízes acabam criando uma norma originária, a ser aplicada na fundamentação de novas decisões que envolvam fatos semelhantes. A reincidente aplicação desse precedente acontecerá caso se repitam as características do caso concreto que o originou. Portanto, o precedente funciona como um mediador entre a lei e o que ocorre na realidade, bem como substitui os fatos hipotéticos que foram imaginados pelo legislador na elaboração da lei por um caso real, com as características que só a realidade pode fornecer.[165]

Diante desse raciocínio, Marcelo Rubens Félix adota o posicionamento de que os precedentes não possuem eficácia vinculante obrigatória de maneira

---

[162] Ibidem.
[163] Ibidem, p. 217.
[164] FÉLIX, Marcelo Rubens Fernandes Macêdo Alves. Precedentes judiciais e segurança jurídica no novo cpc: a força normativa dos precedentes. In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (org.) et al. *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 217.
[165] Ibidem, p. 218.

acrítica, apenas baseada na hierarquia de autoridade entre os tribunais, mas defende que sua vinculação ocorra de forma coerente, mantendo uma linha lógica de raciocínio, ou seja, deve-se evitar o desrespeito aos precedentes não somente pela obrigatoriedade imposta, por exemplo, pelo Código de Processo Civil quanto a decisões específicas, mas porque desrespeitar um precedente pode levar a uma incoerência sistêmica, o que deve ser evitado a todo custo por um ordenamento jurídico.[166]

Os precedentes são formados não apenas para solucionar o caso concreto que os originou, mas para todos os casos futuros que com ele se assemelharem, portanto é conferido a eles um dever normativo que vincula os juízes dos futuros casos, sendo que só podem ser afastados se o caso possuir fatos diferentes, se for percebido erro ou houver superação do precedente.[167]

Tal obrigatoriedade do sistema de precedentes judiciais advém da necessidade de coerência que deve embasar o ordenamento jurídico e tem o objetivo de conferir aos jurisdicionados as garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição brasileira, levando em consideração os princípios da legalidade, da duração razoável do processo, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.[168]

Além disso, é notável que o CPC procurou valorizar o sistema de precedentes judiciais no Direito brasileiro, buscando uma sistemática que funcione no civil law, instituindo um sistema de precedentes vinculantes por determinação legal.[169]

Isso quer dizer que todo precedente formado deve ser seguido por determinação legal, ou seja, o respeito ao precedente se fundamenta não apenas no

---

[166] Ibidem, p. 219.
[167] Ibidem.
[168] FÉLIX, Marcelo Rubens Fernandes Macêdo Alves. Precedentes judiciais e segurança jurídica no novo cpc: a força normativa dos precedentes. In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (org.) et al. *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 220.
[169] Ibidem.

seu conteúdo, mas também na imposição da lei. Cumprindo ressaltar que essa vinculação deve ser racional e crítica, devendo os magistrados fundamentarem suas decisões quando da aplicação ou rejeição do precedente ao caso em análise, sob pena de nulidade da decisão, conforme estabelecido pelo artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC.[170]

3.3.2 Segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade: referências inestimáveis à estabilidade da ordem jurídica e prováveis contributos dos precedentes judiciais

A segurança jurídica é compreendida pela doutrina como expressão do Estado de Direito, sendo considerada como princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental, o que confere ao Estado brasileiro o dever de tutelar esse princípio, estando proibido de renegá-lo.[171]

O princípio da segurança jurídica é fundamento para o sistema de precedentes, bem como norteia o seu uso, possuindo relação com a previsibilidade e com a estabilidade, na medida em que, caso os precedentes não sejam respeitados, as decisões proferidas pelo judiciário serão imprevisíveis para a sociedade, comprometendo a estabilidade da ordem jurídica.[172]

A segurança jurídica impõe que o ordenamento jurídico seja estável, ou seja, que tanto a legislação quanto a produção judicial tenham um mínimo de continuidade, sendo certo que é requisito indispensável ao Estado de Direito a uniformização na interpretação e na aplicação do direito.[173]

---

[170] JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FREITAS, Elias Canal. As diretrizes da fudamentação judicial e o modo de aplicação da teoria dos precedentes no art. 489, § 1º, V e VI do CPC/2015. In: DIAS, Luciano Souto (coord.). *Temas controvertidos no novo código de processo civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 164.

[171] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96-97.

[172] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*: Teoria e Dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 124.

[173] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 98.

O artigo 926, do CPC, estabelece que o Poder Judiciário deve zelar pela uniformidade de sua jurisprudência, de forma a mantê-la estável, íntegra e coerente. Importante ressaltar que, para Cramer, o termo jurisprudência foi utilizado no sentido de coletivo de precedente, pois a primeira é o ambiente em que ocorrerá a criação ou a superação deste último.[174]

Entende-se que os tribunais não devem permitir divergência de interpretação entre seus órgãos fracionários, sendo-lhe atribuída a função de manter sua uniformidade interna, a fim de deixar clara a identificação de seu posicionamento.[175]

A uniformidade interna de jurisprudência de um tribunal ocorre principalmente por meio da edição de súmulas, sobre as quais os *§§ 1º e 2º, do artigo 926, do CPC, esclarecem ser necessária a relação com a base fática dos precedentes que ensejaram a sua criação, na medida em que, antes da vigência deste código, as súmulas eram produzidas de forma abstrata, desconectadas do precedente.*[176]

A estabilidade da jurisprudência só é alcançada caso os tribunais respeitem seus próprios precedentes e os dos tribunais superiores, pois é assim que se demonstrará de forma sólida o posicionamento dos mencionados órgãos sobre questões específicas, com precedentes firmes e estabelecidos no ordenamento jurídico.[177]

Ressalta-se que a estabilidade não decorre apenas da continuidade quanto ao direito legislado, mas também exige o respeito aos precedentes judiciais, na medida em que não adiantaria uma legislação estável em um contexto em que as decisões judiciais fossem constantemente alternadas.[178]

---

[174] CRAMER, op. cit., p. 124.
[175] Ibidem.
[176] Ibidem.
[177] Ibidem, p. 125.
[178] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 103.

A estabilidade das decisões judiciais está relacionada com a função dos magistrados de colaborarem com o Estado na prestação de tutela jurisdicional adequada, levando em consideração o contexto global do ordenamento jurídico em vez de apenas considerarem sua autonomia para decidir de forma isolada, sendo imprescindível para tanto a estabilidade do conteúdo produzido pelo judiciário por meio de suas decisões.[179]

A estabilidade da jurisprudência é imprescindível para criar credibilidade em relação ao judiciário e impõe que os tribunais evitem a superação dos precedentes e, quando for necessário, que o façam de forma fundamentada especificamente quanto a essa alteração.[180]

O artigo 926, do CPC, estabelece também a regra de que os tribunais mantenham sua jurisprudência íntegra, o que significa dizer que a criação ou a aplicação dos precedentes a respeito de norma jurídica específica não deve ser feita de forma isolada, mas levando em consideração os precedentes anteriores, adicionando novos entendimentos a respeito do significado da referida norma. Além disso, a integridade também pressupõe a formação de precedentes em observância aos princípios constitucionais que fundamentam este ordenamento jurídico.[181]

Portanto, fica claro que um precedente formado por um tribunal desrespeitando posicionamento anterior do mesmo órgão ou de tribunais superiores sobre a mesma matéria ou um precedente criado em desacordo com os princípios constitucionais viola a integridade da ordem jurídica.[182]

Outra regra, disciplinada pelo artigo 926 do CPC, é a de que a jurisprudência dos tribunais seja coerente, sendo assim os precedentes só podem ser aplicados a causas idênticas, sendo que a não aplicação deles a casos semelhantes

[179] Ibidem.
[180] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*: Teoria e Dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 125.
[181] Ibidem, p. 128.
[182] Ibidem.

ou sua utilização em casos que não se assemelhem caracteriza desrespeito à coerência que deve ser mantida pelos tribunais.[183]

Importante destacar que a decisão que aplica o precedente a casos idênticos ou o rejeita por serem diferentes deve ser devidamente fundamentada, a fim de que seja mantido o respeito à coerência, o que está em consonância com o artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC.[184]

Cramer entende que o artigo 926, do CPC, viabiliza a implementação de um sistema de precedentes, que deve considerar a estabilidade, a fim de que os tribunais só alterem os precedentes excepcionalmente e de forma fundamentada, também levando em consideração a integridade, ou seja, observando as decisões anteriores na construção de novos precedentes e, por fim, mantendo a coerência ao aplicar os precedentes somente para os casos semelhantes.[185]

A segurança jurídica também possui relação com a previsibilidade, no sentido de que, ao se manter a unidade do direito, haverá maior confiança em sua efetividade, evitando-se surpresas. Aludida unidade do direito é função a ser desempenhada pelas Cortes Supremas, que não podem admitir decisões que contrariem seus precedentes, a fim de que se mantenha previsibilidade no ordenamento jurídico.[186]

3.3.3 Precedente judicial, Princípio da Igualdade e Efetividade

A Constituição Federal brasileira instituiu o princípio da igualdade no artigo 5º, estabelecendo que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]", sendo assim, este ordenamento jurídico só permite o tratamento

[183] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*: Teoria e Dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 128.
[184] Ibidem.
[185] Ibidem, p. 128-129.
[186] MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

desigual quando se tornar necessário para que se estabeleça uma relação de igualdade, ou seja, quando estiverem presentes fatores que o justifiquem.[187]

É necessário compreender a extensão desse princípio em relação à jurisdição, pois, num primeiro momento, pode-se entender que ele está presente desde que a todos seja assegurado o acesso à justiça ou desde que sejam aplicadas igualmente a todos os processos judiciais as técnicas e os procedimentos processuais. Entretanto, quando se trata do princípio da igualdade, não basta a igualdade de acesso à jurisdição, a igualdade técnica processual ou o tratamento processual igualitário, na medida em que esses elementos, por si sós, não garantem a obtenção de uma decisão justa e racional.[188]

Ressalta-se a importância de diferenciar o direito ao processo justo do direito à decisão racional e justa: o primeiro tem relação com a implementação do direito ao contraditório, bem como com a efetivação da tutela à jurisdição; enquanto o segundo refere-se ao conteúdo da decisão, que deve ensejar a legitimação da jurisdição.[189]

Neste contexto, surge a importância de que o princípio da igualdade seja aplicado perante as decisões judiciais, exigindo que o Poder Judiciário emita decisões uniformes para os casos concretos a ele submetidos, evitando a existência de posicionamentos divergentes. Sendo necessário destacar que a manutenção da uniformidade de decisões não cabe somente para o julgamento de casos repetitivos, mas para toda e qualquer decisão emitida por este Poder.[190]

A aplicação do princípio da igualdade quanto à atividade jurisdicional de entregar à sociedade decisões uniformes tem relação com a aplicação da ideia de justiça, na medida em que deve haver tratamento igualitário para os iguais. Diante

[187] Idem. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.
[188] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 113.
[189] Ibidem.
[190] SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. *Fundamentos constitucionais da vinculação do precedente judicial*. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4747/3110>. Acesso em: 27 fev. 2018.

disso, a necessidade do uso dos precedentes judiciais vinculantes se fundamenta na aplicação da justiça e, portanto, na efetivação da igualdade das decisões judiciais.[191]

É perceptível que, na atual realidade brasileira, aceita-se a prática de juízes e tribunais proferirem decisões diferentes para casos semelhantes, o que acontece até mesmo no contexto de um mesmo órgão jurisdicional num período curto de tempo. De acordo com Marinoni, aludida situação deslegitima a justiça, levando a função judicial ao descrédito, juntamente com o desprestígio do papel do advogado. Na pior das hipóteses, a imparcialidade do juiz pode ser colocada em dúvida, bem como a ética do exercício da advocacia.[192]

Não é possível que, sob o pretexto da liberdade de convicção, elemento de fundamental importância para garantir independência e imparcialidade ao juiz, os magistrados possuam a liberdade de interpretar a lei de forma diferente da utilizada por uma Corte Suprema, que possui especificamente o dever de atribuir sentido ao direito[193], conforme explorado no primeiro capítulo deste trabalho.

Os juízes colaboram com a definição do sentido do direito em sua tarefa de interpretar a lei, mas quem emite a última palavra a esse respeito é a Corte Suprema[194], por meio de uma decisão que deve ser seguida pelos demais magistrados e órgãos jurisdicionais, senão seria criado um cenário com diversas possibilidades jurídicas para regular a vida em sociedade, cada uma podendo ser aplicada a depender do entendimento de cada juiz, dificultando a consolidação do direito.[195]

---

[191] Ibidem.
[192] MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 107.
[193] Ibidem.
[194] Conforme explicitado no primeiro capítulo deste trabalho, aqui se utiliza o termo Cortes Supremas para fazer referência ao STF e ao STJ, enquanto cortes que possuem a função primordial de definir o sentido do direito, em vez de apenas exercerem o papel de Cortes Superiores, que se limitam a emitir decisões justas aos casos julgados, sem possuírem a função específica de colaborar com a atribuição de sentido ao direito no contexto do ordenamento jurídico como um todo.
[195] MARINONI, op. cit., p. 107-108.

Portanto, quando a Corte Suprema confere sentido ao direito, ao pronunciar a última palavra a respeito da interpretação possível a ser aplicada, é necessário que essa decisão possua eficácia obrigatória e vinculante, a fim de que se colabore com a unidade do direito, além de conferir aos jurisdicionados igualdade perante o direito.[196]

Ressalta-se que a eficácia obrigatória decorre do princípio da igualdade, sendo imprescindível que as decisões das Cortes Supremas sejam precedentes obrigatórios, especificamente em um ordenamento jurídico que entende que todos devem ser tratados igualmente perante o direito.[197]

É somente com a efetividade da igualdade das decisões proferidas pelos magistrados para casos concretos semelhantes que se promoverá a justiça, cuja relação com o sistema de precedentes será abordada a seguir.

3.3.4. Acesso à Justiça

Há argumentos contrários à instituição de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, com base no entendimento de que esse instituto viola a garantia de acesso à justiça, pois, para os defensores de aludida tese, os jurisdicionados possuem direito a um julgamento dissociado de definições prévias e vinculantes a respeito da interpretação a ser aplicada na solução do respectivo caso.[198]

Entretanto, Marinoni defende o posicionamento de que a vinculação ao precedente possui o efeito de fortalecer o direito de acesso à justiça e não de limitá-lo ou negá-lo. Sendo importante destacar que o precedente é revogável e, além disso, a análise da adequação do precedente ao caso concreto é feita pelo juiz, que deve

[196] Ibidem, p. 108.
[197] Ibidem.
[198] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 154.

demonstrar fundamentadamente a distinção ou a semelhança do caso em análise com a moldura fática do caso que deu origem ao precedente.[199]

Nesse sentido, não há que se falar em violação ao direito de acesso à justiça, o que viria a acontecer caso os juízes não se vinculassem aos precedentes, emitindo decisões destoantes daquelas proferidas pelas Cortes Supremas, por meio de sua função de atribuir sentido ao direito.[200]

Em um Estado de Direito, não há espaço para decisões múltiplas e contraditórias a respeito de um mesmo caso, é imprescindível que se mantenha a previsibilidade e a estabilidade das decisões, que é exatamente o objetivo de se estabelecer um sistema de precedentes obrigatórios.[201]

A violação ao direito de acesso à justiça acontece quando se obriga a parte a interpor recurso para ter seu direito, já respaldado por precedente, tutelado, incentivando-se uma litigiosidade que poderia ser evitada com a aplicação de precedentes vinculantes.[202]

Ademais, impor ônus desnecessário aos jurisdicionados, obrigando-os a litigarem para que tenham seu direito efetivamente protegido viola o direito de acesso à justiça, bem como os direitos fundamentais à efetiva tutela jurisdicional e à duração razoável do processo.[203]

3.3.5. Independência judicial

O CPC consolidou o sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro em nome dos princípios da segurança jurídica e da isonomia

[199] Ibidem.
[200] Ibidem.
[201] Ibidem.
[202] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 155.
[203] Ibidem.

jurisdicional, instituindo o dever de que os juízes de instância de base observem o entendimento predominante dos tribunais superiores.[204]

Entretanto, com esse sistema de precedentes, surge o questionamento sobre a possibilidade de interferência na independência do juiz, ou seja, indaga-se a respeito do risco de o juiz funcionar como "boca do tribunal", termo utilizado por Paulo Morales[205] para se referir ao juiz como mero aplicador de precedentes.[206]

Primeiramente, é necessário destacar que as garantias constitucionais, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, previstas no artigo 95 da Constituição aos membros do Poder Judiciário, asseguram que sua atuação seja livre de ingerências indevidas e represálias, podendo exercer suas funções de forma independente.[207]

A Constituição também garante ao Poder Judiciário independência quanto aos outros Poderes da República, conferindo-lhe autonomia orgânico-administrativa e financeira, previstas nos artigos 96 e 99 respectivamente.[208]

Percebe-se que os juízes são respaldados pela independência de sua atuação e o sistema de precedentes vinculantes realmente restringe parte dessa independência, porém esse princípio não deve ser analisado isoladamente, mas no contexto de outros princípios constitucionais, como a isonomia e a segurança jurídica.[209]

Cumpre ressaltar a importância de tratamento igualitário quanto às decisões judiciais, sendo imprescindível sua unidade, com o intuito de evitar diferentes

---

[204] MORALES, Paulo Ricardo Maciel Gonzalez. Os precedentes vinculantes e a independência do magistrado: o juiz como "boca do tribunal"? In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (org.) et al. *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 245.

[205] Paulo Morales utiliza esse termo em analogia à expressão de Montesquieu, que entendia que os juízes da nação eram seres inanimados, sendo a boca que pronuncia as palavras da lei.

[206] MORALES, op. cit., p. 245.

[207] Ibidem, p. 253.

[208] MORALES, Paulo Ricardo Maciel Gonzalez. Os precedentes vinculantes e a independência do magistrado: o juiz como "boca do tribunal"? In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (org.) et al. *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 253.

[209] Ibidem, p. 254.

decisões para casos semelhantes. É nesse contexto que se deve analisar a restrição da independência jurisdicional, levando em consideração a coerência jurídica e a estabilidade do ordenamento jurídico.[210]

A aplicação dos precedentes não pode ocorrer de forma acrítica e desordenada, mas se deve ter o cuidado de analisar cada caso, distinguindo suas peculiaridades, a fim de que o precedente seja redefinido e ajustado à nova situação, operando-se uma abertura interpretativa do sistema jurídico-constitucional.[211]

Torna-se necessário cautela na aplicação dos precedentes pelos magistrados, evitando-se aplicá-los de forma mecânica a diversos casos, apenas para facilitar a prestação jurisdicional.[212]

Teresa Wambier e Bruno Dantas acreditam que a liberdade judicial não coloca a decisão de mérito a salvo do controle exercido pelas partes, bem como de eventual uniformização da jurisprudência em relação a outros julgados. Acrescentam que o juiz pode colocar em prática a sua criatividade para decidir, mas a decisão está sujeita ao controle das instâncias superiores, que podem adequá-la a um precedente vinculante ou à jurisprudência firmada. Isso porque a liberdade deve ser do judiciário e não do juiz.[213]

O juiz poderá fazer uso de sua criatividade quando diante dos *hard cases* ou quando a regra jurídica a ser aplicada empregar conceitos de outros universos, como o científico, biológico e sociológico. Teresa Wambier e Bruno Dantas referem-se a esse ambiente decisório como frouxo, na medida em que a uniformização de jurisprudência é mais difícil de ser produzida, devendo o Judiciário, aos poucos inovar e incorporar às suas decisões as alterações externas ao direito, por meio dos

[210] Ibidem.
[211] Ibidem.
[212] Ibidem.
[213] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a lei 13.256/2016. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 164.

"poros" deixados pelas normas, como suas cláusulas gerais e conceitos vagos, e, portanto, adequando o direito à vida.[214]

Mesmo em tais casos em que o juiz fará uso de sua criatividade para decidir, há que se buscar elementos dentro do sistema, em especial condizentes com os princípios constitucionais, não podendo haver espaço para fundamentos conectados aos interesses pessoais do julgador.[215]

No entanto, quando diante dos casos fáceis, os que são disciplinados por normas que envolvem poucos aspectos da realidade para incidir, principalmente quando houver interpretação majoritária dos tribunais superiores sobre aludida matéria, não haverá espaço para a criatividade do juiz, sendo que, se fizer uso dela, estará agindo de forma indevida como legislador, conforme entendimento adotado por Teresa Wambier e Bruno Dantas.[216]

Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro acaba tolerando a existência de decisões que se baseiam nas contribuições pessoais dos julgadores, o que está em descompasso com as diretrizes do sistema. Isso permite um cenário de decisões diferentes para casos iguais, por mais que se esteja aplicando o mesmo dispositivo legal, situação indesejável para um ordenamento que se baseia na segurança jurídica. Entretanto, não é porque se tolera esse tipo de situação que ela vai ser considerada correta, pois o sistema é criação humana e, portanto, está longe de ser perfeito.[217]

[214] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a lei 13.256/2016. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 137 e 165.
[215] Ibidem, p. 166.
[216] Ibidem.
[217] Ibidem, p. 167.

3.3.6 Obstáculos ao desenvolvimento do Direito e mecanismos de renovação dos precedentes judiciais. A ratio decidendi e o distinguishing

Ao longo deste capítulo foram desenvolvidas as diversas justificativas para um sistema de precedentes vinculantes, destacando-se sua importância, em virtude da estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais, permitindo que os jurisdicionados confiem nos direitos instituídos nos textos legislativos, contudo, importa ressaltar a forma com que os precedentes serão modificados diante das diversas alterações que ocorrem no cenário social e legislativo.[218]

Como visto na Subseção 2.2 do presente capítulo, a compreensão do precedente enseja a delimitação de sua ratio decidendi, distinguindo-a do obter dictum. É importante, no sistema de precedentes, a aplicação da mencionada ratio decidendi aos novos casos, na medida em que os precedentes possuem a função de regular o futuro.[219]

A aplicação ou não de um precedente vinculante a um caso sob julgamento depende da delimitação da sua ratio decidendi, que são os fundamentos determinantes da decisão, bem como da análise fática do novo caso concreto, que, se for similar ao caso que ensejou a formação do precedente, ele será aplicável. Caso os fatos sejam diferentes daqueles oriundos do caso paradigma, que deu origem ao precedente, então este não deve ser aplicado.[220]

---

[218] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. ger.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 297.

[219] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 231.

[220] PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes no Código de Processo Civil de 2015. In: DIAS, Luciano Souto (Coord.). *Temas Controvertidos no Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 219.

Ao se delimitar a ratio decidendi de um precedente, são considerados os fatos materiais do primeiro caso que foram tidos como relevantes na elaboração do raciocínio jurídico disposto na decisão.[221]

Se o precedente não for aplicado, é necessário que o julgador demonstre, em sua decisão, especificamente a distinção encontrada, a fim de fundamentar o afastamento do precedente ao caso em questão, sendo essa técnica chamada de distinguishing.[222]

O distinguishing revela a existência de divergências fáticas entre os casos ou então que a ratio decidendi do precedente não se amolda ao novo caso, na medida em que os fatos materiais não se assemelham.[223]

É necessário que essa divergência seja demonstrada, na medida em que o artigo 489, § 1º, V, do CPC, estabelece que a decisão que não demonstrar referida distinção ao não aplicar precedente invocado pela parte será considerada como não fundamentada.[224]

Entende-se que a técnica do distinguishing estabelece o entendimento de que, se a ratio decidendi do precedente for aplicável ao caso, ele deve necessariamente ser aplicado, porém, se aludida ratio contém particularidades fáticas não encontradas no novo caso, o precedente não será aplicado e haverá a oportunidade para uma nova solução jurídica ao referido caso.[225]

O fato de existir a técnica do distinguishing não significa que o juiz poderá facilmente desrespeitar os precedentes, mas apenas quando realmente estiver presente mencionada divergência, devendo o julgador atuar com prudência e com critérios ao utilizar referida técnica. Também não poderá ser utilizado em razão de

[221] MARINONI, op. cit., p. 232.
[222] PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes no Código de Processo Civil de 2015. In: DIAS, Luciano Souto (Coord.). *Temas Controvertidos no Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 219.
[223] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 232.
[224] PEREIRA, op. cit., p. 219.
[225] Ibidem, p. 219-220.

qualquer distinção, mas deve ser justificado mediante uma fundamentação convincente.[226]

Cabe destacar, ainda, que o CPC, no artigo 927, *§§2º ao 4º*, instituiu a possibilidade de superação do precedente a fim de impedir o engessamento do direito, possibilitando, portanto, seu desenvolvimento[227]. Tal procedimento é importante no contexto em que se necessita alterar o entendimento jurisprudencial, tendo em vista as mudanças sociais e legislativas operadas[228].

Pode acontecer de o precedente não ser mais compatível com a realidade econômica, política ou social e até se tornar incongruente com as novas normas legislativas ou com os novos precedentes formados, sendo que, nestes casos, o precedente deve ser superado por meio da técnica do overruling.[229]

O overruling é uma forma de reconhecer a revogação do precedente em sua totalidade, procedendo-se à sua superação, ou seja, quando o precedente judicial se torna ultrapassado por ser inconsistente com a nova legislação, com novos precedentes ou com a nova dinâmica social, deve ter sua aplicação afastada por meio da aludida técnica do overruling[230], o que impede o engessamento do direito.

---

[226] MARINONI, op. cit..

[227] MORALES, Paulo Ricardo Maciel Gonzalez. Os precedentes vinculantes e a independência do magistrado: o juiz como "boca do tribunal"? In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (org.) et al. *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 251.

[228] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. ger.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 297.

[229] GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no Relatório Final do Novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Volume 2: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 634.

[230] FONTENELE, Samuel Torres. Precedentes judiciais vinculantes e novo CPC: conciliando segurança jurídica e evolução do direito. In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (org.) et al. *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 319.

A técnica do *overruling* permite ao Tribunal que instituiu o precedente revogá-lo posteriormente em sua totalidade quando entender que o precedente está ultrapassado, adotando, a partir de então, um novo entendimento.[231]

O overruling caracteriza-se como a mudança de um precedente, que ocorre por meio de uma decisão judicial, indicando expressamente que aludido posicionamento não é mais aplicável. Essa alteração possui, em regra, efeitos retrospectivos, alcançando os casos que estão sob julgamento.[232]

Entretanto, a fim de que a estabilidade do ordenamento jurídico não seja colocada em risco diante da necessidade de superação de um precedente, excepcionalmente pode-se atribuir efeito prospectivo a essa nova regra jurídica a ser adotada com o overruling, sendo esta técnica chamada de prospective overruling.[233]

No Brasil, tem sido adotada a aplicação de efeitos prospectivos às decisões judiciais ou a modulação temporal dos seus efeitos, de forma similar ao prospective overruling do common law.[234]

Nesse sentido, a técnica processual da modulação dos efeitos das decisões judiciais permite que o tribunal limite, temporalmente, o efeito das referidas decisões, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e do interesse público.[235]

Referida modulação é a determinação do momento em que que os efeitos das decisões vão se projetar no tempo, se no momento de publicação da decisão ou se em um momento futuro.[236]

---

[231] MORALES, Paulo Ricardo Maciel Gonzalez. Os precedentes vinculantes e a independência do magistrado: o juiz como "boca do tribunal"? In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (org.) et al. *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 251.
[232] PINHO, op. cit., p. 297-298.
[233] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. ger.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 298.
[234] Ibidem.
[235] Ibidem.

Cumpre destacar que a alteração de entendimento, operada por meio do overruling, deve acontecer apenas se, ao levar em consideração os princípios da segurança jurídica, de proteção da confiança e da isonomia, a mudança de interpretação for mesmo necessária.[237]

Importante destacar que o atual CPC estendeu a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões, anteriormente restrita às súmulas vinculantes, aos precedentes com forte grau de vinculatividade.[238]

No decorrer deste capítulo, desenvolveu-se o tema dos precedentes judiciais vinculantes, instituídos pelo Código de Processo Civil/2015, com o objetivo de proporcionar unidade ao direito produzido no país, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da igualdade, da estabilidade, da previsibilidade, sem que seja limitada a independência judicial e o acesso à justiça.

Importante destacar que é a ratio decidendi de uma decisão, ou seja, seu fundamento determinante, que passa a vincular decisões futuras, o que enseja a necessidade de que a fundamentação das decisões seja feita de forma clara e qualificada, a fim de possuírem o potencial de formar precedentes judiciais vinculantes.

O sistema de precedentes judiciais estabelece uma decisão como paradigma com eficácia vinculante relativa a futuras decisões que envolvam a mesma moldura fática do caso que deu origem ao precedente, estando em completa sintonia com o princípio da segurança jurídica, que estabelece a necessidade de que o ordenamento jurídico se constitua de decisões coerentes, para que os jurisdicionados estabeleçam com tal ordenamento uma relação de confiança e de previsibilidade.

---

[236] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a lei 13.256/2016. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 285.
[237] Ibidem.
[238] Ibidem.

O próximo capítulo aponta a necessidade de análise de um tipo específico de precedente, o oriundo de recursos especiais repetitivos que envolve questão constitucional reflexa, que não é efetivamente analisada pelo STJ. Importante destacar que os precedentes são um meio de colaborar com a unidade do sentido atribuído ao direito pelos tribunais e, portanto, devem funcionar de forma a promover referida unidade.

4 RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E PRECEDENTE JUDICIAL DELE DECORRENTE: RELAÇÕES ENTRE ALUDIDO RECURSO E O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL SUBJACENTE À QUESTÃO FEDERAL DECIDIDA

No debate a respeito do sistema de precedentes, cabe ressaltar a questão da recusa do Superior Tribunal de Justiça em realizar o controle de constitucionalidade incidental diante da análise do recurso especial, envolvendo fundamento constitucional subjacente à questão federal a ser resolvida.

Tal entendimento do STJ decorre da atribuição do Supremo Tribunal Federal, estabelecida no artigo 102, inciso III, alíneas a, b, c e d, da CF[239], quanto ao julgamento de recurso extraordinário[240], ou seja, aludido tribunal entende que a análise da constitucionalidade de leis ficaria a cargo do STF por meio do recurso extraordinário.

[239] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[…]
III – Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
contrariar dispositivo desta Constituição;
declarar a inconstitucionaliade de tratado ou lei federal;
julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

[240] MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. Disponível em: <http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Direito/A_questao_inconstitucionalidade_da_Lei.pdf>. Acesso em: 13 mar 2018.

Entretanto, surge uma celeuma a respeito dessa recusa do STJ, na medida em que não são raras as vezes em que chega ao tribunal recurso especial com questão de aplicabilidade de lei federal, envolvendo reflexamente sua constitucionalidade.[241]

O STJ, ao se recusar a proferir juízo de mérito a respeito da constitucionalidade da referida lei, acaba aplicando legislação federal que, muitas vezes, é posteriormente declarada inconstitucional pelo STF.[242]

É justamente tal paradoxo que o presente capítulo do trabalho passará a analisar, pois, diante da instituição do sistema de precedentes vinculantes pelo CPC, especificamente no que se refere às decisões proferidas pelo STJ em recursos especiais repetitivos, caso referido tribunal mantenha a recusa de analisar a constitucionalidade de lei, por via difusa, nos mencionados recursos que envolvam essa discussão de forma incidental, surgirá um contexto em que tais decisões, porque sujeitas à formação de precedentes, vincularão juízes e instâncias inferiores na aplicação de lei federal, que poderá posteriormente vir a ser declarada inconstitucional pelo STF.

Essa situação vai de encontro ao princípio da segurança jurídica, principal fundamento favorável à instituição de um sistema de precedentes vinculantes, o que pode ocasionar efeito contrário ao que se espera de um precedente judicial.

Importa destacar que não se pretende esgotar esse tema, mas apenas trazer à tona a necessidade de que aludida questão seja discutida, principalmente no contexto dos precedentes vinculantes.

---

[241] Ibidem.

[242] LIMA, Fábio Almeida. *O controle difuso de constitucionalidade no recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça*: a superação de um paradoxo sistêmico. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/014.pdf>. Acesso em: 13 mar 2018.

4.1 A necessidade de reflexões constitucionais na formação do precedente judicial em recurso especial repetitivo

Diante do problema exposto, surge a discussão da necessidade de que sejam desenvolvidas as reflexões constitucionais no momento da formação do precedente judicial em recurso especial repetitivo, na medida em que uma decisão com eficácia vinculante não pode deixar de realizar referida análise, sob o risco de permitir, por exemplo, a aplicação de legislação federal flagrantemente inconstitucional.

Ressalta-se que, no Brasil, vigora o controle de constitucionalidade difuso, em que qualquer juiz ou tribunal pode afastar a aplicação de uma lei, na análise de um caso concreto, por entendê-la inconstitucional.[243]

Além disso, o artigo 97 da Constituição Federal respalda a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pela maioria dos membros da Corte Especial do STJ.[244]

Entretanto, em 2001, ainda na vigência do CPC/73, a Corte Especial do STJ interpretou o artigo 105 da Constituição Federal no sentido de não analisar a constitucionalidade de leis quando julga recurso especial, por meio de julgamento com a seguinte ementa:[245]

> Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Arguição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr. Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento).
>
> 1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a arguição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.

[243] LIMA, Fábio Almeida. *O controle difuso de constitucionalidade no recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça*: a superação de um paradoxo sistêmico. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/014.pdf>. Acesso em: 13 mar 2018.
[244] LIMA, Fábio Almeida. *O controle difuso de constitucionalidade no recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça*: a superação de um paradoxo sistêmico. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/014.pdf>. Acesso em: 13 mar 2018.
[245] Ibidem.

> 2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.
>
> 3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso ao incidente faltará cabimento.
>
> 4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.
>
> 5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).
>
> 6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.
>
> 7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.
>
> 8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese.
>
> 9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos.[246]

Desde então, sedimentou-se o entendimento de que aludido Tribunal se resguardaria da análise de constitucionalidade de leis, mesmo que reflexa, nos julgamentos de recursos especiais, apenas abrindo possibilidade para tanto quando a declaração de inconstitucionalidade favorecesse o recorrido e não o recorrente.

Observa-se que tal entendimento foi fundamentado no sentido de que ao STJ competia a análise do direito comum, não estando inclusas em sua competência, quando do julgamento de recursos especiais, as matérias constitucionais.

---

[246] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial*. AI no Resp 215881/PR. Corte Especial. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Ailton de Carvalho e Silva e outros. Relator: Ministro Franciulli Netto. Relator p/ Acórdão: Ministro Nilson Naves. Brasília, 18, de abril de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=19281&tipo=0&nreg=199900453450&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20020408&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 16 mar. 2018.

Entretanto, encontram-se recursos especiais esparsos em que o órgão especial do STJ exerceu controle de constitucionalidade de Lei Federal quando do seu julgamento, ressaltando que se tratava de posicionamento minoritário na vigência do CPC/73.

A esse respeito, Fábio Lima[247] cita, em seu artigo, a Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especiai n. 616348/MG, sendo que cabe destacar o voto do Ministro Pádua Ribeiro, sinalizando, ainda que de forma minoritária, a alteração de entendimento quanto à análise de constitucionalidade difusa pelo STJ nos julgamentos de recursos especiais:

> Sr. Ministro Relator, alega-se, no recurso especial, ofensa ao dispositivo da lei federal. A Turma julgará e verificará: se o texto não for inconstitucional, ocorrerá ofensa. Será, então, caso de conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Mas, se o texto for inconstitucional, evidentemente, o recurso será desprovido. Não é verdade? Por isso, há esta dificuldade: como deixar de examinar a questão inconstitucional? Ao julgar o recurso especial, pelo mérito, pode-se, até mesmo, dele conhecer para proclamar a nulidade de ofício. Isso vale para matéria constitucional. É da nossa competência, de todo Tribunal do país declarar a inconstitucionalidade por maioria absoluta dos votos. Declarar a inconstitucionalidade significa declarar a nulidade da lei. Não tem sentido declarar a inconstitucionalidade se for a favor do recorrido, e não do recorrente. Isso é difícil de se aceitar. Se há uma viabilidade à inconstitucionalidade e ela é suscitada quando do julgamento da Turma, penso que pode beneficiar uma ou outra parte. Não me parece lógico que a declaração de nulidade da lei fique jungida apenas ao recorrente ou ao recorrido.
>
> Este é o meu posicionamento: arguida a inconstitucionalidade, ela há de ser examinada aqui pela Corte Especial, sem essa preocupação se a declaração, uma vez proclamada, beneficiará ao recorrente ou ao recorrido.
>
> Rejeito a preliminar.[248]

---

[247] LIMA, Fábio Almeida. *O controle difuso de constitucionalidade no recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça*: a superação de um paradoxo sistêmico. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/014.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[248] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial*. AI no Resp 616348/MG. Corte Especial. Recorrente: Companhia Materiais Sulfurosos – MATSULFUR. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki.

Por mais que, no recurso especial em questão, o STJ tenha declarado a inconstitucionalidade do dispositivo legal por via difusa, o entendimento majoritário, na vigência do CPC/73, não era esse, o que ensejou um cenário em que os jurisdicionados não tinham acesso à efetivação de direitos que tivessem por fundamento a inconstitucionalidade reflexa, arguida em recurso especial. Isso porque, além de o STJ se recusar a realizar a análise de constitucionalidade em questão, o STF também deixava de realizá-la em recurso extraordinário, sob o argumento de que a afronta à Constituição ocorria de forma reflexa e não direta.

A questão que se levanta no presente tópico da pesquisa é a preocupação quanto à formação de precedentes, por meio dos recursos especiais repetitivos, diante do conflito aqui apresentado, sendo necessário que ocorra uma mudança no entendimento adotado pelo STJ antes de se formarem precedentes nesse sentido, fortalecendo essa situação em que o jurisdicionado não terá sua pretensão analisada. Como fica o princípio da segurança jurídica num ordenamento jurídico que tem frustrado a prestação jurisdicional quanto à análise incidental de constitucionalidade nos mencionados recursos?

Com o aparente intuito de buscar solucionar essa problemática, o CPC/2015 promoveu as alterações previstas nos artigos 1.032 e 1.033, as quais serão analisadas na subseção seguinte.

4.2. Alterações na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em virtude do disposto nos arts. 1.032 e 1.033 do Código de Processo Civil de 2015

Primeiramente, ressalta-se o teor do disposto nos artigos 1.032 e 1.033 do CPC/2015:

> Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão

Brasília, 15, de agosto de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=599079&num_registro=200302290040&data=20071015&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

> constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.
>
> Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.
>
> Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.[249]

Para Guilherme Nóbrega, tais dispositivos preveem a fungibilidade dos recursos especial e extraordinário, com o objetivo de evitar a situação analisada no tópico anterior, em que o STJ recusava realizar a análise de constitucionalidade suscitada em recurso especial por mencionada matéria não ser de sua competência e, por outro lado, o STF, na análise de recurso extraordinário interposto concomitantemente, não adentrava no mérito por alegar se tratar de "mera 'ofensa reflexa' à Constituição".[250]

Tendo em vista evitar o não conhecimento do recurso especial em razão da previsão da súmula do STJ n. 126[251], a parte recorrente acabava interpondo recurso especial e extraordinário concomitantemente, mesmo que não houvesse violação pungente à Constituição.[252]

---

[249] BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

[250] NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Brevíssima nota sobre o controle difuso de constitucionalidade em sede de recurso especial e o novo Código de Processo Civil. *Migalhas*: processo e procedimento, 11 ago 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224927,11049-Brevissima+nota+sobre+o+controle+difuso+de+constitucionalidade+em>. Acesso em: 14 mar 2018.

[251] É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

[252] NÓBREGA, op. cit..

Por meio dos citados dispositivos, a parte recorrente não mais terá a necessidade de interposição concomitante dos aludidos recursos, sendo que poderá interpor apenas aquele que realmente entende ser cabível.[253]

Portanto, o STJ, na análise do recurso especial, caso entenda se tratar de matéria de competência do STF, fará a conversão desse recurso em extraordinário, conforme o devido procedimento legal.[254]

Surge a indagação quanto à interferência dos referidos dispositivos na possibilidade de análise de constitucionalidade difusa por meio de recurso especial pelo STJ.

Segundo Guilherme Nóbrega, tais dispositivos não impedem a análise incidental de constitucionalidade pelo STJ em recursos especiais, ressaltando-se que toda matéria infraconstitucional é, em certa medida, constitucional, o que levaria à conversão de todo especial em extraordinário, não sendo esta a intenção do legislador.[255]

Caso o STJ entenda que a controvérsia constitucional não seja incidental, mas principal, em vez de não conhecer do recurso por entender não se tratar de matéria de sua competência, como era de praxe na vigência do CPC/73, deverá encaminhar o recurso para o STF, procedimento que fortalece a prestação jurisdicional, não deixando a parte sem ter o seu pleito analisado.[256]

Para Guilherme Nóbrega, tal procedimento instituído pelos dispositivos mencionados acaba com o aparente conflito negativo de competência entre o STF e o STJ, fazendo com que uma dessas cortes necessariamente ofereça resposta à pretensão do jurisdicionado. Nóbrega ainda acrescenta que "a fungibilidade não

[253] Ibidem.
[254] NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Brevíssima nota sobre o controle difuso de constitucionalidade em sede de recurso especial e o novo Código de Processo Civil. *Migalhas*: processo e procedimento, 11 ago 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224927,11049-Brevissima+nota+sobre+o+controle+difuso+de+constitucionalidade+em>. Acesso em: 14 mar 2018.
[255] Ibidem.
[256] Ibidem.

deixa de fazer um caminho de volta à origem comum dos recursos especial e extraordinário, espécies do gênero recurso extraordinário *lato sensu*".[257]

Nóbrega conclui seu entendimento, opinando pela atribuição de efeito translativo ao recurso especial, com competência para o conhecimento de matéria de ordem pública, mesmo não prequestionada, incluindo a análise incidental de constitucionalidade. Isso porque, continua Nóbrega, não faria sentido não reconhecer tal atribuição ao STJ ou lhe impor a aplicação de norma inconstitucional, o que seria uma afronta à Constituição.[258]

4.3 Citações à jurisprudência formada pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de recursos especiais repetitivos: uma crítica constitucional às decisões

Torna-se oportuna a referência a decisões do STJ, em recursos especiais repetitivos, envolvendo aplicação de lei com suposta inconstitucionalidade reflexa. Ressalta-se que os recursos analisados nesta subseção foram julgados na vigência do CPC/73.

Portanto, passa-se à análise de alguns recursos especiais repetitivos, a fim de observar casos concretos envolvendo a recusa do STJ em exercer o controle de constitucionalidade incidental e, assim, decidindo pela aplicação de leis com aparente inconstitucionalidade reflexa.

4.3.1 Recurso Especial n. 1.114.938/AL, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 14/4/2010, DJe 2/8/2010

Passa-se à análise da decisão proferida pela Terceira Seção do STJ, referente ao Recurso Especial n. 1.114.938/AL, julgado conforme procedimento previsto para os recursos repetitivos, sob o rito do CPC/73. Segue a ementa do acórdão:

[257] Ibidem.
[258] Ibidem.

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.787/99. PRAZO DECADENCIAL DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI 9.784/99. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ART. 103-A DA LEI 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 19.11.2003, CONVERTIDA NA LEI 10.839/2004. AUMENTO DO PRAZO DECADENCIAL PARA 10 ANOS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NO ENTANTO.
>
> 1.A colenda Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência. (01.02.99). Ressalva do ponto de vista do Relator.
>
> 2. Antes de decorridos 5 anos da Lei 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP138, de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 (LBPS) e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários.
>
> 3. Tendo o benefício do autor sido concedido em 30.7.1997 e o procedimento de revisão administrativa sido iniciado em janeiro de 2006, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para a Autarquia Previdenciária rever o seu ato.
>
> 4. Recurso Especial do INSS provido para afastar a incidência da decadência declarada e determinar o retorno dos autos ao TRF da 5a. Região, para análise da alegada inobservância do contraditório e da ampla defesa do procedimento que culminou com a suspensão do benefício previdenciário do autor.[259]

Trata-se de recurso especial interposto pelo INSS, com vistas a reformar o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em que foi

[259] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp 1.114.938/AL. Terceira Seção. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Ivanildo dos Santos. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 14, de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9581512&num_registro=200900002405&data=20100802&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

reconhecida a decadência do ato revisional de benefício previdenciário executado pelo referido órgão em 2006, sendo que o benefício havia sido concedido em 1997.

O argumento utilizado pelo Tribunal *a quo* foi a consumação da decadência da Administração Pública para revisar ou cancelar o referido ato administrativo, tendo em vista o prazo decadencial de 5 anos para que a administração reveja seus atos, conforme estabelecido no artigo 54, da lei n. 9.784/99.

Entretanto, a Terceira Seção do STJ deu provimento ao recurso especial, afastando a incidência da decadência declarada pelo Tribunal *a quo*, sob o argumento de que, conforme precedente da mencionada Corte, o termo inicial do prazo decadencial de 5 anos seria a data de publicação da lei n. 9.784/99, ou seja, em 01/02/1999, sendo que, antes de decorridos 5 anos da publicação da referida lei, foi publicada a Medida Provisória n. 138, de 19/11/2003, convertida na lei n. 10.839/2004, fixando em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis aos seus beneficiários. Portanto, como a revisão do benefício pelo INSS ocorreu antes de transcorridos 10 anos da concessão do benefício, não havia que se falar em decadência, estando válido o ato revisional.

Como aludido recurso foi admitido como representativo da controvérsia, a teor do art. 543-C, do CPC/73, em razão da multiplicidade de recursos especiais com fundamento em questão idêntica de direito, o entendimento adotado foi replicado nos outros vários casos semelhantes, ou seja, múltiplos benefícios foram revisados pelo INSS, levando em consideração a aplicação de uma lei que foi publicada anos depois da concessão dos referidos benefícios.

Poderia ter sido aventada a discussão da constitucionalidade da aplicação da referida lei a benefícios concedidos anos antes de sua vigência como argumento no recurso especial interposto, entretanto o STJ se recusa a realizar esse tipo de análise nos mencionados recursos.

Parece que, diante da ausência da análise da constitucionalidade da lei, há o risco de que o STJ decida recursos especiais repetitivos no sentido de aplicar leis que

podem supostamente violar a Constituição, como é o caso em questão, que provavelmente viola o princípio da segurança jurídica, entre outros princípios constitucionais.

O problema se intensifica, na medida em que, conforme analisado nos capítulos anteriores, as decisões do referido tribunal em recursos especiais repetitivos forma precedente vinculante, o que leva à aplicação de um precedente a diversos casos semelhantes, sem levar em consideração a (in)constitucionalidade da lei, reproduzindo uma decisão que provavelmente afronta reflexamente à Constituição.

4.3.2 Recurso Especial n. 1.334.488/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 08/05/2013, Dje 14/05/2013

O presente tópico trata da decisão do STJ, proferida em recurso especial repetitivo, a respeito do instituto da desaposentação, cujo acórdão possui a seguinte ementa:

> RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.
>
> 1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.
>
> 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.
>
> 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos

> da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento. Precedentes do STJ.
>
> 4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsps 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.
>
> 5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.
>
> 6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.[260]

Trata-se de recursos especiais interpostos pelo INSS e pelo segurado com o objetivo de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o primeiro com o intuito de declarar a impossibilidade de renúncia à aposentadoria e o segundo com o objetivo de ser dispensado da devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

O segurado alega que trabalhou após a concessão do benefício e pretende obter novo benefício em que sejam considerados os posteriores salários de contribuição, além dos computados na primeira aposentação, o que caracteriza a chamada desaposentação.

O INSS sustentou que mencionado instituto viola o conteúdo do artigo 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, alegando que referida lei proíbe a renúncia à aposentadoria concedida.

---

[260] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp 1334488/SC. Primeira Seção. Recorrentes: Waldir Ossemer e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorridos: os mesmos. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 08, de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1186178&num_registro=201201463871&data=20130514&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

A Primeira Seção do STJ entendeu que a renúncia à aposentadoria é direito patrimonial disponível e por isso é passível de renúncia e, quanto à necessidade de devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que se pretende renunciar para a posterior concessão de novo benefício, entendeu não haver necessidade de devolução.

Portanto, como esse recurso especial foi examinado sob o rito dos repetitivos, conforme o CPC/73, o entendimento de que é possível ao beneficiário renunciar à aposentadoria para concessão posterior de novo benefício foi aplicado a diversos casos envolvendo essa mesma questão de direito.

Entretanto, posteriormente, o STF enfrentou este tema por meio do Recurso Extraordinário n. 661.256/SC, proferindo tese de repercussão geral, em que afirmou que somente lei poderia criar novos benefícios previdenciários, não havendo previsão legal para a desaposentação, afirmando a constitucionalidade do artigo 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991. Segue a ementa do acórdão:

> Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE nºs 661.256/sc (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/sc. Recursos extraordinários providos.
>
> 1. Nos RE nºs 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurado à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso.
>
> 2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional.

> 3. Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 661.256/SC: "[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, §2º, da Lei nº 8213/91".
>
> 4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE nºs 661.256/SC e 827.833/SC).[261]

Percebe-se que o STJ, ao julgar aludido recurso especial repetitivo, não adentrou na questão constitucional incidental, proferindo uma decisão que, posteriormente, foi negada pelo STF, criando uma situação em que as Cortes que possuem a função de zelar pela uniformidade do direito infraconstitucional e constitucional emitiram decisões contrárias, violando o princípio da segurança jurídica.

Percebe-se a necessidade de que o STJ altere seu posicionamento de não adentrar na análise da constitucionalidade incidental quando julga recursos especiais repetitivos, para que emita decisões em conformidade com os princípios basilares da Constituição Federal.

4.3.3 Recurso Especial n. 1.396.488/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 25/02/2015, Dje 17/03/2015

O recurso especial a ser analisado neste tópico trata da incidência ou não do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI sobre veículo automotor importado para uso próprio, com a seguinte ementa:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO IPI SOBRE VEÍCULO AUTOMOTOR IMPORTADO PARA USO PRÓPRIO.

[261] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. RE 661.256/SC. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Relator: Ministro Roberto Barroso. Relator p/ Acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27, de outubro de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4157562>. Acesso em: 16 mar. 2018.

IMPOSSIBILIDADE. CONSUMIDOR FINAL. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE.

1. Não se faz necessário, para a completa prestação judiciária, que o Tribunal se manifeste acerca de todos os pontos e dispositivos alegados pelo recorrente.

2. É firme o entendimento no sentido de que não incide IPI sobre veículo importado para uso próprio, tendo em vista que o fato gerador do referido tributo é a operação de natureza mercantil ou assemelhada e, ainda, por aplicação do princípio da não cumulatividade.

3. Precedentes desta Corte: AgRg no AREsp 252.997/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.4.2013, DJe 10.4.2013; AgRg no AREsp 333.428/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.8.2013, DJe 22.8.2013; AgRg no REsp 1369578/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 6.6.2013, DJe 12/06/2013; AgRg no AREsp 215.391/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 4.6.2013, DJe 21/06/2013; AgRg no AREsp 227.517/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19.2.2013, DJe 25.2.2013; AgRg no AREsp 244.838/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5.2.2013, DJe 15/02/2013; AgRg no AREsp 241.019/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 6.12.2012, DJe 11.12.2012; AgRg no AREsp 204.994/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 9.10.2012, DJe 16.10.2012.

4. Precedentes do STF: RE 550170 AgR, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 7.6.2011, DJe-149 Divulg 3.8.2011 Public 4.8.2011; RE 255090 AgR, Relator (a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 24.8.2010, DJe-190 Divulg 7.10.2010 Public 8.10.2010; RE 501773 AgR, Relator (a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 24.6.2008, DJe-152 Divulg 14.8.2008 Public 15.8.2008.

5. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. Recurso especial provido.[262]

[262] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp 1396488/SC. Primeira Seção. Recorrente: Marcelo Bigolin. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 25, de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1286119&num_registro=201302521341&data=20150317&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

O recorrente interpôs o recurso em questão com o objetivo de reformar o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que decidiu pela incidência do IPI no caso de importação de veículo por pessoa física para uso próprio.

A Primeira Seção do STJ entendeu que o referido imposto não incide na importação de veículos automotores importados para uso próprio, na medida em que o fato gerador da incidência do IPI é o exercício de atividade mercantil ou outra atividade semelhante, sendo que o consumidor final, que importa o veículo para uso próprio e não para fins comerciais, não se encaixa na atividade em questão.

Ressalta-se que o STJ não adentrou na questão constitucional incidental para análise do tema, levando em consideração em sua decisão apenas a matéria infraconstitucional.

Entretanto, posteriormente, o STF proferiu decisão sobre aludido tema, no sentido da exigibilidade do IPI nas importações de veículos por pessoa física para uso próprio, por não haver afronta ao princípio da não-cumulatividade, por não se tratar de cobrança em cascata. A tese fixada é a seguinte: "Incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio"[263].

Observa-se mais uma decisão do STJ em que não se procedeu à análise da inconstitucionalidade incidental ao decidir recurso especial repetitivo, com posterior entendimento do STF em sentido diverso, situação essa que caracteriza afronta aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, colaborando com a instabilidade das decisões proferidas pelas Cortes de superposição do ordenamento jurídico brasileiro.

Diante da análise realizada neste capítulo da pesquisa, sobre os acórdãos proferidos pelo STJ, em recursos especiais repetitivos, que mantém o entendimento

[263] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. RE 723.651/PR. Tribunal Pleno. Recorrente: Luiz Geraldo Bertolini Filho. Recorrido: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 04, de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4334606>. Acesso em: 16 mar. 2018.

de recusar a análise da constitucionalidade incidental quando do julgamento dos referidos recursos, observa-se uma proliferação de decisões que passam a ser aplicadas a casos semelhantes, envolvendo a mesma questão de direito e, posteriormente, quando referidas matérias são analisadas pelo STF sob o aspecto constitucional, esta Corte emite decisões que contrastam com as proferidas pelo STJ, o que traz a reflexão sobre a necessidade de que o STJ proceda à reflexão do fundo constitucional do tema, no momento do julgamento dos repetitivos.

Conforme debatido no primeiro capítulo desta pesquisa, as Cortes de superposição possuem a função de zelar pela uniformidade do direito, dentro de suas respectivas competências, e, assim, contribuir para o desenvolvimento do direito. Tal função está em consonância com o princípio da segurança jurídica, que é fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o princípio da segurança jurídica, é importante que o direito se desenvolva de forma a promover confiabilidade, estabilidade e efetividade, por meio da formação de precedentes e do consequente respeito a eles, mas levanta-se o questionamento a respeito da formação de precedentes em recursos especiais repetitivos, com a manutenção do posicionamento do STJ de deixar de realizar a reflexão da questão constitucional incidental ao tema discutido. Não há como efetivar o princípio da segurança jurídica diante de decisões contraditórias por parte das Cortes que deveriam zelar pela uniformidade do direito nacional.

5 CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, analisou-se o sistema de precedentes judiciais implementado pelo CPC/2015, como ocorre sua aplicação no direito brasileiro e qual a fundamentação utilizada para defender sua instituição.

O primeiro capítulo esclareceu sobre o papel institucional das Cortes de superposição no sentido de envidarem esforços para manterem a uniformidade do sentido atribuído ao direito, o que pode ser conquistado com os precedentes

judiciais, por meio da aplicação da mesma decisão a casos similares, fortalecendo a prestação judicial quanto à segurança jurídica.

Foi explicado que os instrumentos utilizados pelo STF e pelo STJ com o objetivo de obter a uniformização do direito são, respectivamente, o recurso extraordinário em matéria constitucional, e o recurso especial repetitivo, em matéria infraconstitucional.

No segundo capítulo, foi analisada a precedentalização do direito brasileiro, bem como a definição do precedente e os elementos que o compõem, esclareceu-se que a fundamentação vinculante das decisões está na *ratio decidendi*, seu motivo determinante.

Além disso, destacaram-se as principais justificativas para um sistema de precedentes que se fundamentam na necessidade de um ordenamento jurídico que respeite o princípio da igualdade, da estabilidade, da previsibilidade e da segurança jurídica, emitindo decisões semelhantes para demandas semelhantes.

Também foi debatida a efetividade da justiça, que é alcançada por meio dos precedentes judiciais, que possuem eficácia vinculante.

Foi mencionado que os precedentes judiciais não representam limitação ao acesso à justiça por parte dos jurisdicionados, na medida em que um ordenamento jurídico que mantém a igualdade de decisões para casos fáticos similares promove a justiça e, ademais, os precedentes podem ser revogados quando for necessário, quando sua decisão não se ajustar mais em conformidade com a realidade social, conforme o procedimento específico a ser adotado.

Os precedentes não afrontam o princípio da independência judicial, na medida em que tal princípio deve ser levado em consideração juntamente com o princípio da segurança jurídica e o que se espera de um operador do direito é que almeje fazer parte de um ordenamento jurídico que preze pela coerência de suas decisões, sob o ponto de vista do ordenamento jurídico como um todo.

Os magistrados podem perceber que o precedente não é aplicável a determinada decisão, pois o caso fático possui particularidades não observadas no caso que originou o precedente, sendo esta a técnica do *distinguishing*.

Os precedentes não são estáticos, podem ser revogados, superados em conformidade com as mudanças que ocorrem na realidade social.

O terceiro capítulo tratou da relação entre o precedente proferido em recurso especial repetitivo e a reflexão constitucional subjacente à questão federal decidida, esclarecendo o posicionamento do STJ, desde a vigência do CPC/73, que é de não realizar aludida reflexão.

Entretanto, o CPC/2015 previu a possiblidade de fungibilidade dos recursos extraordinário e especial, sendo que, se o STJ, ao analisar o especial, entender que há competência do STF, será feita a conversão em recurso extraordinário, ou seja, um dos dois tribunais deverá se manifestar sobre a questão da constitucionalidade reflexa (se o STJ entender que a questão constitucional não é reflexa, o STF deverá analisar o extraordinário; se o STF entender que aludida questão é reflexa, o STJ deverá se manifestar sobre ela), o que pode alterar a jurisprudência do STJ sobre o tema.

Finalmente, analisaram-se três recursos especiais repetitivos em que o STJ não procedeu à análise da questão constitucional reflexa ao tema debatido, proferindo decisão que não levou em consideração o debate constitucional necessário.

Demonstrou-se que, quando o STF se manifestou sobre o tema anteriormente decidido pelo STJ sem proceder à referida análise, as decisões foram contraditórias, o que vai de encontro aos princípios amplamente debatidos neste trabalho, como a segurança jurídica, a coerência, a confiança, a estabilidade.

Tal cenário deslegitima a força dos precedentes proferidos em recurso especial repetitivo e coloca em risco a coerência do ordenamento jurídico, o que enseja a conclusão da necessidade de que o STJ reveja seu posicionamento de se

recusar a proceder à reflexão da questão constitucional incidental quando da formação desse tipo de precedente, o que fortalecerá a prestação jurisdicional e a efetividade da justiça, da segurança e da coerência jurídica.

O presente trabalho permite concluir que: 1) tanto o STF quanto o STJ, como Cortes Supremas de um Estado de Direito, devem zelar pela uniformização do sentido atribuído ao direito constitucional e infraconstitucional respectivamente; 2) O Código de Processo Civil/2015 instituiu um sistema de precedentes vinculantes, levando em consideração os princípios da segurança jurídica, da igualdade perante o direito, da estabilidade e da previsibilidade; 3) o sistema de precedentes vinculantes funciona como um instrumento para que aludidas Cortes de superposição cumpram seu papel institucional de uniformização do direito; 4) há necessidade de que o STJ repense seu posicionamento quanto à recusa da análise da questão constitucional subjacente à questão federal decidida em recurso especial repetitivo, na medida em que tal decisão forma precedente judicial vinculante; 5) os recursos especiais repetitivos analisados no terceiro capítulo demonstram que, quando o STF se manifestou sobre a matéria anteriormente decidida pelo STJ sem que fosse feita análise da questão constitucional reflexa, a decisão foi profundamente alterada, o que indica a necessidade de que o STJ repense seu posicionamento atual de se recusar a proceder à referida análise do tema constitucional.

A presente pesquisa pretendeu analisar o sistema de precedentes judiciais instituído pelo Código de Processo Civil/2015, tema que, por ser novidade no ordenamento jurídico brasileiro, revela diferentes posicionamentos por parte da comunidade jurídica, o que caracteriza a importância de tal análise.

Também foi abordada a questão da análise de constitucionalidade incidental pelo STJ diante do julgamento de recursos especiais repetitivos, questão sobre a qual o CPC/2015 promoveu a inovação de procedimento descrita nos artigos 1.032 e 1.033, que pode alterar a jurisprudência da referida Corte, o que qualifica a importância e a necessidade da abordagem desenvolvida ao longo do presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial*. AI no Resp 215881/PR. Corte Especial. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Ailton de Carvalho e Silva e outros. Relator: Ministro Franciulli Netto. Relator p/ Acórdão: Ministro Nilson Naves. Brasília, 18, de abril de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=19281&tipo=0&nreg=199900453450&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20020408&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial*. AI no Resp 616348/MG. Corte Especial. Recorrente: Companhia Materiais Sulfurosos – MATSULFUR. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 15, de agosto de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=599079&num_registro=200302290040&data=20071015&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp 1.114.938/AL. Terceira Seção. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Ivanildo dos Santos. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 14, de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9581512&num_registro=200900002405&data=20100802&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp 1334488/SC. Primeira Seção. Recorrentes: Waldir Ossemer e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorridos: os mesmos. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 08, de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1186178&num_registro=201201463871&data=20130514&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp 1396488/SC. Primeira Seção. Recorrente: Marcelo Bigolin. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 25, de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1286119&num_registro=201302521341&data=20150317&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. RE 661.256/SC. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Relator: Ministro Roberto Barroso. Relator p/ Acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27, de outubro de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4157562>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. RE 723.651/PR. Tribunal Pleno. Recorrente: Luiz Geraldo Bertolini Filho. Recorrido: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 04, de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4334606>. Acesso em: 16 mar. 2018.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*: exposição didática: área do processo civil, com invocação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*: Teoria e Dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil:* meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2016.

FÉLIX, Marcelo Rubens Fernandes Macêdo Alves. Precedentes judiciais e segurança jurídica no novo cpc: a força normativa dos precedentes. In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga et al (org.). *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FONTENELE, Samuel Torres. Precedentes judiciais vinculantes e novo CPC: conciliando segurança jurídica e evolução do direito. In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (org.) et al. *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2016.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no Relatório Final do Novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Volume 2: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodvim, 2014.

JUNQUILHO, Tainá Aguiar; FREITAS, Elias Canal. As diretrizes da fundamentação judicial e o modo de aplicação da teoria dos precedentes no art. 489, § 1º, V e VI do CPC/2015. In: DIAS, Luciano Souto (coord.). *Temas controvertidos no novo código de processo civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

LIMA, Fábio Almeida. *O controle difuso de constitucionalidade no recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça*: a superação de um paradoxo sistêmico. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/014.pdf>. Acesso em: 13 mar 2018.

MACEDO, Elaine Harzheim; CHAPPER, Alexei Almeida. O papel institucional do Superior Tribunal de Justiça no sistema processual e o novo código de processo civil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, jul./ dez. 2015, p. 115-125. Disponível em:<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/851>. Acesso em: 04 nov. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. Disponível em: <http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Direito/A_questao_inconstitucionalidade_da_Lei.pdf>. Acesso em: 13 mar 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das cortes supremas e o novo CPC*. Disponível em:< http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=36&shop_detail=492>. Acesso em: 5 jan. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. STJ precisa cumprir seu papel constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 abr. 2012. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2012-abr-10/primeiro-grau-efeitividade-stj-cumpra-papel>. Acesso em: 31 out. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 3. ed. rev. e atual. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas:* do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORALES, Paulo Ricardo Maciel Gonzalez. Os precedentes vinculantes e a independência do magistrado: o juiz como "boca do tribunal"? In: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (org.) et al. *Novo código de processo civil*: perspectivas e desafios: estudos em homenagem ao professor Daniel Gomes de Miranda. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto. A crise do Supremo Tribunal Federal: A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2180, 20 jun. 2009. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/13004>. Acesso em: 16 out. 2017.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Brevíssima nota sobre o controle difuso de constitucionalidade em sede de recurso especial e o novo Código de Processo Civil. *Migalhas*: processo e procedimento, 11 ago 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224927,11049-Brevissima+nota+sobre+o+controle+difuso+de+constitucionalidade+em>. Acesso em: 14 mar 2018.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out./dez. 2014. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=213410>. Acesso em: 6 fev. 2018.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes no Código de Processo Civil de 2015. In: DIAS, Luciano Souto (Coord.). *Temas Controvertidos no Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. ger.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. O Supremo Tribunal Federal tem natureza de corte constitucional? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 95, dez. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10818&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 4 nov. 2017.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. *Fundamentos constitucionais da vinculação do precedente judicial*. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4747/3110>. Acesso em: 27 fev. 2018.

SOUSA, Adriano Antonio de. *O tradicional sistema processual brasileiro e a revolução dos precedentes judiciais no CPC/2015*. Disponível em: <http://www.esamg.org.br/artigo/Art_Adriano%20Ant%C3%B4nio%20de%20Sousa_17.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

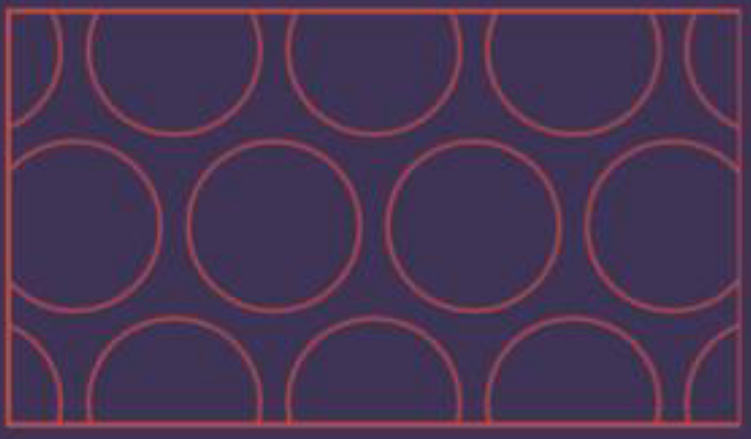
TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 jul. 2015. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 6 fev. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a lei 13.256/2016. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.1

Direito Público



UNICEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

A IMPENHORABILIDADE DOS RECURSOS DO FUNDO ESPECIAL DE ASSISTÊNCIA FINANCEIRA AOS PARTIDOS

Thiago França Guimarães

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo apreciar as questões que envolvem a impenhorabilidade dos recursos que compõem o Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos. Para tanto, remontará à origem dos partidos políticos objetivando demonstrar a importância das agremiações como forma de exercício da soberania popular de forma indireta, com enfoque na democracia brasileira que possui a natureza de democracia semidireta ou participativa. Na formação desse ambiente, indispensável será compreender a procedência dos recursos que compõem o fundo de assistência financeira para alcançar em suas formas de utilização, neste tangente, aplicabilidade no fomento do estado democrático de direito. A importância do tema se funda na natureza pública dos recursos do fundo partidário e a necessidade de tais verbas para a manutenção da atividade dos partidos. Por fim, aborda-se casos práticos demonstrando como se comportam, sob a ótica legal e jurisprudencial, a problemática de reconhecer ou não a impenhorabilidade dos repasses do Fundo Partidário e as consequências dos desdobramentos divergentes sobre o instituto em apreço, bem como os reflexos do advento do Código de Processo Civil sobre a matéria.

Palavras-chave: Direito Eleitoral – Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos – Fundo Partidário – Impenhorabilidade – Consequências – Análises.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo dimensionar a impenhorabilidade que gozam os recursos que compõem o Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos.

Para tanto, demonstrar-se-á a evolução histórica da representatividade democrática do povo por intermédio dos partidos políticos, porquanto o exercício da soberania popular pode ser concretizado de forma direta, por intermédio dos instrumentos constitucionalmente previstos (plebiscito, referendo e iniciativa popular), ou de forma indireta pelas agremiações políticas.

Nesse ínterim, será abordada no primeiro capítulo a origem da formação estrutural dos partidos políticos no mundo, bem como o desenvolvimento da atividade partidária especificamente no Brasil, através do movimento constitucional brasileiro e suas rupturas constitucionais, até chegar à Constituição Federal de 1988.

Será objeto de análise do presente estudo a estrutura dos partidos políticos e as formas de financiamento eleitoral, para manutenção de tal instituição, que possui natureza permanente, e para a promoção das campanhas eleitorais, com a consequente abordagem da recente vedação de doações por pessoas jurídicas para as campanhas, a possibilidade de doação por pessoas físicas e, por fim, as formas de financiamento público, dentre as quais se inclui o fundo partidário.

Em virtude do gerenciamento de recursos de terceiros, é imperioso ressaltar a necessidade de regulamentação da atividade partidária na aplicação de tais valores, o que importa na obrigatoriedade de prestação de contas pelos partidos políticos.

Tal procedência dos recursos utilizados pelas agremiações, bem como recentes alterações legal e jurisprudencial inerentes ao seu financiamento, são devidamente abordadas.

Após a tratativa geral sobre os partidos políticos, sua evolução, formação e formas de financiamento, passa-se a tratar no segundo capítulo o instituto da penhora, conceituando-o e classificando-o de acordo com seus efeitos processual e material e de suas espécies relativa e absoluta.

Para tanto, tratar-se-á da evolução legislativa do tratamento dispendido à matéria nos Códigos de Processo Civil brasileiros, desde 1939 até o recente Códex promulgado em 2015 e com entrada em vigor no ano subsequente.

Com isso, introduzir-se-á sobre as impenhorabilidades previstas na legislação brasileira, e sobre as possibilidades de sua relativização. Após a fixação de tal panorama geral, passa-se a abordar no terceiro capítulo o regime de impenhorabilidades na esfera eleitoral, na qual se inclui a impenhorabilidade do fundo de assistência financeira aos partidos políticos.

Será objeto de análise a composição dos recursos que integram o Fundo Partidário, além dos critérios e sistemática de distribuição pelo Tribunal Superior Eleitoral, com a tratativa sobre a impenhorabilidade dos recursos que formam o Fundo, sob o ponto jurisprudencial.

Ademais, abordar-se-á a impenhorabilidade conferida ao fundo de assistência financeira aos partidos políticos no Código de Processo Civil de 1973, quando da utilização do termo "absolutamente" impenhorável, e os consequentes reflexos jurisprudenciais tanto na esfera eleitoral, quanto na seara de execução de créditos trabalhistas.

A pesquisa discorre, ainda, sobre a decisão de maior relevância proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.474.605, que reafirmou a impenhorabilidade do fundo partidário, contudo ainda na vigência do Código de Processo Civil antigo.

Como razão de decidir, adotou a natureza pública dos recursos inseridos em tal forma de financiamento eleitoral e, portanto, possuem destinação específica, não podendo sofrer constrições patrimoniais decorrente de penhora determinada por decisões judiciais.

Por fim, aborda os reflexos da supressão do termo "absolutamente" no novo Estatuto Processual de 2015 e quais são os efeitos práticos decorrentes de tal mudança, abordando as novas decisões judiciais já sob a égide da nova ordem processual.

A metodologia empregada será a abordagem conceitual dos institutos da democracia, partidos políticos, impenhorabilidade e formas de financiamento

eleitoral, por intermédio de referências doutrinárias para, posteriormente, cotejar os julgados sobre a matéria, discorrendo sobre os entendimentos sedimentados.

A abordagem consistirá, ainda, em uma análise comparativa nos julgados proferidos antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 e se com o advento deste diploma legal houve alterações significativas no sentido normativo da impenhorabilidade sobre o fundo partidário.

2 A DEMOCRACIA SEMIDIRETA OU PARTICIPATIVA

O Estado possui três pressupostos que, classicamente, são denominados elementos constitutivos para sua formação. Tais elementos são: a politicidade ou governo, o povo e a territorialidade.[1]

O primeiro deles, denominado politicidade ou governo, é caracterizado pela "*prossecução de fins definidos e individualizados em termos políticos*".[2] Tais fins são perseguidos pelo povo, o qual é o único detentor de poder político, exercendo-o direta ou indiretamente em um território delimitado.

Nessa formação estatal, a democracia apresenta-se como regime de governo comprometido com direitos fundamentais, principalmente os relacionados à liberdade e à igualdade. Sob a ótica constitucional, pode-se conceituar democracia como:

> "o regime de governo do atual estágio do Estado de Direito surgido no segundo pós-guerra em resposta às atrocidades do totalitarismo. Ela representa a comunhão dos direitos fundamentais com a vontade popular, assim sendo, pode-se dizer que é um modelo teleologicamente comprometido com a igualidade fundamental de todos em uma humanidade comum"[3]

[1] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 44.
[2] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Portugal: Livraria Almedina: Portugal, 1993, p. 37.
[3] BIELSCHWSKY, Raoni Macedo. *Democracia Constitucional.* 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 81.

No Brasil, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consiste em condição humana ínsita e em norma balizadora de todo o ordenamento jurídico. Diante de tal relevância, assume papel de *"valor jurídico fundamental da comunidade"*[4], e é estampado logo no início da Carta Magna como fundamento da República Federativa do Brasil.[5]

No mesmo dispositivo há a menção expressa à opção do constituinte originário brasileiro por um Estado Democrático de Direito, calcado no governo das leis e na primazia do princípio da legalidade. Nesse regime, a participação popular é imprescindível para conferir legitimidade à atuação estatal, uma vez que a predominância dos anseios da maioria é vetor norteador do Estado.[6] Tal participação no Brasil ocorre direta e indiretamente, razão pela qual a democracia é classificada participativa ou semidireta.

Destarte, denominam-se direitos políticos as prerrogativas participativas na organização e funcionamento estatais. Sem a capacidade de interveniência na condução da administração do Estado, os direitos políticos não são efetivados em plenitude, os quais possuem relação umbilical com à democracia.[7]

É nesse cenário que torna-se relevante a abordagem dos mecanismos de exercício da democracia e da soberania popular, como forma de garantia do Estado de Direito.

---

[4] STRECK, Lenio L. Comentário ao art. 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. _____ (Coords.) *Comentários à Constituição do* Brasil. p. 125.

[5] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

[6] COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito eleitoral, direito processual eleitoral e direito penal eleitoral*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 39/40.

[7] GOMES, José Jairo. *Direito* eleitoral. São Paulo: Atlas, 2016. p. 6.

2.1 O exercício direto da soberania popular

Na atual sociedade, extremamente populosa e globalizada, é inimaginável vislumbrar uma democracia exercida unicamente de forma direta. A convocação de todo o povo para a tomada de cada decisão política inviabilizaria o desenvolvimento da atividade pública. Nas palavras de Bobbio:

> "Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista de desenvolvimento ético e intelectual da humanidade."[8]

Atualmente, existem mecanismos de exercício direto da democracia, conforme instrumentos previstos expressamente no texto constitucional. Nos termos do art. 14 da Constituição Federal de 1988, tais instrumentos são o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Veja-se:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
>
> I - plebiscito;
>
> II - referendo;
>
> III - iniciativa popular.[9]

Tais instrumentos, embora previstos na Constituição, são raramente utilizados pela população brasileira, o que segundo Alexandre Navarro Garcia tem como motivos as desigualdades sociais e os requisitos formais à implantação de tais medidas, o que impõe resistência às suas aplicações:

> "De um lado, aspectos estruturais como as desigualdades sociais e os limites colocados pela cultura são obstáculos ao incremento da participação popular. De outro, a própria

[8] BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 42.

[9] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

> autorização legal para seu exercício que, no mais das vezes, cria obstáculos formais intransponíveis"[10]

Dentre as modalidades de exercício direto da democracia, o referendo é a mais tradicional forma de obtenção de decisões coletivas. Nesse caso, há a transferência da sanção da decisão tomada pelos representantes eleitos para o povo, ou seja, *a posteriori* do ato praticado por estes.[11]

Já no plebiscito, a consulta aos administrados é prévia. O que vai nortear a atitude da Administração será o sentimento popular obtido pelos resultados estatísticos.

Por fim, a iniciativa popular é primordial no que concerne aos ânimos da população por alterações legislativas. É esse mecanismo que permite ao povo a possibilidade de proposição ao Poder Legislativo de projetos que visem determinada alteração legislativa.[12]

Depreende-se, portanto, que – embora raramente acionados – a Constituição Federal contempla mecanismos de atuação direta do povo na consecução do interesse público.

2.2 Os partidos políticos como instrumentos da democracia indireta ou representativa

Os partidos políticos correspondem a importantes instrumentos de manifestação da vontade popular em uma sociedade que adota o regime democrático. É por meio deles que a vontade política do povo é formada, exercendo papel de mediadores entre Estado e sociedade.[13]

---

[10] GARCIA. Alexandre Navarro Garcia. *Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa*. Revista de informação legislativa: v. 42, n. 166 (abr./jun. 2005). p. 2.
[11] GARCIA. Alexandre Navarro Garcia. *Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa*. Revista de informação legislativa: v. 42, n. 166 (abr./jun. 2005). p. 11.
[12] GARCIA. Alexandre Navarro Garcia. *Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa*. Revista de informação legislativa: v. 42, n. 166 (abr./jun. 2005). p. 12.
[13] MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 780.

A partir de tal premissa, é imperioso ressaltar que as atribuições dos partidos políticos não se restringem tão somente ao período de campanhas eleitoras ou eleições. Tais organizações possuem funções permanentes no amadurecimento da democracia.

O exercício de forma indireta do poder político nas mãos do povo tem como instrumento o voto. Os votos dos eleitores em conjugação com os partidos políticos são os responsáveis pela estabilidade da democracia. Sem as agremiações políticas, é inviável vislumbrar um sistema de manifestação da vontade majoritária do povo.[14]

Portanto, é necessário discorrer sobre a origem, a forma organizacional e quais são os meios de financiamento de partidos políticos no Brasil, dentre os quais se inclui o enfoque principal da presente pesquisa: o fundo partidário.

2.2.1 Origem dos partidos políticos

Na Grécia e Roma antigas, dava-se o nome de partido a um grupo de seguidores de uma ideia, doutrina ou pessoa. Contudo, foi na Inglaterra que as primeiras instituições de direito privado foram criadas, com o objetivo de congregar partidários de uma acepção política. Naquele cenário, os primeiros partidos registrados na história foram os partidos: Whig (Partido Político Britânico entre os séculos XVII a XIX, modernamente os Liberais) e Tory (Partido de Tendência Conservadora do Reino Unido, que reunia a aristocracia britânica).[15]

A dualidade entre conservadores e liberais na Inglaterra por ocasião da Revolução Gloriosa foi acompanhada pela instituição de republicanos e federalistas

[14] COELHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito Eleitoral, direito processual eleitoral e direito penal eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 131.
[15] MICHELS, Robert. *Sociologia dos Partidos Políticos*. Brasília, Universidade de Brasília, 1982.

nos Estados Unidos da América, em momento posterior à independência norte americana, e pelos girondinos e jacobinos no cenário da Revolução Francesa.[16]

Destarte, com a maior organização da ordem burguesa e as consequentes alterações econômicas promovidas, houve a insustentabilidade do modelo estatal absolutista então vigente, fazendo com que o Estado de Direito fosse instituído:

> "A burguesia, no período do absolutismo, ainda que não figurante do cenário político, já desempenhava certa influência em razão das transformações econômicas que estavam acontecendo, pois o absolutismo apresentou uma profunda contradição, ao manter a superestrutura política tradicional e abrir caminhos à infraestrutura econômica da burguesia que lhe foram fatais. O desenvolvimento econômico capitalista em determinado momento não suportou mais a antiga estrutura política absolutista. Surge o Estado de Direito."[17]

A criação dos primeiros partidos políticos coincide, portanto, com rupturas revolucionárias e com a busca de uma nova forma de representatividade do povo perante o Estado, eis que o regime absolutista não mais era tolerado.

Tais grupos possuíam caráter ainda não institucionalizado, na medida em que inexistia estrutura burocrática organizada e suas naturezas eram precárias. A única finalidade era a busca por uma melhor organização para o período de eleição dos representantes na sociedade. Como leciona Farias Neto:

> "A princípio, os partidos foram organizações puramente eleitorais, cuja função essencial consistia em assegurar o êxito de seus candidatos. Nesse contexto, a eleição era o fim e o partido era o meio. Depois, o partido desenvolveu funções próprias como organização capacitada para a ação direta e sistemática sobre a atividade política, colocando a eleição a serviço da propaganda partidária".[18]

É nesse cenário que ocorre a origem dos partidos políticos. A evolução de um caráter não institucionalizado para um instrumento indispensável à manutenção da

[16] ALVIM, Frederico. *A evolução histórica dos partidos políticos*. Revista Eletrônica da EJE, Brasília, ano 3, n. 6, p. 11-12, out./nov. 2013. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/283. p. 1.
[17] STRECK, Lenio L. Comentário ao art. 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W, _____ (Coords.) *Comentários à Constituição do* Brasil. p. 117.
[18] FARIAS NETO, P. S. *Ciência política: enfoque integral avançado*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 178.

democracia ocorre paulatinamente e, após a Segunda Guerra Mundial, assume especial relevo no mecanismo democrático, eis que serve de garantia de comunicação aberta entre o governo e os administrados.[19]

Segundo entendimento de José Afonso da Silva:

> "[...] os partidos destinam-se a assegurar a autenticidade do sistema representativo. Eles são, assim, canais por onde se realiza a representação política do povo, desde que, no sistema pátrio, não se admitem candidaturas avulsas, pois ninguém pode concorrer às eleições se não for registrado por um partido." [20]

A importância dos partidos políticos, a partir de então, conecta-se ao modelo democrático. Para Ferreira Filho, "*não se pode falar em eleição sem falar em partidos políticos*"[21], eis que tais organizações se tornaram instrumento de exposição das necessidades da população.

2.2.2 Partidos políticos no Brasil

Os partidos políticos no Brasil receberam especial tratamento a partir da Constituição Federal de 1988. Contudo, a evolução histórica do sistema de representatividade por intermédio dos partidos políticos pode ser contada por meio da evolução do movimento constitucional brasileiro, a qual se passa a abordar.

No período imperial, não havia formação partidária consolidada eis que tal formação tinha como principais integrantes tão somente os Partidos Liberal e

[19] ALVIM, Frederico. *A evolução histórica dos partidos políticos*. Revista Eletrônica da EJE, Brasília, ano 3, n. 6, p. 11-12, out./nov. 2013.Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/283. p. 1.

[20] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 409.

[21] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Democracia no Limiar do Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 166.

Conservador. Ademais, sequer havia previsão na Constituição de 1824 de agrupamentos políticos tais como os partidos.[22]

Com a inauguração de uma nova ordem constitucional em 1981, diversas mudanças foram promovidas sem, contudo, haver a inserção dos partidos políticos no texto constitucional.

O coronelismo então existente, em substituição às oligarquias rurais, era constituído por um regime de reciprocidade entre os integrantes da Administração e os coronéis, o que regionalizou o poder político e militou em desfavor da formação de partidos nacionais. Contudo, em virtude de movimentos revolucionários em prol de uma reforma eleitoral em 1932, houve a criação do primeiro Código Eleitoral que, ainda de forma incipiente, reconheceu a existência jurídica dos partidos políticos.[23]

Com a Revolução de 1930, e o reconhecimento dos partidos políticos no Código Eleitoral instituído, iniciou-se o movimento de surgimento de novos partidos políticos e em 1934 a instauração da Assembleia Nacional Constituinte que, ainda indiretamente, admitiu sua existência. A partir da nova Constituição de 1934, surgiram os partidos de caráter nacional, tais como a Ação Integralista Brasileira (AIB) e a Aliança Nacional Libertadora (ANL).

Esta Constituição e o sistema partidário então vigente não prosperaram por longa data. Logo em 1937, houve a dissolução das agremiações partidárias por Getúlio Vargas e a sucessiva instalação do Estado Novo, sendo que deste ano até 1945 "*não houve atividade partidária formal no Brasil*"[24]

[22] BRAGA, Claudio Mendonça. *O caráter nacional dos partidos políticos na Federação brasileira.* 2009. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 32.
[23] BRAGA, Claudio Mendonça. *O caráter nacional dos partidos políticos na Federação brasileira.* 2009. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 42.
[24] BRAGA, Claudio Mendonça. O caráter nacional dos partidos políticos na Federação brasileira. 2009. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 48.

Somente com a Constituição de 1946 que há a retomada de tal atividade, quando do estímulo de criação de partidos em caráter nacional, quando surgem o PSD – Partido Social Democrático, PTB – Partido Trabalhista Brasileiro e UDN – União Democrática Nacional, além de diversos partidos satélites sem a magnitude dos três supramencionados.[25]

Tal experiência democrática dura até o golpe militar de 1964. Após tal drástico ato contra a democracia, é editado o Ato Institucional n. 5 que, em 1965, extingue todos as agremiações políticas existentes. Após, com a edição do Ato Complementar n. 4, também de 1965, são estabelecidas novas regras para a criação de partidos políticos que, com regras bem exigentes, somente foi possível o surgimento de dois novos partidos: A Aliança Renovadora Nacional (Arena) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Segundo Cláudio Mendonça Braga:

> "Percebe-se que, no Brasil, regimes autoritários tendem à centralização política e à aversão à livre atividade partidária. Enquanto a ditatuda do Estrado Novo simplesmente proibiu a existência de partidos, a ditadura militar procurou mantê-la, moldada por rígidas regras, a fim de manter o controle sobre essa atividade."[26]

Essa tendência segue prevalecente na Constituição de 1967 que inseriu no texto constitucional a exigência de atuação partidária tão somente em caráter nacional. O bipartidarismo existente entre ARENA e MDB perde espaço o que, em 1979, tem contribuição direta da Lei n. 6.767 de 1979 para a extinção do bipartidarismo no Brasil.[27]

Então, em 1980, há o surgimento de seis partidos políticos, dando início ao pluripartidarismo no Brasil: o PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro, o PDS – Partido Democrático Social, o PTB – Partido Trabalhista Brasileiro, o PDT – Partido Democrático Trabalhista, o PT – Partido dos

[25] SCHIMITT, Augusto. *Partidos políticos no Brasil, (1945-2000)*. São Paulo: Zahar, 2000. p. 130.
[26] BRAGA, Claudio Mendonça. *O caráter nacional dos partidos políticos na Federação brasileira*. 2009. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p.55.
[27] SCHIMITT, Augusto. *Partidos políticos no Brasil, (1945-2000)*. São Paulo: Zahar, 2000. p. 145.

Trabalhadores, e o PP – Partido Popular. O pluripartidarismo, iniciado a partir de então, consiste em um sistema político no qual três ou mais partidos políticos podem assumir o controle de um governo, de maneira independente ou formando uma coalizão.

Dispõe a Lei Orgânica dos Partidos Políticos em vigência,[28] que agremiação, na qualidade de pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal. [29]

Com a inauguração da ordem constitucional então vigente, em 1988, há a disciplina nos partidos políticos em capítulo próprio, dispondo sobre o pluripartidarismo, os quais são constituídos com a natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito privado e de caráter nacional.[30]

Portanto, depreende-se que, após a mencionada evolução histórica, a configuração dos partidos políticos sempre é alvo de mudanças quando ocorrem rupturas constitucionais. Atualmente, os partidos são símbolos do exercício da representatividade indireta do povo, a qual é exercida pelos trinta e cinco partidos políticos até o momento registrados no Tribunal Superior Eleitoral.[31]

[28] BRASIL. *Lei nº 9.906, de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em 30. out. 2017.

[29] BRAGA, Claudio Mendonça. *O caráter nacional dos partidos políticos na Federação brasileira.* 2009. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 58

[30] BRAGA, Claudio Mendonça. *O caráter nacional dos partidos políticos na Federação brasileira.* 2009. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 65.

[31] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos políticos registrados no TSE.* Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em 20. dez. 2017.

2.2.3 Procedência dos recursos para financiamento dos partidos políticos

Assim como a Administração Pública, as agremiações partidárias não geram riquezas de forma a prover o próprio sustento de forma independente. Por tal razão, a legislação disciplina meios de arrecadação para financiamento dos partidos políticos.

Tal financiamento em sentido amplo compreende duas espécies: o financiamento para atividades permanentes e o financiamento para campanhas eleitorais, o que somente realça o caráter não transitório dos partidos políticos na defesa da representatividade do povo perante o Estado.

Nas palavras de Elmana Esmeraldo, pode-se conceituar financiamento eleitoral das campanhas eleitorais como a arrecadação de "*recursos financeiros em direito ou estimáveis em dinheiro arrecadados por partidos políticos e por candidatos com o objetivo de aplicar nas campanhas eleitorais*".[32]

Nesse ínterim, a distinção dos sistemas de financiamento entre misto, público e privado se dá pela preponderância de uma forma sobre o outro ou, no caso do misto, quando há a equivalência entre as espécies público e privado.[33]

Segundo Bruno Wihelm Speck, o modelo de financiamento dos partidos políticos compreende as contribuições dos filiados aos partidos, as doações de pessoas físicas, os recursos provenientes da atividade econômica exercida pelos partidos e os recursos advindos do erário público.[34]

A redação original da Lei 9.096/1995 disciplinava que a receita dos partidos políticos poderia ser composta por contribuições de seus filiados, doações de pessoas

[32] ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. Manual de contas eleitorais: manual prático de arrecadação e gastos de recursos em campanha de prestação de contas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 27.
[33] LORENCINI. Bruno César. Financiamento eleitoral. Perspectiva comparada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 67.
[34] SPECK, Bruno Wilhelm. O Financiamento político e a corrupção no Brasil. In: Rita de Cassia Biasson. (Org.). Temas de corrupção política no Brasil. 1. ed. São Paulo: Balão Editorial, 2012, v. 1. p. 49-97.

físicas e jurídicas e repasses de duodécimos provenientes do Fundo Partidário pelo Tribunal Superior Eleitoral, nos seguintes termos:

> "Art. 15. O Estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre:
>
> [...]
>
> VII - finanças e contabilidade, estabelecendo, inclusive, normas que os habilitem a apurar as quantias que os seus candidatos possam despender com a própria eleição, que fixem os limites das contribuições dos filiados e definam as diversas fontes de receita do partido, além daquelas previstas nesta Lei;
>
> Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos.
>
> Art. 40. A previsão orçamentária de recursos para o Fundo Partidário deve ser consignada, no Anexo do Poder Judiciário, ao Tribunal Superior Eleitoral.
>
> § 1º O Tesouro Nacional depositará, mensalmente, os duodécimos no Banco do Brasil, em conta especial à disposição do Tribunal Superior Eleitoral." [35]

Da mesma forma, a Lei das Eleições permitia originariamente o recebimento de doações de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais, conforme se depreende do art. 81:

> "Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações."[36]

Portanto, entre os anos de 1993 e 2014, as empresas brasileiras puderam fazer doações para campanhas eleitorais.

As doações acima dos limites fixados também sujeitam os infratores ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso, ensejando, ainda, a proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o

[35] BRASIL. *Lei nº 9.906, de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em 30. out. 2017.
[36] BRASIL. *Lei nº 9.906, de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em 30. out. 2017.

Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual era assegurada ampla defesa.

Conforme se verifica no roteiro de campanha eleitoral da Justiça Eleitoral:

> "A doação de quantia acima desse limite sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso. Além disso, a pessoa jurídica pode ficar sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o poder público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa. "[37]

Contudo, foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650 que visou declarar a inconstitucionalidade de determinados trechos da Lei Eleitoral (9.504/1997) e da Lei dos Partidos Políticos (9.096/1995), que, dentre outros pedidos, pleiteou que:

> "(a) seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 24 da Lei 9.504/97, na parte em que autoriza, a contrário sensu, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, bem como a inconstitucionalidade do Parágrafo único do mesmo dispositivo, e do art. 81, caput e § 1º do referido diploma legal, atribuindo-se, em todos os casos, eficácia ex nunc à decisão;
>
> (b) seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrário sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos; e a inconstitucionalidade das expressões "ou pessoa jurídica", constante no art. 38, inciso III, da mesma lei, e "e jurídicas", inserida no art. 39, caput e § 5º do citado diploma legal, atribuindo-se, em todos os casos, eficácia ex nunc à decisão; [...]
>
> (d) seja declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 39, § 5º, da Lei 9.096/95 - com exceção da expressão "e jurídicas", contemplada no pedido "b", supra - autorizando-se que tal preceito mantenha a eficácia por até 24 meses, a fim de se evitar a criação de uma "lacuna jurídica

[37] BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral*. *Campanha eleitoral – Financiamento de campanhas. Roteiros de campanhas.* Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/campanha-eleitoral-financiamento-de-campanhas-roteiros-eje>. Acessado em 16 Mai 2017.

> ameaçadora" na disciplina do limite às doações a partido político realizadas por pessoas naturais;[...]"[38]

A referida Ação Direta visou impugnar diversos dispositivos da legislação eleitoral que permitiam o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas. Segundo o voto vencedor, do ministro Luiz Fux:

> "a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano".[39]

Nesse sentido, com o julgamento da ADI 4.650, restou sedimentado o entendimento que não se pode compatibilizar a democracia brasileira com a arrecadação de recursos provenientes de pessoas fictícias.

A partir de então, não foi mais tolerada a doação de recursos por pessoas jurídicas para o financiamento eleitoral, tornando mais relevante ainda o financiamento público eleitoral como forma de manutenção das atividades dos partidos políticos, além da doação por pessoas físicas.

2.3 Prestação de contas dos partidos políticos

Em toda sistemática de recebimento e administração de recursos de terceiros, é necessária a fixação de regras de prestação de contas como forma de transparência do que é arrecadado e gasto em prol dos fins declarados. Na esfera eleitoral, não é diferente. A jovem democracia brasileira demonstra que em um Estado em que a lei está acima de qualquer indivíduo, não se pode admitir que haja obscuridades no tratamento de recursos provenientes de doações dos eleitores, dos filiados e, principalmente, do erário público.

---

[38] BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136819> Acesso em 20. nov. 2017.

[39] BRASIL. *Supremo Tribunal Federa*l. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136819>.

Além da clareza, o procedimento de prestação de contas dos partidos é regido pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, prevê no art. 17 a obrigação das agremiações em prestar contas à Justiça Eleitoral:

> **"**Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
>
> I - Caráter nacional;
>
> II - Proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
>
> III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;
>
> IV - Funcionamento parlamentar de acordo com a lei.
>
> § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.
>
> § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)
>
> § 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.
>
> § 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.
>
> § 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar."[40]

A Resolução 23.432 regulamenta as finanças e contabilidade dos partidos dispostas na Lei 9.096/1995 - (Lei dos Partidos Políticos).[41]

[40] BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17. mai. 2017.

A norma foi aprovada pelo Plenário do Tribunal após a realização de audiência pública com representantes partidários e de órgãos de classe. Conforme a legislação, cabe à Justiça Eleitoral fiscalizar as contas dos partidos e a escrituração contábil e patrimonial, para averiguar a correta regularidade das contas, dos registros contábeis e da aplicação dos recursos recebidos, próprios ou do Fundo Partidário.

A obrigatoriedade de prestação de contas é exigida anualmente dos partidos políticos e encontra-se disciplinada no Capítulo I do Título III da Lei nº 9.096/1995.[42]

Ademais, a resolução de que trata o tópico é taxativa quanto ao *modus operandi* exigido pelo Egrégio Tribunal Superior Eleitoral no controle e fiscalização do processo.

Sobre tais critérios, os partidos políticos deverão, além de realizar os gastos em conformidade, manter escrituração contábil digital, observando as regras do Sistema Público de Escrituração Contábil –SPED e os atos regulatórios da Secretaria da Receita Federal, sob a responsabilidade de profissional de contabilidade habilitado, que permita a aferição da origem de suas receitas e a destinação de seus gastos, bem como de sua situação patrimonial e ainda, remeter à Justiça Eleitoral, nos prazos estabelecidos na mesma legislação, o Balanço Patrimonial e a Demonstração do Resultado do Exercício, gravado em meio eletrônico, com formatação adequada à publicação no Diário da Justiça Eletrônico; a escrituração contábil mensal; e com a prestação de contas anual.

Segundo Speck, a regulamentação do financiamento das campanhas eleitorais abrange três perspectivas. Em um primeiro momento, consiste na fixação de limites e proibições às formas de financiamento, o que inclui a vedação de doações por

[41] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 23464/2015. Regulamenta o disposto no Título III da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Das Finanças e Contabilidade dos Partidos, de 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234642015.htm>. Acesso em 20 mai. 2017.

[42] BRASIL. Lei nº 9.906, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em 20 mai. 2017.

pessoas estrangeiras e de doações anônimas. Abrange, ainda, a necessidade de vedação de utilização do governo em favor dos partidos. Não se pode tolerar a instrumentalização da máquina pública em favor de determinada agremiação.[43]

A segunda abordagem consiste na regulamentação da provisão dos recursos públicos destinados aos candidatos e partidos. Tais recursos públicos são destinados desde a forma direta, com a transferência de recursos para a conta partidária, até a isenção de impostos e acesso gratuito a serviços públicos. A preocupação com a fiscalização desses recursos alocados vai desde sua destinação aos partidos até onde tais valores são aplicados, eis que os referidos recursos são primordiais para o desempenho eleitoral dos partidos.[44]

A última abordagem tratada baseia-se na necessidade de conferir transparência a todo o processo de financiamento político. Sem a divulgação das informações sobre os financiadores, não é possível o exercício do controle sobre as doações. Por tal razão, é imposição das regras do jogo democrático a necessidade, por exemplo, de administração de uma conta bancária única por candidato.[45]

Nesse sentido, é de extrema relevância o controle dos meios de arrecadação de recursos pelos partidos políticos na medida em que é forçosa a necessidade de manutenção de transparência na utilização de toda e qualquer quantia que é recebida pela agremiação.

3 DO INSTITUTO DA PENHORA

Na execução, a sub-rogação do Estado-juiz ao obrigado efetiva-se, mediante atos de constrição sobre bens, consistentes em captá-los e destiná-los à satisfação do

[43] SPECK, Bruno Wilhelm. *O Financiamento político e a corrupção no Brasil*. In: Rita de Cassia Biasson. (Org.). Temas de corrupção política no Brasil. 1. ed. São Paulo: Balão Editorial, 2012, v. 1. p. 49-97.
[44] SPECK, Bruno Wilhelm. *O Financiamento político e a corrupção no Brasil*. In: Rita de Cassia Biasson. (Org.). Temas de corrupção política no Brasil. 1. ed. São Paulo: Balão Editorial, 2012, v. 1. p. 49-97.
[45] SPECK, Bruno Wilhelm. *O Financiamento político e a corrupção no Brasil*. In: Rita de Cassia Biasson. (Org.). Temas de corrupção política no Brasil. 1. ed. São Paulo: Balão Editorial, 2012, v. 1. p. 49-97.

exequente. No processo de execução por dinheiro, o primeiro ato constritivo é a penhora, que incide sobre algum bem do obrigado e o último, a entrega ao credor do dinheiro obtido mediante a alienação forçada do bem penhorado.[46]

A execução decorre, portanto, do inadimplemento do devedor no cumprimento de determinada obrigação. Quando não há o cumprimento espontâneo, a penhora serve de instrumento de satisfação do direito pretendido. Assim ensina Pontes de Miranda ao prescrever que *"[...] a penhora não é penhor, nem arresto, nem uma das medidas cautelares. O que nela há é a expropriação da eficácia do poder de dispor que não há no arresto"*.[47]

Destarte, entende-se que a penhora consiste na individualização da responsabilidade patrimonial no patrimônio do executado com a satisfação do crédito, a qual pode ser direta, quando há a adjudicação do bem que foi penhorado, ou indireta, quando há a venda deste para a entrega do valor correspondente ao credor.[48]

Para Ovídio Baptista, existe uma função conservativa da penhora. Contudo, não é possível afirmar que se atribua natureza cautelar ao instituto, uma vez que sua natureza é de ato executivo, assim esclarecendo:

> "o vínculo de indisponibilidade gerado pela penhora decorre da particular destinação do bem penhorado, para satisfazer à pretensão executiva, enquanto no arresto a constrição não vai além da segurança que se dá ao credor, sem qualquer pertinência expropriativa".[49]

[46] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* v. IV, 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 65.
[47] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 193.
[48] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 1155.
[49] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil, vol. II*, 4. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

Portanto, a penhora serve de instrumento de concretização do valor exequendo no patrimônio do devedor, com a exata indicação do bem a ser expropriado.

3.1 Os efeitos da penhora

A penhora possui duas espécies de produção de efeitos. A primeira espécie consiste na produção de efeitos no âmbito processual e a segunda espécie na produção de efeitos materiais.

Os efeitos processuais são três: a garantia do juízo, a individualização dos bens e o direito de preferência. O primeiro deles consiste em assegurar o resultado útil da execução por quantia certa contra devedor solvente, ante a existência de bens do executado que podem ser objeto de expropriação (arts. 646 CPC/73 e 824 CPC/2015). Trata-se de efeito anexo à penhora, de índole cautelar (garantia do juízo).

O segundo efeito de índole processual consiste na dependência do patrimônio do executado quanto a satisfação do crédito (arts. 591 CPC/73 e 789 CPC/2015), restringindo-se aos bens penhorados (individualização dos bens).

Por fim, o terceiro efeito decorrente da penhora de espécie processual, é o que adquire o exequente direito de preferência sobre o bem penhorado (arts. 612 CPC/73 e 797 CPC/2015). Significa (concurso de penhoras), a ser pago em primeiro lugar aquele em cujo processo ocorreu a primeira penhora (Direito de Preferência), sendo que o registro da penhora não faz parte do ato processual. Tal ato serve tão somente para conferir efeito *erga omnes* à constrição patrimonial.[50]

Já no plano material, seus efeitos dizem respeito ao direito em si, podendo ser caracterizado pela retirada da posse direta do bem penhorado do executado (artigo

[50] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 1155.

666 CPC/73 e 840 CPC/2015) e tornar ineficaz os atos de alienação ou oneração do bem apreendido judicialmente.[51]

3.2 Classificação das impenhorabilidades: absoluta e relativa

Sabe-se que a lei limita a responsabilidade de alguns bens do executado por diferentes motivos, de ordem jurídica e social, declarando-os impenhoráveis. Tais impenhorabilidades se subdividem em absolutas e relativas.

No tocante à classificação das impenhorabilidades, sua natureza jurídica é de restrição. Para tanto, comprovadas certas premissas, os bens de natureza relativa podem ser penhorados, porém, em tese, os de natureza absoluta não há esta possibilidade. A penhora é, também, preceito que veicula direito fundamental e, portanto, de ordem pública.[52]

Para o Código de Processo Civil de 1939, esses bens, foram considerados "Absolutamente impenhoráveis", conforme a seguir.[53]

> "Art. 942. Não poderão absolutamente ser penhorados:
>
> I – Os bens inalienáveis por força de lei;
>
> II – As provisões de comida e combustíveis necessários à manutenção do executado e de sua família durante um mês;
>
> III – O anel nupcial e os retratos de família;
>
> IV – Uma vaca de leite e outros animais domésticos, à escolha do devedor, necessários à sua alimentação ou a suas atividades, em número que o juiz fixará de acordo com as circunstâncias;
>
> V – Os objetos de uso doméstico, quando evidente que o produto da venda dos mesmos será ínfimo em relação ao valor de aquisição;

[51] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 1155.
[52] MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66.
[53] CAUX, Luísa Fernandes de.2016,17. *Reformas Processuais: processo de execução e impenhorabilidade de bens, rupturas e continuidades.* Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, 2016.

> VI – Os socorros em dinheiro ou em natureza, concedidos ao executado por ocasião de calamidade pública;
>
> VII – Os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos, o soldo e fardamento dos militares, os salários a soldadas, em geral, salvo para pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos, quando o executado houver sido condenado a essa prestação;
>
> VIII – As pensões, tenças e montepios percebidos dos cofres públicos, de estabelecimento de previdência, ou provenientes da liberalidade de terceiro, e destinados ao sustento do executado ou da família;
>
> IX – Os livros, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;
>
> X – O prédio rural lançado para efeitos fiscais por valor inferior ou igual a dois contos de réis (2:000$0), desde quo o devedor nele tenha a sua morada e o cultive com o trabalho próprio ou da família;
>
> XI – Os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas.
>
> XII – Os fundos sociais, pelas dívidas particulares do sócio, não compreendendo a isenção os lucros líquidos verificados em balanço;
>
> XIII – Separadamente, os móveis, o material fixo e rodante das estradas de ferro, e os edifícios, maquinismos, animais e acessórios de estabelecimentos de indústria extrativa, fabril, agrícola outras, indispensáveis ao seu funcionamento;
>
> XIV – Seguro de vida;
>
> XV – O indispensável para a cama e vestuário do executado, ou de sua família, bem como os utensílios de cozinha."[54]

Além dos bens definidos em rol taxativo do CPC/39, excluem-se da penhora os bens da União, do Estados e dos Municípios, por motivos diversos dos definidos no Código de Processo Civil. As execuções de sentenças condenatórias pronunciadas contra estas pessoas jurídicas de direito público se executam de forma especial, conforme o art. 918, parágrafo único.[55]

[54] BRASIL, Lei n. 1.608, de 18. set. de 1939 – Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em 27 maio. 2017.

[55] Art. 918. Na execução por quantia certa, o devedor será citado para, em vinte e quatro (24) horas, contadas da citação, pagar, ou nomear bens a penhora, sob pena de serem penhorados os que se lhe encontrarem. Parágrafo único. Os pagamentos devidos, em virtude de sentença, pela Fazenda Pública,

A classificação da impenhorabilidade até pouco tempo tinha a atenção devida pela doutrina. Analisando de forma objetiva os artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil de 73, surgem duas classes: existem bens que jamais admitem a constrição, constituindo o grupo da impenhorabilidade absoluta, e há bens que, preenchidos alguns requisitos, voltam à regra da penhorabilidade, a exemplo da retribuição pecuniária do trabalho humano, penhorável na execução do crédito alimentar (art. 649, IV e §2º, na redação da Lei n.11.382/2006), formando o grupo mais numeroso de impenhorabilidade relativa.

Seguindo o raciocínio, o Código de Processo Civil de 1973, através de uma série de leis promulgadas nos anos de 1994, 2002, 2005 e 2006, trouxe alterações importantes no processo de execução tornando-o sincrético.[56]

No art. 649 do Código de Processo Civil de 1973, ao mencionar a condição da palavra "Absoluta" garantiria ao devedor, no processo de execução, salvaguardar seus bens. Porém, nos §§ 1º e 2º algumas ressalvas a este caráter absoluto foram trazidas. Para o primeiro, a impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem, enquanto o § 2º determina que a impenhorabilidade das verbas (remuneração em geral) destinadas à subsistência do devedor e da sua família, de natureza alimentícia, será mantida intocável.

A alteração promovida pela Lei n. 11.382/2006, com rol taxativo, foi necessária para atender a nova estrutura do processo de execução e, também, para se adequar a realidade dos tempos com a evolução da sociedade.

No que tange aos bens no processo de execução, os termos "absolutamente e relativamente impenhoráveis", mantiveram-se inalterados na nova redação do art. 649 com inclusão do inciso XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos,

---

far-se-ão na ordem em que forem apresentadas as requisições e à conta dos créditos respectivos, vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas orçamentárias ou créditos destinados aquele fim. – CPC/39.

[56] CAUX, Luísa Fernandes de. *Reformas Processuais: processo de execução e impenhorabilidade de bens, rupturas e continuidades*, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, 2016.

nos termos da lei, por partido político (Incluído pela Lei n. 11.694, de 2008), ressalvada diferença que no art. anterior não tratava das verbas do Fundo Partidário protegidas pela Lei 9.096/1995.[57]

Já o art. 650 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha sobre os bens relativamente impenhoráveis. Tal espécie de impenhorabilidade, antes dotada de dois incisos, passou a ser positivada somente no *caput* com as alterações promovidas pela Lei n. 11.382/2006. A partir de então, passou-se a considerar relativamente impenhoráveis tão somente rendimentos e frutos inalienáveis, salvo quando houver a destinação para satisfação de obrigações alimentares.[58]

Atualmente, o novo Código de Processo Civil trouxe algumas inovações com relação a impenhorabilidade absoluta. Permaneceram as demais impenhorabilidades dos arts. 1.711 e 1.911 do CC/02, a da Lei 8.009/1990, bem como as impenhorabilidades relativas. A alteração mais significativa, quanto ao tema da presente pesquisa diz respeito primeiramente ao *caput* do art. 833 que trouxe a seguinte redação: *"São impenhoráveis: [...]"* e retirando a palavra "absolutamente" impenhoráveis.

Tal alteração não foi conceituada na exposição de motivos da referida lei a ponto ser objeto de tratativa. Restou ainda inalterado o inciso XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei.[59]

Neste aspecto, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma inovação no § 2º do artigo 833 possibilitando a penhora de salário em duas situações. A primeira, se trata de dívida alimentar não importando o valor do salário, respeitando apenas 50% do montante líquido percebido pelo executado. No segundo, se a dívida não for

[57] CAUX, Luísa Fernandes de. *Reformas Processuais: processo de execução e impenhorabilidade de bens, rupturas e continuidades*, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, 2016.

[58] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242.

[59] BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 nov. 2017.

de origem alimentar, o salário somente pode ser penhorado quando o valor líquido ultrapassar os cinquenta salários mínimos.

Por outro lado, a impenhorabilidade relativa, é uma penhorabilidade subsidiária, que pode ser afastada, em caso de o executado não possuir outros bens sujeitos à execução na medida em que os bens considerados relativamente impenhoráveis, na falta de outros, podem sofrer a constrição. Antigamente previstos no artigo 650 do CPC/73, agora, art. 834 do CPC/2015.

Ademais, a diferença entre as classificações de impenhorabilidade absoluta e impenhorabilidade relativa está no âmbito de oponibilidade do direito à impenhorabilidade: a qualquer credor, no caso da impenhorabilidade absoluta, ou a alguns credores, no caso da relativa.[60]

3.3 A ordem preferencial da penhora

O legislador estabeleceu no art. 655 do Código de Processo Civil uma ordem legal de preferência da penhora, com a realização de uma ponderação dos bens passíveis de penhora.

Da mesma forma, o novo Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu no art. 835 a ordem de preferência do ato constritivo.

Em primeiro lugar, o dinheiro ocupa posição central na indicação de bens à penhora, seguido de títulos da dívida pública, títulos e valores mobiliários, dos veículos, bens imóveis, bens móveis, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, percentual do faturamento de empresa, pedras e metais preciosos, direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e, por fim, outros direitos.[61]

---

[60] DIDIER JÚNIOR, Fredie. et al. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. v. 5. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014. p. 546.

[61] BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Contudo, a ordem legal estabelecida no Código não é peremptória, na medida em que a depender das circunstâncias no caso concreto pode ser alterada pelo Juiz competente. Tal entendimento restou, inclusive, sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que editou o seguinte enunciado sumular de n. 417: "*Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto*".[62]

Tal flexibilização tem a finalidade de conciliar o princípio da menor onerosidade ao executado e a necessidade de satisfação do crédito, o que deve ser aferido em cada caso concreto, de forma individualizada.

A possibilidade de preterição da ordem tem o fito de conferir celeridade e facilitar o pagamento pelo devedor, conforme inúmeros julgados em consonância com a orientação do Tribunal da Cidadania.

Veja-se o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que infirma tal entendimento:

> PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO - NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA - GRADAÇÃO LEGAL - ART. 655, CPC - RIGIDEZ RELATIVA - REALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PELA FORMA MENOS GRAVOSA AO DEVEDOR - ART. 620, CPC. A gradação estabelecida no art. 655 do CPC, referente à nomeação de bens à penhora pelo executado, não é de rigidez absoluta, já que o seu objetivo é, tão-somente, facilitar o pagamento da dívida. Assim, diante do princípio pelo qual a execução deve se dar pela forma menos gravosa ao devedor, tal ordem preferencial pode ser alterada diante das circunstâncias específicas de cada caso, a fim de que não cause prejuízo excessivo a este, o que se observa na hipótese.
>
> (Acórdão n.201920, 20040020045874AGI, Relator: VASQUEZ CRUXÊN 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/10/2004, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 23/11/2004. Pág.: 131)

Percebe-se, portanto, que o ordenamento jurídico consagra mecanismos de excepcionalidade de ingerência no patrimônio do devedor.

[62] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Súmula n. 417. Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto.

Quando reconhecido o débito, ainda assim há a preocupação de adimplemento do débito da forma menos gravosa ao devedor, com a relativização da ordem legal prevista tanto no Código de Processo Civil de 1973 quanto no novo Códex de 2015.

3.4 Os bens impenhoráveis previstos no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trata da execução de bens, prescrevendo que não são passíveis de processo executório os bens que a lei considera impenhoráveis. Nesse sentido, prevê no art. 833 no seguinte sentido:

> "Art. 833. São impenhoráveis:
>
> I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
>
> II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
>
> III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
>
> IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2o;
>
> V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
>
> VI - o seguro de vida;
>
> VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
>
> VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
>
> IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

> X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
>
> XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
>
> XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra."[63]

Em sentido geral, o regime de impenhorabilidades confere salvaguarda ao devedor que, inserido em um sistema de responsabilização patrimonial, somente pode responder civilmente com o seu patrimônio.

As disposições concernentes à responsabilização patrimonial visam evitar que o devedor seja responsabilizado corporalmente por dívidas civis.

A Constituição Federal de 1988 admite tão somente em caráter excepcionalíssimo a restrição de liberdade do devedor. Tais hipóteses encontram-se previstas no art. 5º, inciso LXVII, que assim dispõe:

> "LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;"[64]

Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante sobre a matéria, versando sobre a impossibilidade de o depositário infiel ser preso civilmente, independentemente da modalidade de depósito, nos seguintes termos: *"É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito"*[65].

O entendimento sumulado teve como origem o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, de relatoria do Min. César Peluso que, ao realizar o controle de convencionalidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos,

---

[63] BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

[64] BRASIL. *Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17. mai. 2017.

[65] BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Súmula vinculante n. 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

também chamada de Pacto de San Jose da Costa Rica, determinou a ilegalidade de prisões civis por infiéis depositários, cujo julgamento restou assim ementado:

> "EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.
>
> (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)."

Portanto, a partir de então, a única forma de prisão civil de um cidadão brasileiro é por inadimplemento de prestações de natureza obrigacional alimentícia. O devedor deve ser responsabilizado tão somente com o seu patrimônio como forma de adimplemento do débito. Ocorre que a responsabilização patrimonial também encontra restrições, como aventado no dispositivo mencionado do Código de Processo Civil.

Os efeitos processuais e materiais da penhora não recaem sobre os bens mencionados no art. 833 do Código de Processo Civil, seja como forma do trabalho humano, seja como forma de proteção da dignidade da pessoa humana.

3.5 A relativização da impenhorabilidade no Direito brasileiro

No ato de execução promovido pelo Estado-Juiz, é legitimo o alcance do patrimônio do devedor para buscar o cumprimento da obrigação estabelecida entre o exequente e executado, se os mesmos não o fizerem de forma espontânea. No direito material, analisam-se aspectos sobre a (im)penhorabilidade de determinados bens como os de família e o salário, que em tese, são impenhoráveis.

Sobre a perspectiva, o dinheiro é um dos instrumentos mais eficazes para a satisfação do crédito exequendo, no entanto a legislação processualista prevê significativas exceções de forma a preservar direitos mínimos da dignidade do executado, a exemplo da impenhorabilidade de verbas salariais.

Nessa lógica, tais verbas não podem se afigurar como um óbice intransponível e absoluto ao instituto da penhora, devendo ser relativizado conforme o caso concreto e, sobretudo, o comprometimento do sustento próprio do devedor e de sua família.

Apesar disso, a relativização é analisada sob a perspectiva doutrinaria processualista em conjunto com as jurisprudências em do Novo Código de Processo Civil.

Antes de adentrar no mérito da preferência estabelecida no processo de execução, se tratando de dinheiro, Marcus Vinicius Gonçalves faz alguns apontamentos quanto a aplicabilidade do art. 655 do CPC/73, inciso I e no novo Código de Processo Civil, art. 835, I.

> "Há um risco a ser assumido pelo credor: o de que a constrição venha a recair sobre valores impenhoráveis. O mecanismo ainda não se tornou de tal forma eficiente que permita excluir as contas para recebimento de salários e aposentadorias, que são impenhoráveis. Caso a constrição recaia sobre elas, competirá ao executado comunicar o fato ao juiz e postular a liberação. Se disso resultarem danos, o devedor poderá valer-se de ação própria para postular indenização. "[66]

Tal impenhorabilidade resta prevista no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil de 1973, com redação dada pela Lei 11.382/2006:

> "São absolutamente impenhoráveis:
>
> [...] IV - Os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de

[66] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 5.Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

> trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3o deste artigo;[67]

Daniel Amorim pontoa que a impenhorabilidade em razão da natureza alimentar dos valores deve ter como vetor interpretativo a dignidade da pessoa humana. Veja-se:

> "A justificativa para a impenhorabilidade prevista no dispositivo legal ora comentado reside justamente na natureza alimentar de tais verbas, donde a penhora e a futura expropriação significariam uma indevida invasão em direitos mínimos da dignidade do executado, interferindo diretamente em sua manutenção, no que tange às necessidades mínimas de habitação, transporte, alimentação, vestuário, educação, saúde etc."[68]

Segundo Humberto Dalla, a Lei n. 11.382/2006 foi a responsável por inovar na sistemática da penhorabilidade, porém trouxe à tona a excepcionalidade da impenhorabilidade quando a execução tratar de pagamento de pensão alimentícia.

> "A Lei n. 11.382/2006 trouxe como inovação a não incidência da impenhorabilidade em bens que revelam caráter de ostentação, fato que deve ser avaliado pelo juiz à luz da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. Restringiu, ainda, a impenhorabilidade aos frutos e rendimentos dos imóveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia (art. 650, CPC). Salários e vencimentos também se tornaram penhoráveis para o pagamento de pensão alimentícia (art. 649, IV, CPC)".[69]

Na lição de Didier, "se o fundamento da impenhorabilidade é a natureza alimentar da remuneração, diante de um crédito também de natureza alimentar, a restrição há, realmente, de soçobrar."[70]

Todavia, a relativização da penhora prevista no parágrafo 2º, do artigo 649, ponderou a relação surgida entre o direito do credor de ter efetividade na prestação

---

[67] BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 22 maio. 2017.

[68] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 7. Ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 1052-1053.

[69] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil, volume II*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 764.

[70] DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. V. 5*. 4ª Ed.. Salvador: Juspodivum, 2012, p. 564.

jurisdicional e a proteção do executado no mínimo necessário para a manutenção de sua dignidade e de sua família.

O Superior Tribunal de Justiça já admitiu em julgados a flexibilização da rigidez legal, analisando a (in)existência de ofensa à dignidade mínima do devedor na hipótese de penhora de percentual de seu salário, nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DÍVIDA APURADA EM INVENTÁRIO. OMISSÃO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PENHORA DE SALÁRIO. POSSIBILIDADE.
>
> 1.- Os embargos de declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, tendo sido a lide dirimida com a devida e suficiente fundamentação.
>
> 2.- A regra geral da impenhorabilidade, mediante desconto de conta bancária, de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações e proventos de aposentadoria, constante do art. 649, IV, do CPC, incidente na generalidade dos casos, deve ser excepcionada, no caso concreto, diante das condições fáticas bem firmadas por sentença e Acórdão na origem (Súmula 7/STJ), tendo em vista a recalcitrância patente do devedor em satisfazer o crédito, bem como o fato de o valor descontado ser módico, 10% sobre os vencimentos, e de não afetar a dignidade do devedor, quanto ao sustento próprio e de sua família. Precedentes.
>
> 3.- Recurso Especial improvido.
>
> (REsp 1285970/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 08/09/2014).[71]

De mais a mais, o Código de Processo Civil de 2015 manteve o teor do artigo 649, IV e sua disposição sobre a impenhorabilidade das verbas salarias como óbice às hipóteses de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem.

De forma inovadora, o artigo 833, inciso IV, não se aplica às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição

[71] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Acórdão. Recurso Especial n. 1285970/SP. 3ª Turma. Rel. Ministro SIDNEI BENETI. DJU, Brasília, 08/09/2014. Julgado em 27/05/2014.

observar o disposto no artigo 528, § 8º, e no artigo 529, § 3º (artigo 831, §2º, NCPC).

No que diz respeito ao bem de família, durante toda a vigência do Código de Processo Civil de 1939 e a maior parte da vigência do Código de Processo Civil de 1973, regulava-se a impenhorabilidade do bem destinado ao domicílio da família. Tal disposição foi alterada com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que trata do bem de família nos arts. 1711 a 1722, sendo mesmo instituído pelo registro de seu título no Registro de Imóveis.

A atual jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios dispõe no seguinte sentido quanto à relativização da impenhorabilidade:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE VERBA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. 1. A verba salarial é impenhorável, salvo para pagamento de dívida alimentar ou em relação a valores que excedam os 50 (cinquenta) salários mínimos mensais. (CPC/2015 833 IV § 2°). 2. Negou-se provimento ao agravo.
>
> (Acórdão n.1078897, 07086581020178070000, Relator: SÉRGIO ROCHA 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 01/03/2018, publicado no DJE: 13/03/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)[72]

Portanto, a atual ordem processual admite a relativização da impenhorabilidade nos casos em que a constrição é destinada à satisfação de obrigações de natureza alimentícia e, ainda, na hipótese em que as importâncias excedem cinquenta salários mínimos mensais.

4 A IMPENHORABILIDADE DO FUNDO ESPECIAL DE ASSISTÊNCIA FINANCEIRA AOS PARTIDOS POLÍTICOS

O fundo partidário consiste em espécie dos meios de financiamento eleitoral existentes. A partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, há a

[72] BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*. Acórdão. Agravo de instrumento n. 07086581020178070000. 4ª Turma Cível. Rel. Sergio Rocha. DJe. Brasília. Julgado em: 01/03/2018.

controvérsia sobre sua impenhorabilidade absoluta em virtude da supressão deste termo no texto legal.

Portanto, passa-se a abordar de forma mais detida ao fundo de financiamento para aferir se tal impenhorabilidade persiste tal como prevista no Código de Processo Civil de 1973 que previa de forma expressa a absoluta impossibilidade de penhora sobre os recursos abrangidos pelo fundo especial de assistência financeira aos partidos políticos.

4.1 Fundo especial de assistência financeira aos partidos políticos

Pinto Ferreira leciona que "*o Fundo Partidário é um órgão de assistência financeira aos partidos*"[73]. A princípio, a percepção efetiva e relevante é a utilização do Fundo Partidário para garantia do Estado democrático de direito.

O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos foi instituído pela Lei 4.740 denominada de Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP, em 15 de julho de 1965. Posteriormente, a Lei 5.682, de 21 de julho de 1971[74], substituiu a primeira Lei Orgânica dos Partidos Políticos, mantendo o Fundo Partidário, em seu título VIII (artigo 95 e seguintes). A Carta de 1988 constitucionalizou o Fundo Partidário, em seu artigo 17, § 3º, ao preconizar que os partidos políticos terão direito a recursos dele provenientes[75].

O Fundo atualmente é regulado pela Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, sendo composto de dotações orçamentárias da União, multas e penalidades eleitorais, recursos financeiros legais e doações privadas:

> "Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:

[73] FERREIRA, Pinto. Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos: lei n. 5.682, de 21-7-1971, atualizada pela lei n. 8.249, de 23-10-1991. São Paulo, Saraiva, 1992, p. 174.
[74] BRASIL. Lei n° 5.682, de 21 de julho de 1971. Lei Orgânica dos Partidos Políticos (revogada pela Lei n° 9.096, de 1995). Acesso em 20. dez. 2017.
[75] AMORIM, Miriam Campelo de Melo. Fundo partidário. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2005.

> I – multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;
>
> II – recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;
>
> III – doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;
>
> IV – dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.” [76]

Não obstante as previsões de sua constituição conforme elencado acima, fato é que na prática os recursos que formam o Fundo Partidário são compostos das hipóteses dos incisos I[77] e IV[78] do artigo 38 da Lei n. 9.096/95, conforme se verifica das informações disponibilizadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Tal verificação revela natureza jurídica pública preponderante dos valores que integram o aludido fundo. Os critérios de distribuição foram definidos pela Lei nº 9.096/95, alterada pela Lei nº 11.459/2007 e Lei nº 12.875/2013, sendo os seguintes:

> Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:(Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013).
>
> I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)
>
> II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. (Incluído pela Lei nº 12.875, de 2013)

---

[76] BRASIL. *Lei nº 9.906, de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em 7 set. 2017.

[77] BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral. Distribuição do Fundo Partidário 2017 – Duodécimos*. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-duodecimo-de-novembro-2017>. Acesso em 7 set. 2017.

[78] BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral. Distribuição do fundo partidário 2017 – Multas*. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-multas-de-outubro-2017>. Acesso em 7 set. 2017.

> Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses. (Redação dada pela Lei nº 13.107, de 2015).[79]

A sistemática de distribuição dos recursos do Fundo Partidário pelo Tribunal Superior Eleitoral obedece aos ditames dos arts. 40, §§ 1º e 2º e art. 41, *caput*, todos da Lei n. 9.096 de 1995, a saber: a previsão orçamentária de recursos para o Fundo Partidário deve ser consignada, no Anexo do Poder Judiciário, ao Tribunal Superior Eleitoral; cabe ao Tesouro Nacional depositar, mensalmente, os duodécimos no Banco do Brasil, em conta especial à disposição do Tribunal Superior Eleitoral; na mesma conta especial são depositadas as quantias arrecadadas pela aplicação de multas e outras penalidades pecuniárias, previstas na Legislação Eleitoral; e o Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito, faz a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo os critérios já apresentados.

A Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão utiliza o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) para correção desses valores, podendo ainda, haver alterações por meio de emenda parlamentar, durante a tramitação do projeto da lei orçamentária no Congresso Nacional.

Para composição do valor final, é somada também a projeção de arrecadação de multas previstas no Código Eleitoral e em leis conexas – tais projeções são baseadas no histórico de arrecadação.

Em 2016, foram distribuídos através do Fundo Partidário, R$ 819 milhões, entre duodécimos e multas. Para 2017, o orçamento do governo federal prevê o mesmo valor.[80]

---

[79] BRASIL. *Lei nº 9.906, de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em 7 set. 2017.

[80] BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral. Fundo Partidário*. Distribuição em 2017; Distribuições anteriores. Ano de 2017. Disponível em:
< http://www.tse.jus.br/partidos/fundo-partidario>. Acesso em 9 abr. 2017.

A partir da análise de sua composição, abordará a destinação dos valores repassados pela Corte Superior Eleitoral e a natureza jurídica dela decorrente.

Uma vez fixada a natureza jurídica de tal receita, tratará de aspectos relacionados à prestação de contas, controle e fiscalização pela Justiça Eleitoral e Ministério Público.

4.2 Formas de utilização dos recursos do fundo partidário

A Lei dos Partidos Políticos[81] preconiza em seu art. 44 as formas de utilização das receitas provenientes dos repasses, entre eles: (1) manutenção das sedes e dos seus serviços, além do pagamento de pessoal; (2) propaganda doutrinária e política, (3) no alistamento e nas campanhas eleitorais; (4) na criação e manutenção de instituto de fundação para fomentar as pesquisas de doutrinas e educação política; e (5) criação e manutenção de programas para promover e incentivar a participação política das mulheres.

Sobre as disposições de que trata o item (1), a infraestrutura partidária requer permanente manutenção em caráter básico como aluguel, materiais de escritório, gastos com serviços gerais e manutenção, aquisição de tecnologia suficiente a demandar as necessidades exigidas pelo Tribunal Superior Eleitoral e ainda, o custeio com folha de pagamentos que conforme previsão legal, poderá atingir até 50% dos recursos recebidos.

Cabe ressaltar que a infraestrutura dos partidos em sede nacional tem como objetivo propiciar o fortalecimento e a aproximação dos entes políticos com a sociedade e ainda, assessorar e nortear os filiados que exercem seus mandatos eletivos a seguirem doutrinariamente o planejamento político-eleitoral, objetivado ao alcance de políticas sociais.[82]

---

[81] BRASIL. *Lei nº 9.906, de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em 15 mai. 2017.

[82] PIMENTA DOS REIS, Daniel Gustavo Falcão. *Financiamento da política no Brasil*. Tese (Mestrado) Programa de Mestrado Universidade de São Paulo, SP, 2010, p. 178/179.

Ângelo Panebianco reconhece a importância de um forte corpo burocrático dos partidos, afirmando inclusive que o número de funcionários – em combinação com outros fatores é a "espinha dorsal" da distinção entre partidos fortes e fracos, pois esse corpo burocrático traz melhores condições para principalmente o partido atingir um alto nível de "coerência estrutural interna".[83]

Quanto aos itens (2) propaganda doutrinária e política ; (4) criação e manutenção de instituto de fundação para fomentar as pesquisas de doutrinas e educação política estes tem como objetivo a realização de estudos e pesquisas sobre temas políticos socioculturais e econômicos, assim como planejamento, organização, promoção e execução de cursos de formação, capacitação política, congressos, conferências, ciclos de estudos, seminários, simpósios e palestras inerentes a temas políticos, econômicos e outros assuntos a eles correlatos de interesse regional, nacional e transnacional, em face das disposições estatutárias.

No que concerne ao item (3) alistamento e campanhas eleitorais, é sabido que por força do disposto no do artigo 14, parágrafo 1 e parágrafo 3, inciso III da Carta Magna o alistamento eleitoral é um dos requisitos obrigatórios para que o eleitor possa votar para eleger seus representantes e ser votado, caso venha a se candidatar, desenvolve-se um custo sobre a estruturação da campanha no fortalecimento do Estado democrático de Direito.

Por fim, o item (5) criação e manutenção de programas para promover e incentivar a participação política das mulheres; de forma a disseminar a participação feminina no processo eleitoral como forma de contribuir com a luta pela superação das desigualdades de gênero na Política.

Conforme já demonstrado, tais gastos se prestam a dar efetivo cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei n. 9.096/1995, no tocante ao objetivo de assegurar, no

[83] PANEBIANCO, Ângelo. *Modelos de Partido: Organização e poder nos partidos Políticos, (tradução de Denise Agostinetti)*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.425.

interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

Por tal razão, conforme restará demonstrado no capítulo seguinte, a jurisprudência possui entendimento pacificado no sentido de que a natureza jurídica dos recursos que compõem o Fundo de Assistência aos Partidos Políticos é pública.

Diante de tal reconhecimento, todos os recursos devem ser controlados de forma segregada, com denominações próprias a proceder na identificação da natureza das receitas (Fundo Partidário, Doações para Campanha e Outros Recursos).[84]

4.3 Da impenhorabilidade absoluta do fundo partidário prevista no Código de Processo Civil de 1973

O Código de Processo Civil de 1973 não dispunha originalmente no Capitulo IV – Da Execução por quantia Certa contra Devedor Solvente, na Seção I – denominada "Da Penhora, da Avaliação e da Expropriação de Bens", sobre a impenhorabilidade de recursos integrantes do Fundo Partidário.

O texto do inciso XI do art. 649 da norma adjetiva em questão, foi incluído posteriormente pela Lei 11.694, de 12 de junho de 2008, nos seguintes termos:

> "Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
>
> [...]
>
> XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político; [85]

Tal mudança instituída pela Lei n. 11.694/2008 consagrou ao fundo partidário o instituto jurídico da impenhorabilidade, antes só concebido a outros bens, com

[84] Art. 6º Os Partidos Políticos, em cada esfera de direção, deverão abrir contas bancárias para a movimentação financeira das receitas de acordo com a sua origem, destinando contas bancárias específicas para movimentação dos recursos provenientes: I – do "Fundo Partidário", previsto no inciso I do art. 5º desta Resolução; II – das "Doações para Campanha", previstas no inciso IV do art. 5º desta Resolução; e III – dos "Outros Recursos", previstos nos incisos II, III e V, do art. 5º desta Resolução.

[85] BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 22 maio. 2017.

vistas à garantia da preservação dos recursos percebidos pelos partidos políticos, via Fundo Partidário.

Isso se deu pelo fato de diretórios nacionais dos partidos políticos, encarregados do recebimento dos repasses e distribuição dos recursos do fundo a outros diretórios de nível estadual ou municipal, serem frequentemente surpreendidos com penhoras e bloqueios eletrônicos nas contas utilizadas por supostos débitos dos mesmos, em desobediência ao disposto no art. 15-A da Lei n. 9.096/95:

> "Art. 15-A. A responsabilidade, inclusive civil e trabalhista, cabe exclusivamente ao órgão partidário municipal, estadual ou nacional que tiver dado causa ao não cumprimento da obrigação, à violação de direito, a dano a outrem ou a qualquer ato ilícito, excluída a solidariedade de outros órgãos de direção partidária."

Conforme leciona Scarpinella Bueno, somente os diretórios dos partidos políticos podem ser condenados ao pagamento de algum valor, eis que o Código de Processo Civil passou a preceituar expressamente a impenhorabilidade dos fundos partidários.[86]

Os §§ 4º e 5º do art. 28 da Lei n. 9.096/95 também militam em favor do reconhecimento das independências das esferas partidárias ao afastarem sua responsabilidade sobre atos praticados por outros diretórios, da seguinte forma:

> "Art. 28 [...]
>
> § 4º Despesas realizadas por órgãos partidários municipais ou estaduais ou por candidatos majoritários nas respectivas circunscrições devem ser assumidas e pagas exclusivamente pela esfera partidária correspondente, salvo acordo expresso com órgão de outra esfera partidária.
>
> § 5º Em caso de não pagamento, as despesas não poderão ser cobradas judicialmente dos órgãos superiores dos partidos políticos, recaindo eventual penhora exclusivamente sobre o órgão partidário que contraiu a dívida executada."

[86] BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva. v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242.

Os recursos do fundo partidário são absolutamente impenhoráveis, devido a sua fonte pública - como as multas e penalidades, recursos financeiros destinados por lei e dotações orçamentárias da União disponibilizadas aos Partidos Políticos, definido pelo professor Lauro Campos da Universidade de Brasília, no seu livro História do Pensamento Econômico – como "associação orientada para influenciar ou ocupar o poder político em um determinado país politicamente organizado e/ou Estado, em que se faz presente e/ou necessário como objeto de mudança e/ou transformação social"[87], ao qual, assume a natureza jurídica dessas verbas na aplicação do Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista a importância que detém no direito e na sociedade brasileira, eis que reconhecida amplamente sua importância pela necessidade de filiação ante a concorrência a qualquer cargo eletivo, justamente por constituir um partido no instrumento de viabilização da democracia, o legislador entendeu por bem em assegurar legalmente a absoluta impenhorabilidade dos recursos provenientes do Fundo Partidário.

A Lei n. 9.096/95, por sua vez, cumprindo seu mister constitucional, determinou em seu art. 3º: "*É assegurada, ao partido político, autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento.*"[88]

Os órgãos estaduais e municipais das agremiações sequer se apresentam como filiais ou sucursais de seus diretórios nacionais para fins de responsabilidade trabalhista, civil, fiscal ou mesmo comercial. As agremiações partidárias obviamente recebem da legislação nacional tratamento diferenciado, não podendo ser equiparados às sociedades comerciais ou empresariais, à medida que não exercem atividades econômicas, tampouco partilham entre si quaisquer eventuais resultados provenientes de produção de bens ou de circulação de bens ou de serviços.

[87] VIANA, Nildo. *O que são Partidos Políticos*. Goiânia: Edições Germinal, 2003. p. 12.
[88] BRASIL. *Lei nº 9.906, de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em 7 set. 2017.

Os Partidos, ao elaborarem seus estatutos, acabaram por definir sua estrutura, organização e funcionamento, refletido em esferas independentes nos exatos moldes do princípio federativo inserido no art. 18 da Lei Maior, o qual estabelece como autônomos – no âmbito da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil – a União, os Estados e o Distrito Federal e os Municípios.

Enquanto os partidos são organizados e funcionam em conformidade com o disposto em lei específica, de n. 9.096/95, as sociedades que possuem finalidade lucrativa são regidas pelos artigos 966 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

Logo, o legislador, ao conferir este caráter de impenhorabilidade, criou mecanismo para garantir a real e efetiva aplicação dos recursos dirigidos ao Fundo Partidário, eis que os partidos políticos, de acordo com a importância que detém em nosso ordenamento jurídico e sociedade, devem utilizar as verbas destinadas de forma retilínea e exemplar.

Portanto, com o advento da Lei n. 11.694/2008, pode-se atestar que os recursos recebidos pelos partidos políticos, a partir do início de sua vigência, têm privilégio no concernente à garantia de sua impenhorabilidade, ou seja, gozam de benefício anteriormente concedido apenas aos bens de família, da residência do executado, vestuários, bens de uso pessoal do executado, vencimentos (salários, de um modo geral), bens necessários ao exercício de qualquer profissão, materiais necessários a obras em andamento, seguro de vida, pequena propriedade rural, recursos percebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde e assistência social e a quantia depositada em caderneta de poupança, respeitado o limite de 40 salários mínimos.

Conforme a anterior previsão legal dos bens impenhoráveis, nota-se que estes eram apenas os vistos como absolutamente indispensáveis ou que, diante de sua falta, causariam enorme prejuízo ao devedor. Portanto, que os recursos destinados à manutenção e fomento dos partidos políticos também sejam assim encarados, pois

estes têm fundamental importância em nosso Estado democrático de Direito, eis que clara a previsão constitucional.

4.4 O dimensionamento conferido à impenhorabilidade dos recursos do fundo partidário na vigência do Código de Processo Civil de 1973

Na anterior ordem processual, com a expressa indicação ao termo "absolutamente impenhoráveis" no *caput* do art. 649, ainda assim o fundo partidário recebia algumas constrições provenientes de dívidas alimentares, por juízes relativizarem a presunção absoluta a depender do caso concreto. A seguir, passar-se-á a abordar os diversos entendimentos na jurisprudência brasileira quando ainda vigente o Código de Processo Civil de 1973.

4.4.1 Do entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.474.605

O Superior Tribunal de Justiça na seção realizada em abril de 2015, proferiu Acórdão, por maioria, dando parcial provimento ao recurso especial interposto pelo Diretório Nacional do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, nos termos do voto do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, que foi acompanhado pelos Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino, restando vencido o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze.[89]

A controvérsia do Recurso Especial cingia-se à extensão da impenhorabilidade dos recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, prevista no art. 649, XI, do Código de Processo Civil de 1973, cujo julgamento restou assim ementado:

> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.

[89] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça.* Acórdão. Recurso Especial n.1474605/MS. 3ª Turma. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. DJU, Brasília, 01/09/2015. Data de Julgamento: 07/04/2015.

NÃO CABIMENTO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO.

AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PENHORA DE VALORES ORIUNDOS DO FUNDO PARTIDÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 649, XI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. O art. 649, XI, do CPC impõe a impenhorabilidade absoluta dos recursos públicos do fundo partidário, nele compreendidas as verbas previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 38 da Lei nº 9.096/1995.

2. Os recursos do fundo partidário são originados de fontes públicas, como as multas e penalidades, recursos financeiros destinados por lei e dotações orçamentárias da União (art. 38, I, II e IV), ou de fonte privada, como as doações de pessoa física ou jurídica diretamente ao fundo partidário (art. 38, III).

3. Após a incorporação de tais somas ao mencionado fundo, elas passam a ter destinação legal específica e, portanto, natureza jurídica de verba pública, nos termos do art. 649, XI, do CPC, "recursos públicos", independentemente da origem.

4. A natureza pública do fundo partidário decorre da destinação específica de seus recursos (art. 44 da Lei nº 9.096/1995), submetida a rigoroso controle pelo Poder Público, a fim de promover o funcionamento dos partidos políticos, organismos essenciais ao Estado Democrático de Direito.

5. O Fundo Partidário não é a única fonte de recursos dos partidos políticos, os quais dispõem de orçamento próprio, oriundo de contribuições de seus filiados ou de doações de pessoas físicas e jurídicas (art. 39 da Lei nº 9.096/1995), e que, por conseguinte, ficam excluídas da cláusula de impenhorabilidade.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1474605/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 26/05/2015)".[90]

[90] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça.* Acórdão. Recurso Especial n.1474605/MS. 3ª Turma. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. DJU, Brasília, 01/09/2015. Data de Julgamento: 07/04/2015.

Segundo o voto do Ministro relator, o Código de Processo Civil de 1973, por meio do inciso XI de seu artigo 649 considera como bens absolutamente impenhoráveis as verbas recebidas pelos partidos políticos oriundas do fundo partidário.

Para ele, a expressão "nos termos da lei" no dispositivo acima destacado remete à Lei nº 9.096/1995, que dispõe sobre os partidos políticos e que, no Capítulo II, disciplina o Fundo Partidário, na qualidade de garantia constitucional prevista no art. 17, § 3º, da Constituição Federal que determina: "*Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos da lei*".

Assim é que, no tocante à sua origem, os recursos do fundo partidário são originados de fontes públicas, como as multas e penalidades, recursos financeiros destinados por lei e dotações orçamentárias da União (art. 38, I, II e IV), ou de fonte privada, como as doações de pessoa física ou jurídica diretamente ao fundo partidário (art. 38, III).

Para o voto vencedor, após a incorporação de tais somas ao mencionado fundo, elas passam a ter destinação legal específica e, portanto, natureza jurídica de verba pública ou nos termos do art. 649, XI, do CPC de 1973, recursos públicos.

Outro fator importante para tal reconhecimento, segundo o voto vencedor, a movimentação de recursos recebidos pelo partido político, oriundos do Fundo Partidário, deve ser realizada por meio de conta bancária aberta exclusivamente para tal fim, sob pena de comprometer a lisura e veracidade das contas prestadas, ante a impossibilidade de se verificar especificamente quais os recursos provieram de referida fonte. Ressaltou o Ministro relator que o descumprimento da regra acima configura irregularidade insanável e capaz de ensejar a desaprovação das contas.[91]

[91] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça.* Acórdão. Recurso Especial n.1474605/MS. 3ª Turma. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. DJU, Brasília, 01/09/2015. Data de Julgamento: 07/04/2015.

Nesse particular, a decisão de considerar impenhorável o fundo partidário seguiu a orientação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Veja-se:

> "PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2010. SUPOSTA OFENSA AO ART. 93, INCISOS IX E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE CONTA BANCÁRIA EXCLUSIVA PARA MOVIMENTAÇÃO DE RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO. IRREGULARIDADE GRAVE E INSANÁVEL. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS 279/STF E 07/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> (...)
>
> 2.Os partidos políticos devem manter conta bancária exclusivamente destinada à movimentação dos recursos oriundos do Fundo Partidário, sendo certo que a desobediência a esse comando normativo é irregularidade de natureza grave e insanável, capaz de dar azo à reprovação das respectivas contas.
>
> 3.O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu que restou comprovada a inexistência de conta bancária específica e exclusiva para a movimentação dos recursos do Fundo Partidário e a apresentação intempestiva dos balancetes referentes aos meses de novembro e dezembro de 2010. Portanto, a inversão do julgado atrai os óbices das Súmulas 279/STF e 07/STJ.
>
> 4.Agravo regimental desprovido" (AgR-Al n° 13.885/PA, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJE 19/5/2014 - grifou-se).
>
> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PARTIDO POLÍTICO. PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL. EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2004. FUNDO PARTIDÁRIO. RECURSOS. MOVIMENTAÇÃO. CONTA BANCÁRIA ESPECÍFICA. OBRIGATORIEDADE. ART. 40 DA RES.-TSE 21.84112004. PRECEDENTES DO TSE. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. NÃO PROVIMENTO.
>
> 1.Consoante o art. 4º da Res.-TSE 21.841/2004, os partidos políticos devem manter contas bancárias distintas para movimentar os recursos financeiros do Fundo Partidário e os de outra natureza porventura existentes, cuja exigência não era inédita, a teor da jurisprudência desta Corte e do art. 60, XI, da Res.-TSE 19.768/96.

> 2.Na espécie, ante a impossibilidade de se comprovar a regularidade da movimentação de R$ 138.767,29 do total de R$ 240.000,00 recebidos pelo agravante em 2004 a título de verbas do Fundo Partidário (57,81% do montante repassado) - em virtude da gestão desses valores e de outros oriundos de fontes diversas em uma única conta bancária, não permitindo à Justiça Eleitoral examinar como e quando esses recursos públicos foram aplicados -, impõe-se a sua restituição ao Erário (art. 34 da Res.-TSE 21.84112004).
>
> 3.Agravo regimental não provido" (AgR-REspe nº 7.582.125-95/SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJE 30/4/2012 - grifou-se).

Da breve sistemática apresentada concluiu o colegiado, por maioria que e os valores recebidos do Fundo Partidário, independentemente da origem, são considerados recursos públicos, isso porque referida verba possui destinação específica prevista em lei, além de sujeitar-se a rigoroso controle pelo Poder Público através de prestação de contas que, na hipótese de ser desaprovada, poderá implicar no desconto da quantia a ser repassada ou até mesmo na suspensão da cota do respectivo partido político.

Para o Ministro Ricardo Cueva tais circunstâncias deixam claro que o legislador, no artigo 649, XI, do CPC/1973, ao fazer referência a "recursos públicos do fundo partidário", tão somente reforçou a natureza pública da verba, de modo que os valores depositados nas contas bancárias utilizadas exclusivamente para o recebimento da mencionada legenda são absolutamente impenhoráveis.

Pontou o voto vencedor que nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral não faz nenhuma distinção acerca da origem dos recursos que constituem o fundo, se pública ou privada, tratando-o como um todo indivisível e de natureza pública.

Para o colegiado, desse modo, o art. 649, XI, do CPC/1973 impõe a impenhorabilidade absoluta dos recursos públicos do fundo partidário, compreendidas as verbas previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 38 da Lei n. 9.096/1995, diante da sua inegável natureza pública, identificável especialmente pela destinação para fim específico, relacionado ao funcionamento dos partidos políticos, organismos essenciais ao Estado Democrático de Direito.

A turma salientou, ainda, que o fundamento para tal restrição é o mesmo aplicável à hipótese de impenhorabilidade de recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social (artigo 649, IX, do CPC): a preservação da ordem pública.

Além disso, destacou que a conclusão do acórdão recorrido, de que a origem do débito, se relacionado com as atividades previstas no art. 44 da Lei n. 9.096/1995, afastaria a previsão contida no artigo 649, XI, do CPC/1973, acabaria, na realidade, por descaracterizar a absoluta impenhorabilidade ora em estudo.

Segundo o voto vencedor não se desconhece a existência de doutrina que entende possível a penhora dos recursos de origem privada que compuserem o fundo partidário, como o faz Araken de Assis:

> "[...] Em relação aos 'recursos públicos', portanto, há impenhorabilidade absoluta: qualquer que seja a natureza da dívida (v.g., a trabalhista), a verba é impenhorável. No entanto, a impenhorabilidade não abrange qualquer quantia depositada na conta corrente, e passível do bloqueio on line (art. 655-A), porque são penhoráveis as doações. Caberá ao órgão partidário responsável pela dívida alegar a impenhorabilidade (art. 655-A, § 2º), demonstrando, através das contas apresentadas à Justiça Eleitoral, a composição dos seus recursos financeiros"[92]

A despeito do entendimento de natureza pública, o qual prevaleceu no julgamento do Recurso mencionado, o Ministro Marco Aurélio Bellizze divergiu do entendimento da impenhorabilidade absoluta do fundo partidário. Pata tal, ressaltou que o fundo tem destinação específica e, dentre tal destinação, inclui as despesas políticas, que é a que se refere o caso concreto.

Nesse sentido, entendeu que embora não negue a impenhorabilidade do fundo deva-se afastá-la no caso concreto em razão da correspondência entre a rubrica do fundo e a despesa existente. Nas palavras do voto do Ministro vencido:

> "No caso, *mutatis mutandis*, os recursos públicos que compõem o fundo partidário destinam-se [...] a fazer frente às

[92] ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 265.

> despesas do partido político com propaganda política e, sendo esta a origem da dívida, possível a correlata constrição judicial recaia sobre eles, nos limites previstos para tal rubrica/despesa".[93]

Entretanto, para a maioria da turma julgadora no Superior Tribunal de Justiça, a análise sistemática da controvérsia em questão demonstra que a natureza das verbas que integram o fundo partidário é essencialmente pública, independentemente da origem, e, portanto, impenhoráveis, nos termos do artigo 649, XI, do CPC/1973.

4.4.2 Da impenhorabilidade absoluta frente a dívidas trabalhistas – Processo n. 15436-2008-012-09-00-0, da 12ª Vara do Trabalho de Curitiba – Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

O processo n. 15436-2008-012-09-00-0 foi julgado no dia 12 de novembro de 2014, tratando-se de Embargos à Execução oposto pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB com a finalidade de afastar sua responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas ao exequente.

Embora o Juízo adote como razão de decidir a ausência de demonstração que os valores penhorados são do fundo partidário, alega que tal fato é indiferente ante a ausência de óbice à sua penhora quando se trata de execuções trabalhistas. Nas palavras do Juiz do Trabalho Luciano Augusto de Toledo Coelho:

> "O ônus de provar que a conta penhorada recebe, exclusivamente, valores do fundo partidário era do embargante, ônus o qual não se desincumbiu. Ainda que assim não o fosse, não há nenhuma óbice para penhora de valores oriundos do fundo partidário para pagamento de execuções trabalhistas."[94]

Nesse sentido, ainda com a expressa indicação no Código de Processo Civil à absoluta impenhorabilidade, tal decisão flexibilizou tal disposição com a finalidade

[93] BRASIL. *Superior Tribunal de* Justiça. Voto vencido Min. Bellizze. Recurso Especial n.1474605/MS. 3ª Turma. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. DJU, Brasília, 01/09/2015. Data de Julgamento: 07/04/2015. p. 3.

[94] BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.* Sentença. Embargos à execução n. 15436-2008-012-09-00-0. 12ª Vara do Trabalho de Curitiba. Juiz do Trabalho Luciano Augusto de Toledo Coelho. Curitiba.

de adimplemento de verbas trabalhistas, as quais possuem natureza eminentemente alimentar.

4.4.3 O entendimento do Tribunal Superior Eleitoral quanto á (im)penhorabilidade do fundo partidário para fins de adimplemento de verbas trabalhistas

No julgamento da Petição n. 134-67.2013.6.00.0000, a qual teve como Ministro Relator o Min. Henrique Neves da Silva, proveniente do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral proferiu decisão que restou assim ementada:

> "PENHORA. FUNDO PARTIDÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VALORES PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.
>
> Os valores do Fundo Partidário são absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649, XI), não cabendo ao Tribunal Superior Eleitoral proceder ao seu bloqueio como meio de garantir créditos a terceiros.
>
> (TSE – Pet: 13467 DF, Relator: Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Data de Julgamento: 18/04/2013, Data de publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 102, Data 3/6/2013, Página 71-72)"[95]

A decisão destacou o entendimento prevalecente no Tribunal de impenhorabilidade das cotas do fundo partidário a que fazia jus o PPS, em virtude da expressa determinação legal de absoluta impenhorabilidade.

Ademais, a vasta jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral segue a mesma orientação quanto à impossibilidade de bloqueio de valores por este Tribunal, conforme as ementas a seguir colacionadas:

> "PENHORA. FUNDO PARTIDÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VALORES PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.
>
> - Os valores do Fundo Partidário são absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649, XI), não cabendo ao Tribunal

[95] BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral*. Acórdão. Pet. n. 13467/DF. Tribunal pleno. Relator: Min Henrique Neves da Silva. DJU, Brasília, 3/6/2013.

> Superior Eleitoral proceder ao seu bloqueio como meio de garantir créditos de terceiros" (Pet nº 13467/DF, Relator Ministro Henrique Neves da Silva, DJE 3/6/2013 - grifou-se).[96]
>
> "PETIÇÃO. 12ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA. MANDADO DE PENHORA DE CRÉDITOS JUNTO A TERCEIROS. FUNDO PARTIDÁRIO. BLOQUEIO. IMPOSSIBILIDADE. PENHORA DA CONTA BANCÁRIA DO PARTIDO. COMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO. FORNECIMENTO DO NÚMERO DA CONTA DA AGREMIAÇÃO. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Na linha dos precedentes desta Corte, não é permitido o bloqueio das cotas do fundo partidário para satisfação de débito reconhecido em processo judicial.
>
> 2. Entendimento reforçado pelo inciso XI do artigo 649 do CPC, que estatui serem absolutamente impenhoráveis os recursos públicos do fundo partidário.
>
> 3. Compete ao juiz da execução a realização de penhora da conta bancária de agremiação partidária.
>
> 4. Fornecimento do número da conta bancária de partido político " (Pet nº 316503/DF, Relator Ministro Marcelo Ribeiro, DJE 5/11/2010 - grifou-se).[97]

Ainda sobre a impenhorabilidade, o Tribunal Superior Eleitoral se pronunciou no seguinte sentido:

> "PETIÇÃO. MANDADO DE PENHORA. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. BLOQUEIO DE COTAS DO FUNDO PARTIDÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DOS DADOS REFERENTES À CONTA DA AGREMIAÇÃO. DESNECESSIDADE.
>
> I - A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral firmou-se no sentido de que não cabe a esta Corte promover o bloqueio de cotas do fundo partidário.
>
> II - É despiciendo o fornecimento do número da conta bancária de partido político, uma vez que o juízo requerente tem à sua disposição a penhora on-line, prevista no art. 655-A, § 4°, do Código de Processo Civil.

[96] BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral.* Acórdão. Pet. n. 13467/DF. Tribunal pleno. Relator: Min Henrique Neves da Silva. DJU, Brasília, 3/6/2013.
[97] BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral.* Acórdão. Pet. n. 316503/DF. Tribunal pleno. Relator: Min Marcelo Ribeiro. DJU, Brasília, 5/11/2010.

> III - Pedido indeferido" (Pet nº 409436/SP, Relator p/ acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 20/03/2012 - grifou-se).[98]

Sendo assim, a partir da análise sobre o tratamento conferido à impossibilidade de bloqueio das verbas partidárias na vigência do revogado Código de Processo Civil de 1973 nas esferas eleitoral, trabalhista e sob a perspectiva uniformizadora da legislação infraconstitucional do Superior Tribunal de Justiça, passa-se a abordar a nova ordem inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 e, a partir de então, é o entendimento jurisprudencial sobre a impenhorabilidade até o momento no cenário jurídico brasileiro.

4.5 Do tratamento jurisprudencial da impenhorabilidade do fundo partidário na vigência do Código de Processo Civil de 2015

Com a nova redação do dispositivo do Código de Processo Civil que trata do assunto em comento, instalou-se a discussão quanto à manutenção ou não da absoluta impenhorabilidade do fundo partidário. Portanto, passa-se a discorrer sobre os reflexos ainda não tão evidentes quanto a tal alteração no texto normativo.

Embora promovida tal alteração, é possível identificar que pouco surte efeitos práticos quanto à absoluta impenhorabilidade do fundo partidário. No Tribunal Superior Eleitoral não houve ainda julgamento sobre a matéria na vigência da nova ordem processual. Contudo, é possível identificar nas Cortes eleitorais regionais julgados que determinam o desbloqueio de penhoras feitas em fundos partidários dos partidos, ante a manutenção de sua impenhorabilidade.

A título exemplificativo, veja-se a ementa proveniente de julgamento proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Goiás:

> “CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRESTAÇÃO DE CONTAS. ELEIÇÕES 2014. PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO ¿ PSD. ÓRGÃO DE DIREÇÃO REGIONAL. DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO AO

[98] BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral.* Acórdão. Pet. n. 409436/SP. Tribunal pleno. Relator: Min Ricardo Lewandowski. DJU, Brasília, 20/03/2012.

> TESOURO NACIONAL DA QUANTIA CUJO DOADOR ORIGINÁRIO NÃO FORA IDENTIFICADO. ART. 29 DA RESOLUÇÃO Nº 23.406, DE 27.2.2014. IMPUGNAÇÃO à PENHORA. ART. 854, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. IMPENHORABILIDADE DO MONTANTE BLOQUEADO. INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. NÃO COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO.
>
> 1- As matérias discutíveis na impugnação fundada no art. 854 do CPC/2015 são restritas (impenhorabilidade da quantia e indisponibilidade excessiva) e demandam comprovação.
>
> 2- Não comprovada a impenhorabilidade do montante bloqueado, por ser oriundo do Fundo Partidário, tampouco a insuficiência de recursos para pagamento da dívida, mantém-se a constrição efetuada sobre os ativos financeiros do partido executado.
>
> 3- Impugnação indeferida.
>
> (PRESTACAO DE CONTAS n 281184, ACÓRDÃO n 25/2018 de 29/01/2018, Relator(a) FERNANDO DE CASTRO MESQUITA, Publicação: DJ - Diário de justiça, Tomo 021, Data 02/02/2018, Página 27-29)"[99]

No mesmo sentido, quanto à absoluta impenhorabilidade do fundo partidário já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, se pronunciou o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais no seguinte sentido:

> Recurso Eleitoral. Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Multa Eleitoral. Pedido de desbloqueio de verba salarial. Aplicação Financeira. Reserva de capital. Penhorabilidade. Indeferimento.
>
> Artigo 833, X, do Código de Processo Civil. Impenhorabilidade absoluta de quantias depositadas em conta poupança vinculada a conta corrente até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos.
>
> A impenhorabilidade alcança as aplicações em fundo de investimentos em conta-corrente ou guardadas em papel-moeda, ressalvado eventual abuso, má-fé ou fraude. Não configuração no caso concreto de má-fé ou abuso.
>
> Precedentes: STJ, TRE/SP, TJ/SP E TRF3.
>
> Recurso a que se dá provimento.

[99] BRASIL. *Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Goiás*. Acórdão. Prestação de contas n. 281184. Relator: Des. Fernando de Castro Mesquita. DJ, tomo 021, 02/02/2018.

> (RECURSO ELEITORAL n 21803, ACÓRDÃO de 25/08/2016, Relator(a) ANTÔNIO AUGUSTO MESQUITA FONTE BOA, Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Data 05/09/2016)[100]

Isto posto, embora o Código de Processo Civil de 2015 não tenha previsto expressamente a absoluta impenhorabilidade, pode-se concluir que permanece inalterado o tratamento jurídico conferido aos fundos partidários no que concerne ao instituto em comento, mesmo com a supressão do termo “absolutamente” da letra da lei.

A ausência de menção expressa no dispositivo legal não conduz ao desvirtuamento da impossibilidade de penhora o que, contudo, não exclui as hipóteses de relativização da impenhorabilidade quando analisado determinado caso concreto, o que dependerá da análise do Juiz quanto à excepcionalidade de forma minuciosa, com a finalidade de não transformar a regra – impenhorabilidade – em exceção.

5 CONCLUSÃO

Não obstante o Código de Processo Civil atualmente vigente não tenha se valido da expressão “absolutamente” antes do adjetivo impenhoráveis no bojo de seu artigo 833, inciso XI, o dimensionamento da impenhorabilidade que gozam os recursos que compõem o Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos parece inatingida, uma vez que:

I – A utilização a expressão "nos termos da lei" no dispositivo acima destacado remete à Lei nº 9.096/1995, que dispõe sobre os partidos políticos e que, no Capítulo II, disciplina o Fundo Partidário, na qualidade de garantia constitucional prevista no artigo 17, § 3º, da Constituição Federal que determina: "*Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos da lei*";

[100] BRASIL. *Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais*. Acórdão. Recurso Eleitoral n. 21.803. Relator: Min Antonio Augusto Mesquita Fonte Boa. DJMG, 05/09/2016.

II – No tocante à sua origem, os recursos do fundo partidário são originados de fontes públicas, como as multas e penalidades, recursos financeiros destinados por lei e dotações orçamentárias da União (artigo 38, I, II e IV), ou de fonte privada, como as doações de pessoa física ou jurídica diretamente ao fundo partidário (artigo 38, III);

III – Após a incorporação de tais somas ao mencionado fundo, elas passam a ter destinação legal específica e, portanto, natureza jurídica de verba pública ou nos termos do art. 833, XI, do CPC de 1973, recursos públicos;

IV – A movimentação de recursos recebidos pelo partido político, oriundos do Fundo Partidário, deve ser realizada por meio de conta bancária aberta exclusivamente para tal fim, sob pena de comprometer a lisura e veracidade das contas prestadas, ante a impossibilidade de se verificar especificamente quais os recursos provieram de referida fonte;

V – Os valores recebidos do Fundo Partidário, independentemente da origem, são considerados recursos públicos, isso porque referida verba possui destinação específica prevista em lei, além de sujeitar-se a rigoroso controle pelo Poder Público através de prestação de contas que, na hipótese de ser desaprovada, poderá implicar no desconto da quantia a ser repassada ou até mesmo na suspensão da cota do respectivo partido político;

VI - O legislador, no art. 833, XI, do CPC/2015, ao fazer referência a "recursos públicos do fundo partidário", tão somente reforçou a natureza pública da verba, de modo que os valores depositados nas contas bancárias utilizadas exclusivamente para o recebimento da mencionada legenda são absolutamente impenhoráveis;

VII - O Tribunal Superior Eleitoral, que possui vasta jurisprudência acerca da impossibilidade do bloqueio de cotas do Fundo Partidário, não faz nenhuma distinção acerca da origem dos recursos que constituem o fundo, se pública ou privada, tratando-o como um todo indivisível e de natureza pública.

Desse modo, o artigo 833, XI, do CPC/2015 impõe a impenhorabilidade absoluta dos recursos públicos do fundo partidário, compreendidas as verbas previstas nos incisos I, II, III e IV do artigo 38 da Lei nº 9.096/1995, diante da sua inegável natureza pública, identificável especialmente pela destinação para fim específico, relacionado ao funcionamento dos partidos políticos, organismos essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, por consequência, que a contribuição acadêmica da presente pesquisa consiste na demonstração analítica dos institutos da impenhorabilidade sobre uma de suas formas acerca da manutenção dos partidos políticos – o fundo partidário. Consiste, ainda, na abordagem histórica dos partidos políticos e de inovações recentes como a decisão do Supremo Tribunal Federal que vedou as doações provenientes de pessoas jurídicas.

A partir da fixação de premissas teóricas, tais como a da natureza pública do fundo e de sua destinação vinculada, o resultado da supressão do termo "absolutamente" do dispositivo referente à impenhorabilidade do fundo partidário no Código de Processo Civil não modifica a regra de absoluta impossibilidade de penhora, sendo a relativização exceção que deve ser devidamente fundamentada no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico. *A evolução histórica dos partidos políticos*. Revista Eletrônica da EJE, Brasília, ano 3, n. 6, p. 11-12, out./nov. 2013. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/283.

AMORIM, Miriam Campelo de Melo. *Fundo partidário.* Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2005.

ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 265.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil, vol. II*, 4. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BIELSCHWSKY, Raoni Macedo. *Democracia Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia.* Tradução de Marco Aurelio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BRAGA, Claudio Mendonça. *O caráter nacional dos partidos políticos na Federação brasileira.* 2009. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

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

BRASIL, Lei n. 1.608, de 18. set. de 1939 – Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>.

BRASIL. *Lei n° 5.682, de 21 de julho de 1971.* Lei Orgânica dos Partidos Políticos (revogada pela Lei n° 9.096, de 1995).

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.906, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em 30. out. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Acórdão. Recurso Especial n. 1285970/SP. 3ª Turma. Rel. Ministro SIDNEI BENETI. DJU, Brasília, 08/09/2014. Julgado em 27/05/2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Acórdão. Recurso Especial n.1474605/MS. 3ª Turma. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. DJU, Brasília, 01/09/2015. Data de Julgamento: 07/04/2015.

BRASIL. *Superior Tribunal de* Justiça. Voto vencido Min. Bellizze. Recurso Especial n.1474605/MS. 3ª Turma. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. DJU, Brasília, 01/09/2015. Data de Julgamento: 07/04/2015. p. 3.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Súmula n. 417. Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136819>.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Súmula vinculante n. 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*. Acórdão. Agravo de instrumento n. 07086581020178070000. 4ª Turma Cível. Rel. Sergio Rocha. DJe. Brasília. Julgado em: 01/03/2018.

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.* Sentença. Embargos à execução n. 15436-2008-012-09-00-0. 12ª Vara do Trabalho de Curitiba. Juiz do Trabalho Luciano Augusto de Toledo Coelho. Curitiba.

BRASIL. *Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais.* Acórdão. Recurso Eleitoral n. 21.803. Relator: Min Antonio Augusto Mesquita Fonte Boa. DJMG, 05/09/2016.

BRASIL. *Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Goiás.* Acórdão. Prestação de contas n. 281184. Relator: Des. Fernando de Castro Mesquita. DJ, tomo 021, 02/02/2018.

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral.* Acórdão. Pet. n. 13467/DF. Tribunal pleno. Relator: Min Henrique Neves da Silva. DJU, Brasília, 3/6/2013.

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral.* Acórdão. Pet. n. 316503/DF. Tribunal pleno. Relator: Min Marcelo Ribeiro. DJU, Brasília, 5/11/2010.

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral.* Acórdão. Pet. n. 409436/SP. Tribunal pleno. Relator: Min Ricardo Lewandowski. DJU, Brasília, 20/03/2012.

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral*. *Campanha eleitoral – Financiamento de campanhas. Roteiros de campanhas.* Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/campanha-eleitoral-financiamento-de-campanhas-roteiros-eje>.

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral. Distribuição do Fundo Partidário 2017 – Duodécimos.* Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-duodecimo-de-novembro-2017>. Acesso em 7 set. 2017.

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral. Distribuição do fundo partidário 2017 – Multas.* Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-multas-de-outubro-2017>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos políticos registrados no TSE.* Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 23464/2015. Regulamenta o disposto no Título III da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Das Finanças e Contabilidade dos Partidos, de 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234642015.htm>.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva.* v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Livraria Almedina: Portugal, 1993.

CAUX, Luísa Fernandes de.2016,17. *Reformas Processuais: processo de execução e impenhorabilidade de bens, rupturas e continuidades.* Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, 2016.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito eleitoral, direito processual eleitoral e direito penal eleitoral.* 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado.* 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. et al. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. v. 5. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* v. IV, 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. *Manual de contas eleitorais: manual prático de arrecadação e gastos de recursos em campanha de prestação de contas.* Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FARIAS NETO, P. S. *Ciência política: enfoque integral avançado*. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos: lei n. 5.682, de 21-7-1971, atualizada pela lei n. 8.249, de 23-10-1991.* Imprenta: São Paulo, Saraiva, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Democracia no Limiar do Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARCIA. Alexandre Navarro Garcia. *Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa*. Revista de informação legislativa: v. 42, n. 166 (abr./jun. 2005).

GOMES, José Jairo. *Direito* eleitoral. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 5.Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENCINI. Bruno César. *Financiamento eleitoral. Perspectiva comparada.* São Paulo: Atlas, 2014.

MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2007

MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2016.

MICHELS, Robert. *Sociologia dos Partidos Políticos*. Brasília, Universidade de Brasília, 1982.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PANEBIANCO, Ângelo. *Modelos de Partido: Organização e poder nos partidos Políticos, (tradução de Denise Agostinetti)*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIMENTA DOS REIS, Daniel Gustavo Falcão. *Financiamento da política no Brasil*. Tese (Mestrado) Programa de Mestrado Universidade de São Paulo, SP, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil, volume II*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SCHIMITT, Augusto. *Partidos políticos no Brasil, (1945-2000).* São Paulo: Zahar, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SPECK, Bruno Wilhelm. *O Financiamento político e a corrupção no Brasil*. In: Rita de Cassia Biasson. (Org.). Temas de corrupção política no Brasil. 1. ed. São Paulo: Balão Editorial, 2012, v. 1. p. 49-97.

STRECK, Lenio L. Comentário ao art. 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. _____ (Coords.) *Comentários à Constituição do* Brasil.

VIANA, Nildo. *O que são Partidos Políticos*. Goiânia: Edições Germinal, 2003.

A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/2017 DO IBAMA PARA PROTEÇÃO DAS ABELHAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE DE SUPORTE

Stéphanie Rodrigues Ferreira

RESUMO

Este trabalho pretende analisar a Instrução Normativa nº 02/2017 do Ibama à luz do princípio da capacidade de suporte na avaliação do risco ambiental do agrotóxico para as abelhas. Em razão da importância que as abelhas têm de manter o equilíbrio ambiental com a sua função polinizadora, há que se levar em consideração que o declínio desses agentes, em razão de uso excessivo de agroquímicos, pode prejudicar o equilíbrio ecossistêmico essencial para a vivência dos seres vivos. Portanto, não pode ser aceito que o uso de agrotóxicos seja em um nível capaz de maleficiar o meio ambiente e que infrinja o direito difuso de um meio ambiente equilibrado e saudável, conforme estabelece o artigo 225 da Constituição Federal. Para isto será feito um estudo de caso para expor todo o processo de concepção da Instrução Normativa, para se avaliar se por meio dela há concretização do princípio da capacidade de suporte. Como resultado da pesquisa, pode-se observar que a regulamentação do Ibama, apesar de recente, viabiliza o desenvolvimento sustentável do ecossistema por meio do princípio da capacidade de suporte. Sendo uma norma de equilíbrio, ao se estipular e permitir o risco razoável, mas colocando o meio ambiente como uma prioridade a ser protegida. Busca garantir a proteção das abelhas, e em consequência, do ecossistema como um todo.

Palavras-chave: agrotóxico; declínio das abelhas; princípio da capacidade de suporte; Instrução Normativa nº 02/2017 – Ibama.

ABSTRACT

This work intends to analyze the Normative Instruction nº 02/2017 of Ibama in light of the principle of support capacity in the environmental risk assessment of

the agrotoxic for the bees. Due to the importance of bees to maintain the environmental balance with their pollinating function, it must be taken into account that the decline of these agents, due to excessive use of agrochemicals, can damage the ecosystem balance essential for the living beings alive. Therefore, it can't be accepted that the use of agrochemicals is at a level capable of damaging the environment and that it violates the diffuse right of a healthy and balanced environment, as established in Article 225 of the Federal Constitution. For this, a case study will be done to present the whole process of conception of the Normative Instruction, in order to evaluate if through it there is concretization of the principle of the capacity of support. As a result of the research, it can be observed that the regulation of Ibama, although recent, makes possible the sustainable development of the ecosystem through the principle of support capacity. Being a rule of balance, by stipulating and permitting reasonable risk, but placing the environment as a priority to be protected. It seeks to ensure the protection of bees, and consequently, of the ecosystem as a whole.

Keywords: agrotoxic; fall of the bees; principle of support capacity; Normative Instruction No. 02/2017 – Ibama.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a análise, sob o ponto de vista jurídico, do papel da Instrução Normativa nº 02/2017 do IBAMA, que visa estabelecer as diretrizes e procedimentos adequados para a avaliação dos riscos dos ingredientes ativos de agrotóxicos para os insetos polinizadores, utilizando as abelhas como organismos indicadores.

Isto é, o que será discutido não é a efetividade da Instrução Normativa em si, posto que é uma norma recente na qual ainda não se pode afirmar os efeitos concretos dela. O propósito da pesquisa é entender os objetivos da Instrução Normativa e se, alicerçada ao princípio jurídico da capacidade de suporte, ela concretiza o princípio em questão.

No caso, a análise do trabalho se limitará às implicações nas abelhas, por serem agentes substanciais na realização da polinização natural e responsáveis pela conservação e restauração do ecossistema.

Estudos a respeito da importância das abelhas, como os da bióloga Vera Lúcia Imperatriz-Fonseca[1], os divulgados pela ONU[2] e pela A.B.E.L.H.A – Associação Brasileira de Estudos das Abelhas, vinculam os agroquímicos como os maiores responsáveis pelo declínio do número de abelhas[3].

Ainda que não sejam recentes as descobertas da prejudicialidade do uso do agrotóxico, como já fora apresentado em 1962, por Rachel Carson, em seu livro *Primavera Silenciosa,* e como foi divulgado em esfera nacional, recentemente, pelo dossiê feito pela ABRASCO[4] sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde, o Brasil, segundo o MMA - Ministério do Meio Ambiente, desde 2008, está enquadrado como maior consumidor de agrotóxicos do mundo.

> Os agrotóxicos são considerados extremamente relevantes no modelo de desenvolvimento da agricultura no País. O Brasil é o maior consumidor de produtos agrotóxicos no mundo. Em decorrência da significativa importância, tanto em relação à sua toxicidade quando à escala de uso no Brasil, os agrotóxicos possuem uma ampla cobertura legal no Brasil, com um grande número de normas legais. O referencial legal mais importante é a Lei nº 7802/89, que rege o processo de registro de um produto agrotóxico, regulamentada pelo Decreto nº 4074/02.[5]

[1] Bióloga, atuante no desenvolvimento de estudo de polinizadores no Brasil e como co-chair da nova avaliação sobre polinização, polinizadores e produção de alimentos, em elaboração pela Plataforma Intergovernamental de Biodiversidade e Serviços de Ecossistemas (IPBES). Disponível em: http://www.itv.org/pesquisador/vera-fonseca/. Acesso em: 01 nov. 2017

[2] Da AGÊNCIA EFE. ONU alerta sobre o desaparecimento de polinizadores e pede medidas urgentes. Disponível em: <http://revistagloborural.globo.com/Noticias/Criacao/noticia/2016/02/onu-alerta-sobre-o-desaparecimento-de-polinizadores-e-pede-medidas-urgentes.html>. Acesso em: 07 nov. 2017.

[3] AMARO, Pedro; GODINHO, Joana. Pesticidas e abelhas. **Revista de ciências Agrárias.** p. 53-62, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/rca/v35n2/v35n2a05.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

[4] A ABRASCO - Associação Brasileira de Saúde Coletiva, "foi criada com o objetivo de atuar como mecanismo de apoio e articulação entre os centros de treinamento, ensino e pesquisa em Saúde Coletiva para fortalecimento mútuo das entidades associadas e para ampliação do diálogo com a comunidade técnico-científica e desta com os serviços de saúde, as organizações governamentais e não governamentais e a sociedade civil." Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/sobreaabrasco/>. Acesso em: 11 out. 2017

[5] MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Agrotóxicos.** Disponível em: <http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/agrotoxicos>. Acesso em: 01 out. 2017.

Ou seja, ainda que estudos, como os citados, indiquem que a problemática do uso do agrotóxico e os resultados desses produtos são visíveis na saúde pública e na esfera ambiental, o Brasil só aumentou o uso destes agroquímicos.

E dentre os variados efeitos que o uso de tais produtos químicos podem trazer, a consequência da queda de polinizadores é um fator preocupante tendo em consideração a relevância da polinização para o meio ambiente e os benefícios que ela traz[6].

Em virtude de o Brasil ser o maior país consumidor de agrotóxicos, a Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo VI, resguarda o meio ambiente e impõe um ponto de suma importância, que é a obrigatoriedade de proteção ambiental, não só do poder público, mas também da coletividade. Então, esta obrigatoriedade não se limita somente ao Estado, dado que o meio ambiente é um bem essencial aos indivíduos.

Ligando a previsão constitucional ao equilíbrio ecossistêmico, o trabalho versará sobre a importância das abelhas para o meio ambiente. Explicará como a extinção das abelhas poderá causar impactos tão prejudiciais que poderiam levar consequentemente à extinção da própria humanidade.

Com a informação de que o Brasil é o maior usuário de agrotóxico existente e possuindo ¼ da diversidade de espécies de abelhas do mundo[7], tem-se em mãos um dever que pode gerar consequências de nível mundial.

Portanto, deve-se questionar o seguinte: a IN nº 02/2017 do Ibama que estabelece as diretrizes e procedimentos adequados para a avaliação dos riscos dos ingredientes ativos de agrotóxicos para os insetos polinizadores, utilizando as abelhas como organismos indicadores, concretiza o princípio da capacidade de suporte?

---

[6] IMPERATRIZ-FONSECA, Vera Lucia; NUNES-SILVA, Patrícia. As abelhas, os serviços ecossistêmicos e o Código Florestal Brasileiro. **Biota Neotropica**. v. 10, n. 4, p. 59-62, out. 2010.

[7] SANTOS, Isabel Alves Dos. A vida de uma abelha solitária. **Revista Ciência Hoje**, São Paulo, n. 179, jan. 2002. Disponível em: <http://eco.ib.usp.br/beelab/solitarias.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

Para tal questionamento o trabalho se dividirá em um primeiro capítulo que abordará as abelhas, o porquê de sua importância para a estrutura do meio ambiente e como o agrotóxico é abordado como tema de estudo relacionado ao declínio destes insetos.

O segundo capítulo trará a abordagem jurídica sobre o assunto, fundamentado na Constituição Federal e na Lei 7.802/89, a Lei do agrotóxico, para entender como é a base normativa que protege o meio ambiente, em especial a relação entre as abelhas e ecossistema. Com o entendimento constitucional, versar-se-á sobre os princípios ambientais, especificamente o princípio da capacidade de suporte. Tal análise será em conjunto com o papel do Ibama como órgão responsável pela regulamentação da matéria.

O terceiro capítulo será o estudo prático da Instrução Normativa, com todo seu processo administrativo até se chegar na norma reguladora. Também se verificará o quanto a IN nº 02/2017 protege os polinizadores, e avaliar se a regulamentação efetiva o princípio da capacidade de suporte.

Como resultado da pesquisa, pretende-se demonstrar que a regulamentação do Ibama, apesar de recente, viabiliza o desenvolvimento sustentável do ecossistema por meio do princípio da capacidade de suporte. Sendo uma norma de equilíbrio, ao se estipular e permitir o risco razoável, mas colocando o meio ambiente como uma prioridade a ser protegida. Busca garantir a proteção das abelhas, e em consequência, do ecossistema como um todo.

2 A IMPORTÂNCIA DAS ABELHAS

O presente capítulo visa elucidar a importância das abelhas como insetos polinizadores, expondo sua função como agente essencial para a manutenção e preservação do meio ambiente. Para isso, será explicado como a estrutura morfológica do inseto e o funcionamento da divisão de cada casta são fatores determinantes para que as abelhas sejam consideradas insetos relevantes para o equilíbrio do ecossistema.

Ainda neste capítulo, será retratado o declínio das abelhas e o impacto que se presume ocorrer caso tais insetos desapareçam. Estudos como os realizados pela bióloga Vera Lúcia Imperatriz-Fonseca, pelo engenheiro agrônomo Breno Magalhães Freitas[8], e os da ONG *Bee Or Not To Be*[9] concluem que o declínio destes insetos ocorre pelo uso do agrotóxico.

Em síntese, o capítulo será a base para avaliar a importância de normas que protegem agentes polinizadores.

2.1 As abelhas e sua função no meio ambiente

Em uma contextualização inicial, sabe-se que as abelhas são insetos inseridos no mesmo grupo das vespas e das formigas, a ordem Hymenoptera[10]. No entanto, as abelhas possuem uma morfologia que se distingue dos outros insetos do seu grupo. Elas estão divididas em cerca de 20 mil tipos de espécies, diversidade essa que permite a exploração dos mais variados tipos florais da natureza dado que as abelhas são bastante conhecidas pela sua alta capacidade de polinização, sendo inclusive consideradas as principais polinizadoras da maior parte de espécies de angiospermas[11] existentes.

---

[8] Engenheiro Agrônomo, PhD em abelhas e polinização. Pesquisador em produtividade do CNPq, membro da Iniciativa Brasileira dos Polinizadores, membro do Conselho da International Comission for Plant-Pollinator Relationship e Coordinating Leader Author da IPBES - Intergovernmental Platform for Biodiversity and Ecosystem Services das Nações Unidas para a temática dos polinizadores, polinização e produção de alimentos. Disponível em: <http://ww2.pdiz.ufrpe.br/br/content/breno-magalhaes-freitas-ufc>. Acesso em: 01 nov. 2017.

[9] "Bee Or Not To Be é uma iniciativa do CETAPIS (Centro Tecnológico de Apicultura e Meliponicultura do Rio Grande do Norte), liderada pelo Prof. Dr. Lionel Segui Gonçalves, professor titular aposentado da USP de Ribeirão Preto, geneticista e pesquisador sobre abelhas e atualmente professor visitante da UFERSA/RN. Uma organização não governamental, apartidária, constituída com o intuito de conscientizar a população para a importância das abelhas e desenvolver ações para sua proteção no Brasil e na América Latina, combatendo as causas do declínio destes polinizados.". Disponível em: <http://www.semabelhasemalimento.com.br/bee-or-not-to-be/>. Acesso em: 01 nov. 2017

[10] LIMA, Angelo Moreira da Costa**. Insetos do Brasil:** HIMENÓPTEROS. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Agronomia, 1962. 389 p. Disponível em: <http://www.ufrrj.br/institutos/ib/ento/tomo12.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

[11] Angiosperma: as angiospermas são plantas vasculares caracterizadas pela fertilização dupla, um endosperma triplóide e sementes no interior de folhas modificadas denominadas carpelos. SADAVA, David et al. **Vida:** A Ciência da Biologia. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009. p 37

A razão pela qual as abelhas conseguem ser eficientes na função de polinização se dá principalmente pela estrutura física que carregam, como a grande quantidade de pelos no tórax que auxiliam na fixação do pólen quando elas entram em contato com as flores, ou como as pernas das abelhas operárias, que são adaptadas para o transporte de pólen[12].

A estrutura corporal das abelhas se mantém dentro do padrão da Ordem Hymenoptera, entretanto, cada espécie possui sua diferenciação, sendo essa variedade essencial na natureza, visto que assim as abelhas conseguem se adaptar a cada estrutura floral.

Outro ponto importante de diferenciação entre as espécies é a organização social das abelhas. Existe uma vinculação da abelha como organismo social, ou melhor, é comum a associação da imagem destes insetos como indivíduos que compõem um corpo harmônico de alta e complexa sistematização social[13].

De fato, essa sistematização existe, entretanto, a realidade é que ela não representa a totalidade do padrão das abelhas. Ou seja, as abelhas não necessariamente se limitam como seres que vivem em comunidade.

Os estudos indicam que somente 5% entre as espécies apresentam grau de sociabilidade, 10% são cleptoparasitas[14] e a maioria, no total de 85%, são solitárias[15]. O que traz essa "falsa" assimilação de que as abelhas são seres sociáveis se dá em razão da relação que as espécies mais conhecidas possuem de organização social, dando maior facilidade de obter informação por serem objetos frequentes de estudos.

---

[12] PEREIRA, Fábia de Mello et al. **Aspectos Morfológicos Das Abelhas Apis Mellifera.** Disponível em: <https://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/territorio_sisal/arvore/CONT000fckg3dhb02wx5eo0a2ndxytqx96jy.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

[13] APIÁRIO CENTRAL. **Abelhas solitárias.** Disponível em: <http://www.apiario.ufv.br/abelhasolitarias.html>. Acesso em: 24 out. 2017.

[14] Abelhas com hábito solitário que utilizam células aprovisionadas por outras abelhas, normalmente solitárias, para ovipositarem. Disponível em: <http://www.apiario.ufv.br/abelhasolitarias.html>. Acesso em: 24 out. 2017.

[15] APIÁRIO CENTRAL. **Abelhas solitárias.** Disponível em: <http://www.apiario.ufv.br/abelhasolitarias.html>. Acesso em: 24 out. 2017.

O Brasil, por exemplo, abriga ¼ das 20 mil espécies existentes[16], mas a que se tem mais informações a respeito é a *Apis mellífera*, visto que, segundo o Ibama, é uma abelha "mundialmente utilizada como organismo-teste representante dos insetos polinizadores por ter ampla distribuição geográfica, ter a biologia bem conhecida e ser facilmente criada e mantida em laboratório[17]".

No Brasil, em um contexto histórico, a *Apis mellífera* foi sendo cada vez mais usada na área da apicultura, e da agricultura, com o objetivo de aumentar a produtividade agrícola em motivação da alta eficiência da abelha na polinização. O país seguiu a tendência mundial em relação ao interesse econômico que as abelhas trazem e também aproveitou a oportunidade de se gerar maiores lucros com está produtividade.

A razão pela qual as abelhas aumentam a produtividade agrícola está associada à função polinizadora que possuem, o que será melhor explicada no decorrer deste capítulo.

Ainda se sabe que a organização social delas é um diferencial positivo para a eficiência da polinização, dado que as divisões de tarefas são bem definidas e garantem o funcionamento adequado da colmeia.

As abelhas *Apis Mellifera* se dividem em 3 castas: a rainha, as operárias e os zangões. A abelha rainha coloca uma média de 1.000 ovos por dia durante aproximadamente um ano, mas sabe-se que o número de indivíduos de cada casta varia em cada colmeia, dependendo de diversos fatores como o clima, a flora, o manejo, a qualidade da rainha, etc.[18]

---

[16] SANTOS, Isabela Alves dos. A vida de uma abelha solitária. **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, v. 179, p.60-62, jan. 2002. Disponível em: <http://eco.ib.usp.br/beelab/solitarias.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

[17] CHAM, Karina de Oliveira et al. **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Brasília: Ibama, 2017. p 24 Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

[18] GALLO, Domingos et al. **Entomologia Agrícola.**2002. p. 119. Disponível em: <https://ocondedemontecristo.files.wordpress.com/2013/07/livro-entomologia-agrc3adcola-_jonathans.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

De forma geral, compreende-se que cada casta possui suas atribuições bem divididas e definidas. A abelha rainha é a única que se reproduz, já o zangão, sua função é exclusivamente a de fecundar a rainha. No entanto, são as abelhas operárias que carregam as maiores funções entre as castas e dividem responsabilidades desde funções internas às externas.

As abelhas operárias são as grandes responsáveis pela polinização, entretanto, se pode notar que a polinização não é a função principal das abelhas, mas sim uma consequência da coleta do pólen e do néctar que são tidos como alimentos essenciais na alimentação dos enxames.

Nas flores, as abelhas encontram o pólen como fonte de proteína e o néctar como fonte de energia[19], dois elementos responsáveis por todo o desenvolvimento das abelhas. Para que se nutram adequadamente, as abelhas estocam esses recursos em potes ou favos no ninho[20], sendo então o pólen e o néctar crucial para as abelhas.

No que diz respeito à polinização, ela ocorre quando o pólen, que é produzido na parte masculina da flor (androceu), chega até o órgão feminino (gineceu), após ser depositado no estigma (parte mais externa do gineceu). O pólen germina e atinge o ovário, dando início ao desenvolvimento do fruto e das sementes. Porém, a forma de polinização pode se dar de diferentes formas. As principais são a polinização cruzada ou xenogamia[21], a autopolinização[22] e geitonogamia[23].

---

[19] ALMEIDA, Daniela de et al. **Série Produtor Rural:** Plantas visitadas por abelhas e polinização. Piracicaba: Escola Superior de Agricultura "Luiz de Queiroz", 2003. p 13. Disponível em: <http://www.semabelhasemalimento.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Plantas-da-Flora-Apicola-ESALQ.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

[20] Grupo de Estudos Sobre Abelhas. **As abelhas sem ferrão são parte da nossa cultura.** Disponível em: <http://www.ufac.br/ppgespa/polen/asf.html>. Acesso em: 15 out. 2017.

[21] Polinização cruzada ou xenogamia - ocorre quando os grãos de pólen de uma flor são transportados para o estigma da flor de outra planta. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/publicacoes/biodiversidade/category/57-polinizadores?download=1232:polinizadores-na-agricultura-ênfase-em-abelhas>. Acesso em: 20 out. 2017.

[22] Autopolinização - ocorre quando os grãos de pólen de uma flor são transportados para o estigma da mesma flor. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/publicacoes/biodiversidade/category/57-polinizadores?download=1232:polinizadores-na-agricultura-ênfase-em-abelhas>. Acesso em: 20 out. 2017.

A polinização ocorre de forma particular conforme cada sistema reprodutivo de cada espécie de planta. Como explicado no parágrafo anterior, decorre do tipo de polinização. Dentre esses três tipos polinização (cruzada ou xenogamia, autopolinização e geitonogamia), a polinização cruzada e a geitonogamia dependem de vetor de pólen, que se subdividem entre abiótico ou biótico, isto é, entre agentes não vivos como o vento e água ou agentes vivos como a abelha e o besouro.

Ademais, no que concerne à polinização, tem-se registrado a existência de mais de 308.000 espécies de plantas até o presente momento[24]. Cada uma das espécies de planta está relacionada a um vetor. Por essa razão, cada flor deve apresentar características como odor, tamanho e cor para que ocorra a ação do vetor.

Tal conjunto de características será chamado de síndrome floral ou de polinização. Porém, é necessário corroborar que o trabalho se aterá à polinização por meio das abelhas, isto é, a chamada melitofilia.

Sabe-se que cerca de 87% das plantas são dependentes da polinização melitofila. Isso significa que apesar das diversificadas formas de se polinizar, as espécies atingem uma maior produção de frutos e sementes quando tem sua polinização complementada por animais[25].

Segundo Freitas e Silva,

> Diferente dos demais grupos, insetos ou não, as abelhas se alimentam exclusivamente de pólen e néctar e precisam visitar uma quantidade enorme de flores por dia para suprir suas necessidades individuais, de suas crias e, no caso das espécies sociais, armazenar alimento, especialmente para o período de

[23]Geitonogamia - ocorre quando os grãos de pólen de uma flor são transportados para o estigma de outra flor na mesma planta. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/publicacoes/biodiversidade/category/57-polinizadores?download=1232:polinizadores-na-agricultura-ênfase-em-abelhas>. Acesso em: 20 out. 2017.

[24]A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores.** São Paulo: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.b.e.l.h.a., 2015. p 10. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

[25]A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores.** São Paulo: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.b.e.l.h.a., 2015. p 10. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

> escassez de flores. Isso faz com que mais que qualquer outro grupo de polinizadores, as abelhas literalmente vivam de visitar e polinizar as flores[26].

Por ser uma questão de necessidade, a busca por alimento fará com que as abelhas estejam constantemente polinizando as flores, tornando-as eficazes no meio agrícola. Em complemento, os dados a seguir expõem que:

> Elas respondem pela polinização de mais de 50% das plantas das florestas tropicais e no cerrado podem chegar a polinizar mais de 80% das espécies vegetais. Segundo a FAO (Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação) as abelhas seriam responsáveis pela polinização de 73% das plantas cultivadas, as quais são utilizadas de forma direta ou indireta na alimentação humana. Além disso, dentre as 57 espécies de plantas mais cultivadas em todo o mundo, 42% delas dependem das abelhas nativas para a sua polinização[27].

Então, se pode dizer, mais uma vez, que as abelhas são eficazes em sua função, sendo a polinização biótica um serviço ecossistêmico essencial para a reprodução e a manutenção da diversidade das plantas, pois por meio dela se assegura a preservação das espécies. Além disso, a polinização biótica é garantidora do fornecimento de alimentos para humanos e animais.

> Na agricultura, ao contrário do que muitos acreditam, a polinização não interfere apenas no volume da produção (ex. maracujá, caju, café), mas influencia também o aspecto qualitativo dos frutos (ex. maçã, morango, pimentão), a quantidade de substâncias nas sementes (ex. óleo no girassol, canola, mamona), encurtamento do ciclo de culturas (ex. melão, melancia) e uniformização da altura das plantas (ex. gergelim, soja). Todos esses fatores podem contribuir substancialmente para melhorar a produtividade, a eficiência

[26] A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores.** São Paulo: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.b.e.l.h.a., 2015. p 11. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

[27] SILVA, Cláudia Inês da et al. **Guia Ilustrado de Abelhas Polinizadoras no Brasil.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.semabelhasemalimento.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Guia_abelhas-polinizadoras_02_junho_2014-1_web.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

> do uso da terra e/ ou reduzir as perdas de colheita, aumentando a rentabilidade e lucratividade do cultivo[28].

Ao se entender a responsabilidade das abelhas perante a diversidade de plantas disponíveis no ecossistema e a importância da perpetuação das espécies de plantas com sua função polinizadora, pode-se compreender que as abelhas são capazes de garantir não somente a produção de alimentos, mas a de biocombustível[29], a de algodão[30], remédios[31], além do mel e outros elementos que provém da natureza.

Um exemplo de sua importância é o exemplo apresentado pela ONG "Bee Or Not To Be" a respeito da polinização do cajueiro no Brasil.

> O cajueiro (Anacardium occidentale) é um bom exemplo da importância da polinização realizada pelas abelhas na agricultura. Essa cultura representa anualmente U$ 146 milhões em exportações e emprego e renda para cerca de 280.000 pessoas no campo e outras 20.000 pessoas na indústria. Embora o Brasil seja o quinto maior produtor de caju do mundo, sua produtividade (cerca de 300kg/ha) equivale a apenas um terço da média mundial. Uma das principais causas disso é o grande déficit de polinização observado nos pomares brasileiros. Estudos conduzidos no Ceará, maior produtor nacional de caju, mostraram que os níveis de polinização obtidos equivaliam a apenas 66% do potencial produtivo do cajueiral. Isso ocorre porque o cajueiro possui requerimentos específicos para que a polinização de suas flores ocorra, sendo necessário um grande número de

[28] A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores.** São Paulo: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.b.e.l.h.a., 2015. p 11. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

[29] RIZZARDO, Rômulo Augusto Guedes. **A abelha melífera africanizada (*Apismellifera L.*) na polinização e produção de óleo das sementes do pinhão-manso (*jatrophacurcas L.*).** Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/17079/1/2012_tese_ragrizzardo.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

[30] MARTINS, Celso Feitosa; ZANELLA, Fernando César Vieira; SCHLINDWEIN, Clemens. **Polinização do algodeiro (Gossypiumhirsutum).** In: SEMANA DOS POLINIZADORES, 2010, Petrolina, PE: Embrapa Semiárido, 2012. p. 79 - 88. Disponível em: <http://www.cpatsa.embrapa.br:8080/public_eletronica/downloads/SDC249.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

[31] VIANA, Blandina Felipe et al. Biodiversidade e suas aplicações: parcerias entre Brasil e Canadá, resultados e perspectivas futuras. **Interfaces Brasil/ Canadá**, Florianópolis, p.197-210, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/interfaces/article/view/7034/4860>. Acesso em: 10 out. 2017.

> polinizadores que atendam essas necessidades para maximizar a produção da cultura[32].

Apesar de muitas espécies de insetos visitarem o cajueiro em busca de alimento, a abelha ainda é a mais adequada para a transferência do grão de pólen para as flores compatíveis, em quantidades significativas para a produção agrícola[33]. Outro exemplo importante é o do maracujá. A Embrapa[34], ao explicar sobre a cultura do maracujá, abordou que:

> O maracujá-amarelo apresenta autoincompatibilidade, acarretando a incapacidade de produzir sementes, quando polinizado com o próprio pólen. Além disso, mostra alto insucesso na polinização pelo vento, em razão do grande peso e da viscosidade do grão de pólen, necessitando, portanto, de um agente transportador[35].

Em um estudo feito sobre o valor econômico da polinização por abelhas no cultivo do maracujá, se concluiu que:

> Em razão de suas características florais, o cultivo do maracujá depende da polinização natural efetuada, geralmente, por abelhas mamangavas ou da polinização manual, em que esta última apresenta-se onerosa para o produtor. De acordo com os dados do Agrianual (2007), em 2006, os gastos com polinização manual corresponderam a 14,30%, 17,73% e 19,30% dos custos totais por hectare no primeiro, segundo e terceiro ano de produção do maracujá, respectivamente[36].

---

[32] SILVA, Cláudia Inês da et al. **Guia Ilustrado de Abelhas Polinizadoras no Brasil.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.semabelhasemalimento.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Guia_abelhas-polinizadoras_02_junho_2014-1_web.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017

[33] SILVA, Cláudia Inês da et al. **Guia Ilustrado de Abelhas Polinizadoras no Brasil.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.semabelhasemalimento.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Guia_abelhas-polinizadoras_02_junho_2014-1_web.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

[34] Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária.

[35] JUNQUEIRA, Nilton Tadeu V. et al. **A importância da polinização manual para aumentar a produtividade do maracujazeiro.** Planaltina, DF. Embrapa Cerrados, 2001. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/567146/a-importancia-da-polinizacao-manual-para-aumentar-a-produtividade-do-maracujazeiro>. Acesso em: 20 nov. 2017.

[36] VIEIRA, Patrícia Fernanda da Silva Pereira et al. Valor econômico da polinização por abelhas mamangavas no cultivo do maracujá-amarelo. **Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, Rio de Janeiro, v. 15, p.43-53, jul. 2010. Disponível em: <https://ddd.uab.cat/pub/revibec/revibec_a2010v15/revibec_a2010v15p43.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

Portanto, entende-se que as abelhas possuem um papel de importância para a polinização, sendo ela uma forma natural de manter as plantas em incessante reprodução. E, por ser uma atividade natural deste inseto, se pode ver que há uma economia não só no sentido monetário, mas também em questão de tempo por ser uma alternativa mais viável quando comparado ao trabalho manual.

O entendimento dos especialistas é de que a polinização biótica é um fator de importância para a produção agrícola, principalmente no Brasil em que a agropecuária tem parcela importante do PIB, como anunciado pelo MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. No 1º trimestre de 2017, houve um aumento de 13,4% do PIB do setor agropecuário[37], dando reflexos para o andamento na economia brasileira.

Outro exemplo nesse sentido é quando Freitas e Imperatriz-Fonseca expõem que:

> O agronegócio é responsável por 1/3 de todas as riquezas geradas no país atualmente, representando US$180,2 bilhões de dólares. Mesmo considerando apenas as oito culturas exemplificadas aqui (melão, maçã, maracujá, caju, café, laranja, soja e algodão) e somente os valores obtidos pelo Brasil com a exportação de seus produtos, excluindo todo o comércio interno, a geração direta e indireta de empregos, etc., verifica-se que estes bens captaram para o Brasil US$ 9,3 bilhões de dólares.[38]

Entretanto, a importância dos polinizadores não deve se limitar tão somente ao meio econômico, visto que são insetos responsáveis pela polinização de plantas que trazem grande benefício à sociedade, como já citado anteriormente. Sendo estes alimentos com alto valor nutricional e necessário para a dieta dos seres humanos,

[37] Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Agropecuária puxa economia brasileira.** Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/noticias/agropecuaria-puxa-economia-brasileira>. Acesso em: 01 jun. 2017.

[38] FREITAS, Breno Magalhães; IMPERATRIZ-FONSECA, Vera Lúcia. A importância econômica da polinização. **Mensagem Doce**, São Paulo, v. 80, p.44-46, 2005. Disponível em: <http://files.cesaiifce.webnode.com.br/200000010-f39c7f3f5a/A importância econômica da polinização.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

como as frutas, vegetais e sementes, enquanto os alimentos polinizados tão somente pelo meio abiótico são principalmente apenas fonte de carboidrato.

Freitas e Imperatriz-Fonseca reforçam esse entendimento quando afirmam a desvalorização da importância das abelhas no Brasil.

> No Brasil, os serviços de polinização têm sido pouco valorizados e estudados. Não existem estudos compreensivos sobre o valor econômico da polinização nos sistemas agrícolas e/ou naturais. Isto é compreensível, pois diferente de vários outros países onde a polinização é considerada um fator de produção agrícola ou manutenção de ecossistemas silvestres, no Brasil poucos são os cursos de agronomia, engenharia florestal ou biologia onde este assunto é abordado profundamente, além dos conceitos acadêmicos e generalistas discutidos anteriormente. Pelo contrário, a ênfase sempre é dada nas novas variedades, nos agroquímicos, nas técnicas de cultivo, no equilíbrio ecológico isoladamente, como se nada disto interagisse de uma forma ou de outra com o processo de polinização das plantas. Porém, se o equilíbrio ecológico depende da capacidade das florestas e matas se perpetuar e o objetivo final de quase todo cultivo agrícola está relacionado à produção de frutos e sementes [...][39]

Os polinizadores ocupam uma posição primordial para o funcionamento dos ecossistemas de modo geral. Contudo, como supracitado, não se tem uma consciência da importância da polinização e da proteção desses agentes polinizadores.

Por tal razão, os polinizadores estão em declínio, gerando uma situação alarmante aos profissionais da área da biologia, agronomia e engenharia florestal pelo risco que as consequências do desaparecimento das abelhas podem trazer para a humanidade. Diante disso, no próximo tópico se tratará das possíveis causas do declínio das abelhas.

[39]FREITAS, Breno Magalhães; IMPERATRIZ-FONSECA, Vera Lúcia. A importância econômica da polinização. **Mensagem Doce**, São Paulo, v. 80, p. 44-46, 2005. Disponível em: <http://files.cesaiifce.webnode.com.br/200000010-f39c7f3f5a/A importância econômica da polinização.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

2.2 Risco ambiental de agrotóxicos para as abelhas

No período da década de 1990, na Conferência Rio 92, das Nações Unidas, os 179 países participantes assinaram um acordo denominado agenda 21 que objetiva um plano de ação global para o século XXI no intuito de se garantir o bom uso dos recursos naturais juntamente com sua preservação. A Conferência foi um importante pontapé para incentivar o debate da importância dos estudos dos polinizadores na agricultura.

O XV Congresso Brasileiro de Apicultura, ocorrido em 2004, descreveu esse processo da seguinte forma:

> [...]
>
> A Agenda 21 foi adotada durante a UNICED, conhecida também como Rio 92, como um plano de ação global para o século XXI, visando a preservação e o bom uso dos recursos naturais. A Convenção da Diversidade Biológica (CDB), amplamente discutida pela imprensa, foi concebida no Rio de Janeiro e implantada a partir de 1993.
>
> Os países signatários da CDB encontram-se anualmente em uma Conferência das Partes (COP), o corpo decisório da CDB, durante a qual são analisadas para deliberação matérias ligadas à Agenda 21. Estas matérias são previamente analisadas por um comitê técnico (SBSTTA) abrangente.
>
> Em 1995, a COP2 introduziu a biodiversidade agrícola (decisão II/15) na CDB. Nesta ocasião, a polinização e a conservação dos solos foram assuntos considerados da maior importância para manutenção da diversidade agrícola. O governo brasileiro, ciente da importância da polinização na sustentabilidade e na manutenção das relações complexas entre a flora e fauna, sugeriu, na COP3, uma prioridade para o estudo de polinizadores de importância agrícola (decisão III/11).
>
> Para analisar a questão e identificar as ações necessárias para implementar a decisão, foi realizado, em 1998, na Universidade de S. Paulo, um workshop internacional, planejado pelo Dr. Braulio S. F. Dias, do Ministério do Meio Ambiente, autor da proposta de proteção aos polinizadores na COP3. Foram então reunidos em S. Paulo 61 pesquisadores de 15 países e 5 organizações internacionais. Nesta ocasião, foram discutidas áreas

> temáticas que deveriam nortear os procedimentos, descritos na "Declaração de S. Paulo sobre os polinizadores" [40].

Por conseguinte, em âmbito nacional, o Governo brasileiro em conjunto com pesquisadores especialistas em polinização, sugeriu intensificação do estudo de polinizadores. Para isso, foi realizada uma oficina internacional para se levantar questões relevantes que pudessem direcionar os estudos, o que resultou na *Declaração de São Paulo sobre os polinizadores*[41] [42].

A Declaração de São Paulo sobre os Polinizadores é um relatório sobre conservação e uso sustentável de polinizadores na agricultura, com ênfase nas abelhas. Como citado, ocorreu em 1998, por planejamento do Dr. Braulio S. F. Dias.

Tendo sida aprovada em 2000, pela COP5 - Conferência das Partes, com ratificação de 187 países[43], a Declaração tem o intuito de monitorar o declínio dos polinizadores, suas causas e impactos nos serviços de polinização; mitigar o impedimento taxonômico sobre os polinizadores; avaliar o valor econômico da polinização e o impacto econômico do declínio de serviços de polinização; promover a conservação, restauração e uso sustentável da diversidade de polinizadores na agricultura e ecossistemas.

De acordo com o relato anterior, apicultores e pesquisadores do mundo inteiro anunciam a queda da população destes insetos, não sendo recentes as

[40] IMPERATRIZ-FONSECA, Vera Lúcia; CONTRERA, Felipe Andrés León; KLEINERT, Astrid Matos Peixoto. **A meliponicultura e a iniciativa brasileira dos polinizadores.** In: XV CONGRESSO BRASILEIRO DE APICULTURA E 1° CONGRESSO BRASILEIRO DE MELIPONICULTURA. 2004, Natal/RN. Trabalho. São Paulo: S.L, 2004. p. 1 - 7. Disponível em: <http://www.webbee.org.br/conf_melipo_inc_bras_polin.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

[41] A Declaração de São Paulo sobre os polinizadores foi um relatório constituído em 1998 por meio de um workshop realizado na Universidade de São Paulo.

[42] II ENCUENTRO COLOMBIANO SOBRE ABEJA SILVESTRES, 2004. **As abelhas e as iniciativas internacionais de polinizadores**. Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colombia, 2004. p 25. Disponível em: <http://www.ciencias.unal.edu.co/unciencias/data-file/biologia/labun/memorias/Memorias_II_encuentro.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

[43] II ENCUENTRO COLOMBIANO SOBRE ABEJA SILVESTRES, 2004**. As abelhas e as iniciativas internacionais de polinizadores.** Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colombia, 2004. p 25. Disponível em: <http://www.ciencias.unal.edu.co/unciencias/data-file/biologia/labun/memorias/Memorias_II_encuentro.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

informações de que as abelhas estão em declínio, afinal, como supracitado, em 2000, 187 países já formalizavam o compromisso de monitoramento das abelhas.

Já em 2011, aproveitando a preparação dos países para o Rio +20[44], a ONU anunciou a necessidade dos seres humanos mudarem o comportamento desde o uso de agrotóxicos à poluição do ar para salvar as abelhas[45]. O Diretor Executivo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) Achim Steiner se posicionou a respeito com a seguinte fala "The way humanity manages or mismanages its nature-based assets, including pollinators, will in part define our collective future in the 21st century [...][46]"

Ainda sobre a problemática do declínio dos polinizadores, em 2012, foi noticiado que:

> Pesticidas agrícolas estão matando zangões e prejudicando a habilidade deles para se alimentar. Assim, colônias vitais para a polinização das plantas podem vir a não desempenhar as suas tarefas, de acordo com estudo publicado neste domingo (21) na revista científica "Nature"[47].

A reportagem em questão aborda um ponto alarmante para a área técnica responsável, quando diz que os pesticidas agrícolas estão relacionados ao não desempenho das tarefas das colônias de abelhas. Isso é prejudicial visto que as divisões de tarefas entre estes insetos são essenciais para o desenvolvimento adequado das colmeias, já que cada abelha tem sua função específica.

---

[44] "A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, foi realizada de 13 a 22 de junho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro. A Rio+20 foi assim conhecida porque marcou os vinte anos de realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92) e contribuiu para definir a agenda do desenvolvimento sustentável para as próximas décadas." Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html>. Acesso em: 01 nov. 2017.

[45] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Humans must change behaviour to save bees, vital for food production – UN report.** Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2011/03/368622-humans-must-change-behaviour-save-bees-vital-food-production-un-report#.Wfm1roFSzrc>. Acesso em: 01 nov. 2017.

[46] Pode ser traduzido como: A forma pela qual a humanidade gere ou administra mal os seus bens baseados na natureza, incluindo os polinizadores, definirá, em parte, o nosso futuro coletivo no século XXI Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2011/03/368622-humans-must-change-behaviour-save-bees-vital-food-production-un-report#.Wfm1roFSzrc>. Acesso em: 01 nov. 2017.

[47] Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2012/10/pesticidas-agricolas-matam-abelhas-e-prejudicam-polinizacao-diz-estudo.html>. Acesso em: 01 nov. 2017.

Existem evidências de declínio de abelhas nas regiões dos EUA, por exemplo, que teve uma queda de 59% de perda de colônias no período de 1947 a 2005. Na Europa Central, houve 25% de perda entre 1985 a 2005[48]. Com o intenso declínio, já havia registros no continente norte americano pertinentes aos anos de 2006-2007, no qual se investigou que as colônias em colapso possuíam características bem definidas, embora com causas desconhecidas[49].

Em um contexto histórico, em 2007, foi realizada nos EUA uma reunião no qual houve a participação de cientistas de órgãos federais, das universidades, juntamente com os representantes da indústria apícola e dos produtores, com o objetivo de identificar as possíveis causas da rápida mortalidade das colônias.[50]

A perda das abelhas operárias adultas foi se dando de forma rápida e para tal evento se deu o nome de Distúrbio do Colapso das Colônias (DCC)[51]. A síndrome foi identificada a partir da supracitada reunião e nela também se identificou que as possíveis causas são multifatoriais. No caso, as manifestações dos sintomas que indicam o Distúrbio são:

> (1) the rapid loss of adult worker bees from affected colonies as evidenced by weak or dead colonies with excess brood populations relative to adult bee populations;(2) a noticeable lack of dead worker bees both within and surrounding the affected hives; and (3) the delayed invasion of hive pests (e.g., small hive beetles and wax moths) [...][52].

---

[48] POTTS, Simon G. et al. Global pollinator declines: trends, impacts and drivers. **Trends In Ecology & Evolution**, [s.l.], v. 25, n. 6, p.345-353, jun. 2010. Disponível em: <https://ac.els-cdn.com/S0169534710000364/1-s2.0-S0169534710000364-main.pdf?_tid=97e09405-0b20-42b2-8aa5-b02af1581ad2&acdnat=1521500434_cc84a5d7d417252e498904ef9a28aef1>. Acesso em: 10 out. 2017.

[49] PIRES, Carmen Sílvia Soares et al. Enfraquecimento e perda de colônias de abelhas no Brasil: há casos de CCD?. **Pesquisa Agropecuária Brasileira**, v. 51, n. 5, p. 2, maio 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pab/v51n5/1678-3921-pab-51-05-00422.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

[50] PIRES, Carmen Sílvia Soares et al. Enfraquecimento e perda de colônias de abelhas no Brasil: há casos de CCD?. **Pesquisa Agropecuária Brasileira**, v. 51, n. 5, p. 2, maio 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pab/v51n5/1678-3921-pab-51-05-00422.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

[51] VANENGELSDORP, Dennis et al. Colony Collapse Disorder: A Descriptive Study. **Plos One,** v. 4, n. 8. 3 ago. 2009. Disponível em: <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0006481>. Acesso em: 18 nov. 2017.

[52] Tradução: (1) a perda rápida de abelhas operárias adultas de colônias afetadas, como evidenciado por colônias fracas ou mortas com populações de ninhada em excesso em relação às populações de abelhas adultas; (2) uma falta notável de abelhas trabalhadoras mortas dentro e ao redor das colmeias afetadas;

Os pesquisadores vanEngelsdorp et al.[53] abordam em seu estudo descritivo sobre DCC que os principais fatores que têm sido associados à síndrome são estresses causados por patógenos, manejo inadequado das colônias, uso de agrotóxicos, má nutrição e a combinação entre estes fatores.

Entretanto, nem toda diminuição do número das colmeias está associada ao Distúrbio do Colapso das Colônias, vez que a síndrome ainda possui suas incógnitas.

A afirmação que fazem é a de que a compreensão coletiva da saúde das abelhas foi prejudicada pela falta de esforços transnacionais colaborativos, seguindo protocolos comuns, e os impactos do conhecimento do apicultor e das práticas de gerenciamento de apicultura muitas vezes foram ignorados, apesar de as abelhas serem polinizadoras gerenciadas[54].

Entre 2012 e 2013, estima-se que 31% das abelhas nos EUA desapareceram, enquanto na Europa esse número atingiu 53% e, no Brasil, quase 30%[55]. Consequentemente, com o avanço do declínio, foram sendo emitidos alertas por meio de instituições como a ONU, por variadas espécies de abelhas terem sido incluídas na lista de animais em risco de extinção, como aconteceu com as sete espécies em território americano divulgadas em 2016 pelo órgão *U.S. Fish and Wildlife Service*[56].

Especialistas em pesquisa do Greenpeace associam a redução da população das abelhas com fatores como doenças e parasitas invasivos, que são sérias ameaças

---

e (3) a invasão tardia de pragas de colmeia (por exemplo, besouros de colmeia e mariposas de cera) [...] Disponível em: <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0006481>. Acesso em: 18 nov. 2017.

[53] 2009, apud. Pires et al., 2016 p. 2, Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pab/v51n5/1678-3921-pab-51-05-00422.pdf> Acesso em: 18 nov. 2017.

[54] JACQUES, Antoine et al. A pan-European epidemiological study reveals honey bee colony survival depends on beekeeper education and disease control. **Plos One.** v. 12, n. 3. 9 mar. 2017. Disponível em: <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0172591>. Acesso em: 18 nov. 2017.

[55] HELÔ D'ANGELO. Revista Exame. **Abelhas entram para a lista de espécies em extinção.** 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/abelhas-entram-para-a-lista-de-especies-em-extincao/>. Acesso em: 3 nov. 2017.

[56] State of Hawaii. **Yellow-Faced Bee Survey Project.** Disponível em: <http://dlnr.hawaii.gov/ecosystems/hip/projects/yellow-faced-bee/>. Acesso em: 3 nov. 2017.

para a apicultura, a agricultura industrial que estimula a destruição intensa dos habitats naturais, as mudanças climáticas que prejudicam e impactam as populações de polinizadores, porém, os inseticidas são considerados o fator que representa risco direto para as abelhas[57].

Em continuidade, o Greenpeace analisou os efeitos subletais e os efeitos de baixa dose de inseticidas nas abelhas que foram categorizados da seguinte forma: efeitos fisiológicos nas abelhas, ou seja, tempo para formação da fase adulta e taxas de má formação; confusão do padrão de forrageamento[58], por exemplo, na identificação de plantas e comportamento de aprendizagem; interferência com o comportamento alimentar através de repelentes ou reduzindo a capacidade olfativa; impactos de pesticidas neurotóxicos no processo de aprendizagem, ou seja, percepção de flor e ninho, orientação espacial, que são muito relevantes e foram estudados e identificados em grande parte em espécies de abelhas.

Assim, a análise dos efeitos, na concepção dos pesquisadores responsáveis do Greenpeace, deve servir de alerta para os impactos inesperados que os agrotóxicos podem trazer para as abelhas.

> These negative effects serve as a warning about unexpected impacts that bee-harming pesticides can potentially have on other pollinators, and are a reminder of the need to apply the

[57] REYES TIRADO (Inglaterra). Greenpeace. Bees in decline: A review of factors that put pollinators and agriculture in Europe at risk. Exeter: Greenpeace, 2013. p 5-6. Disponível em: <http://sos-bees.org/wp-content/uploads/2014/04/BeesInDecline.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

[58] A sobrevivência e a reprodução de todos os animais somente é possível quando da disponibilidade de energia utilizável pelas células vivas. No reino animal, em particular, a alimentação, tipicamente a captura de presas, é o modo pelo qual esse recurso é obtido. Quanto mais presas são capturadas, mais energia é armazenada em compostos orgânicos. Para capturarem o maior número de presas possíveis, cada predador desenvolveu estratégias específicas que favorecessem tal maximização. O conjunto dessas estratégias utilizadas por um indivíduo para encontrar, capturar, subjugar, engolir e combater os mecanismos de defesa desenvolvidos pelas presas recebe o nome de "forrageamento" (Pough et al., 2008, apud. Chaves e Alves). Disponível em: <https://68593f0b-a-62cb3a1a-s-sites.googlegroups.com/site/labecoaves/publicacoes/ChaveseAlves2010.pdf?attachauth=ANoY7cpC9qEkzUMeqaIy-exiJADVnDawkUI-ISqDCXi68P-LzfOP1WLjDoU6dYhuryYAU3mGaXiPNbsRmorjMJZnswz_pFWKdT2InGRao1ulnRk2vu_y08rMoY-KYYrqkiFr6J6bnAswr4gzHIIxkbRjNAfkFj9KJCzpA8dg1h8uCLppvNdHo93vxz563u8idVXb0znf3lE0s-EbYfFU8sveSwriRFvr_nxtQrT9KdbWNVuSfxaZwvE%3D&attredirects=0> . Acesso em: 9 nov. 2017.

> precautionary principle to protect pollinators as a whole, both managed and in the wild.
>
> Restrictions applied only to crops attractive to honeybees might still put other pollinators at risk from the impacts of bee-harming pesticides.[59]

Entretanto, o questionamento que fica é sobre qual a real causa do declínio no número de abelhas pelo mundo. O uso abusivo de agrotóxicos deverá ter maior atenção neste caso por se tratar da temática central deste trabalho.

Os estudos que abordam o desaparecimento ou extinção das abelhas relacionam o agrotóxico como um fator preponderante em relação aos demais, dado as consequências que as substâncias químicas presentes podem trazer aos insetos.

Inicialmente, há que se falar sobre o agrotóxico de forma que esclareça o risco ambiental que apresenta para as abelhas. No Brasil, a situação é alarmante. Desde 2008 o país ocupa o primeiro colocado como maior consumidor de agrotóxico do mundo[60], conforme o dossiê ABRASCO[61].

> Segundo dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e do Observatório da Indústria dos Agrotóxicos da Universidade Federal do Paraná divulgados durante o 2º Seminário sobre Mercado de Agrotóxicos e Regulação, realizado em Brasília, DF, em abril de 2012, enquanto nos últimos dez anos o mercado mundial de agrotóxicos cresceu 93%, o mercado brasileiro cresceu 190%[62]

---

[59] Tradução: Esses efeitos negativos servem como um aviso sobre os impactos inesperados que os pesticidas podem ser potencialmente prejudiciais em outros polinizadores e são um lembrete da necessidade de aplicar o princípio da precaução para proteger os polinizadores como um todo, ambos administrados na natureza. As restrições aplicadas apenas às culturas atraentes para as abelhas podem ainda colocar outros polinizadores em risco contra os impactos de pesticidas prejudiciais às abelhas. Disponível em: <http://sos-bees.org/wp-content/uploads/2014/04/BeesInDecline.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

[60] Em 2008, o Brasil ultrapassou os Estados Unidos e assumiu o posto de maior mercado mundial de agrotóxicos. Disponível em: <http://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

[61] ABRASCO - Associação Brasileira de Saúde Coletiva

[62] FERNANDO FERREIRA CARNEIRO. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco (Org.). **Dossiê ABRASCO:** Um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro/ São Paulo: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, 2015. p 51. Disponível em: <http://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

O perfil do mercado de agrotóxicos no Brasil é caracterizado por ser controlado por uma média de dez multinacionais instaladas pelo país, nos quais as mesmas mantêm acordos comerciais entre si. Em suma, estas empresas possuem coligações tanto das empresas de agrotóxicos quanto de sementes que geram um domínio simultâneo do mercado.

A Monsanto[63] é descrita como núcleo controlador dos acordos de todos. Entretanto, muitos dos acordos comerciais entre as empresas envolvem acordos públicos com a Embrapa - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária[64].

De acordo com a Abrasco[65]: "O montante mobilizado é maior que o PIB de vários países, o que os constitui como verdadeiros oligopólios. Há um mercado dos registros de agrotóxicos mediados por empresas de fachada".

Ainda,

> [...] Outra tendência apontada na pesquisa é a de que o mercado brasileiro de agrotóxicos se estrutura de tal maneira que as dez maiores indústrias não competem entre si. "Mesmo no caso em que as patentes estão vencidas, tirando raras exceções, as empresas focam a produção em agrotóxicos com ingredientes ativos que não são comercializados pelas demais empresas, o que gera uma espécie de monopólio sobre os produtos", diz o diretor da Agência.[66]

[63] Empresa líder mundial de agrotóxicos e sementes transgênicas.

[64] FERNANDO FERREIRA CARNEIRO. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco (Org.). **Dossiê ABRASCO:** Um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro/ São Paulo: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, 2015. p 110. Disponível em: <http://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

[65] FERNANDO FERREIRA CARNEIRO. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco (Org.). **Dossiê ABRASCO:** Um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro/ São Paulo: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, 2015. Disponível em: <http://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

[66] Anvisa. **Seminário volta a discutir mercado de agrotóxicos em 2012.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=/asset_publisher/view_content&_101_assetEntryId=2665456&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=seminario-volta-a-discutir-mercado-de-agrotoxicos-em-2012&inheritRedirect=true>. Acesso em: 25 out. 2017.

A ANVISA, em seu relatório de atividades de 2012[67], divulga os dados de que:

> A produção nacional gerou 833 mil toneladas de agrotóxicos. A importação nacional em 2012 foi de 246 mil toneladas de produtos. Os dados apontaram, ainda, que 90% da produção nacional de agrotóxicos foram de produtos formulados, ou seja, agrotóxicos prontos para serem utilizados na agricultura. Os outros 10% corresponderam a produtos técnicos, que são os ingredientes utilizados na formulação dos agrotóxicos. Os herbicidas, por exemplo, representaram 45% do total de agrotóxicos comercializados. Os fungicidas foram 14% do mercado nacional, os inseticidas 12% e as demais categorias de agrotóxicos 29%. O estudo analisou a movimentação de 96 empresas de agrotóxicos instaladas no Brasil, que juntas representam quase 100% do mercado nacional. Atualmente, existem 130 empresas de agrotóxicos estabelecidas no país.

As informações trazidas pelo órgão de vigilância sanitária causam inquietação quando se reflete que 833 mil toneladas de agrotóxico foram geradas na produção nacional, ou seja, são 833 mil toneladas de produtos químicos liberados no meio ambiente.

O agrotóxico apresenta malefícios para todos os pontos do ecossistema, como mostrado. Estes agroquímicos interferem em meios bióticos e abióticos, tendo como exemplo o declínio das abelhas. Entretanto, seus riscos não se limitam aos insetos. Os agrotóxicos também causam a contaminação do solo e da água, por fatores como manejo inadequado, descarte incorreto do produto e de suas embalagens.

A bióloga Rachel Carson deixou claro a contaminação generalizada que o uso de agroquímicos trazem ao meio ambiente[68]. Portanto, o agrotóxico se mostra prejudicial e altamente danoso, restando, em vista disso, que a sociedade crie verdadeira consciência sobre o uso do agrotóxico e seus pontos nocivos, para que

[67] Anvisa. **Relatório de atividades 2012**. Brasília: Anvisa, 2012. p 85. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/281258/2742545/Relatório+de+atividades+2012.pdf/9e496d4d-7d1e-4541-a710-43633093a11d>. Acesso em: 25 nov. 2017.

[68] A própria forma que a autora se refere ao agrotóxico, como Elixir da Morte, indica sua reprovação ao uso de tais substâncias. Disponível em: <https://am37.files.wordpress.com/2017/02/primavera-silenciosa.pdf>. Acesso em: 19 de nov. 2017.

assim ocorra uma fiscalização e regulamentação condizente com os reais perigos que o uso destas substâncias trazem a longo prazo.

Conforme já dito ao longo do trabalho, sabe-se que o alerta para o declínio das abelhas já era notado desde a década de 1940 e, ainda, em relação ao uso do agrotóxico, também não são recentes os sinais de cautela para tais produtos. Em 1962, Rachel Carson[69] lançara o livro Primavera Silenciosa, que denunciou o uso das substâncias químicas prejudiciais ao meio ambiente. Em seu capítulo "Elixires da Morte" expõe seu entendimento da seguinte forma:

> Pela primeira vez na história do mundo, cada um dos sêres humanos está agora sujeito a entrar em contato com substâncias químicas perigosas, desde o momento em que é concebido, até ao instante em que sua morte ocorre. Em menos de dois decênios do seu uso, os pesticidas sintéticos foram intensamente distribuídos pelo o mundo [...]. Tais pesticidas foram encontrados e retirados da maior parte dos grandes sistemas fluviais, e até mesmo de cursos de água que fluem, sem ser vistos por nós, através da Terra, por vias subterrâneas. Os resíduos das referidas substâncias químicas permanecem no solo ao qual talvez tenham sido aplicadas uma dúzia de anos antes. Elas entraram e alojaram-se no corpo dos peixes, dos pássaros, dos réptis, dos animais domésticos e dos animais selvagens; e o fizeram tão universalmente, que os cientistas que efetuam experiências animais verificam que se torna quase impossível localizar exemplares que sejam de todo livres de semelhante contaminação. Essas substâncias foram encontradas até em peixes de remotos lagos existentes em tôpos de montanhas – em minhocas que perfuram o solo – nos ovos dos pássaros – e no próprio homem. E isto porque as mencionadas substâncias químicas estão agora armazenadas no corpo da vasta maioria dos sêres humanos, independentemente de sua idade. Elas aparecem no leite das mães, e, com toda probabilidade, também nos tecidos dos bebês ainda não nascidos.

Todavia, o questionamento que fica é sobre qual a real causa do declínio no número de abelhas pelo mundo. O uso abusivo de agrotóxicos deverá ter maior atenção neste caso por se tratar da temática central deste trabalho. Nota-se que os

[69] Rachel Carson era bióloga e mestra em zoobotânica. Foi pioneira na ecologia e responsável pela maior revolução ecológica nos Estados Unidos e do mundo. Em 1962 lançou o livro "Primavera Silenciosa", uma denúncia do uso de agrotóxicos para o mundo.

estudos que abordam o desaparecimento ou extinção das abelhas relacionam o agrotóxico como um fator preponderante em relação aos demais, dado as consequências que as substâncias químicas presentes podem trazer aos seres vivos.

3 PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

Com a promulgação da Constituição de 1988, devido ao seu contexto histórico e político no Brasil, se originou uma nova fase do Direito, no qual, dentre o conjunto de novidades que tal Constituição apresentou, houve o reconhecimento da importância de se adequar o meio ambiente como uma matéria de direito que merece atenção de cunho constitucional.

O capítulo objetiva mostrar justamente a importância da aplicação da matéria constitucional, precisamente por meio dos princípios jurídicos, como meios norteadores de proteção jurídica ao meio ambiente.

3.1 O meio ambiente e a Constituição

O meio ambiente possui tutela jurídica estabelecida pela Constituição Federal no artigo 225, que confere não só o direito ao meio ambiente equilibrado, como também o dever de defender e preservá-lo para as futuras gerações.

Inicialmente, o foco será o *caput* do artigo supracitado, que terá sua análise dividida de acordo com os pontos que serão expostos no decorrer do presente tópico.

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações[70].

A necessidade de proteção ao meio ambiente é explicada da seguinte forma:

> A preocupação com o meio ambiente deve levar em conta o ser humano. A Constituição Federal, quando garante a todos um ambiente ecologicamente equilibrado, o fez com o escopo

[70] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 05 out. 1988.

> de preservar a vida humana com dignidade, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos moldes do artigo 1º, III, da CF/88. A busca de ambientes ecologicamente equilibrados deve compreender condições decentes de vida, o que envolve as condições de trabalho, moradia, educação e saúde, ou seja, um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social dos homens[71].

Por essa razão acima exposta "o meio ambiente passou a ser objeto autônomo de tutela jurídica.[72]", visto que o mesmo é um bem de imenso valor a todos os indivíduos vivos. Sendo de interesse comum a sua defesa e a mitigação de sua degradação.

Entretanto, o dever que se impõe de preservação e de proteção ao meio ambiente não se limita somente ao Poder Público, mas sim a toda coletividade.

> Além de um direito fundamental, é possível se concluir, da interpretação do artigo 225 da Constituição Federal, que a proteção ambiental além de ser um direito é também um dever fundamental, que se caracteriza pela obrigação incumbida ao Estado e a cada um dos indivíduos de manter um ambiente saudável, sadio e equilibrado[73].

Assim como manifestado acima, o meio ambiente saudável nada mais é que uma necessidade de se garantir a qualidade de vida da coletividade, entretanto, cabe ressaltar que tal qualidade de vida para a coletividade, também deve ser garantida pela coletividade. A respeito, Hupffer e Naime, afirmam que:

> A força normativa do artigo 225 da CF/88 apoia-se na ideia de solidariedade e participação cidadã e inaugura um tipo inédito de espaço público. Ao impor à coletividade o dever de defender o meio ambiente, percebe-se que o legislador deseja ampliar aquilo que Häberle denomina "comunidade de intérpretes da Constituição", visto que o cidadão brasileiro

[71] CONTE, Ana Carolina Papacosta; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Registro de agrotóxicos e controle social.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2001. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-1-2013-outubro-dezembro-de-2001/registro-de-agrotoxicos-e-controle-social/at_download/file.>. Acesso em: 10 nov. 2017.

[72] RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 95.

[73] RIGO, Karina Borges; RECH, Adir Ubaldo. **O Direito Fundamental Ao Ambiente Sob A Ótica Do Princípio Do Não-Retrocesso Ecológico:** Uma Questão De Segurança Jurídica. [2014]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ba01f7779044c1ca>. Acesso em: 20 nov. 2017.

> recebe uma validação para participar de decisões que vinculam a ação presente do homem a resultados futuros[74].

Portanto, o compartilhamento da responsabilidade de defender ao meio ambiente é tido como uma novidade apresentada pelo legislador, já que até a Constituição Federal de 1988 não houve nenhuma outra Constituição que se posicionasse de forma que incentivasse a solidariedade neste quesito, colocando o indivíduo além de somente espectador isento de deveres.

Desse modo, o meio ambiente é um direito difuso[75] no qual, pela sua essencialidade, se tem uma relação de responsabilidade que ultrapassa o presente e atinge principalmente o futuro.

A preservação do meio ambiente é crucial para os ecossistemas como um todo, vez que essa responsabilidade está vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, afinal, é primordial que o indivíduo possa viver em um ambiente ecologicamente equilibrado. Canotilho pontua a importância de se constitucionalizar o meio ambiente pela seguinte consideração:

> [...] É indisfarçável o compromisso ético de não empobrecer a Terra e a sua biodiversidade, almejando, com isso, manter as opções das futuras gerações e garantir a própria sobrevivência das espécies e de seu hábitat. Fala-se em equilíbrio ecológico, preveem-se áreas protegidas, combate-se a poluição, protege-se a integridade dos biomas e ecossistemas, reconhece-se o dever de recuperar o meio ambiente degradado, tudo isso indicando o intuito de assegurar no amanhã um planeta em que se mantenham e se ampliem, quantitativa e qualitativamente, as condições que propiciam a vida em todas as suas formas[76].

---

[74] HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Vocação de diálogo do artigo 225 da Constituição Federal no conflito ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, jun. 2012. p 223. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/241/216>. Acesso em: 05 out. 2017.

[75] O conceito de meio ambiente como um direito difuso foi consolidado pela ADI 3450, julgado em 01/09/2005 pelo Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 18 nov. 2017.

[76] CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; LEITE, Jose Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2015.

Para a efetivação do direito de equilíbrio ecológico, a Constituição incumbiu ao Poder Público atribuições específicas que estão determinadas no §1º do artigo 225.

> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
>
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
>
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
>
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
>
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
>
> VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
>
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade[77].

Os incisos de maior importância para aplicação no objeto de estudo do trabalho são os I, IV, V e VII, entretanto, cabe dizer que os incisos possuem uma relação entre si, como será melhor elucidado de acordo com Afonso da Silva.

> O conteúdo do dispositivo será examinado com pormenores mais adiante. Façamos, contudo, algumas observações sobre isso agora:

[77] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 out. 1988.

> [...]IV - processos ecológicos essenciais (§1º, I) são aqueles que asseguram as condições necessárias para uma adequada interação biológica. Prover o manejo ecológico das espécies significa lidar com as espécies de modo a conservá-las, recuperá-las, quando for o caso. E prover o manejo dos ecossistemas quer dizer cuidar do equilíbrio das relações entre a comunidade biótica e o seu habitat (mar, floresta, rio, pântanos etc.);
>
> [...]VII - Estudo Prévio de Impacto Ambiental constitui um instrumento de prevenção de degradações irremediáveis;
>
> VIII - controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, permitindo-se, aí, a interferência do Poder Público no domínio privado, para impedir práticas danosas ao meio ambiente e à saúde da população;
>
> [...]X - proteger a fauna e a flora, do inciso VII, correlaciona-se com os incisos I e II[78].

Em razão ao exposto, pode-se concluir que existe correlação entre os incisos apresentados. A começar pelo inciso I que é direcionado à necessidade de se assegurar uma interação biológica adequada, inclusive provendo o manejo ecológico, conservando e preservando as espécies. Como por exemplo, a preservação das abelhas e o manejo adequado para que se mantenha a interação de ecossistemas.

Já o inciso IV, estabeleceu ao Poder Público a responsabilidade de estudo prévio de impacto ambiental. Estudo para conhecimento do impacto que uma atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente pode gerar. Estudo no qual vai detectar qual o limite de tal atividade o meio ambiente tolera sem que gere consequências ao meio ambiente.

O inciso V é permissivo ao garantir ao Poder Público a necessidade de controlar substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e ao meio ambiente. O inciso é regulamentado pela Lei 11.105/2005, que regulamenta também os incisos II e V. A Lei estabelece, principalmente, normas de segurança e

[78] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p 57.

mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados.

Ainda a respeito do inciso V, pode-se aplicar ao uso de agrotóxicos, que caso não regulamentado e fiscalizado, coloca em risco e compromete a vida, consequentemente a qualidade de vida e o meio ambiente.

O inciso VII, como bem colocado por Afonso da Silva, está correlacionado aos incisos I e II. Entretanto, o inciso VII veda as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Por isso, em combinação com os outros incisos citados, deve-se estar alerta ao exercício de regulamentação e fiscalização do Poder Público, para que não se perca o equilíbrio ambiental essencial para a qualidade de vida.

O equilíbrio ambiental está relacionado à combinação entre as plantas, os animais, os microrganismos, os indivíduos e ambiente natural no qual um depende do outro e formam subconjuntos de integrações sistêmicas dentro do ecossistema, no qual é chamado de funções ecossistêmicas[79].

Essas funções ecossistêmicas são divididas da seguinte forma:

> Ainda que haja imensa variedade de funções ecossistêmicas é possível categorizá-las primariamente em quatro grupos distintos. São eles: a) funções de regulação; b) funções de hábitat; c) funções de produção e d) funções de informação[80].[...]

Por meio das funções ecossistêmicas se gera os chamados serviços ecossistêmicos, que são os benefícios diretos e indiretos que o homem obtém a partir

[79] ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Serviços ecossistêmicos e sua importância para o sistema econômico e bem-estar humano. **Instituto de Economia/unicamp**, Campinas, v. 155, p.10, fev. 2009. Disponível em: <http://www.avesmarinhas.com.br/Serviços ecossistêmicos e sua importância econômica.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

[80] 22° CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 2017, São Paulo. **Direito e Sustentabilidade na Era do Antropoceno:** retrocesso ambiental, balanço e perspectiva. São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2017. p 315. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170918100103_4792.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

dos ecossistemas[81]. Como exemplo desses benefícios se tem a capacidade de reprodução e o fornecimento de alimentos interligados, que é uma função de habitat e função de produção[82]. E assim se entende que as abelhas com suas funções são um subconjunto que interagem com as plantas que são outro subconjunto e assim se forma os serviços ecossistêmicos.

Contudo, quando se insere ao ecossistema elementos como o agrotóxico, se deve alertar que tal produto pode desestabilizar a integração de ecossistemas, causando desequilíbrio ambiental com consequências em cadeia. Por isso, se deve estabelecer limites para que se cumpra a previsão constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3.2 Princípios ambientais

O presente trabalho é analisado com fundamento no princípio da capacidade de suporte, no qual também é denominado como princípio do limite. Tal princípio dará sentido e concretizará a importância da regulamentação dos agrotóxicos perante o meio ambiente, conforme será apresentado no próximo tópico.

3.2.1 Princípio da capacidade de suporte

O princípio da capacidade de suporte, também denominado de princípio do limite, tem amparo na Constituição Federal, no artigo 225, §1º, V[83] que incube ao

[81] ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Serviços ecossistêmicos e sua importância para o sistema econômico e bem-estar humano. **Instituto de Economia/unicamp**, Campinas, v. 155, p.10, fev. 2009. Disponível em: <http://www.avesmarinhas.com.br/Serviços ecossistêmicos e sua importância econômica.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

[82] "As funções de hábitat, por sua vez, concernem à capacidade dos ecossistemas naturais de prover local para refúgio e reprodução para plantas e animais silvestres e, portanto, contribuir para a conservação da diversidade biológica e genética (in situ) e para os processos evolucionários. Já as funções de produção são relacionadas com a capacidade de fornecer alimento (inclusive para uso humano), por meio da fotossíntese e captação de nutrientes." Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170918100103_4792.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

[83] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse

Poder Público o dever de assegurar que se tenha um controle sobre a produção, a comercialização e aplicação de técnicas, métodos e substâncias que possam representar risco para a vida e o meio ambiente.

Entende-se que a obrigação do Poder Público de estipular limites para a emissão de matéria no ambiente não se justifica se não estiver condicionada por diferentes fatores. Ou seja, neste caso, o princípio é o responsável pela estipulação destes limites de acordo com as condições ambientais acrescentado das condições de outras naturezas como a tecnológica ou econômica[84].

Neste caso, o poder público deve determinar quais são os parâmetros de qualidade ambiental para que se estabeleça limites nas emissões de elementos aceitáveis sem que tal elemento cause um impacto negativo. Deve haver então um padrão que respeite o que o ambiente pode suportar sem que prejudique sua estrutura natural.

A deliberação de normas administrativas, feita pelo Poder Público, indica as diretrizes adequadas para se atingir a qualidade ambiental, como ocorre com a própria Instrução Normativa do Ibama em questão. E tais diretrizes são normalmente estipuladas por Organizações Internacionais, para que assim se atinja um padrão entre países sem que prejudique o meio ambiente.

O citado artigo 225 da Constituição se associa ao texto previsto na Declaração sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, na Conferência Rio 92[85], no princípio 3 em que diz que "O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras".

---

direito, incumbe ao Poder Público: [...] V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

[84] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p 10.

[85] Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

O princípio 3 está amplamente relacionado ao direito a um meio ambiente equilibrado e este equilíbrio está entrelaçado ao princípio da capacidade de suporte, vez que o limite estipulado por meio do princípio irá garantir a qualidade do ecossistema.

Também há que se pensar que tal princípio visa impor critérios na relação do homem com a natureza, em decorrência de que:

> Atualmente não se duvida que o homem se relaciona com a natureza para dela buscar recursos que o levem a sobreviver e, a partir desta experiência, poder evoluir. De tal sorte que se pode comparar essa exploração a uma gangorra. Quanto maior a exploração de recursos (o que representa a subida de uma das extremidades da gangorra), tanto mais a outra ponta tende a diminuir. A captura incessante de tais recursos conduz à verificação de outras duas necessidades imbricadas nessa relação de exploração: i) o possível esgotamento dos recursos que servem de combustível às necessidades de sobrevivência; ii) a necessidade de que o ambiente do qual se exploram tais recursos seja um lugar de sadia convivência humana. A subida ou descida da outra extremidade da gangorra (continuando-se com a metáfora) será proporcional à exploração dos recursos naturais[86].

A metáfora da gangorra demonstra de maneira didática que a exploração de recursos naturais precisa de limites para que não ocorra um desequilíbrio, como o mencionado possível esgotamento de recursos essenciais para a sobrevivência.

Entretanto, apesar do meio ambiente ser uma temática de muita relevância, sendo capaz de gerar grandes impactos e, apesar de existir uma constante divulgação diária de notícias que envolvem o assunto, ainda assim não se tem uma verdadeira vontade de mudar os resultados que nossas ações causam aos ecossistemas e do quanto seria nefasto o esgotamento de recursos essenciais para a sobrevivência[87].

[86] NUNES, Cleucio Santos. **Direito Tributário e Meio Ambiente.** Rio de Janeiro: Dialética, 2005. p 18.

[87] A referida consciência é relativa a, por exemplo, o consumismo desenfreado das pessoas, em uma cultura que incentiva constante rotatividade de produtos, sem lembrar que toda produção gera consequências ao meio ambiente e que seu descarte também causa impactos quando feito de maneira incorreta.

Em 1972, com a Conferência de Estocolmo, em uma tentativa superficial de amenizar a exploração desmedida de ecossistemas, surgiu o princípio do desenvolvimento sustentável, com a seguinte redação:

> Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população[88].

Pesquisadores, por meio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA entendem que:

> Na visão ambiental, a manutenção da qualidade de vida deve ser considerada na criação de normas que vão regular a atividade econômica. Segundo a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, o desenvolvimento sustentável não é um estado permanente de harmonia, mas sim um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional considerem as necessidades atuais e futuras[89].

Então, pode-se dizer que o desenvolvimento sustentável está em um processo de mudança constante, assim como o meio ambiente, ou seja, no qual não é imutável, podendo e devendo ser alterado conforme as necessidades que são apresentadas.

Tendo esta consideração, pode-se entender que o princípio da capacidade de suporte é um princípio de extrema importância para o desenvolvimento sustentável.

Pires e Santos reconhecem que:

> Os conceitos de produção sustentada e capacidade-suporte são interdependentes, pois só é possível uma produção sustentada

[88] Princípio 13 do tratado. Disponível em: <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>acesso em: 05 out. 2017.

[89] Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Sustentabilidade Ambiental no Brasil:** biodiversidade, economia e bem-estar humano. Brasília: Ipea, 2010. p 202. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro07_sustentabilidadeambienta.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

> ao longo do tempo se o ambiente for capaz de suportá-la. Essa capacidade-suporte pode ser otimizada desde que seja descoberto e manejado o fator ou os fatores que a limitam. A tecnologia, por exemplo, pode aumentar a capacidade do ambiente sustentar uma determinada atividade[90].

Isto é, a capacidade de suporte, como dito acima, está interligada ao meio de produção sustentada, que é proveniente de uma busca pelo desenvolvimento sustentável em prol de desenvolvimento econômico.

Também há a seguinte conclusão:

> De fato, a exploração econômica deve ocorrer nos limites da capacidade dos ecossistemas, resguardando a renovação dos recursos renováveis e a exploração não predatória dos recursos não renováveis, preservando para as presentes e as futuras gerações[91].

Também se entende que os princípios da capacidade de suporte e desenvolvimento sustentável estão em conjunto e são dependentes um do outro para que se atinja o objetivo de resguardo do meio ambiente.

Um ponto de importância do princípio é que ele visa comedir uma problemática dos países industrializados, que é o uso desenfreado dos recursos naturais, sem levar em consideração a capacidade de suporte tolerável ao ecossistema.

A Resolução nº 382/2006 do Conama define capacidade de suporte como "[...] a capacidade da atmosfera de uma região receber os remanescentes das fontes emissoras de forma a serem atendidos os padrões ambientais e os diversos usos dos recursos naturais; ". Então, deve ser estabelecido uma referência a ser seguida determinando os níveis aceitáveis de substâncias que não alterem o ecossistema.

---

[90] PIRES, José Salatiel Rodrigues; SANTOS, José Eduardo dos. Bacias Hidrográficas Integração entre meio ambiente e desenvolvimento. **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 110, p.40-45, maio 1995.

[91] Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Sustentabilidade Ambiental no Brasil:** biodiversidade, economia e bem-estar humano. Brasília: Ipea, 2010. p 211. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro07_sustentabilidadeambienta.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

No 18º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, Aroldo Cedraz abordou esse ponto da seguinte forma:

> Mais um marco importante, já na década de 80, foi o trabalho desenvolvido pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, também chamada de Comissão Bruntland, que apresentou uma visão crítica sobre o modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados e reproduzidos pelos países em desenvolvimento, com uso predatório dos recursos naturais, sem considerar a capacidade de suporte dos ecossistemas. A partir desse ponto, ficou bem marcada uma mudança do foco de preocupação ambiental mais segmentada, com temas como poluição, fauna e flora, para uma preocupação de caráter mais amplo, em que a questão ambiental começou a ser tratada dentro de um contexto de modelo de desenvolvimento [...][92].

Ao se aplicar no caso prático, há que se pensar, por exemplo, em qual a quantidade de agrotóxico "adequada" que o ambiente pode suportar sem alterar suas estruturas básicas e essenciais. E ainda, qual seria a quantidade ideal de agroquímicos para que não se estimule o declínio das abelhas.

Então, é de responsabilidade dos órgãos públicos competentes determinar as regras e aplicar sanções por violação de tais regras. No caso, a Instrução Normativa nº 02/2017 delimita justamente a quantidade química adequada para que as abelhas não sejam prejudicadas.

Até a Instrução Normativa nº 02/2017, não havia uma regulamentação específica que avaliasse a quantidade limite de agroquímicos com base no risco, como noticia o Ibama:

> O Ibama publicou Instrução Normativa que estabelece diretrizes, requisitos e procedimentos para a avaliação dos riscos de ingredientes ativos de agrotóxicos para insetos polinizadores. A norma, destinada a produtos ainda não registrados no país ou em reavaliação, é a primeira a estipular critérios de decisão com base no risco, ou seja, na

[92] CEDRAZ, Aroldo et al. O papel do TCU no controle da gestão ambiental federal. In: 18° CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 18., 2013, São Paulo. **Conferencistas e teses de profissionais.** São Paulo: Instituto Por Um Planeta Verde, 2013. p. 40 - 59. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131201044633_7701.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

> probabilidade de uma espécie ser afetada pela exposição a agrotóxicos. O objetivo é oferecer mais proteção a abelhas e outros polinizadores[93].

Portanto, não há dúvidas da importância que é ter um princípio que delimite de maneira específica, conforme a necessidade do meio ambiente, a emissão de matérias sem que se altere os aspectos de suas características básicas.

Em seguida, será realizada uma análise da IN nº 02/2017 Ibama que trata da prática desta avaliação ambiental dos riscos que os ingredientes ativos dos agrotóxicos podem trazer para o meio ambiente.

4 ESTUDO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/2017

Conforme o Decreto 4.074/02 em conjunto com a Portaria Normativa Ibama nº 84/1996, o IBAMA é órgão federal responsável em avaliar, do ponto de vista ambiental, os produtos e suas substâncias dos agrotóxicos no processo de registro.

A Instrução Normativa nº 02/2017 é uma exteriorização desta competência, vez que seu conteúdo é uma regulação da avaliação de risco ambiental de agrotóxicos para abelhas.

Portanto, o capítulo será subdividido em duas partes. Uma parte sobre o processo de constituição da norma reguladora e outra sobre a Instrução Normativa e sua aplicação.

O IBAMA, por meio do Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos Para Abelhas, apresentou orientações gerais e conceituações do novo procedimento que fora alterado pela IN nº 02/2017.O Manual foi criado com o objetivo de esclarecer de forma transparente a importância do papel da IN e em virtude de a Instrução Normativa estar entrelaçada ao mencionado manual, ele também será explorado ao longo do capítulo.

[93] IBAMA. **Ibama aumenta proteção a abelhas com nova norma sobre avaliação de agrotóxicos.** 2017. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1012>. Acesso em: 27 nov. 2017.

4.1 Processo administrativo de edição da Instrução Normativa nº 02/2017 - Ibama

Para se entender a Instrução Normativa e seu objetivo foi necessário fazer um requerimento com pedido de cópia do processo nº 02001.002441/2016-37 pelo e-sic - Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão[94]. De posse desse material, foi possível descrever os desdobramentos do processo de regulação.

A CCONP - Coordenação de Controle Ambiental de Substâncias e Produtos Perigosos, parte integrante da Diretoria de Qualidade Ambiental - DIQUA do IBAMA, solicitou, em 11 de maio de 2016, a edição de uma proposta da Instrução Normativa, justificando a importância do deferimento do pedido mediante a Minuta encaminhada à Coordenação-Geral de Avaliação e Controle de Substâncias Químicas – CGAsq.

A referida Minuta justificava o pedido abordando que:

> [...] 4.O consumo nacional de agrotóxicos tem aumentado em índice muito superior ao da área agrícola e, nesse contexto, a adoção da avaliação de riscos representa um avanço metodológico na consideração dos possíveis problemas ambientais associados ao uso dos agrotóxicos. Isso é particularmente importante para o Brasil, onde a carência de dados e recursos pode dificultar a tomada de decisão e o gerenciamento de riscos.

A equipe responsável pela Instrução Normativa explicou que a análise de risco foi uma etapa acrescentada de forma positiva na avaliação, porém, por tamanha importância, tal temática será melhor abordada posteriormente neste capítulo.

Outros pontos de defesa para a edição da Minuta foi de que:

> [...] 7. A Portaria Normativa IBAMA nº 84, de 15 de outubro de 1996, discrimina estudos e informações necessárias para a avaliação ambiental de agrotóxicos, no entanto, para que a avaliação de risco seja implementada de forma sistemática, devem ser elaboradas rotinas e procedimentos que permitam organizar e avaliar dados, informações, testar suposições e diminuir incertezas, de modo a se prever o comportamento dos

[94] Pedido feito em 06/02/2018 com o número de protocolo 02680000279201882.

> agrotóxicos no ambiente, e seus possíveis efeitos ecológicos, de uma maneira que agilize e facilite a tomada de decisões e a implementação da legislação.
>
> 8. Durante as avaliações de risco para abelhas já executadas pelo Ibama foi identificada a necessidade de detalhamento do item D.4, dos anexos IV e V, da Portaria Normativa Ibama nº 84, de 15 de outubro de 1996, contemplando os estudos laboratoriais necessários para a caracterização inicial de efeitos sobre esses organismos.

A exposição feita demonstrou o quanto era necessário um ato administrativo que estabelecesse procedimentos de maneira adequada para se entender e prever os impactos que os agrotóxicos podem trazer ao meio ecológico.

Portanto, o pedido de deferimento da Instrução Normativa visou uma normatização do item D.4, dos anexos IV e V, da Portaria Normativa do IBAMA nº 84/96, que diz respeito a testes e informações necessárias à avaliação ecotoxicológica.

Por meio do parecer nº 66/2016/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU, a Procuradoria Federal Especializada se manifestou alegando a regularidade jurídico-formal da minuta de Instrução Normativa.

A verificação de competência do IBAMA para edição de norma foi fundamentada no artigo 3º da Lei nº 7.802/1989[95], que estipula o registro de agrotóxicos em órgão federal como condição para ser produzido, comercializado e utilizado. A procuradoria fez uma ressalva de que o dispositivo trazia certas restrições e vedações ao registro de agrotóxicos danosos ao ser humano e ao meio ambiente que deve seria considerado pelos técnicos responsáveis.

Porém, a pontuação feita pela procuradoria é de que não se deve confundir a quem cabe o registro e reavaliação de agrotóxicos, já que a competência do IBAMA

[95] Art. 3º Os agrotóxicos, seus componentes e afins, de acordo com definição do art. 2º desta Lei, só poderão ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente registrados em órgão federal, de acordo com as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura.

de promover o registro está prevista no inciso IX do artigo 2º do Decreto nº 6.099/2007[96].

Tendo em vista que o parecer jurídico foi aprovado por meio de despacho emitido pela Procuradora-Chefe do Ibama, a proposta de Instrução Normativa foi submetida a consulta pública na qual foi publicado o aviso no Diário Oficial da União em 31 de maio de 2016 dando o prazo de 30 (trinta) dias para que os interessados se manifestassem. O prazo foi prorrogado por mais 19 (dezenove) dias, a pedido de uma associação das indústrias interessada.

Passado o prazo, o setor responsável, CCONP, emitiu a Nota Técnica nº 2001.000026/2017-20 CCONP/IBAMA, consolidando as contribuições recebidas pela consulta pública. Foi exposto que "O objetivo da referida consulta pública foi divulgar a proposta de Instrução Normativa e receber contribuições de órgãos, empresas, entidades, pesquisadores e pessoas interessadas."

A consulta pública resultou em 88 questionários completos e validados que vieram de 14 Unidades Federativas diferentes[97]. Conforme dados divulgados, do total de contribuições válidas, 41% foram realizadas por pessoas ou entidades do estado de São Paulo e 11% vieram de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul.

O perfil de pessoas ou entidades que responderam à consulta pública foi dividido entre: academia ou instituição de ensino e pesquisa, representando 25%, órgãos e entidades do Governo, com 13%, associação ou entidade representativa do setor apícola, em 11% e 10% de associação ou entidade representativa do setor regulado. Houve também a opção "outro", com 41%, que corresponde aos apicultores, à comunidade, meliponicultores, empresas do setor regulado e laboratórios de pesquisa.

---

[96] Art. 2º No cumprimento de suas finalidades e ressalvadas as competências das demais entidades que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, cabe ao IBAMA, de acordo com as diretrizes fixadas pelo Ministério do Meio Ambiente, desenvolver as seguintes ações federais;
[...] III – avaliação de impactos ambientais;
IX – análise, registro e controle de substâncias químicas, agrotóxicos e de seus componentes e afins, conforme legislação em vigor;

[97] BA, CE, DF, ES, GO, MG, MT, PA, PR, RJ, RN, RS, SC, SP.

Das contribuições válidas, “52% foram consideras fortemente favorável e 27% favorável à proposta em discussão.”. A porcentagem entre parcialmente favorável, desfavorável e fortemente desfavorável não atingiu nem 10%.

Segundo ainda a Nota Técnica

> O número de contribuições recebidas foi diferente com relação a cada dispositivo (artigo ou anexo) presente no texto da IN. O artigo 2º, que contém as definições, foi o que recebeu o maior número de propostas. Os anexos também receberam diversas contribuições.
>
> [...]

E a manifestação técnica se encerrou expondo o que a área responsável esperava com a publicação da Instrução Normativa.

> Com a publicação da Instrução Normativa que foi objeto dessa consulta pública e a implementação da avaliação de risco de agrotóxicos para abelhas espera-se contribuir, dentro da área de atuação do Ibama, para a proteção das abelhas nativas e para a sustentabilidade na produção global de alimentos.

Em anexo, foram relacionados os levantamentos feitos por consulta pública com os questionamentos enviados. As alterações decorrentes destes questionamentos foram submetidas a Procuradoria Federal Especial, que opinou pela regularidade jurídico-formal da minuta.

Posteriormente, a minuta de Instrução Normativa foi encaminhada para a Presidência do Ibama para assinatura e publicação. A IN foi finalmente publicada em 9 de fevereiro de 2017.

Passado o entendimento do processo para formação da Instrução Normativa, se faz necessário saber o conteúdo da norma e sua aplicabilidade na preservação do ecossistema, como se verá a seguir.

4.2 A avaliação de Risco Ambiental (ARA) na Instrução Normativa nº 02/2017 – Ibama

O presente tópico, como supracitado, objetiva mostrar de que forma se pode materializar e aplicar a temática de equilíbrio ambiental atrelado ao princípio da capacidade de suporte, abordada ao longo deste trabalho, com base na Instrução Normativa selecionada.

Para isso se optou pelos seguintes conteúdos: o seminário de apresentação da Instrução Normativa realizado pelo Ibama, a Nota Técnica nº 02001.000062/2017-93 CCONP/IBAMA e o Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas em conjunto com a Instrução Normativa em si.

A começar, em 23 de janeiro de 2017, a CCONP - Coordenação de Controle Ambiental de Substâncias e Produtos Perigosos encaminhou a Nota Técnica nº 02001.000062/2017-93 CCONP/IBAMA[98], que traz os apontamentos do histórico do desenvolvimento da avaliação de risco de agrotóxicos para insetos polinizadores no Ibama e as lacunas de conhecimento que necessitam ser preenchidas para a continuação dos trabalhos[99].

Porém, a Nota Técnica não está integrada na cópia do processo 02001.002441/2016-37, mas sim disponibilizada no próprio endereço eletrônico do Ibama[100].

Nela, inicialmente, é evidenciada a importância dos polinizadores e posteriormente é introduzido o papel do Ibama como órgão delegado para avaliar os agrotóxicos e seus componentes do ponto de vista ambiental.

Ao se introduzir o contexto histórico, foi exposto que "No Brasil, até 1989 não era realizada nenhuma avaliação do impacto ambiental dos agrotóxicos antes

[98] Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/avaliacao/2017/2017-07-27-nota_tecnica_avaliacao_de_risco_de_agrotoxicos-para-abelhas.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018.
[99] Texto previsto na ementa da referida Nota Técnica.
[100] Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental> Acesso em: 16 fev. 2018.

que eles fossem colocados no mercado", reforçando a análise do quão positivo é uma Instrução Normativa regulamentando o assunto.

A avaliação ambiental de agrotóxicos, que é realizada pelo Ibama, está dividida em Avaliação do Potencial de Periculosidade Ambiental (PPA) e a Avaliação de Risco Ambiental (ARA). A avaliação do PPA é exercida desde 1990[101]. Por outro lado, a ARA já era demandada por meio da Portaria Ibama nº 84 de 1996 e por Decreto nº 4.074/2002[102].

> A avaliação do PPA se baseia na toxicidade inerente do produto e no comportamento obtido nos testes laboratoriais. A ARA também se baseia nesses pressupostos mas considera a exposição potencial do organismo não-alvo, ou seja, o modo como o produto será utilizado na prática e suas possíveis consequências. Dessa forma, na ARA o modo e a época de aplicação, as doses, a cultura, o clima, entre diversos outros fatores, passam a ter um grande peso na avaliação[103].
>
> (grifo nosso)

A base teórica de como foram formados os critérios da Avaliação de Risco Ambiental dos agrotóxicos foi esclarecida no Manual[104] disponibilizado pelo Ibama, que vem clarificar as conceituações técnicas e as orientações gerais para se entender a Instrução Normativa nº 02/2017.

Em consideração, no seminário realizado pelo Ibama para interpretação da Instrução Normativa nº 02/2017, que ocorreu em 26 de julho de 2017, foi proferido um texto introdutório escrito pela Marisa Zerbetto, Coordenadora-Geral de

---

[101] Cf. "quando foi editada a primeira Portaria Ibama que estabeleceu os requisitos necessários para que os agrotóxicos pudessem ser avaliados pela ótica ambiental, conforme requeria a lei aprovada em 1989." Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018.

[102] Cf. "somente começou a ser implementada de forma sistemática pelo Ibama em meados de 2011, e encontra-se ainda em fase de desenvolvimento e implementação." Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018.

[103] Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/avaliacao/2017/2017-07-27-nota_tecnica_avaliacao_de_risco_de_agrotoxicos-para-abelhas.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 02.

[104] **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 18-21.

Avaliação e Controle de Substâncias Químicas - CGAsq, no qual expõe que a Instrução Normativa foi a primeira norma orientadora do processo de avaliação de risco ambiental dos agrotóxicos editadas pelo Ibama.

Ou seja, há que se pensar na grandiosidade que a instauração da Instrução Normativa representa para a área de defesa ecológica, visto que desde 2015 o órgão vem desenvolvendo um esquema para fazer a avaliação de risco de agrotóxico para os insetos polinizadores[105], dado a complexidade do tema.

> No início de 2015, foi formado um grupo técnico de trabalho (GTT) para discutir procedimentos de avaliação de risco para abelhas. Esse grupo, coordenado pelo Ibama com o apoio financeiro da Associação Nacional de Defesa Vegetal (Andef), é formado por representantes da academia e do setor regulado e o primeiro documento produzido por esse grupo foi uma proposta de objetivos para a proteção para abelhas[106].

Portanto, serão explanados alguns pontos conceituais que foram usados pelo Ibama e que estão esclarecidos no já mencionado Manual, para isso se seguirá a ordem exposta no mesmo.

Primeiramente, há que se entender o que é o risco abordado na Avaliação de Risco Ambiental e qual a estrutura desta avaliação. O Manual conceitua risco como "[...] a probabilidade de ocorrência de um efeito adverso resultante da exposição a um agrotóxico, sozinho ou em mistura, sob circunstâncias determinadas"[107].

> O processo de avaliação de risco é usado para avaliar e organizar, de forma sistemática, dados, informações, pressupostos e incertezas que ajudem a entender e predizer quais as relações entre um estressor[108] e seus efeitos

[105] Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/avaliacao/2017/2017-07-27-nota_tecnica_avaliacao_de_risco_de_agrotoxicos-para-abelhas.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 04

[106] **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 23.

[107] **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 16.

[108] Segundo o Manual do Ibama Agente estressor é o ingrediente ativo ou seu(s) metabólito(s) e produto(s) de degradação que potencialmente possa(m) causar efeito adverso. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 14.

> ecológicos, de maneira que seja útil para a tomada de decisão[109].

No Seminário, a Coordenadora da CCONP - Coordenação de Controle Ambiental de Substâncias e Produtos Perigosos, Rafaela Maciel Rebelo, expôs que a avaliação envolve dois componentes essenciais que são: a toxidade[110] e exposição[111].

Anteriormente à Instrução, não era analisado a exposição, sendo um componente atualmente necessário para que se tenha a caracterização do risco, visto que com a ausência de um deles não há o risco.

Entretanto, uma colocação feita pela Coordenadora da CCONP é de que "Toda atividade humana acarreta algum grau de risco que pode ser conhecido com um certo grau de precisão", não existindo risco zero e sim risco aceitável.

Ainda conforme a explicação da coordenadora, para essa análise de risco é feita uma abordagem dividida em quatro fases, entretanto, ressalva-se que no seminário explicativo estas fases foram divididas em três.

A fase 1[112] é o "nível inicial da avaliação de risco, funciona como uma ferramenta de triagem[113]", é a mais conservadora e se trabalha com poucos dados usando o pior cenário.

---

[109] **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 14.

[110] Segundo o Manual do Ibama a toxicidade refere-se ao potencial da substância ou produto de causar efeitos adversos em determinado organismo. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 19.

[111] Segundo o Manual do Ibama a exposição é o contato ou a co-ocorrência de um estressor (no caso, agrotóxico) com um receptor (organismo não alvo). Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 18.

[112] Nessa fase, são aplicados pressupostos conservadores com relação à exposição e utilizados os parâmetros de toxicidade mais sensíveis, provenientes de estudos com abelhas em laboratório, no nível de indivíduo. Tais pressupostos compõem o que comumente é chamado de cenário de pior caso (worst case scenario). Nessa fase, a exposição geralmente é superestimada, ou seja, toma-se por base a dose máxima aplicada e considera-se que a substância não sofrerá a influência dos fatores ambientais. Por esse mesmo motivo, se a Fase 1 não indicar risco, pode-se considerar que o risco é baixo ou aceitável. Entretanto, com base na mesma premissa, a indicação de risco na Fase 1 não necessariamente significa que esse risco exista. A Fase 1 indica apenas potencial risco, e não se pode afirmar, com base apenas nessa fase, que há risco, pois vários fatores que influenciam o comportamento da substância foram

A fase 2[114] é a fase de refinamento da exposição para as abelhas, com cenários mais realístico, no qual se questiona o que, onde e quão grande é o risco.

Já a fase 3[115] é a fase de refinamento dos efeitos para as abelhas, que é a mais próxima do ambiente realista, feito em semicampo ou campo, se avaliando os efeitos nas colônias e não mais em uma única espécie.

E por fim a fase 4, a fase em que caso ainda o risco não tenha sido descartado em outras fases, se faz necessário em um estudo de campo para monitoramento[116].

A avaliação seguirá como ferramenta básica necessária para implementar a avaliação de exposição e dos efeitos: modelos como o de estimativa de concentração do agrotóxico no ambiente e exame de potenciais efeitos adversos para as espécies ecológicas expostas e usará também bases de dados, como estudos ecotoxicológicos, dados climáticos, dados de solo, entre outros.

A avaliação é dividida em etapas e a primeira etapa é o planejamento, com a definição dos objetivos de proteção, objetivos da avaliação de risco, o foco, tempo

---

propositadamente desconsiderados. Portanto, a Fase 1 pode descartar um risco com segurança, mas não pode afirmar, com precisão, que o risco existe. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 21.

[113] **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 21.

[114] Conforme a avaliação de risco vai sendo refinada, ou seja, mais variáveis vão sendo contabilizadas, a caracterização da exposição e dos efeitos vai se tornando mais complexa, por serem acrescentadas à análise uma série de variáveis que não podem mais ser estritamente controladas, o que dificulta a ligação de determinado efeito à ação da substância ou produto testado. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 21.

[115] Nas etapas mais avançadas, há necessidade de mudar o foco da avaliação dos efeitos do nível individual para o de colônia, e o foco da avaliação da exposição deve ser redirecionado para a obtenção de valores medidos em condições de campo. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 21.

[116] Embora haja relativa padronização e orientações disponíveis para estudos de semicampo, estudos de campo são menos definidos e devem ser requisitados caso a caso, a depender da natureza das incertezas. Pela complexidade e especificidade deste tipo de estudo, seu desenho também deve ser feito caso a caso, visando sempre elucidar as perguntas em aberto e produzir um resultado que possa ser útil para a tomada de decisão. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 47.

da avaliação, recurso financeiro e técnico, identificação de necessidades de pesquisa e coleta de dados.

A segunda etapa é a formulação do problema, se definindo qual é o problema e um plano de avaliação. Posteriormente, a caracterização da exposição, que se questiona, por exemplo, se existe contato, quanto de contato e a concentração ambiental estimada.

Depois vem a caracterização de efeitos que avalia as relações dose-resposta ou evidências de que a exposição ao agrotóxico com seus componentes causa uma resposta, podendo ser baseada em informações baseadas em uma única ou testes de toxidade ou estudo de campo.

E então a caracterização do risco, que é a penúltima etapa da avaliação de risco ambiental, assimila as análises da caracterização da exposição e dos efeitos, descrevendo as incertezas, as premissas, as forças e as limitações da análise. E fornece uma conclusão geral sobre o risco, que pode ser usada pelos gestores para a tomada de decisão.

A última etapa é o gerenciamento do risco e, segundo a Coordenadora do CCONP, é uma etapa muito mais ampla, porque todas as análises e caracterizações faladas anteriormente são considerações técnicas com base em estudos, com um rito, mas, no gerenciamento entram outros fatores externos, como os fatores sociais, os fatores científicos, os fatores políticos, os fatores tecnológicos ou os fatores econômicos. Todos esses fatores podem serem levados em consideração e influenciarem na decisão.

Existe o questionamento se o Ibama prevê o gerenciamento de risco, se ele é aceitável, e a resposta está na própria Instrução Normativa ao se definir risco aceitável, já que o próprio conceito deixa claro a intenção de se levar em consideração os fatores externos citados, entretanto, respeitando o todo das análises técnicas e das etapas anteriores.

A parte mais relevante das etapas é saber que elas não possuem uma regra de ordem, podendo se voltar etapas caso se entenda que é necessário.

Passado o resumo da base teórica da Avaliação de Risco Ambiental, pode-se agora falar sobre a Avaliação em si. O ponto principal é a definição de objetivos de proteção, já que as fases da avaliação já foram explicadas.

Os objetivos de proteção se dividem em objetivos de proteção gerais (OPGs) e em objetivos de proteção específicos (OPEs), conforme será explicado a seguir.

Então, "os objetivos de proteção gerais (OPGs) constituem o que se pretende proteger quando é avaliado o uso de um agrotóxico no meio ambiente e sua definição é uma etapa crítica na avaliação de risco ambiental.[117]", ou seja, o objetivo está na já citada fase de planejamento na qual se faz a formulação do problema. Entretanto, os objetivos nesta fase ainda são genéricos e abrangentes.

Já em relação aos objetivos de proteção específicos (OPEs) cabe ser mais precisos no que pretendem proteger, "sendo mais diretamente ligados aos procedimentos de avaliação de risco.[118]"

Exemplos de elementos considerados como objetivo de proteção geral para a Avaliação de Risco Ambiental são as normas de matéria ambiental. A começar pela Lei Maior, que conforme foi visto no capítulo anterior, o artigo 225 prevê o equilíbrio ambiental.

Especificamente, por ser uma avaliação sobre o uso do agrotóxico no meio ambiente, o equilíbrio ambiental tem que acontecer nesse quesito. Sendo uma obrigação estar atento à proteção ao ecossistema, garantindo-se que o risco seja tolerável.

---

[117] **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 23.

[118] **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 23.

O Grupo Técnico de Trabalho para Avaliação de Risco para Abelhas se fundamentou em legislações ambientais federais e concluiu que:

> (...) a conservação da biodiversidade, a manutenção da função dos ecossistemas e seus processos ecológicos e a garantia dos serviços ambientais mantidos pela biodiversidade são objetivos gerais a serem perseguidos por ocasião da avaliação de risco ambiental do uso de produtos agrotóxicos no meio ambiente. Esses objetivos independem de qual organismo está sendo utilizado como indicador na avaliação de risco, ou seja, referem-se ao processo de avaliação de risco como um todo[119].”

Como se esclareceu, esses objetivos independem do organismo utilizado como indicador, portanto, é um objetivo geral. Ainda,

> Para enfocar especificamente a proteção de polinizadores, partiu-se do que foi depreendido do levantamento da legislação ambiental brasileira, e, adicionando o conceito de serviço ecossistêmico, foram propostos os seguintes OPGs:
>
> 1) proteger os polinizadores e sua biodiversidade;
>
> 2) garantir os serviços ecossistêmicos fornecidos por eles, incluindo o serviço de polinização, a produção de produtos da colônia (mel, própolis, cera, etc) e a provisão de recursos genéticos.

Então, um exemplo é o requisito legal de se manter os serviços de polinização e seu Objetivo de Proteção Específica é que os efeitos não devem comprometer a viabilidade da colônia, portanto a magnitude de efeito aceitável é de até 20% de redução estatisticamente detectável em todos os atributos quando comparado ao controle[120].

De uma maneira ampla, a Instrução Normativa nº 02/2017 é a aplicação do cuidado com o ecossistema que a Constituição previu em seu capítulo VI de meio ambiente. Para tanto, quando se define o risco e se determina o risco aceitável, nada mais é que a aplicação do princípio da capacidade de suporte.

---

[119] **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018. p 23.

[120] **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018 . p 24.

Afinal, o registro e a reavaliação do registro de agrotóxicos e seus componentes devem passar por um processo inicial de planejamento e formulação de problema, que precisam estabelecer os critérios com fundamento na capacidade de suporte do meio ambiente ao recebimento de agrotóxico. Neste caso, é a capacidade de suporte sob as abelhas como organismos não-alvo do efeito do agente estressor.

Portanto, a avaliação visa a proteção da biodiversidade, preservando a diversidade do patrimônio genético do País e vedando as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e que provoquem a extinção de espécies, conforme o artigo 225 da CF.

Estabelecendo assim o desenvolvimento sustentável, já que como citado no capítulo 2, o princípio do desenvolvimento sustentável é interdependente do princípio da capacidade de suporte, para se evitar o desgaste desmedido do ecossistema e assim gerar impactos prejudiciais para a atual população e também a futura geração.

A regulação da Instrução Normativa nº 02/2017 é o começo de futuros estudos com organismos não-alvos. Fora anunciado no Seminário que o Ibama, com o embasamento da Avaliação de Risco Ambiental para Abelhas, está dando andamento a novos projetos que buscam os estudos de Avaliação de Risco Ambiental para outros organismos não-alvos, como o de animais aquáticos.

Desse modo, ao se entender a funcionalidade da avaliação de risco e sua complexidade, se pode concluir que a avaliação busca o benefício ecológico de forma que se gere menores impactos possíveis, respeitando o risco tolerável, ou seja, a capacidade de se tolerar o risco sem prejudicar o direito difuso de meio ambiente saudável. Então, quando se pensa em um contexto constitucional, a Instrução Normativa vem como um controle de substância que podem ser prejudiciais ao equilíbrio ecossistêmico, cabendo ao Ibama determinar a influência do produto nas abelhas.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho em seu capítulo inicial traz dados que mostram o valor dos agentes polinizadores, especificamente as abelhas, para o meio ambiente. Sendo responsáveis por mais de 70% da polinização, elas beneficiam uma a variedade de plantas e possuem uma função insubstituível no ecossistema. Por meio da polinização, garante-se o equilíbrio ecossistêmico com sua função de manutenção, além de ser essencial para o fornecimento de alimento para os indivíduos.

Contudo, os polinizadores têm entrado em declínio. Os estudos na área apontam muitas motivações para tal ocorrência, entretanto, dentre as motivações fundamentadas em pesquisas científicas, foi escolhido neste trabalho um único foco como objeto de estudo: a influência do agrotóxico no declínio das abelhas.

Por o Brasil ser um país com a maior taxa de uso de agrotóxico, pode-se questionar as consequências desse dado no meio ambiente, na saúde humana, na qualidade de vida e no risco que corremos.

Para tanto, a legislação brasileira regulou o uso do agrotóxico por meio da Lei Federal nº 7.802/1989 e o Decreto nº 4.074/2002. Porém, tais normas nada mais são do que o cumprimento do que o artigo 225 da Constituição determina.

A Constituição é o nosso maior apoio para proteção do bem jurídico meio ambiente, principalmente para respaldo do controle do uso de agrotóxico no Brasil em um meio em que a indústria do agroquímico é tão forte e possui tanto controle centralizado em multinacionais específicas.

Portanto, não se pode deixar que as normas responsáveis pela a regulação e fiscalização sejam genéricas permitindo que assim empresas produzam agrotóxicos com componentes químicos que vão impactar por gerações o meio ambiente.

Por isso a importância do Ibama em exercer seu papel de órgão regulador do agrotóxico na esfera ambiental. Ao se estabelecer uma Instrução Normativa, como a nº 02/2017, pode-se afirmar o avanço normativo que tal Instrução significa.

O estabelecimento de proteção as abelhas é um reflexo do reconhecimento da sua importância na integração ecossistêmica, que é um fator de influência para a qualidade de vida humana.

Entretanto, de forma opinativa, apesar de ainda não se poder concluir sobre a efetividade da Instrução, visto que é uma norma muito recente, acredito que ela viabiliza o desenvolvimento sustentável por meio do princípio da capacidade de suporte. Sendo uma norma de equilíbrio ao se estipular e permitir o risco razoável, mas colocando o meio ambiente como uma prioridade a ser protegida.

REFERÊNCIAS

1988, Constituição do Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

22° CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 2017, São Paulo. **Direito e Sustentabilidade na Era do Antropoceno:** retrocesso ambiental, balanço e perspectiva. São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2017. 953 p. Disponível em:<http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170918100103_4792.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

A.B.E.L.H.A. (Org.). **Agricultura e Polinizadores.** São Paulo: Associação Brasileira de Estudos das Abelhas - A.b.e.l.h.a., 2015. Disponível em: <http://abelha.org.br/publicacoes/ebooks/Agricultura-e-Polinizacao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

ALMEIDA, Daniela de et al. **Série Produtor Rural:** Plantas visitadas por abelhas e polinização. Piracicaba: Escola Superior de Agricultura "Luiz de Queiroz", 2003. Disponível em: <http://www.semabelhasemalimento.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Plantas-da-Flora-Apicola-ESALQ.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

AMARO, Pedro; GODINHO, Joana. Pesticidas e Abelhas. **Revista de Ciências Agrárias,** Dois Vizinhos, v. 35, n. 2, p.53-62, mar. 2012.

ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Serviços ecossistêmicos e sua importância para o sistema econômico e bem-estar humano. **Instituto de Economia/unicamp**, Campinas, v. 155, p.1-45, fev. 2009. Disponível em: <http://www.avesmarinhas.com.br/Serviços ecossistêmicos e sua importância econômica.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Anvisa. **Relatório de atividades 2012:** Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Brasília: Anvisa, 2012. 104 p. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/281258/2742545/Relatório+de+atividades+2012.pdf/9e496d4d-7d1e-4541-a710-43633093a11d>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Anvisa. **Seminário volta a discutir mercado de agrotóxicos em 2012.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=/asset_publisher/view_content&_101_assetEntryId=2665456&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=seminario-volta-a-discutir-mercado-de-agrotoxicos-em-2012&inheritRedirect=true>. Acesso em: 25 out. 2017.

APIÁRIO CENTRAL. **As Abelhas Solitárias.** Disponível em: <http://www.apiario.ufv.br/abelhasolitarias.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

AS ABELHAS solitárias. Disponível em: <http://www.apiario.ufv.br/abelhasolitarias.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; LEITE, Jose Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CEDRAZ, Aroldo et al. O papel do TCU no controle da gestão ambiental federal. In: 18° CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 18., 2013, São Paulo. **Conferencistas e teses de profissionais.** São Paulo: Instituto Por Um Planeta Verde, 2013. p. 40 - 59. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131201044633_7701.pdf>.Acesso em: 15 nov. 2017.

CHAM, Karina de Oliveira et al. **Manual de Avaliação de Risco Ambiental de Agrotóxicos para Abelhas.** Brasília: Ibama, 2017. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/2017-07-25-Manual-IBAMA-ARA-Abelhas-IN0217-WEB.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

CHAVES, Flávia Guimarães; ALVES, Maria Alice S. TEORIA DO FORRAGEAMENTO ÓTIMO: PREMISSAS E CRÍTICAS EM ESTUDOS COM AVES. **Oecologia Australis**, [s.l.], v. 14, n. 02, p.369-380, 30 jun. 2010. Oecologia Australis. http://dx.doi.org/10.4257/oeco.2010.1402.03.

CONTE, Ana Carolina Papacosta; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Registro de agrotóxicos e controle social.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2001. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-1-2013-outubro-dezembro-de-2001/registro-de-agrotoxicos-e-controle-social/at_download/file.>. Acesso em: 10 nov. 2017.

FERNANDO FERREIRA CARNEIRO. Associação Brasileira de Saúde Coletiva - Abrasco (Org.). **Dossiê ABRASCO:** Um alerta sobre os impactos doa agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro/ São Paulo: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, 2015. Disponível em: <http://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. **Uma Análise Do Procedimento Do Registro De Agrotóxicos Como Forma De Assegurar O Direito Fundamental Ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Na Sociedade De Risco.** 2009. 126 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131127220036_4050.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva Jus, 2017.

FRANCO, Caroline da Rocha; PELAEZ, Victor. Antecedentes da Lei Federal de Agrotóxicos (7.802/1989): o protagonismo do movimento ambientalista no Rio Grande do Sul. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, [s.l.], v. 41, p.40-56, 30 ago. 2017. Universidade Federal do Parana. http://dx.doi.org/10.5380/dma.v41i0.48856. Disponível em:<http://revistas.ufpr.br/made/article/view/48856/33402>. Acesso em: 27 out. 2017.

FREITAS, Breno Magalhães; IMPERATRIZ-FONSECA, Vera Lúcia. A importância econômica da polinização. **Mensagem Doce**, São Paulo, v. 80, p.44-46, 2005. Disponível em: <http://files.cesaiifce.webnode.com.br/200000010-f39c7f3f5a/A importância econômica da polinização.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

GALLO, Domingos et al. **Entomologia Agrícola.** Piracicaba: Fundação de Estudos Agrários Luiz de Queiroz, 2002. 469 p. Disponível em: <https://ocondedemontecristo.files.wordpress.com/2013/07/livro-entomologia-agrc3adcola-_jonathans.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

GARCIA, Eduardo Garcia; BUSSACOS, Marco Antônio; FISCHER, Frida Marina. Impacto da legislação no registro de agrotóxicos de maior toxicidade no

Brasil. **Revista de Saúde Pública**, [s.l.], v. 39, n. 5, p.832-839, out. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102005000500020>. Acesso em: 27 out. 2017.

GLOBO. **Pesticidas agrícolas matam abelhas e prejudicam polinização, diz estudo.** Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2012/10/pesticidas-agricolas-matam-abelhas-e-prejudicam-polinizacao-diz-estudo.html>. Acesso em: 01 nov. 2017.

Grupo de Estudos Sobre Abelhas. **As abelhas sem ferrão são parte da nossa cultura.** Disponível em: <http://www.ufac.br/ppgespa/polen/asf.html>. Acesso em: 15 out. 2017.

HELÔ D'ANGELO. Revista Exame. **Abelhas entram para a lista de espécies em extinção.** 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/abelhas-entram-para-a-lista-de-especies-em-extincao/>. Acesso em: 3 nov. 2017.

HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Vocação de diálogo do artigo 225 da Constituição Federal no conflito ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p.213-243, jun. 2012. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/241/216>. Acesso em: 05 out. 2017.

IBAMA. **Ibama aumenta proteção a abelhas com nova norma sobre avaliação de agrotóxicos.** 2017. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1012>. Acesso em: 27 nov. 2017.

II ENCUENTRO COLOMBIANO SOBRE ABEJA SILVESTRES, 2., 2004, Bogotá D.C. **As abelhas e as iniciativas internacionais de polinizadores.** Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colômbia, 2004. 156 p. Disponível em: <http://www.ciencias.unal.edu.co/unciencias/data-file/biologia/labun/memorias/Memorias_II_encuentro.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

IMPERATRIZ-FONSECA, Vera Lúcia; CONTRERA, Felipe Andrés León; KLEINERT, Astrid Matos Peixoto. A meliponicultura e a iniciativa brasileira dos polinizadores. In: XV CONGRESSO BRASILEIRO DE APICULTURA E 1° CONGRESSO BRASILEIRO DE MELIPONICULTURA, 2004, Natal/RN. **Trabalho.** São Paulo: S.l, 2004. p. 1 - 7. Disponível em: <http://www.webbee.org.br/conf_melipo_inc_bras_polin.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

IMPERATRIZ-FONSECA, Vera Lucia; NUNES-SILVA, Patrícia. As abelhas, os serviços ecossistêmicos e o Código Florestal Brasileiro. **Biota Neotropica,** São Paulo, v. 10, n. 4, p.59-62, out. 2010.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Sustentabilidade Ambiental no Brasil:** biodiversidade, economia e bem-estar humano. Brasília: Ipea, 2010. 624 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro07_sustentabilidadeambienta.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

JACQUES, Antoine et al. A pan-European epidemiological study reveals honey bee colony survival depends on beekeeper education and disease control. **Plos One**, [s.l.], v. 12, n. 3, p.0-0, 9 mar. 2017. Public Library of Science (PLoS). http://dx.doi.org/10.1371/journal.pone.0172591. Disponível em: <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0172591>. Acesso em: 18 nov. 2017.

JUNQUEIRA, Nilton Tadeu V. et al. **A importância da polinização manual para aumentar a produtividade do maracujazeiro.** Planaltina, DF: Embrapa Cerrados, 2001. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/567146/a-importancia-da-polinizacao-manual-para-aumentar-a-produtividade-do-maracujazeiro>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Karina Cham. **Seminário Interpretação da Instrução Normativa Ibama nº 02/2017:** Brasília: Ibama, 2017. Color. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/agrotoxicos/reavaliacao-ambiental/2017/02-introducao-ARA-abelhas.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

LIMA, Angelo Moreira da Costa. **Insetos do Brasil:** HIMENÓPTEROS. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Agronomia, 1962. 389 p. Disponível em: <http://www.ufrrj.br/institutos/ib/ento/tomo12.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil:** Um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: As-pta, 2011. 191 p. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:E5JDjCPWAgQJ:https://www.passeidireto.com/arquivo/21311742/agrotoxicos-no-brasil---um-guia-para-acao-em-defesa-da-vida/21+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> . Acesso em: 20 nov. 2017.

MARQUES, Marcelita França et al. **Polinizadores na Agricultura:** Ênfase em abelhas. Rio de Janeiro: Funbio, 2015. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/publicacoes/biodiversidade/category/57-polinizadores?download=1232:polinizadores-na-agricultura-ênfase-em-abelhas> . Acesso em: 20 out. 2017.

MARTINS, Celso Feitosa; ZANELLA, Fernando César Vieira; SCHLINDWEIN, Clemens. Polinização do algodeiro (Gossypium hirsutum). In: III SEMANA DOS POLINIZADORES, 2010, Juazeiro, BA. **Anais...** Petrolina, PE: Embrapa Semiárido, 2012. p. 81 - 92. Disponível em: <http://www.cpatsa.embrapa.br:8080/public_eletronica/downloads/SDC249.pdf> . Acesso em: 15 nov. 2017.

Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento. **Agropecuária puxa economia brasileira.** Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/noticias/agropecuaria-puxa-economia-brasileira>. Acesso em: 01 jun. 2017.

Ministério do Meio Ambiente. **Agrotóxicos.** Disponível em: <http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/agrotoxicos> . Acesso em: 13 dez. 2017.

NUNES, Cleucio Santos. **Direito Tributário e Meio Ambiente.** Rio de Janeiro: Dialética, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Humans must change behaviour to save bees, vital for food production – UN report.** Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2011/03/368622-humans-must-change-behaviour-save-bees-vital-food-production-un-report#.Wfm1roFSzrc>. . Acesso em: 01 nov. 2017.

PAULA SPERB. BBC Brasil. **Agrotóxicos, depressão e dívidas criam 'bomba-relógio' de suicídios no RS.** 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37491144>. Acesso em: 17 nov. 2017.

PEREIRA, Fábia de Mello et al. **ASPECTOS MORFOLÓGICOS DAS ABELHAS Apis mellifera.** Disponível em: <https://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/territorio_sisal/arvore/CONT000fckg3dhb02wx5eo0a2ndxytqx96jy.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

PIRES, Carmen Sílvia Soares et al. Enfraquecimento e perda de colônias de abelhas no Brasil: há casos de CCD?. **Pesquisa Agropecuária Brasileira**, [s.l.], v. 51, n. 5, p.422-442, maio 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pab/v51n5/1678-3921-pab-51-05-00422.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

PIRES, José Salatiel Rodrigues; SANTOS, José Eduardo dos. Bacias Hidrográficas Integração entre meio ambiente e desenvolvimento. **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 110, p.40-45, maio 1995.

POTTS, Simon G. et al. Global pollinator declines: trends, impacts and drivers. **Trends In Ecology & Evolution**, [s.l.], v. 25, n. 6, p.345-353, jun. 2010.

Disponível em: <https://ac.els-cdn.com/S0169534710000364/1-s2.0-S0169534710000364-main.pdf?_tid=97e09405-0b20-42b2-8aa5-b02af1581ad2&acdnat=1521500434_cc84a5d7d417252e498904ef9a28aef1>. Acesso em: 10 out. 2017.

REYES TIRADO (Inglaterra). Greenpeace. **Bees in decline:** A review of factors that put pollinators and agriculture in Europe at risk. Exeter: Greenpeace, 2013. Disponível em: <http://sos-bees.org/wp-content/uploads/2014/04/BeesInDecline.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

RIGO, Karina Borges; RECH, Adir Ubaldo. **O DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO NÃO-RETROCESSO ECOLÓGICO:** UMA QUESTÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA. S.l: S.l, [2014]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ba01f7779044c1ca>. Acesso em: 20 nov. 2017.

RIZZARDO, Rômulo Augusto Guedes. **A abelha melífera africanizada (Apis mellifera L.) na polinização e produção de óleo das sementes do pinhão-manso (jatropha curcas L.).** 2012. 109 f. Tese (Doutorado) - Curso de Zootecnia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/17079/1/2012_tese_ragrizzardo.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SADAVA, David et al. **Vida:** A Ciência da Biologia. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

SANTOS, Isabela Alves dos. A vida de uma abelha solitária. **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, v. 179, p.60-62, jan. 2002. Disponível em: <http://eco.ib.usp.br/beelab/solitarias.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

SILVA, Cláudia Inês da et al. **Guia Ilustrado de Abelhas Polinizadoras no Brasil.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.semabelhasemalimento.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Guia_abelhas-polinizadoras_02_junho_2014-1_web.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

SILVA, Ivan Luiz da. Introdução aos princípios jurídicos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 160, p.269-289, out. 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/918/R160-19.pdf?sequence=4>. Acesso em: 20 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

State of Hawaii. **Yellow-Faced Bee Survey Project.** Disponível em: <http://dlnr.hawaii.gov/ecosystems/hip/projects/yellow-faced-bee/>. Acesso em: 3 nov. 2017.

TERRA, Fábio Henrique Bittes; PELAEZ, Victor. A história da indústria de agrotóxicos no Brasil: das primeiras fábricas na década de 1940 aos anos 2000. In: 47° CONGRESSO - DESENVOLVIMENTO RURAL E SISTEMAS AGROALIMENTARES: OS AGRONEGÓCIOS NO CONTEXTO DE INTEGRAÇÃO DAS NAÇÕES, 47., 2009, Porto Alegre. **Anais... .** Porto Alegre: Sober, 2009. p. 1 - 21. Disponível em: <http://www.sober.org.br/palestra/13/43.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2017.

VANENGELSDORP, Dennis et al. Colony Collapse Disorder: A Descriptive Study. **Plos One**, [s.l.], v. 4, n. 8, p.6481-6481, 3 ago. 2009. Disponível em: <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0006481>. Acesso em: 18 nov. 2017.

VIANA, Blandina Felipe et al. Biodiversidade e suas aplicações: parcerias entre Brasil e Canadá, resultados e perspectivas futuras. **Interfaces Brasil/ Canadá**, Florianópolis, p.197-210, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/interfaces/article/view/7034/4860>. Acesso em: 10 out. 2017.

VIEIRA, Milene Faria; FONSECA, Rúbia Santos. **Biologia Reprodutiva em Angiosperma:** Síndromes Florais, polinização e sistemas reprodutivos sexuados. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2014. 34 p. Disponível em: <https://www2.cead.ufv.br/serieconhecimento/wp-content/uploads/2015/05/biologia-reprodutiva.pd. Acesso em: 20 out. 2017.

VIEIRA, Patrícia Fernanda da Silva Pereira et al. Valor econômico da polinização por abelhas mamangavas no cultivo do maracujá-amarelo. **Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, Rio de Janeiro, v. 15, p.43-53, jul. 2010. Disponível em: <https://ddd.uab.cat/pub/revibec/revibec_a2010v15/revibec_a2010v15p43.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS NA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS: O EXEMPLO DO PROGRAMA PRODUTOR DE ÁGUA NA BACIA DO RIBEIRÃO PIPIRIPAU

Luiza Parro Nolêto

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a política de pagamentos por serviços ambientais - PSA na gestão dos recursos hídricos. A sociedade, de um modo geral, vem reconhecendo que a ausência de preservação dos ecossistemas traz grandes prejuízos para a vida humana, pois interfere na capacidade que a natureza tem de prover os serviços ecossistêmicos. A água é um elemento natural provido pelos serviços ecossistêmicos e, para continuar existindo com qualidade, depende de ações humanas que protejam os mananciais e as matas ripárias. Essas ações são chamadas de serviços ambientais e quem as pratica deve ser retribuído pelas pessoas que se beneficiam com os serviços ecossistêmicos providos pelo meio ambiente preservado. Diante da crise de água que atingiu a capital do país, foram necessários estudos sobre quais medidas poderiam ser tomadas no combate à escassez desse recurso. Uma medida possível é a utilização do instituto do PSA, o qual consiste em um instrumento econômico capaz de enfrentar atividades que não contribuam para a preservação dos corpos hídricos. Nesse sentido, esta monografia traz o porquê que o direito deve tutelar o meio ambiente e como ele pode fazer isso por meio da implementação de políticas que usem esse instrumento, especialmente no que tange aos recursos hídricos. Para exemplificar, este trabalho aborda o Programa Produtor de Água que está sendo desenvolvido na bacia do Ribeirão Pipiripau desde 2012.

Palavras-chave: Água. Serviços ecossistêmicos. Pagamento por serviços ambientais.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade tem sofrido cada vez mais com a degradação do meio ambiente, em decorrência de ações antrópicas que não levam em consideração o impacto que será causado na natureza e a consequente diminuição da capacidade que ela tem de fornecer determinados serviços. Um dos grandes efeitos dessas ações foi a crise hídrica que atingiu a capital do país em 2017 e despertou maiores debates sobre o assunto.

Devido ao fato da natureza prestar os serviços ecossistêmicos de forma silenciosa, a sociedade não tem consciência da sua dependência em relação à provisão desses serviços e, por isso, cabe ao direito garantir as medidas jurídicas necessárias para incentivar a preservação do meio ambiente e garantir os direitos fundamentais à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Frente às consequências da degradação ambiental, o tema escolhido para a elaboração desta monografia foi a política de pagamento por serviços ambientais - PSA, a qual é baseada em um instrumento econômico e tem o escopo de incentivar condutas ambientalmente sustentáveis. Como exemplo, foi escolhido o Projeto Produtor de Água que está sendo desenvolvido na bacia do Ribeirão Pipiripau no Distrito Federal.

O presente trabalho concentrou-se na efetividade do instrumento de pagamento por serviços ambientais, o qual ainda não é definido por nenhuma lei federal. Todavia, já existem muitos em prática no Brasil e no mundo. Muitos deles têm o objetivo de incentivar a preservação de diferentes recursos naturais, assim esta monografia se limitou na utilização desse instrumento para proteção de mananciais de água.

Recentemente, um problema enfrentado por muitos moradores de Brasília foi a falta de água. O uso desse recurso para as diversas finalidades do dia a dia do ser humano é uma preocupação atual em todo o mundo, especialmente no Brasil, que é um país rico em corpos hídricos, mas com uma má distribuição por seu território.

Por isso, esta pesquisa propôs analisar uma das alternativas que o direito tem de enfrentar as práticas que influenciam negativamente a existência dos corpos hídricos: a utilização do PSA na gestão da água.

De acordo com esse instrumento, quem se beneficia de serviços ecossistêmicos deve pagar a quem preservou o meio ambiente e garantiu que eles fossem providos. Assim, o objetivo desta pesquisa foi mostrar porque o direito deve proteger a natureza, como o ordenamento jurídico brasileiro tutela o meio ambiente, especialmente os corpos hídricos, conceituar o PSA e trazer o que é necessário para a sua existência, discutir se o PSA deve incluir ou não as áreas de proteção permanente e de reserva legal e trazer como exemplo o Programa Produtor de Água na bacia do Pipiripau.

A pesquisa se inicia com a conceituação de ecossistemas, serviços ambientais e serviços ecossistêmicos e estabelece a ligação deles com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em seguida, aborda o direito fundamental ao acesso à água, explica a sua tutela pela Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei 9.433, de 1997, esclarece a sua relação com a existência das matas ciliares e traz hipóteses do que pode ter contribuído para a crise de água no DF.

Na sequência, este trabalho traz os princípios que fundamentam o pagamento por serviços ambientais, conceitua instrumentos de comando e controle, de persuasão e os econômicos, além de explorar as discussões em torno dos PSA, como os seus elementos, seus escopos e a visão econômica por trás dele.

Por fim, com o fito de exemplificar a ideia do pagamento por serviços ambientais, esta monografia expõe a prática do Programa Produtor de Água, com o objetivo de demonstrar como o projeto está sendo desenvolvido e se ele pode ser reproduzido em outras áreas, para auxiliar na preservação dos corpos hídricos, na qualidade da água e na gestão desse recurso.

2 OS SERVIÇOS ECOSSISTÊMICOS E A ÁGUA

O meio ambiente deve ser valorizado pela sociedade, para que os seres vivos não continuem sofrendo com a sua degradação. Inicialmente, o meio ambiente foi reconhecido como uma fonte de recursos naturais, os quais entendiam-se inesgotáveis e por isso podiam ser utilizados de forma displicente pelo ser humano. Porém, nos últimos séculos, foi possível perceber que esse pensamento tem gerado prejuízos para o meio ambiente e para os seres humanos, pois a capacidade de a natureza prover certos serviços fundamentais está diminuindo.[1]

Pelo fato desses serviços serem prestados de forma silenciosa, parte da sociedade não os valoriza e é nesse ponto que está o problema: para continuar existindo vida e ser possível o desenvolvimento econômico, é necessário a prestação desses serviços ecossistêmicos.[2] Entretanto, a natureza não os tem provido da mesma forma, como consequência das atividades degradadoras praticadas pelo ser humano.[3]

Como resultado da diminuição dos serviços ecossistêmicos, grandes cidades brasileiras foram atingidas pela falta de água, o que provocou debates sobre o tema e teve o racionamento como consequência. Devido à essa situação, a sociedade brasileira vem reconhecendo a importância dos serviços ecossistêmicos e a finitude dos recursos hídricos. [4]

---

[1] ALTMANN, Alexandre. *Princípio do Preservador-Recebedor:* Contribuições para a consolidação de um novo princípio de Direito Ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. Disponível em: < http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf >. Acesso em: 15 abr. 2017.

[2] ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. *Capital natural, serviços ecossistêmicos e sistema econômico:* rumo a uma "Economia dos Ecossistemas". Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/228460289_Capital_natural_servicos_ ecossistemicos_e_sistema_economico_rumo_a_uma_Economia_dos_Ecossistemas >. Acesso em 11 jun. 2017.

[3] Ibidem.

[4] SILVA, Deise Marcelino; DUARTE, Myllena Gonçalves. *A tríade principiológica atinente à gestão sustentável da água potável*. Disponível em: < http://smg.edu.br/revista/index.php/smg/article/view/8 >. Acesso em: 13 abr. 2017.

A valorização desses serviços tem relação com o direito pelo fato dele garantir medidas jurídicas que acabem ou diminuam com a degradação do meio ambiente e incentivem práticas voltadas para a sua preservação.[5] Para entender isso, é necessário compreender o que a natureza fornece para o ser humano e porque ela deve ser tutelada.

2.1 Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os serviços ecossistêmicos

A Constituição Federal assegura o direito fundamental à vida, que abrange condições adequadas para o bem-estar e para o desenvolvimento humano.[6] Para resguardar esse direito, a Carta Magna também prevê o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois através da qualidade desse, protege-se a qualidade de vida. A natureza tem elementos indispensáveis à vida humana, os quais fornecem as condições necessárias para que seja viável a existência dos seres vivos. Se o meio ambiente estiver equilibrado, consequentemente trará maiores benefícios para a espécie humana.[7]

O artigo 225 do texto constitucional prevê que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".[8] Ao tutelar esse direito, o constituinte teve o cuidado de frisar que o meio ambiente não deve ser apenas equilibrado, mas, ecologicamente equilibrado. Isso significa dizer que não basta ter uma harmonia nas relações dos elementos naturais. É também necessário

[5] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2013.
[6] Ibidem.
[7] NASCIMENTO, Rafael Rodrigues do. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Disponível em: <https://www.univates.br/graduacao/media//direito/o_direito_ao_meio_ambiente_ecologicamente_equilibrado.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2018.
[8] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2017.

que o meio ambiente não seja poluído, para que, assim, ele tenha as "qualidades mais favoráveis à qualidade de vida".[9]

Dessa forma, o equilíbrio ecológico protegido pela Lei Maior envolve as relações dos elementos que compõem o ecossistema, as quais se alteram de acordo com os fatores que as influenciam, tornando o sistema dinâmico. Para cumprir o que está previsto na Constituição Federal, o ser humano deve explorar os recursos naturais sem retirar do meio ambiente os elementos essenciais para o seu funcionamento, pois isso traria primeiro o seu desequilíbrio e depois, o seu esgotamento. O objetivo do constituinte foi proteger o meio ambiente de uma forma que as relações entre os seres vivos e entre eles e o meio sempre permaneçam.[10]

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido pela primeira vez na Declaração de Estocolmo, fruto da Conferência das Nações Unidas, que ocorreu em Estocolmo, em 1972. Nesse evento, foi proclamado que só seria possível o ser humano gozar de todos os direitos fundamentais, se o meio em que ele estiver inserido lhe desse sustento material e possibilitasse o seu desenvolvimento de forma espiritual, intelectual e moral. Porém, o meio só poderá fornecer isso, se estiver em equilíbrio, por isso há a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.[11]

Para alcançar esse equilíbrio ecológico tutelado pela Constituição Federal, é necessária a conservação dos ecossistemas, pois os serviços essenciais para a existência de vida são providos por eles. Para compreender isso, é preciso adentrar na área da ecologia, ciência que estuda a relação entre os seres vivos e entre eles e o ambiente em que vivem.[12] Em alguns casos, como nos movimentos ambientalistas, a

[9] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2013.
[10] Ibidem.
[11] Ibidem.
[12] GODEFROID, Rodrigo Santiago. *Ecologia de sistemas*. 1 ed. Disponível em: <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788559722215/pages/2>. Acesso em: 30 ago. 2017.

expressão ecologia não é usada para se referir à essa ciência, mas sim, à preservação das interações estudadas por ela.[13]

A Floresta Amazônica, a Mata Atlântica e o Cerrado são exemplos de biomas nacionais, também chamados de macroecossitemas, e são constituídos por inúmeros ecossistemas interligados.[14] Os ecossistemas podem ser marinhos ou terrestres e cada um deles é formado pela interação de espécies que vivem em um local específico. Esses sistemas ecológicos se relacionam e formam processos naturais, como o transporte de matéria e energia.[15]

O ecossistema é tido como um sistema aberto, pois está em constante modificação. Suas funções até podem ser as mesmas, mas sempre há diferentes elementos entrando e saindo dele.[16] Ele é capaz de se autorregular e, de forma natural, sempre buscará o seu equilíbrio. [17]

Essa interação que forma o sistema ecológico acontece entre uma comunidade biótica e os elementos abióticos. [18] Em outras palavras, o ecossistema é formado por uma relação entre os organismos vivos e o ambiente físico em que vivem. Esse meio físico também pode ser chamado de biótopo e é composto por fatores abióticos.[19]

O meio abiótico é composto pela matéria e energia que são utilizadas no sistema. É o ambiente não vivo, como a luz solar e os nutrientes. Já o meio biótico é formado principalmente por três elementos. O primeiro deles, é o indivíduo, que, por ser formado por sistemas orgânicos que não sobrevivem fora dele, é considerado um organismo. O outro componente é a população, a qual é composta por um grupo de indivíduos de uma mesma espécie e que vive em um mesmo local. O último

[13] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
[14] COIMBRA, Ávila. *O outro lado do meio ambiente*. Campinas: Millennium, 2002.
[15] Ibidem.
[16] GODEFROID, op. cit.
[17] COIMBRA, op. cit.
[18] GODEFROID, op. cit.
[19] DAJOZ, Roger. *Princípios de Ecologia*. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

elemento é a comunidade, também chamada de biocenose, a qual é formada por várias populações que vivem em um mesmo habitat. É nesse meio que os produtores, consumidores, predadores e decompositores se enquadram, formando a cadeia alimentar. [20]

De um modo geral, a estrutura de um ecossistema inclui vários aspectos: a matéria orgânica, que é responsável pela interação entre os seres vivos e os elementos não vivos, como por exemplo, os carboidratos, os lipídeos e as proteínas; os elementos bióticos; o clima; o substrato físico e as substâncias inorgânicas, sendo que é dentro desse último aspecto que a água se encaixa, executando o ciclo de matérias em conjunto com outras substâncias. [21]

O ecossistema foi conceituado pela Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica como um "complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de micro-organismos e o seu meio inorgânico que interagem como uma unidade funcional".[22] Como resultado dessas complexas interações, ocorrem, dentro de cada um dos sistemas ecológicos, inúmeros processos naturais que asseguram a sobrevivência dos seres. [23] Esses processos também geram bens e serviços que suprem necessidades humanas, seja de forma direta ou indireta.[24]

Pode-se entender que cada um desses bens e serviços tem uma função diferente do sistema ecológico. Quando essas funções são reconhecidas pela sociedade, elas passam a ser chamadas de serviços ecossistêmicos,[25] os quais podem ser conceituados como processos naturais gerados pela natureza e que trazem

[20] GODEFROID, op. cit.
[21] GODEFROID, Rodrigo Santiago. *Ecologia de sistemas*. 1 ed. Disponível em: <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788559722215/pages/2>. Acesso em: 30 ago. 2017.
[22] MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Pagamentos por Serviços Ambientais na Mata Atlântica*: lições aprendidas e desafios. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/202/_arquivos/psa_na_mata_atlantica_licoes_aprendidas_e_desafios_202.pdf >. Acesso em: 30 ago. 2017.
[23] COIMBRA, Ávila. *O outro lado do meio ambiente*. Campinas: Millennium, 2002.
[24] MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, op. cit.
[25] Ibidem.

benefícios para o ser humano.[26] Eles existem quando uma determinada função ambiental apresenta um potencial para ser utilizada para fins humanos. [27]

É relevante destacar que há diferentes definições de serviços ecossistêmicos e de serviços ambientais. Neste trabalho será adotado o entendimento que diferencia essas duas expressões, de modo a considerar serviços ecossistêmicos como os benefícios obtidos pelo ser humano dos ecossistemas e da biodiversidade, e serviços ambientais como iniciativas coletivas ou individuais que favorecem a manutenção ou recuperação dos serviços ecossistêmicos.[28]

Em 2005, foi feita uma classificação dos serviços ecossistêmicos, fruto de um estudo realizado por especialistas de vários países, cujo objetivo foi criar um instrumento para auxiliar as decisões que possam causar impacto ao meio ambiente. Para realizar essa pesquisa, foi preciso avaliar as alterações dos ecossistemas, as consequências dessas mudanças na vida do ser humano e quais atitudes poderiam ser tomadas para reverter a situação. Esse instrumento foi chamado de Avaliação Ecossistêmica do Milênio e esses serviços foram classificados em: de provisão, reguladores, culturais e de suporte. [29]

Existem serviços de provisão quando os ecossistemas produzem algum bem ou produto que pode ser utilizado para consumo ou comercialização, como alimento,

---

[26] COSTA, Vanessa Aparecida. *Pagamento de serviços ambientais e o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-013-Artigo_Vanessa_Aparecida_Costa_(Pagamento_de_Servicos_Ambientais_e_o_Principio_Constitucional_do_Desenvolvimento_Sustentavel).pdf.>. Acesso em 11 jun. 2017.

[27] ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. *Capital natural, serviços ecossistêmicos e sistema econômico:* rumo a uma "Economia dos Ecossistemas". Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/228460289_Capital_natural_servicos_ecossistemicos_e_sistema_economico_rumo_a_uma_Economia_dos_Ecossistemas >. Acesso em: 11 jun. 2017.

[28] ALTMANN, Alexandre. *Princípio do Preservador-Recebedor:* Contribuições para a consolidação de um novo princípio de Direito Ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. Disponível em: < http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf >. Acesso em: 15 abr. 2017.

[29] MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. *Guide to the Millennium Assessment Reports*. Disponível em: <http://www.millenniumassessment.org/en/index.html>. Acesso em: 23 ago. 2017.

matéria prima e água. Terá serviço regulador quando os processos naturais gerarem condições ambientais que possibilitem a existência da vida humana e ajudem na estabilidade dos processos ecossistêmicos, como a purificação do ar, as regulações dos ciclos de água e do clima.[30]

Os serviços culturais existem quando os ecossistemas "oferecem benefícios recreacionais, educacionais, estéticos e espirituais". Já os serviços de suporte, como o próprio nome já diz, ocorrem quando determinados serviços dão suporte para que outros serviços existam. Como exemplo, pode-se citar a formação dos solos e a dispersão das sementes. [31]

Assim, é possível perceber o quão dependente o ser humano é dos serviços prestados pela natureza, pois é por meio deles que o homem obtém as condições essenciais para a sua existência e os recursos naturais para melhorar a sua qualidade de vida.

Os recursos ambientais são uma parcela de elementos da natureza que a sociedade confere um valor ou uma utilidade. Esse conceito é cultural e histórico, ou seja, ele varia no tempo e no espaço. Cada sociedade irá determinar o que é recurso, pois, de acordo com a sua cultura e com a forma de relacionamento com o meio ambiente, atribuirá um valor específico para cada elemento que o compõe. Porém, existem alguns elementos que são considerados recursos universais, pois, independentemente do tempo e do espaço, sempre terá um valor conferido a eles, como o caso da água e do ar.[32]

[30] MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Pagamentos por Serviços Ambientais na Mata Atlântica:* lições aprendidas e desafios. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/202/_arquivos/psa_na_mata_atlantica_licoes_aprendidas_e_desafios_202.pdf >. Acesso em: 30 ago. 2017.
[31] Ibidem.
[32] LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

2.2 Direito fundamental ao acesso à água

Parte das regiões brasileiras sofrem com a estiagem há algum tempo, porém, recentemente, a falta de água atingiu grandes cidades do país, o que provocou maiores debates sobre o tema e teve como consequência o racionamento e o rodízio de água.[33] Por causa dessa situação, a sociedade vem reconhecendo que a água de qualidade é um bem finito[34] e que o seu consumo descontrolado, o aumento da poluição, bem como o crescimento populacional estão contribuindo para que ela acabe mais rápido. [35]

A água é uma substância química formada por duas moléculas de hidrogênio e uma de oxigênio, tem a natureza jurídica de recurso natural limitado e possui valor econômico. Pelo fato dela ser encontrada em abundância em todos os seus estados (sólido, líquido e gasoso), acreditava-se tratar de um recurso infinito. Contudo, depois da Revolução Industrial, quando os recursos naturais começaram a ser usados de forma indiscriminada, as populações passaram a perceber a significativa diminuição da qualidade das águas, o que começou a chamar a atenção, já que a poluição passou a colocar em risco a própria vida humana.[36]

Os recursos hídricos integram os ecossistemas e se movimentam por eles de diversas formas, contribuindo para a transformação de energia, através da

[33] Acontece rodízio no abastecimento de água quando determinadas áreas ficam sem abastecimento, enquanto outras são abastecidas. Já o racionamento acontece quando há redução do consumo, como a diminuição da pressão hídrica, e depois a imposição de limites para esse consumo. MARTINEZ, Carlos Barreira. Saiba a diferença entre rodízio e racionamento de água. Jornal Alterosa, 29 jan. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=09hmMXRkRAU>. Acesso em: 07 fev. 2018.

[34] A quantidade de água no planeta é sempre a mesma, o que muda é a forma como ela é encontrada. Assim, é relevante destacar que a escassez de água é referente à água de qualidade, a qual é própria para o consumo humano. LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

[35] SILVA, Deise Marcelino; DUARTE, Myllena Gonçalves. *A tríade principiológica atinente à gestão sustentável da água potável*. Disponível em: < http://smg.edu.br/revista/index.php/smg/article/view/8>. Acesso em: 13 abr. 2017.

[36] GERALDES, André Gustavo de Almeida. *Tutela jurídica dos mananciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

fotossíntese, da evaporação, da transpiração e da precipitação atmosférica.[37] O Planeta Terra é coberto principalmente por água, o problema é que grande parte dessa água é salgada e a maioria das espécies terrestres dependem de água doce. Outra agravante é que da pequena porcentagem de água doce disponível, cerca de 2,5% de toda a água da Terra, grande parte já está poluída ou está em geleiras. Assim, uma quantia muito pequena está em rios e lagos, sendo de acesso fácil e barato para os seres vivos.[38]

Por ser um elemento essencial à vida, o acesso à água é um direito fundamental que está diretamente ligado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois os recursos hídricos só terão boa qualidade se os mananciais estiverem localizados em ambientes conservados e livres de degradação. Esses direitos fundamentais não se confundem, mas eles dependem um do outro, pois também podem existir ecossistemas preservados em que nem todos têm acesso à água de qualidade.[39]

Considerando a importância da água, a Constituição Federal de 1988 a transformou em um bem de domínio público, repartido entre a União e os Estados-membros (art. 20 e 26).[40] Esse domínio não é no sentido previsto pelo Código Civil, de usar, gozar e dispor, mas sim, no sentido de dever-poder de guarda e gestão, ou seja, é uma obrigação de gestão por parte desses Entes. Como todas as águas passaram a ser de domínio público, não existe mais nenhuma água particular. Mesmo as nascentes localizadas em terras privadas são bens públicos.[41]

Apesar de ser um bem de uso comum do povo, a água está sujeita ao poder de polícia, cabendo ao Estado impor regras para sua utilização, com o objetivo de

[37] GODEFROID, Rodrigo Santiago. *Ecologia de sistemas*. 1 ed. Disponível em: <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788559722215/pages/2>. Acesso em: 30 ago. 2017.
[38] LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
[39] Ibidem.
[40] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2017.
[41] LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

garantir sua qualidade e quantidade para toda sociedade. Em relação às águas subterrâneas, a Constituição Federal atribuiu o domínio, exclusivamente, aos Estados-membros, o que pode ser um motivo de conflitos, pois muitos aquíferos são interestaduais. É relevante destacar que a água vai muito além da ideia de bem público, pois, por ser essencial a todos, é um bem difuso.[42]

Regulamentando o inciso XIX, do artigo 21 da Constituição Federal, que preceitua que a União deve " instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso"[43], a Lei 9.433, de 1997, estabeleceu a Política Nacional de Recursos Hídricos, que trouxe como fundamento a gestão integrada e descentralizada desses recursos, a qual deve ter a participação do Poder Público, da sociedade e dos usuários. Segundo essa norma, a gestão será feita por bacia hidrográfica, que é a unidade territorial utilizada para implementação dessa gestão (art. 1º, V). [44]

Os objetivos desse diploma legal estão previstos no artigo 2º e são voltados para o desenvolvimento sustentável, de forma a garantir recursos hídricos de qualidade para as presentes e futuras gerações e prevenir "eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrente do uso inadequado dos recursos naturais", como o caso de enchentes. [45]

Considerando que a água é necessária para muitos usos, como para o consumo, a irrigação, o insumo industrial e a navegação, essa Lei é orientada pelo princípio do uso múltiplo, o qual determina que se não estiver em período de escassez, não se pode privilegiar um uso em detrimento de outro. Isso significa dizer que a água será utilizada para todas suas funções, sem que seja dada preferência para

[42] Ibidem.
[43] BRASIL, op. cit.
[44] GERALDES, André Gustavo de Almeida. *Tutela jurídica dos mananciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
[45] BRASIL. *Lei nº 9433, de 8 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em 16 nov. 2017.

uma delas e desde que o seu uso seja compatível com o seu enquadramento. Entretanto, se a escassez estiver presente, será privilegiado o uso dos recursos hídricos para o consumo humano e para a dessedentação dos animais (art. 1º, III, IV).[46]

Para cumprir os seus objetivos, a Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos traz instrumentos de gestão, isso é, ela prevê mecanismos para controlar e coordenar as bacias hidrográficas. Esses instrumentos são: a outorga dos direitos de uso desse recurso, o enquadramento dos corpos de água, a cobrança pelo seu uso, os Planos de Recursos Hídricos e o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.[47]

A outorga é um ato administrativo que permite o uso da água de um certo corpo hídrico, de acordo com critérios preestabelecidos, com o objetivo de controlar o balanço hídrico.[48] A competência para definir esses critérios é do Conselho Nacional de Recursos Hídricos e a finalidade dessa utilização pode ser para extrair, derivar ou descartar poluentes. Nem todo uso está sujeito à outorga, pois existe o uso insignificante, o qual é definido por cada plano de bacia.[49]

Para orientar a outorga, essa lei também traz como instrumento o enquadramento, feito de acordo com o nível de qualidade da água. A avaliação é feita por trecho do corpo d'água e o enquadramento é feito por classes, avaliando a poluição de cada segmento. Conforme a classe que cada parte se enquadra, será definido que tipo de uso pode ser outorgado nela.[50]

Com a outorga, pode haver a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, com o objetivo de identificar a água como um bem econômico e mostrar ao usuário o seu

[46] GERALDES, André Gustavo de Almeida. *Tutela jurídica dos mananciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
[47] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
[48] Ibidem.
[49] LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
[50] Ibidem.

real valor, incentivando, assim, a racionalização do seu uso e obtendo dinheiro para financiar os programas de intervenção dispostos nos planos de recursos hídricos.[51]

Os planos de recursos hídricos são planos diretores em nível federal, estadual e por bacia, com prazo indeterminado e com revisão periódica, cujo objetivo é fazer um diagnóstico de um corpo d'água e propor projetos de melhoria. O plano nacional é mais principiológico e traz diretrizes gerais para os outros planos.[52]

Já o sistema de informações sobre recursos hídricos é um instrumento que tem como principal objetivo concentrar e divulgar todos os dados e informações sobre a situação dos corpos hídricos, possibilitando o gerenciamento integrado. Esse sistema será alimentado pelos dados gerados por integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.[53]

Todos esses instrumentos previstos na Lei de Águas são voltados para o gerenciamento dos corpos hídricos. O intuito é fazer com que a água seja reconhecida como um bem limitado e assegurar o direito fundamental ao acesso à água de qualidade para as atuais e futuras gerações, permitindo o seu uso múltiplo, de acordo com as disposições legais.[54] Assim, é possível perceber que há previsão de instrumentos de controle do uso dos aquíferos na legislação brasileira, entretanto, esses instrumentos não estão sendo suficientes, e por isso é necessário a utilização de instrumentos econômicos, que é o tema deste trabalho.

Para a conservação dos corpos de água, também é essencial que as matas ripárias sejam preservadas, tendo em vista que, dentre as suas múltiplas funções, se incluem a regulagem do fluxo e vazão de água, a manutenção e qualidade da água e

[51] BRASIL. *Lei nº 9433, de 8 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em 16 nov. 2017.
[52] LEUZINGER, op. cit.
[53] LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
[54] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

a filtragem de substâncias que chegam aos corpos hídricos. [55] Além disso, as raízes dessas plantas retêm o solo e preservam as margens dos rios, evitando a destruição dos mesmos. [56]

Com base nisso, o Código Florestal trouxe, como instrumento de proteção ambiental, os espaços territoriais especialmente protegidos, dos quais fazem parte as áreas de preservação permanente e as reservas legais.[57]

A área de preservação permanente (APP) está presente em áreas públicas e rurais e é um instituto definido no inciso II do artigo 3º da Lei Florestal[58] como uma "área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas". Apesar de ser uma área protegida, o Código Florestal de 2012 trouxe uma lista de atividades de baixo impacto que podem ser realizadas nessas áreas (art. 9º).[59]

Nessa Lei é possível identificar dois tipos de APPs: a legal e a administrativa. A primeira independe de qualquer ato administrativo e tem suas dimensões mínimas especificadas na lei, sendo permitido aos Estados-membros estabelecer metragens de proteção maiores, de acordo com as características locais. Já as áreas de preservação

[55] RODRIGUES, Ricardo Ribeiro; LEITÃO FILHO, Hermógenes de Freitas. *Matas ciliares*: conservação e recuperação. São Paulo: EDUSP, 2000.

[56] CRIADO, Rodrigo Cezar; PIROLI, Edson Luís. Pagamento por Serviços Ambientais na gestão dos recursos hídricos no Brasil. *GeoAtos: Departamento de Geografia da FCT/UNESP*, Presidente Prudente, v. 2, n. 11, p. 83-96, jul./dez. 2011.

[57] LEUZINGER, op. cit.

[58] O Código Florestal de 1965 já definia a APP de forma semelhante, em seu art. 2º. No Código Florestal de 2012 tiveram algumas mudanças negativas, como a alteração do ponto de medida das APPs ripárias, que antes eram medidas a partir do nível mais alto do rio e passaram a ser medidas desde a calha do leito regular, o que ocasionou uma redução das APPs. LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

[59] BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.

permanente administrativas dependem de ato do Poder Público para serem instituídas e as hipóteses para sua criação estão previstas na própria lei, como por exemplo, a proteção de várzeas, a contenção da erosão do solo, a mitigação dos riscos de enchentes e os deslizamentos de terra (art. 6º).[60]

Já o instituto da reserva legal (RL) está presente apenas em áreas rurais e pode ser conceituado como parte de uma propriedade, pública ou privada, que deve ser preservada com o objetivo de manter parte representativa dos ecossistemas existentes, sendo proibido o corte raso no local.[61] A preservação dos ecossistemas traz inúmeros benefícios para a existência dos corpos hídricos, entre eles, há o aumento da infiltração de água no solo e a redução do escoamento superficial.[62]

Nessas áreas é permitido o uso econômico sustentável dos recursos naturais, ou seja, pode haver exploração econômica no local desde que seja de forma sustentável. É válido ressaltar que, apesar de a área de preservação permanente e a reserva legal serem institutos com objetivos diferentes, o novo Código Florestal passou a permitir a compensação entre eles, desde que atendidos os requisitos legais.[63]

A efetividade das normas ambientais é baixa, então, mesmo com toda essa proteção legal dos recursos hídricos e da vegetação, o Distrito Federal foi atingido pela crise hídrica, o que fez com que fossem decretados o racionamento e o rodízio de água. O DF é abastecido pelos reservatórios de Descoberto e de Santa Maria e, de forma complementar, por sistemas alternativos, que são captações de pequeno e médio porte. Esses sistemas de captação, principais e alternativos, não são todos

[60] LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
[61] Ibidem.
[62] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
[63] LEUZINGER, op. cit.

interligados, por isso existem áreas que só possuem uma única fonte de fornecimento de água potável, o que acentua a crise nesses locais.[64]

A crise hídrica presente no centro do país foi provocada por um conjunto de fatores naturais.[65] Além da estação chuvosa atípica e da má gestão, uma outra razão é o fato de o DF possuir duas estações bem definidas ao longo do ano, uma chuvosa, no verão, e outra seca, no inverno. Essa região já tem pouca disponibilidade de água e no período de seca, que é bem prolongado, durando cerca de seis meses, as chuvas são reduzidas e o consumo de água aumenta.[66]

Outro grande fator que contribuiu significativamente para essa situação foi o crescimento urbano desordenado, que trouxe "a remoção da cobertura vegetal, a impermeabilização do solo que leva à poluição dos cursos d'água, a diminuição das taxas de infiltração que aumentam o escoamento superficial das chuvas, facilitando os processos erosivos e o assoreamento dos cursos d'água. " [67]

O Distrito Federal é uma área que teve um planejamento prévio, então, apesar de ter pouca disponibilidade de água, possui políticas públicas de gestão hídrica bem estruturadas. O que pode ter gerado esse problema de escassez foi a demora de definição e implementação dessas políticas, bem como a falta de fiscalização do poder público e a ocupação irregular em áreas de nascentes e córregos.[68]

Assim, a consequência de todos esses fatores, principalmente da remoção da cobertura vegetal, foi a degradação das bacias hidrográficas, pois antes do aumento populacional, as áreas ao redor das nascentes eram de vegetação nativa, o que

---

[64] AZEVEDO, Helsio Amiro Motany de Albulquerque; BARBOSA, Raimundo Pereira. Gestão de Recursos Hídricos no Distrito Federal: uma análise da gestão dos Comitês de Bacias Hidrográficas. *Ateliê Geográfico*, Goiânia, v.5, n.1, p. 162-182, mar. 2011.

[65] ADASA. A crise hídrica no Distrito Federal e suas causas. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.adasa.df.gov.br/central-de-conteudo/artigos/643-a-crise-hidrica-no-distrito-federal-e-suas-causas> Acesso em: 30 ago. 2017.

[66] AZEVEDO, Helsio Amiro Motany de Albulquerque; BARBOSA, Raimundo Pereira. Gestão de Recursos Hídricos no Distrito Federal: uma análise da gestão dos Comitês de Bacias Hidrográficas. *Ateliê Geográfico*, Goiânia, v.5, n.1, p. 162-182, mar. 2011.2011.

[67] Ibidem.

[68] Ibidem.

garantia a existência delas. Com o conglomerado urbano, as matas ciliares foram desmatadas, o que fez com que as nascentes secassem e que a capacidade dos rios de absorver a água das chuvas diminuísse. [69]

Para combater isso, serão necessárias ações de proteção e recuperação das nascentes que abastecem o Distrito Federal. Uma dessas ações pode ser o pagamento por serviços ambientais, sendo esse o objeto de estudo dos próximos capítulos deste trabalho.

3 PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

A política do Pagamento por Serviços Ambientais - PSA é uma alternativa para concretizar estratégias de preservação ambiental e combater as deficiências dos instrumentos de tutela do meio ambiente, em especial os de comando e controle. Apesar do Direito Ambiental ter alcançado boas normas em relação à preservação dos elementos naturais, a sua eficácia tem sido questionada, devido às limitações dos seus instrumentos. [70]

As necessidades humanas e o desenvolvimento econômico são consumidores de recursos naturais, [71] o que afeta diretamente os ecossistemas e interfere na qualidade dos serviços por eles prestados. Desse modo, para preservar os serviços ecossistêmicos, atingir o desenvolvimento sustentável e enfrentar as limitações dos instrumentos atuais, a doutrina e a prática têm buscado soluções mais efetivas, por meio de instrumentos que compensem financeiramente as pessoas que têm um comportamento ambientalmente sustentável.[72]

---

[69] CALIXTO, Bruno. *Porque está faltando água no DF? Não é só pela falta de chuvas*. Disponível em: <http://epoca.globo.com/ciencia-e-meio-ambiente/blog-do-planeta/noticia/2017/01/cidades-precisam-dobrar-investimento-para-proteger-nascentes-e-mananciais.html>. Acesso em: 30 ago. 2017.

[70] ALTMANN, Alexandre. *Princípio do Preservador-Recebedor*: Contribuições para a consolidação de um novo princípio de Direito Ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

[71] LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

[72] ALTMANN, Alexandre, op. cit.

Para haver essa compensação financeira, é necessária uma valoração dos serviços prestados pela natureza. Um dos primeiros incentivos econômicos que trouxe essa valoração foi o sistema de pagamento por serviços ambientais, que é guiado por princípios ambientais, como o da prevenção, o do usuário-pagador, o do poluidor pagador, o do protetor-recebedor e o do desenvolvimento sustentável, sendo esse o tema abordado neste capítulo.

3.1 Princípios basilares do Pagamento por Serviços Ambientais

O Direito Ambiental é norteado por diversos princípios, os quais auxiliam na correta interpretação das normas e na aplicação dos institutos.[73] Nesse trabalho, alguns desses princípios merecem destaque, pois têm maior relação com a gestão dos recursos hídricos[74] e fundamentam os instrumentos econômicos. São eles: princípio da prevenção, do usuário pagador, do poluidor pagador, do protetor-recebedor e do desenvolvimento sustentável.

O princípio da prevenção vem da ecologia e determina que os empreendedores devem adotar técnicas que reduzam ou eliminem os danos causados pela atividade antrópica no ambiente natural. O pensamento por trás desse princípio é que como o dano ambiental é de difícil ou impossível reparação, prolonga-se indefinidamente no tempo e atinge um número indeterminado de pessoas, é melhor que sejam adotados comportamentos preventivos do que depois tentar a reparação do impacto causado.[75]

Para atender a esse princípio, é necessário que as empresas adotem os meios de produção que menos agridam o meio ambiente. A produção envolve técnicas de extração de recursos do mundo natural, os quais podem ser tanto bens para consumo direto, quanto matéria-prima, para a confecção de outros bens. Essa confecção

[73] LEUZINGER, op. cit.
[74] SILVA, Deise Marcelino; DUARTE, Myllena Gonçalves. *A tríade principiológica atinente à gestão sustentável da água potável*. Disponível em: < http://smg.edu.br/revista/index.php/smg/article/view/8 >. Acesso em: 13 abr. 2017.
[75] LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

também demanda energia e utilização de outros recursos naturais. Além disso, há o descarte dos resíduos e efluentes produzidos durante esse processo de produção. [76]

Levando em consideração as formas de produção, o objetivo desse princípio é eliminar ou, pelo menos, diminuir as atividades que alterem o estado natural dos ecossistemas. A intenção é preservar, para que nenhum dano tenha que ser compensado lá na frente, pois a reparação é onerosa e, em alguns casos, impossível.[77]

Apesar de existirem doutrinadores que entendem que o princípio da prevenção e da precaução são sinônimos, este trabalho adotará o entendimento que os diferencia. Não obstante a semelhança entre eles, o princípio da prevenção se refere às atitudes que evitam o dano já conhecido, isso é, impactos que já se sabe que serão causados por determinada atividade, enquanto o princípio da precaução se refere aos danos ainda não comprovados cientificamente, cujo desconhecimento não pode ser usado como justificativa para a não utilização de medidas de precaução.[78]

Já o princípio do usuário pagador consiste basicamente em: "quem utiliza o recurso, deve pagar por ele". Assim, quem utiliza o elemento natural deve arcar com o que foi gasto para tornar viável o uso desse recurso natural, de modo que o Poder Público ou terceiros não tenham que suportar esse gasto.[79]

É possível identificar esse princípio na Lei de Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), já citada anteriormente. Nos artigos 4º, VII e 19, I, é previsto que o usuário deverá contribuir pela utilização dos recursos hídricos por meio de pagamento e onde é imposto que o poluidor e o usuário têm a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados. Essa previsão tem "o objetivo de fazer com que o usuário não desperdice a água, utilizando-a de forma racional. É uma

[76] MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente:* doutrina–jurisprudência–glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
[77] Ibidem.
[78] Ibidem.
[79] LEUZINGER, op. cit.

forma de o Poder Público obter os recursos financeiros necessários para o financiamento dos programas de intervenções."[80]

Esse princípio está diretamente ligado ao princípio do poluidor pagador, que teve início na economia e consiste na obrigação que o poluidor tem de arcar com os danos causados ao meio ambiente durante o processo de produção, devendo suportar também os custos para a prevenção e/ou recuperação. Esses danos podem ser causados de diversas formas, como exemplo pode-se citar os danos à flora e à fauna e a poluição. Por esse princípio, o degradador fica obrigado a arcar com o custo da poluição que ele gerou, assumindo a responsabilidade pelo dano ambiental. [81]

Durante o processo de produção, vários danos são causados pelo produtor e assumidos por toda a sociedade, pois esse custo ambiental não é incluído no valor do produto final. Por outro lado, o lucro em cima desse mesmo produto fica exclusivamente para o empreendedor, de forma que "há uma privatização dos lucros e uma socialização dos danos".[82]

O princípio do poluidor pagador está previsto na Constituição Federal (art. 225, §3º), quando ela prevê a possibilidade de sanções penais e administrativas a quem pratique atividades consideradas lesivas ao meio ambiente. [83]

É válido destacar que há dois entendimentos desse princípio. Um deles é mais restrito e entende que a responsabilização pelo dano se limita a manter os níveis de poluição dentro dos preestabelecidos pela legislação. Já o outro entendimento é mais amplo, acreditando que essa responsabilidade é por todo o dano causado pela poluição.[84]

---

[80] SILVA, Deise Marcelino; DUARTE, Myllena Gonçalves. *A tríade principiológica atinente à gestão sustentável da água potável*. Disponível em: < http://smg.edu.br/revista/index.php/smg/article/view/8>. Acesso em: 13 abr. 2017.
[81] Ibidem.
[82] RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. *Pagamento por serviços ambientais:* imperativos jurídicos e ecológicos para a preservação e a restauração das matas ciliares. Disponível em < http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570615428/pages/3>. Acesso em: 30 set. 2017.
[83] SILVA, op. cit.
[84] LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Pelo entendimento dessa segunda posição, existem três tipos de custos que podem ser arcados pelo empreendedor: custos de prevenção, de controle e de reparação. O primeiro custo está diretamente ligado ao princípio da prevenção, ou seja, o empreendedor deve se antecipar aos impactos ambientais que serão causados. Para isso, ele deve a analisar e adotar a melhor forma de evitá-los. O segundo custo está relacionado às despesas ligadas ao controle e monitoramento do meio ambiente. É a fiscalização feita nos equipamentos com a finalidade de averiguar se estão funcionando de acordo com os padrões legais estabelecidos. O último custo é voltado para a recuperação ou reabilitação dos elementos naturais degradados.[85]

É importante ressaltar que a aplicação do princípio do poluidor pagador não torna a poluição lícita. Não é porque o indivíduo está pagando que ele poderá poluir. A ideia é que, dentro dos limites da lei, o que for poluído deverá ser recuperado. Dessa forma, é possível verificar que não se trata de uma licença para poluir, mas sim de atitudes de prevenção e de precaução que deverão ser tomadas e, se mesmo com essas atitudes tiver poluição, o empreendedor arcará com os custos da reparação do dano ou com o valor da indenização. [86]

Em termos mais técnicos, a ideia do princípio do poluidor pagador é a internalização das externalidades negativas. A poluição ao meio ambiente é uma externalidade negativa, ou seja, é o custo gerado a terceiros e que não é levado em conta nos preços de produção. Já os serviços ambientais são uma externalidade positiva, pois são ações custeadas pelo empreendedor cujo objetivo é preservar os serviços ecossistêmicos, o que gera um benefício a terceiros e que também não é contabilizado nos preços de produção.[87]

---

[85] SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental*: na dimensão internacional e comparada, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

[86] SILVA, Deise Marcelino; DUARTE, Myllena Gonçalves. *A tríade principiológica atinente à gestão sustentável da água potável.* Disponível em: < http://smg.edu.br/revista/index.php/smg/article/view/8 >. Acesso em: 13 abr. 2017.

[87] ALTMANN, Alexandre. *Princípio do Preservador-Recebedor:* Contribuições Para a consolidação de um novo princípio de Direito Ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. Disponível em: <

Para o entendimento de uma parte da doutrina, se essas externalidades fossem consideradas na hora de estabelecer o valor do produto, "o preço diminuiria se a atividade gerasse custo ou externalidade negativa, ou aumentaria, se gerasse um benefício ou externalidade positiva,"[88] pois os custos seriam repassados ao preço do produto final.

Já para outra parte da doutrina, o custo com o dano não pode ser repassado para o preço do produto final, pois isso levaria a uma distribuição injusta de riquezas. O produtor é quem deve arcar com esses custos, por ser ele o causador da poluição e degradação, se não, seria uma "privatização dos lucros e uma socialização das perdas", pelo fato do produtor se enriquecer com um produto que causou uma externalidade negativa durante a sua produção e essa ter sido suportada pela sociedade.[89]

A economia ambiental acredita que a degradação dos serviços ecossistêmicos é causada por uma falha de mercado, a qual vê os recursos naturais como "bens livres", ou seja, como bens que não são pagos para serem usados e que o consumo deles por um indivíduo não interfere na sua quantidade disponível para outros indivíduos. Esse pensamento pode ser justificado pela abundância desses serviços e, como consequência, trouxe decisões prejudiciais para o bem-estar humano. Com a internalização e a valoração das externalidades é possível mudar a percepção econômica em relação a esses bens livres.[90] O princípio do poluidor-pagador foi

http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf >. Acesso em: 15 abr. 2017.

[88] Ibidem.

[89] RODRIGUES, Edinilson Fernando. *Externalidades negativas ambientais e o princípio do poluidor pagador*. Disponível em: < https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2227/Externalidade-negativas-ambientais-e-o-principio-do-poluidor-pagador>. Acesso em: 18 fev. 2018.

[90] ALTMANN, Alexandre. *Princípio do Preservador-Recebedor:* Contribuições para a consolidação de um novo princípio de Direito Ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

desenvolvido com base nesse raciocínio, ele determina que o custo da poluição (externalidade negativa) deve ser internalizada pelo poluidor. [91]

Se forem consideradas as externalidades positivas advindas dos serviços ambientais, será possível o desenvolvimento de novas políticas ambientais, visando a integração da preservação da natureza com aspectos sociais e econômicos. Essa valoração seria uma ferramenta para ajustar a falha no mercado relacionada à associação dos recursos naturais como bens livres, seria, também, uma estratégia de transição para a economia verde.[92] Essa economia é voltada tanto para o bem-estar humano e para igualdade social, como para a redução da degradação ambiental e para a prevenção da escassez ecológica.[93]

O princípio do protetor recebedor se aplica exatamente nesse ponto. Ele é justificado pela internalização das externalidades positivas dos serviços ambientais, de forma que quem contribui para a conservação desses serviços deve ser beneficiado.[94] Ele está previsto expressamente no artigo 6º, inciso II da Lei Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/10).[95]

Esse princípio fundamenta os instrumentos econômicos, pois atribui um valor à produção ecologicamente correta e à preservação da natureza.[96] É uma forma de suprir as lacunas do ordenamento jurídico, de modo que o protetor do meio ambiente receba uma recompensa por auxiliar na manutenção dos serviços ecológicos. Diferentemente dos outros princípios citados, o princípio do protetor recebedor não repreende a degradação por meio de multas e taxas, mas motiva ações ambientalmente corretas, ou seja, ações que garantam os serviços gerados pelos

[91] LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
[92] ALTMANN, op. cit.
[93] O ECO. *O que é a economia verde*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28986-o-que-e-a-economia-verde/>. Acesso em: 01 out. 2017.
[94] ALTMANN, op. cit.
[95] BRASIL. *Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010.* Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.
[96] SOUZA, Karla Karolina Harada. *O princípio do protetor recebedor:* pagamento por serviços ambientais e o programa Un-Redd. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6ce70275d3db0a08>. Acesso em: 17 abr. 2017.

ecossistemas. Desse modo, existe um reconhecimento da importância deles por parte da sociedade.[97]

O princípio do desenvolvimento sustentável está relacionado com dois direitos: direito da sociedade atual se desenvolver e direito de assegurar às futuras gerações as mesmas condições de desenvolvimento. Há um direito-dever, sendo o direito de usufruir corretamente e o dever de usar sem esgotar os recursos ambientais. Como desenvolvimento sustentável, pode-se entender o desenvolvimento que atende às necessidades da geração atual sem comprometer a possibilidade de as gerações posteriores também suprirem as suas próprias necessidades. Esse princípio também pode ser compreendido como a maneira de "melhorar a qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas". [98] Apesar deste trabalho considerar o desenvolvimento sustentável como um princípio, é importante ressaltar que há doutrinadores que não entendem dessa maneira.

O desenvolvimento econômico trouxe grandes consequências para o meio ambiente, apesar de não ser de hoje a tentativa de conciliar esse crescimento com a preservação da natureza. Em 1972, na Conferência da Organização das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, já se tinha a ideia de compatibilizar essas duas áreas, o que foi inicialmente chamado de ecodesenvolvimento e depois ficou conhecido como desenvolvimento sustentável.[99]

Assim, o desenvolvimento sustentável foi baseado no conceito de ecodesenvolvimento e posteriormente foi adotado como princípio na Conferência realizada em 1992 (ECO 92) e orientou a criação da Agenda 21, que foi um plano de

---

[97] SILVA, Deise Marcelino; DUARTE, Myllena Gonçalves. *A tríade principiológica atinente à gestão sustentável da água potável*. Disponível em: < http://smg.edu.br/revista/index.php/smg/article/view/8 >. Acesso em: 13 abr. 2017.

[98] MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina–jurisprudência–glossário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[99] RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. *Pagamento por serviços ambientais*: imperativos jurídicos e ecológicos para a preservação e a restauração das matas ciliares. Disponível em <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570615428/pages/3>. Acesso em: 30 set. 2017.

ações a serem seguidas pelos países signatários. Por consequência, a ideia do desenvolvimento sustentável passou a fundamentar as políticas públicas e os ordenamentos jurídicos de muitos países.[100]

É relevante fazer uma distinção conceitual nesse ponto: desenvolvimento econômico é diferente de crescimento econômico. O crescimento é medido anualmente pelo Produto Interno Bruto, sendo caracterizado pelo aumento da capacidade produtiva, a saber, o aumento dos bens e serviços de uma região, como também pela expansão da força de trabalho e pela evolução da tecnologia. Já o desenvolvimento econômico é medido pelo Índice de Desenvolvimento Humano e envolve, além do crescimento econômico, o aumento da qualidade de vida, que está relacionado com educação, saúde, moradia, desemprego, pobreza, etc. O desenvolvimento é caracterizado pela melhoria do bem-estar da população no sentido econômico e social. Assim, é possível haver um crescimento sem desenvolvimento econômico.[101]

Por conseguinte, o desenvolvimento sustentável pode ser explicado como um modo de desenvolvimento em que há a conciliação entre a preservação dos ecossistemas, o crescimento econômico e a melhoria da qualidade de vida, de forma que as necessidades da sociedade atual sejam supridas sem prejudicar as gerações futuras. Para alcançar esse objetivo, o desenvolvimento deve ser baseado em três dimensões: social, econômica e ambiental, de modo que seja socialmente justo, economicamente viável e ambientalmente prudente.[102] Na prática empresarial, essa ideia foi denominada de Tripé da Sustentabilidade (Triple Bottom Line) ou PPL –

[100] Ibidem.
[101] ESCÓSSIA, Carlos. *O que é*: crescimento e desenvolvimento econômico? Mossoró, 2009. Disponível em: <http://www.carlosescossia.com/2009/09/o-que-e-crescimento-e-desenvolvimento.html>. Acesso em: 07 out. 2017.
[102] RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. *Pagamento por serviços ambientais*: imperativos jurídicos e ecológicos para a preservação e a restauração das matas ciliares. Disponível em < http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570615428/pages/3>. Acesso em: 30 set. 2017.

pessoa, planeta e lucro. Essas três bases devem se relacionar de maneira harmoniosa para que uma empresa possa receber o título de sustentável.[103]

O problema atual consiste no fato de que todas as dimensões do desenvolvimento sustentável estão deficientes.[104] A justiça social é caracterizada pela paz social, segurança, divisão dos prejuízos e danos entre todos e pela repartição equitativa dos recursos, isso é, todas as pessoas terem acesso ao mínimo necessário para sua sobrevivência.[105] Porém, a grande questão é que os locais que possuem grande quantidade de recursos naturais são marcados por muita disputa, e, na maioria das vezes, por miséria.[106]

Já a dimensão econômica é um requisito para todos os modelos de desenvolvimento, que não significa ser obrigatoriamente lucrativo, mas sim cumprir suas proposições da forma menos onerosa possível, tanto social, como ambiental e economicamente. Ser economicamente viável está relacionado com a capacidade do sistema econômico se sustentar a longo prazo. Ocorre que o que se constata na produção do sistema capitalista é a busca do aprimoramento da técnica para uma maior lucratividade, sem que as externalidades negativas sejam analisadas.[107]

O que tem sido motivo de muita crítica nos últimos anos é que a produção de bens de consumo não duráveis aumentou, se comparada aos bens duráveis. A explicação para isso é que os objetos são facilmente trocados, isso é, são simplesmente descartados, além de que a moda e a atualização forçam o consumidor a fazer essa mudança cada vez mais rápido. O que ninguém pensa é em como será

[103] KURTZ, Lisandra Refina Ponçoni. *Desenvolvimento sustentável, uma análise crítica sobre a sustentabilidade econômica, social e ambiental*. Disponível em: < http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2010_TN_STO_123_796_16353.pdf>. Acesso em: 26 jan.2018.
[104] RECH, op. cit.
[105] KURTZ, op. cit.
[106] RECH, op. cit.
[107] Ibidem.

feita a disposição final desses produtos. “A eficácia produtiva não se preocupa com a responsabilidade pós-consumo”.[108]

Um exemplo disso na prática é o caso das garrafas pet. Antigamente, as bebidas eram vendidas em garrafas de vidro retornáveis. Depois, passaram a ser vendidas em garrafas de plástico, pois são menos onerosas para o produtor em relação ao manuseio. Como consequência disso, hoje existem várias garrafas descartadas na natureza, já que ninguém assumiu a destinação final desse produto. Assim, toda a sociedade está sofrendo as consequências, enquanto os produtores ficam com o lucro.[109]

Em relação às águas, um exemplo concreto é a poluição com resíduos de pesticidas. Os produtores não pagam nada para jogar esses resíduos nas águas ao redor das plantações, de modo que a água potável fica contaminada e os fazendeiros não têm nenhuma punição, devido a falha na fiscalização. [110]

Esse e todos os outros impactos ambientais que são causados pela pretensão de um grupo em obter lucro, acabam prejudicando, além de toda a população, o próprio sistema econômico, pois ele mesmo não consegue se sustentar a longo prazo, tendo em vista a diminuição dos recursos usados na produção.[111]

Já a dimensão ecológica está ligada às ações humanas que não impactam o ambiente natural ou que auxiliam na sua conservação e/ou restauração. A grande questão é que qualquer atividade antrópica degrada o meio ambiente, umas mais e outras menos, mas todas impactam a natureza de alguma forma.[112]

---

[108] Ibidem.
[109] RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. *Pagamento por serviços ambientais*: imperativos jurídicos e ecológicos para a preservação e a restauração das matas ciliares. Disponível em < http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570615428/pages/3>. Acesso em: 30 set. 2017.
[110] ROCHA, Lilian Rose Lemos. *Instrumentos econômicos aplicados à regulação ambiental*: O exemplo da tributação ambiental no Brasil. Brasília: ABECER, 2014.
[111] RECH, op. cit.
[112] Ibidem.

Uma saída que foi aceita para essa questão é a compensação por equivalente, que consiste na substituição de um ecossistema degradado por um outro com as mesmas funções. Apesar ser uma ideia bem aceita, ela não pode se tornar uma regra, pois assim, qualquer dano estaria autorizado, desde que, em contrapartida, fosse compensado. Além de essa não ser a ideia da dimensão ecológica do desenvolvimento sustentável, tecnicamente, essa atitude também não é ecologicamente correta, pois um ecossistema nunca poderá ser substituído, apenas compensado.[113]

Dentro desse contexto, a crítica que se faz hoje é que o princípio do desenvolvimento sustentável está desvirtuado e os problemas estão se agravando. Isso porque grandes degradadores usam o discurso do desenvolvimento sustentável para esconder suas reais intenções, sem colocar os objetivos efetivamente em prática.[114] Em outras palavras:

> [...] a racionalidade predominante sobre o desenvolvimento sustentável ampara-se em uma epistemologia baseada em um pragmatismo de foco utilitarista, ou seja, a sustentabilidade apresenta-se como um discurso necessário e útil na medida em que legitima as práticas das empresas e dos "intelectuais" que servem aos interesses das elites econômicas vinculadas ao sistema de capital.[115]

Independentemente do modelo de desenvolvimento adotado, é imprescindível a manutenção dos ecossistemas, pois o reconhecimento dos seus serviços já é um começo para a preservação da natureza. Ao reconhecer a importância desses serviços, atitudes devem ser estabelecidas para a sua proteção.[116] Sendo assim, a

[113] Ibidem.
[114] Ibidem.
[115] VIZEU, Fábio; MENEGHETTI, Francis Kanashiro; SEIFERT, Rene Eugenio. *Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/5480/4202>. Acesso em: 26 jan. 2018.
[116] RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. *Pagamento por serviços ambientais*: imperativos jurídicos e ecológicos para a preservação e a restauração das matas ciliares. Disponível em <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570615428/pages/3>. Acesso em: 30 set. 2017.

atitude apresentada por esse trabalho é o pagamento por serviços ambientais, que tem como base os princípios aqui citados.

3.2 O Pagamento por Serviços Ambientais como um instrumento econômico ambiental

No início da economia como ciência já se falava na sua relação com os recursos naturais, porém, apenas na década de 1960 que essa relação foi mais difundida. Com a divulgação desse binômio, economia e meio ambiente, a relação do ser humano com a natureza começou a ser repensada e, como consequência, as políticas públicas passaram a incorporar a tutela do meio ambiente, isso é, essas políticas passaram a determinar metas e instrumentos visando a diminuição dos impactos negativos das atividades antrópicas.[117]

Pode-se entender como política pública as atitudes governamentais voltadas para a concretização de objetivos formulados nas decisões políticas.[118] Para efetivação de uma política ambiental, são necessários instrumentos de aplicação, que podem ser de comando e controle, também chamados de regulação direta, econômicos ou de mercado e de comunicação, também chamados de instrumentos de persuasão.[119]

Inicialmente, os conflitos envolvendo o meio ambiente eram resolvidos nos tribunais, porém, como consequência da industrialização e do rápido crescimento econômico, foi necessária a intervenção do Estado. Com isso, depois da Segunda Guerra Mundial, alguns países passaram a adotar políticas de comando e controle, ou seja, o Estado passou a determinar padrões de poluição para cada tipo de produção e a controlar a escolha da tecnologia usada. O objetivo era que assim

[117] GULLO, Maria Carolina. *O PSA – como instrumento econômico de política ambiental*: algumas considerações. In: RECH, Adir Ubaldo. *Direito e economia verde:* natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis. Caxias do Sul: EDUCS, 2011, p.181-200.

[118] GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. *Compensação ambiental e financiamento de áreas protegidas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris.,2015.

[119] NOGUEIRA, Jorge M.; PEREIRA, Romilson R. *Critérios e Análise Econômicos na Escolha de Políticas Ambientais*. Disponível em: < http://www.ceemaunb.com/jmn/publicacoes/04CriterioseAnalise.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.

fossem escolhidos métodos que reduzissem a poluição e que cumprissem os padrões de emissão previamente estabelecidos.[120]

O instrumento de comando e controle consiste na edição de normas, na fiscalização e na aplicação de sanções. É um controle feito diretamente sobre os agentes poluentes, por meio de regras, padrões e procedimentos estabelecidos pelo Estado e por penalidades impostas no caso de não cumprimento. [121]

Ocorre que essa política apresenta algumas deficiências, como as "injustiças nos processos de controle e penalização".[122] Isso acontece pelo fato de os agentes poluidores serem tratados da mesma maneira. Não é feita uma diferenciação de acordo com a intensidade da exploração dos recursos naturais ou das condições da poluição produzida. [123]

Além disso, a tecnologia adotada para evitar ou diminuir a poluição acabou se limitando a pequenos equipamentos, como o uso de filtros. Isso fez com que as indústrias não buscassem outras formas de preservar o meio ambiente, como alterações nos processos e mudança de matéria prima. Outro ponto negativo dessa política é que ela tem uma lenta implantação, devido às grandes negociações que correm entre as empresas e os reguladores. [124]

Devido a esses problemas, os países iniciaram outras políticas ambientais, as quais usam diversos critérios para concretizar as metas preestabelecidas. Os empreendimentos passaram a não ter que simplesmente cumprir o que foi determinado, mas a adotar medidas que, progressivamente, diminuíssem os danos ambientais gerados por suas atividades. É nesse ponto que entram os instrumentos

[120] GULLO, Maria Carolina. *O PSA – como instrumento econômico de política ambiental*: algumas considerações. In: RECH, Adir Ubaldo. *Direito e economia verde*: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis. Caxias do Sul: EDUCS, 2011, p. 181-200.
[121] NOGUEIRA, Jorge M.; PEREIRA, Romilson R. *Critérios e Análise Econômicos na Escolha de Políticas Ambientais*. Disponível em: < http://www.ceemaunb.com/jmn/publicacoes/04CriterioseAnalise.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.
[122] GULLO, op. cit.
[123] Ibidem.
[124] Ibidem.

econômicos, os quais passaram a atuar ao lado dos de comando e controle, incentivando os agentes a combaterem as degradações e a reduzirem o uso dos recursos naturais.[125]

Os instrumentos econômicos visam, por meio do sistema de preços e de recompensas, alcançar as metas ambientais.[126] Eles trazem incentivos para que as degradações sejam reduzidas e para que a natureza seja preservada, de modo que os agentes ajam de acordo com os seus interesses. É uma forma de persuadir os empreendedores a internalizarem as externalidades negativas no custo de produção.[127]

Assim, com base nos princípios do poluidor pagador e do protetor recebedor, principalmente, pode-se dizer que os instrumentos econômicos possuem os seguintes objetivos: responsabilizar o agente degradador, de modo a fazer com que ele arque com a prevenção e a internalização dos custos ambientais e, como consequência, alterar o seu comportamento, para que gradativamente o seu pensamento seja mais conservacionista. Por meio desse instrumento, é possível concretizar as políticas públicas de maneira que a sociedade tenha o menor custo. [128]

Ao incentivar os produtores a terem uma conduta ecologicamente correta, o direito está assumindo uma função promocional, pois promoverá atitudes em prol do meio ambiente.[129] Alexandre Altmann diz que:

> A lógica dos instrumentos econômicos de incentivo é o encorajamento às condutas ambientalmente sustentáveis (ao oposto dos instrumentos de comando e controle que desencorajam condutas danosas ao meio ambiente). O Direito Ambiental, deste modo, assume outra função: de incentivar, de

[125] Ibidem.
[126] ROCHA, Lilian Rose Lemos. *Instrumentos econômicos aplicados à regulação ambiental:* O exemplo da tributação ambiental no Brasil. Brasília: ABECER, 2014.
[127] NOGUEIRA, Jorge M.; PEREIRA, Romilson R. *Critérios e Análise Econômicos na Escolha de Políticas Ambientais*. Disponível em: < http://www.ceemaunb.com/jmn/publicacoes/04CriterioseAnalise.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.
[128] ROCHA, Lilian Rose Lemos. *Instrumentos econômicos aplicados à regulação ambiental:* O exemplo da tributação ambiental no Brasil. Brasília: ABECER, 2014.
[129] ALTMANN, Alexandre. Função promocional do direito. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 13, n.52, p. 11-26, out/dez. 2008.

> promover condutas. É o que a doutrina denomina de função promocional do direito. Essa função promocional, ainda que diametralmente distinta da função tradicional do direito (i.e., função repressora) lhe é complementar. [130]

Já os instrumentos de comunicação são estímulos para que os indivíduos tenham atitudes voltadas para a proteção ambiental. Esse instrumento não é exclusivo dos Governos, apesar de sua implementação ser feita por ele na maioria das vezes. Como exemplo, pode-se citar a educação ambiental e a difusão de informações. O objetivo é conscientizar as pessoas sobre os danos ambientais, mostrando quais atitudes são mais favoráveis para a preservação da natureza. Essas atitudes não alcançam apenas empresas, mas atividades domésticas também, como a redução do consumo de energia. A simples escolha das lâmpadas e dos aparelhos elétricos podem diminuir o desperdício de energia.[131]

O sistema de gestão ambiental brasileiro teve como base o modelo de instrumento de comando e controle norte-americano, sendo caracterizado pela descentralização e regulação, de modo que os agentes poluidores são regulados diretamente.[132] Ocorre que isso demanda um alto número de técnicos para efetivar o controle e, no Brasil, faltam recursos humanos para efetuar essa fiscalização. Além disso, esses mecanismos têm um custo alto e aqui também há uma deficiência de recursos para a gestão ambiental.[133]

O meio ambiente brasileiro foi degradado desde a colonização. Pode-se observar diversos momentos bem definidos: a extração do pau brasil; os ciclos da cana de açúcar, do algodão e do café; depois as atividades extrativistas e a mineração; o ciclo da soja; o crescimento populacional desordenado e o processo de

---

[130] ALTMANN, Alexandre. *Princípio do Preservador-Recebedor*: Contribuições para a consolidação de um novo princípio de Direito Ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf >. Acesso em: 15 abr. 2017.

[131] NOGUEIRA, op. cit.

[132] GULLO, Maria Carolina. *O PSA – como instrumento econômico de política ambiental*: algumas considerações. In: RECH, Adir Ubaldo. *Direito e economia verde*: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis. Caxias do Sul: EDUCS, 2011, p. 181-200.

[133] ALTMANN, Alexandre. Função promocional do direito. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 13, n.52, p. 11-26, out/dez. 2008.

industrialização, sendo esses últimos os principais responsáveis pela poluição dos recursos hídricos. Todos esses momentos foram marcados por muito exploração e crescimento econômico. [134] Por isso, o objetivo dos governos atuais é fazer uma combinação dos três tipos de instrumento, de forma a assegurar a concretização das metas estabelecidas nas política públicas.[135]

Nesse contexto, o presente trabalho tem enfoque na concretização da política de conservação do meio ambiente por meio de um instrumento econômico, o pagamento por serviços ambientais, cuja finalidade básica é atingir dois propósitos: conscientizar as pessoas sobre a importância dos sistemas ecológicos e valorizar quem contribui para a sua conservação.[136]

A ideia desse instituto é que os agentes que prestam serviços ambientais e, consequentemente, garantem a continuidade dos serviços ecossistêmicos, devem ser recompensados por quem se beneficia com esses últimos serviços. Para evitar confusão conceitual, é válido ressaltar, mais uma vez, que este trabalho adota a posição que diferencia serviço ecossistêmico de serviço ambiental, sendo o primeiro os benefícios que o ser humano obtém da natureza e o segundo, as iniciativas antrópicas que garantem a continuidade dos serviços ecossistêmicos.

Nesse instrumento de pagamento por serviços ambientais, quem efetua o pagamento é o indivíduo que consome os recursos naturais ou o governo, e quem recebe é quem desenvolve ações que vão além da guarda passiva desses recursos. Quem provê os serviços ecossistêmicos é o ecossistema, mas é obvio que esse não pode receber pelos seus serviços. Por isso, quem recebe é quem mantém o fluxo do sistema ecológico.[137] Com base nesse pensamento é que o entendimento adotado nesta pesquisa distingue serviços ambientais e ecossistêmicos. Os serviços

[134] GULLO, op. cit.
[135] Ibidem.
[136] RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. *Pagamento por serviços ambientais*: imperativos jurídicos e ecológicos para a preservação e a restauração das matas ciliares. Disponível em: <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570615428/pages/3>. Acesso em: 30 set. 2017.
[137] ARAGÃO, Alexandra. Pagamento dos Serviços dos Ecossistemas Florestais: uma questão de sustentabilidade e de justiça. *Revista de Estudos Ibéricos*, Guarda, Portugal, 2011.

ambientais são as ações praticadas pelo ser humano para preservar os ecossistemas. O pagamento é referente a essas ações, por isso que esse instituto é denominado de pagamento por serviços ambientais e não pagamento por serviços ecossistêmicos.

A definição do pagamento por serviços ambientais ainda não é algo pacífico na doutrina. O conceito mais difundido e aceito é o que considera o PSA como uma transação voluntária estabelecida entre um ou mais protetores dos serviços ecossistêmicos e um ou mais beneficiários desses mesmos serviços. Para existir essa transação, também deve haver uma especificação desse serviço, de modo que o provedor só será recompensado se a proteção for garantida.[138]

Nesse conceito é possível identificar cinco elementos do PSA. O primeiro deles é ser voluntário, ou seja, ambas as partes têm que querer participar dessa relação. O PSA não é um instrumento coercitivo, mas sim, cooperativo. Ocorre que na prática é possível verificar que esse elemento nem sempre está presente, pois existem modelos de PSA que envolvem a adequação a uma norma. O segundo é a existência de um serviço definido, pois não pode haver dúvidas quanto ao objeto da transação. Para isso, é preciso que conste no acordo, de forma específica, qual serviço ecossistêmico será protegido e quais atitudes serão tomadas para efetivar essa proteção (serviços ambientais), especificando os parâmetros, a quantidade e a qualidade. O terceiro e o quarto elementos estão relacionados com os sujeitos da relação, sendo eles o demandante ou beneficiário do serviço protegido e o provedor ou protetor do mesmo. O último elemento é a condicionalidade, isso é, a compensação só ocorrerá se tiver a conservação do ecossistema responsável pela provisão do serviço acordado. [139] Em alguns esquemas de PSA, a consequência do não cumprimento do acordado será a devolução de tudo o que já foi pago.[140]

---

[138] WUNDER, Sven. *Payments for environmental services*: some nuts and bolts. Disponível em: <https://www.cifor.org/publications/pdf_files/OccPapers/OP-42.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.

[139] CAETANO, Patrícia Pereira; MELO, Maiara Gabrielle de Souza; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. *Pagamento por Serviços Ambientais (PSA):* análise de conceitos e marco regulatório. Disponível em: <http://periodicos.ifpb.edu.br/index.php/principia/article/viewFile/443/568>. Acesso em: 01 out. 2017.

[140] ALTMANN, Alexandre. *Princípio do Preservador-Recebedor*: Contribuições para a consolidação de um novo princípio de Direito Ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais.

Uma das grandes dificuldades enfrentadas por esse instituto é como será verificado se houve ou não a proteção, pois existem diversos fatores que podem influenciar na provisão do serviço determinado. Por exemplo, no caso de preservação da mata ripária para proteção dos aquíferos, as características geológicas do local e a intensidade das chuvas podem influenciar na recarga desse corpo hídrico.[141]

Por esse e outros motivos é que há doutrinadores que criticam esse conceito de PSA, considerando-o restritivo. Acreditam que a relação pode ser mais complexa do que uma transação, que os acordos podem não ser voluntários e que os pagamentos podem não ser totalmente condicionantes. Dessa forma, poucas experiências de PSA existentes se enquadrariam na definição citada. [142]

O manual operacional do Projeto Produtor de Água define a política do PSA de uma forma mais simples: uma transferência financeira entre quem se beneficia com os serviços ecossistêmicos e os protetores que, por causa de práticas que conservam a natureza, fornecem esses serviços. Esse manual também prevê que o esquema de PSA aplica os princípios do usuário-pagador e do protetor recebedor.[143]

Outro problema presente no PSA é como será feita a valoração dos serviços ecossistêmicos. A doutrina entende que ela deve ser feita com base em três aspectos: ecológico, sociocultural e econômico. O primeiro é voltado para o equilíbrio do ecossistema, o segundo se relaciona com o fato do sistema ecológico ser uma fonte de bem-estar para o ser humano e o terceiro é o método que será adotado para fazer

---

Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

[141] CAETANO, Patrícia Pereira; MELO, Maiara Gabrielle de Souza; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. *Pagamento por Serviços Ambientais (PSA):* análise de conceitos e marco regulatório. Disponível em: <http://periodicos.ifpb.edu.br/index.php/principia/article/viewFile/443/568>. Acesso em: 01 out. 2017.

[142] ALTMANN, Alexandre. *Princípio do Preservador-Recebedor*: Contribuições para a consolidação de um novo princípio de Direito Ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

[143] ANA, *Programa Produtor de Água*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/Documentos.aspx>. Acesso em: 06 out. 2017.

essa valoração. Esse método pode ser direto ou indireto, ou seja, pode ser feito quando já existe um mercado de serviços ecossistêmicos formado ou quando não existir esse mercado e a valoração for feita por meios indiretos, até se chegar a um preço que os beneficiários podem pagar e os e os provedores estão dispostos a receber.[144]

A maioria dos projetos de PSA adota o critério dos "custos de oportunidade", que consiste na valoração feita com base no valor que o protetor geraria se utilizasse a área preservada para alguma atividade econômica lucrativa.[145] Além disso, a compensação não precisa ser necessariamente em dinheiro, ela pode ser por isenções fiscais, benfeitorias, programas especiais, disponibilização de tecnologias e muitas outras formas.[146]

Destaca-se ainda, outros dois pontos muito debatidos no sistema de pagamentos por serviços ambientais, que são: se o PSA deve abranger as áreas de preservação permanente e de reserva legal, pois já são áreas protegidas legalmente; e se, independente de incluir as áreas já protegidas pela lei, os benefícios financeiros para colaborar na preservação ambiental são legítimos, pois essa obrigação já é expressamente prevista na Constituição Federal como um direito-dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. [147]

Para as duas questões há mais de um posicionamento na doutrina. Em relação às áreas legalmente protegidas, tem um entendimento que diz que elas devem ser incluídas no PSA, pois o proprietário podia descumprir a lei, mas não descumpriu e,

---

[144] FARIA, Daniela Lopes de. Quanto vale a natureza? *Revista de direito internacional*. Brasília, v. 9, n. 3, p. 181-192, 2013.

[145] CRIADO. Rodrigo Cezar. PIROLI, Edson Luís. Pagamento por Serviços Ambientais na gestão dos recursos hídricos no Brasil. *GeoAtos:* Departamento de Geografia da FCT/UNESP, Presidente Prudente, v. 2, n. 11, p. 83-96, jul/dez. 2011.

[146] WELTER, Mariana Gomes; VILAS BOAS, Patrícia Campolina. Aspectos jurídicos do pagamento por serviços ambientais no Brasil. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 205-228, jul/dez., 2015.

[147] ALTMANN, Alexandre. *Princípio do Preservador-Recebedor:* Contribuições para a consolidação de um novo princípio de Direito Ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

como consequência, beneficiou a sociedade com os serviços ecossistêmicos. Aqui deve-se pontuar que, no caso da preservação dos corpos hídricos, os que mais contribuem para a manutenção das matas ripárias são os agricultores e, no Brasil, a situação financeira para a agricultura não é fácil, principalmente para os pequenos. Desse modo, o produtor que não receber um benefício por proteger as matas ripárias permanecerá explorando economicamente a área, pois essa exploração muitas vezes é a única maneira de obtenção de renda. Só exigir o cumprimento da lei ambiental gerará mais miséria e conflito no campo, além de provocar um êxodo rural. Assim, há um risco social na aplicação da lei ambiental que deve ser observado.[148]

Por outro lado, tem autores que entendem que os pagamentos só devem ser feitos a quem realmente abdicou de alguma atividade que dependia da modificação do uso do solo e não para quem só cumpriu a lei, como o caso das áreas de reserva legal e de preservação permanente.[149]

Em relação ao segundo ponto, ligado à função ambiental privada, isso é, relacionado com o dever que a Constituição Federal impôs à coletividade de preservar o meio ambiente,[150] o entendimento é no sentido de que o PSA é uma retribuição aos indivíduos que tinham a oportunidade de degradar, mas que optaram por praticar ações conservacionistas. Assim, essa compensação não é um prêmio para quem cumpre a norma.[151]

Também existe o argumento que a má qualidade do ambiente natural se relaciona com a falta de ética de cuidado com Terra e que o PSA seria um incentivo para acabar de vez com essa ética, pois as pessoas não estariam preservando por acreditarem que é o correto, mas porque ganharão algo em troca. Apesar do peso

[148] RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. *Pagamento por serviços ambientais*: imperativos jurídicos e ecológicos para a preservação e a restauração das matas ciliares. Disponível em <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570615428/pages/3>. Acesso em: 30 set. 2017.
[149] CAMELO, Ana Paula Silva; SNACHES, Keila. *O Pagamento por Serviços Ambientais como ferramenta para a gestão de recursos hídricos*. Disponível em: <http://www.abrh.org.br/xiisrhn/anais/papers/PAP017782.pdf >. Acesso em: 15 de jun. 2017.
[150] LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
[151] ALTMANN, op. cit.

desse argumento, a realidade é que "o mundo ideal no qual todos preservam o meio ambiente porque é o correto a se fazer tanto eticamente quanto legalmente ainda não se transformou em realidade". Assim, o instrumento econômico do pagamento por serviços ambientais visa trabalhar com a realidade, incentivando as condutas sustentáveis.[152]

Independentemente da forma como é conceituado, é possível notar a existência de três tipos de PSA nos esquemas atuais: há o pagamento feito por órgão do governo ou instituição pública aos possuidores de áreas privadas que mantenham os ecossistemas, com a existência de uma relação entre o governo e os protetores do meio ambiente; há o pagamento criado por uma legislação que estabelece um mercado para os serviços ecossistêmicos, estabelecendo critérios para serem compensados; e há os acordos privados, nos quais os protetores e os beneficiários negociam diretamente, sem a existência de uma regulamentação por parte do Estado. Dentre esses tipos de PSA, verifica-se a existência três tipos de demandantes: o que possui um interesse voluntário, o que é intermediado pelo governo e o que é regulamentado por leis ambientais.[153]

É válido pontuar que, assim como na conceituação, o entendimento doutrinário não é unânime em relação a esses três modelos de PSA. Há uma crítica feita aos programas brasileiros relacionada com o fato dos projetos não serem financiados pelos beneficiários diretos, mas sim pelo governo. Dessa forma, por não ter um demandante definido, não seria considerada como uma relação de PSA, mas sim uma simples remuneração ao possuidor da área.[154] Entretanto, nota-se que os programas brasileiros se enquadram em um dos tipos de PSA apresentados por outra parte dos doutrinadores.

---

[152] FARIA, Daniela Lopes de. Quanto vale a natureza? *Revista de direito internacional*. Brasília, v. 9, n. 3, p. 181-192, 2013.

[153] CAETANO, Patrícia Pereira; MELO, Maiara Gabrielle de Souza; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. *Pagamento por Serviços Ambientais (PSA):* análise de conceitos e marco regulatório. Disponível em: <http://periodicos.ifpb.edu.br/index.php/principia/article/viewFile/443/568>. Acesso em: 01 out. 2017.

[154] WHATELY, Marussia; HERCOWITZ, Marcelo. *Serviços ambientais*: conhecer, valorizar e cuidar: subsídios para a proteção dos mananciais de São Paulo. Disponível em: < https://www.socioambiental.org/pt-br/o-isa/publicacoes/servicos-ambientais-conhecer-valorizar-e-cuidar-subsidios-para-a-protecao-dos>. Acesso em: 07. Mar. 2018.

O primeiro programa de pagamentos por serviços ambientais criado na América Latina foi o da Costa Rica, que instituiu um pagamento aos proprietários que usassem a terra de modo a beneficiar o meio ambiente. Esse pagamento foi feito pelo repasse de uma taxa, cobrada sobre o consumo da gasolina e da água, aos proprietários que conservassem as florestas ou fizessem o reflorestamento. Como esse programa trouxe resultados significativos na diminuição do desmatamento local, o PSA foi implementado em vários outros locais.[155]

Em relação ao PSA na proteção das bacias hidrográficas, existem dois exemplos que merecem destaque. O primeiro exemplo é o desenvolvido pela empresa de abastecimento de água de Nova Iorque, que optou por um plano de proteção ambiental a fim de evitar maiores gastos com o tratamento dos recursos hídricos. Isso aconteceu porque a agência ambiental norte americana passou a ser mais exigente em relação ao padrão da água potável, com isso, a empresa de abastecimento iria ter uma despesa altíssima para construir e manter uma nova estação de tratamento de água. Assim, a saída encontrada pela empresa foi investir na proteção do corpo hídrico, para que a qualidade da água melhorasse e a construção da unidade de tratamento passasse a ser desnecessária.[156]

O segundo exemplo foi o programa desenvolvido pela Nestlé em relação à água mineral, o qual investiu em um projeto que incentivava os produtores rurais a terem práticas ambientalmente prudentes. Para isso, a empresa "comprou 1.500 hectares de terra e ofereceu o direito de uso aos antigos proprietários sob a condição de restringirem suas atividades a determinadas práticas de uso e ocupação do solo".

[155] WELTER, Mariana Gomes, VILAS BOAS, Patrícia Campolina. Aspectos jurídicos do pagamento por serviços ambientais no Brasil. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 205-228, jul/dez., 2015.

[156] CAMELO, Ana Paula Silva. Quantificação e valoração do serviço ambiental hidrológico resultante da recomposição de passivos ambientais na bacia hidrográfica do Ribeirão Pipiripau. 2011. 92f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Ciências Florestais departamento de Engenharia Forestal, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

Também foram firmados acordos para utilização de técnicas que reduzissem a utilização de agrotóxicos.[157]

Dessa forma, é possível perceber que existem exemplos de projetos baseados na política de pagamento por serviços ambientais que têm alcançado as finalidades estabelecidas e contribuído para a conservação dos recursos naturais.

3.3 Previsão legal do Pagamento por Serviços Ambientais no Brasil

No Brasil, já existem programas de PSA no âmbito federal, estadual e municipal, mas não existe uma lei federal que institua de forma sistematizada uma política de PSA. O que existe são leis esparsas que preveem o tema de forma indireta. A explicação para essa ausência é que os projetos de lei desse tema são deixados em segundo plano frente a outros assuntos, além de que a legalidade dessa política é questionada, considerando que a Constituição Federal determina que o poder público e a coletividade devem trabalhar em conjunto para a proteção do meio ambiente.[158]

A primeira lei federal que merece destaque por envolver a ideia do PSA é a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, que traz como princípio a possibilidade de incentivos ao estudo e às pesquisas, para que seja possível o uso racional dos recursos e a proteção do meio ambiente (art. 2, VI). Além disso, essa Lei dispõe que um dos instrumentos da política nacional do meio ambiente é o incentivo "à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental" (art. 9, V). Esses incentivos podem ser suspensos caso as ações necessárias para a "preservação ou correção de

[157] PERROT-MAITRE, Danièle. The Vittel payments for ecosystem services: a "perfect" PES case. Disponível em: <http://pubs.iied.org/pdfs/G00388.pdf>. Acesso em: 07. Mar. 2018.
[158] WELTER, Mariana Gomes; VILAS BOAS, Patrícia Campolina. Aspectos jurídicos do pagamento por serviços ambientais no Brasil. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 205-228, jul./dez., 2015.

inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental" não sejam feitas (art. 14, II).[159]

O Código Florestal vigente traz a previsão, no art. 41, de que o Poder executivo federal pode criar programas que apoiem e incentivem a conservação dos recursos naturais e a implementação de práticas que propiciem um desenvolvimento sustentável. O entendimento é que a intenção do legislador com esse dispositivo foi justamente direcionar verba pública para políticas ambientais.[160] Observe:

> Art. 41. É o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como para adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável, observados sempre os critérios de progressividade, abrangendo as seguintes categorias e linhas de ação:
>
> I - pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais, tais como, isolada ou cumulativamente: (...)
>
> II - compensação pelas medidas de conservação ambiental necessárias para o cumprimento dos objetivos desta Lei, utilizando-se dos seguintes instrumentos, dentre outros: (...)
>
> III - incentivos para comercialização, inovação e aceleração das ações de recuperação, conservação e uso sustentável das florestas e demais formas de vegetação nativa, tais como: (...)[161] (grifo nosso)

[159] BRASIL. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.

[160] WELTER, Mariana Gomes; VILAS BOAS, Patrícia Campolina. Aspectos jurídicos do pagamento por serviços ambientais no Brasil. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 205-228, jul./dez., 2015.

[161] BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.* Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Outras duas leis também merecem destaque. A primeira é a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, que em seu art. 8, IX, prevê formas de incentivo como um instrumento. Como exemplo, pode-se citar o parágrafo único do art. 35 da própria Lei, o qual autoriza incentivos econômicos aos consumidores que fazem a coleta seletiva. A outra Lei é a do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, a qual prevê como um dos objetivos a valorização econômica e social da diversidade biológica e traz a possibilidade de serem estabelecidas regras de incentivo para que a população ajude nisso.[162]

Apesar do conjunto normativo existente, o Brasil necessita de uma lei federal sobre esse assunto, que preveja conceitos e princípios, além de fontes orçamentárias para o custeio da política de PSA. Existem alguns projetos tramitando no Congresso[163] e um deles visa instituir uma Política Nacional dos Serviços Ambientais e um Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (PL5487/09).[164] Esse e outros projetos estão apensados ao PL 792/07, o qual define serviços ambientais e prevê a compensação a quem preservar a natureza. Atualmente, os projetos estão aguardando parecer do relator na Comissão de Finanças e Tributação (CFT). [165]

O PL 5487/09 conceitua o PSA de acordo com a doutrina aqui apresentada, considerando-o como uma retribuição às atitudes humanas que restabeleçam, recuperem, mantenham ou melhorem as condições dos ecossistemas que geram serviços e "que estejam amparadas por planos e programas específicos". Esse projeto também classifica os serviços ecossistêmicos de acordo com a Avaliação

[162] WELTER, Mariana Gomes; VILAS BOAS, Patrícia Campolina. Aspectos jurídicos do pagamento por serviços ambientais no Brasil. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 205-228, jul./dez., 2015.
[163] Ibidem.
[164] BRASIL. *Projeto de Lei 5.487 de 26 de junho de 2009*. Brasília. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=439941>. Acesso em: 08 out. 2017.
[165] BRASIL. *Projeto de Lei 792 de 19 de maio de 2007*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=348783 >. Acesso em: 08 out. 2017.

Ecossistêmica do Milênio já apresentada aqui e, diferentemente desse trabalho, usa as expressões serviços ecossistêmicos e serviços ambientais como sinônimas. [166]

No capítulo II desse projeto, há a previsão do Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais – PFPSA, cujo escopo é implementar o PSA por meio de subprogramas, sendo eles: subprograma floresta, subprograma reserva particular de patrimônio nacional (RPPN) e subprograma água. A participação no PFPSA está condicionada ao enquadramento e habilitação em apenas um desses subprogramas, à comprovação do uso regular da área a ser contemplada e à formalização de um contrato específico.[167]

O subprograma floresta tem o intuído de regular os pagamentos às "comunidades tradicionais, povos indígenas, assentados de reforma agrária e agricultores familiares", desde que atendam as diretrizes estabelecidas na lei. Já o subprograma RPPN é destinado a quem instituir essa unidade de conservação de até quatro módulos fiscais. O último subprograma, referente à água, é destinado à administração de pagamentos à população ocupante de áreas ao redor das bacias hidrográficas de baixa disponibilidade e qualidade de água. Essa área também não pode ser maior do que quatro módulos fiscais e deve atender aos requisitos legais. [168]

Em relação a esse último subprograma, a prioridade será para os corpos hídricos que abastecem o sistema público de fornecimento de água e será focado em muitos pontos, como na redução da erosão, na melhoria da qualidade e quantidade de água e na diminuição da poluição. O mesmo dispositivo que prevê essas diretrizes, também estabelece o PSA em áreas de preservação permanente, dando

[166] BRASIL. *Projeto de Lei 5.487 de 26 de junho de 2009*, op. cit.
[167] Ibidem.
[168] BRASIL. *Projeto de Lei 5.487 de 26 de junho de 2009*. Brasília. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=439941>. Acesso em: 08 out. 2017.

inclusive uma preferência para esses locais quando a cobertura vegetal estiver deficiente.[169]

Esse projeto cria um Fundo Federal de Pagamento por Serviços Ambientais, o qual também financiará os programas de PSA. Dessa forma, verifica-se que o entendimento acolhido é que os esquemas de PSA podem sim ser financiados por verbas públicas, além de muitas outras fontes de receita previstas nos artigos 12 e 13.[170]

No relatório dessa proposta, é defendido que a política do PSA deverá ser destinada às populações mais pobres, de modo que seja estimulada uma produção sustentável. Ele também destaca a importância do PSA na preservação de cada bioma brasileiro. No cerrado, por exemplo, o PSA é de extrema importância devido ao fato dessa região ser o berço de grandes rios como o Araguaia-Tocantins, Paraná e São Francisco, os quais são responsáveis pela irrigação das áreas agrícolas, pela geração de energia hidrelétrica e pelo transporte de menor custo: a navegação. O preço para despoluir essas águas é muito mais alto do que o preço para a proteção das matas ripárias.[171]

O relatório é finalizado com a ressalva de que essa lei federal seria apenas para indicar os princípios e as diretrizes gerais, para que, a partir disso, os entes federativos estabeleçam seus próprios programas de PSA, conforme as suas peculiaridades. A exigência seria o registro de todos os programas em um cadastro nacional, com a especificidade de cada um deles, tornando viável um melhor gerenciamento.[172]

Diante das previsões desses projetos, é possível perceber que apesar de existir uma preocupação com a preservação do meio ambiente no Brasil há muito tempo,

[169] Ibidem.
[170] Ibidem.
[171] Ibidem.
[172] BRASIL. *Projeto de Lei 5.487 de 26 de junho de 2009*. Brasília. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=439941>. Acesso em: 08 out. 2017.

aos poucos, tem-se notado a ineficiência dos instrumentos de comando e controle, bem como a necessidade da atuação concomitante dos instrumentos econômicos. Assim, o próximo capítulo tem o intuito de analisar um dos programas de pagamento por serviços ambientais brasileiros e verificar como está sendo o seu desenvolvimento e efetividade.

4 PROJETO PRODUTOR DE ÁGUA NO RIBEIRÃO PIPIRIPAU

Um exemplo de Pagamento por Serviços Ambientais no Distrito Federal é o Programa Produtor de Água na bacia Ribeirão Pipiripau. Com base nos conceitos abordados no segundo capítulo deste trabalho, a Agência Nacional de Águas – ANA implementou esse projeto para controlar a erosão e a poluição difusa em algumas bacias hidrográficas do país. No DF, a ANA firmou um termo de cooperação técnica com a Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal - ADASA, para coordenar o projeto na bacia escolhida: Ribeirão Pipiripau. [173]

A bacia Ribeirão Pipiripau faz parte da maior bacia hidrográfica do DF, a bacia do Rio São Bartolomeu, e envolve parte da área de Planaltina, do Vale do Amanhecer e de Araponga, além do Núcleo Santos Dumont e dos Núcleos Rurais Pipiripau e Taquara.[174] Uma característica marcante desse corpo hídrico é o conflito pelo uso da água entre a irrigação e o consumo humano. Esse conflito, somado a erosão, a sedimentação e o uso consuntivo, isso é, a água ser retirada e não retornar mais para o rio, causou uma acentuada diminuição da qualidade da água.[175]

Essa bacia foi escolhida para a implementação do Programa Produtor de Água, pois apresentava as características necessárias para o projeto, como o alto

[173] MELO, João Pedro Fernandes. *O Projeto Produtor de Água no Pipiripau (DF) e o pagamento por serviços ambientais.* 2013. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz e Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília, 2013.

[174] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Água será preservada*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=9293>. Acesso em: 14 out. 2017.

[175] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água:* relatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau. Brasília: ANA; TNC; EMATER-DF; SEAGRI-DF, 2010.

grau de degradação, o conflito pelo uso da água, o monitoramento hidrológico prévio e ser fonte de abastecimento para uso rural ou urbano[176]. Além disso, a implementação do PSA nesse local possibilitaria que essa bacia se tornasse base para estudos ambientais.[177]

4.1 Visão geral do Programa Produtor de Água

O Programa Produtor de Água visa aplicar a política do pagamento por serviços ambientais com o escopo de proteger e recuperar mananciais e trazer benefícios para a população, por meio da redução da erosão e do aumento da infiltração de água no solo. Esse programa é voltado para atender às necessidades da coletividade e só é efetivo se a maioria dos produtores aderirem. A adesão é voluntária e a obrigação dos produtores envolve, além de especificidades de cada projeto, a conservação de matas que não foram derrubadas, o reflorestamento das áreas desmatadas e a adoção de práticas de conservação do solo. Em contrapartida, esses produtores recebem recursos financeiros após a implementação total ou parcial das práticas conservacionistas pré-estabelecidas.[178]

A erosão, conceituada como "a desagregação e o arrastamento das partes constituintes do solo, através da ação da água ou do vento", é um processo comum na natureza.[179] Contudo, quando ela passa a ser intensiva e a superar os limites aceitáveis, como ocorre no Brasil, causa grandes problemas na conservação do solo. Além disso, a erosão em grande escala impacta a sociedade de forma econômica,

[176] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água:* Manual operativo. Brasília: ANA. 2009. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/ProjetoPipiripau-DF/Documentos.aspx>. Acesso em: 29 out. 2017.

[177] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água:* relatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau op. cit.

[178] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água*: Manual operativo. Brasília: ANA. 2009. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/ProjetoPipiripau-DF/Documentos.aspx>. Acesso em: 29 out. 2017.

[179] OLIVEIRA, Vandemberg Salvador de; BARRETO JÚNIOR, Edison Rodrigues; HOLANDA, Francisco Sandro R. Os efeitos naturais, econômicos e sociais da erosão na margem direita do Rio São Francisco na sustentabilidade dos agroecossistemas. *Revista Agrogeoambiental*, Pouso Alegre-MG, v.1, nº3, p. 63-72, dez. 2009.

social e ambiental, pois tem como consequência a sedimentação e a perda de nutrientes do solo.[180]

A erosão afeta tanto dentro da propriedade, quanto fora dela. Esses impactos são chamados de *off-site*, quando for externo à propriedade, e *on-site*, quando for interno.[181] Uma consequência relacionada aos custos internos é a diminuição da produtividade do solo, o que causa grandes prejuízos econômicos para os produtores.[182] Já os custos externos envolvem a diminuição do volume hídrico nos reservatórios e a elevação dos gastos com o tratamento de água, os quais são assumidos por toda a sociedade, pois são repassados pelos órgãos públicos e privados.[183]

O impacto social é uma consequência do impacto econômico, já que há um empobrecimento da população que tem a produtividade do solo reduzida. Em alguns casos, essa diminuição econômica deixa a população local em níveis críticos, não tendo o mínimo para a subsistência. Isso traz sérios resultados para o pais, pois gera maiores despesas com programas assistenciais.[184]

Outro custo social gerado é a redução da qualidade dos recursos hídricos devido a poluição das águas, que propaga doenças ao transportar bactérias e vírus. O consumo dessa água contaminada leva ao adoecimento da população e, como consequência, aumenta os custos com o tratamento de saúde.[185]

---

[180] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água: Manual operativo*, op. cit.

[181] SOARES, Luísa Vieira bogéa. *Análise Multicritério dos Serviços Hidro-ambientais do Programa Produtor de Água/ANA*: um Estudo de Caso na Bacia do Ribeirão Pipiripau (DF/GO).2015. 44f. Monografia (Graduação) – Graduação em Engenharia Florestal, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

[182] GUERRA, Antônio José Teixeira. *A erosão dos solos no contexto social*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Antonio_Guerra3/publication/26431746_A_Erosao_dos_Solos_no_Contexto_Social/links/00b7d5142efed73aef000000/A-Erosao-dos-Solos-no-Contexto-Social.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

[183] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água:* Manual operativo, op. cit.

[184] Ibidem.

[185] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água:* Manual operativo. Brasília: ANA. 2009. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/ProjetoPipiripau-DF/Documentos.aspx>. Acesso em: 29 out. 2017.

Em relação ao impacto ambiental, pode-se destacar que a sedimentação, que é causada pela erosão, influencia negativamente na reprodução dos peixes, pois altera a quantidade dos componentes da água. Além disso, o assoreamento destrói o habitat de diversas outras espécies.[186]

Diante dessas consequências causadas pela degradação das bacias hidrográficas, o programa Produtor de Água proposto pela ANA funciona por meio de pagamentos por serviços ambientais efetuados pelos agentes participantes, que podem ser entidades estatais ou não, aos produtores rurais que auxiliem na diminuição da erosão, na elevação da infiltração de água no solo, na melhoria da qualidade desse elemento e no aumento da vazão dos cursos hídricos. [187] Para alcançar esses objetivos, são aceitas ações que comprovem os benefícios ambientais gerados, como atividades de educação ambiental, recuperação florestal, proteção das nascentes e práticas mecânicas, que são obstáculos físicos que auxiliam na redução da velocidade do escoamento da água superficial. [188]

Para colocar em prática essas ações, foram firmados contratos entre os produtores e os agentes financiadores. Esse instrumento estabeleceu quando o pagamento seria efetuado, se antes ou depois da implementação do projeto individual, e se cobriria totalmente ou não as despesas para a sua realização.[189] O pagamento pelos serviços ambientais é feito pelos próprios parceiros do programa, que são os agentes financiadores, e não pela ANA, que se responsabiliza por outros gastos relativos a implementação do projeto.[190]

---

[186] Ibidem.

[187] PEREIRA, Taiane de Barros. *Pagamento por serviços ambientais e políticas públicas no Distrito Federal:* o caso do Programa Produtor de Água (PPA) na Bacia do Ribeirão Pipiripau. 2013. 56f. Monografia (Graduação) – Graduação em Gestão Ambiental, Brasília, 2013.

[188] MELO, João Pedro Fernandes. *O Projeto Produtor de Água no Pipiripau (DF) e o pagamento por serviços ambientais.* 2013. 96f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz e Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília, 2013.

[189] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Programa Produtor de Água: Manual operativo, op. cit.

[190] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Programa Produtor de Água: Manual operativo. 2. ed. Brasília: ANA. 2012. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/Portals/0/DocsDNN6/documentos/Manual%20Operativo%20Vers%C3%A3o%202012%20%2001_10_12.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

A implementação do programa teve início com a publicação de um edital pela ANA, divulgando a contratação de projetos que estivessem de acordo com suas metas. Os interessados deveriam entrar em contato e apresentar o projeto ou formular um com o auxílio dela. Esse projeto deveria apontar um problema relacionado com uma bacia hidrológica e propor ações para a sua solução. Com base nesse planejamento é que foram firmadas as parcerias e a divisão de responsabilidades.[191]

Quem encaminha o projeto à ANA é chamado de proponente e é ele quem estabelece o contrato com os produtores rurais e acompanha o empreendimento de cada um.[192] Para o Proponente receber os recursos financeiros da ANA, foi elaborado um contrato de repasse com validade de três anos.[193] O contrato com o produtor foi feito através de uma licitação que selecionou os projetos individuais das propriedades que participam do programa. O critério para seleção foi o nível de redução da erosão e o aumento da infiltração de água.[194]

O contrato podia ser firmado tanto com produtores que recuperassem as áreas desmatadas, quanto com aqueles que já tinham ações conservacionistas efetivas. Esses últimos tiveram preferência para ingressar no projeto, pois o programa visa incentivar esses produtores a continuarem com as práticas ambientalmente desejáveis. Eles receberam um valor igual ou superior ao pago aos produtores que estavam recuperando as áreas. Também foram privilegiadas as recuperações de vegetação que utilizassem espécies nativas, para que o ambiente natural fosse recuperado ao máximo com as suas características originais.[195]

---

[191] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Programa Produtor de Água: Manual operativo. 2. ed. Brasília: ANA. 2012. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/Portals/0/DocsDNN6/documentos/Manual%20Operativo%20Vers%C3%A3o%202012%20%2001_10_12.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

[192] Ibidem.

[193] AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. Chamamento Público ANA nº 0001/2017. Seleção de Propostas de Projetos no Âmbito do Programa Produtor de Água. Brasília: ANA. 2017.

[194] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água*: Manual operativo, op. cit.

[195] Ibidem.

O manual operativo do Programa Produtor de Água estabelece que a valoração dos serviços ambientais é feita a partir do custo de oportunidade, que é o custo que o produtor suporta ao abdicar de ações agropecuárias. "É a receita que o produtor rural deixa de auferir quando destina uma determinada área para ser ocupada com a vegetação nativa". Para valorar um serviço ambiental, é analisado "o custo de oportunidade de uso de um hectare da área objeto do projeto, expresso em R$/hectare/ano", o preço obtido foi considerado como Valor de Referência (VRE). Essa análise é feita através de um estudo na área de implementação do programa, que tem como base a atividade agropecuária mais frequente no local.[196]

Os pagamentos são feitos com base nesse valor de referência e na análise de cada caso concreto. Quando a conservação da vegetação existente impedir que toda a área seja usada para alguma outra atividade que dê lucro ao produtor, o valor do pagamento é de até 1,25 vezes o valor de referência. Como a vegetação já existe, esse pagamento é mais para incentivar que o produtor continue mantendo-a em pé. Em relação à recuperação da mata nativa, o valor do pagamento é o próprio valor de referência, o qual pode ser reduzido de acordo com a prescindibilidade de cuidados do produtor com a condução das mudas que são usadas para replantação. Já às práticas relacionadas à conservação do solo, é pago o valor de até metade do valor de referência e pode variar de acordo com a redução da erosão. O pagamento é reduzido nesse caso porque o local permanecerá apto para o exercício de atividades que gerem renda. [197]

O pagamento de cada PSA deve ser feito após a certificação, que se inicia com um pedido de verificação feito pelo produtor na data estabelecida no contrato. Depois que a unidade de gestão do projeto ou algum órgão vinculado vistoriar o projeto individual, será emitido um laudo técnico informando se as metas foram alcançadas ou não. Se o produtor tiver atingido o mínimo, terá o seu pagamento,

[196] Ibidem.
[197] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água*: Manual operativo. 2ª edição. Brasília: ANA. 2012. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/Portals/0/DocsDNN6/documentos/Manual%20Operativo%20Vers%C3%A3o%202012%20%2001_10_12.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

caso contrário, estará sujeito a advertências. Ao final, o produtor que cumpriu todas as metas receberá um Certificado de Produtor de Água.[198]

Em 2017, existiam trinta e oito bacias brasileiras participando desse projeto, como Projeto Extrema em Minas Gerais, Projeto Guandu no Rio de Janeiro e o Projeto Camburiú em Santa Catarina e todos esses programas seguem as diretrizes gerais da ANA, já que estão inseridos no Programa Produtor de Água.[199] A distribuição pode ser verificada no mapa a seguir:

Figura 1- Programa Produtor de Água no Brasil

Fonte: Edital de chamamento para o Programa Produtor de Água 2017 – ANA

[198] MELO, João Pedro Fernandes. *O Projeto Produtor de Água no Pipiripau (DF) e o pagamento por serviços ambientais*. 2013. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz e Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília, 2013.

[199] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água*. Brasília, 2012. Disponível em:<http://produtordeagua.ana.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2018.

4.2 A bacia hidrográfica Ribeirão Pipiripau e o Programa Produtor de Água

Uma bacia hidrográfica é um local que abrange vários cursos d'água que escorrem para um rio principal devido ao relevo.[200] As águas das chuvas caem nessa rede hidrográfica e formam esses diferentes cursos de água. Além disso, uma parte dessas águas pluviais evaporam e voltam para a atmosfera e a outra parte, se infiltra no solo e, ou forma o lençol freático, ou é armazenada nos aquíferos subterrâneos.[201] Esse sistema hidrológico envolve uma integração de processos e elementos, os quais são totalmente dependentes um do outro. Assim, qualquer exploração nas águas superficiais impacta diretamente as águas subterrâneas, diminuindo a água da nascente.[202]

O ser humano está presente ao longo de todo o ciclo hidrológico, interferindo com as suas atividades e utilizando a água para diversas finalidades, inclusive para despejar resíduos e efluentes. Para se ter conhecimento do quanto as ações antrópicas podem interferir em cada bacia sem prejudicar a sua existência, é necessário um estudo sobre o local. Esse estudo foi feito e utilizado no caso da bacia do Ribeirão Pipiripau, como base para instituir o programa Produtor de Água.

A bacia Ribeirão Pipiriapau possui 23.527,36 hectares e sua maior parte está localizada no nordeste do Distrito Federal, sendo que a nascente fica no Estado de Goiás,[203] conforme mostra a parte laranja da figura abaixo:

---

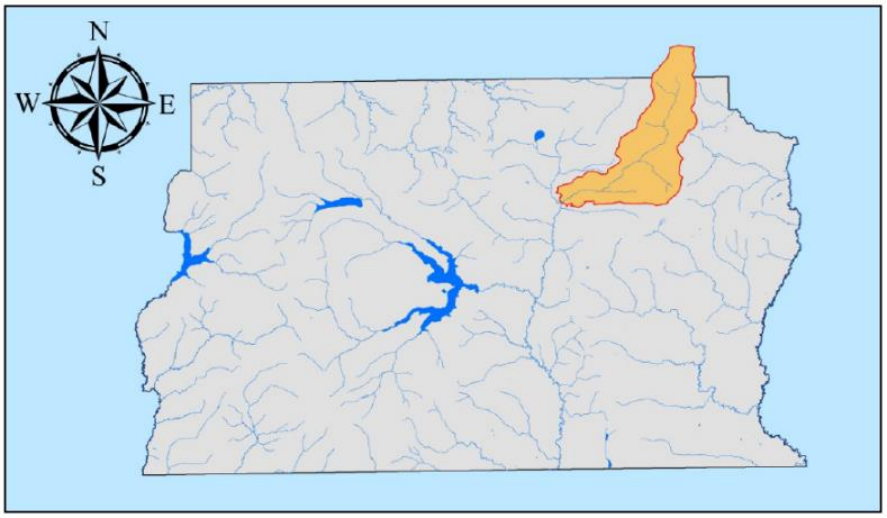
[200] O ECO. *O que é uma bacia hidrográfica*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/29097-o-que-e-uma-bacia-hidrografica/>. Acesso em 20 out. 2017.

[201] MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Ciclo Hidrológico*. Brasília. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/agua/recursos-hidricos/aguas-subterraneas/ciclo-hidrologico>. Acesso em: 24 out. 2017.

[202] COMPANHIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL DO DISTRITO FEDERAL. *Plano de Proteção Ambiental da Bacia Hidrográfica do Ribeirão Pipiripau, Diagnóstico Ambiental.* Brasília: CAESB; EMATER/DF; SEMARH. 2001.

[203] MENDONÇA, Isabele Sena. *Projeto Produtor de Água do Pipiripau – Percepção dos atores.* 2016. 106f. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Agrárias. Curitiba, 2016.

Figura 2 – Posição da Bacia Pipiripau no Distrito Federal



Fonte: Relatório diagnóstico

Essa bacia é responsável pelo abastecimento de água potável das cidades de Sobradinho e Planaltina. Analisando todo o fornecimento de água no Distrito Federal, a água para essas regiões equivale à menos de 10% de toda água fornecida pela CAESB. Contudo, não há outras fontes que possam ser utilizadas para esse abastecimento, caso essa bacia fique impossibilitada para a captação de água. Isso faz com que a recuperação dessa bacia seja de extrema importância não só para os ciclos naturais, mas para o consumo humano.[204]

O Plano de Proteção Pipiripau, elaborado pela CAESB em 2001, já apontava que a mata ciliar estava devastada em pelo menos 122 km de extensão do rio. A ausência da mata ripária foi ocasionada pela ocupação agrícola e pelo estabelecimento de moradias.[205]

[204] MELO, João Pedro Fernandes. *O Projeto Produtor de Água no Pipiripau (DF) e o pagamento por serviços ambientais*. 2013. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz e Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília, 2013.

[205] COMPANHIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL DO DISTRITO FEDERAL. *Plano de Proteção Ambiental da Bacia Hidrográfica do Ribeirão Pipiripau, Diagnóstico Ambiental*. Brasília: CAESB; EMATER/DF; SEMARH. 2001.

Em relação à nascente, localizada no Estado de Goiás, o estudo também apontou um elevado grau de degradação. A vegetação nativa estava presente só no entorno da nascente e depois era cercada pela agricultura, por um aterro não compactado e por bacias de areia escavadas na terra, as quais eram utilizadas para estocar areia proveniente de outra bacia, o que contribuiu muito para o assoreamento.[206]

Para evitar esse tipo de degradação das bacias hidrológicas, há inúmeras atitudes que podem ser tomadas, como a preservação da cobertura vegetal nativa que, como já dito no primeiro capítulo, mantém o solo coberto e garante a sua porosidade. É válido ressaltar que existem algumas espécies dessa vegetação que ampliam a importância dessa cobertura vegetal, pois têm maior capacidade de reter a água, assegurando o balanço hídrico. Pode-se citar como exemplo os campos de murundus, os quais têm a função de armazenar a água e liberá-la aos poucos para os rios, de modo que não tenha enchentes e nem secas acentuadas. O desmatamento na Bacia Ribeirão Pipiripau atingiu também esses campos de murundus. [207]

Com relação à qualidade da água, esse estudo da CAESB trouxe que, com tratamento convencional, a água apresentava boa qualidade para abastecimento doméstico. Porém, essa qualidade estava diminuindo, o que já era preocupante. Já para o uso da água em contato direto em recreação, o resultado era insatisfatório, pois a maioria das amostras apresentavam condições impróprias.[208]

Para o desenvolvimento do programa Produtor de Água no Distrito Federal, a ANA e a ADASA e outras instituições e entidades assinaram um termo de cooperação com o intuito de estimular ações que recuperassem uma determinada

[206] É importante destacar que esse documento deixa claro que "ainda que as possibilidades de impactos sobre os recursos hídricos sejam bastante claras, as atividades realizadas na área da nascente do Ribeirão Pipiripau estão amparadas pela documentação necessária relativa ao licenciamento ambiental". COMPANHIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL DO DISTRITO FEDERAL. Plano de Proteção Ambiental da Bacia Hidrográfica do Ribeirão Pipiripau, Diagnóstico Ambiental. Brasília: CAESB; EMATER/DF; SEMARH. 2001.

[207] COMPANHIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL DO DISTRITO FEDERAL. *Plano de Proteção Ambiental da Bacia Hidrográfica do Ribeirão Pipiripau, Diagnóstico Ambiental*. Brasília: CAESB; EMATER/DF; SEMARH. 2001.

[208] Ibidem.

bacia.[209] Depois de feita a escolha do local para implementação do projeto e realizada uma divulgação para que mais alguma instituição pudesse mostrar interesse em participar. Além da ANA e da ADASA, também compõem a unidade de gestão do projeto: CAESB, The Nature Conservancy – TNC, Universidade de Brasília - UnB, WWF Brasil, Banco do Brasil, Instituto Brasília Ambiental - IBRAM, Secretaria de Agricultura, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA, Pecuária e Abastecimento do Distrito Federal, Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural do Distrito Federal - EMATER-DF e outros.[210]

Posteriormente, foi desenvolvido um cronograma de atividades, sendo que a primeira foi a elaboração de um relatório diagnóstico socioambiental da bacia. Para isso, foi feita a coleta de dados já existentes, a produção de mapas do uso do solo, o estudo de valoração dos serviços ambientais no local e muitas outras atividades. Essa bacia já fazia parte do programa HELP da Unesco, que é um estudo que utiliza determinado espaço para analisar e melhorar as pesquisas em diversas áreas do conhecimento, principalmente na área hidrológica.[211]

O relatório diagnóstico socioambiental, disponibilizado em 2010, constatou que a maior causa de poluição das águas da bacia Ribeirão Pipiripau era a quantidade de erosão e sedimentação e que, por isso, a CAESB classificava as águas da bacia como um dos piores recursos hídricos explorados por ela. Essa classificação foi feita pela medição da qualidade da água "in natura", considerando diversos parâmetros, como a cor, o PH, a turbidez e a presença de alguns elementos.[212]

---

[209] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Acordo de Cooperação Técnica 015/ANA/2011*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/Portals/0/DocsDNN6/documentos/ACT_pipiripau_assinado.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

[210] AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Edital ADASA nº 01/2017:* Pagamento Por Serviços Ambientais a Produtores Rurais, Projeto Produtor de Água no Pipiripau. Brasília: ADASA. 2017.

[211] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Água será preservada*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=9293>. Acesso em: 24 out. 2017.

[212] MELO, João Pedro Fernandes. *O Projeto Produtor de Água no Pipiripau (DF) e o pagamento por serviços ambientais.* 2013. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz e Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília, 2013.

Também foi registrado que a quantidade de chuvas influencia diretamente no nível de turbidez da água e, dependendo do nível, a bacia não pode ser usada para abastecimento público. Com isso, a CAESB dispende um valor alto para realocar a água de outro local e atender as necessidades da população.[213]

Diante dessa situação, a CAESB já vinha desenvolvendo um trabalho de recuperação ambiental. O projeto consistiu na retirada e indenização de produtores rurais de algumas áreas da bacia, onde depois foram plantadas mudas nativas e criada uma trilha ecológica. Das outras propriedades ali presentes, a maioria são da TERRACAP, mas são arrendadas e as outras são particulares e de posse.[214]

Assim, por atender a todas as características descritas na proposta inicial do Programa Produtor de Água, a bacia Ribeirão Pipiripau foi selecionada para implementação do programa. As ações do projeto são voltadas para a regularização de áreas de reserva legal, a recuperação de áreas de preservação permanente, a estimulação de atividades menos impactantes na agricultura e obras de conservação do solo. Por meio dessas ações, objetiva-se amenizar os embates em torno da água e aumentar a qualidade e vazão do rio, possibilitando a diminuição dos gastos atinentes ao tratamento da água captada. Tudo isso é feito com a contrapartida de pagamento em espécie a quem se enquadrar nos requisitos e auxiliar nos serviços ambientais.[215]

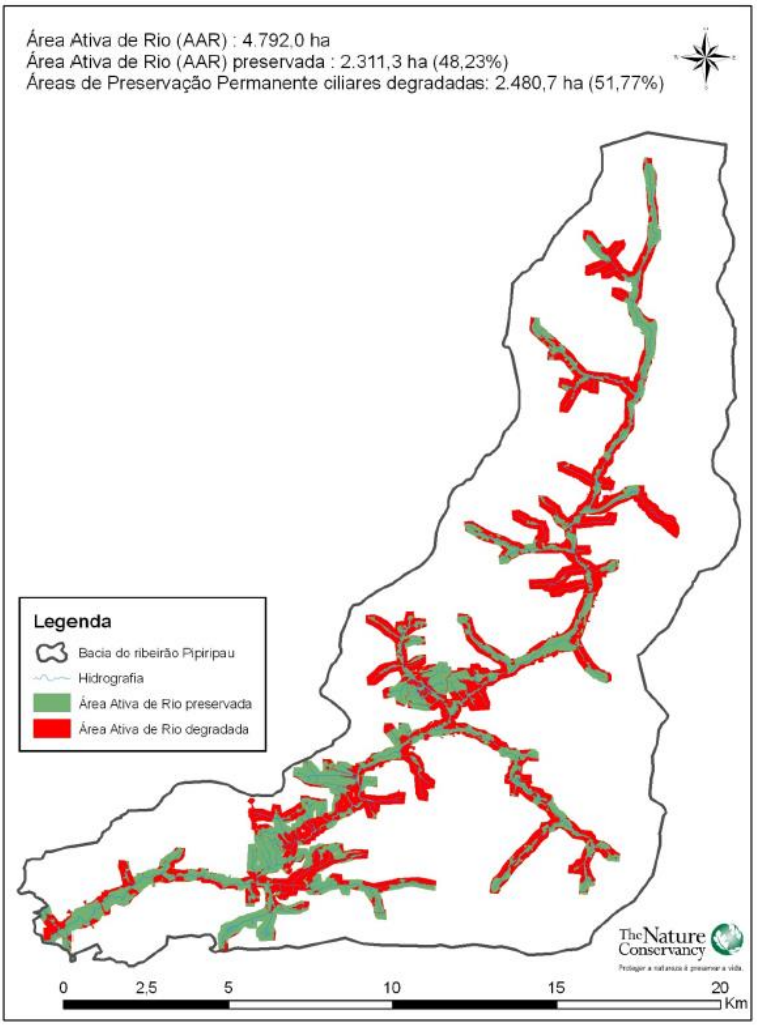
Nesta imagem, em que as áreas vermelhas representam áreas degradadas, é possível perceber o nível de degradação da bacia do Pipiripau em 2010:

[213] PEREIRA, Taiane de Barros. *Pagamento por serviços ambientais e políticas públicas no Distrito Federal:* o caso do Programa Produtor de Água (PPA) na Bacia do Ribeirão Pipiripau. 2013. 56f. Monografia (Graduação) – Graduação em Gestão Ambiental, Brasília, 2013.

[214] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água*: relatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau. Brasília: ANA; TNC; EMATER-DF; SEAGRI-DF. 2010.

[215] MELO, João Pedro Fernandes. *O Projeto Produtor de Água no Pipiripau (DF) e o pagamento por serviços ambientais.* 2013. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz e Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília, 2013.

Figura 3 – Áreas degradadas na Bacia do Pipiripau



Fonte: Programa Produtor de Água: relatório de diagnóstico socioambiental da bacia do Ribeirão Pipiripau.

Os custos com o programa de PSA não envolvem só o pagamento pelos serviços prestados, mas também os valores relacionados à sua implementação e manutenção. Assim, esses custos podem ser divididos em três classes: custos para recuperação florestal, custos de obras de conservação de solo e readequação de

estradas rurais e custos relativos aos serviços ambientais prestados durante o projeto. [216]

Os primeiros custos abrangem todos os gastos relacionados à produção e ao plantio de mudas nativas do cerrado, as quais foram usadas para recuperação das áreas degradadas, e teve como prioridade as áreas de proteção permanente e de reserva legal. [217] Para concretizar isso, teve a revitalização de um viveiro público, onde foram feitas as mudas necessárias.[218]

O cálculo do custo da recuperação florestal foi feito com base no preço de cada muda vezes a quantidade necessária para suprir o déficit. A área total degradada era de 1.633 hectares, sendo 305 ha em área de proteção permanente e o restante em área de reserva legal. O programa assumiu toda a restauração da primeira área, mas em relação a segunda, apenas distribuiu as mudas e o produtor rural arcou com a restauração.[219]

O segundo custo foi voltado para as obras de conservação do solo, cuja degradação é causada, principalmente, pela erosão hídrica. A consequência disso são diversos impactos econômicos, como a perda de produtos na agricultura (fertilizante, calcário) e as despesas com a manutenção de estradas e tratamento dos recursos hídricos. Esses prejuízos só ocorrem quando os níveis de erosão ultrapassam os limites aceitáveis para formação do solo.[220]

---

[216] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água: r*elatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau. Brasília: ANA; TNC; EMATER-DF; SEAGRI-DF. 2010.

[217] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água: r*elatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau. Brasília: ANA; TNC; EMATER-DF; SEAGRI-DF. 2010.

[218] EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL NO DISTRITO FEDERAL. *Produtor de Água no Pipiripau é renovado por mais cinco anos*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.emater.df.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1908:produtor-de-agua-no-pipiripau-e-renovado-por-mais-cinco-anos&catid=47:noticias&Itemid=125>. Acesso em: 30 out. 2017.

[219] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água:* relatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau, op. cit.

[220] Ibidem.

Dessa forma, esse custo está relacionado com readequações de estradas, manutenção de terraços e criação de outras práticas mecânicas, as quais são usadas no combate a erosão e consistem em obstáculos que retêm e direcionam a água da chuva. Os terraços que existiam no local já estavam sem manutenção há anos, não cumprindo mais com a sua função. [221]

Já o terceiro custo foi direcionado para o pagamento das práticas humanas que conservam o meio ambiente e diminuem a sua degradação (serviços ambientais).[222] Foi uma forma de incentivar os produtores rurais a terem atitudes sustentáveis e reverterem a degradação da Bacia do Pipiripau em prol de toda a população.

Em relação a esse custo com o PSA, o relatório socioambiental estabelece que pode ser feito de três formas: pela conservação de fragmento florestais, pela restauração de florestas e pela conservação de solo e água. Foram identificadas as áreas para esses três tipos de PSA, de acordo com o mapeamento feito no início. A prioridade de cada uma delas foi analisada com base em dois critérios: "susceptibilidade à erosão das terras na bacia e a área ativa do rio". Essa área consiste na "real necessidade dos corpos hídricos em termos de largura de proteção ciliar".[223]

A conclusão foi que as áreas ativas de rio e as áreas com grande vulnerabilidade de erosão seriam de prioridade alta. Quando esses dois critérios estivessem presentes no mesmo local, ele seria de prioridade muito alta. As demais áreas foram consideradas como de baixa prioridade, por isso o valor de incentivo seria menor.[224]

[221] Ibidem.
[222] Ibidem.
[223] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água:* relatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau. Brasília: ANA; TNC; EMATER-DF; SEAGRI-DF. 2010.
[224] Ibidem.

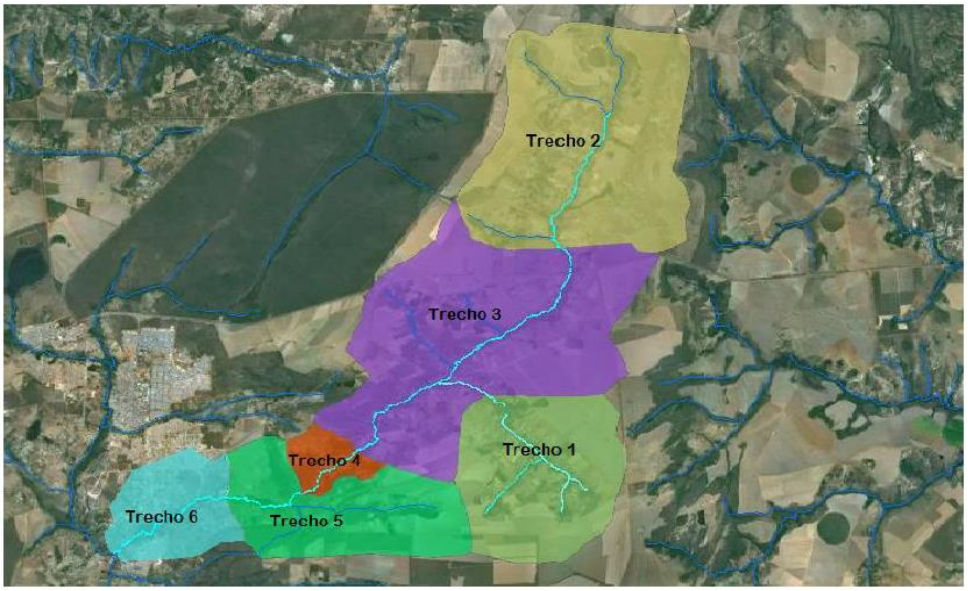
Contudo, essa não foi a prioridade seguida pelos editais da ADASA, pois traria duas grandes dificuldades. A primeira estaria relacionada aos cálculos dos valores, pois poderia haver um questionamento dos critérios adotados. A segunda seria com relação à compreensão de outros produtores da bacia, que questionariam o motivo de um receber mais que o outro pelo mesmo serviço ambiental. Com isso, a prioridade adotada foi de acordo com os trechos que deveriam ser atendidos primeiro.[225]

No Edital ADASA 01/2012, o qual divulgou o projeto, foram usadas essas modalidades de PSA. Para a sua implementação, a bacia foi dividida em seis trechos e, nesse momento, o projeto abrangeu apenas os trechos dos Núcleos Rurais Pipiripau e Taquara, conforme mostra as figuras a seguir:[226]

[225] ROCHA, José Bento da. *Questionamentos sobre o projeto Produtor de Água na bacia do Pipiripau*. Nota: Informações obtidas por e-mail do Regulador de Serviços Públicos e Superintendente de Planejamento e Programas Especiais da ADASA. 12 nov. 2017.

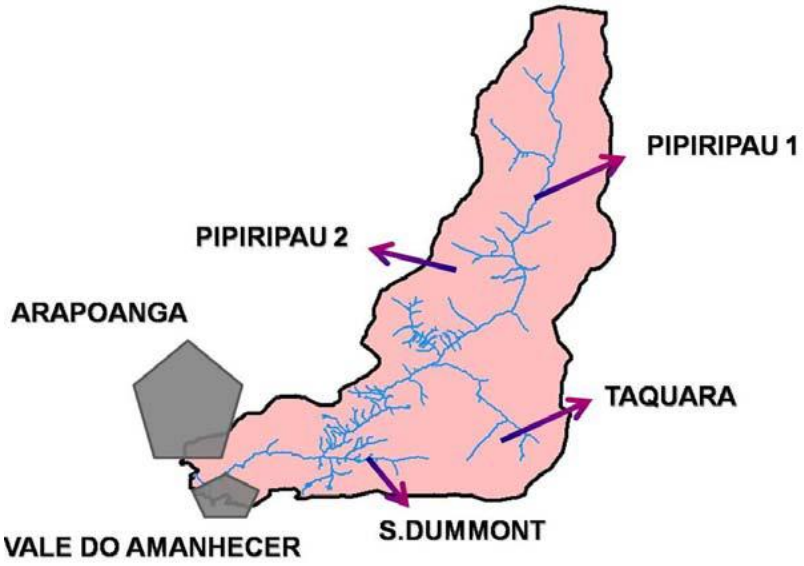
[226] AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Edital ADASA nº 01/2012:* Pagamento Por Serviços Ambientais a Produtores Rurais, Projeto Produtor de Água no Pipiripau. Brasília: ADASA. 2012.

Figura 4 – Divisão da Bacia do Pipiripau em trechos



Fonte: Edital ADASA 01/2012

Figura 5 – Núcleos urbanos da Bacia do Ribeirão Pipiripau



Fonte: Relatório diagnóstico

Para participar desse edital, os produtores rurais tiveram que manifestar o seu interesse por meio de uma ficha de cadastro, que foi entregue a EMATER-DF. Posteriormente, foi feita uma vistoria na propriedade desse produtor, para que fossem analisadas as características necessárias para a elaboração do projeto técnico. Depois de elaborado, esse projeto executivo foi apresentado ao produtor rural, para que ele pudesse avaliar se aceitaria participar e executar o que estava sendo proposto. O produtor pôde concordar total ou parcialmente com as atividades sugeridas no projeto e fez isso apresentando a sua proposta à EMATER, que validou o projeto individual e encaminhou à ADASA.[227]

Como já explicado, o método adotado por esse programa para se chegar ao valor do serviço ambiental é o método do custo de oportunidade. No relatório diagnóstico elaborado em 2010, constava que, o valor desse custo na bacia Ribeirão Pipiripau, obtido por meio de um estudo feito pela EMATER-DF, como base na simulação de atividade pecuária, seria de R$ 137,00 (cento e trinta e sete reais). Com base nesse estudo, esse relatório adotou como referência o valor de R$ 140,00 (cento e quarenta reais). A pecuária foi escolhida para ser usada nessa base de cálculo, por ser a atividade de menor risco desenvolvida no local. [228]

A ideia de menor risco era: a baixa variação dos preços e a não identificação de riscos de perda total. Por exemplo, se fosse utilizada a agricultura como base, teria a presença de um risco muito maior, pois nesse tipo de atividade há a possibilidade de, por algum motivo, não existir a colheita ou, por outro lado, a colheita e os preços serem muito acima da média do mercado. Contudo, a pecuária

[227] AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Edital ADASA nº 01/2017*: Pagamento Por Serviços Ambientais a Produtores Rurais, Projeto Produtor de Água no Pipiripau. Brasília: ADASA. 2017. Edital ADASA. 2017.

[228] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Programa Produtor de Água: relatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau. Brasília: ANA; TNC; EMATER-DF; SEAGRI-DF. 2010.

tem sofrido muitas variações, então a terminologia de "atividade de menor risco" não seria a mais adequada hoje.[229]

O valor de referência era para pagamento das práticas de restauração florestal e, a partir dele, seriam calculados os valores para as outras práticas, conforme determinação do manual operativo desenvolvido pela ANA. Os produtores que prestassem serviços de conservação florestal receberiam mais, pois eles estariam trabalhando a mais tempo, então o valor de referência seria aumentado em 25%, indo para R$ 175,00 (cento e setenta e cinco reais).[230]

O que teria o menor valor de pagamento seriam os serviços ambientais para a conservação de água e solo, que seria o valor inicial reduzido em 50%, totalizando R$ 70,00 (setenta reais). O motivo dessa diminuição é que esses benefícios atingem toda a sociedade e por isso devem ser compensados, mas, por outro lado, traz benefícios exclusivos para a propriedade, os quais devem ser arcados pelo próprio produtor. Também haveria a possibilidade de elevação desses valores dependendo da classificação de prioridade de cada área. Cada tipo de prioridade tem um peso diferente, o qual seria considerado na hora do cálculo do valor a ser pago.[231]

O edital da ADASA de 2012 utilizou essas referências e trouxe valores próximos aos previstos no manual operativo. Apesar de serem desenvolvidas muitas atividades na bacia Ribeirão do Pipiripau e não ser possível estabelecer um valor de custo único para todas, o intuito é ter valores próximos do custo de oportunidade

[229] ROCHA, José Bento da. *Questionamentos sobre o projeto Produtor de Água na bacia do Pipiripau*. Nota: Informações obtidas por e-mail do Regulador de Serviços Públicos e Superintendente de Planejamento e Programas Especiais da ADASA. 12 nov. 2017.

[230] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água: relatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau*, op. cit.

[231] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Programa Produtor de Água: relatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau. Brasília: ANA; TNC; EMATER-DF; SEAGRI-DF. 2010.

previsto no manual. Assim, os valores para os pagamentos por serviços ambientais foram estabelecidos de acordo com a modalidade. [232]

O valor da modalidade I de PSA, pagamento pelos serviços de conservação do solo, foi calculado pelo percentual de abatimento de erosão alcançado vezes a área que de intervenção na propriedade, tendo como base a tabela a seguir:[233]

Tabela 1 - Valores de referência de PSA referentes à conservação do solo – Edital 2012.

Índice	Nível de Abatimento de Erosão e Respectivos Valores de Pagamento		
P.A.E.	25-50%	51-75%	>75%
V.R.P (R$/há/ano)	30,00	50,00	80,00

P.A.E – porcentagem de abatimento de erosão. V.R.P. – valores de referência de pagamento

Fonte: edital da ADASA 01/2012

Já na modalidade II, referente à restauração ou conservação de APP e/ou Reserva Legal, os valores de referência foram:[234]

[232] ROCHA, José Bento da. *Questionamentos sobre o projeto Produtor de Água na bacia do Pipiripau*. Nota: Informações obtidas por e-mail do Regulador de Serviços Públicos e Superintendente de Planejamento e Programas Especiais da ADASA. 12 nov. 2017.

[233] AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Edital ADASA nº 01/2012:* Pagamento Por Serviços Ambientais a Produtores Rurais, Projeto Produtor de Água no Pipiripau. Brasília: ADASA. 2012.

[234] Ibidem.

Tabela 2 - Valores de referência de PSA referentes à restauração ou conservação de APP e/ou RL- Edital 2012.

Categoria	Restauração com carência de zelo	Restauração medianamente cuidada	Restauração bem cuidada
V.R.P (R$/ha/ano) Vegetação nativa plantada	50,00	90,00	160,00
V.R.P (R$/ha/ano) Vegetação nativa preservada	200,00		

Fonte: edital da ADASA 01/2012

Os valores referentes a "restaurações com carência de zelo" estavam relacionados com as recuperações feitas em locais em que a perda de plantio alcançava os níveis entre 30% e 50% devido à falta de cuidado ou ausência de qualidade de manutenção. Já as "restaurações medianamente cuidadas" eram as áreas em que o a perda do plantio fosse entre 11% e 30%, também por falta de cuidado ou baixa manutenção. As áreas de "restaurações bem cuidadas" eram locais onde a perda do plantio não superava 10% e os locais de "vegetação nativa preservada" eram áreas que só demandaram o investimento para o cercamento.[235]

Na modalidade III, referente a conservação de remanescente de vegetação nativa, o cálculo dos valores foi efetuado com base nos valores a seguir:

[235] AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Edital ADASA nº 01/2012:* Pagamento Por Serviços Ambientais a Produtores Rurais, Projeto Produtor de Água no Pipiripau. Brasília: ADASA. 2012.

Tabela 3 - Valores de referência de pagamento para o incentivo à conservação de vegetação nativa – Edital 2012.

Estágio de conservação do remanescente de vegetação nativa	Percentual da APP ripária a ser restaurada		
	25 a 40%	41 a 80%	>80%
Vegetação nativa em estágio sucessional avançado/médio	50,00	90,00	160,00
Vegetação nativa em estágio sucessional inicial	40,00	50,00	80,00

Fonte: edital da ADASA 01/2012

No edital publicado pela ADASA em 2017, para divulgar a renovação do projeto, foram usadas as mesmas modalidades de PSA e foi especificado que seriam retribuídas as práticas de conservação do solo, de conservação de vegetação nativa que não foram destruídas e a "restauração ou conservação de APP e/ou vegetação nativa em até 20% da área total, desconsiderando APP". Esse edital abrangeu todos os trechos das bacia e não só os trechos dos Núcleos Rurais Pipiripau e Taquara como o edital de 2012. [236]

Também houve uma atualização nos valores de referência nesse edital. Para a "conservação de APP e/ou vegetação nativa em até 20% da área total, desconsiderando APP" será pago o valor de R$287,30 ha/ano. Já para a restauração será de R$ 129,28 ha/ano, se parcial e R$ 229,84 ha/ano, se total. Para a conservação de áreas remanescentes, ou seja, áreas que não incluem APP e vegetação nativa em até 20% da área total, será pago R$ 344,76 ha/ano. Já para os serviços de conservação do solo, o valor passou a ter como base a tabela a seguir: [237]

[236] Ibidem.
[237] AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Edital ADASA nº 01/2017:* Pagamento Por Serviços Ambientais a Produtores Rurais, Projeto Produtor de Água no Pipiripau. Brasília: ADASA. 2017.

Tabela 4 – Valores de referência de PSA referente à conservação do solo – Edital 2017.

Índice	Nível de Abatimento de Erosão e Respectivos Valores de Pagamento		
P.A.E	25-50%	51-75%	>75%
V.R.P (R$/ha/ano)	43,10	71,82	114,92

P.A.E – porcentagem de abatimento de erosão. V.R.P. – valores de referência de pagamento

Fonte: edital da ADASA 01/2012

Todos esses valores são pagos com correção de acordo com o índice de preços ao consumidor amplo e serão proporcionais ao que efetivamente foi feito pelo produtor. O contrato tem prazo de cinco anos e é firmado entre a ADASA e produtor rural. O pagamento pelo PSA é feito em conta nominal uma vez no ano e a responsável por desembolsar esse dinheiro é a CAESB. Na época das discussões da implementação do projeto, a CAESB sugeriu que os gastos com o PSA fossem adicionados à conta paga pelos usuários da água, porém, isso não foi aceito pela ADASA. [238]

4.3 A bacia Ribeirão Pipiripau em 2017

O projeto Produtor de Água no Pipiripau foi renovado em 2017, para ser executado por mais cinco anos com o objetivo de revitalizar a bacia hidrográfica de acordo com as modalidades apresentadas neste trabalho. Conforme o edital de renovação:

> As ações implementadas no âmbito do Programa incluem o reflorestamento de Áreas de Preservação Permanente e de áreas de Vegetação Nativa em até 20% da área total, desconsiderando APP, adequação de estradas rurais e a conservação de solo e água em áreas produtivas, tais como lavouras e pastagens.
>
> Essas ações visam, sobretudo, favorecer a infiltração de água e a consequente recarga do lençol freático, evitando também que a água da chuva se transforme em escoamento superficial,

[238] MELO, João Pedro Fernandes. *O Projeto Produtor de Água no Pipiripau (DF) e o pagamento por serviços ambientais.* 2013. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz e Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília, 2013.

> maior agente causador de erosão e assoreamento de corpos d'água em ambientes rurais.[239]

Contudo, mesmo com essas ações sendo executadas desde 2012, o volume do córrego diminuiu e, em 2017, a CAESB teve que suspender a captação de água no Pipiripau com o intuito de recuperar a capacidade deste corpo hídrico. Isso deixou uma parte da população de Planaltina e Sobradinho sem água por até seis dias consecutivos e o galão de água chegou a ser vendido por até R$100,00 (cem reais).[240]

A agricultura também enfrentou grandes prejuízos. A média de produção de verduras, legumes e hortaliças é de 400 toneladas por mês e em novembro de 2017 foram produzidas apenas 240 toneladas. A ADASA reduziu o período de captação de água para a irrigação, para não concorrer com a captação da CAESB. A captação normal nessa bacia é de 250 l/s, contudo, no ápice da crise de 2017, a CAESB chegou a captar 125 l/s, por isso foi necessária a mudança de atitude para a gestão desse recurso no local.[241]

Com o objetivo de amenizar essa situação, foi realizado um novo acordo sobre a gestão da água no Pipiripau, de modo a compatibilizar o uso desse recurso pelos três principais grupos que o retiram desse local: produtores rurais, que utilizam a água pelo canal Santos Dumont, agricultores, que ficam acima desse canal, e a CAESB.[242] Diante das novas regras, iniciou-se o rodízio de água em outubro de 2017.[243]

---

[239] AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Edital ADASA nº 01/2017:* Pagamento Por Serviços Ambientais a Produtores Rurais, Projeto Produtor de Água no Pipiripau. Brasília: ADASA. 2017.

[240] CARVALHO, Letícia. *Crise hídrica: Planaltina e Sobradinho são as regiões mais críticas do DF, diz CAESB.* 18 jan. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/crise-hidrica-planaltina-e-sobradinho-sao-as-regioes-mais-criticas-do-df-diz-caesb.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2018.

[241] Ibidem.

[242] FAGGIANI, Nádia. *Proposta para uso da água da bacia do Pipiripau é aprovada no Distrito Federal*. 26 out. 2017. Disponível em: <http://radioagencianacional.ebc.com.br/geral/audio/2017-10/proposta-para-uso-da-agua-da-bacia-do-pipiripau-e-aprovada-no-distrito-federal>. Acesso em: 07 fev. 2018.

[243] SOARES, Thiago. *ADASA oficializa racionamento de 24 horas em Planaltina e Sobradinho.* 06 out. 2017. Disponível em:

Mesmo diante desse cenário, há estudos que indicam que a existência das matas ripárias contribui para manutenção dos corpos hídricos, por regularem o fluxo e a vazão da água, filtrarem as substâncias e preservarem as margens.[244] Há também pesquisas que mostram que a degradação das florestas interfere na existência dos mananciais, porém, a relação entre eles –mananciais e florestas- depende de muitos outros fatores específicos de cada local, tais como o regime de chuvas e os tipos de vegetação e solo. Diante disso, é difícil isolar apenas uma dessas variáveis, para verificar a sua interferência na qualidade das bacias hidrográficas. Contudo, a maioria dos estudos concordam que o equilíbrio dessas variáveis dentro dos ecossistemas garante a provisão de todos os serviços ecossistêmicos e que a existência de florestas contribui para a qualidade dos mananciais.[245]

De acordo com os resultados de um estudo realizado nos Estados Unidos em 2004, com 27 bacias, os custos dos tratamentos dos recursos hídricos são reduzidos à medida que há um aumento da cobertura vegetal em torno dos corpos hídricos. O custo com o tratamento diminui aproximadamente 20% a cada 10% de aumento das matas ciliares.[246] Diante de estudos como esse, espera-se que um dos resultados desse projeto seja a diminuição com o tratamento de água feito pela CAESB. Assim, ela reduziria seus custos com o tratamento e poderia continuar custeando o pagamento por serviços ambientais, "seria um ciclo de sustentabilidade financeira do projeto". Entretanto, ainda não foi possível perceber essa diminuição, talvez por ser ainda ser um projeto recente.[247]

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/10/26/interna_cidadesdf,636551/adasa-oficializa-racionamento-de-24-horas-em-planaltina-e-sobradinho.shtml>. Acesso em: 07 fev. 2018.

[244] CRIADO. Rodrigo Cezar. PIROLI, Edson Luís. Pagamento por Serviços Ambientais na gestão dos recursos hídricos no Brasil. *GeoAtos*: Departamento de Geografia da FCT/UNESP, Presidente Prudente, v. 2, n. 11, p. 83-96, jul./dez. 2011.

[245] WHATELY, Marussia; HERCOWITZ, Marcelo. *Serviços ambientais: conhecer, valorizar e cuidar.* Disponível em: < https://www.socioambiental.org/pt-br/o-isa/publicacoes/servicos-ambientais-conhecer-valorizar-e-cuidar-subsidios-para-a-protecao-dos>. Acesso em: 07 fev. 2018.

[246] ERNST, Caryn; GULLICK, Richard; NIXON Kirk. Protecting the Source: Conserving Forest to Protect Water. *Revista Opflow*, Denver, v. 30, n. 5, p. 5, maio, 2004.

[247] MENDONÇA, Isabele Sena. *Projeto Produtor de Água do Pipiripau – Percepção dos atores*. 2016. 106f. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Agrárias. Curitiba, 2016.

Em 2016, foi realizada uma pesquisa sobre o que motivou os produtores rurais a ingressarem no projeto. Foram entrevistados alguns produtores que já haviam recebido pelo menos um pagamento durante o projeto e o resultado mostrou que o principal motivo de adesão é a questão ambiental, pois o valor do pagamento é baixo, e por isso, é considerado apenas simbólico.[248]

Segundo os dados dessa pesquisa, havia uma nascente em um local de criação de gado e, depois de implantado o projeto, foi possível perceber a diferença do nível da água. A Universidade de Brasília - UnB é responsável por monitorar os dados quantitativos e qualitativos da bacia e, para isso, instalou aparelhos de monitoramento no início do projeto, para comparar a diferença no futuro. Ainda é cedo para analisar os resultados diretos do programa, mas os produtores já notaram uma considerável diminuição nas enxurradas [249] e os monitoramentos apontam que a redução da erosão está correspondendo ao que estava sendo esperado pelos critérios de eficiência de impacto nas bacias.[250] O IBRAM considera que serão necessários vinte anos para a recuperação da bacia. Se recuperadas todas as áreas de APP e RL, a estimativa é que o volume anual da bacia aumente em 252.288.000 m^3.[251]

A previsão para os resultados do monitoramento de 2018 a 2017 é que a redução da erosão ajude "na diminuição do risco de contaminação da água por pesticidas, o aumento da vazão em períodos de estiagem e o aumento do índice de qualidade do solo".[252] Os resultados obtidos podem ser classificados em não mensuráveis e mensuráveis diretamente. Entre os primeiros estão a conscientização

[248] Ibidem.
[249] Ibidem.
[250] SOARES, Luísa Vieira Bogéa. *Análise Multicritério dos Serviços Hidro-ambientais do Programa Produtor de Água/ANA*: um Estudo de Caso na Bacia do Ribeirão Pipiripau (DF/GO).2015. 44f. Monografia (Graduação) – Graduação em Engenharia Florestal, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
[251] CAMELO, Ana Paula Silva. *Quantificação e valoração do serviço ambiental hidrológico resultante da recomposição de passivos ambientais na bacia hidrográfica do Ribeirão Pipiripau*. 2011. 92f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Ciências Florestais departamento de Engenharia Florestal, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.
[252] AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Participantes do Interáguas conhecem realidade da bacia Ribeirão Pipiripau*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=13107>. Acesso em: 08 fev. 2018.

sobre a importância do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida dos produtores. Na segunda classificação, pode-se ressaltar a preservação da mata nativa existente, além da produção de mais de 350 mil mudas para recuperação de APP e RL. Em relação à conservação do solo, o projeto foi responsável pela melhoria de 67,5 quilômetros de estradas e estão em construção 1160 hectares de terraços. [253]

No final do ano de 2017, alunos de escolas públicas e particulares foram levados para fazer o plantio de algumas mudas nas propriedades rurais. [254] Já no início de 2018 foi feita uma "Colônia de Férias Ambientalmente Divertida", com o intuito de conscientizar as crianças sobre a importância da água e da sua preservação.[255]

O Programa Produtor de Água se tornou uma referência no Brasil e em outros países, por ser um modelo de projeto que envolve diversas instituições atuando em conjunto.[256] Em novembro de 2017, representante do Ministério da Agricultura e do Ministério do Meio Ambiente de Cuba estiveram visitando o local de implementação do programa, para verem como ele está sendo desenvolvido.[257]

Devido a importância de uma política de PSA, já tiveram discussões sobre as condições necessárias para a sua aplicação em outras áreas do Distrito Federal, como a Bacia do rio Descoberto e alguns pontos do Lago Paranoá. Porém, até a efetiva implementação, ainda serão necessários muitos estudos sobre as características do

[253] AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Produtor de água no Pipiripau é novado por mais 5 anos*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.adasa.df.gov.br/681-produtor-de-agua-no-pipiripau-e-renovado-por-mais-5-anos>. Acesso em: 09. fev. 2018.

[254] EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL DO DISTRITO FEDERAL. *Bacia do Pipiripau recebe 1,2 mil mudas de viveiros escolares*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.emater.df.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2176:bacia-do-pipiripau-recebe-12-mil-mudas-de-viveiros-escolares&catid=47:noticias&Itemid=125>. Acesso em: 09 fev. 2018.

[255] PRODUTOR. *Projeto Produtor de Água no Pipiripau-DF*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.produtordeaguapipiripau.df.gov.br/2018/02/08/produtor-de-aguas-promove-colonia-de-ferias-ambientalmente-divertida/>. Acesso em: 09. fev. 2018.

[256] AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Produtor de água no Pipiripau é novado por mais 5 anos*, op. cit.

[257] COMITIVA. *Projeto Produtor de Água no Pipiripau-DF*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.produtordeaguapipiripau.df.gov.br/2017/11/08/comitiva-de-cuba-faz-visita-para-conhecer-programa-produtor-de-aguas/>. Acesso em: 09 fev. 2018.

local, dos produtores e dos beneficiários.[258] O site do programa Descoberto Coberto já aponta algumas ações para o pagamento por serviços ambientais na Bacia do Descoberto, porém, ainda não foi registrada nenhuma implementação. [259] O que existe hoje é uma parceria entre algumas entidades e a colaboração de produtores rurais, que já realizaram o plantio de mais de duzentas mil árvores na Área de Proteção Ambiental (APA) do Descoberto.[260]

O Ministério do Meio Ambiente publicou que "as iniciativas de preservação ambiental a partir do Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) estão entre as que mais cresceram no País nos últimos anos". O Brasil tem implementado políticas com base nesse instrumento econômico com o intuito de honrar compromissos que assumiu em acordos ambientais internacionais. De acordo com levantamentos do IBGE, mais de quatrocentos municípios arcam com algum projeto que envolve PSA.[261] Diante desses dados, é possível perceber a importância atual de programas baseados na política de PSA, como o Produtor de Água no Pipiripau, e o quão significativo eles podem ser no enfretamento dos problemas ambientais, especialmente da crise hídrica.

5 CONCLUSÃO

Após ter enfrentado grandes problemas com a ausência de proteção do meio ambiente natural, como a falta de água, a sociedade de um modo geral percebeu que para garantir a existência de vida é necessária a conservação da natureza. Uma parte

[258] MELO, João Pedro Fernandes. *O Projeto Produtor de Água no Pipiripau (DF) e o pagamento por serviços ambientais*. 2013. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz e Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília, 2013.

[259] DESCOBERTO COBERTO. *Documentos*. Brasília. Disponível em: <http://www.descobertocoberto.df.gov.br/documentos.asp>. Acesso em: 08 fev. 2018.

[260] MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Projeto Descoberto Coberto promove mutirão de reflorestamento inovador às margens do Lago Descoberto*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/noticias/noticias-2018/9753-projeto-descoberto-coberto-promove-mutirao-de-reflorestamento-inovador-as-margens-do-lago-descoberto>. Acesso em: 08 fev. 2018.

[261] MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Pagamento por Serviços Ambientais cresce no país.* Brasília, 2017. Disponível em: < http://www.mma.gov.br/index.php/comunicacao/agencia-informma?view=blog&id=2447>. Acesso em: 08 fev. 2018.

do Brasil já sofre com a estiagem há alguns anos, contudo, recentemente a crise hídrica chegou à capital do país e trouxe como consequência o racionamento e o rodízio de água. Diante disso, a discussão sobre a preservação desse recurso natural recebeu grande destaque e forçou o Governo a pensar em soluções para essa situação.

Frente a essa questão, esta monografia buscou estudar uma das soluções possíveis: a política de pagamento por serviços ambientais – PSA na gestão dos recursos hídricos. A conclusão foi que é possível a utilização desse instituto no enfrentamento da crise, contudo, os resultados de programas que envolvam essa política são de médio e longo prazos, o que faz com que ele não possa ser utilizado como uma solução imediata, mas como um projeto preventivo, para que a crise hídrica não ocorra novamente. Além disso, a elaboração de projetos fundamentados no PSA demanda estudos aprofundados da região, o que dificulta a implementação dessa política em novos lugares.

O direito fundamental à vida, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao acesso à água são garantias constitucionais que não se confundem, mas que se relacionam diretamente. O primeiro abrange o bem-estar e o desenvolvimento do ser humano. O segundo garante proteção do meio ambiente natural, o qual é responsável por fornecer as condições essenciais para a existência de vida, de forma que, quanto mais equilibrado ele estiver, maiores benefícios ele trará à sociedade. Já o terceiro assegura o acesso à um dos elementos providos pela natureza que é necessário para a sobrevivência dos seres vivos: a água. Assim, para que haja água de qualidade e garanta a existência da vida humana é necessário que os ecossistemas estejam equilibrados e provejam os serviços ecossistêmicos.

Os serviços ecossistêmicos resultam de processos naturais gerados dentro dos ecossistemas e trazem benefícios para o ser humano. De acordo com a classificação feita pela Avaliação Ecossistêmica do Milênio, os serviços podem ser de provisão, de esporte, reguladores e culturais. Todos esses serviços garantem o funcionamento

do sistema ecológico e interferem na vida dos seres vivos, por isso devem haver os serviços ambientais que garantam a provisão deles.

A água é um elemento natural provido pelo serviço de provisão e a água de qualidade possui natureza jurídica de recurso natural ilimitado e com valor econômico. Esse recurso é usado para diversas finalidades da vida humana e a sua qualidade depende do nível de degradação do meio ambiente em que os mananciais estiverem inseridos. Devido à sua importância, a Constituição Federal determinou que a água é de domínio público, de modo que todos os Entes têm um dever-poder de guarda e gestão.

Para garantir a qualidade dos mananciais, é imprescindível a existência de mata ripária, a qual proporciona a filtragem de substâncias, regula o fluxo e a vazão hídrica, bem como preserva as margens dos leitos. O Código Florestal já reconheceu a importância da vegetação e trouxe os espaços territoriais especialmente protegidos, como a área de preservação permanente e de reserva legal.

Em 1997, foi editada a Lei 9.433, que estabelece a Política Nacional de Recursos Hídricos e tem como objetivo garantir água de qualidade para gerações presentes e futuras. Para poder viabilizar esse escopo, essa norma prevê instrumentos para a gestão das bacias hidrográficas. Contudo, apenas esses mecanismos não têm sido suficientes para gerir os recursos hídricos e atingir a finalidade legal, por isso deve haver a utilização de instrumentos econômicos concomitantemente. Isso pode ser verificado com a atual crise hídrica no DF, a qual foi gerada por inúmeros fatores, dentre eles, a remoção da cobertura vegetal, que levou à diminuição da infiltração de água no solo e à elevação da erosão.

Para concretizar os objetivos estabelecidos nas políticas públicas, são necessários instrumentos, os quais podem ser de comando e controle, econômicos e de comunicação. O pagamento por serviços ambientais se insere na classificação de instrumento econômico cuja finalidade é alcançar metas ambientais por meio do sistema de preços e recompensas, de modo que a sociedade seja incentivada a

praticar condutas ambientalmente desejáveis. É a chamada função promocional do direito, ao invés de ele coibir e punir determinada ações, ele incentiva outras.

O instituto do PSA é fundamentado principalmente nos princípios da prevenção, do usuário-pagador, do poluidor pagador, do preservador-recebedor e no do desenvolvimento sustentável. Diante desses princípios, é necessário que as ações antrópicas usem técnicas que causem o mínimo de dano à natureza, de modo a prevenir qualquer impacto que já se tenha conhecimento.

Mesmo adotando a técnica menos impactante, quem utilizar os recursos naturais deve pagar por ele e arcar com os custos necessários para tornar viável o uso desse recurso. Além disso, também devem ser reparados os danos causados ao meio ambiente e suportados os custos com a prevenção e/ou recuperação. A legislação impõe limites à poluição e, dentro desses limites, o que for poluído deve ser recuperado ou indenizado, de forma que as externalidades negativas sejam internalizadas. Essa internalização deve ser exclusiva do produtor, não devendo ser repassado o seu custo para o preço do produto final. Caso isso aconteça, quem estará arcando com essa externalidade será o próprio consumidor e não o produtor.

De outro lado, existem as externalidades positivas, geradas pelos serviços ambientais, que garantem a provisão dos serviços ecossistêmicos. Por isso, o princípio do protetor-recebedor determina que quem contribui para a preservação dos serviços ecossistêmicos deve ser beneficiado. É a atribuição de um valor à produção ecologicamente correta e à conservação da natureza. Dessa forma, com a consideração das externalidades positivas e negativa, talvez seja possível uma mudança de pensamento sobe os recursos naturais, que não serão considerados como bens livres e passarão a ser mais valorizados.

Com a aplicação desses princípios, é possível atingir o princípio do desenvolvimento sustentável, o qual determina que o desenvolvimento deve atender às necessidades da sociedade atual, mas sem comprometer a possibilidade de as gerações seguintes também suprirem as próprias necessidades. É uma forma de

conciliar a preservação dos ecossistemas, o crescimento econômico e a melhoria da qualidade de vida. Para isso, o desenvolvimento deve ser socialmente justo, economicamente viável e ambientalmente prudente.

Como apresentado no decorrer deste trabalho, essas três bases do desenvolvimento sustentável estão deficientes e grandes produtores degradadores têm desvirtuado esse princípio, utilizando-o para encobrir suas ações contra o meio ambiente equilibrado. Entretanto, independentemente do modelo de desenvolvimento escolhido, é necessária a conservação dos ecossistemas, pois o reconhecimento da existência dos seus serviços já é um início para a conservação da natureza. Essa conscientização é possível por meio de políticas públicas.

Por conseguinte, é indubitável que a política de PSA tem se destacado dentre todas as políticas de preservação ambiental, devido aos seus objetivos de conscientizar as pessoas sobre a importância dos sistemas ecológicos e valorizar quem contribui para a sua conservação. Pelo conceito mais acolhido, o PSA é uma transação voluntária cujo objeto é um serviço específico e os sujeitos são o protetor desse serviço e o beneficiário desse mesmo serviço.

Atualmente é possível identificar três modelos de PSA: um estabelecido por uma legislação que cria um mercado para os serviços ecossistêmicos; outro em que a relação é entre o governo e os protetores; e outro em que a relação é estabelecida diretamente entre os protetores e beneficiários. É possível perceber que, como não tem uma lei federal definindo essa política, os modelos de PSA estão se adaptando às necessidades e condições de cada local.

Quanto à delimitação do objeto, na atual situação da população brasileira, marcada por pobreza e dificuldade, a política de PSA na conservação dos corpos hídricos deve sim incluir as áreas de preservação permanente e de reserva legal. A manutenção das matas ripárias é feita principalmente pelos agricultores e, no Brasil, a situação financeira para agricultura não está fácil, ainda mais para os pequenos agricultores. Então, se eles não tiverem um incentivo para não desmatar essas áreas,

eles continuarão explorando-as economicamente, pois algumas vezes essa exploração é única maneira de obter a renda necessária para sustentar a família.

Há uma corrente que defende que, tendo a Constituição Federal imposto uma obrigação à sociedade brasileira de conservar o meio ambiente, não seria necessário a instituição de uma política de PSA para que a sociedade atuasse na preservação dele. Além de ser uma obrigação constitucional, pode-se considerá-la também como uma obrigação ética, já que a qualidade de vida do ser humano depende do equilíbrio dos ecossistemas. Entretanto, esse pensamento hoje é uma realidade utópica. Pode ser que no futuro essa ideia se concretize, mas, nos dias atuais, são necessárias medidas que trabalhem com a realidade e que busquem resultados mais efetivos, como os instrumentos econômicos.

A crise hídrica não é um obstáculo apenas para o Distrito Federal, mas também para outros estados brasileiros. Por isso, a Agência Nacional de Águas instituiu o Programa Produtor de Água em diversas bacias hidrográficas do Brasil. Perto da capital do país e em parceria com outras instituições, foi escolhida a bacia do Ribeirão Pipiripau para a sua implementação, pois ela se enquadrava em todos os requisitos exigidos.

Nesse local, o programa Produtor de Água foi implementado em 2012 e renovado em 2017. As suas ações envolvem, dentre outras, o pagamento por serviços ambientais, o qual foi estabelecido de acordo com três modalidades: ações de conservação do solo, ações de restauração ou conservação de APP e/ou Reserva Legal e ações de conservação da vegetação nativa.

Apesar dessas ações serem desenvolvidas há mais de cinco anos, ainda é cedo para ver se esse projeto alcançou todos os resultados. Em 2017, foi preciso suspender a captação de água no local, devido à diminuição do volume do córrego. Isso trouxe prejuízos para a população local, que chegou a ficar até seis dias consecutivos sem água, e para a agricultura que, só no mês de novembro, teve uma queda de 160 toneladas na produção.

Contudo, mesmo diante dessa situação, há estudos que comprovam que serão necessários vinte anos para que a bacia seja recuperada e para que, consequentemente, haja um significativo aumento no volume anual do rio e na qualidade de suas águas, além de uma redução no tratamento da água captada para o abastecimento da população local.

O projeto Produtor de Água no Pipiripau se tornou um modelo para outros programas, porém, para que os participantes tenham mais estímulos em participar, é imprescindível a divulgação da real efetividade do projeto. Os beneficiários já puderam observar uma diminuição nas enxurradas, que era um dos objetivos a ser alcançado. Contudo, não é disponibilizado de forma clara quais mudanças já foram atingidas, como o quanto teve de aumento na infiltração de água no solo e qual foi a porcentagem da diminuição da erosão.

Nos sites do Programa Produtor de Água, que são administrados pela ANA e pela ADASA, tem pouco material atualizado e a maioria aborda a renovação, mas não os resultados já alcançados. Talvez se o Brasil tivesse uma lei que previsse diretrizes mais específicas e trouxesse um prazo para a divulgação de resultados, fosse possível retirar maiores benefícios das políticas públicas que envolvam o pagamento por serviços ambientais.

Por conseguinte, as políticas fundamentadas no instrumento econômico do pagamento por serviços ambientais ainda precisam ser aperfeiçoadas, mas elas já são uma alternativa viável para o enfrentamento da atual degradação da natureza, a qual tem trazido severas consequências às sociedades em geral.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Acordo de Cooperação Técnica 015/ANA/2011*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/Portals/0/DocsDNN6/documentos/ACT_pipiripau_assinado.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Água será preservada*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=9293>. Acesso em: 14 out. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Chamamento Público ANA nº 0001/2017*. Seleção de Propostas de Projetos no Âmbito do Programa Produtor de Água. Brasília: ANA. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Participantes do Interáguas conhecem realidade da bacia Ribeirão Pipiripau*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=13107>. Acesso em: 08 fev. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água.* Brasília, 2012. Disponível em:<http://produtordeagua.ana.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/Documentos.aspx>. Acesso em: 06 out. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água: Manual operativo*. Brasília: ANA. 2009. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/ProjetoPipiripau-DF/Documentos.aspx>. Acesso em: 29 out. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água*: Manual operativo. 2. ed. Brasília: ANA. 2012. Disponível em: <http://produtordeagua.ana.gov.br/Portals/0/DocsDNN6/documentos/Manual%20Operativo%20Vers%C3%A3o%202012%20%2001_10_12.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Programa Produtor de Água:* relatório de diagnóstico socioambiental da bacia do ribeirão Pipiripau. Brasília: ANA; TNC; EMATER-DF; SEAGRI-DF. 2010.

AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *A crise hídrica no Distrito Federal e suas causas*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.adasa.df.gov.br/central-de-conteudo/artigos/643-a-crise-hidrica-no-distrito-federal-e-suas-causas> Acesso em: 30 ago. 2017.

AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Edital ADASA nº 01/2012*: Pagamento Por Serviços

Ambientais a Produtores Rurais, Projeto Produtor de Água no Pipiripau. Brasília: ADASA. 2012.

AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Edital ADASA nº 01/2017*: Pagamento Por Serviços Ambientais a Produtores Rurais, Projeto Produtor de Água no Pipiripau. Brasília: ADASA. 2017.

AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL. *Produtor de água no Pipiripau é novado por mais 5 anos*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.adasa.df.gov.br/681-produtor-de-agua-no-pipiripau-e-renovado-por-mais-5-anos>. Acesso em: 09 fev. 2018.

ALTMANN, Alexandre. *Princípio do Preservador-Recebedor*: Contribuições para a consolidação de um novo princípio de Direito Ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

ALTMANN, Alexandre. Função promocional do direito. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 11-26, out/dez. 2008.

ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. *Capital natural, serviços ecossistêmicos e sistema econômico:* rumo a uma "Economia dos Ecossistemas". Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228460289_Capital_natural_servicos_ecossistemicos_e_sistema_economico_rumo_a_uma_Economia_dos_Ecossistemas>. Acesso em 11 jun. 2017.

ARAGÃO, Alexandra. Pagamento dos Serviços dos Ecossistemas Florestais: uma questão de sustentabilidade e de justiça. *Revista de Estudos Ibéricos*, Guarda, Portugal, 2011.

AZEVEDO, Helsio Amiro Motany de Albulquerque; BARBOSA, Raimundo Pereira. Gestão de Recursos Hídricos no Distrito Federal: uma análise da gestão dos Comitês de Bacias Hidrográficas. *Ateliê Geográfico*, Goiânia, v.5, n.1, p. 162-182, mar. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2017.

BRASIL. *Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9433, de 8 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em 16 nov. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei 5.487 de 26 de junho de 2009*. Brasília. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=439941>. Acesso em: 08 out. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei 792 de 19 de maio de 2007*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=348783 >. Acesso em: 08 out. 2017.

CAETANO, Patrícia Pereira; MELO, Maiara Gabrielle de Souza; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. *Pagamento por Serviços Ambientais (PSA):* análise de conceitos e marco regulatório. Disponível em: < http://periodicos.ifpb.edu.br/index.php/principia/article/viewFile/443/568>. Acesso em: 01 out. 2017.

CALIXTO, Bruno. *Porque está faltando água no DF? Não é só pela falta de chuvas*. Disponível em: <http://epoca.globo.com/ciencia-e-meio-ambiente/blog-do-planeta/noticia/2017/01/cidades-precisam-dobrar-investimento-para-proteger-nascentes-e-mananciais.html>. Acesso em: 30 ago. 2017.

CAMELO, Ana Paula Silva. *Quantificação e valoração do serviço ambiental hidrológico resultante da recomposição de passivos ambientais na bacia*

hidrográfica do Ribeirão Pipiripau. 2011. 92f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Ciências Florestais departamento de Engenharia Forestal, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

CAMELO, Ana Paula Silva; SNACHES, Keila. *O Pagamento por Serviços Ambientais como ferramenta para a gestão de recursos hídricos.* Disponível em: <http://www.abrh.org.br/xiisrhn/anais/papers/PAP017782.pdf >. Acesso em: 15 jun. 2017

CARVALHO, Letícia. *Crise hídrica:* Planaltina e Sobradinho são as regiões mais críticas do DF, diz CAESB. 18 jan. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/crise-hidrica-planaltina-e-sobradinho-sao-as-regioes-mais-criticas-do-df-diz-caesb.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2018.

COIMBRA, Ávila. *O outro lado do meio ambiente*. Campinas: Millennium, 2002.

COMITIVA. *Projeto Produtor de Água no Pipiripau-DF*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.produtordeaguapipiripau.df.gov.br/2017/11/08/comitiva-de-cuba-faz-visita-para-conhecer-programa-produtor-de-aguas/>. Acesso em: 09 fev. 2018.

COMPANHIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL DO DISTRITO FEDERAL. *Plano de Proteção Ambiental da Bacia Hidrográfica do Ribeirão Pipiripau*, Diagnóstico Ambiental. Brasília: CAESB; EMATER/DF; SEMARH. 2001.

COSTA, Vanessa Aparecida. *Pagamento de serviços ambientais e o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável.* Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-013-Artigo_Vanessa_Aparecida_Costa_(Pagamento_de_Servicos_Ambientais_e_o_Principio_Constitucional_do_Desenvolvimento_Sustentavel).pdf.>. Acesso em: 11 jun. 2017.

CRIADO. Rodrigo Cezar; PIROLI, Edson Luís. Pagamento por Serviços Ambientais na gestão dos recursos hídricos no Brasil. *GeoAtos*: Departamento de Geografia da FCT/UNESP, Presidente Prudente, v. 2, n. 11, p. 83-96, jul./dez. 2011.

DAJOZ, Roger. *Princípios de Ecologia*. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

DESCOBERTO COBERTO. *Documentos*. Brasília. Disponível em: <http://www.descobertocoberto.df.gov.br/documentos.asp>. Acesso em: 08. Fev. 2018.

EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL DO DISTRITO FEDERAL. *Bacia do Pipiripau recebe 1,2 mil mudas de viveiros escolares*. Brasília,

2017. Disponível em: <http://www.emater.df.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2176:bacia-do-pipiripau-recebe-12-mil-mudas-de-viveiros-escolares&catid=47:noticias&Itemid=125>. Acesso em: 09 fev. 2018.

EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL DO DISTRITO FEDERAL. *Produtor de Água no Pipiripau é renovado por mais cinco anos.* Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.emater.df.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1908:produtor-de-agua-no-pipiripau-e-renovado-por-mais-cinco-anos&catid=47:noticias&Itemid=125>. Acesso em: 30 out. 2017.

ERNST, Caryn; GULLICK, Richard; NIXON, Kirk. Protecting the Source: Conserving Forest to Protect Water. *Revista Opflow*, Denver, v. 30, n. 5, p. 5, maio 2004.

ESCÓSSIA, Carlos. *O que é:* crescimento e desenvolvimento econômico? Mossoró, 2009. Disponível em: <http://www.carlosescossia.com/2009/09/o-que-e-crescimento-e-desenvolvimento.html>. Acesso em: 07 out. 2017.

FAGGIANI, Nádia. *Proposta para uso da água da bacia do Pipiripau é aprovada no Distrito Federal*. 26 out. 2017. Disponível em: <http://radioagencianacional.ebc.com.br/geral/audio/2017-10/proposta-para-uso-da-agua-da-bacia-do-pipiripau-e-aprovada-no-distrito-federal>. Acesso em: 07 fev. 2018.

FARIA, Daniela Lopes de. Quanto vale a natureza*? Revista de direito internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 181-192, 2013.

GERALDES, André Gustavo de Almeida. *Tutela jurídica dos mananciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

GODEFROID, Rodrigo Santiago. *Ecologia de sistemas*. Disponível em: <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788559722215/pages/2>. Acesso em: 30 ago. 2017.

GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. *Compensação ambiental e financiamento de áreas protegidas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUERRA, Antônio José Teixeira. *A erosão dos solos no contexto social*. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/profile/Antonio_Guerra3/publication/26431746_A_Erosao_dos_Solos_no_Contexto_Social/links/00b7d5142efed73aef000000/A-Erosao-dos-Solos-no-Contexto-Social.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

GULLO, Maria Carolina. *O PSA* – como instrumento econômico de política ambiental: algumas considerações. In: RECH, Adir Ubaldo. *Direito e economia verde:* natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis. Caxias do Sul: EDUCS, 2011, p.181-200.

KURTZ, Lisandra Refina Ponçoni. *Desenvolvimento sustentável, uma análise crítica sobre a sustentabilidade econômica, social e ambiental*. Disponível em: < http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2010_TN_STO_123_796_16353.pdf>. Acesso em: 26 jan.2018.

LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARTINEZ, Carlos Barreira. *Saiba a diferença entre rodízio e racionamento de água*. Jornal Alterosa, 29 jan. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=09hmMXRkRAU>. Acesso em: 07 fev. 2018.

MELO, João Pedro Fernandes. *O Projeto Produtor de Água no Pipiripau (DF) e o pagamento por serviços ambientais.* 2013. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-graduação em Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz e Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília, 2013.

MENDONÇA, Isabele Sena. *Projeto Produtor de Água do Pipiripau – Percepção dos atores*. 2016. 106f. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Agrárias. Curitiba, 2016.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina–jurisprudência–glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. *Guide to the Millennium Assessment Reports*. Disponível em: <http://www.millenniumassessment.org/en/index.html>. Acesso em: 23 ago. 2017.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Ciclo Hidrológico*. Brasília. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/agua/recursos-hidricos/aguas-subterraneas/ciclo-hidrologico>. Acesso em: 24 out. 2017.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Pagamento por Serviços Ambientais cresce no país*. Brasília, 2017. Disponível em: < http://www.mma.gov.br/index.php/comunicacao/agencia-informma?view=blog&id=2447>. Acesso em: 08 fev. 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Pagamentos por Serviços Ambientais na Mata Atlântica*: lições aprendidas e desafios. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/202/_arquivos/psa_na_mata_atlantica_licoes_aprendidas_e_desafios_202.pdf >. Acesso em: 30 ago. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Projeto Descoberto Coberto promove mutirão de reflorestamento inovador às margens do Lago Descoberto*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/noticias/noticias-2018/9753-projeto-descoberto-coberto-promove-mutirao-de-reflorestamento-inovador-as-margens-do-lago-descoberto>. Acesso em: 08 fev. 2018.

NASCIMENTO, Rafael Rodrigues do. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Disponível em: <https://www.univates.br/graduacao/media//direito/o_direito_ao_meio_ambiente_ecologicamente_equilibrado.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2018.

NOGUEIRA, Jorge M., PEREIRA, Romilson R. *Critérios e Análise Econômicos na Escolha de Políticas Ambientais.* Disponível em: <http://www.ceemaunb.com/jmn/publicacoes/04CriterioseAnalise.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.

O ECO. *O que é a economia verde*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28986-o-que-e-a-economia-verde/>. Acesso em: 01 out. 2017.

O ECO. *O que é uma bacia hidrográfica*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/29097-o-que-e-uma-bacia-hidrografica/>. Acesso em 20 out. 2017.

OLIVEIRA, Vandemberg Salvador de; BARRETO JÚNIOR, Edison Rodrigues; HOLANDA, Francisco Sandro R. Os efeitos naturais, econômicos e sociais da erosão na margem direita do Rio São Francisco na sustentabilidade dos agroecossistemas. *Revista Agrogeoambiental*, Pouso Alegre-MG, v.1, n.3, p. 63-72, dez. 2009.

PEREIRA, Taiane de Barros. *Pagamento por serviços ambientais e políticas públicas no Distrito Federal: o caso do Programa Produtor de Água (PPA) na*

Bacia do Ribeirão Pipiripau. 2013. 56f. Monografia (Graduação) – Graduação em Gestão Ambiental, Brasília, 2013.

PERROT-MAITRE, Danièle. *The Vittel payments for ecosystem services*: a "perfect" PES case. Disponível em: < http://pubs.iied.org/pdfs/G00388.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.

PRODUTOR. *Projeto Produtor de Água no Pipiripau-DF*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.produtordeaguapipiripau.df.gov.br/2018/02/08/produtor-de-aguas-promove-colonia-de-ferias-ambientalmente-divertida/>. Acesso em: 09 fev. 2018.

RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. *Pagamento por serviços ambientais:* imperativos jurídicos e ecológicos para a preservação e a restauração das matas ciliares. Disponível em: <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570615428/pages/3>. Acesso em: 30 set. 2017.

ROCHA, José Bento da. *Questionamentos sobre o projeto Produtor de Água na bacia do Pipiripau*. Nota: Informações obtidas por e-mail do Regulador de Serviços Públicos e Superintendente de Planejamento e Programas Especiais da ADASA. 12 nov. 2017.

ROCHA, Lilian Rose Lemos. *Instrumentos econômicos aplicados à regulação ambiental*: O exemplo da tributação ambiental no Brasil. Brasília: ABECER, 2014.

RODRIGUES, Edinilson Fernando. *Externalidades negativas ambientais e o princípio do poluidor pagador*. Disponível em: < https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2227/Externalidade-negativas-ambientais-e-o-principio-do-poluidor-pagador>. Acesso em: 18 fev. 2018.

RODRIGUES, Ricardo Ribeiro; LEITÃO FILHO, Hermógenes de Freitas. *Matas ciliares*: conservação e recuperação. São Paulo: EDUSP, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental:* na dimensão internacional e comparada, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Deise Marcelino; DUARTE, Myllena Gonçalves. *A tríade principiológica atinente à gestão sustentável da água potável.* Disponível em: < http://smg.edu.br/revista/index.php/smg/article/view/8>. Acesso em: 13 abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2013.

SOARES, Luísa Vieira Bogéa. *Análise Multicritério dos Serviços Hidro-ambientais do Programa Produtor de Água/ANA:* um Estudo de Caso na Bacia do Ribeirão Pipiripau (DF/GO).2015. 44f. Monografia (Graduação) – Graduação em Engenharia Florestal, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

SOARES, Thiago. *ADASA oficializa racionamento de 24 horas em Planaltina e Sobradinho*. 06 out. 2017. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/10/26/interna_cidadesdf,636551/adasa-oficializa-racionamento-de-24-horas-em-planaltina-e-sobradinho.shtml>. Acesso em: 07 fev. 2018.

SOUZA, Karla Karolina Harada. *O princípio do protetor recebedor*: pagamento por serviços ambientais e o programa Un-Redd. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6ce70275d3db0a08>. Acesso em: 17 abr. 2017.

VIZEU, Fábio; MENEGHETTI; Francis Kanashiro; SEIFERT, Rene Eugenio. *Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/5480/4202>. Acesso em: 26 jan. 2018.

WELTER, Mariana Gomes; VILAS BOAS, Patrícia Campolina. Aspectos jurídicos do pagamento por serviços ambientais no Brasil. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 205-228, jul/dez., 2015.

WUNDER, Sven. *Payments for environmental services:* some nuts and bolts. Disponível em: <https://www.cifor.org/publications/pdf_files/OccPapers/OP-42.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO À LUZ DA ANÁLISE DO JULGAMENTO DOS RE 852475 E RE 669069

Yara Mendes Lisbôa

RESUMO

O trabalho tem como objetivo analisar a controvérsia jurídica iniciada em razão da insuficiência de clareza na redação da parte final do parágrafo 5° do artigo 37 da Constituição Federal do Brasil de 1988, mais especificamente, sobre a ressalva acrescida pelo Constituinte Originário quanto à prescrição ou não das ações de ressarcimento ao erário, assunto que motivou grande dissenso, haja vista, a imprescritibilidade, na ordem constitucional e nas leis infraconstitucionais, ser assunto de extrema indisponibilidade. Através dos argumentos expressados nos RE's 852475 e 669069 que já foram julgados e tiveram como tese final, respectivamente, a imprescritibilidade e a prescrição quinquenal, analisou-se, com apoio dos ensinamentos de doutrinadores, as colisões da imprescritibilidade com direitos fundamentais, principalmente a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa, e do outro lado, a afronta que a prescrição representa ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e aos interesses da coletividade. Desta forma, chegou-se à conclusão de que, apesar dos temas terem sido devidamente enfrentados, bem como, dos efeitos *erga-omnes* da decisão da Suprema Corte, a controvérsia ganhou elasticidade, primeiramente porque não se obteve consenso acerca do entendimento da ressalva normativa, e depois, em virtude das restrições impostas pelos Ministros ao expressarem seus votos. Por fim, quanto ao RE que ainda vai ser julgado e que tem por base a mesma controvérsia - a imprescritiblidade – buscou-se fazer uma pequena análise, com base no atual momento político e social, quanto à possível decisão que será tomada pelos Ministros para definir acerca da prescrição ou não das ações de ressarcimento oriundas de decisões das Cortes de Contas.

Palavras-chave: Ampla Defesa. Contraditório. Corrupção. Dano ao Erário. Direitos Fundamentais. Imprescritibilidade. Improbidade Administrativa. Recursos Públicos. Prescrição. Segurança Jurídica. Responsabilidade Objetiva. Supremacia do Interesse Público.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a controvérsia estabelecida acerca da interpretação da parte final do § 5° do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, especificamente, sobre a ressalva feita sobre as ações de ressarcimento.

> § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.[1]

Esta ressalva sempre recebeu a interpretação de ordenamento de imprescritibilidade para quaisquer ações que visassem ao ressarcimento de danos ao erário, independentemente do motivo que lhe deu causa. Entretanto, nos últimos anos, esse entendimento foi objeto de grande número de questionamentos, motivo pelo qual foi declarada repercussão geral em três *leading cases* distintos.

Desses, dois já foram julgados, sendo que a primeira decisão foi proferida no Recurso Extraordinário 669.069, oriundo de Minas Gerais, em que a União se insurgia contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que havia declarado a prescrição da ação de ressarcimento de danos materiais em acidente de trânsito.

Este julgamento ocorreu em 16/06/2016 e fixou a tese de que a ação de reparação de danos à Fazenda Pública, decorrente de ilícito civil, sofre prescrição, ressaltando, no entanto, que o entendimento da parte final do § 5° Art. 37 da Constituição necessitaria de análise sistemática que seria tratada em oportunidade diversa.

[1] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 18 mar. 2017

Na segunda decisão, a Suprema Corte, ao debruçar sobre a matéria da parte final do § 5° do art. 37 da CRFB/88, no Recurso Extraordinário 852.475, discutiu sobre a eventual ocorrência de prescrição do ressarcimento ao erário em virtude de ato de improbidade administrativa.

Neste RE, iniciado em 02/08/2018 e finalizado em 08/08/2018, o questionamento partiu de um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP que reconheceu a prescrição de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Estadual em face de ex-funcionários da Prefeitura de Palmares Paulista (SP) envolvidos em processo de licitação. O MP buscava a aplicação tanto das sanções gerais do artigo 12, incisos II e III, como, também, do ressarcimento de danos. O TJSP reconheceu, a favor dos réus, que o pleito teria sido alcançado pela prescrição em virtude do transcurso do prazo de 5 anos, nos termos do artigo 23, da Lei de Improbidade Administrativa.

Em função do resultado do julgamento da RE 669069, analistas apostavam majoritariamente na declaração da prescrição, fato que estava sendo confirmado e tido como certo quando do encerramento do primeiro dia deste julgamento ocorrido em 02/08/2018. Entretanto, na retomada do julgamento, no dia 08/08/2018, alguns Ministros anunciaram as ressalvas que mudariam o voto anteriormente anunciado, restando, portanto, declarada, como tese final, por seis votos a cinco, que "são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa".

Permanece, entretanto, ainda sem data marcada para julgamento, o RE 636886, que tem, como tema de repercussão geral, a imprescritibilidade fundada na interpretação do mesmo artigo 37, §5°, da CRFB/88, acerca do ressarcimento ao erário decorrente de decisões emanadas pelas Cortes de Contas.

Desta forma, por entender que os dois julgamentos acabaram por acirrar outros questionamentos, propõe-se, no presente trabalho, a análise do tema da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, observando,

principalmente, os argumentos e questões suscitadas no julgamento do RE 852.475. Assim, também, analisando os argumentos apresentados, pretende-se tecer breve análise sobre o possível posicionamento dos Ministros, *ceteris paribus*, no julgamento do RE 636.886.

Para atendimento a esta proposta, serão utilizadas como base as teses trazidas durante as duas etapas do julgamento do RE 852475 (02 e 08/08/2018) e, a partir destas, colacionar o entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante sobre as matérias, bem como, com outros normativos pertinentes.

2 OS MÚLTIPLOS RECURSOS EM AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM QUE A SUPREMA CORTE FOI DEMANDADA.

Conforme exposto, em dois importantes momentos recentes, o plenário da Suprema Corte Brasileira foi instado a se manifestar acerca da prescritibilidade ou não de ações de ressarcimento ao Erário. Em ambas, a controvérsia foi instaurada em virtude da interpretação da parte final do §5º, do artigo 37, da CRFB/88.

Mesmo depois de proferidas as decisões nestes recursos, as teses fixadas não foram suficientes para exterminar todas as discussões sobre o tema. Importa frisar que, conforme dados constantes do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal - STF, no prazo de um mês após o julgamento da RE 852475, diversas outras demandas fundadas na mesma controvérsia tiveram que ser individualmente analisadas pelas turmas da Suprema Corte, dentre as quais, a título exemplificativo, destacam-se: ARE 1122289, Rcl 31381 TP, AI 827362, RE 1098427, MS 35512, ARE 1147123, MS 35928, RE 1151301, ARE 11220912.

Verifica-se, com o exposto, que permanecem muitas divergências sobre o tema. A principal é, sem dúvida, o já citado Recurso Extraordinário 636886 RG/AL, que foi elevado a *leading case* de repercussão geral, obrigando a Suprema Corte

[2] STF. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28RESSARCIMENTO+ADJ4+ERARIO+E+PRESCRI%C7%C3O%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9w8j6wy>. Acesso em 10 Set. 2018

Brasileira a se manifestar sobre a incidência ou não de prescrição nas ações de ressarcimento ao erário fundadas em decisões emanadas pelas Cortes de Contas.

3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852475 – PRESCRIÇÃO DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Em novembro de 2014, o RE 852475 foi autuado no STF. Este Recurso, originário de São Paulo, teve como primeiro relator o Ministro Teori Zavascki, e, posteriormente, em razão de seu falecimento, a relatoria passou ao Ministro Alexandre de Morais.

O processo teve sua primeira decisão pelo plenário ocorrida em 20 de maio de 2016, onde, por maioria, firmou-se o entendimento de que "reputou constitucional a questão", assim como "reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada"[3].

O julgamento da matéria pelo plenário daquela Corte somente foi iniciado em 02/08/2018, quando, conforme informado pela então Presidente da Casa, Ministra Carmem Lúcia, haviam 999 (novecentos e noventa e nove) casos sobrestados.

Assim, em 02/08/2018, iniciou-se o julgamento da questão e, pela extensão do tema, não pôde ser concluída no mesmo dia, tendo sido retomada na semana seguinte. Desta forma, em 08/08/2018, concluiu-se o julgamento proferindo-se decisão que fixou a seguinte tese: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa".

Inicialmente, para situar o leitor no tema, transcreve-se o breve relatório do feito, proferido pelo Ministro Relator, Alexandre de Morais.

> "O feito trata-se de recurso extraordinário interposto em ação de improbidade administrativa em que se pleiteava a aplicação

[3] STF, Acompanhamento Processual, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670 950> Acesso em 08 Set. 2018.

> tanto das sanções gerais do artigo 12 inciso II e III como também do ressarcimento de danos. O TJSP deu provimento ao recurso de apelação após a condenação em primeira instância reformando em parte a sentença que havia julgado parcialmente procedente o pedido para reconhecer a ocorrência da prescrição quanto aos réus, ex-servidores públicos, em virtude do transcurso do prazo de 5 anos nos termos do artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa. A Repercussão Geral da Matéria foi reconhecida para que se discutisse a prescritibilidade ou não da sanção de ressarcimento ao erário público decorrente da prática de improbidade administrativa. O Ministério Público de São Paulo requer o provimento do recurso extraordinário para que se afaste a extinção do processo, afastando-se, também, a prescrição do ressarcimento do dano. A Procuradoria Geral da República opinou pelo provimento parcial do recurso extraordinário e a União, manifestando-se na qualidade de amicus curiae, defendeu o provimento do recurso extraordinário.

Desta forma, a par do relatório, avançar-se-á analiticamente sobre os fundamentos apresentados pelas partes e pelos Ministros.

3.1 Os argumentos favoráveis ao reconhecimento da prescrição

As teses mais importantes que defendem o reconhecimento da prescrição foram feitas pelo advogado do réu, Dr. Georghio Alessandro Tomelin e pelo Ministro Relator, Alexandre de Moraes. Além desses, também se manifestaram pela prescrição os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Os Ministros Luis Roberto Barroso e Luiz Fux, que no primeiro dia do julgamento (02/08/2018) haviam acompanhado o relator no entendimento da prescrição, reajustaram seus votos quando da retomada do julgamento no dia 08/08/2018. Passaram, desta forma, a integrar a corrente majoritária que firmou o entendimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento se resultantes da prática de ato doloso tipificado na lei de improbidade administrativa.

Desta forma, seguem elencadas nos subtópicos a seguir as principais teses apresentadas.

3.1.1 A prescrição em 5 (cinco) anos

Inicialmente, o advogado do réu, Dr. Georghio Alessandro Tomelin, primeiro a se manifestar, lembrou que o processo envolvia a questão da prescrição das ações de improbidade em geral, mas, apesar disso, não deixava de ter alguma relação com o RE 669069, já julgado, e que tratou da prescrição quinquenal do ilícito civil, apesar de suas diferenças.

O i.advogado lembrou que, incidentalmente, vários Ministros já haviam se manifestado *obter dictum*[4] em casos semelhantes. Por força desse entendimento, aduziu que o ponto central da divergência estaria concentrado na ausência de clareza daquilo que o constituinte originário tinha como intenção na redação final dos parágrafos 4° e 5° do artigo 37 da CRFB/88 acerca da imprescritibilidade da improbidade e do ressarcimento.

Assim, expôs o advogado:

> [...] estava plasmado no texto da constituição, no projeto, textualmente que seria imprescritível a improbidade e o seu ressarcimento, numa segunda versão foi retirada a imprescritibilidade das ações de improbidade, do tema da improbidade, e sobrou o do ressarcimento, e num último momento foi retirada a imprescritibilidade do ressarcimento e a Constituição diz que a lei estabelecerá os prazos de prescrição ressalvadas as ações de improbidade, que seguem os prazos da lei geral, da norma geral, é o que ficou dito na Constituição."

Por conseguinte, esclareceu que, em seu entendimento, o Constituinte originário haveria feito tais alterações: "[...] para possibilitar que houvesse um prazo diferenciado para as ações de ressarcimento[...]".Lembrou, ainda, que "[...]a Constituição quando quis a imprescritibilidade ela o disse textualmente[...]".

Para fundamentar essa posição, lembrou que

[4] Obiterdictum refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subsequentes. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado.

> "a Constituição quando fala do racismo e quando fala da ação de bandos armados é o único momento em que a Constituição usa em matéria de direito sancionatório o termo imprescritibilidade. Então não existe imprescritibilidade originária de ação de improbilidade, isso é uma série de consequências [...]do problema [...] que acontece hoje no Brasil."

Outro importante destaque feito pelo Professor Tomelin, foi acerca da Lei 13.655/2018, que alterou artigos da Lei de Introdução das Normas do direito Brasileiro inserindo o princípio do consequencialismo.

Neste sentido, Tomelin disse que:"[...] o Judiciário tem que olhar a consequência de suas decisões[...]", lembrando, também, que este princípio, introduzido na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, "casa bem com o novo código civil, [...]" e sustentou, como apoio ao entendimento da prescrição, que "[...] o Supremo Tribunal, na Súmula Vinculante 8, reduziu a prescrição previdenciária de 20 anos para 5 anos[...]". Deste modo, firmou o entendimento de que "[...]o prazo quinquenal de 5 anos é um prazo histórico no direito brasileiro".

Ainda, como reforço à teoria da prescrição no prazo de 5 (cinco) anos, o patrono acrescentou que este prazo "consagra a eficiência" e, utilizando uma frase de efeito, qual seja, "tempo que passa é verdade que foge", assentou a impossibilidade de defesa quando transcorrido grande lapso temporal, senão veja-se:

> "A lei de improbidade, no artigo 21, inciso I, é alterada, pela lei 12.120 de 2009 e lá agora está referido: o ajuizamento da ação de improbidade independe da comprovação do prejuízo salvo para as ações de ressarcimento. E porque salvo para as ações de ressarcimento? Porque é necessário comprovar o prejuízo.[...]O MP tem que ajuizar a ação no primeiro dia, no segundo dia. Vai esperar dois, três, quatro, cinco, acabar o mandato são mais oito anos, treze anos depois. Eu vou ter que defender a pessoa quando ele já está totalmente longe da administração pública, eu não tenho mais acesso aos fatos, aos dados, eu preciso acesso aos dados, para que a defesa seja feita. Tempo que passa é verdade que foge. [...]"

De posse de tais argumentos, cumpre analisar os pontos basilares para elencar como paradigma no direito brasileiro o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

Com facilidade, pode-se identificar como razão aos argumentos apresentados os seguintes pontos:1) no direito tributário a prescrição e a decadência ocorrem em 5 (cinco) anos, 2) no direito trabalhista, a prescrição também é de 5 (cinco) anos, em que pese a decadência ser de 2 (dois); 3)no direito civil, apesar da previsão do caput do artigo 205 ser de 10 (dez) anos, a maioria das relações de direito civil está elencada no artigo seguinte, que possui prazos de prescrição em, no máximo, 5 (cinco) anos, 4) também no direito do consumidor, a prescrição está limitada ao prazo de 5 (cinco) anos, e 5) por fim, no direito administrativo, no que tange às sanções disciplinares aos agentes públicos, o prazo prescricional para a sanção mais gravosa é de 5 (cinco) anos.

Além disso, a própria Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, prevê, em seu artigo 23, a prescrição em 5 (cinco) anos, apesar de estipular diferentes momentos para início de sua contagem. Assim, também, no já citado RE 669.069, que foi objeto de repercussão geral e tratou do tema da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário nos casos decorrentes de ilícitos civis, restou decida a ocorrência da prescrição em 5 (cinco) anos.

Em contraponto, como forte argumento contrário, distingue-se o direito penal, bem como, os casos de imprescritibilidade trazidos pela própria Constituição Federal. Contudo, o cotejamento com aquele resta prejudicado porque a improbidade administrativa apesar de tratar de direito sancionador não possui natureza penal e sim civil. Já quanto aos casos de imprescritibilidade trazidos pela própria Constituição Federal, o assunto faz parte do tema central pois estes casos estão expressos com clareza na constituição e são exceções, sendo que a regra é a prescrição.

A seu turno, apesar de defender a prescrição, o Ministro Relator, Alexandre de Morais dispôs de forma divergente acerca do prazo para a prescrição, se posicionando em concordância ao que dispõe a Lei de Improbidade. Desta forma, propôs a seguinte tese:

> "A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal"

3.1.2 A prescrição alinhada aos ditames da Lei 8.429/1992

O Ministro Alexandre de Morais destacou a importância do combate à corrupção no serviço público e reconheceu que esta foi uma das grandes preocupações do legislador constituinte de 88. Acentuou seu entendimento destacando a Constituição Brasileira como sendo

> "[...] a única constituição que tem uma verdadeira declaração de direitos do administrado, que é o segundo maior artigo da constituição. [...] Essa preocupação decorrente de um histórico de corrupção, [...] fez com que, também, pela primeira vez, constasse no texto constitucional o termo ato de improbidade administrativa e a expressa previsão de combate à improbidade administrativa, no artigo 37 parágrafo 4°".

Neste sentido, observou que a corrupção representa a "negativa do Estado Constitucional", motivo pelo qual foi instituída na Carta Magna a obrigação de criação da Lei, que foi promulgada em 1992, e reconhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

O Ministro registrou que a lei de improbidade administrativa e a designação feita pelo Constituinte para sua constituição, visaram uma punição severa à ilegalidade qualificada, diferenciando, portando, dos ilícitos em geral. Com isso, o objetivo da lei é o de atacar condutas ilegais ou imorais voltadas para a corrupção, sem esquecer aqueles que forem coniventes.

Igualmente, apontou que mesmo com toda a severidade para a punição dos atos elencados naquela lei, ficou estabelecida a prescrição, porém, conforme definido no artigo 23, com o cuidado de elencar diferenças conforme o caso registrado ou o cargo ocupado pelo agente.

Vê-se, portanto, que àqueles agentes possuidores de mandatos, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos somente se inicia após o término do mandato; nos casos onde a apuração se dá como consequência de prestação de contas, o prazo de 5 (cinco) anos começa a correr após a reprovação das contas, para as sanções previstas no estatuto do servidor, no caso de falta disciplinar, o prazo também é de 5 (cinco) anos começando, entretanto, a ser contado somente após o conhecimento do fato, neste caso, ainda, se a falta disciplinar for considerada crime a lei estabelece que a prescrição ocorre no mesmo prazo prescricional estabelecido para o crime.

Desta forma, asseverou como irrazoável a possibilidade de uma ação que buscasse a condenação de atos definidos em lei, visando imputar uma das sanções previstas nesta lei, e em desobediência aos ditames da mesma lei.

O ministro destacou o pronunciamento feito pela União na condição de *Amicus Curiae* quando esta defendeu que "[...]basta para o ressarcimento a mera descrição dos fatos com indícios da prática de improbidade, isso é o necessário para que seja reconhecida a imprescritibilidade dessas ações" acrescentando, ainda, que estas ações "também tem requisitos distintos da ação de improbidade, seja quanto ao procedimento, não há defesa preliminar, seja quanto a flexibilização do ônus da prova".

Para o Ministro, a punição que não observa o prazo prescricional, sem necessidade de comprovação de dolo ou culpa, em desobediência ao devido processo legal, alicerçada apenas pela existência de nexo causal entre uma conduta e um prejuízo que pode ter ocorrido há mais de 10 (dez) anos foge à razoabilidade.

Demonstrou ainda mais sua irresignação contra a imprescritibilidade ao asseverar que:

> "Não é possível que o estado não tenha um balizamento no qual dentro desse período de tempo ele tenha todas as condições de produção de provas, de comprovação do ato de improbidade, [...] e dentro do devido processo legal.[...]

Em momento posterior, o ministro reiterou seu posicionamento afirmando que a negligência do poder público ou a sua omissão não poderia conferir a este uma premiação com a imprescritibilidade, desta forma destacou: “Não seria razoável essa imprescritibilidade”.

Além disso, reiterou que a inobservância aos preceitos indicados na lei implica na incorreção do processo judicial e reafirmou que a impetração de uma ação de ressarcimento em inobservância aos preceitos da Lei de improbidade administrativa impossibilita a ampla defesa.

Defendeu, que “nem a constituição e nem a legislação preveem, indicam ou esbarram na imprescritibilidade da ação que permite a sanção de ressarcimento no caso de improbidade administrativa.”

Ademais, lembrou que a imprescritibilidade na Constituição Federal é exceção, consignada apenas aos crimes previstos nos incisos 42 e 44 do artigo 5°, quais sejam, a prática de racismo e a ofensa de grupos armados contra a ordem constitucional e o estado de direito, únicos crimes que dispõem de previsão constitucional da inafiançabilidade e imprescritibilidade.

Novamente o Ministro observou que a Constituição Brasileira adotou, como regra, a prescritibilidade, ressaltando que esta também é comum a todo o ordenamento jurídico brasileiro e, por esse motivo, não seria possível conceder ao Estado um poder coercitivo ilimitado em relação aos seus cidadãos.

Acrescentou à sua tese a compreensão de que a imprescritibilidade para essas ações seria uma falta de razoabilidade, uma inversão dos valores do nosso ordenamento jurídico atual e pretérito, lembrando que todas as demais condutas tipificadas, inclusive as mais graves que estão previstas no código penal, possuem prazo prescricional.

Em destaque, durante o voto do relator, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que a imprescritibilidade para o ressarcimento ao erário seria uma incongruência, uma vez que o “artigo 12 da Lei de regência prevê prazo prescricional de 5 (cinco)

anos". Desta forma, antecipando seu posicionamento, considerou a impossibilidade da não prescrição para o ressarcimento, já que esta é uma sanção derivada da prática dos atos tipificados naquela lei.

O Ministro Alexandre de Moraes, após retomar sua análise, considerou que a prescrição tem como função a garantia da ampla defesa e do devido processo legal. Logo, o artigo 23 da Lei de improbidade administrativa, ao estabelecer os prazos prescricionais, diferiu seu estabelecimento da forma prevista no código civil, haja vista que, na improbidade, o combate à corrupção tem que se dar de forma mais acentuada.

Ainda, em outro momento, citou o entendimento explicitado pelo Ministro GILMAR MENDES, no voto do RE 669.069, quando teria defendido que:

> "De qualquer sorte, se tivesse que me pronunciar sobre a temática, encaminharia o voto, de forma global, no sentido de uma releitura do texto, tal como fez o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, não vislumbrando, na ressalva, uma referência à imprescritibilidade".

Acerca dessas considerações, o ministro Marco Aurélio, acompanhando o entendimento que o relator já havia iniciado, assentou que a Constituição não contempla a imprescritibilidade de pretensões de cunho patrimonial, aduzindo "Nos casos em que o Constituinte visou prever a imprescritibilidade, ele o fez. Não cabe ao intérprete excluir do campo da aplicação da norma situação jurídica contemplada, como não cabe também incluir situação não prevista".

3.1.3 A prescrição como garantia da segurança jurídica

O advogado da defesa, Dr. Tomazim, expôs a importância da definição do prazo prescricional, argumentando seu cabimento com vista a garantir a segurança das relações. O mesmo, lembrou, que a eternidade para o ajuizamento das ações implica diretamente na capacidade de defesa.

Da mesma forma, o eminente relator expôs em seu voto sobre a implicação da imprescritibilidade na segurança jurídica, considerando que a prescritibilidade "transcende" [...] à "[...]discussão de prazos para ajuizamento da ação[...]".

Sobre o tema, o relator apresentou seu depoimento pessoal sobre o período de 6 (seis) anos em que trabalhou na promotoria de combate à improbidade administrativa, lembrando que a prescrição "[...]diz respeito à segurança jurídica, ao devido processo legal, à ampla defesa e principalmente no campo prático, a absoluta necessidade que a Constituição exige de comprovação de responsabilidade subjetiva para a improbidade administrativa".

Assim, também, a doutrina defende que a imprescritibilidade ofende princípios basilares do Estado de Direito. De forma exemplificativa, cita-se o ilustre doutrinador Elody Nassar[5], que, ao falar sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, assentou: "não é defensável anular-se os princípios basilares do Estado de Direito, quais sejam, o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas [...] ainda que em defesa do princípio da indisponibilidade do patrimônio público ".

Acerca da segurança jurídica, Di Pietro[6] lembra que a segurança jurídica tem "estreita relação com a ideia de respeito à boa fé". Nas palavras da autora, "se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo."

Além disso, a doutrinadora destaca que, por estar inserido como um dos princípios gerais do direito, o princípio da Segurança Jurídica é base das normas sobre prescrição e decadência, bem como a outros atos, rememorando o objetivo da súmula vinculante 103-A que é a de afastar controvérsias que gerem "grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica"

[5] NASSAR, Elody. Prescrição na Administração Pública. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 351
[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014

No mesmo sentido, Gustavo Santanna[7] desprendeu denominação diferenciada ao princípio da segurança jurídica, qual seja, princípio da proteção à confiança. Explica o autor que esse princípio visa a evitar a instabilidade eterna, ou seja, uma incerteza perpétua das situações jurídicas, ramificando dele uma natureza objetiva que diz respeito ao prazo decadencial que limita a retroatividade dos atos do Estado, além disso, sua natureza subjetiva concerne à proteção à confiança das condutas e procedimentos do Estado.

Silvio de Salvo Venosa, na mesma vertente, ensina que "o exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente. Deve ser exercido pelo titular dentro de determinado prazo. Isso não ocorrendo, perderá o titular a prerrogativa de fazer valer seu direito"[8].

Outra grande afirmação encontrada em toda a jurisprudência e doutrina refere-se à prescrição e a decadência como institutos que visam garantir a eficácia do princípio da segurança jurídica implícito na Constituição Federal. Soma-se, também a garantia do contraditório e da ampla defesa como grandes ofendidos com o transcurso de grande lapso temporal. Assim também, acrescenta-se à lista dos institutos abalroados, dentre tantos outros, a ordem da garantia do devido processo legal.

3.1.4 A prescrição como garantia da ampla defesa

Ainda na explanação do seu voto, o Ministro relator, destacou que a imprescritibilidade na questão sancionatória fere "além da segurança jurídica [...] o princípio da ampla defesa".

Para exemplificar, citou o voto proferido pela Ministra Carmem Lúcia no recurso extraordinário 669.069, quando esta defendeu a prescrição para ilícitos civis,

[7] SANTANNA, Gustavo; Direito administrativo: série objetiva – 4 ed; Porto Alegre; Verbo Jurídico, 2015 p. 48

[8] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2005. – (coleção direito civil; v.1).

destacando o trecho dito por ela de que a imprescritibilidade esbarrava no direito de defesa, o qual é "muitíssimo caro" para o sistema constitucional.

As considerações feitas pela Ministra Carmem Lúcia na RE 669.069, foram, in verbis

> "a imprescritibilidade esbarraria no direito de defesa, que é muitíssimo caro ao sistema constitucional. [...] porque não é do homem médio guardar, além de um prazo razoável, [...] a documentação necessária para uma eventual defesa."[9]

Além disso, a Ministra, citou o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, quando destacou que "[...] o prazo prescricional haverá de respeitar necessariamente o que é possível para um homem médio se defender".[10]

Importa, desta forma, lembrar, que o princípio da ampla defesa consta expresso na Constituição Federal, incurso no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, elencado entre as garantias fundamentais expressas no artigo 5°. Desta forma, pode-se inferir que o constituinte originário quis deixar consignado em cláusula pétrea a determinação:

> LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;[11]

Ainda acerca do tema, Gustavo Santanna[12], descreve que o contraditório pode ser conceituado como o direito da parte se manifestar sobre apontamentos ou documentos da parte contrária, sendo imperativo a oportunidade do direito de resposta. Já quanto a ampla defesa, o autor a define como de interpretação muito mais ampla, apesar de sua profunda ligação com o princípio do contraditório.

---

[9] LÚCIA, M. C. (2016). Recurso Extraordinário 669.069 Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal, Inteiro Teor do Acordão. p. 74. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamento Processo.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666>. Acesso em: 09 Mar. 2017.

[10] Idem

[11] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5° Inciso LV. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao /constituicao.htm>. Acesso em 14Ago 2018.

[12] SANTANNA, Gustavo; Direito administrativo: série objetiva – 4 ed; Porto Alegre; Verbo Jurídico, 2015 p. 356

De forma a conceituar este princípio, o autor descreveu a ampla defesa pela possibilidade de utilização de todos os meios lícitos para provar sua inocência, lembrando que, para isso, é necessário que sejam apresentados ao acusado todos os fatos a ele imputados, bem como as provas contra eles produzidas. Acrescentou, ainda, a necessidade de possibilitar ao acusado o acompanhamento da instrução do processo.

3.1.5 A função da norma como combate à corrupção

Segundo o Ministro relator, a Constituição e a lei de improbidade administrativa tiveram como premissa um combate mais "[...] sério à ilegalidade, à imoralidade, qualificadas pela má-fé, pela intenção, qualificadas pela corrupção[...]".

Segundo ele:

> "[...]A ideia do artigo 37 parágrafo 4° é o combate à corrupção, à ilegalidade, à imoralidade qualificadas, isso durante esses 30 anos da constituição, 26 anos da lei de improbidade, foi muito discutido porque o que se combate não é a mera ilegalidade, senão qualquer mandado de segurança julgado procedente reconhecendo uma ilegalidade seria automaticamente a improbidade administrativa. Não é isso que se combate, a ideia do texto constitucional, da lei de improbidade, é o combate à corrupção, à ilegalidade qualificada pela má Fé, a imoralidade qualificada pela má fé, pela prática de corrupção, exatamente porque a prática da corrupção é a negativa do estado constitucional. A corrupção arraigada no seio da administração pública é a negativa do estado constitucional, é a negativa da retidão, da honestidade, que deve, numa república, deve ser o norte dos negócios públicos[...]".

De forma elucidativa, o Ministro fez citação a um escrito de Marco Túlio Cícero[13], denominado "manual do candidato às eleições", onde, o grande orador romano teria dito:

[13] Marco Túlio Cícero foi um advogado, político, escritor, orador e filósofo da gens Túlia da República Romana eleito cônsul em 63 a.C. com Caio Antônio Híbrida. Era filho de Cícero, o Velho, com Élvia e pai de Cícero, o Jovem, cônsul em 30 a.C., e de Túlia. Cícero nasceu numa rica família municipal de Roma de ordem equestre e foi um dos maiores oradores e escritores em prosa da Roma Antiga

> "fazem multo mal à república os políticos corruptos, pois não apenas impregnam de vícios eles mesmos, mas infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também, por que a corrompem e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime".

A citação serviu de fundamento para o Ministro defender que o legislador constituinte de 88 buscou, pela primeira vez, estabelecer um combate específico à corrupção na Administração Pública. Para ele, tratou-se de "[...]inovação importantíssima que permitiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre aquele que pratica atos ilícitos e aqueles que praticam atos ilícitos qualificados pela corrupção, qualificados pela má-fé[...]". Esta foi a definição dada pelo Ministro aos atos de improbidade administrativa que estão tipificados, na Lei 8.429/92, como ilícitos qualificados.

Assentou, também, que "a constituição quis e a lei 8.429 em 92 fez, complementando a constituição, um autêntico código de moralidade administrativa". Entretanto, esclareceu que este "código de moralidade, visa, precipuamente, punir mais severamente a improbidade, a ilegalidade e a imoralidade qualificadas, seguindo as regras do devido processo legal".

Com o exposto, reiterou a necessária observância ao devido processo legal e à ampla defesa, pautando sua argumentação no fato de que os atos de improbidade administrativa descritos na lei, por serem de natureza civil e não penal, possuem uma tipicidade mais aberta, trazendo consigo a obrigatória necessidade de comprovação da presença de cada uma das elementares do tipo para que haja a condenação. Senão, veja-se:

> São elementares mais abertas, basta lembrarmos que basicamente estão previstas nos caputs dos artigos 9°, 10° e 11°, os incisos são simplesmente exemplificativos, mas há necessidade de se comprovar o elemento subjetivo, ou, como disse, excepcionalmente o elemento normativo, no artigo 10 para a prática desses elementares. E essa questão da sua natureza civil, da necessidade que a constituição exigiu da lei tipificar, prever as elementares, isso tem uma ligação direta com a necessidade do respeito ao devido processo legal e com

> a análise da prescrição da ação específica prevista para aplicar as sanções.

Destacou, ainda, que a constituição estabeleceu no artigo 37 parágrafo 4º, o que ele denominou como "consequências mínimas", as quais seriam as sanções mínimas referentes à improbidade administrativa, que estão assim elencadas:

> "o ato de improbidade administrativa importará em perda do cargo ou função pública, suspensão dos direitos políticos, ressarcimento ao erário, nos termos da lei".

Com isso, certificou que a Constituição prevê as penas mínimas, bem como condiciona a aplicação destas com a lei, a qual obriga à comprovação da prática de dolo ou culpa, responsabilidade subjetiva.

3.1.6 A responsabilidade na improbidade administrativa

Outro ponto em que o Ministro Relator se debruçou para demonstrar sua irresignação foi acerca da possibilidade de inferir responsabilidade objetiva ao agente investigado por improbidade administrativa, mesmo que o objetivo esteja restrito apenas ao ressarcimento.

Neste ponto, demonstrou preocupação com o tema e utilizou, para apoiar seus argumentos, a expressão emanada pelo Ministro Luiz Fux quando ainda era Ministro do STJ e que ao analisar uma demanda naquela corte teria afirmado: "o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a Responsabilidade objetiva".

Reputou, desta forma, a possibilidade apresentada pela União de imputação de condutas genéricas sem a necessidade de demonstrar o elemento subjetivo, sem indicar a comprovação de corrupção, má-fé, ilegalidade qualificada, para aplicação da sanção de ressarcimento,

Consecutivamente, lembrou da necessidade de distinção entre a ilegalidade e a improbidade, argumentando com as palavras de seu antecessor, o Ministro Teori Zavaski, o qual, em acórdão no STJ, teria expressado:

> "não se pode confundir ilegalidade com improbidade, a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, a ilegitimidade do ato, se houver, está sujeito a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade, se não houver essa comprovação da ilegalidade qualificada, do dolo ou da culpa, do ato de improbidade, nenhuma das sanções previstas na lei de improbidade, entre elas o ressarcimento pode ser aplicado".

Reforçando sua tese, lembrou que a lei de improbidade administrativa exige a necessidade da comprovação, seja do elemento subjetivo do tipo, dolo, para os artigos 9º, 10º e 11º ou, excepcionalmente, no artigo 10 do mesmo diploma, a culpa. Assim, ressaltou "a necessidade de se verificar [...] que o ressarcimento ao erário é uma das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

A importância deste esclarecimento feito pelo Ministro objetiva à distinção do ressarcimento ao erário decorrente de um ilícito civil, e o ressarcimento ao erário decorrente de uma condenação onde houve a observância do devido processo legal e a comprovação da prática de uma das condutas tipificadas pela citada lei.

O Ministro observou que a improbidade administrativa, atualmente, se abriu em duas vertentes, onde a primeira segue o rito da lei de improbidade administrativa, observando o devido processo legal, garantindo ao acusado a defesa preliminar, a defesa prévia e a obrigação de comprovação por parte da acusação, de dolo ou culpa do investigado.

A segunda vertente, ressaltou o Ministro, foi a que constou da manifestação feita pela União, na condição de *amicus curiae*, no presente Recurso Extraordinário. Esta vertente infere ao acusado uma responsabilidade objetiva, não oportunizando ao acusado defesa preliminar. "Esta vertente", destacou, "é utilizada quando a prescrição tenha atingido a possibilidade de se aplicar o rito da Lei 8.429/92 e, desta

forma, impetra-se uma ação que tem como pedido, apenas, o ressarcimento ao erário".

Para compreender esta colocação feita pelo Ministro Alexandre de Moraes, recorremos ao entendimento doutrinário acerca da improbidade administrativa. A doutrina compreende que a improbidade administrativa não está restrita à Lei 8.429/98 – Lei de Improbidade Administrativa. Da mesma forma, os órgãos de controle, que não são órgãos do poder judiciário, não se obrigam a utilizar a prestação jurisdicional em sua atuação. Na verdade, na maioria das vezes, esses órgãos de controle, diga-se CGU, TCU, Tribunais de Conta Estaduais, Controladorias Executivas Estaduais ou controladorias internas nas próprios entidades públicas, utilizam procedimentos administrativos para a persecução do ressarcimento de dano ao erário, tais como, o Processo Administrativo Disciplinar - PAD e a Tomada de Contas Especial – TCE.

Estes procedimentos, denominados de processos administrativos, inferem ao acusado, responsabilidade objetiva e, conforme descrito na manifestação que a União fez como Amicus Curiae já anteriormente citada "[...]basta para o ressarcimento a mera descrição dos fatos com indícios da prática de improbidade, isso é o necessário para que seja reconhecida a imprescritibilidade dessas ações" tendo sido acrescido também que estas ações "tem requisitos distintos da ação de improbidade, seja quanto ao procedimento, não há defesa preliminar, seja quanto a flexibilização do ônus da prova".

A partir dessa colocação feita pela União, o ministro definiu a existência de uma "[...]confusão que foi criada em relação ao ressarcimento [...]" e aduziu ser esta a causa das 999 (novecentos e noventa e nove) ações de improbidade que, para o Magistrado, "[...] na verdade não são bem ações de improbidade[...]" e observou que a união defendeu uma "[...] flexibilização da prova sem defesa prévia, uma responsabilidade objetiva".

3.1.6.1 A improbidade administrativa na doutrina

Objetivando robustecer o entendimento acerca da improbidade administrativa, recorre-se aos ensinamentos da autora administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual, em seu livro *Direito Administrativo*[14], explicou, distinguindo que a improbidade administrativa deriva da lesão à moralidade administrativa, enquanto a lesão à probidade administrativa foi positivada para os crimes de responsabilidade, trazendo em seu conteúdo tipicidade, ou seja, definição precisa dos elementos constitutivos da infração.

A autora define que ambas correspondem à honestidade na administração pública e, desta forma, a exigência de probidade ou moralidade administrativa não se restringem à legalidade formal de observância da lei, fazendo-se necessária a observância aos princípios éticos de lealdade, boa-fé, disciplina e demais regras de boa administração.[15]

Desta forma, lembrou que a improbidade administrativa está positivada desde longa data no direito brasileiro como crime de responsabilidade, porém, restrita aos agentes políticos. Os servidores públicos em geral não eram alcançados, restando, como combate à corrupção por atos praticados por estes, apenas a possibilidade de sequestro e perda de bens em favor da fazenda pública se reconhecido o enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 ea instituição do Estado Democrático de direito, viu-se explícita a preocupação com a ética, com o combate à corrupção e com a impunidade na administração pública. Desta forma, obrigou à observância dos princípios constitucionais trazidos em seu texto, dentre eles ressaltou o princípio da moralidade.

Entretanto, a interpretação de que seu conteúdo seria apenas valorativo foi obste para que o poder judiciário e os doutrinadores aceitassem a invalidação de um

[14] DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 24.ed. São Paulo. Atlas. 2011.
[15] DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 24.ed. São Paulo. Atlas. 2011. p. 823

ato administrativo fundado tão somente na violação a este. Portando, em maioria, era conceituado como agravante da ilegalidade e não como vício autônomo do ato administrativo.

Note-se, porém, que foi a partir da inclusão do princípio da moralidade na Constituição que a punição pelo crime de improbidade administrativa pôde ser estendida a todas as categorias de servidores públicos, abrangendo infrações diversas não se restringindo apenas ao enriquecimento ilícito.

Assim, a legalidade alcançou duas interpretações, a legalidade restrita que implica na prática de determinados atos exigidos em lei, que podem ser exemplificados como a exigência de lei para a criação de cargos, empregos e funções ou para criação ou aumento de tributos, e a legalidade em sentido amplo, que é interpretada pela obediência à lei concomitante com a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico.[16]

A doutrinadora conclui que a legalidade e a moralidade, em sentido restrito exigem, basicamente, honestidade, observância das regras de boa administração, atendimento ao interesse público, boa-fé e lealdade. Desta forma, quando comparados os princípios da moralidade e da probidade seus significados são similares. De outro lado, a imoralidade ea improbidade são bastante distintos, pois, a improbidade tem sentido muito mais amplo e mais preciso, abrangendo não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente os atos ilegais.

3.2 Os argumentos favoráveis para reconhecimeto da imprescritibilidade

Para alcançar a proposta do presente trabalho faz-se cogente a análise e reflexão dos argumentos de ambos os lados, ou seja, assim como já foi exposto os argumentos daqueles que defendem a prescrição, agora compete à reflexão d aqueles que defendem a imprescritibilidade.

[16] DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 24.ed. São Paulo. Atlas. 2011. p. 824

Dessa forma, antes de conhecer e analisar as manifestações dos Ministros que foram contrários à prescrição, iniciaremos a exposição trazendo os fundamentos utilizados pela Procuradoria Geral da República – PGR, haja vista este órgão ser o principal responsável pela defesa dos interesses da sociedade, principal motivo para a defesa da imprescritibilidade.

3.2.1 A manifestação da pgr na defesa da imprescritibilidade

Em, 26/09/2016, a Procuradoria Geral da República – PGR, que havia sido instada a se manifestar, apresentou seu parecer sobre o tema. Desta feita, em sua análise sobre o mérito, conferiu que o cerne da controvérsia estaria "em analisar se é constitucional reconhecer a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de suposto ato de improbidade administrativa"[17].

Neste momento, estabeleceu como premissa que o Constituinte Originário teria optado por prestigiar a moralidade e o patrimônio quando afirmou que as ações em face do agente improbo não prescreveriam, além disso, destaca que nesse entendimento a segurança jurídica para o indivíduo estaria conservada ao passo que se estabeleceu prescrição para as sanções em sentido estrito decorrentes da prática do ato.

Neste sentido, o Procurador Geral da República apresentou os seguintes argumentos:

> [...]o Constituinte, ao excepcionar a imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público econômico, "perpetuando o dever de restituir a quem violou a moralidade administrativa e a ética pública"[18], não deixou de homenagear a segurança jurídica; titularizada, contudo, pela

[17] Brasil, Procuradoria Geral da República, Parecer Nº 159215/2016 – ASJCIV/SAJ/PGR, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897> Acesso em: 20/09/2018

[18] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015, p. 480. Apud JANOT, Rodrigo, PGR p.25. Manifestação da PGR. 26 Set. 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4670950> Acesso em 11 Mai. 2018

> sociedade, não pelo particular. Fez, assim, prevalecer o interesse público em face do interesse particular do agente ímprobo.
>
> Na ponderação entre a segurança jurídica do indivíduo, que teria, depois do escoamento de prazo prescricional, de devolver o que não lhe pertence ao Estado, e a segurança jurídica da coletividade, de poder, a todo momento, recuperar o que lhe foi subtraído de maneira indevida pelo agente ímprobo, o Poder Constituinte fez prevalecer a segunda.

Em continuação à defesa de seus argumentos, o Procurador, buscou explicar o motivo pelo qual o Ministério Público do Estado de São Paulo, ao impetrar com o recurso, fez alusão à transcendência do interesse subjetivo das partes. Assim, explicou que, se reconhecida a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, a consequência seria a impunidade e a diminuição do Tesouro, o qual é composto pela contribuição dos integrantes da sociedade. Por este motivo, sustentou a inalcançabilidade da prescrição na penalidade de ressarcimento ao erário.

Do mesmo modo, o Procurador afirma, ainda, que o art. 37, § 5º, da Constituição, prevê "a prescritibilidade dos ilícitos administrativos praticados por qualquer agente público, segundo dispuser a lei, mas assegura a imprescritibilidade das ações de reparação de danos ao erário".

Sustentando seu argumento, o d. Procurador fez referência às decisões da egrégia Suprema Corte[19] que, na exegese do § 5º do art. 37 da Carta Magna, reconheceram a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

Sendo assim, e juntando aos seus argumentos o entendimento doutrinário, afirmou categoricamente que:

> O Poder Constituinte, ao estabelecer a hipótese de imprescritibilidade do § 5o do art. 37, não fez ressalvas sobre o tipo de ações de ressarcimento alcançadas por essa regra. Não cabe, portanto, ao legislador nem ao intérprete fazê-lo.

[19] MS 26.210 (Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Plenário, DJe 10 out. 2008), o RE 606.224 (Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 16 abr. 2013) o ARE 648.661 (Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJe 9 ago. 2011) e o RE 693.991 (Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe 28 nov. 2012), e o RE 629.241(Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJe 9 out. 2010), RE 608.831 (Relator Ministro EROS GRAU, Segunda Turma, DJe 24 jun. 2010.), AI 712.435 AgR, (Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 11 abr. 2012.).

> Não há razões para, realizando distinção não prevista, ou melhor, vedada, afirmar que as ações de improbidade administrativa que visam à reparação dos danos causados ao erário pelo agente ímprobo são alcançadas pela prescrição.
>
> Entendimento em sentido contrário, tal qual o adotado no acórdão recorrido, violaria diretamente a Carta Magna, além de implicar mitigação ao princípio da moralidade administrativa e desproteção do patrimônio público, bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, em especial pelo dispositivo constitucional invocado, que se preocupa, acertadamente, com a efetiva tutela dos cofres públicos e, por via de consequência, da população.

À luz do entendimento de afronta aos princípios da administração pública, a PGR lançou os seguintes argumentos:

> A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim, é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda de seu iuspersequendi. É o princípio que consta do art. 37, § 5o, que dispõe: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo se prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non securritius). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada. (destaques acrescidos) [20]

Acrescentou, também, que:

> [...] o Supremo Tribunal Federal vinha reiteradamente reconhecendo que o princípio da moralidade administrativa se revela como valor constitucional impregnado de substrato

[20] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 682-683, apud JANOT, Rodrigo, PGR p.12. Manifestação da PGR. 26 Set. 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4670950> Acesso em 11 Mai. 2018

> ético e erigido à condição de vetor fundamental a reger as atividades do Poder Público, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado.[21]
>
> [...]
>
> "o desrespeito ao princípio da moralidade administrativa faz instaurar situações de inconstitucionalidade" e não se deve admitir que inconstitucionalidades desse jaez se convalidem com o transcurso do tempo, sobretudo quando a razão para tal for inércia da administração.[22]

Ao final, o parecer emitido pela Procuradoria Geral da República reclamou pelo reconhecimento da "[...] imprescritibilidade da ação de improbidade administrativa proposta pelo recorrente, na parte relativa ao ressarcimento ao erário. [23] e sugeriu como tese, que:

> [...], considerados a sistemática da repercussão geral e os efeitos do presente julgamento em relação aos demais casos que tratem ou venham a tratar do Tema 897, propõe-se a fixação da seguinte tese:
>
> São imprescritíveis as ações de ressarcimento do erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de prévia declaração do ato como ímprobo e do agente que o pratique, servidor público ou não.

3.2.2 As manifestações favoráveis à imprescritibilidade

No plenário, a divergência ao voto do relator foi introduzida pelo Ministro Luiz Edson Fachin que logo de início, assentou que seu voto teria como tese: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa".

---

[21] RCL 23.131, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 27 jun. 2016; ARE 976.873, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJe 22 jun. 2016

[22] CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. Salvador: Jus Podivm,2012, p. 962. apud JANOT, Rodrigo, PGR p.23. Manifestação da PGR. 26 Set. 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4670950> Acesso em 11 Mai. 2018

[23] BRASIL, Superior Tribunal Federal, RE 852475 - Recurso Extraordinário; Relator: Min. Alexandre de Moraes; Recorrente Ministério Público do Estado de São Paulo; Recorridos Antônio Carlos Coltri e Outro(a/s) [...], Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4670950>; Acesso em 11 Mai. 2018

Para explicar a conclusão a que chegou, o Ministro Fachin, expôs ter se valido de algumas premissas, a primeira é de que a prescrição é uma "dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito".

Como segunda premissa, lembrou que a Constituição possui exceções explícitas à prescrição, remetendo ao comando acerca da prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB).

Neste sentido, destacou entender que o dispositivo do artigo 37 § 5° também integra esse mesmo rol de exceções. Pronunciando:

> "o texto constitucional é expresso ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. Logo em seguida, porém, decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de recomposição) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis"

Visando aclarar a interpretação do dispositivo previsto no art. 37, § 5º, da Constituição da República, destacou a República como Estado Constitucional e Democrático de Direito com alicerce na cidadania, na dignidade da pessoa humana, e no pluralismo político, conforme registrado no artigo 1°, II, III e V do texto constitucional. Assim, destacou a obrigação em seguir os compromissos fundamentais, citando como principal à causa em discussão "a proteção da coisa pública e da probidade administrativa, incorporados à narrativa constitucional pátria como virtudes republicanas".

Lembrando o julgamento do RE 669.069, quando a Corte assentou a Tese de prescrição para ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, fez remissão aos fundamentos adotados por ele à época, quais sejam, "impossibilidade da restrição dos ilícitos aptos a ensejar ação de ressarcimento e diferenciação do âmbito de incidência, na tutela da coisa pública, dos §§ 4º e 5º do art. 37.

Com isso, destacou que o Título III da Constituição, que trata da Organização do Estado, mais especificamente em seu Capítulo VII, que versa sobre a Administração Pública, estabelece a imperiosa obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, desta forma, no seu entendimento faria parte, da arquitetura constitucional de proteção da coisa pública.

Assim, lembrou também a presença dos arts. 14, § 9º, 15, V, e 37, §4º, CRFB, todos com a função de proteção e tutela da coisa pública, trazendo em seu contexto a previsão de graves sanções para os atos de improbidade administrativa e a imperiosidade de sua normatização legal.

No entanto, ressaltou que tais previsões normativas não podem conflitar com o disposto no art. 37, § 5º, CRFB. Portanto, no entendimento dele, o dispositivo constitucional quando expressou a previsão de lei estabelecendo prazos de prescrição para ilícitos que gerem prejuízo ao erário, decotou do comando as ações cíveis de ressarcimento ao erário, de forma a torna-las imprescritíveis.

Defendeu, o Ministro, que

> o texto constitucional é expresso ao prever a ressalva da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. Não nomeia, elenca, particulariza e nem restringe a natureza dos ilícitos que geram danos e que, assim, podem ensejar o ressarcimento dos danos ao erário. Basta haver dano. Se houver dano poderá haver ação de ressarcimento, sem que incida sobre essa pretensão qualquer prazo prescricional. Basta, à luz do comando constitucional, a existência de ilícito que a ele cause prejuízo para que seja possível ação de ressarcimento, sem que sobre a pretensão nela veiculada incida qualquer prazo prescricional.

Conduziu, desta forma, o entendimento de que o poder constituinte originário não se restringiu em alçar a boa governança a patamar constitucional. Para ele, o constituinte cuidou de destacar um "compromisso fundamental" à coisa pública obrigando todos à sua proteção. O Ministro denominou esse compromisso como "verdadeiro ideal republicano", destacando que independente do lapso-temporal há o dever de quem quer que tenha dado causa, ressarcir os prejuízos causados.

Para o Ministro, o disposto no art. 37, §5º é muito claro em prever "que a lei estabelecerá os prazos prescricionais dos ilícitos praticados "por qualquer agente, servidor ou não". Explicou que, no seu entender, o comando normativo destaca a incidência da prescrição sobre os atos ilícitos, ressalvando, entretanto, com nitidez a não incidência da prescrição sobre o caráter ressarcitório dos prejuízos.

Destacou, ainda, que este entendimento não se aplica aos demais créditos públicos como, por exemplo, os créditos tributários e multas em que a prescrição incide como postulado da segurança jurídica.

A exceção que estabelece a imprescritibilidade, segundo entendimento do Ministro Fachin, não pode se restringir a um grupo específico de ilícitos, sob pena de desfavorecer o princípio da segurança jurídica, conforme teria sido percebido e destacado no parecer da Procuradoria Geral da República apresentado nos autos, in verbis:

> "A imprescritibilidade representa, antes, garantia da coletividade à restituição do que lhe foi subtraído pelo ato de improbidade, a partir de violações de princípios constitucionais caros à população como um todo e do dever de lealdade para com as instituições.
>
> Exatamente por isso, no tocante à improbidade administrativa, a tutela conjunta dos interesses é reclamada pela ordem constitucional. Não há como dissociar a tutela dos interesses defendidos da regulamentação da ação de improbidade, inobstante a circunstância de cada uma das lesões advindas do comportamento ímprobo gerar consequências distintas (sanções punitivas e reparação de dano).
>
> O dano ao patrimônio público é o resultando, dando o Poder Constituinte preponderância não a ele, mas à forma como é gerado (improbidade). Daí a possibilidade, ou melhor, necessidade, de permitir que se dê prosseguimento à ação de improbidade a fim de que, mesmo prescritas as demais sanções, seja alcançada a reparação do dano ao erário, de natureza imprescritível".

Com estas exposições, o Ministro Fachin conclui seu voto assentando que a imprescritibilidade não trata de injustificada e eterna obrigação de guarda, de elementos probatórios por parte do particular, conforme defendido por parte dos

ministros. Antes, trata-se de importante proteção da coisa pública, da qual todos são titulares inclusive aqueles que são investigados.

O Ministro Celso de Mello também defendeu a imprescritibilidade destacando, para tanto, o princípio da Moralidade administrativa. Além disso, afirmou que a consagração do princípio de responsabilidade dos agentes estatais, em qualquer nível ou poderes da república, é uma conquista da república, lembrando que a sujeição dos agentes públicos às consequências jurídicas do seu próprio comportamento é inerente e consubstancial ao regime republicano.

Além disso, destacou como maior interessado na moralidade administrativa o próprio povo do Estado, que dependem da moralidade administrativa. Assim, acrescentou que a lei 8429 é um instrumento de realização do princípio maior da moralidade administrativa, princípio este que está umbilicalmente ligado à probidade administrativa. Assentou, assim, que sua interpretação há de ser a mais larga, a fim de se conferir máxima eficácia ao postulado da moralidade administrativa.

Definiu como desastroso para a administração pública a isenção dessas responsabilidades, pois, “infelizmente o Brasil é um país onde ainda há corrupção, onde ainda há apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos”.

Da mesma forma, o ministro Luís Roberto Barroso, que inicialmente era favorável à prescrição, assentou seu entendimento declarando acreditar que a prescrição "não produz o melhor resultado para a sociedade". Acrescentou que o excessivo prazo para que as ações de ressarcimento sejam impetradas se dá em virtude da complexidade das investigações, bem como da demora do processo penal. Nesta feita, afirmou que “É preciso entender que o ressarcimento ao erário não é sanção. Devolver o que não deveria ter tomado, não é sanção”.

O ministro Luiz Fux também reajustou seu voto emanando a declaração de que “O Poder Constituinte originário houve por bem escolher a compreensão de que a coisa pública não pode ser tratada com desdém”.

Assim, confirmou-se como vencedora a tese da imprescritibilidade para as ações de ressarcimento ao erário decorrente de atos de improbidade administrativa dolosa, ou seja, quando o ato de improbidade decorrer em enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou causar dano intencional à administração pública.

3.3 Conclusão sobre o julgamento

Ao analisar os argumentos apresentados pelos Ministros e demais partes que se expressaram no processo, vê-se destacar primordialmente que as partes fundamentaram seu posicionamento a partir da mesma premissa.

Esse entendimento encontra amparo no fato de que, ambos os posicionamentos, deram como certas suas compreensões acerca da ressalva constante no §5° do Artigo 37, entretanto, vê-se, na verdade, que o desentendimento parte de uma outra divergência, qual seja, o sopesamento das garantias, princípios e direitos fundamentais.

Se considerarmos como correta a premissa feita no parágrafo anterior, conclui-se que foram utilizados os fundamentos do princípio da proporcionalidade, ou seja, com base nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu, cada qual racionalmente impôs uma restrição a certos direitos, mas amparado pela valoração a outro.

Acompanhando este raciocínio, é possível dizer que para a corrente majoritária, ao decidir pela imprescritibilidade, restou amparado e homenageado o princípio da supremacia do interesse público, entendendo, desta forma, que a restrição a outros direitos fundamentais é plenamente justificada em função deste.

A manifestação da PGR transcrita abaixo ilustra esse entendimento

> [...]o Constituinte, ao excepcionar a imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público econômico, “perpetuando o dever de restituir a quem violou a

> moralidade administrativa e a ética pública"[24], não deixou de homenagear a segurança jurídica; titularizada, contudo, pela sociedade, não pelo particular. Fez, assim, prevalecer o interesse público em face do interesse particular do agente ímprobo.

Partindo da mesma linha de raciocínio, a outra corrente que restou vencida, considerava que deveriam ser privilegiadas as garantias e os direitos fundamentais individuais expressados na Carta magna, conforme se verifica no trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes que destacamos abaixo:

> "[...]diz respeito à segurança jurídica, ao devido processo legal, à ampla defesa e principalmente no campo prático, a absoluta necessidade que a Constituição exige de comprovação de responsabilidade subjetiva para a improbidade administrativa".

Assim, com o entendimento esposado, se confirma a constatação feita na apresentação do presente trabalho, aquela de que embora o tema já tenha sido enfrentado em dois julgamentos pelo plenário, as soluções apresentadas não foram bastantes para elidir novas demandas.

4. ANÁLISE PRELIMINAR AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886 QUE AINDA ESTÁ PENDENTE DE JULGAMENTO

> "O ressarcimento de prejuízos ao erário tem uma função compensatória, visando a reparar prejuízos causados ao patrimônio público por atos ilícitos, sejam eles crimes, infrações disciplinares, atos de improbidade ou meros atos de gestão ilícita de dinheiro público."25

O Recurso Extraordinário 636.886, que também tem como relator o Ministro Alexandre de Moraes, é o leading case da repercussão geral do tema 899 que tem por finalidade analisar a prescrição nas ações de ressarcimento ao erário que estiverem fundadas em decisão emitida por Tribunal de Contas.

---

[24] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015, p. 480. Apud JANOT, Rodrigo, PGR p.25. Manifestação da PGR. 26 Set. 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4670950> Acesso em 11 Mai. 2018

[25] COSTA, Alexandre Araújo e COSTA, Henrique Araújo, A prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário no âmbito do TCU. Arcos. Disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/a-prescricao-da-pretensao-de-ressarcimento-ao-erario#topo>. Acesso em 10 Ago 2018

O caso concreto cuida da ausência de prestação de contas sobre os recursos recebidos pela Associação Cultural Zumbi advindos do Ministério da Cultura e que deveriam ser aplicados no Projeto Educar Quilombo. A ex-presidente da Associação Cultural Zumbi, em Alagoas, deixou de apresentar a referida prestação, razão pela qual o Tribunal do Contas da União (TCU) a condenou a restituir aos cofres públicos os valores recebidos do convênio.

Como a decisão não foi cumprida, o TCU emitiu título executivo extrajudicial e a União ajuizou ação de execução. A decisão emitida pela primeira instância da Justiça Federal de Alagoas reconheceu, de ofício, a prescrição, extinguindo o feito. Em sede de recurso, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve o entendimento.

4.1 O controle da gestão dos recursos públicos

Conforme leciona Maria Sylvia Zanellla Di Pietro "no exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos"[26].

A autora descreve a finalidade do controle como sendo necessária para assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. Estes princípios são encontrados, principalmente, na Constituição Federal, artigo 37, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O controle, acrescenta Di Pietro, "constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu"[27].

[26] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; Direito administrativo; 20 ed., São Paulo: Atlas, 2007 p.671.
[27] Idem, p. 672

Esse controle, de forma objetiva, está sob a responsabilidade do Tribunal de Contas, conforme prevê o artigo 71 da Constituição Federal:

> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
>
> I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
>
> II -julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;[28]

Também a Lei 8.443 de 16 de julho de 1992 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, em seu artigo 1º, reproduz o ordenamento constitucional da competência para exercer o controle e, no artigo 3º, assinala a competência para expedição de atos e instruções normativas. Ainda, o artigo 8º do mesmo ordenamento destaca o procedimento de Tomada de Contas Especial enumerando os atos motivadores e a forma de apuração.

> Art. 1° Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:
>
> I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;
>
> [...]
>
> Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em conseqüência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a

[28] BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 Mar 2018.

> organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade
>
> [...]
>
> Art. 8° Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5° desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

Com o exposto, demonstra-se que, diante de uma irregularidade que gere prejuízo ao erário, cabe à própria administração e ao TCU, o poder-dever de buscar a recomposição de quaisquer prejuízos. Esta busca, conforme consta do artigo 8°, é feita no âmbito administrativo por meio do procedimento de Tomada de Contas Especial.

4.2 O possível posicionamento dos ministros.

Primeiramente cabe lembrar que diversas foram as ocasiões onde os Ministros declararam que as decisões emanadas por eles observam o momento, o contexto social. A realidade não pode ser ignorada pela suprema corte, afinal, a moral e os costumes são fontes de direito. Além disso, conforme bem lembrou o Ilustre patrono no RE 852475, a alteração da Lei de Introdução das Normas Brasileiras pela Lei 13655/2018, introduziu formalmente o princípio do consequencialismo, bem como acrescentou outras determinações de cunho social aos órgãos de controle jurisdicionais ou não.

Assim, se levarmos em consideração a atual situação que o País vive, do repudio ao desvirtuamento da coisa pública, do clamor social pela justiça, a única alternativa possível é a de que a corte decida pela imprescritibilidade das ações fundadas em título emitidos pelas Cortes de Contas.

Entretanto, outra importante observação a ser feita, leva em conta que os Ministros, durante o julgamento do RE 852475, demonstraram grande preocupação com a observância ao devido processo legal.

Essa preocupação ficou clara na manifestação do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, mas também do Ministro Fachin e todos os demais, de alguma forma, atravessaram por este caminho da defesa ao procedimento judicial correto.

Neste sentido importa lembrar que os procedimentos no âmbito das Corte s de Contas não observam as mesmas formalidades jurisdicionais. Assim, considerando que o recurso pretende tratar sobre "[...]o alcance da regra estabelecida no art. 37, 5º, da Constituição Federal, relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas", é possível acreditar que os Ministros adentrarão nessa seara quanto à observação dos preceitos de um julgamento justo.

Ao exposto, importa esclarecer que, nos procedimentos administrativos, diferente daquilo que ocorre na seara da justiça, a incumbência de provas é do acusado/indiciado. Ou seja, ao invés da administração ter que provar o ato ilícito, irregular e o dano, esta se desincumbe disso fixando ao acusado a responsabilidade de apresentar provas e documentos que comprovem sua idoneidade. Este fato com certeza acaba sendo amplamente prejudicado com o transcurso do tempo.

Pode-se exemplificar essa preocupação por meio do Ministro Alexandre de Morais quando citou a manifestação feita pela União, na condição de *amicus curiae*, no RE 852475 onde a União teria inferido ao acusado responsabilidade objetiva, sem necessidade, sequer, de oportunizar defesa preliminar. Esse é o procedimento comumente utilizado na Tomada de Contas Especial. O qual das premissas do poder judiciário, quando caberia à administração o ônus de provar a ação ou omissão, dolosa ou culposa do acusado, bem como, o nexo de causalidade entre o ato e resultado.

De outro lado, importa ressalvar que o momento contemporâneo, encontra forte apelo e repulsa social dos atos ilícitos cometidos na administração pública, dentre os mais notáveis está aquele que foi noticiado como operação Lava Jato e seus desdobramentos. Entretanto, cumpre questionar se a mitigação dos fundamentos constitucionais pode ser feita para atingir qualquer fim com base na supremacia do interesse coletivo (interesse público)?

Conforme exposto anteriormente, a previsão legal para exercer atos coercitivos que visem resguardar o erário é encontrada na Constituição Federal do Brasil de 1988 que, em seu artigo 71 que estabelece a competência do Tribunal de Contas, de onde destacamos:[29]

> [...]
>
> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
>
> [...]
>
> II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
>
> [...]
>
> § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Complementarmente, o artigo 75 da Carta Magna estende aos Tribunais de Contas dos estados e do Distrito Federal as mesmas regras quanto determina:

> "Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios."

[29] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017

Para o cumprimento deste mandamento, os Tribunais de Contas, bem como a administração direta e indireta, por ato próprio ou por imposição daqueles, quando da apreciação de suas contas, identificando débitos não previstos, se esmeram por identificar um responsável e, assim, coagi-lo ao ressarcimento.

Acontece, entretanto, que a morosidade da apreciação das contas públicas, ou até mesmo, da apreciação de fatos que chegam ao conhecimento da autoridade competente, acaba por incutir uma situação extravagante, a de se passarem muitos anos entre a data da ocorrência dos fatos e a da apuração. Esta problemática é enfrentada pelos Tribunais de Contas e pelos órgãos da administração com o entendimento majoritário dado ao artigo 35 §5º da Constituição Federal, de que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis.

> § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

O inconformismo daqueles que se viram na condição de réu em um processo donde não possuíam condições de defesa, ou mesmo, doutros que acreditavam já terem apresentado todas as informações necessárias levou tais questões ao poder judiciário. Os inúmeros casos de judicialização com o mesmo controverso entendimento fez a matéria chegar ao Supremo Tribunal Federal e a matéria ser levada a repercussão geral.

Lembrando, no entanto, a explanação do ex-ministro Teori Zavascki ao apreciar o RE 669.069 onde declarou que a questão estaria cunhada de impasse dogmático acerca da interpretação que se dá ao texto normativo trazendo, como consequência, a possibilidade de "[...]tornar imprescritível toda e qualquer ação de ressarcimento movida pelo erário, desde que o dano reclamado decorra de algum ilícito, independentemente da natureza dessa ilicitude[...].

Ainda, acrescentou à época o Ministro, que a acepção do termo *ilícito* em sentido amplo induziria ao entendimento que quaisquer ações que visem o ressarcimento ao erário, mesmo que não fossem fundadas em dolo ou culpa, seriam

imprescritíveis. e que um entendimento de forma tão ampla iria contra os princípios previstos na norma constitucional onde a regra é a prescritibilidade, vigorando como exceções, os casos de imprescritibilidade.[30]

O ministro Alexandre de Morais, atual relator, por tudo o que demonstrou no RE 852475 tem o mesmo entendimento, assim como o Ministro Marco Aurélio, que já demonstrou sua posição contrária à imprescritibilidade, uma delas no RE 669.069, quando questionou o direito de ação eterno no campo patrimonial. Desta forma, asseverou: "[...]Será que, considerada a Carta que se disse cidadã, que trouxe ares democráticos, tem-se esse poder insuplantável do Estado, de deixar que permaneça sobre a cabeça daquele obrigado a ressarcir uma verdadeira espada de Dâmocles?". Em continuidade ao debate, argumentou, que a prescrição é uma sanção pela inércia, que só ocorre ante a ausência de atitude, após os fatos conhecidos e o responsável identificado.

Cabe, ainda, lembrar o ensinamento de Jacoby Fernandes sobre o procedimento de Tomada de Contas Especial - TCE. Conceitua ele que a TCE é "[...]um processo de natureza administrativa, de instauração excepcional, que visa apurar responsabilidade por omissão ou irregularidade no dever de prestar contas ou por dano causado ao erário."

Aponta, ainda, o Jacoby, a equação para formação da TCE compondo-se com fato ensejador: Perda, Extravio e irregularidade,

(+) somado a qualificadora: Prejuízo ao erário,

(=) resulta na Tomada de Contas Especial – TCE.[31]

Entre os doutrinadores do Direito Administrativo, também se verifica o entendimento firmado acerca da imprescritibilidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em entendimento correlato à corrente majoritária, define como imprescritível as

[30] Aurélio, M. M. (s.d.).
[31] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tomada de Contas Especial: desenvolvimento do processo na administração pública e nos tribunais de contas. 7.ed. Belo Horizonte. Fórum. 2017 p.31.

ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, referindo-se ao entendimento do artigo 37 parágrafo 5° da Constituição Federal. A autora afirma em sua obra que "[...] ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos".

Não se pode desprezar no ensinamento de DI PIETRO, diferenciando dois tipos de atos que importam improbidade administrativa. A autora definiu como improbidade administrativa, aquela processada por processo administrativo a derivada da lesão à moralidade administrativa e, de forma diferenciada conceitual a lesão à probidade administrativa positivada pela Lei 8.429/92 para os crimes de responsabilidade. Esta última, a lesão à probidade administrativa, defende ela, traz em seu conteúdo tipicidade, ou seja, definição precisa dos elementos constitutivos da infração. Entretanto, assevera, ambas correspondem à honestidade na administração pública.

Por todo o exposto, acredita-se que os itens citados acima devem ser enfrentados pelos Eminentes Ministros da Suprema Corte no julgamento do RE 636.886 e, ao final, com base nas informações apresentadas no RE 852475 é possível acreditar que a tese a ser firmada será a da imprescritibilidade, entretanto, indiferente da tese vencedora, também acredita-se que a corte irá pronunciar-se acerca da regularidade com que os procedimentos são feitos dentro da corte de contas, abrindo espaço, se demonstrada a infringência aos dispositivos constitucionais, para outras demandas.

5.CONCLUSÃO

O tempo, no Direito Brasileiro, possui relevância que fundamenta tanto aquisições quanto extinções de direitos. Esse entendimento está corroborado no brocado latino "Dormientibus non succurit jus" que, em tradução para a nossa língua, significa "O direito não socorre aos que dormem". Esta instrução busca,

primordialmente, o estabelecimento da paz social configurando-se como instituto de ordem pública.

As citações acima encontram-se disseminadas por diversos doutrinadores na tentativa de explicar e definir a importância da prescrição. De outro lado, os doutrinadores do Direito Administrativo elegem e destacam a importância primordial do princípio da supremacia do interesse público.

Em nome desse princípio, que se encontra implícito no ordenamento constitucional, são atribuídas prerrogativas especiais ao Estado, de forma que esse possa cumprir suas obrigações e atingir suas finalidades. Entre essas prerrogativas especiais, encontra-se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, que sempre foi pautada no entendimento emanado do §5°, do Artigo 37 da Constituição Brasileira de 1988.

A prescrição, justificada pelo princípio da Supremacia do Interesse Público, que implica no poder-dever da Administração de cuidar dos bens que são de propriedade da coletividade, emana restrições aos direitos individuais garantidos na ordem constitucional.

Outra vertente da verticalidade das relações jurídico-administrativas é vista através do princípio da indisponibilidade do interesse público, que é utilizado para nortear a atividade da administração pública e assenta diversos postulados dessa relação, destacando-se a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência.

Entretanto, a atuação da administração pública como gestora do patrimônio da coletividade não está isenta de limitações. Assim também a imposição de restrições a direitos e garantias constitucionais deve ser sopesado pela proporcionalidade.

A proporcionalidade é um princípio implícito na norma constitucional e prevê para sua aplicação a observância a três subprincípios, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Neste sentido, importa destacar que o amparo à prescrição nas ações de ressarcimento ao erário pelos que a defenderam não deixaram dúvidas quanto à importância do controle dos gastos públicos e da defesa do patrimônio da coletividade. Entretanto, buscaram demonstrar que a inoperância do estado no cumprimento de seu papel fiscalizador não pode encontrar amparo na irrazoabilidade da indeterminação temporal.

Importante aspecto que se percebe na defesa pela prescrição está pautada pela forma como a administração busca o ressarcimento, já que esta não se obriga à observância do devido processo legal. Desta forma, a ausência de limite temporal, passa a representar um constrangimento muito maior, pois é imputado ao administrado a responsabilidade objetiva e o ônus probante.

Desta forma, se for reconhecido que o problema da prescrição ou da imprescritibilidade não estaria exatamente no lapso temporal, mas na forma como o procedimento de apuração é feito, concluir-se-ia que toda a matéria debatida até agora nos tribunais não foi capaz de pacificar as relações entre o Estado e o particular.

Resta, portanto, concluir que a questão da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, apesar de terem recebido a atenção da Suprema Corte Brasileira, ainda demandam futuros debates para que se alcance uma solução que possa ser realmente dita como justa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>. Acesso em: 14 Ago. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal: Parte Geral, Vol 1, Ed 24, Saraiva, 2018

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017

BRASIL. Lei Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 Mar 2018

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 26.210-9 Distrito Federal. Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. [ ].*MS 26210/DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Tania Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Brasilia, 04, de setembro de 2008. disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769> Acesso em: 18 Mar. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 636.886 Alagoas. Administrativo. Recurso Extraordinário. [ ].*RE 636886 RG/AL*. Plenário. Recorrente: União. Recorrido: Vanda Maria Menezes Barbosa. Relator Ministro Teori Zavascki, Brasilia, 02, de junho de 2016. disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 11110734> Acesso em: 18 Mar. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 669.069 Minas Gerais. [ ]. *RE 669.069/MG*. Plenário. Recorrente: União. Recorrido: Viação Três Corações Ltda, Luiz Cláudio Salles da Luz. Relator Ministro Teori Zavascki, Brasilia, 03, de fevereiro de 2016 disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4189164 > Acesso em: 9 Mar. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 852.475 São Paulo. [ ]. Repercussão geral configurada.*RE 852475 RG/SP*. Plenário. Recorrente: Ministério Publico do Estado de São Paulo. Recorrido: Ântonio Carlos Coltri e Outros (a/s). Relator Ministro Teori Zavascki, Brasilia, 19, de maio de 2016. disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11028593> Acesso em: 18 Mar. 2017.

BRASIL, *Instrução Normativa - Tcu n. 71, de 28 de novembro de 2012*. Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial. Brasília, 2012. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A158FE98EE0158FED18D783C5D>. Acesso em: 18 mar. 2017.

BRASILIA, Procuradoria Geral do Distrito Federal, *Parecer n. 692/2016-PRCON/PGDF*. [ ]. Interessado: GAB/SES. Assunto: Tomada de Contas Especial. Parecerista Subprocurador-Geral do Distrito Federal Carlos Mário da Silva Velloso Filho. Brasilia, 27, de julho de 2016. disponível em:<http://parecer.pg.df.gov.br/pareceres_consulta.asp?numero=0006922016&orgao=190010200000 > Acesso em: 18 Mar. 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*, 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

COSTA, Alexandre Araújo e COSTA, Henrique Araújo. A prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário no âmbito do TCU. Arcos. Disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/a-prescricao-da-pretensao-de-ressarcimento-ao-erario#topo>. Acesso em 10 Ago 2018

DALLARI, Adilson Abreu e outros. Segurança Jurídica. Coordenação: Paulo Andre Jorge Germanos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo. Atlas. 2011.

DIAS, Wladimir Rodrigues. *A Administração Pública na Ordem Jurídico-Constitucional*. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). Curso Prático de Direito Administrativo. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FILHO, Oswaldo Cipriano da Silva. *Tomada de Contas Especial Responsabilidade Civil e Julgamento das Contas*. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Brasília: Ed. Costa e Silva, v. 25 - t. 1, 1999.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2.ed, 4ª tiragem. São Paulo. Malheiros, 2000.

FIRME, Luciano Wagner. O procedimento de tomada de contas especial na administração pública do Distrito Federal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2618>. Acesso em: 18 Mar. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14.ed. Saraiva. 2012.

IHERING, Rudolf Von.*A Luta pelo Direito*. Trad. João de Vasconcelos. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tomada de Contas Especial:* desenvolvimento do processo na administração pública e nos tribunais de contas. 7.ed. Belo Horizonte. Fórum. 2017.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo*: Teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas. 6.ed. São Paulo. Metodo. 2015.

MARTINS J., Jorge. *Responsabilidade civil por dano ao erário*. 2009. 111 f. Monografia de Final de Curso (Pós-Graduação em direito) - Especialização em direito civil e processual civil. Instituto de Desenvolvimento Cultural. Porto Alegre. 2009. Disponível em: <http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Processo-Civil/62024707.html> Acesso em: 18/03/2017.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 4.ed. rev. e atual. - São Paulo. Saraiva, 2009 p. 58 apud ALEXY, Robert, Teoría de losderechosfundamentales, tradução de Ernesto Garzon Valdês, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,1993, p.86-87.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33.ed. São Paulo. Atlas. 2017

RODRIGUES, Walton Alencar. *O dano causado ao erário por particular e o instituto da tomada de contas especial*. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 19 –n. 77, 1998.

REALE, Miguel.*Lições preliminares de direito*. 27.ed. 14 Tiragem 2014. São Paulo. Saraiva. 2002.

SANTANNA, Gustavo.*Direito administrativo*: série objetiva. 4.ed. Porto Alegre. Verbo Jurídico. 2015.

SILVA E, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*, 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 2005. 25. ed. São Paulo: Malheirosp.673. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/2105202/livro-completo-jose-afonso-da-silva---curso-de-direito-constitucional-positivo-2> Acesso em: 09 Mar. 2017.

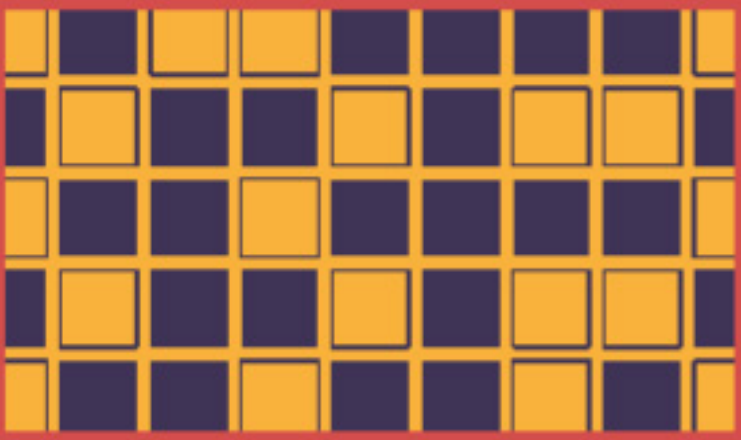
SUNDFFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*: *Estudo e Pareceres.* Teoria e Prática do Desvio do Poder. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

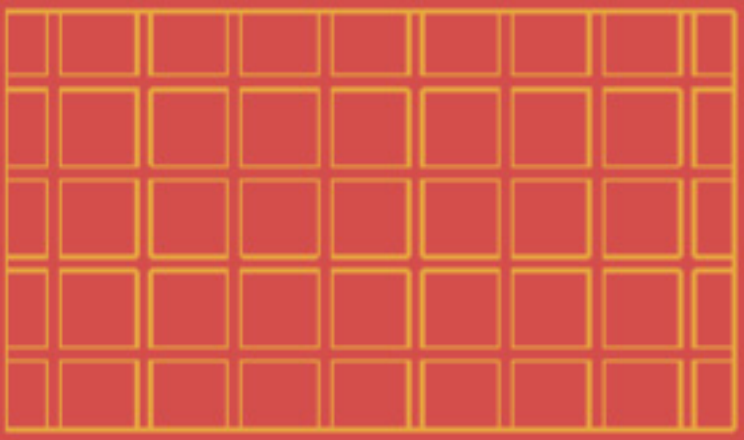
VENOSA, Silvio de Salvo.*Direito Civil:* Parte Geral. 14. São paulo : Atlas S.A., 2014. Vol. 1.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.1



Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário



UniCEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

IMPACTO DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL - (PEC Nº 287/2016 – REFORMA DA PREVIDÊNCIA) SOBRE A APOSENTADORIA DA MULHER

Anna Maria da Cunha Miranda

RESUMO

Estudo de caso sobre os impactos da Proposta de Emenda à Constituição com foco na Previdência Social e seus efeitos sobre a aposentadoria da mulher. A Reforma da Previdência caso venha ser aprovada na forma proposta irá ocasionar grandes impactos negativos na vida da população mais pobre do país, aprofundar as desigualdades e retirar garantias, ocasionando retrocesso em avanços já alcançados de distribuição de renda, pois a discussão que tem prevalecido se concentra apenas nos efeitos fiscais que poderão ser alcançados com a medida. Muitas das propostas do projeto de reforma retiram compensações alcançadas com muita luta até hoje em grande parte não corrigidas e que poderão gerar sérios riscos sociais. Particularmente quanto às propostas que atingem as mulheres trabalhadoras, constantes na Reforma da Previdência, em especial a que acresce de forma substancial a idade mínima para aposentadoria, pode ser considerado uma afronta contra a dignidade das mulheres e do Estado de Direito, pois a igualdade a direitos e oportunidades desse gênero ainda não foi conquistada em sua plenitude. Para o alcance dos objetivos desse trabalho são utilizados referenciais conceituais, pesquisa documental a partir de material já publicado tais como: livros, artigos, matérias jornalísticas, internet e outros.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Proposta de Emenda á Constituição n. 287 – PEC, Direito das Mulheres.

1 INTRODUÇÃO

A previdência social lida com formas de amenizar o impacto das contingências que implicam perda da capacidade do trabalho. Trata-se ainda de um importante

instrumento de distribuição de renda, com resultados impactantes num país tão desigual. No decorrer desse trabalho buscar-se-á provocar reflexões a respeito dos riscos sociais da Proposta de Emenda à Constituição que altera os regramentos da previdência social, em especial sobre a vida da trabalhadora brasileira.

Trata-se de um tema instigante, polêmico e atual. O governo encaminhou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 287/2016, que trata da Reforma da Previdência. Após sucessivas modificações e supressões ao texto original e mesmo lançando mão de todos os meios e recursos disponíveis, após quase dois anos tramitando, não logrou êxito na sua aprovação.[1]

O argumento principal utilizado pelo executivo para apoio a sua proposta é o de que a previdência é responsável pelos sucessivos déficits apurados nas contas públicas e que a reforma irá evitar a suspensão futura dos benefícios pois proporcionará sustentabilidade e equilíbrio ao sistema.[2]

Afinal a previdência é mesmo a principal culpada do déficit fiscal das contas públicas? No decorrer do trabalho será possível encontrar posicionamentos totalmente contrários a respeito do tema, alguns inclusive, demonstrando que o modelo é superavitário.

A proposta inicial da Reforma da Previdência definiu uma idade mínima para a aposentadoria: 65 anos, tanto no caso de homens quanto de mulheres. Mais recentemente, após diversos manifestos e pressões da classe feminina, o Governo cedeu e reduziu de 65 para 62 anos a idade mínima. Mesmo com a redução verifica-

[1] BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 287/ 2016*: Proposta de Emenda á Constituição. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1527338&filename=EMC+3/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016>. Aceso em: 12 mar. 2018.

[2] SANTOS, Roberto Amaral C.P. Reforma da previdência e desigualdade. *Carta GV Invest*, Rio de Janeiro, n. 6, mar. 2017. Disponível em: <https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/file/GVINVEST%20Short%20Studies%20Series%2006_0.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

se um acréscimo significativo na exigência, se comparado as regras atuais que corresponde a 30 anos de contribuição.[3]

Existem correntes a favor e contrárias ao tratamento diferenciado que é dado aos gêneros pela legislação para fins de aposentadoria, inclusive entre as mulheres. Uma jornalista com grande atuação nas mídias sociais afirma que é totalmente sem sentido e, desatualizada a proposta de que a mulher deve ser compensada com uma idade menor de aposentadoria. Afirma ainda mais que a ideia acaba fortalecendo o papel tradicional da mulher, quando já passa da hora de rever essa divisão envelhecida dos papéis masculino e feminino."[4]

Trata-se de uma avaliação arriscada pois as mulheres mais pobres tendem a ser mais afetadas pela dupla e até tripla jornada, pois residem mais distante, tem mais filhos e possui mais dificuldade para cumprir e comprovar o tempo de contribuição exigida."[5]

O tema não pode ser visto apenas quanto a expectativa de vida dos gêneros. De acordo com o IBGE as mulheres vivem 78 anos em média, contra 71 dos homens, em geral porque dedica mais tempo aos cuidados com a saúde, entretanto, tradicionalmente, sempre teve dupla ou tripla jornada em virtude da agregação das atividades domésticas a jornada de trabalho fora do lar.[6]

Foram coletados dados sobre a Seguridade Social (no segmento Previdência), Projeto de Reforma da Constituição e elementos históricos a respeito das conquistas

[3] BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 287/ 2016*: Proposta de Emenda á Constituição. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1527338&filename=EMC+3/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016>. Aceso em: 12 mar. 2018.

[4] LEITÃO, Miriam. *Mulher e Previdência*. 2017. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/mulher-e-previdencia.html>. Acesso em: 23 de mar. 2018

[5] NERY, 2017 apud ALEGRETTI, Laís. A reforma beneficia mulher de alta renda. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 abr. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1879832-reforma-da-previdencia-beneficia-mulher-de-alta-renda.shtml>. Acesso em: 23 mar. 2018

[6] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios, 2014*: síntese de indicadores. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default_sintese.shtm>. Acesso em: 10 out. 2017

das mulheres através de pesquisa documental (textos, documentos, relatórios institucionais e materiais de mídia impressa e digital).

O trabalho foi desenvolvido em três capítulos: o primeiro faz uma pequena retrospectiva histórica da proteção social da mulher, sob a ótica mundial e brasileira. Trata ainda das especificidades dos gêneros e suas repercussões no mercado de trabalho e no campo previdenciário.

O segundo capítulo demonstra como está estruturado o sistema previdenciário brasileiro, sempre com ênfase na previdência social. Por fim, o terceiro capítulo trata da proposta de reforma da previdência social, iniciada com o envio da PEC 287/2016 ao Congresso Nacional, os riscos sociais envolvidos, as idas e vindas do projeto e as implicações da tentativa de equiparar as exigências para fins de aposentadoria entre gêneros.

2 RETROSPECTIVA HISTÓRICA DA PROTEÇÃO SOCIAL DA MULHER

2.1 Perspectiva Mundial

A luta sobre a igualdade entre homens e mulheres nos dias atuais parece ultrapassado, já que nos Estados democráticos contemporâneos os direitos são assegurados aos gêneros de forma equânime e mesmo quando há uma diferenciação legislativa, é com a intenção de dar maior proteção as mulheres.[7]

Na antiguidade, a mulher era vista tão somente como procriadora e devia total obediência aos homens, tinha que se submeter unicamente à vida doméstica, criando e cuidando dos filhos. Logo após, na Idade Média, a mulher passou a ser considerada como uma ―aprendiz, no entanto, mesmo sendo vista como um ser inferior começa

[7] BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81.

a exercer com exclusividade determinados ofícios, como fiandeira e tecedeira de seda.[8]

Mesmo constituindo uma parte vital da economia e da sociedade, o trabalho da mulher raramente é avaliado no mesmo nível do trabalho masculino. Isso ocorre pelo fato de que as oportunidades que estão disponíveis para elas, são inferiores ao do homem. A vulnerabilidade da mulher possibilita que ela seja vítima de violência física, sexual e psicológica no âmbito da família, da comunidade e do ambiente de trabalho e por vezes com a tolerância do Estado.[9]

As mulheres são desproporcionalmente susceptíveis a serem pobres, não educadas, empregadas em trabalho de baixa remuneração ou não remuneradas e sujeitas à demissão por se casar ou ter filhos. Em muitas indústrias, às trabalhadoras são sistematicamente negados seus direitos ao salário regular e às horas normais de trabalho; pagamento igualitário, contratos permanentes; ambientes de trabalho seguros e a liberdade de associação. Os abusos atrozes, incluindo violência sexual, assédio e testes de gravidez forçada, são muito comuns.[10]

Tornou-se objetivo em organizações de desenvolvimento, incluindo o Banco Mundial e as Nações Unidas, investir no estabelecimento da igualdade das mulheres na vida pública, com o propósito de melhorar uma série de preocupações sociais e tornar efetiva a participação desse gênero no desenvolvimento econômico das sociedades.[11]

Segundo os historiadores, sistemas matriarcais podem ter existido na Idade do Bronze (cerca de 3000 a.C. a 700 a.C.), em Micenas ou Creta. Em sociedades mediterrâneas com a da Grécia clássica (séculos 5 e 4 a.C.) ou as do período

[8] PANUZZIO, Danielle; NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira. *Proteção ao trabalho da mulher no limiar do século XXI:* o direito e a ética na sociedade contemporânea. Campinas: Alínea, 2006. p. 163 - 164

[9] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 354.

[10] BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84.

[11] TAVARES, Sônia Prates Adonski. *A evolução da mulher no contexto social e sua inserção no mundo do trabalho*. 2012. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2012. p. 12.

helenístico (séculos 3 a 1 a.C.), a mulher vivia uma condição legal limitada e sem direitos políticos. Sem poder jamais desvincular-se do âmbito familiar e ascender ao público, a mulher esteve sempre limitada a casa. A organização patriarcal na antiguidade é fruto da religião primitiva, considerada como elemento decisivo para a elucidação da organização política e social antiga.[12]

Como pode-se observar, essa evidente desigualdade entre homens e mulheres era mascarada pelo discurso da igualdade segundo as capacidades naturais, já que em todos pensamentos filosóficos ocidentais a mulher era vista como um ser absolutamente passivo, inferior ao homem.[13]

Datam da baixa Idade Média as primeiras ideias feministas. *Christine de Pisan* (1364-1430) foi a primeira escritora profissional francesa, autora de poemas e de tratados de política e de filosofia. Sua erudição, segundo consta, ultrapassa à dos homens que lhe foram contemporâneos em seu país.[14]

Durante o período renascentista houve um retrocesso da condição social da mulher, que teve restrito seu acesso aos estudos e ao exercício de diversos ofícios e profissões. O mercantilismo confirma o homem como protagonista da história e restringe à mulher os deveres domésticos.[15]

Mesmo com esses pequenos destaques históricos só se podem falar em reivindicação dos direitos da mulher a partir do século 18, com o advento do Iluminismo e da Revolução Francesa. O iluminista *Jean-Jaques Rosseau* defendia que a mulher deveria ser educada, mas em casa. E que toda a educação a ela

[12] CABELERRO, Cecília. A gênese da exclusão: o lugar da mulher na Grécia Antiga. *Revista Sequência:* Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 38, n. 77, p.125-134, nov. 2017. p. 132.
[13] BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82-83.
[14] OLIVIERE, Antônio Carlos. *Mulheres:* uma longa história pela conquista de direitos iguais. 2007. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.
[15] OLIVIERE, Antônio Carlos. *Mulheres:* uma longa história pela conquista de direitos iguais. 2007. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

oferecida deveria ter o homem como referência, pois seu objetivo último era tornar a mulher agradável para ele.[16]

Refletindo na Revolução Francesa e na sua luta pela igualdade, se faz menção de *Olympe de Gouges*, personagem importante da revolução, após lutar fortemente pelos ideais revolucionários, acabou guilhotinada por propor a extensão dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade para a relação entre os sexos.[17]

Datam dessa época as primeiras obras de caráter feminista, escritas por mulheres como as inglesas *Mary Wortley Montagu* (1689-1762) e *Mary Wollstonecraft* (1759-1797). Esta última escreveu o livro "Em Defesa dos Direitos das Mulheres". O livro reivindicava a legitimação e amplitude dos direitos políticos para as mulheres, colocando em prática a teoria liberal dos direitos inalienáveis do homem, para lutar pelo direito feminino, enfatizando maior atenção ao direito à educação. Porém, também reivindicavam direitos trabalhistas para as mulheres, direito à maternidade, e outros relacionados às expressões da questão social.[18]

No século 19, no contexto da Revolução Industrial, o número de mulheres empregadas aumentou significativamente. Foi a partir desse momento, também, que as ideologias socialistas se consolidaram, de modo que o feminismo se tornou um aliado do movimento operário. Nesse contexto realizou-se a primeira convenção dos direitos da mulher em *Sêneca Falls*, Nova York em 1848. Desta forma, as primeiras ideias feministas surgiram no lastro histórico das transformações políticas e

[16] SISSA, Giulia. Filosofias do gênero: Platão, Aristóteles e a diferenças dos sexos. In: PERROT, Michelle. DUBY, Georges. (Org.). *História das mulheres no Ocidente*. Porto: Afrontamento, 1990. v. 1. p. 79-123. p. 111.

[17] BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 131.

[18] OLIVEIRA, Laís Paula Rodrigues de; CASSAB, Latif Antônia. *O movimento feminista:* algumas considerações bibliográficas. SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., Londrina, 2014. *Anais eletrônicos*... Londrina: UEL, 2014. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT10_La%C3%ADs%20Paula%20Rodrigues%20de%20Oliveira%20e%20Latif%20Cassab.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

econômicas, ou seja, no período denominado como modernidade, avolumando-se no século XIX e expressando-se como instrumento crítico e reivindicatório.[19]

O movimento feminista manifesta-se com o propósito de romper com a ordem patriarcal, denunciando a desigualdade entre homens e mulheres e a busca dos direitos igualitários e mais humanos para as mulheres.[20]

Portanto, podemos afirmar que o crescimento do feminismo no século XIX pode ser coligado a vários fenômenos, vinculado decerto, ao processo de implementação e consolidação do capitalismo. O acréscimo da instrução escolar para a população feminina foi uma demanda da sociedade capitalista. Era necessário capacitar minimamente as mulheres da classe proletária para o desempenho das atividades laborais. Ao mesmo tempo, aquelas pertencentes a classes mais elevadas passaram a ter acesso à leitura e à escrita, pois ser alfabetizada constituía um atributo necessário para ser boa esposa e mãe de família. Em meados do século XIX e princípios do século XX, até mesmo as operárias possuíam mais facilidades de acesso à alfabetização. É possível afirmar que, nesse período, um número significativo da população feminina dos Estados Unidos e da Europa sabia ler e escrever. A massificação da alfabetização teve uma repercussão fundamental para a proliferação de ideias emancipacionistas entre as mulheres.[21]

Não obstante a luta das mulheres pela diminuição das diferenças na relação com os homens ter ganhado impulso na virada dos séculos 19 e 20, ela se estendeu

[19] OLIVEIRA, Laís Paula Rodrigues de; CASSAB, Latif Antônia. *O movimento feminista:* algumas considerações bibliográficas. SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., Londrina, 2014. *Anais eletrônicos*... Londrina: UEL, 2014. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT10_La%C3%ADs%20Paula%20Rodrigues%20de%20Oliveira%20e%20Latif%20Cassab.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

[20] MIRANDA, Cynthia Mara. *Os movimentos feministas e a construção de espaços institucionais para a garantia dos direitos das mulheres no Brasil.* Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/os%20movimentos%20feminismtas_cyntia.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

[21] MÉNDEZ, Natalia Pietra. *Do lar para as ruas:* capitalismo, trabalho e feminismo, 1975-1982. 2005. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 52.

ao longo de todo o século passado, atingindo seu ápice na década de 1960, que foi marcada por uma ampla revolução no âmbito dos costumes.

Nesse período registram-se movimentos femininos como o *NOW - National Organization of Women*, comandado pela norte-americana *Betty Friedan*, e obras como "O Segundo Sexo", da filósofa francesa *Simone de Beauvoir* (1908-1986), que demonstra que a hierarquia entre os sexos não é uma fatalidade biológica, mas uma construção social.[22]

Complementarmente, pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), apontam alguns importantes marcos na história da proteção social da mulher no mundo tais como: A Conferência Internacional do Trabalho onde foi adotada a Convenção de Proteção à Maternidade, em 1919 (C3/1919). Esta convenção trata do emprego da mulher antes e depois do parto e da garantia de licença-maternidade e remuneração apropriada durante esse período. A mesma foi revista no ano de 1952 (C103), modificando o tempo de amamentação e aumentando o tempo de licença-maternidade o qual passou de 6 para 12 semanas. A convenção foi novamente revista em 2000 (C183), promovendo a igualdade entre gêneros, abrangendo formas "atípicas" de trabalho, aumentando o tempo de licença-maternidade para 14 semanas e ainda afirma que se deve garantir o retorno, após a licença-maternidade à mesma posição ou equivalente. A reconvenção C103 foi ratificada pelo Brasil, mas se negou a ratificar a C183.[23]

O Princípio da Igualdade de Remuneração por trabalho surgiu como parte do feminismo, sendo que a igualdade salarial sempre foi colocada de forma associada à proteção da mulher, luta que ganhou reconhecimento internacional com a Declaração de Filadélfia em 1944. A Convenção C100 e C111, ambas, abordavam a

[22] OLIVIERE, Antônio Carlos. *Mulheres:* uma longa história pela conquista de direitos iguais. 2007. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

[23] BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social*: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 7.

luta da igualdade salarial e um tratamento igualitário, mas nenhuma adquiriu um grande reconhecimento internacional.[24]

Em 1975, planejada pelas Nações Unidas, foi realizada a Conferência Mundial do Ano Internacional da Mulher, que estabelecia a igualdade de direitos, oportunidades e responsabilidades entre homens e mulheres. Tal igualdade deveria estar definida na lei, e teria por finalidade proporcionar oportunidades na educação, condições de trabalho e defendia o fim da discriminação da mulher de seguridade social.[25]

Avanços muito positivos na questão da igualdade entre homens e mulheres foram realizados entre os anos de 1975 e 1985, auxiliando diretamente à seguridade social. Também no ano de 1975, foi realizada a Declaração de Igualdade de Oportunidades e Tratamento para mulheres trabalhadoras, destinando condições e oportunidades iguais para ambos os gêneros na ocupação e no trabalho. A Organização Internacional do Trabalho tinha como foco a extinção de tratamentos discriminatórios à mulher, no que diz a respeito da seguridade social.[26]

Na Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em 1979, demandou-se que todos os países membros deveriam tomar medidas apropriadas para a eliminação da discriminação contra as mulheres e lhes garantir direitos iguais aos homens. Por meio de tal convenção, ficou proibido a demissão do emprego que tenha como base gravidez ou maternidade, bem como a obrigatoriedade do pagamento de licença a maternidade.[27]

---

[24] BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social*: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 8.

[25] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferências Mundiais da Mulher*. ONU Mulheres, 2000. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 20 mar. 2017.

[26] BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social*: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 8.

[27] GUARNIERI, Tathiana Haddad. Os direitos das mulheres no contexto internacional: da criação da ONU (1945) à Conferência de Beijing (1995). *Revista Eletrônica da Faculdade Metodista de*

Em 1985, no último ano da Década da Mulher, foi realizada uma Conferência Mundial, em Nairóbi, para analisar novamente os progressos da luta pela Igualdade entre gêneros e o fim da discriminação contra as mulheres. Foi discutido nessa mesma conferência a remuneração e a seguridade social da mulher.[28]

Também em 1985 foi realizada a 71ª Conferência Internacional do Trabalho, com a finalidade de realizar uma avaliação no plano de 10 anos, criado para estabelecer oportunidades iguais de tratamento entre homens e mulheres no trabalho. Várias medidas foram estabelecidas no que tange à Seguridade Social da mulher, como por exemplo, o desenvolvimento dos sistemas de seguridade social no sentido de garantir igualdade de tratamento entre os gêneros e proibindo qualquer tipo de discriminação, em função do estado civil ou familiar, e a gradual extensão da cobertura da seguridade social aos trabalhadores não cobertos ou parcialmente cobertos.[29]

Considerada como uma das mais importantes convenções[30], a IV Conferência Mundial da Mulher, realizada novamente pelas Nações Unidas, na China em 1995, teve como ponto de reivindicação, dentro da seguridade, direitos e oportunidades iguais e acesso aos mesmos recursos para mulheres e homens, ou seja, condições iguais. Essa conferência definiu os direitos das mulheres como direitos humanos.[31]

Granbery, n. 8, p. 10-20, jan./jun., 2010. <http://re.granbery.edu.br/artigos/MzUx.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2018. p. 149.

[28] BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social*: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 9.

[29] BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social:* o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 9-10.

[30] GUARNIERI, Tathiana Haddad. Os direitos das mulheres no contexto internacional: da criação da ONU (1945) à Conferência de Beijing (1995*). Revista Eletrônica da Faculdade Metodista de Granbery*, n. 8, p. 10-20, jan./jun., 2010. <http://re.granbery.edu.br/artigos/MzUx.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2018. p. 13.

[31] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferências Mundiais da Mulher*. ONU Mulheres, 2000. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 20 mar. 2017.

2.2 Perspectiva Brasileira

A luta por igualdade de gênero no Brasil passa por uma evolução lenta, mas gradual. A mulher durante toda a história foi tratada de forma preconceituosa, no entanto, pode-se registrar uma significativa evolução da temática na legislação do país. Passamos a destacar alguns fatos de destaque ao longo do tempo.

No século 19, atuou uma das grandes pioneiras da emancipação feminina, injustamente esquecida pela maioria dos seus compatriotas: nascida no Rio Grande do Norte, Nísia Floresta (1810-1885) foi uma das principais personalidades que introduziram o feminismo no país. Ela atuou como educadora, jornalista, tradutora, escritora e poetisa. Residiu no nordeste e sul do país, mas também passou boa parte de sua vida na Europa, especialmente na França, onde morreu.[32]

Quanto a abordagem do tema na Constituição Brasileira de 1824 sequer se cogitava a participação da mulher na sociedade, a única referência era especificamente da família real. Na Constituição da República de 1889 a única citação se referia à filiação ilegítima, dando uma conotação de desprestígio a figura feminina, que só interessava quando repercutia na esfera patrimonial.[33]

No início do Século XIX mulheres começaram a se organizar para exigir espaço na área da educação e do trabalho. Ainda assim, muitas mulheres trabalhavam em condições desumanas, o que reforçou mobilização por condições dignas de trabalho e de segurança.[34]

Em 1880, a dentista Isabel Dillon evocou na Justiça a aplicação da Lei Saraiva, que garantia ao detentor de títulos o direito de votar. Em 1894 foi

[32] MARINELA, Fernanda. *A evolução dos direitos das mulheres*. 2016. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 10 ago. 2017.

[33] MARINELA, Fernanda. *A evolução dos direitos das mulheres*. 2016. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 10 ago. 2017.

[34] MÉNDEZ, Natalia Pietra. *Do lar para as ruas:* capitalismo, trabalho e feminismo, 1975-1982. 2005. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 52.

promulgado em Santos (SP) o direito ao voto, mas a norma foi derrubada no ano seguinte, e só em 1905 três mulheres votaram em Minas Gerais. Em 1917, as mulheres passam a ser admitidas no serviço público. A primeira prefeita é eleita em 1928 em Lages (RN). O voto feminino se torna direito nacional em 1932.[35]

Eleita em 1933, Carlota de Queiroz é a primeira deputada federal e participa da Assembleia Nacional Constituinte. Após mais de cem anos de constitucionalismo, homem e mulher são colocados em pé de igualdade na definição de cidadania no texto constitucional de 1934. A mulher passa a ter direitos políticos, o "desquite" é legalizado. Embora fosse uma grande conquista no papel, não o era ainda na sociedade.[36]

No Período Republicano e com a organização privada, o sistema previdenciário brasileiro surgiu juntamente com uma série de importantes transformações "estruturais" da economia.[37]

A transição da simples beneficência para a transformação para assistência pública, no Brasil, demorou quase três séculos e se deu com a constituição imperial de 1824, que foi influenciada pelo liberalismo do século XVIII, instituindo um estado unitário e assegurava os socorros públicos, em seu art. 179, inciso XXXI (assistência à população carente)[38], fazendo assim uma menção à proteção social:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros [*sic*], que tem por base a liberdade, a

[35] MARINELA, Fernanda. *A evolução dos direitos das mulheres*. 2016. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 10 ago. 2017.

[36] MARINELA, Fernanda. *A evolução dos direitos das mulheres*. 2016. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 10 ago. 2017.

[37] CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: _____ (Org.). *Os novos idosos brasileiros*: muito além dos 60. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 254-292. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_16_Cap_08.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

[38] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *Direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: Ltr, 2013.

> segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...]
>
> XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.[39]

Em 1835, destaca-se o Montepio Geral dos Servidores do Estado – MONGERAL sendo a primeira entidade de previdência privada no país e com a finalidade de complementar a renda dos servidores quando deixassem de trabalhar.[40]

E ainda citando alguns marcos do sistema previdenciário temos: a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, onde pela primeira vez foi apresentado o direito à aposentadoria e dentro desse se desenvolveu a Lei Eloy Chaves. Destaca-se no texto da citada Lei, após pioneirismo de luta da categoria dos ferroviários, a criação de caixas de aposentadoria e pensões e também aposentadoria por tempo de serviço, pensão por morte e assistência médica restrita a essa classe; a Constituição de 1934 que foi responsável pela constitucionalização dos direitos sociais no país (instituiu a tríplice forma de custeio – empregados, empregadores e governo; a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, onde projetos de lei relativos à previdência social começaram a surgir na Câmara Federal[41]; e em 1960 foi editada a Lei n. 3.807, a Lei Orgânica de Previdência Social.[42]

Com a conquista dos ferroviários as demais categorias iniciaram movimentos para também instituírem as chamadas Caixas de Aposentadoria e Pensão (portuários, mineradores, telegráficos). Cada instituição criava a sua própria caixa. Em 1930

---

[39] BRASIL, 1824 apud PEREIRA, Fernanda Reis. *A aposentadoria por tempo de contribuição do RGPS:* passado, presente e futuro no direito brasileiro. 2010. 30 f. Monografia (Mestre) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

[40] PEREIRA, Fernanda Reis. *A aposentadoria por tempo de contribuição do RGPS:* passado, presente e futuro no direito brasileiro. 2010. 30 f. Monografia (Mestre) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

[41] COHN, Amélia. *Previdência social e o processo político no Brasil*. São Paulo: Moderna, 1980. p. 45.

[42] BRASIL. *Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

[42] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *Direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: Ltr, 2013. p. 40.

todas as caixas existentes foram reunidas e deram origem aos Institutos de Aposentadoria e Pensão.[43]

Com o advento da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS)[44] – Lei nº 3.807/1960, promulgada em 26 de agosto de 1960, foi unificada toda a legislação previdenciária de todos os institutos previdenciários e padronizou as contribuições e os benefícios em vários institutos.[45] Destaca-se a importância dessa lei na organização do sistema, unificação da legislação, redução nas diferenças de tratamento e no esforço de dar um tratamento mais equânime ao custeio do sistema.

Com todas essas mudanças até os anos 60, a participação feminina no mercado de trabalho brasileiro ainda era bastante modesta. Mas com a promulgação da LOPS, foi efetivada a unificação institucional, criando-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)[46] com a intensificação da participação da mulher.

Apesar dos avanços, era necessária uma abordagem constitucional no sentido de igualar as necessidades específicas das mulheres. Assim, se conquista o primeiro tratamento diferencial: a licença-maternidade. O texto constitucional de 1934 foi um marco fundamental na luta pela igualdade de gênero, pena que o tempo desta Constituição foi pequeno, pois em 1946 observou-se um retrocesso na instituição do caráter do casamento como indissolúvel.[47]

---

[43] CRUZ, Rodrigues da. *Origem e evolução da seguridade social no Brasil*. 2015. Disponível em: <https://professorceliocruz.jusbrasil.com.br/artigos/217784909/origem-e-evolucao-da-seguridade-social-no-brasil>. Acesso em: 10 nov. 2017.

[44] BRASIL. *Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

[45] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *Direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: Ltr, 2013. p. 40.

[46] CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: _____ (Org.). *Os novos idosos brasileiros*: muito além dos 60. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 254-292. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_16_Cap_08.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

[47] MARINELA, Fernanda. A evolução dos direitos das mulheres. 2016. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 10 ago. 2017.

A Constituição de 1967 estabeleceu uma nova diferença, diminuindo o tempo de serviço para a aposentadoria feminina. Grupos feministas que pregavam um tratamento masculinizado às mulheres surgem na década de 70 protestando por direitos e pendurando sutiãs.[48]

Com a promulgação da Constituição de 1988 a menção à igualdade perante a lei é estabelecida fortemente e reafirmada a igualdade de direitos e obrigações de homens e mulheres. Licenças maternidade e paternidade, proibição de diferenças salariais, proteção no trabalho, estabilidade à gestante, tempo de serviço diferenciado para fins de aposentadoria são constitucionalizados como garantias fundamentais. Na família, união estável, isonomia conjugal, divórcio, princípio da paternidade responsável e proteções no ambiente familiar de toda e qualquer forma de violência.[49]

Cabe registar que a luta das mulheres não terminou, pois, o machismo ainda é grande na maior parte do mundo, em especial nos países africanos, asiáticos e latinos, entre os quais o Brasil. As estatísticas de violência doméstica contra a mulher apontam grandes e graves problemas nesse sentido.[50]

Cabe destacar que a "história das mulheres" não é apenas delas é a história da família, da criança, e está diretamente ligada à história dos homens e das relações de poder estabelecidas ao longo dos tempos.[51]

Assim, com essa retrospectiva histórica, podemos ter uma pequena ideia do quanto a sociedade demorou reconhecer que existiam grandes desigualdades entre

[48] MARINELA, Fernanda. *A evolução dos direitos das mulheres*. 2016. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 10 ago. 2017.

[49] MARINELA, Fernanda. *A evolução dos direitos das mulheres*. 2016. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 10 ago. 2017.

[50] MARINELA, Fernanda. *A evolução dos direitos das mulheres*. 2016. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 10 ago. 2017.

[51] MARINELA, Fernanda. *A evolução dos direitos das mulheres*. 2016. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 10 ago. 2017.

homens e mulheres e a árdua luta desenvolvida para reduzir as injustiças e as desigualdades.

2.3 Especificidades de Tratamento entre Gêneros

Registros históricos indicam que somente no ano de 1919, foram realizados os primeiros debates a respeito de igualdade e especificidades entre gêneros para fins previdenciários. Isso ocorreu na primeira Conferência Internacional do Trabalho, promovida por uma instituição também criada no mesmo ano, chamada Organização Internacional do Trabalho – OIT.[52] Trata-se de uma instituição que tem como membros os países filiados a Organização das Nações Unidas – ONU, cujos objetivos são: promover e implementar padrões e princípios fundamentais, no que diz respeito aos direitos dos indivíduos no âmbito do trabalho; criar oportunidades de trabalho para os gêneros e assegurar empregos e salários justos; ampliar a cobertura e a efetividade da proteção social para todos e reforçar o diálogo nacional.[53]

O reconhecimento dos direitos humanos é fundamentado na ideia de que a dignidade é inerente a todas as pessoas, sem discriminação. Mas não é isso que se observa na prática, pois as desigualdades sociais, as discriminações e os preconceitos se dão em todos os aspectos da sociedade. Dessa forma se tem provado que os direitos humanos, embora sejam para todos os indivíduos, não se concretizam de forma igual para todos.[54]

[52] BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social*: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017.

[53] BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social*: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 1.

[54] IORA, Tania Angelita. A construção dos direitos das mulheres na conquista de seu espaço. *Quaderns de Psicologia*, Florianópolis, 2016, v. 18, n. 3, 7-14, 2016. Disponível em: <http://www.quadernsdepsicologia.cat/article/view/v18-n3–iora/1270-pdf-pt >. Acesso em: 30 ago. 2017.

Os papeis sociais e a construção histórica do conceito de gênero é importante para compreensão do seu sentido na atualidade. Sobre esse aspecto, Júlia de Arruda Rodrigues, afirma:

> "Gênero não é fruto da natureza, e sim uma construção social e histórica que atribui papeis a homens e mulheres com base nas diferenças entre os sexos biológicos, redundando na naturalização das discriminações contra o gênero feminino, em virtude de serem tomadas como decorrência inevitável das diferenças entre os sexos. Em outras palavras, existem relações de poder entre homens e mulheres, nas quais estas são tidas como inferiores, vez que seu gênero é construído a partir daquele que é dominante: o masculino".[55]

Em 1973, Gayle Rubin define gênero como: "[...] é uma série de arranjos pelos quais uma sociedade transforma a sexualidade biológica em produtos da atividade humana, e nos quais essas necessidades sexuais são satisfeitas".[56] Com isso, a autora cria uma teoria em que defende que a opressão às mulheres não está localizada na biologia, mas sim na estrutura cultural de parentesco, firmada a partir da estruturação de parentesco e interditos sexuais estabelecidos, que acarretam a distribuição ilegal de direitos entre homens e mulheres, tal como a determinação de papéis sociais diferenciados.[57]

Pode-se inferir, diante do exposto, que gênero está relacionado com a construção social e histórica que atribuiu funções diferenciadas para os homens e mulheres. Destacam-se nesse contexto as relações de poder entre homens e mulheres, as últimas tratadas num nível inferior, por serem os primeiros dominantes.[58]

---

[55] RODRIGUES, Julia de Arruda. A construção histórica e cultural do gênero feminino e a valorização do trabalho da mulher. In: ENCONTRO NACIONAL DA REDE FEMINISTA E NORTE E NORDESTE DE ESTUDOS E PESQUISA SOBRE A MULHER E RELAÇÕES DE GÊNERO, 17., João Pessoa, 2012. Anais digitais... João Pessoa: UFPB, 2012. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/241/108>. Data de acesso: 06 out. 2017.

[56] GAYLE, Rubin. El tráfico de mujeres: notas sobre la "economia política" del sexo. Nueva Antropologia, Distrito Federal (Mex.), v. 3, n. 30, p. 95-145, 1986.

[57] GONÇALVEZ, Tamara Amoroso. Manual dos direitos da mulher. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39.

[58] IORA, Tania Angelita. A construção dos direitos das mulheres na conquista de seu espaço. *Quaderns de Psicologia*, Florianópolis, 2016, v. 18, n. 3, 7-14, 2016. Disponível em:

No âmbito da previdência social existem duas diferenças básicas entre homens e mulheres: as biológicas e as socioculturais. No aspecto biológico, cabe à mulher procriar-se o que consequentemente demanda diversos tempos biológicos e naturalmente mecanismos de proteção diferenciados no desempenho dessas funções.[59]

Com o passar do tempo e da evolução dos papéis dos membros da família, o cuidado com os filhos não tem se restringido às mulheres, o que tem afetado a respectiva legislação que trata da matéria.[60]

Quanto aos aspectos socioculturais, os benefícios previdenciários têm que ser estudados a partir de diversas dimensões, dentre as quais: mercado de trabalho, estrutura familiar e nível de instrução.[61]

A condição feminina no Brasil ainda é um quadro que reclama por avanços. A sociedade brasileira ainda impõe um ônus pesado às mulheres, que "parecem ser as mais afetadas pelos preconceitos e estereótipos ligados a beleza e ao envelhecimento",[62] além disso, com a real possibilidade de discriminação no mercado de trabalho, sem mencionar as questões ligadas aos seus direitos de reprodução que são biologicamente exclusivos.[63] Tais situações, por si só, já autorizam um regime previdenciário diferenciado para as mulheres.[64]

<http://www.quadernsdepsicologia.cat/article/view/v18-n3–iora/1270-pdf-pt >. Acesso em: 30 ago. 2017.

[59] MATOS, Maurren Lessa; GITAHY, Raquel Rosan Christino. A evolução dos direitos da mulher. *Colloquium Humanarum*, São Paulo, v. 4. n. 1, p. 74-90, jun. 2007.

[60] MATOS, Maurren Lessa; GITAHY, Raquel Rosan Christino. A evolução dos direitos da mulher. *Colloquium Humanarum*, São Paulo, v. 4. n. 1, p. 74-90, jun. 2007.

[61] MATOS, Maurren Lessa; GITAHY, Raquel Rosan Christino. A evolução dos direitos da mulher. *Colloquium Humanarum*, São Paulo, v. 4. n. 1, p. 74-90, jun. 2007.

[62] RABENHORST, Eduardo. *Aquela sou eu?* Sobre espelhos e mulheres. João Pessoa: Ideia, 2012. p. 85.

[63] SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 134-137.

[64] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 355.

2.4 Mulher e o Mercado de Trabalho

A entrada das mulheres no mercado de trabalho se deu de forma bastante precária. As condições que permitiram essa inserção, entretanto, não foram oriundas de um apelo pelos direitos sociais ou pela igualdade de gênero, mas, sobretudo por uma necessidade de ganho econômico. Na Revolução Industrial, a crescente demanda por produtos e a busca pela maior produção possível, fizeram com que mulheres e crianças fossem alocadas para as fábricas, a fim de trabalharem em troca de míseras condições de salubridade e ordenados.[65]

A inserção feminina não levou em consideração a liberação das atribuições familiares. Chegou também com ausência de proteção social, insegurança diante das atividades produtivas e reprodutivas e precárias condições de trabalho. Todavia a mais grave das dificuldades a ser considerada é a falta de sensibilidade de grande parte da sociedade para essa situação, talvez em razão das relações de poder entre os gêneros. [66] De acordo Júlia de Arruda:

> "É comum que ao se falar em igualdade entre os gêneros (inclusive no mercado de trabalho) exista uma reação geral calcada na ideia de que as mulheres estão em busca de se igualarem aos homens como se não possuíssem diferenças biológicas. Na verdade, essa fala tão corriqueira apenas evidencia o poder simbólico na aceitação das discriminações sociais como decorrência natural das diferenças entre os sexos biológicos, através de discursos que expõem o ser masculino como mais forte, competitivo, inteligente e dotado das capacidades necessárias para ocupar os postos de trabalho mais "importantes", e o ser feminino como fisicamente frágil, sociável, dócil, e menos capaz, a não ser para as funções que

[65] OLIVEIRA, João Matheus Silva Fagundes; FURTADO, Natália Reis Oliveira. Mulher e trabalho: igualdade material e forma: uma utopia necessária. Revista Thesis Juris: Ciências Humanas da Universidade de Estadual de Santa Cruz, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 75-91, jan./jun., 2014.

[66] RODRIGUES, Julia de Arruda. A construção histórica e cultural do gênero feminino e a valorização do trabalho da mulher. In: ENCONTRO NACIONAL DA REDE FEMINISTA E NORTE E NORDESTE DE ESTUDOS E PESQUISA SOBRE A MULHER E RELAÇÕES DE GÊNERO, 17., João Pessoa, 2012. Anais digitais... João Pessoa: UFPB, 2012. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/241/108>. Data de acesso: 06 out. 2017.

> sejam adequadas a essas características e que correspondam aos seus papéis socialmente atribuídos".[67]

Historicamente a divisão de trabalho entre homens e mulheres sempre se pautou como sendo os homens os provedores, restando às os trabalhos domésticos. Somente na década de 70 é possível observar maior inserção da mulher no mercado de trabalho e com isso uma reestruturação das relações familiares.[68]

Sobre esse ponto, explica Tavares:

> "Com a maior participação do sexo feminino no mercado de trabalho, seja por vontade própria ou para aumentar a renda da família, o número de filhos foi diminuindo e houve aumento do grau de escolaridade, contribuindo assim para o aumento da inserção da mulher dentro do mercado de trabalho. Mesmo as mulheres tendo em média dois anos a mais de estudos que os homens são subvalorizados em suas atividades laborais, havendo, portanto, diferenças salariais entre homens e mulheres, menor número de vagas de trabalho femininas e dificuldades para chegar ao comando de uma organização. Poucas mulheres possuem cargos comissionados vinte e poucas chegam a cargos mais altos. Também isso ocorre, em cargos eletivos onde as que concorrem se destacam com vereadoras ou secretárias especiais. O magistério, que era cargo tradicionalmente feminino, deixou de ser ocupado com a evolução do mercado de trabalho, fazendo com que a mulher fosse incorporada em diferentes setores da indústria e se concentrassem no setor de serviços e isso se deve à mudança das questões econômicas e a proteção oferecida pela Previdência Social, ganhando as mulheres destaque nos benefícios previdenciários e nas leis trabalhistas". [69]

---

[67] RODRIGUES, Julia de Arruda. A construção histórica e cultural do gênero feminino e a valorização do trabalho da mulher. In: ENCONTRO NACIONAL DA REDE FEMINISTA E NORTE E NORDESTE DE ESTUDOS E PESQUISA SOBRE A MULHER E RELAÇÕES DE GÊNERO, 17., João Pessoa, 2012. Anais digitais... João Pessoa: UFPB, 2012. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/241/108>. Data de acesso: 06 out. 2017.

[68] TAVARES, Sônia Prates Adonski. A evolução da mulher no contexto social e sua inserção no mundo do trabalho. 2012. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2012.

[69] TAVARES, Sônia Prates Adonski. *A evolução da mulher no contexto social e sua inserção no mundo do trabalho*. 2012. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2012.

Com justificativas de ordem biológica, psicologia e moral, o trabalho da mulher, após muita luta e avanços alcançados, sempre foi algo tutelado. [70]Na idade Moderna se introduz o trabalho assalariado logo após Revolução Industrial. A mão-de-obra feminina, sem qualquer espécie de proteção, estava sujeita a qualquer tipo de exploração. A mulher estava sujeita a longas jornadas de trabalho e recebia baixa remuneração. Surge então na Alemanha, Inglaterra e França, as primeiras legislações protecionistas em relação ao trabalho da mulher.[71]

No Brasil, a primeira Constituição Federal que abordou o tema foi a promulgada em 1937, que proibia o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 137, k), além de assegurar assistência médica e higiênica à gestante, prevendo um repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário (art. 137, l). A Carta Constitucional de 1946, além dos elementos já dispostos na Constituição anterior, veio a acrescentar a proibição da diferença salarial por motivo de sexo (art. 157, II), vedado o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 157, IX); ao direito da gestante, foi acrescentado o descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego, além do já estabelecido em relação ao salário (art. 157, X). Previa ainda a previdência em favor da maternidade (art. 157, XVI).[72]

A Constituição Federal de 1967, no entanto, proibia a diferença de salários, bem como de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 158, III), mantinha vedado o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 158, X), assegurava o descanso remunerado à gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 158, XI).[73]

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, em seu texto original ainda mantinha como regra a proibição do trabalho noturno da mulher, no seu artigo 379. As permissões enumeradas constituíam exceção. Tal artigo foi modificado pelo

[70] BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91.
[71] PANUZZIO, Danielle; NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira. *Proteção ao trabalho da mulher no limiar do século XXI:* o direito e a ética na sociedade contemporânea. Campinas: Alínea, 2006. p. 163 - 164.
[72] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 575-576.
[73] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 575-576.

Decreto-lei nº 744, mas apenas passou a ser permitido o trabalho noturno para mulheres em 1984, pela lei nº 7.189, graças a grande influência da Convenção nº 89 da OIT.[74]

Com a Constituição de 1988, a preocupação era em proteger a mulher na perspectiva "mulher-mãe-trabalhadora", mas também abriu espaço para que valorizassem o papel da "mulher-trabalhadora". O art. 7º, XVIII, garantia a licença à maternidade por 120 dias e previa ao mesmo tempo em seu inciso XX a proteção do mercado de trabalho da mulher. E ainda vedava em seu inciso XXX, a diferença de salários, de critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil e de exercícios de funções.[75]

Não obstante os avanços conquistados pelas mulheres no mercado de trabalho nos últimos anos, pesquisas realizadas periodicamente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, apontam dados preocupantes. É possível visualizar nos estudos, por meio de dados estatísticos, gráficos e comparativos que existem ainda fortes desigualdades e diferenças no mercado de trabalho entre os homens e as mulheres. Destacam-se: desvalorização e precarização do trabalho exercido pela mão-de-obra feminina; segregação ocupacional; formalização do vínculo de emprego; jornada de trabalho e rendimento.[76]

As desigualdades ficam piores quando se tratam das mulheres negras e trabalhadoras rurais. Com relação as primeiras, embora representem 51% das trabalhadoras, elas são maioria entre os trabalhos mais precários, trabalham sem registro em carteira e rendimentos ainda mais inferiores. Quanto as trabalhadoras

[74] BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91.
[75] BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91.
[76] RODRIGUES, Julia de Arruda. A construção histórica e cultural do gênero feminino e a valorização do trabalho da mulher. In: **ENCONTRO NACIONAL DA REDE FEMINISTA E NORTE E NORDESTE DE ESTUDOS E PESQUISA SOBRE A MULHER E RELAÇÕES DE GÊNERO**, 17., João Pessoa, 2012. *Anais digitais...* João Pessoa: UFPB, 2012. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/241/108>. Data de acesso: 06 out. 2017.

rurais, começam a trabalhar antes dos 14 anos e se ocupam de diversos trabalhos braçais ao longo do dia.[77]

Uma série de pesquisas realizadas na América Latina que coleta a percepção empresarial sobre o desempenho de homens e mulheres, aponta que o imaginário empresarial ainda enxerga a mulher de forma secundária, ou seja, continua sendo ainda, a esfera doméstica, a maternidade e a atenção a família, o que justificaria em grande parte os problemas e as desigualdades existentes, não obstante as conquistas.[78]

Estudos realizados pelo Dieese confirmam as desigualdades existentes entre gêneros ao apontar que a maior parte das aposentadorias concedidas às mulheres é por idade, em virtude da dificuldade de se comprovar as contribuições exigidas pela lei que possibilitaria a aposentadoria por tempo de serviço. Essa situação tem suas origens na precarização dos postos de trabalho ocupados (economia informal e trabalho doméstico) e terceirizados.[79]

Ainda de acordo com Dieese:

> "Em resumo, a discriminação sofrida pelas mulheres nos espaços públicos e privado e a deficiência das políticas públicas, que motivaram os constituintes a criarem, por meio da aposentadoria antecipada, uma espécie de "compensação" em favor delas, ainda se mantêm, impondo a elas muitas penalidades ao longo da vida." [80]

---

[77] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios, 2014*: síntese de indicadores. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default_sintese.shtm>. Acesso em: 10 out. 2017.

[78] ÁBRAMO, Laís Wendel. *Inserção da mulher no mercado de trabalho:* uma força de trabalho secundária. 2007. 328 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

[79] MAEDA, Patrícia. *Os impactos da reforma previdenciária para as mulheres*: o sofisma da igualdade jurídica. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/05/os-impactos-da-reforma-previdenciaria-para-as-mulheres-o-sofisma-da-igualdade-juridica/>. Acesso em: 22 ago. 2017.

[80] AS MULHERES na mira da reforma da Previdência. *Nota Técnica*, n. 1, p.2-17, mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62261/a-nova-proposta-de-reforma-da-previdencia-social>. Acesso em: 23 de mar. 2018.

Recente matéria baseada no relatório da *Oxfam*, intitulado Super-ricos pagam menos tributos que os 10% mais pobres, comenta que:

> "[...] a desigualdade salarial entre homens e mulheres só vai chegar ao fim daqui a 30 anos. Essa informação levou em conta dados da PNAD Contínua, do IBGE, tendo como referência o tempo que em que se levou para diminuir a disparidade e caso se mantenha o mesmo ritmo." [81]

Diz ainda o relatório da *Oxfam*[82], "se antes recebiam 40% dos rendimentos dos homens, duas décadas depois elas passaram a ganhar 62% do que eles recebem, sobretudo com a entrada delas no mercado de trabalho, aponta o autor. Em termos de números de empregos, as mulheres são superiores na faixa de renda mais baixa, 1,5 salários mínimos. Por fim o relatório aponta que nesse ritmo as desigualdades salariais entre homens e mulheres só chegará ao fim em 2047 (tempo estimado a partir de dados do Pnad).[83]

É inegável confirmar através de dados econômicos, os avanços conquistados pelas mulheres no mercado de trabalho e na economia. Grande parte da população economicamente ativa no Brasil é de mulheres e uma em cada quatro famílias são sustentadas por elas. Muitos homens abandonam suas famílias obrigando as mulheres a responsabilidade pelo sustento dos filhos.[84]

---

[81] HARDOON, Deborah. *Nota metodológica para o relatório da OXFAM de 2017*: 'uma economia para os 99%. 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/economia_para_99-nota_metodologica.pdf >. Acesso em: 6 out. 2017.

[82] A Oxfam chegou ao Brasil nos anos 1950 e iniciou seus trabalhos de forma mais estruturada e contínua em 1965. Na época, a atuação proporcionou o financiamento de projetos das cooperativas de crédito para agricultores familiares no Nordeste brasileiro. Recentemente, a confederação Oxfam, já com 19 afiliadas e presença em 94 países, decidiu criar uma afiliada brasileira com o objetivo de contribuir para o enfrentamento das desigualdades e redução da pobreza no país. Fundada em 2014, a Oxfam Brasil é uma organização sem fins lucrativos e independente, que mantém um conselho deliberativo, um conselho fiscal e uma assembleia geral brasileiros. HARDOON, Deborah. *Nota metodológica para o relatório da OXFAM de 2017*: 'uma economia para os 99%. 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/economia_para_99-nota_metodologica.pdf >. Acesso em: 6 out. 2017.

[83] HARDOON, Deborah. *Nota metodológica para o relatório da OXFAM de 2017*: 'uma economia para os 99%. 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/economia_para_99-nota_metodologica.pdf >. Acesso em: 6 out. 2017.

[84] TEIXEIRA, Marilane Oliveira. *O desmonte da previdência social e as mulheres*. 2017. Disponível em: <http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2017/03/Previdencia-e-as-mulheres.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Infelizmente, alguns dados apontam que a inserção da mulher no mercado de trabalho continua a ocorrer muitas vezes em bases discriminatórias que contribuem para manter e reproduzir as desigualdades entre os gêneros. [85]

2.5 Conquistas das Mulheres no Campo Previdenciário

A Organização Internacional do Trabalho - OIT foi pioneira na luta pelos direitos da mulher, em especial quanto às questões trabalhistas e da seguridade social, com destaque para o período que se situa entre o final do século 19 e começo do século 20.[86]

Outros eventos importantes marcaram as conquistas das mulheres além da citada Declaração de Filadélfia de 1944.

Traçando uma pequena linha do tempo a respeito dos eventos mais importantes podemos destacar: Em 1951 - Convenção da Remuneração Igualitária (C100), discute e recomenda a se praticar a igualdade de remuneração de homens e mulheres.[87] Em 1958 na Convenção de Discriminação Ocupacional e do Trabalho (C111) a Organização Internacional do Trabalho – OIT, adotou dispositivos contrários à discriminação, seja qual for a raça, credo ou sexo.[88] Já em 1975 na Conferência Mundial do ano Internacional da Mulher (ONU), se definiu o conceito de gênero para a agenda internacional, empoderando as mulheres e a transversalidade das políticas públicas com a perspectiva de gênero.[89] Também em

[85] GRUPO CATHO. *As diferenças salariais entre homens e mulheres*. 2018. Disponível em: <https://www.catho.com.br/salario/action/artigos/As_diferencas_salariais_entre_Homens_e_Mulheres.php>. Acesso em: 6 out. 2017.

[86] BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social*: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017.

[87] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenções*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018

[88] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenções*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018

[89] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Documentos fundamentais da OIT*: Constituição da Organização. Internacional do Trabalho. Declaração de Filadélfia. Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Regulamento da Conferência Internacional do Trabalho. ONU, 2007. Disponível em:

1975 a Conferência Internacional do Trabalho (OIT) destacou a importância dos trabalhadores rurais no mundo.[90]

Denominada década da mulher pela ONU, nos anos de 1976 à 1985, foi um período de debate de temas relacionados à participação da mulher na vida política, social e econômica. Em 1980 foi realizada a Conferência Mundial da Década da Mulher (ONU).[91]

Não bastava, entretanto, que os esforços ficassem no nível das intenções, era necessário que a tão sonhada igualdade de direitos, oportunidades e responsabilidades passassem a fazer parte da legislação trabalhista, previdenciária e também nas condições de trabalho e na remuneração atribuída às mulheres. A eficácia dos direitos das mulheres pressupõe o reconhecimento das diferenças existentes em grupos de vulnerabilidade social e o respeito à força normativa dos princípios constitucionais da isonomia e solidariedade. [92] Sobre esse ponto elucida Tavares:

> "A sociedade em grande parte sendo preconceituosa e machista faz com que muitas das disposições constadas em lei passem despercebidas, sem aplicabilidade e com isso, sem cobrança no sentido de proteção e aplicabilidade. Para que uma cobrança tenha auto sustentação deve ser analisada e possuir consistência, caso contrário, seu valor é deixado de lado".[93]

<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

[90] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Documentos fundamentais da OIT*: Constituição da Organização. Internacional do Trabalho. Declaração de Filadélfia. Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Regulamento da Conferência Internacional do Trabalho. ONU, 2007. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

[91] BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social*: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017.

[92] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 346.

[93] TAVARES, Sônia Prates Adonski. *A evolução da mulher no contexto social e sua inserção no mundo do trabalho*. 2012. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2012.

Não restam dúvidas de que as campanhas e esforços desenvolvidos pelos organismos internacionais, tais, como a OIT, ONU, OEA, Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e da Declaração e Plataforma de Ação em Pequim de 1995, contribuíram para sensibilizar parte dos Governos nacionais quanto aos problemas e necessidades das mulheres, levando mais de 70 países a aderirem as convenções emanadas.[94]

Os Governos que aderiram as convenções foram convidados a garantir igualdade perante a lei para os gêneros no que diz respeito a diversos benefícios dentre eles a remuneração e seguridade social, enfatizando-se que "os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais".[95]

Como dito anteriormente, esforços efetivos de proteção à mulher quanto ao parto, emprego, amamentação e maternidade se remontam às convenções da OIT e da ONU, algumas ratificadas pelo Governo Brasileiro, outras não.[96]

Sob a ótica constitucional brasileira a igualdade de direitos entre homens e mulheres teve a seguinte evolução:

[94] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 349.
[95] PROVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 214.
[96] BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 87.

Quadro 1 – Evolução da igualdade de direitos homens e mulheres na Constituição

Ano da Constituição	Referência Artigo e parágrafo	Citação
1891	Art.72, § 2º	Todos são iguais perante a lei.
1934	Art. 113, § 1º	Todos são iguais perante a lei, sem privilégios, distinções (nascimento, sexo, raça, profissões, país, classe social, riqueza, ideias políticas, religiões e crenças).
1937	Art. 122, § 1º	Todos são iguais perante a lei.
1946	Art. 141, § 1º	Todos são iguais perante a lei.
1967	Art. 153	Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas.
1988	Art. 5º	Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Fonte: Sonia Prates Adonski Tavares[97]

No retrospecto acima percebe-se que somente a partir da constituição de 1967 passou a ficar expresso a condição de igualdade sem distinção de sexo. Essa situação

[97] TAVARES, Sônia Prates Adonski. *A evolução da mulher no contexto social e sua inserção no mundo do trabalho*. 2012. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2012.

veio a ser consolidada na constituição de 1988, no que se refere a obrigações e direitos.[98]

A inclusão da mulher no tema da Previdência social se deu de forma lenta e gradual e tem relação direta com a liberação da mulher do ambiente doméstico e a sua inclusão no mercado de trabalho. Somente na década de 60, com a Promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social (Lops) e, posteriormente, com a criação do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), foram implementados benefícios diferenciados entre homens e mulheres, ocasião em que também foram unificados os diferentes institutos existentes à época.[99]

Sob a ótica dos critérios de concessão de benefícios previdenciários não apresentavam diferenças significativas entre homens e mulheres pois o universo de participantes dos institutos de previdência era constituído na sua maior parte pelo sexo masculino. Como exemplo ele cita a pensão por morte prevista para atender somente às esposas e demais dependentes.[100]

A unificação do sistema previdenciário ocasionou a instituição de aposentadoria por idade diferenciada entre os gêneros, ficando estabelecido 60 anos para as mulheres e 65 anos para os homens e compulsória quando tivesse 65 anos mulheres e 70 anos homens. A aposentadoria por tempo de serviço, foi também estendida a todos os gêneros participantes com 30 anos de serviço (com benefício correspondente a 80% do salário benefício) e 35 anos de serviço integral.[101]

---

[98] IORA, Tania Angelita. A construção dos direitos das mulheres na conquista de seu espaço. *Quaderns de Psicologia*, Florianópolis, 2016, v. 18, n. 3, 7-14, 2016. Disponível em: <http://www.quadernsdepsicologia.cat/article/view/v18-n3–iora/1270-pdf-pt >. Acesso em: 30 ago. 2017.

[99] OLIVEIRA, Wilson de. *A mulher em face do direito ao alcance de todos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

[100] CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: _____ (Org.). *Os Novos Idosos Brasileiros:* muito além dos 60. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 254-292. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_16_Cap_08.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

[101] CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: _____ (Org.). *Os Novos Idosos Brasileiros:* muito além dos 60. Rio de

A Constituição de 1967 e a Lei 5.440-A de 1968, proporcionaram às mulheres o direito à aposentadoria por tempo de serviço integral com 30 anos de serviço.[102]

Algum tempo depois as coberturas previdenciárias foram ampliadas para as demais categorias. Destacam-se dentre elas as mulheres trabalhadoras rurais chefes de família e também a concessão de benefício que fosse decorrente de acidente de trabalho (Lei 6.195/74). Cabe ressaltar, entretanto, que os benefícios previdenciários não contemplaram todas as categorias de trabalhadoras. Cita-se dentre essas as empregadas domésticas que não tinham direito a salário-maternidade, salário-família e benefícios decorrentes de acidentes do trabalho, além de o valor de benefício ser, inicialmente, restrito a um salário mínimo.[103]

Mesmo diante de números que podem induzir que a tão perseguida igualdade de oportunidade no mercado de trabalho e consequentemente de direitos sociais, entre homens e mulheres, já foram alcançados, caso se detenha sobre dados estatísticos dos institutos de pesquisa (IBGE, IPEA), será constatado que não é bem assim, a taxa de participação das mulheres no mercado evolui muito lentamente, a taxa de desemprego entre mulheres ativas ainda é grande, o rendimento da mulher se comparado ao do homem ainda é menor e ainda não foram superadas muitas barreiras discriminatórias para as mulheres no mercado de trabalho.[104]

Janeiro: IPEA, 2004. p. 254-292. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_16_Cap_08.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

[102] BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social*: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017.

[103] CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: _____ (Org.). *Os novos idosos brasileiros:* muito além dos 60. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 254-292. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_16_Cap_08.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

[104] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. A*s fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil, 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2010/default.shtm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Existe uma forte corrente na sociedade que alega que as mulheres já se encontram no mesmo nível de igualdade que os homens em todos os setores e aproveitam-se dessa argumentação para propor medidas de subtração de direitos já alcançados, denominando-os de "paternalismo", a exemplo da proposta de ampliação da idade mínima para as mulheres se aposentarem (Proposta de Emenda à Constituição - PEC), tema que será objeto de aprofundamento nos capítulos seguintes.

Portanto, a proteção da mulher no Direito Previdenciário, antes de qualquer abordagem constitucional, é uma questão de direitos humanos. A discriminação positiva marca uma mudança de postura do Estado que, em lugar de simplesmente proibir a discriminação, passa a adotar posturas reais, de obrigações positivas em favor de grupos que historicamente recaem as práticas discriminatórias. Compreendem-se no direito os princípios da inclusão, da igualdade e da não discriminação, especialmente, nas questões envolvendo igualdade de gênero e necessidades dos grupos vulneráveis, inclusive na proteção previdenciária.[105]

3 ESTRUTURA DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

O Sistema Previdenciário é o conjunto de regras constitucionais e legais que compõe um sistema protetivo para atender às necessidades das áreas sociais. Leonardo Aguiar assim define a estrutura do sistema de Previdência Social:

> "A Previdência Social constitui um sistema básico de proteção social, de caráter público, institucional e contributivo, que tem por finalidade segurar de forma limitada os trabalhadores. A Previdência Social, em sua conformação básica, é um direito fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na cidadania e nos valores sociais do trabalho (CF/88, art. 1°, II, III e IV), bem como nos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, avançar na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 3°, I e III)".[106]

[105] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 368-370.
[106] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.

No mesmo sentido o site da Previdência Social do Brasil define a Previdência Pública como um direito social com previsão Constitucional, cujo objetivo é garantir renda ao trabalhador e sua família nas seguintes condições:

> "No Brasil, a Previdência Social é um direito social, previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 entre os Direitos e Garantias Fundamentais, que garante renda não inferior ao salário mínimo ao trabalhador e a sua família nas seguintes situações, previstas no art. nº 201 da Carta Magna:
>
> I cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
>
> II proteção à maternidade, especialmente à gestante;
>
> III proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
>
> IV salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
>
> V pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes. "[107]

A Previdência Social no Brasil pode ser considerada como um instrumento de distribuição de renda e inclusão social. O Sistema Previdenciário obrigatório encontra-se dividido em dois segmentos: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência – RPPS, destinado aos servidores públicos.[108]

O RGPS tem relação com empresas privadas, trabalhadores rurais, empregados domésticos, trabalhadores autônomos, ou seja, os "trabalhadores de carteira assinada" ou de natureza autônoma devidamente regulamentada. Trata-se de um regime previdenciário que possibilita a adesão de segurados facultativos.[109]

---

[107] BRASIL. Ministério da Fazenda. *Previdência Social*. 2013. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/perguntas-frequentes/previdencia-social/>. Acesso em: 8 de nov. 2017.

[108] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *Direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: Ltr, 2013. p. 66.

[109] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *Direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: Ltr, 2013. p. 66.

O RPPS é um regime instituído pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e se propõe a dar amparo aos servidores públicos. Algumas categorias de servidores públicos são contempladas por legislação específica estabelecido pela União, estados e municípios, cuja regulamentação depende da classe profissional, área de atuação entre outros pontos (algumas categorias são regidas pelo RGPS).[110]

Existem diversos modelos de financiamento da previdência social. No Brasil o modelo escolhido é denominado de repartição simples. Uma das características desse modelo é que a população ativa sustenta a população já aposentada. Isso significa que para o sistema se manter superavitário é necessário que a população jovem seja maior que a mais idosa, ou seja, isso representa que haverá mais contribuintes em relação aos benefícios pagos. Como a população brasileira tem envelhecido num ritmo grande, o modelo tem demandado revisão para se adequar a uma nova realidade.[111]

Existe ainda o Regime de Previdência Complementar, que pode ter natureza pública ou privada e que tem regulamentação específica, conforme estabelece o artigo 202 da Constituição Federal. Essas instituições podem ainda ser classificadas como abertas e fechadas. Os abertos podem ser custeados por instituidores e segurados, conforme estabelece o artigo 26 da Lei Complementar nº 109/2001. Os planos fechados são acessíveis apenas a determinados grupos, não sendo permitida o acesso de outras instituições e/ou pessoas, conforme disposto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 109/2001.[112]

Com a finalidade de proporcionar ao servidor público, admitidos a partir de 04/02/2013, uma renda adicional acima do teto do RGPS, o governo criou a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder

[110] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 148.
[111] WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Coexistência do regime de repartição com o regime de capitalização. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 97, p. 211-217, 2002.
[112] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *Direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: Ltr, 2013. p. 66.

Executivo – Funpresp-Exe pelo Decreto nº 7.808/2012, responsável em administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário complementares para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações.

Mais uma vez trata-se de nivelar os direitos sociais históricos por baixo. Essa medida reduziu de forma significativa o patamar de proteção da previdência pública ao teto do INSS prevalecendo a noção de que direitos estão submetidos as circunstâncias econômicas.

A instituição responsável pela operacionalização, gestão das contribuições previdenciárias e concessão dos benefícios, previsto no Sistema Previdenciário é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia supervisionada pelo Ministério da Previdência Social.[113] O artigo primeiro do Decreto n. 9.104, que estabelece a Estrutura Regimental do INSS diz:

> Art. 1º - O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal com sede em Brasília - Distrito Federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social, instituída com fundamento no disposto no art. 17 da Lei no 8.029, de 12 de abril de 1990, tem por finalidade promover o reconhecimento, pela Previdência Social, de direito ao recebimento de benefícios por ela administrados, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social.[114]

A Seguridade Social tem como premissa assegurar proteção à sociedade e o atendimento nas seguintes áreas: Saúde, Previdência Social e Assistência Social, buscando proporcionar o bem-estar social através da implementação de políticas públicas.[115]

---

[113] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 33.

[114] Artigo 1º do Decreto nº 9.104. BRASIL. *Decreto nº 9.104, de 24 de julho de 2017*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e transforma e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9104.htm#art9>. Acesso em: 3 nov. 2017.

[115] MACHADO, Luiza Vaccaro Mello. Fundamentos constitucionais do sistema de seguridade social brasileiro. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36535/fundamentos-constitucionais-do-sistema-de-seguridade-social-brasileiro>. Acesso em: 18 nov. 2017.

3.1 Seguridade Social no Brasil e a Constituição de 1988

Pode-se afirmar que no Brasil, Seguridade Social é um conjunto de regras, princípios e instituições que visam garantir um sistema de proteção às pessoas que dela participam contra as contingências através de ações integradas dos poderes públicos e também como uma obrigação de toda a sociedade visando um direito comum que é à previdência, assistência e a saúde.[116]

Afirma Ruprecht que cabe ao Estado a administração do sistema:

> "Em geral se considera que a seguridade social é um serviço público não só pela natureza jurídica dos organismos que a administram, mas também porque a solução das necessidades, cujas consequências buscam aliviar, é dada pelo coletivismo e pela solidariedade. Resumindo, a intervenção do Estado na seguridade social é de fundamental importância e transcendência. O Estado, via de regra, é responsável pelo estabelecimento, distribuição, financiamento e normatização de tudo quanto a ele se refina, não deixando de reconhecer pode haver – e há – seguridade social privada como seu elemento coadjuvante e complementar".[117]

De acordo com José Luís Bolzan, com a consolidação do Estado Democrático de Direito decorrente da aprovação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu uma verdadeira evolução. Bolzan afirma ainda que o Estado Democrático de Direito "tem característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare State* neocapitalista, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade".[118]

---

[116] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68-69.

[117] Ruprecht, 1996 apud CANTERLE, Deibe Cristina Trentim. *Previdência social e economia feminista: por que as mulheres devem se aposentar antes que os homens?* 2013. 63 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

[118] MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. 1995. 369 f. Doutorado (Tese) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1995.

Direitos fundamentais, justiça social, igualdade e legalidade são princípios presentes na Constituição de 1988 que propiciaram a consolidação e o aperfeiçoamento dos direitos de natureza previdenciária.[119]

A Constituição de 1988 considera a seguridade social como um direito fundamental da pessoa humana. O Título II do Capítulo II da Constituição – dos Direitos Sociais - lista os direitos e garantias fundamentais.[120]

Os incisos do parágrafo único do Artigo 194 da Constituição de 1988 estabelecem os princípios do Sistema de Seguridade Social. A Solidariedade é o fundamento da Seguridade Social.[121] Tem sua origem da assistência social e se encontra implícita na Constituição Federal.[122] De acordo com Fábio Zambitte:

> "A solidariedade é a justificativa elementar para a compulsoriedade do sistema previdenciário, pois os trabalhadores são coagidos a contribuir em razão de a cotização individual ser necessária para a manutenção de toda a rede protetiva e não para a tutela do indivíduo, isoladamente considerado".[123]

Sérgio Pinto Martins define a universalidade da cobertura e do atendimento da seguinte forma: "No nosso sistema, tem a Seguridade Social como postulado básico a universalidade, ou seja, todos os residentes no país farão jus a seus benefícios, não devendo existir distinções, principalmente entre segurados urbanos e rurais"[124]. Logo, todos os que vivem em território nacional estão sob a proteção da Seguridade Social, já que independe de sua condição socioeconômica.[125]

---

[119] MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. 1995. 369 f. Doutorado (Tese) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1995.
[120] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.
[121] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.
[122] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 58.
[123] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 65.
[124] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 58.
[125] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

Outro princípio a Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais devem ser idênticas para trabalhadores rurais ou urbanos as prestações securitárias, sendo ilícita a criação de benefícios distintos.[126] A uniformidade diz respeito aos riscos sociais cobertos enquanto a equivalência refere-se ao valor da prestação. Conforme Sergio Pinto Martins:

> "A uniformidade vai dizer respeito aos aspectos objetivos, às contingências que irão ser cobertas. A equivalência vai tomar por base o aspecto pecuniário ou do atendimento dos serviços, que não serão necessariamente iguais, mas equivalentes, na medida do possível, dependendo do tempo de contribuição, coeficiente de cálculo, sexo, idade, etc". [127]

Quanto ao princípio da Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, explica Sergio Pinto Martins, "A seleção (escolha) das prestações vai ser feita de acordo com as possibilidades econômico-financeiras do sistema da seguridade social (Artigos 40 e 201 da Constituição) ".[128] Desse modo, ao necessitado que for segurado da Previdência Social, sua proteção social vai ser dada pela concessão do benefício previdenciário de acordo com a contingência-necessidade que o atingiu.[129]

Os direitos à seguridade social estão inseridos dentre os direitos sociais previstos no artigo 194, IV, da Constituição Federal e como tal são protegidos da irredutibilidade. A Irredutibilidade do valor dos benefícios – Proibição constitucional de redução efetiva dos valores das prestações.

> "A jurisprudência do STF se firmou no sentido de que a irredutibilidade do valor do benefício é a nominal e não a real, que envolve o que se pretende receber para que não haja perda do poder aquisitivo em decorrência da inflação".[130]

---

[126] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 65.
[127] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 60-61.
[128] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61-62.
[129] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.
[130] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62-63.

Outro princípio é o da Equidade na forma de participação no custeio, pelo qual todos devem participar do custeio da seguridade, mas de forma proporcional à sua capacidade contributiva e potencial de risco: "O princípio da equidade na forma de participação no custeio é um desdobramento do princípio da igualdade".[131] Portanto, dentro da Constituição Federal, estão todos protegidos dentro da Seguridade Social, e tal proteção adequada fixa-se em razão do custeio e da necessidade. Deve assim ser segurado e contribuir para o custeio do sistema para ter direito à proteção da previdência social.[132]

Já o princípio da Diversidade da base de financiamento estabelece que o custeio da Seguridade Social deverá ser suportado entre o maior número de pessoas capazes de contribuir em diferentes fatos geradores. De acordo com Sergio Pinto Martins "A Constituição prevê diversas formas do custeio da seguridade social (pluralidade de fontes), por meio da empresa, dos trabalhadores, dos entes públicos, dos concursos de prognósticos e do importador de bens ou serviços do exterior (art. 195, I a IV). Como menciona o art. 195, caput, da Lei Maior, a seguridade social será financiada por toda a sociedade".[133] Determina a Constituição que a seguridade deve ser financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, por meio de recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições Federais.[134]

O Caráter democrático e descentralizado da administração – Objetiva à organização e gerenciamento da Seguridade Social em gestão quadripartite, incluindo: governo, aposentados, trabalhadores e empregadores. Percebe-se que existe uma gestão da seguridade realizada por quatro segmentos diferenciados da

[131] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.
[132] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.
[133] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 613-614.
[134] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 72.

sociedade.[135] Portanto, as pessoas mais interessadas na seguridade social participam de sua administração.[136]

Por fim, existe a Regra da Contrapartida que prevê a preexistência do Custeio em Relação ao Benefício ou Serviço. De acordo com Sérgio Pinto Martins: "O benefício ou serviço não poderá ser criado sem que antes haja ingressado numerário no caixa da Seguridade Social. Sem receita na Seguridade Social, não poderá haver despesa, ou seja: sem custeio, não poderá haver benefício ou serviço. "[137] Este princípio também é conhecido como *regra da contrapartida*, ou seja, aumentos injustificados e desvinculados do plano de benefícios são inconstitucionais.[138]

Assim, no Brasil a Seguridade Social se divide em três elementos: a Previdência Social, a Saúde e a Assistência Social. O financiamento da Previdência Social tem como base o princípio de que todos têm que colaborar para a cobertura dos riscos. No âmbito federal a Seguridade Social é financiada pelas seguintes receitas: da União, das Contribuições sociais e de Outras Fontes.[139]

3.2 Previdência Social

A Previdência Social é um sistema solidário e é formada por princípios, regras e instituições que visam a estabelecer um sistema de proteção social, mediante a contribuição do segurado que por si, tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e sua família, contra eventualidades que

[135] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 65.
[136] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 74.
[137] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66.
[138] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 77.
[139] CANTERLE, Deibe Cristina Trentim. *Previdência social e economia feminista: por que as mulheres devem se aposentar antes que os homens?* 2013. 63 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

possam ocasionar a perda ou redução de sua remuneração, de forma temporária ou permanente, como previsto em lei.[140]

A Previdência Social tem como seu objetivo proteger os seus segurados e dependentes em face de determinados *riscos sociais*. Na lição de Armando de Oliveira Assis, risco social "é, no estado presente da evolução da matéria, o risco de o trabalhador, isto é, uma pessoa economicamente fraca, perder o seu salário, ou melhor, ver-se impossibilitada de o ganhar por motivo de certas eventualidades que são inerentes à vida do homem. "[141]

O seguro social é apontado por Ruprecht da seguinte maneira:

> "Os seguros sociais visam proteger os economicamente fracos contra as vicissitudes da vida e representam a versão mais recente de uma solução coletiva do problema da desproteção da existência humana, problema tão antigo como a própria humanidade. O seguro social é uma variedade do seguro comercial, mas se distingue deste por sua inspiração política e seus fins."[142]

A Constituição Federal coloca os direitos dos beneficiários da Previdência Social no patamar dos direitos fundamentais (irrenunciáveis e imprescritíveis), dispondo em seu Artigo 6º "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."[143]

A especialista em direito previdenciário Zélia Luiza Pierdoná comenta:

> "A previdência social é direito fundamental social assegurado a todos os trabalhadores e seus dependentes, o qual visa à garantia de recursos nas situações em que não poderão ser

[140] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66.
[141] PEREIRA, Fernanda Reis. *A aposentadoria por tempo de contribuição do RGPS:* passado, presente e futuro no direito brasileiro. 2010. 30 f. Monografia (Mestre) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
[142] RUPRECHT, 1996 Apud CANTERLE, Deibe Cristina Trentim. *Previdência social e economia feminista: por que as mulheres devem se aposentar antes que os homens?* 2013. 63 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.
[143] Artigo 6º da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil [recurso eletrônico]*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

> obtidos pelos próprios trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral (efetiva ou presumida). No entanto, reveste-se também em dever, uma vez que exige a contraprestação direta do segurado para que ele e/ou seus dependentes possam fazer jus às prestações previdenciárias".[144]
>
> Logo, é diferente da da saúde e da assistência, a previdência social exige contrapartida dos segurados para que eles e seus dependentes façam jus aos benefícios ".[145]

O sistema previdenciário público do Brasil se divide em dois grandes sistemas: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS, destinado aos servidores públicos. O primeiro atende as necessidades dos empregados de empresas privadas, trabalhadores rurais, empregados domésticos, trabalhadores autônomos, ou seja, para os de natureza autônoma devidamente regulamentada. E para algumas categorias de servidores públicos, a forma de regimento se dá através de estatutos dos diferentes órgãos da União dos estados e municípios, a regulação desse sistema previdenciário varia dependendo da classe profissional, da área de atuação entre outros pontos.[146]

O Capítulo II, Seção III – Da Previdência Social, da Constituição Federal nos Artigos 201 e 202 trata do Regime Geral de Previdência Social – RGPS e dos Planos de Previdência Privada, respectivamente:

Preceitua o artigo 201 da Constituição Federal:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[144] PIERDONÁ, Zélia Luiza. A proteção social na Constituição de 1988. *Revista de Direito Social*. Porto Alegre, v. 7, n. 28, p. 11–29, out./dez., 2007.

[145] ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social:* na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 12.

[146] CA CANTERLE, Deibe Cristina Trentim. *Previdência social e economia feminista: por que as mulheres devem se aposentar antes que os homens?* 2013. 63 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

> - Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).
>
> - Proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998). [...][147]

A Constituição de 1988 completa 29 anos de promulgação. Após anos de opressão e de luta, as mulheres asseguraram a equidade de gênero no texto Constitucional.

A autora Ana Cristina afirma que:

> "Em atenção ao princípio da isonomia, que visa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida e na proporção de suas desigualdades, a Constituição previu uma série de normas que visam conferir tratamento diferenciado às mulheres, a fim de reafirmar, positivamente, sua condição de igualdade material com os homens".[148]

Destacam-se grandes avanços nos direitos das mulheres na Constituição de 1988, dentre elas: a redução da idade de 60 para 55 anos para fins de aposentadoria para as trabalhadoras rurais; prazo mais curto para a aposentadoria por tempo de serviço, ampliação da licença gestante, dentre outras.[149]

De 1988 até hoje, a Constituição Federal de 1988 já foi alterada por seis ocasiões nas regras previdenciárias.[150]

A Emenda Constitucional nº 03/1993 instituiu contribuições da União e dos seus servidores para o custeio de suas aposentadorias e pensões.[151]

---

[147] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil [recurso eletrônico]*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[148] BARRETO, Ana Cristina Teixeira. Carta de 1988 é um marco contra a discriminação. Revista *Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 nov. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em: 1 nov. 2017.

[149] BARRETO, Ana Cristina Teixeira. Carta de 1988 é um marco contra a discriminação. Revista *Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 nov. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em: 1 nov. 2017.

[150] GUELLER, Martha. *O Brasil já fez 6 reformas nas regras de previdência*. Disponível em: < http://economia.estadao.com.br/blogs/o-seguro-morreu-de-velho/brasil-ja-fez-seis-reformas-nas-regras-da-previdencia/>. Acesso em: 01 nov. 2017.

Já a Emenda Constitucional nº 20/1988 extinguiu a aposentadoria proporcional do regime geral, criando um pedágio de 40% do tempo que faltava para o segurado preencher os requisitos de tempo de contribuição proporcional. Instituiu a idade mínima para aposentadoria de 48 anos para mulheres e 53 anos para os homens e regra de transição para obtenção daquele benefício que antes era concedido aos segurados do regime geral, sem requisito etário. Nessa mesma Emenda Constitucional foi instituída a paridade entre vencimentos dos servidores em atividade e as pensões respectivas. Criou o requisito de idade mínima para aposentadoria dos servidores, em vigor desde então, de 55 anos para mulheres, além de 30 anos de contribuição e 60 anos para homens e 35 anos de contribuição.[152]

A Emenda Constitucional nº 20/2003 fixou, entre outras determinações, tetos máximos para vencimentos, aposentadorias e pensões nas esferas federal, estadual e municipal. Também criou contribuições para os aposentados e pensionistas do serviço público, sobre o valor de suas aposentadorias e pensões que superarem o teto máximo pago pelo regime geral. Além disso, determinou que o cálculo das aposentadorias e pensões fosse feito com base na média de todas as remunerações dos servidores.[153]

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 47/2005 criou critérios diferenciados para as aposentadorias do deficiente, de pessoas que trabalhem sob condições especiais que prejudiquem a saúde e que exerçam atividades de risco. Visando a inclusão social, criou a figura do contribuinte de baixa renda, deixando para o legislador infraconstitucional, o dever de criar alíquotas de contribuições

---

[151] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil [recurso eletrônico]*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[152] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil [recurso eletrônico]*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[153] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil [recurso eletrônico]*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

diferenciadas para esta categoria de pessoas, visando a inclusão previdenciária com a garantia de pagamento de benefício no piso previdenciário de um salário mínimo.[154]

Complementando as reformas anteriores, a Emenda Constitucional nº 70/2012 - Determinou a revisão das aposentadorias por invalidez concedidas na vigência da CF/88 para que o cálculo passasse a ser feito com base na média aritmética das remunerações do servidor e não com base na última remuneração do servidor.[155]

E finalmente, a Emenda Constitucional nº 88/2015 - Alterou a idade para aposentadoria compulsória do servidor para 70 ou 75 anos de idade, nos termos da lei que a regulamentar.[156]

Em grande parte, as alterações constitucionais relacionadas aos aspectos previdenciários estão ligadas a complexidade do assunto e a evolução dos temas correlacionados, tais como: economia, emprego e indivíduos.[157]

Existe ainda uma vasta legislação que regulamenta benefícios e o sistema, dentre as quais destacamos a Lei nº 8.212/1991 – Plano de Custeio da Previdência Social, Lei nº 8.213/1991 – dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, Lei nº 8.742 – Lei Orgânica de Assistência Social, dentre outras.[158]

---

[154] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil [recurso eletrônico]*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[155] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil [recurso eletrônico]*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[156] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil [recurso eletrônico]*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[157] GUELLER, Martha. *O Brasil já fez 6 reformas nas regras de previdência*. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/blogs/o-seguro-morreu-de-velho/brasil-ja-fez-seis-reformas-nas-regras-da-previdencia/>. Acesso em: 01 nov. 2017.

[158] CANTERLE, Deibe Cristina Trentim. Previdência social e economia feminista: por que as mulheres devem se aposentar antes que os homens? 2013. 63 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

3.3 Tipos de Benefícios Concedidos

A Previdência Social define seus benefícios como sendo:

> "Prestações pecuniárias pagas pela Previdência Social aos segurados ou aos seus dependentes de forma a atender a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; maternidade e adoção; salário-família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes"[159]

O beneficiário engloba o segurado (obrigatório e facultativo) e seus dependentes. É aquele que possa vir a receber alguma prestação previdenciária. Ressalta-se que após o falecimento do dependente de hierarquia superior, exclui o direito dos dependentes inferiores, e se houver dependentes de mesma categoria, o benefício é dividido igualmente.[160]

O processo de entrada e saída de um benefício do sistema previdenciário envolve três fases: Concessão, Manutenção e Cessação. A Concessão trata da sequência de entrada de novos benefícios no sistema; a Manutenção abrange os benefícios ativos e suspensos constantes no cadastro; e a Cessação corresponde aos benefícios que não mais produzem créditos.[161]

O artigo 1° da Lei n. 8.213/91 pauta as contingencias cobertas pelo plano de benefícios. São essas: incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares, morte ou prisão, daqueles de quem dependiam economicamente.[162]

---

[159] BRASIL. Ministério da Previdência Social. Estatísticas: Anuário Estatístico da Previdência Social 2007. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www1.previdencia.gov.br/aeps2007/16_01_01_01.asp>. Acesso em: 6 nov. 2017.

[160] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 77.

[161] BRASIL. Ministério da Previdência Social. Estatísticas: Anuário Estatístico da Previdência Social 2007. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www1.previdencia.gov.br/aeps2007/16_01_01_01.asp>. Acesso em: 6 nov. 2017.

[162] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144.

Cabe ressaltar que a apresentação concomitante de informações sobre a quantidade de benefícios concedidos, mantidos e cessados permitiria, em princípio, a construção da dinâmica anual dos benefícios no sistema previdenciário, ou seja, o estoque de benefícios no final do ano poderia ser calculado pela adição ao estoque inicial dos benefícios concedidos e a subtração dos cessados. Este exercício, no entanto, fica comprometido, uma vez que a concessão tem como marco temporal a Data de Despacho do Benefício – DDB e não a Data de Início do Benefício – DIB; e as informações de cessação são parciais, porque um benefício pode receber a marca de cessado meses depois da data da efetiva cessação.[163]

De acordo com Sérgio Pinto Martins o as prestações da Previdência Social são expressas em benefícios e serviços. Benefícios são valores pagos em dinheiro aos segurados e dependentes e serviços são bens imateriais postos à disposição do segurado: habilitação e reabilitação profissional, serviço social, assistência médica, etc. As prestações se dividem quanto ao segurado, dependente e quanto ao segurado e dependente.[164]

Quanto ao segurado, as prestações são as seguintes:

Aposentadoria por Invalidez (arts. 42 a 47 da Lei nº 8.213/91 e arts. 43 a 50 do RPS) – As aposentadorias podem ser divididas em voluntárias ou compulsórias, como já mencionado acima. A aposentadoria tem como objetivo substituir a renda ou o salário que o trabalhador tinha quando estava trabalhando.[165] Assim, a aposentadoria por invalidez é concedida ao segurado que, podendo ou não estar usufruindo do auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e incapaz de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta sustento enquanto permanecer nessa condição.[166]

[163] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144.
[164] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 323.
[165] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345.
[166] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 591.

Aposentadoria Especial (arts.57 e 58 da Lei nº 8.213/91 e arts. 64 a 70 do RPS) – É concedida ao segurado com, no mínimo 50 anos de idade e 15 anos de contribuição ou tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, conforme atividade profissional, em serviços que sejam considerados penosos, insalubres ou perigosos.[167]

Auxílio Doença (arts. 59 a 63 da Lei nº 8.213/91 e arts. 71 a 80 do RPS) – Benefício decorrente da incapacidade temporária do segurado para o seu trabalho habitual.[168] A incapacidade deve ser comprovada por meio de perícia médica a colocação do INSS.[169]

Salário-família (arts. 65 a 70 da Lei nº 8.213/91 e 81 a 92 do RPS) – Benefício previdenciário pago pelo INSS em razão do dependente do trabalhador de baixa renda. [170]Trata-se de um "benefício pago aos segurados, exceto aos domésticos, e aos trabalhadores avulsos dependendo do valor do salário, para auxiliar no sustento dos filhos até 14 anos de idade ou inválidos de qualquer idade."[171]

Auxílio acidente (arts. 86 da Lei nº 8.213/91 e art. 104 do RPS) – Benefício de natureza indenizatória. Presume o legislador que, se o segurado tem uma sequela que foi decorrente de um acidente de trabalho, teve uma perda remuneratória, cabendo ao seguro social ressarci-lo deste potencial dano.[172]

O presente trabalho se deterá apenas sobre os benefícios que são concedidos aos gêneros, de forma diferenciada por força de legislação específica, pela amplitude e foco no objeto do estudo.

---

[167] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 373.
[168] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 643.
[169] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 295.
[170] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 405.
[171] CANTERLE, Deibe Cristina Trentim. *Previdência social e economia feminista: por que as mulheres devem se aposentar antes que os homens?* 2013. 63 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.
[172] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 669.

A seguir destacamos os principais benefícios previdenciários concedidos atualmente que diferenciam os homens e mulheres:[173]

Quadro 2 – Benefícios previdenciários – homens e mulheres

Tipo de benefício	Homens	Mulheres
Aposentadoria por tempo de contribuição	a) Proporcional com 30 anos de contribuição e integral com 35 anos de contribuição. b) Regra progressiva 95 anos (soma da idade mais contribuição).	a) Proporcional com 25 anos de contribuição e integral com 30 anos de contribuição. b) Regra progressiva 85 anos (soma da idade mais contribuição).
Aposentadoria por idade	a) Rural com 60 anos b) Urbano com 65 anos	c) Rural com 55 anos d) Urbano com 60 anos
Maternidade	-	Cabível somente a mulher por 120 dias

Fonte: Da autora

Cabe salientar que a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, transformou a aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria por tempo de contribuição. Trouxe ainda mudanças para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS e para os Regimes Próprios de Previdência – RPPS. No RGPS extinguiu a aposentadoria proporcional, acabou com a aposentadoria especial dos jornalistas e restringiu o salário-família e o auxílio-reclusão a segurados de baixa renda.[174]

Quando ao RPPS extinguiu também a aposentadoria proporcional dos servidores públicos e nova regras restritivas foram criadas: idade mínima, teto para benefícios e vedação às acumulações.[175]

[173] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p 356-358.
[174] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *Direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: Ltr, 2013.
[175] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *Direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: Ltr, 2013.

Com o advento da Constituição de 1988 foi introduzido o conceito de seguridade social, adquirindo também um teor de rede de proteção social e de cidadania, não ficando restrito ao caráter estritamente social/trabalhista. Foram estabelecidos como princípios básicos a universalização, a equivalência de benefícios urbanos e rurais, a seletividade na concessão, a irredutibilidade do valor das prestações previdenciárias, a fixação do benefício mínimo em um salário mínimo, a equanimidade no custeio, a diversificação da base de financiamento, a descentralização e a participação de trabalhadores na gestão. Isso foi um avanço no sentido de conceituar a seguridade social como um contrato coletivo, integrante do próprio direito de cidadania, onde os benefícios seriam concedidos conforme a necessidade e o custeio seria feito segundo a capacidade de cada um. [176]

Em 1991, com a aprovação das Leis 8.212 (Plano de Custeio da Previdência Social) e 8.213 (Plano de Benefícios da Previdência Social), foram igualadas as coberturas dos riscos, condições de elegibilidade e valores dos benefícios para as clientelas urbana e rural; ampliada a concessão do benefício de pensão por morte para todos os cônjuges, independentemente do sexo; ampliado o benefício da aposentadoria proporcional para a mulher; reduzida a aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais, a dos homens de 65 para 60 anos e conceder a aposentadoria por idade à trabalhadora rural aos 55 anos de idade, redução de cinco anos se comparada à faixa etária estabelecida para a clientela urbana.[177]

Percebe-se a partir da legislação citada que o sistema previdenciário brasileiro já conta com um bom tempo de existência - aproximadamente um século. Juntamente com a evolução da legislação grandes transformações ocorreram em especial a dinâmica demográfica e o perfil do mercado de trabalho. Destacam-se

[176] CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: _____ (Org.). *Os novos idosos brasileiros:* muito além dos 60. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 254-292. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_16_Cap_08.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

[177] TEIXEIRA, Marilane Oliveira. *O desmonte da previdência social e as mulheres.* 2017. Disponível em: <http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2017/03/Previdencia-e-as-mulheres.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

nessas mudanças, a entrada crescente de mulheres no mercado de trabalho implicando no aumento do número de beneficiárias do sistema, bem como a ampliação do tempo de recebimento dos benefícios (pensões e aposentadorias) decorrente da redução da mortalidade da população idosa, que é, também, diferenciada por gênero.[178]

3.3.1 Aposentadoria por Idade

A aposentadoria por idade é um dos benefícios previdenciários mais conhecidos. Visa garantir a manutenção do segurado e de sua família quando a idade avançada não permita a continuidade laborativa.[179]

No sistema anterior, falava-se em aposentadoria por velhice. A expressão "aposentadoria por idade" surge apenas com a Lei nº 8.213/91 e é observada no inciso I do art. 201 da Constituição. Apenas pelo fato de a pessoa ter 60 ou 65 anos, não quer dizer que esteja velha, estando a terminologia anterior, inadequada. Daí por se falar de aposentadoria por idade, quando a pessoa atinge a idade especificada por lei.[180]

A aposentadoria é devida ao segurado que completar 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher, reduzidos esses limites para 60 e 55, respectivamente, para trabalhadores rurais, e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador

[178] CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: _____ (Org.). *Os Novos Idosos Brasileiros:* muito além dos 60. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 254-292. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_16_Cap_08.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.
[179] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 598.
[180] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 364.

artesanal. Ressalta-se, que a aposentadoria reduzida para os professores é a por tempo de contribuição, e não por idade.[181]

Neste benefício, há necessidade de se cumprir o período de carência de 180 contribuições mensais. Esta carência é somente exigível para segurados filiados ao RGPS após a promulgação da Lei nº 8.213/91, que aumentou este período de 60 para 180 meses.[182]

Portanto, os requisitos da aposentadoria por idade são: ser segurado do RGPS (obrigatório ou facultativo), ter cumprido carência e ter completado a idade mínima para sua concessão (65 anos para homens ou 60 para mulheres).[183]

A idade é comprovada por meio de: Registro Civil de Nascimento ou de Casamento, que mencione data ou ano do nascimento ou simplesmente a idade; título declaratório de nacionalidade brasileira para segurados naturalizados, certificado de reservista e carteira ou cédula de identidade policial; qualquer outro documento que, emitido com base do Registro Civil de Nascimento ou Casamento, não cause dúvidas quanto à sua validade para essa prova.[184]

Destaca-se que os benefícios de carência e idade deveriam ser atendidos simultaneamente, em um período no qual a pessoa ainda estivesse vinculada ao RGPS, pois são requisitos cumulativos.

A Renda Mensal Inicial (RMI) da aposentadoria por idade terá o valor equivalente de 70% do salário de benefício, mais 1% para cada grupo de 12 contribuições que ultrapasse a carência, até o máximo de 100% do SB (salário

[181] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 599.
[182] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
[183] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.
[184] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 598.

benefício). Ressalta-se que no cálculo do Salário Benefício, o fator previdenciário só será usado se for benéfico ao segurado, se tornando facultativo seu uso.[185]

Acrescenta-se que o art. 102, § 1º da Lei nº 8.213/1991 onde dispõe que "a perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos".[186]

A aposentadoria por idade será devida ao segurado empregado, até do doméstico, de acordo com o art. 49 da Lei nº 8.213/1991, a partir da data do desligamento, quando requerida até essa data ou até 90 dias depois dela, ou da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida depois de 90 dias do desligamento. Também poderá ser decorrente da transformação de aposentadoria por invalidez ou auxilio doença, desde que requerida pelo segurado, observando o cumprimento de carência na data de início do benefício a ser transformado.[187]

3.3.2 Aposentadoria Rural

O trabalhador rural possuía regime diferenciado de aposentadoria, que era conhecido como FUNRURAL. O sistema urbano era distinto, ocorrendo uma diferença marcante, referente ao plano de custeio, que era praticamente inexistente na área rural. Com a constituição de 1988, as distinções infraconstitucionais entre trabalhadores rurais e urbanos se tornaram sem efeito,[188] franqueando a eles o acesso ao benefício de aposentadoria por idade com requisitos mais favoráveis, instituindo como diferencial e benesse para os trabalhadores rurais a redução em cinco anos do

[185] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.
[186] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.
[187] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 599.
[188] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 60.

requisito idade, em relação aos segurados comuns, introduzindo uma presunção absoluta de desgaste do trabalho no meio rural, o que justificaria o prazo menor.[189]

A aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais é regulada pelos art. 39, I, 48, §§ 1o e 2o, 55, § 2o, 142 e 143 da Lei n. 8.213/1991 e sua idade mínima é reduzida em cinco anos, sendo exigido limite de idade de 60 anos para homens e 55 para mulheres, isso para trabalhadores que fizeram do trabalho no campo seu sustento e de sua família.[190]

Portanto, a aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais tem os seguintes requisitos: ter cumprido a carência de 15 anos; completar a idade mínima para sua concessão, qual seja 60 anos para homens; ou 55 anos para mulheres; comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido.[191]

A justificativa do prazo diferenciado na área rural é de que o trabalho seria mais penoso, já que o segurado presta serviços a céu aberto, sujeito a sol, chuva, frio, etc. Portanto, o trabalhador se desgastaria mais rapidamente do que outra pessoa. Não há que se falar de violação do princípio da igualdade, pois tal diferença de idade é estabelecida pela própria constituição.[192]

Para a concessão da aposentadoria do trabalhador rural por idade, é necessário a comprovação de seu exercício, conforme mencionado acima. Tal comprovação é feita conforme a apresentação dos documentos previstos no art. 106 da Lei 11.718/08[193], que são:

---

189 AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.
190 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
191 AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.
192 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 365.
193 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 693.

> Art. 106. A comprovação do exercício de atividade rural será feita, alternativamente, por meio de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008):
>
> I – Contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;
>
> II – Contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;
>
> III – Declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS;
>
> IV – Comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;
>
> V – Bloco de notas do produtor rural;
>
> VI – Notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7o do art. 30 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor;
>
> VII – documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante;
>
> VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção;
>
> IX – Cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou
>
> X – Licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra.[194]

Assim, o segurado deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido.[195] Não se requer que todo o tempo comprovado de

[194] Artigo 106 da Lei nº 8.213. BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os planos de Benefícios da Previdência e dá outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11718.htm>. Acesso em: 30 de out. 2017.

[195] AGUIAR, Leonardo. *Direito Previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.

atividade rurícola seja cumprido em atividade rural, mas que o segurado tenha tempo comprovado em atividade rurícola em interregno igual.[196]

O trabalhador rural empregado ou autônomo e o segurado especial podem requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, contado a partir da data de vigência da Lei n. 8.213, desde que comprovem o exercício da atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idênticos à carência do referido benefício.[197]

Desta forma, conforme o art. 26 da Lei n. 8.213/1991, em seu inciso III, dispõe que é isenta de carência a aposentadoria por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, aos segurados especiais, desde que comprovado o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido. Logo, invés de cumprir a carência, os segurados especiais devem comprovar apenas o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido (180 meses, ou a tabela do art. 142 da Lei n. 8.213/1991).[198]

O parágrafo 1º do artigo 48 da Lei nº 8.213/1991 estabelece o direito à aposentadoria rural por idade ao trabalhador rural que completar 60 anos, para homens, ou 55 anos, para mulheres, no valor de um salário mínimo vigente à época da data do requerimento. São também considerados segurados especiais os respectivos cônjuges ou companheiros desses trabalhadores rurais, exceto filhos maiores de 16 anos, desde que trabalhem comprovadamente com o grupo familiar

[196] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 604.
[197] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 365.
[198] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.

respectivo. A princípio, o segurado não poderá possuir outra fonte de renda de qualquer natureza.[199]

Estão enquadrados na categoria de contribuinte individual rural (em substituição ao extinto trabalhador rural autônomo), conforme artigo 11, inciso V, alíneas a e g da Lei de Benefícios, as pessoas físicas proprietárias ou não, que exploram atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a quatro módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a quatro módulos fiscais ou atividade pesqueira, com o auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego.[200]

Na inexigibilidade temporária de contribuições para o empregado rural e para o contribuinte individual rural (eventual), observa-se que o artigo 143 da Lei n. 8.213/91, determinou que o empregado rural e o trabalhador rural que é enquadrado na categoria de segurado contribuinte individual, e que presta serviços de natureza rural em caráter eventual, poderiam requerer aposentadoria por idade no valor de um salário mínimo durante 15 anos, desde que comprovassem o exercício de atividade rural, ainda que descontinua.[201]

O art. 143 da Lei n. 8.213/1991 não ampliou a inexigibilidade temporária de contribuições ao trabalhador rural avulso, definido no art. 11, VI, do mesmo diploma legal, isso referente a exigibilidade plena de contribuições para o trabalhador rural avulso.[202]

---

[199] CAMPOS, Mariana; BORGES, William; PINTO, Helena. *Aposentadoria rural: segurado especial x contribuinte especial*. 2016. Disponível em: <http://www.safrasecifras.com.br/aposentadoria-rural-segurado-especial-x-contribuinte-individual-rural/>. Acesso em: 15 nov. 2017.

[200] CAMPOS, Mariana; BORGES, William; PINTO, Helena. *Aposentadoria rural: segurado especial x contribuinte especial*. 2016. Disponível em: <http://www.safrasecifras.com.br/aposentadoria-rural-segurado-especial-x-contribuinte-individual-rural/>. Acesso em: 15 nov. 2017.

[201] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.

[202] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 604.

A perda da qualidade de segurado não constituirá para a concessão da aposentadoria por idade, desde que o segurado conte com no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício, como dispõe o art. 3º da Lei n. 10.666/2003.[203]

A Renda Mensal Inicial do trabalhador rural seria de 70% do salário benefício, acrescentando-se 1% desde por cada grupo de 12 contribuições até o máximo de 30%, não podendo ultrapassar 100% do salário de benefício. Portanto, o trabalhador rural que se beneficia da isenção de carência tem direito ao benefício limitado a 01 (um) salário-mínimo, sendo este sempre, o caso do segurado especial.[204]

O início do pagamento do benefício (DIB) ocorre na data da entrada do requerimento (DER).[205] Já o seu termino (DCB) se dá com a morte do segurado. A aposentadoria por idade é concedida em caráter vitalício.[206]

3.3.3 Aposentadoria por Tempo de Contribuição

A aposentadoria por tempo de serviço foi extinta (EC n. 20), sendo substituída pela aposentadoria por tempo de contribuição, em decorrência da substituição do tempo de serviço pelo de contribuição, não sendo mais suficiente o exercício do serviço remunerado, sendo exigível a arrecadação das contribuições previdenciárias de maneira real ou presumida.[207]

Poderá usufruir da aposentadoria por tempo de contribuição o empregado homem que comprovar o exercício de 35 anos de contribuição ou 30 anos de

[203] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.
[204] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 410.
[205] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.
[206] SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 410-411.
[207] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 360.

contribuição, se mulher, sem exigência de idade mínima. Existe, ainda, a regra 85/95, onde também não existe exigência de idade mínima, entretanto o somatório da idade e do tempo mínimo de contribuição de 35 anos para homens e 30 anos para mulheres deverá alcançar o somatório de 95 anos e 90 anos para homens e mulheres respectivamente.

Observa-se também a carência de 180 contribuições mensais, ressalvada a tabela de transição de carência que está prevista no art. 142 da Lei n. 8213/91, para aqueles segurados filiados ao regime previdenciário pretérito.[208]

Portanto, seus requisitos são: ser segurado do RGPS (exceto segurado especial e segurado que tenha optado pelo Plano Simplificado de Previdência Social); ter cumprido a carência; completar determinado tempo de contribuição que, nos termos do art. 201, § 7º, I, da CF/88, é de: trinta e cinco anos de contribuição para os homens e trinta anos de contribuição para as mulheres.[209]

A aposentadoria por tempo de contribuição é devida a todos os tipos de segurados. No entanto vale acrescentar que o segurado especial, não possui direito a tal benefício, apenas se utilizar da faculdade de contribuir como individual e só depois do período de carência exigida não sendo considerado como período de carência o tempo de atividade rural não contributivo.[210]

Também não tem direito a este benefício os segurados que tenham optado pelo Plano Simplificado de Previdência Social e segurados facultativos de baixa renda.[211]

A renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição é correspondente a 100% do salário de benefício, conforme o §9º do art. 32 do Decreto n. 3.048/99.[212]

---

[208] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 360-361.
[209] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.
[210] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 611.
[211] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.

De acordo com Fábio Zambitte:

> "Considera-se tempo de contribuição, o tempo, contado de data a data, desde o início até a data do requerimento ou do desligamento de atividade abrangida pela previdência social, descontados os períodos legalmente estabelecidos, como de suspensão de contrato de trabalho, de interrupção e de exercício e de desligamento da atividade. Em razão desta presunção, cabe ao contribuinte individual, comprovar a interrupção ou encerramento da atividade pela qual vinha contribuindo, sob pena de ser considerado em débito no período sem contribuição. "[213]

Deve ser considerado como tempo de contribuição, conforme o art. 60 do Decreto nº 3.048/99, entre outros: o período de exercício de atividade remunerada abrangida pela previdência social urbana e rural; o período de contribuição efetuada por segurado depois de ter deixado de exercer atividade remunerada; o período em que o segurado esteve recebendo auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez e o tempo de serviço militar.[214]

O tempo de serviço para a aposentadoria por contribuição deve ser comprovado conforme o art. 55 da Lei n. 8213/91. Assim, conforme o regulamento ocorre reflexos óbvios na filiação ao Regime de Previdência Social, bem como do respectivo tempo de contribuição. Temos então que o Decreto n. 3.048/1999, em seu art. 62 c/c art. 19, § 2º, inc. II, considerava as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) como prova suficiente do tempo de serviço.[215]

O início do pagamento do benefício (DIB) ocorre, conforme o art.54 c/c 49 da Lei 8.213/91, e é devida ao segurado empregado, inclusive ao doméstico, a partir da data do desligamento do emprego (quando requerida até essa data ou até noventa dias depois), ou da data do requerimento (quando não houver desligamento do

---

[212] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014p. 712.

[213] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 614.

[214] BRASIL. *Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.*Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

[215] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.

emprego ou quando for requerida após noventa dias). Aos demais segurados, será devida a partir da data da entrada do requerimento.[216]

Os professores possuem regime diferenciado, tendo direito à aposentadoria com 30 anos de contribuição, ao passo que as professoras, com 25 anos de contribuição. Ressalta-se, desde a instituição da Emenda Constitucional nº 20, este benefício não é mais uma concessão aos professores do Ensino Superior e que, para ocorrer a redução, o tempo deve ser dedicado exclusivamente no magistério, não se computando tempo de serviço fora da sala de aula, conforme súmula 726 do STF.[217]

Entretanto, se ressalva conforme autorização prevista no art. 1º da Lei n. 11.301/06, os professores do ensino infantil, fundamental e médio, que estejam exercendo atividades de direção de unidade escolar, coordenação e assessoramento pedagógico, desde que sejam exercidos em estabelecimento de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação.[218]

3.3.4 Salário Maternidade

A proteção à trabalhadora gestante também é garantida, no Brasil, tanto no âmbito do Direito do Trabalho como no Direito Previdenciário.[219]

O salário-maternidade é um benefício previdenciário, já que a previdência social que faz seu pagamento, portanto, não se trata de prestação de assistência social, pois não é prevista no art. 203 da Constituição, mas sim de prestação pecuniária, incluindo-se no inciso II do art. 201 e inciso XVIII do art. 7º da Constituição.[220]

---

[216] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 711.
[217] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 361.
[218] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 361.
[219] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 831.
[220] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 395.

Esse benefício previdenciário é devido à segurada empregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, contribuinte individual, facultativa ou segurada especial, durante 120 dias, com início até 28 dias anteriores ao parto e término 91 dias depois dele, inclusive, o dia do parto. A regra não é exata, pois, se a segurada continua a trabalhar até o parto, ainda terá direito aos 120 dias de licença, com todos os pagamentos referentes ao salário maternidade, durante todo o período.[221]

O salário-maternidade não pode ser acumulado com benefício por incapacidade e abrange todos os segurados da Previdência Social.[222] Logo, os requisitos para o salário-maternidade são: ser segurado do RGPS (obrigatório ou facultativo); ter cumprido a carência, quando for o caso; estar gestante, ter dado à luz, abortado, ou obtido a guarda para fins de adoção.[223]

Antes, a licença-maternidade não podia ser concedida à adotante, devido à falta de proteção legal. A Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002, concedeu o salário-maternidade à adotante. De acordo com Sérgio Pinto Martins: "não deveria se falar em salário-maternidade para a adotante, mas em licença remunerada paga pelo INSS, pois não existe gestação. "[224]

A Lei 12.010/2009 revogou os parágrafos do artigo 392-A da CLT que estabelecia proporcionalidade na concessão do benefício do salário maternidade, para estabelecer que, independentemente da idade da criança adotada, a empregada terá direito ao período integral da licença maternidade prevista no art. 392 da CLT, ou seja, 120 dias.[225]

Na adoção realizada por casal, não somente a mulher obterá o benefício. Em casos de adoção monoparental, o salário-maternidade será devido também ao

[221] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 659.
[222] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.
[223] AGUIAR, Leonardo. *Direito previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.
[224] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 396.
[225] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 367.

segurado homem. Já que neste, o objetivo é permitir uma melhor adaptação no convívio com o adotado, se torna uma perfeita analogia para o fim do benefício em análise.[226]

3.3.5 Fator Previdenciário

Sob o argumento de buscar um equilíbrio nas contas públicas, o Governo Federal, num esforço junto ao legislativo, aprovou a Lei nº 9.876/1999, alterando a fórmula de cálculo do benefício e criando um fator redutor denominado, fator previdenciário.

Esse fator é utilizado no cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição, sendo opcional na aposentadoria por idade, quando for aumentar o benefício.

Na metodologia de cálculo (fórmula matemática) é levada em consideração a tábua de mortalidade divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. A expectativa de vida apurada pelo instituto tem implicação direta no tempo adicional para a aposentadoria e, por conseguinte no valor da aposentadoria a ser pago, o cálculo é feito através da multiplicação dos oitenta por cento dos maiores salários de contribuição pelo fator previdenciário.[227]

A aplicação desse fator levou muitos empregados regidos pelo RGPS a se aposentarem e depois requererem na justiça a desaposentação por continuarem a trabalhar e contribuir para a previdência. Após muitos anos em discussão no Supremo Tribunal Federal, recentemente, decidiu-se pela inconstitucionalidade desse instituto.

No importante contexto de proteção dos direitos do homem e da mulher, o direito previdenciário evoluiu e também depois de reiteradas decisões jurisprudenciais, foi elaborada a Lei nº 12.873/2013 que ampliou o benefício do

[226] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 367.
[227] MENDES, Henrique. *Fator previdenciário e o que pode mudar na aposentadoria*. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2015/06/entenda-o-fator-previdenciario-e-o-que-pode-mudar-na-aposentadoria.html>. Acesso em: 14 de out. 2017.

salário-maternidade ao segurado (homem), no mesmo período concedido a mulher, preenchidas determinadas condições, no caso de adoção por pai solteiro ou falecimento de mãe logo após o parto.[228]

De fato, sendo a gravidez e a amamentação características biológicas exclusivas da mulher, destaca-se o direito à igualdade e se reporta a discriminação sexual, pois, enquanto há um padrão cultural que desvaloriza a mulher no espaço público e que limita a mulher ao ambiente privado doméstico, também desvaloriza o homem no espaço privado, o limitando ao espaço público.[229]

Desse modo, para que não seja delongada a cultura patriarcal do Brasil, onde a mulher se relaciona ao mundo doméstico, a licença deve ser concedida aos homens e mulheres e em igualdade de condições para ambos.[230]

Como visto a seguridade social está inserida num sistema de cobertura maior visando atender a todos que necessitam sejam ou não contribuintes. É inegável a ampliação das coberturas sociais, a exemplo da instituição de um piso salarial único e unificação das regras de pagamento dos benefícios, mediante contribuição. A importância da assistência social, inserida na dimensão universal da seguridade social, é assegurar atenção às pessoas que não tenham condições, independente de contribuição à seguridade social, tal como a saúde. [231]

Como preservar os direitos sociais previstos na Constituição em um sistema previdenciário sustentável e em equilíbrio? A sociedade brasileira presencia nesse momento uma árdua discussão a respeito da Proposta de Emenda a Constituição – PEC nº 287/2016, propondo uma reforma na Previdência, sob o principal argumento de que existe um grande rombo fiscal decorrente de desajustes no modelo, que tem consumido a capacidade de investimentos do país e que poderá também ocasionar a insolvência do sistema previdenciário brasileiro. Ademais, a população brasileira, a

[228] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 367.
[229] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 360.
[230] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 368.
[231] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 367.

exemplo de outros países, vem envelhecendo rapidamente, nesse contexto os seus sistemas previdenciários passam a se constituir um importante instrumento para a atual geração e principalmente para as próximas.

Entretanto, nunca é pouco lembrar que a legislação previdenciária brasileira foi estruturada considerando a realidade social existente entre gêneros, realidade que vem sendo contestada pelos insensíveis de plantão sob a alegação de que não mais corresponde à realidade contemporânea.

A simples alteração da atual legislação previdenciária visando igualar os critérios entre homens e mulheres para a concessão de aposentadoria e benefícios, sem considerar a herança histórica e cultural, os riscos sociais envolvendo o mercado de trabalho e as características biológicas como a maternidade viola o princípio da isonomia e demonstra uma total inadequação com a realidade, pois ainda são flagrantes as diferenças concretas entre os gêneros.[232]

Pretende-se no próximo capítulo deste trabalho estudar sobre as motivações da Reforma da Previdência de que trata a PEC nº 287/2016, seus principais pontos e implicações sobre o atual modelo previdenciário brasileiro.

4 PROPOSTA DE REFORMA DA PREVIDÊNCIA (NO ANO 2016)

Após uma eleição para Presidente da República acirrada (2014), num contexto de forte crise econômica e também política, pois estava em curso uma das maiores investigações de esquema de corrupção em diversos órgãos públicos, envolvendo inclusive o Presidente da Câmara dos Deputados na ocasião, o Deputado Eduardo Cunha, hoje preso, foi acolhido pedido de *impeachment* da Presidente da República. Sob acusação de desrespeito à lei orçamentária (chamadas "pedaladas

[232] FERRARO, Suzani Andrade. A necessidade da aplicação de critérios diferenciados para a efetividade da igualdade de gênero entre homens e mulheres no atual contexto histórico, social e cultural da sociedade brasileira. Revista Eletrônica OABRJ, Rio de Janeiro, Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/03/A-NECESSIDADE-DA-APLICACAO-DE-CRITERIOS-DIFERENCIADOS-PARA-A-EFETIVIDADE-DA-IGUALDADE-DE-GENERO-ENTRE-HOMENS-E-MULHERES-NO-ATUAL-CONTEXTO-HISTORICO-SOCIAL-E-C.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

fiscais") e à lei de improbidade administrativa, a Presidente Dilma Roussef teve o seu mandato cassado pelo Congresso Nacional em 31 de agosto de 2016. Com o afastamento da titular assumiu a Presidência da República o vice-presidente Michel Temer, que já no seu primeiro pronunciamento se comprometeu a reformar a previdência social e realizar mudanças nas regras trabalhistas, afirmando que sem a primeira não teria como assegurar o pagamento das aposentadorias.[233]

O alarde realizado pelo Governo Federal e também pela mídia sobre a existência de um grande rombo nas contas públicas tomou corpo e junto veio o culpado pelo problema, a previdência social. A mídia, no geral, tem apoiado o governo ao disseminar notícias a respeito do assunto, na maior parte das vezes, superficiais.

Iniciadas as tão propaladas reformas, em dezembro de 2016 foi aprovado pelo Congresso Nacional, por iniciativa do executivo, a Emenda Constitucional - EC nº 95/2016 estabelecendo limites para acréscimo das despesas públicas para os próximos vinte anos.[234]

A EC nº 95/2016 instituiu um rígido sistema de controle dos gastos públicos, ao determinar que as despesas do governo federal não poderão crescer em percentual superior ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) apurado no exercício anterior.[235]

Pela importância e porte a medida gerou diversos questionamentos de parte dos gestores públicos, economistas e da classe política, que em suma alegam que ainda reina no país uma grande desigualdade social, necessitando, por conseguinte, de grandes investimentos públicos em diversos segmentos. Argumentam ainda, que medida de tal envergadura e desafio demandariam, previamente, dois grandes

[233] FREIRE, Alyson. *Reforma da Previdência:* contradições e riscos sociais da idade mínima universal. 2016. Disponível em: <http://www.cartapotiguar.com.br/2016/12/22/reforma-da-previdencia-contradicoes-e-riscos-sociais-da-idade-minima-universal/>. Acesso em: 1 mar. 2018.
[234] AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Idas e vindas da reforma. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 2, 14 fev. 2018.
[235] AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Idas e vindas da reforma. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 2, 14 fev. 2018.

esforços imediatos que podem gerar instabilidade social: adequação do crescimento das despesas ao novo patamar estabelecido na PEC e redução significativa de despesas já contratadas e compromissadas.[236]

Estudos do Tesouro Nacional apontam que a situação fiscal do país foi agravada pelo aumento dos gastos públicos nas últimas duas décadas e uma queda das receitas decorrentes de profunda recessão. Os estudos afirmam ainda que se o país não reverter esse quadro, as consequências poderão ser desastrosas, resultando na incapacidade de investimentos, perda de confiança dos investidores, alta da inflação e do câmbio, dentre outras.[237]

O Banco Mundial publicou recentemente um relatório encomendado pelo Governo Brasileiro denominado "Um Ajuste Justo: Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil". O citado relatório analisa "oito setores e realiza projeções que indicam caminhos possíveis para se promover uma gestão de recursos mais justa e inclusiva no Brasil", afirma o diretor do Banco Mundial para o Brasil, Martin Raiser.[238]

De acordo com o economista chefe do Banco Mundial, Antônio Nucifora, um dos principais setores responsável pelo desequilíbrio fiscal brasileiro é a Previdência:

> "É preciso reformar a previdência, porque ela é o motor do desequilíbrio fiscal e ainda mais porque o sistema previdenciário brasileiro é altamente injusto. Os salários dos servidores públicos federais são excessivamente altos e contribuem para a desigualdade. E as políticas públicas de apoio ao setor privado, que custam um valor equivalente a

[236] FREIRE, Alyson. *Reforma da Previdência:* contradições e riscos sociais da idade mínima universal. 2016. Disponível em: <http://www.cartapotiguar.com.br/2016/12/22/reforma-da-previdencia-contradicoes-e-riscos-sociais-da-idade-minima-universal/>. Acesso em: 1 mar. 2018.
[237] BOUERI, Rogério Miranda; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana. *Avaliação da qualidade do gasto público e mensuração da eficiência.* Brasília, Secretaria do Tesouro nacional, 2015.
[238] BANCO MUNDIAL. *Um ajuste justo*: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. 21 nov. 2017. Disponível em: <http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>. Acesso em: 28 fev. 2018.

> 4,5% do PIB, parecem não ter retorno positivo para a sociedade", resume Nucifora.[239]

Em contraponto aos principais argumentos do Governo Federal e daqueles que engrossam as fileiras de que os males do desequilíbrio fiscal do governo é a previdência social, outra corrente de economistas e especialistas no tema discorda frontalmente da forma como o assunto e os respectivos números vêm sendo apresentados.[240]

Especialistas em direito previdenciário e entidades representantes da sociedade civil, após audiência pública realizada na Ordem dos Advogados do Brasil sobre a reforma da previdência, construiu uma robusta Exposição de Motivos, apresentada ao Congresso Nacional como substitutivo à PEC 287.[241]

A referida Exposição de Motivos tem como principal objetivo apresentar à sociedade e a classe política dados e premissas verdadeiras e apresentar uma proposta que preservaria os direitos sociais previstos na Constituição Federal.[242]

Especialistas divergem frontalmente do déficit da previdência que vem sendo divulgado. De acordo com a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip) em 2015 a seguridade social teve um superávit aproximado de R$ 23,9 bilhões, se computadas todas as receitas previstas na lei, responsáveis em financiar o sistema, contribuições (empregados e patrões), CSLL (contribuição social sobre o lucro líquido), Cofins (contribuição para o financiamento da seguridade social e do Pis-Pasep.[243]

---

[239] BANCO MUNDIAL. *Um ajuste justo*: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. 21 nov. 2017. Disponível em: <http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>. Acesso em: 28 fev. 2018.

[240] AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Idas e vindas da reforma. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 2, 14 fev. 2018.

[241] AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Idas e vindas da reforma. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 2, 14 fev. 2018.

[242] CHERULLI, Diego Monteiro et al. *Exposição de Motivos*. Brasília: OAB, 2017. Disponível em: <http://www.ibdp.org.br/arquivos/uploads/exposicao_de_motivos.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[243] MANO, Maíra Kubík. A Previdência é sustentável, mas seus recursos estão em disputa. *Revista Carta Capital*, São Paulo, 24 out. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/economia/a-previdencia-e-sustentavel-mas-seus-recursos-estao-em-disputa>. Acesso em 23 mar. 2018.

Argumentam-se ainda os especialistas que o governo vem renunciando aos recorrentes superávits para destinação em outros segmentos, parte da chamada Desvinculação de Receita da União (DRU), que ao invés de ir para a previdência é desviado para outros fins.[244]

Com bastante propriedade os críticos da reforma da previdência alegam que o governo utiliza de informações duvidosas, perdões milionários a devedores, benesses a parlamentares em troca de favores na aprovação de medidas, incha a máquina administrativa com cargos desnecessários, não combate com rigor a sonegação fiscal e não se apoia em políticas efetivas para reduzir o trabalho informal, conjunto de medidas que seriam suficientes, se não para zerar eventuais déficits, auxiliaria fortemente a gestão das contas públicas.[245]

Afinal a previdência é mesmo a principal culpada do déficit fiscal das contas públicas? Como vimos é possível encontrar posicionamentos totalmente contrários a respeito do tema, alguns inclusive, demonstrando que o modelo é superavitário. Resta, entretanto, destacar que estamos lidando com um segmento de grande importância social e qualquer mudança no modelo atual, construído a partir árdua luta das classes sociais, deverá ser precedido de exaustivas discussões com os diversos extratos da sociedade.

4.1 Proposta de Emenda à Constituição PEC 287/2016 e seus impactos nas regras atuais

Diante do forte discurso do Governo Federal a respeito da necessidade de equilibrar as contas públicas e tendo escolhido a previdência como a vilã número um do problema, em 5 de dezembro de 2016 o Ministério da Fazenda encaminhou ao Presidente da República Exposição de Motivos EMI nº 00140/2016 solicitando o envio ao Congresso Nacional de Proposta de Emenda à Constituição - PEC visando

[244] INSTITUTO LIBERAL. *A DRU impacta o défict da previdência?* 2016. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/dru-impacta-o-deficit-da-previdencia/>. Acesso em: 3 mar. 2018.

[245] AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Reforma para quem? *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 2, 15 fev. 2018

alterar os artigos nºs 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição Federal, que tratam do Sistema de Previdência Social Brasileiro.[246]

A referida proposta se sustenta no argumento de que é necessário aperfeiçoar as atuais regras em especial as referentes aos benefícios previdenciários e assistenciais. A EMI argumenta ainda que existe uma necessidade indispensável e urgente na adoção das medidas de forma a preservar o equilíbrio e a sustentabilidade do sistema.[247]

A EMI 00140/2016 foi recepcionada no Congresso Nacional e deu origem a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 287/2016, cujos principais pontos são:[248]

a) Estabelecimento de uma idade mínima para aposentadoria – aplicável tanto para o RGPS e RPPS e para ambos os gêneros. As motivações explicitadas na EMI ao propor esta alteração são diversas: mudança das características demográficas do Brasil (elevação da expectativa de vida do brasileiro), adequação de requisitos (regras para concessão e financiamento dos benefícios rurais; readequação dos benefícios assistenciais; disparidade das regras que regem o RGPS e o RPPS) e adequações a padrões previdenciários internacionais.[249]

b) Convergência das regras previdenciárias (regimes próprios de previdência social) e aumento do controle – argumenta-se que as Emendas Constitucionais nº 20/1988 e nº 41/2003, proporcionou maior equilíbrio atuarial, no entanto não

[246] CAMPOS, Henrique. [Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 - Reforma da Previdência]. *Exposição de Motivos nº 00140/2016 MF BRASIL*. 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

[247] FREIRE, Vinicius Torres. A ressaca do jantar de Temer. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 4, 24 nov. 2017.

[248] CAMPOS, Henrique. [Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 - Reforma da Previdência]. *Exposição de Motivos nº 00140/2016 MF BRASIL*. 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

[249] CAMPOS, Henrique. [Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 - Reforma da Previdência]. *Exposição de Motivos nº 00140/2016 MF BRASIL*. 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

foram suficientes para solucionar problemas históricos do regime RPPS de desequilíbrios entre receitas e despesas, exigindo novos aperfeiçoamentos como forma de preservar direitos previdenciários futuros.[250]

c) Mudanças nas aposentadorias especiais do RGPS e RPPS – A EMI propõe a extinção de aposentadorias especiais daqueles que estão submetidos à atividade de risco e professores.[251]

d) Unificação dos requisitos de idade e tempo de contribuição para fins de aposentadoria entre gêneros – a proposta argumenta que a expectativa de vida da mulher é cerca de 7 anos superior à dos homens e ainda têm o direito de se aposentar com cinco anos a menos, resultando em maior duração dos benefícios. Argumenta-se, ainda, que as conquistas alcançadas pelas mulheres no mercado de trabalho, redução das responsabilidades dos afazeres domésticos que ocasiona a dupla jornada, novos arranjos familiares com poucos filhos, melhoria na estrutura salarial, justificariam por outro lado a proposta.[252]

e) Acréscimo da idade mínima para concessão da aposentadoria ao trabalhador rural – alega-se que o trabalhador rural não mais se encontra submetido a condições adversas de trabalho que justifique a manutenção da atual regra que prevê as idades mínimas de 60 anos para homens e 55 anos para as mulheres, o que representa 5 anos a menos em relação a aposentadoria do trabalhador urbano. Demonstra, ainda, a EMI que o modelo de contribuição dessa categoria

[250] CAMPOS, Henrique. [Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 - Reforma da Previdência]. *Exposição de Motivos nº 00140/2016 MF BRASIL*. 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

[251] CAMPOS, Henrique. [Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 - Reforma da Previdência]. *Exposição de Motivos nº 00140/2016 MF BRASIL*. 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

[252] CAMPOS, Henrique. [Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 - Reforma da Previdência]. *Exposição de Motivos nº 00140/2016 MF BRASIL*. 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

é altamente deficitário ao se analisar a relação contribuição e despesa pois gera somente 2% da arrecadação previdenciária total.[253]

f) Limitação para a concessão da Pensão por Morte – informa a EMI que trata-se da terceira modalidade de benefícios onde mais se aplicam os recursos no RGPS. Argumenta-se que inexistem dispositivos que limitem a concessão desses benefícios em relação a tempo mínimo de contribuição, duração, taxa de reposição e a acumulação com outros benefícios previdenciários.[254]

g) Acréscimo na idade mínima para a concessão do Benefício de prestação continuada - BPC – afirma a proposta que esse benefício demanda uma revisão de forma a não incentivar a migração do sistema previdenciário, que exige a contribuição, para o assistencial. Atualmente esse benefício corresponde a um salário mínimo a pessoas cuja renda per capita mensal seja inferior a um quarto do salário mínimo e que sejam deficientes ou tenham mais de 65 anos de idade. Por se tratar de idade igual à requerida para a aposentadoria por idade (no caso dos homens), tem resultado em desestímulo para que parte da população contribua para o sistema de previdência social. A PEC propõe um acréscimo de 65 para 70 anos como idade mínima para a concessão do BPC.[255]

[253] CAMPOS, Henrique. [Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 - Reforma da Previdência]. *Exposição de Motivos nº 00140/2016 MF BRASIL*. 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

[254] CAMPOS, Henrique. [Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 - Reforma da Previdência]. *Exposição de Motivos nº 00140/2016 MF BRASIL*. 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

[255] CAMPOS, Henrique. [Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 - Reforma da Previdência]. *Exposição de Motivos nº 00140/2016 MF BRASIL*. 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

4.1.1 Emenda Aglutinativa Global à Proposta de Emenda à Constituição PEC nº 287-A de 2016

Diante da impopularidade do atual Governo e vislumbrando uma derrota no âmbito do Congresso Nacional caso submetesse a plenário a PEC na sua forma original, o governo, em reunião com sua base, ocorrida em meados de novembro de 2017, aproximadamente um ano após a edição da PEC 287/2016, apresentou uma Proposta de Emenda Aglutinativa ao texto original com o substitutivo adotado pela Comissão Especial e diversas emendas a artigos da Constituição Federal, que dispõe sobre seguridade social.[256]

A Emenda Aglutinativa reduz o alcance da proposta original da Reforma da Previdência resumidamente nos seguintes aspectos:

Supressão de todas as alterações que envolvem o segurado especial (pequeno produtor rural). Essa categoria continuará se aposentando aos 60 anos se homem e 55 anos, mulher, com 15 anos de tempo de contribuição. Também foram suprimidas as alterações que diziam respeito ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), que assegura o valor de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção.[257]

As alterações na PEC dizem respeito às contribuições sociais que deixaram de ficar submetidas a Desvinculação de Receitas da União – DRU; redução do tempo mínimo para aposentadoria no RGPS de 25 para 15 anos e manutenção do tempo mínimo para aposentadoria do RPPS em 25 anos.[258]

---

[256] AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Idas e vindas da reforma. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 2, 14 fev. 2018.

[257] SILVA, Marcos Fonseca da. *A nova proposta de reforma da previdência social*. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62261/a-nova-proposta-de-reforma-da-previdencia-social>. Acesso em: 2 de mar. 2018.

[258] BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC 287/ 2016: Proposta de Emenda á Constituição. Brasilia, 2016. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1527338&filename=EMC+3/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016>. Aceso em: 12 mar. 2018.

Permaneceu como instituído na PEC as idades mínimas de aposentadoria no futuro. Cabe ressaltar que a intenção do governo na proposta original era a unificação de idade mínima entre gênero, ou seja, 65 anos para homens e mulheres. Entretanto, a exemplo de situações anteriores onde a mulher viu ameaçada dos seus direitos, ocorreu uma união da classe que realizou forte pressão junto aos congressistas buscando manter o direito atual, entretanto, nesse momento, apenas conseguiu reduzir a exigência para 62 anos.[259] Em regra, a PEC, no RGPS e RPPS estabelece as idades mínimas de 62 anos para as mulheres e 65 para os homens. Para os professores 60 anos para homens e mulheres (RGPS e RPPS), policiais 55 anos para ambos os gêneros (RGPS e RPPS), profissionais submetidos a condições prejudiciais à saúde, 55 anos para homens e mulheres (RGPS e RPPS), pessoas com deficiências – sem limite de idade e, finalmente, para o segurado especial é mantida a regra atual, ou seja, 55 anos para as mulheres e 60 para os homens (RGPS e RPPS).[260]

A PEC propõe como regra de transição, tabela progressiva de aplicação das idades mínimas para o período de 2018 a 2042.[261]

4.1.2 Idas e vindas do projeto de Reforma da Previdência

Com as modificações e supressões ao texto original da proposta de reforma da previdência e também utilizando todos os recursos disponíveis na máquina pública que envolvia concessões a setores privados e liberação de emendas

[259] ALEGRETTI, Laís. A reforma beneficia mulher de alta renda. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 abr. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1879832-reforma-da-previdencia-beneficia-mulher-de-alta-renda.shtml>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[260] BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 287/ 2016*: Proposta de Emenda á Constituição. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1527338&filename=EMC+3/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016>. Aceso em: 12 mar. 2018.

[261] BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 287/ 2016*: Proposta de Emenda á Constituição. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1527338&filename=EMC+3/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016>. Aceso em: 12 mar. 2018.

parlamentares, o Governo Federal pretendia aprovar o texto até dezembro de 2017.[262]

Com a possibilidade de perda do mandato, após ter sido denunciado por corrupção passiva pelo Procurador Geral da República em duas ocasiões, o Presidente Michel Temer sofreu grande desgaste na sua base política para se livrar de um eventual *impeachment*, levando a adiar mais uma vez o calendário de apreciação da proposta de reforma pela Câmara dos Deputados, dessa vez para fevereiro de 2018, tendo em vista não dispor dos votos necessários a sua aprovação. O desgaste sofrido pelo Governo para tentar se livrar das acusações, juntamente com a proximidade das eleições que ocorrerão em outubro de 2018, que pode impor um desgaste a imagem dos parlamentares faz com que o executivo não dispusesse de maioria necessária para aprovar a proposta de Reforma da Previdência.[263]

De acordo com a matéria do jornalista Daniel Carvalho, publicada no jornal Folha de São Paulo, de 07 de fevereiro de 2018, depois de idas e vindas e desgastantes rodadas de negociação, o governo cedeu mais uma vez na tentativa de obter os votos necessários (308 votos) para aprovação da Reforma.[264]

Para conquistar votos da chamada bancada da bala (boi, bíblia e bala), foi incluído na nova proposta o pagamento integral da pensão para viúvos e viúvas de policiais (policiais civis, federais, rodoviários federais e legislativos) mortos em combate e retirado do texto qualquer menção à aposentadoria de trabalhadores rurais. No momento se discute flexibilizar as regras de transição para os servidores que ingressaram antes de 2003.[265]

---

[262] LAMBERT, Natália. Previdência (quase) enterrada. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 6, 17 fev. 2018.

[263] LAMBERT, Natália. Previdência (quase) enterrada. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 6, 17 fev. 2018.

[264] CARVALHO, Daniel. Governo quer votar a reforma da previdência até o dia 28: líder do Planalto na Câmara admite que, sem apoio, texto pode não ser votado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/02/governo-apresenta-nova-proposta-para-reforma-da-previdencia.shtml>. Acesso em: 6 mar. 2018.

[265] CARVALHO, Daniel. Governo quer votar a reforma da previdência até o dia 28: líder do Planalto na Câmara admite que, sem apoio, texto pode não ser votado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jan.

O Governo nega que esteja havendo recuo ante a proposta originalmente apresentada, entretanto fica evidente a resistência da população ao modelo de Reforma da Previdência que o governo pretende aprovar.[266]

Após intensas negociações que envolveram liberações de emendas parlamentares, cargos e recursos públicos, o texto original apresentado pelo executivo foi bastante alterado em relação a proposta original e no dia 07 de fevereiro de 2018 o líder do governo na Câmara dos Deputados apresentou nova versão do texto que visa embasar uma nova emenda aglutinativa e as notícias dão conta de será levada a plenário até o dia 28 de fevereiro.

Em resumo o texto original apresentado em 2016 foi alterado três vezes: em maio de 2017 pela Comissão Especial, pela Emenda Aglutinativa de 2017 e finalmente o novo texto que se pretende levar ao plenário em fevereiro de 2018, além de 10 adiamentos para votação.[267]

Na busca de apoio parlamentar a reforma pretendida pelo Governo Federal sofreu as seguintes alterações:[268]

a) Quanto à idade e tempo de contribuição no INSS – o texto original elimina a aposentadoria por tempo de contribuição e iguala a idade mínima de aposentadoria dos gêneros em 65 anos e tempo de contribuição mínimo de 25 anos. A Comissão reduziu a idade mínima das mulheres para 62 anos e manteve o tempo mínimo de contribuição em 25 anos. Mais recentemente o tempo mínimo de contribuição foi reduzido para 15 anos (todos os gêneros).[269]

2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/02/governo-apresenta-nova-proposta-para-reforma-da-previdencia.shtml>. Acesso em: 6 mar. 2018.

[266] CARVALHO, Daniel. Governo quer votar a reforma da previdência até o dia 28: líder do Planalto na Câmara admite que, sem apoio, texto pode não ser votado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/02/governo-apresenta-nova-proposta-para-reforma-da-previdencia.shtml>. Acesso em: 6 mar. 2018.

[267] AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Idas e vindas da reforma. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 2, 14 fev. 2018.

[268] AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Idas e vindas da reforma. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 2, 14 fev. 2018.

[269] BRASIL. *Decreto nº 9.104, de 24 de julho de 2017*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Instituto Nacional do Seguro

b) Quando ao serviço público, na proposta original os servidores públicos seguiriam as regras do setor privado, ou seja, em 65 anos de idade com tempo de contribuição mínimo de 25 anos. Esses parâmetros foram também alterados pela Comissão para os servidores públicos reduzindo a idade mínima para as mulheres para 62 anos e mantida na proposta mais recente. Na tentativa de conseguir votos o Governo reduziu a exigência de idade mínima dos professores para 60 anos e policiais federais para 55 anos.[270]

c) Quanto ao trabalhador Rural, pela proposta original seguiria a regra do setor privado conforme estabelecido no item "a". A Comissão alterou a regra para exigindo idade mínima – 60 anos para homens e 57 para mulheres, com tempo de contribuição igual em 15 anos. Na proposta mais recente as mudanças foram suprimidas do texto e mantidas a situação atual de idade mínima de 60 para homens e 55 para as mulheres, com 15 anos de contribuição para ambos.[271]

d) Na pensão por morte o benefício poderia ser inferior que o salário mínimo. Na Comissão ficou estabelecido que não poderia ser menor que um salário mínimo com limite de dois mínimos para quem acumula pensão com aposentadoria. O texto mais recente mantem o aprovado pela Comissão.

e) Benefício de Prestação Continuada – BPC, o texto original aumentava para 70 aos a idade mínima para idosos e desvinculava do salário mínimo. A Comissão voltou a vincular o valor ao salário mínimo e reduziu a idade mínima para 68 anos. Na última proposta as mudanças foram retiradas e mantidas a regra atual,

---

Social - INSS e transforma e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9104.htm#art9>. Acesso em: 3 nov. 2017

[270] BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 287/ 2016*: Proposta de Emenda á Constituição. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1527338&filename=EMC+3/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016>. Aceso em: 12 mar. 2018

[271] BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 287/ 2016*: Proposta de Emenda á Constituição. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1527338&filename=EMC+3/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016>. Aceso em: 12 mar. 2018

ou seja, idosos a partir de 65 anos ou pessoas com deficiência em qualquer idade têm um salário mínimo.

Mais um fator que poderá interferir nos planos do Governo Federal de aprovar a reforma da previdência surgiu no dia 16 de fevereiro de 2018, com a publicação de decreto que institui a intervenção federal no estado do Rio de Janeiro. A Constituição Federal no parágrafo 1º do artigo 60 proíbe mudanças no texto constitucional durante intervenções. A mídia fala que esta foi a saída honrosa encontrada pelo Governo Federal para enterrar de vez a questão da Reforma haja vista que não conseguiu os votos necessários para a sua aprovação. O governo inclusive ventilou a hipótese de suspender por um período a intervenção federal no Rio de Janeiro para votar a Reforma da Previdência, o que não chegou a ocorrer até o momento.[272]

Depois de exaustivas negociações políticas e de idas e vindas ao texto do projeto de Reforma da Previdência, no dia 19 de fevereiro de 2018, o Ministro da Secretaria de Governo veio a público informar que os esforços de votar a Reforma da Previdência encontram-se suspensos enquanto durar a intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro. Segundo o Ministro "não há segurança jurídica para interromper a intervenção para votar a reforma e nem mesmo de continuar a tramitação do Projeto de Emenda à Constituição (PEC) no Congresso. Com isso, o governo não trabalha mais com a ideia inicial de votar a reforma na Câmara dos Deputados ainda este mês. "[273]

Sob a ótica da população leiga, o que se lê na mídia é que o Governo Federal não utiliza de informações corretas e transparentes a respeito do tema e como o que se propõe irá afetar a vida daqueles que estão e dos que ainda não entraram no mercado de trabalho.

---

[272] LAMBERT, Natália. Previdência (quase) enterrada. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 6, 17 fev. 2018.

[273] MARUN diz que não há como votar reforma da previdência durante a intervenção. *Agência Brasil*, São Paulo, 19 fev. 2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/02/19/interna_politica,938746/marun-diz-que-nao-ha-como-votar-reforma-da-previdencia-durante-interve.shtml>. Acesso em: 6 de mar. 2018.

4.2 Implicações da equiparação das exigências para fins de aposentadoria entre gêneros

Um dos pontos da reforma da previdência proposto pelo Governo Federal que tem gerado repercussão e que irá impactar significativamente na vida da mulher brasileira é a ampliação da idade mínima para aposentadoria de 60 anos para 62 anos – alterada na Comissão de 65 para 62 anos. Cabe destacar, logo de início, que o texto original da proposta de Reforma da Previdência considerava a equiparação entre os gêneros em 65 anos de idade mínima para aposentadoria.[274]

Com a equiparação da idade mínima, se deixa de reconhecer o valor do trabalho reprodutivo realizado predominantemente por mulheres. A elevação do tempo mínimo de 15 para 25 anos tende a agravar as desigualdades de gênero e atingir posições mais frágeis da população no mercado de trabalho. [275]

Não obstante as conquistas advindas da longa história de luta das mulheres, existe ainda um longo caminho a ser trilhado para que se possa afirmar que estas podem ser igualadas aos homens no que diz respeito aos requisitos para fins de aposentadoria. Ora, é sabido que sequer existem políticas públicas claras e suficientes no mercado de trabalho que dê um tratamento igualitário aos gêneros.

No conjunto de matérias que vêm sendo publicadas pelo Jornal Correio Braziliense, em comemoração aos 30 anos da atual Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, mais especificamente na matéria assinada pela jornalista Alessandra Azevedo, chamada de "A força do *lobby* do batom" é possível testemunhar a luta ainda recente das mulheres para emplacar pautas mínimas.[276]

---

[274] ALEGRETTI, Laís; CARVALHO, Daniel. Idade menor para aposentadoria da mulher deixa servidor trans no limbo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 maio 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1883875-idade-menor-para-aposentadoria-da-mulher-deixa-servidor-trans-no-limbo.shtml >. Acesso em: 23 mar. 2018.

[275] MOSTAFA, Joana et al. *Previdência e gênero:* por que as idades de aposentadoria de homens e mulheres devem ser diferentes? Brasilia: IPEA, mar. 2017. (Nota Técnica, 35). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7993/1/NT_Previd%C3%AAncia_2017.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[276] AZEVEDO, Alessandra. O lobby do batom. *Correio Braziliense*, Brasília, Politica, p. 4, 03 jan. 2018.

Em matéria do Jornal Correio Braziliense intitulada Reforma da Previdência: especialistas defendem equilíbrio entre gêneros, a presidente da Comissão de Seguridade Social da Ordem dos Advogados do Brasil no Distrito Federal (OAB-DF), Thaís Riedel, afirma: "O Brasil ainda está longe da igualdade que o governo prega. Além de ser atribuída a responsabilidade familiar a elas, as mulheres ainda são maioria no mercado informal e recebem menos". [277]Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 42,7% das mulheres exercem trabalhos informais, contra 41,5% dos homens. Em 2004, a diferença era maior, de quatro pontos percentuais: 52,6% contra 56,7%.[278]

É natural que com o passar do tempo as obrigações contributivas exigidas pelo INSS iguale a dos homens, mas ainda existem questões culturais que sobrecarregam as mulheres a serem transpostas no país. Muitos homens se recusam a auxiliar as mulheres nas tarefas domésticas, fazendo com que após uma jornada de 8 ou mais horas diárias a mulher tenha que auxiliar os filhos em tarefas escolares, limpar a casa, lavar roupa e fazer comida para toda a família, ou seja, exerce uma jornada de trabalho bem superior à do homem, o que torna injusto a equiparação do tempo de serviço para fins de aposentadoria. [279]

Dados da PNAD (2011) demonstram que o menor número de horas semanais cumprido pelas mulheres, em relação aos homens, é compensada e até ultrapassa as horas trabalhadas pelos homens, quando computadas o período dedicado às tarefas domésticas, dedicação à família e cuidado com os filhos, e mais, sem remuneração.[280]

---

[277] SABINO, Marlla. Reforma da previdência: especialistas defendem equilíbrio de gênero. *Correio Braziliense*, Brasília, economia, 05 mar. 2017. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/03/05/internas_economia,578224/reforma-da-previdencia-especialistas-defendem-equilibrio-de-genero.shtml>. Acesso em: 5 mar. 2018.

[278] SABINO, Marlla. Reforma da previdência: especialistas defendem equilíbrio de gênero. *Correio Braziliense*, Brasília, economia, 05 mar. 2017. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/03/05/internas_economia,578224/reforma-da-previdencia-especialistas-defendem-equilibrio-de-genero.shtml>. Acesso em: 5 mar. 2018.

[279] MARQUES, Fabíola. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 288.

[280] RUZZI, Marina; BRAGA, Ana Paula. É justo que homens e mulheres sigam as mesmas regras na previdência? *Carta Capital*, São Paulo, 13 dez. 2016. Disponível em:

Nunca é demais lembrar que as atividades complementares desenvolvidas em grande parte pela mulher devem ser reconhecidas pela previdência social e compensadas justamente no momento da aposentadoria e mais além, trata-se de uma função imprescindível para a formação da sociedade.[281]

É importante lembrar que a ciência ainda não descobriu uma forma de desincumbir a mulher de reproduzir ou compartilhar essa atribuição com os homens. Essa diferença biológica não pode ser ignorada, incorrendo em uma série de tratamentos diferenciados que possibilitem a mulher compatibilizar as funções reprodutivas sem prejuízo do trabalho.[282]

O discurso utilizado por muitos que tentando embutir um sentido de justiça e de igualdade entre gêneros, propõem equiparação entre idade mínima e tempo de contribuição, carece de uma total falta de entendimento das questões da mulher. O fato de a mulher ter maior expectativa de vida, uma jornada de trabalho superior à dos homens e remuneração menor não são necessariamente, os argumentos principais para manter a diferenciação das exigências para aposentadoria. O que de fato deve ser visto é a questão contributiva.[283]

O que se observa é que em todos os momentos de restrição fiscal e econômica os direitos sociais são os primeiros a serem lembrados como vilões e aqueles insensíveis às questões sociais se aproveitam para reduzi-los ou promover retrocessos, utilizando-se de todos os meios para difundir informações distorcidas, para angariar apoio da população.

<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/e-justo-que-homens-e-mulheres-sigam-as-mesmas-regras-da-previdencia>. Acesso em: 3 mar. 2018.

[281] RUZZI, Marina; BRAGA, Ana Paula. É justo que homens e mulheres sigam as mesmas regras na previdência? *Carta Capital*, São Paulo, 13 dez. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/e-justo-que-homens-e-mulheres-sigam-as-mesmas-regras-da-previdencia>. Acesso em: 3 mar. 2018.

[282] AZEVEDO, Alessandra. O lobby do batom. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 4, 03 jan. 2018.

[283] RUZZI, Marina; BRAGA, Ana Paula. É justo que homens e mulheres sigam as mesmas regras na previdência? *Carta Capital*, São Paulo, 13 dez. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/e-justo-que-homens-e-mulheres-sigam-as-mesmas-regras-da-previdencia>. Acesso em: 3 mar. 2018.

As regras diferenciadas para a concessão de aposentadoria e benefícios entre homens e mulheres está fundamentada em heranças históricas e culturais, no mercado de trabalho e nas características biológicas que diferenciam os gêneros. Não existem razões concretas que justifiquem as alterações nos regramentos previdenciários atuais que justifiquem igualar as obrigações entre os gêneros.

4.3 Tratamento entre gêneros para fins de aposentadoria em outros países

Preliminarmente é importante alertar que qualquer comparação que vier a ser feita sobre as diferenças de idade entre gêneros para fins de aposentadoria entre o Brasil e outros países, com o objetivo de se tirar proveito da informação com a finalidade de justificar uma elevação nas exigências atuais de tempo de serviço e/ou contribuição, sem levar em consideração aspectos sociais, econômicos e de oportunidade oferecida por cada país, não merece credibilidade.

Na mensagem enviada pelo Ministro da Fazenda Henrique Meirelles, junto à proposta de Reforma da Previdência, ele afirma: "Cabe esclarecer que o padrão internacional atual é de igualar ou aproximar bastante o tratamento de gênero nos sistemas previdenciários. A diferença de 5 anos de idade ou contribuição, critério adotado pelo Brasil, coloca o pais entre aqueles que possuem maior diferença de idade de aposentadoria por gênero. "[284]A afirmação carece que elementos complementares que possam traduzir a realidade dos países comparados pelo ministro.

Pela proposta de Reforma da Previdência original, caso tivesse sido aprovada, as mulheres que hoje podem se aposentar, por idade, aos 60 anos só poderiam

[284] CALDEIRA, João Paulo. Como é a aposentadoria de homens e mulheres em outros países. 2017. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/como-e-a-aposentadoria-de-homens-e-mulheres-em-outros-paises>. Acesso em: 4 mar. 2018.

requerer o benefício a partir dos 65 anos, cuja vantagem existe também para a aposentadoria por tempo de contribuição, que o governo pretende acabar.[285]

Quanto às diferenças para fins de aposentadoria em outros países, de acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, quatro dos 35 países que compõem a organização possuem a mesma diferença que o Brasil para a aposentadoria das mulheres, de cinco anos a menos de idade em relação aos homens: Chile, Polônia, Israel e Áustria. Outros países têm intervalos menores: Reino Unido (2,5 anos), Hungria (2 anos), Turquia (2 anos), República Tcheca (1,33 anos), Estônia (1 ano), Suíça (1ano), Itália (0,5 ano) e Eslovênia (0,4 ano). Em decorrência das reformas já aprovadas, a pesquisa comprova que posteriormente a diferença de idade será eliminada em nove países do bloco citado. Faltará: Israel (a diferença cairá para 3 anos), Chile (5 anos) e Suíça (1 ano).[286]

Fora da OCDE as mulheres podem se aposentar mais cedo na Argentina, Romênia, Rússia (5 anos). Na Croácia (4 anos), Bulgária (3 anos) e Lituânia (2 anos) em relação aos homens, em quatro desses países encontra-se em curso reformas para eliminar ou reduzir a diferença entre gêneros.[287]

Na Grécia e em Portugal, países que passaram por forte crise econômica recentemente, por exigência da União Europeia que os concedeu empréstimos condicionados ao cumprimento de determinadas exigências, no primeiro a idade de aposentadoria das mulheres foi aumentada de 60 para 65 anos e no segundo passou de 65 para 67 anos para os gêneros, com no mínimo 15 anos de contribuição. Nos Estados Unidos, para quem nasceu após 1955 era de 66 anos e a partir de 2015, sobe em dois meses ao ano até 67 anos. Nos EUA é possível antecipar a aposentadoria

[285] ALEGRETTI, Laís; CARVALHO, Daniel. Idade menor para aposentadoria da mulher deixa servidor trans no limbo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 maio 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1883875-idade-menor-para-aposentadoria-da-mulher-deixa-servidor-trans-no-limbo.shtml >. Acesso em: 23 mar. 2018.

[286] CALDEIRA, João Paulo. Como é a aposentadoria de homens e mulheres em outros países. 2017. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/como-e-a-aposentadoria-de-homens-e-mulheres-em-outros-paises>. Acesso em: 4 mar. 2018.

[287] CALDEIRA, João Paulo. Como é a aposentadoria de homens e mulheres em outros países. 2017. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/como-e-a-aposentadoria-de-homens-e-mulheres-em-outros-paises>. Acesso em: 4 mar. 2018.

com desconto e adiar com acréscimo. No Canadá, a exemplo do Brasil existe um teto para o benefício da aposentadoria e o tempo de contribuição é de 35 anos. Na Argentina a idade mínima para se aposentar é 60 anos para as mulheres e 65 para homens.[288]

Cabe destacar que os países da OCDE e outros citados acima, em sua maioria, são considerados desenvolvidos. Em um grupo de países em desenvolvimento (82), exigem a mesma idade para a aposentadoria, sem distinção de gênero. Em outros quatro países, a diferença entre homens e mulheres é menor do que no Brasil. Em 15 anos, as mulheres podem se aposentar cinco anos mais cedo do que os homens, a exemplo do Brasil.[289]

Como dissemos, cabe ressaltar que as diferenças nos regramentos dos países, em especial aqueles considerados desenvolvidos, levam em conta principalmente a expectativa de vida da mulher – que é superior a do Brasil, bem como o acesso a saúde, educação, oportunidades e qualidade de vida, o que torna simplista a comparação dos modelos previdenciários.[290]

4.4 Riscos sociais da proposta de Reforma da Previdência

O ser humano convive com risco nas mais variadas áreas da vida humana. Em razão da rapidez das mudanças as quais a sociedade moderna está submetida, os riscos passaram também a estar mais presente na vida das pessoas. Riscos econômicos, tecnológicos, emprego, segurança pública, ambiental ou de outra natureza.[291]

---

[288] JADE, Liria. Reforma da previdência: como funciona a aposentadoria em outros países. *Agência Brasil*, São Paulo, 12 dez. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-12/reforma-da-previdencia-como-funciona-aposentadoria-em-outros-paises>. Acesso em: 7 mar. 2018.

[289] CALDEIRA, João Paulo. Como é a aposentadoria de homens e mulheres em outros países. 2017. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/como-e-a-aposentadoria-de-homens-e-mulheres-em-outros-paises>. Acesso em: 4 mar. 2018.

[290] CALDEIRA, João Paulo. Como é a aposentadoria de homens e mulheres em outros países. 2017. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/como-e-a-aposentadoria-de-homens-e-mulheres-em-outros-paises>. Acesso em: 4 mar. 2018.

[291] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 346.

As políticas públicas em grande parte são adotadas ou alteradas em virtude dos riscos envolvidos e tem por objetivo maior mitigar os riscos, não os eliminar. No caso específico da previdência tem sido propagada uma série de riscos a que a mesma está sendo submetida tais como: o envelhecimento da população, nível de emprego, instabilidade social, aumento/redução da miséria e o fiscal, entretanto, o último tem prevalecido dentre os demais, o que é bastante preocupante.[292]

Quanto a Reforma da Previdência o maior risco que vem sendo propagado pelo Governo Federal, com justificativa para aprová-la é a ameaça de não existir, no futuro próximo, recursos para o pagamento dos benefícios futuros aos que já se encontram aposentados e que virão aposentar. Aliás a propagação desse tipo de informação não é novidade, o que existe são campanhas requentadas de tempos em tempos na qual a sociedade é bombardeada com informação de que a previdência está quebrada e se a reforma não for feita os benefícios presentes e futuros não estão assegurados.[293]

De acordo com a Advogada Cristina da Silva:

> "Sob a ótica da Previdência Social, entende-se como risco social os fatos incertos futuros que um segurado está submetido em razão circunstâncias laborais ou da própria vida. A Previdência Social, pela concessão de benefícios ou serviços tem como função mitigar estes riscos, dando respaldo, em regra de natureza financeira, ao segurado ou seus dependentes na ocorrência de um fato por ele amparado".[294]

Nessa linha os riscos sociais amparados pela Previdência Social estão estabelecidos no Artigo 201 da Constituição Federal e os benefícios existentes visam proteger os cidadãos de tais riscos.[295]

---

[292] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 368.
[293] AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Idas e vindas da reforma. *Correio Braziliense*, Brasília, politica, p. 2, 14 fev. 2018.
[294] SILVA, Cristina Aguiar Ferreira da. O risco social e o direito previdenciário em tempo de reforma. 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI265269,71043-O+risco+social+e+o+direito+previdenciario+em+tempo+de+reforma>. Acesso em: 13 mar. 2018.
[295] SILVA, Cristina Aguiar Ferreira da. O risco social e o direito previdenciário em tempo de reforma. 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI265269,71043-O+risco+social+e+o+direito+previdenciario+em+tempo+de+reforma>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Na proposta de Reforma da Previdência em trâmite no Congresso Nacional está prevista a ampliação da idade mínima para fins de aposentadoria de 55 para 62 anos. Considerando a tábua de mortalidade divulgada pelo IBGE que é de 78,8 anos para as mulheres, o benefício seria pago a segurada em média por apenas 16,8 anos.[296]

É evidente a falta de coerência entre o tempo de contribuição e o tempo de usufruto do benefício. Fica caracterizado um risco social, caso se considere que uma trabalhadora rural, por não ter acesso adequado à saúde pública, poderá vir a falecer antes de usufruir do benefício.[297]

Outro risco envolvido na atual proposta de reforma da previdência diz respeito a quebra do contrato social. Exposição de Motivos, apresentada ao Congresso Nacional como substitutivo à PEC 287 elaborada pelos especialistas em direito previdenciários e entidades representantes da sociedade civil, [298]conduzida pela Ordem dos Advogados do Brasil sobre a reforma da previdência, faz o seguinte comentário sobre o assunto:

> "Ao governante, assim elegido pelo acordo da sociedade, cabe a preservação de direitos e o diálogo com a sociedade. Por isso mesmo, quando se fala de sistema previdenciário, é importante que se estabeleça e se esclareça as condições desse pacto, adotando-se mecanismos eficazes que verdadeiramente coíbam a inobservância do comando normativo, com a consequente violação de direitos. "[299]

A professora Thais Maria Riedel, especialista em direito previdenciário, aborda também em seu livro O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do

[296] INSTITUTO DE BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil, 2014*: breve análise da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2014/notastecnicas.pdf>.Acesso em: 14 mar. 2018.

[297] SILVA, Cristina Aguiar Ferreira da. O risco social e o direito previdenciário em tempo de reforma. 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI265269,71043-O+risco+social+e+o+direito+previdenciario+em+tempo+de+reforma>. Acesso em: 13 mar. 2018..

[298] CHERULLI, Diego Monteiro et al. *Exposição de Motivos*. Brasília: OAB, 2017. Disponível em: <http://www.ibdp.org.br/arquivos/uploads/exposicao_de_motivos.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[299] CHERULLI, Diego Monteiro et al. *Exposição de Motivos*. Brasília: OAB, 2017. Disponível em: <http://www.ibdp.org.br/arquivos/uploads/exposicao_de_motivos.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

Retrocesso, os riscos sociais que envolvem medidas dessa natureza ao nos ensinar que reformas previdenciárias tal como a que se propõe "representam regressão de conquistas sociais já elevadas à dignidade constitucional, passível da aplicação do princípio da vedação do retrocesso no direito pátrio".

O Princípio da Vedação do Retrocesso tem relação com a segurança jurídica. Direitos sociais já realizados e efetivados por legislação específica devem ser protegidos no seu núcleo essencial.[300]

Luís Roberto Barroso define o princípio da vedação do retrocesso da seguinte forma:

> "Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.
>
> Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior".[301]

Assim, é evidente que o problema da concretização dos direitos das mulheres não está desagregado da concretização de todos os direitos fundamentais. A batalha pela positivação dos direitos foi grande, mas o desafio de seu cumprimento é ainda maior.[302]

---

[300] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *Direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: Ltr, 2013.
[301] BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 158-159.
[302] BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82.

5 CONCLUSÃO

As medidas que atingem as mulheres trabalhadoras, constantes na Proposta de Emenda à Constituição nº 287/2016 que busca suprimir direitos previdenciários das trabalhadoras, em especial a que acresce de forma substancial a idade mínima para aposentadoria, pode ser considerado um golpe contra a dignidade das mulheres e do Estado de Direito, pois a igualdade a direitos e oportunidades ainda não foi conquistada.

Mesmo após vários anos de desigualdades, é evidente o tratamento jurídico diferenciado entre homens e mulheres. Se espera que de fato se incorpore novos comportamentos e que se construam novos contextos culturais, nos quais seja desnecessária a determinação legal de respeito a direitos e que a dignidade da pessoa humana não dependa de sexo.

O reconhecimento das diferenças em grupos de vulnerabilidade social é um pressuposto da eficácia dos direitos das mulheres. A conquista de direitos e a luta por uma situação de igualdade é um processo histórico contínuo que deve ser atualizado constantemente.[303]

É necessário a aplicação de medidas afirmativas ou de ação positiva com o objetivo de uma igualdade real. As ações afirmativas têm como fim a promoção de igualdade de oportunidades, não visando meios de reconhecimento de igualdade de tratamento, mas determinando meios para efetiva-las.[304]

A atual proposta de Reforma da Previdência apresentada ao Congresso Nacional viola direitos pactuados na Constituição Federal das classes mais necessitadas e ignora as demais dimensões que envolve o assunto, enquanto grandes conglomerados devedores e entidades sonegadoras são preservados das sanções cabíveis.

[303] REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 348.
[304] ALMEIDA, Guilherme de. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100.

Impõe-se alertar sobre as implicações sociais que medidas desse porte podem acarretar sobre a população, quando os responsáveis em as conceber ignoram os riscos envolvidos, tratam o tema sob a ótica meramente financeira, não consideram as heranças históricas e culturais, o mercado de trabalho e as características biológicas que diferenciam os gêneros.

É importante ressaltar que municípios inteiros são sustentados praticamente com recursos previdenciários de aposentadoria e benefícios pagos aos assistidos, fazendo com que a economia e o sistema produtivo dessas localidades se mantenham em funcionamento.

Especialista no assunto ressalta o caráter solidário e distributivo dos recursos da seguridade social para a construção de uma sociedade mais igualitária e o caráter regressista do projeto de reforma da previdência e seus efeitos sobre a classe trabalhadora, em especial as mulheres.[305]

Ressalta-se, ainda, a falta de respaldo e credibilidade da população no atual governo o que dificulta a discussão de um tema impactante e de grande importância, em especial quando se utiliza de propaganda enganosa e falaciosa ao afirmar que a reforma irá afetar os “ricos” e “privilegiados”.

Finalmente, é bastante pertinente afirmar que quando se trata da reforma previdenciária, todos os atores sociais devem ser inseridos, de forma consciente e informada, já que as decisões que vão ser tomadas repercutirão na sociedade como um todo. Isso para a sociedade atual e as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ÁBRAMO, Laís Wendel. *Inserção da mulher no mercado de trabalho:* uma força de trabalho secundária. 2007. 328 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

[305] TEIXEIRA, Marilane Oliveira. *O desmonte da previdência social e as mulheres.* 2017. Disponível em: <http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2017/03/Previdencia-e-as-mulheres.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

AGUIAR, Leonardo. *Direito Previdenciário*. 2017. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_idade_rural/>. Acesso em: 31 out. 2017.

ALEGRETTI, Laís. A reforma beneficia mulher de alta renda. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 abr. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1879832-reforma-da-previdencia-beneficia-mulher-de-alta-renda.shtml>. Acesso em: 23 mar. 2018.

ALEGRETTI, Laís; CARVALHO, Daniel. Idade menor para aposentadoria da mulher deixa servidor trans no limbo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 maio 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1883875-idade-menor-para-aposentadoria-da-mulher-deixa-servidor-trans-no-limbo.shtml >. Acesso em: 23 mar. 2018

ALMEIDA, Guilherme de. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação de trabalho. São Paulo: Boitempo, 2006.

AS MULHERES na mira da reforma da Previdência. *Nota Técnica*, n. 1, p.2-17, mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62261/a-nova-proposta-de-reforma-da-previdencia-social>. Acesso em: 23 de mar. 2018.

AZEVEDO, Alessandra. O lobby do batom. *Correio Braziliense*, Brasília, Politica, p. 4, 03 jan. 2018.

AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Idas e vindas da reforma. *Correio Braziliense*, Brasília, Politica, p. 2, 14 fev. 2018.

AZEVEDO, Alessandra; LAMBERT, Natalia. Reforma para quem? *Correio Braziliense*, Brasília, Politica, p. 2, 15 fev. 2018.

BANCO MUNDIAL. *Um ajuste justo*: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. 21 nov. 2017. Disponível em: <http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. Carta de 1988 é um marco contra a discriminação. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 nov. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em: 1 nov. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. Mulher e previdência social. In: SEMINÁRIO MULHER E CIDADANIA: RUMOS E DESCAMINHOS DAS POLÍTICAS SOCIAIS, 1994, São Paulo. *Anais*... São Paulo: Abep, 1994.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami et al. *Mulher e previdência social*: o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2002. (Texto para Discursão, 867). Disponível em: <http://www.redecanais.com/watch.php?vid=8246307b5>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BOUERI, Rogério Miranda; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana. *Avaliação da qualidade do gasto público e mensuração da eficiência*. Brasília, Secretaria do Tesouro nacional, 2015.

BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 287/ 2016*: Proposta de Emenda á Constituição. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1527338&filename=EMC+3/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016>. Aceso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil [recurso eletrônico]*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 9.104, de 24 de julho de 2017*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e transforma e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9104.htm#art9>. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991*. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp70.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011*. Conversão da Medida Provisória nº 529, de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual renda [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>.Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988*. Institui contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7689.htm>.Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os planos de Benefícios da Previdência e dá outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11718.htm>. Acesso em: 30 de out. 2017

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Previdência Social*. 2013. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/perguntas-frequentes/previdencia-social/>. Acesso em: 8 de nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Estatísticas*: Anuário Estatístico da Previdência Social 2007. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www1.previdencia.gov.br/aeps2007/16_01_01_01.asp>. Acesso em: 6 nov. 2017.

BRUSCH INI, C Cristina. Fazendo as perguntas certas: como tornar visível a contribuição econômica das mulheres para a sociedade? In: CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE SOCIOLOGIA DO TRABALHO, 2. , 1996, Águas de Lindóia. *Artigos*...São Paulo: ALAST/SERT, 1998. p. 277-294.

CABELERRO, Cecília. A gênese da exclusão: o lugar da mulher na Grécia Antiga. *Revista Sequência*: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 38, n. 77, p.125-134, nov. 2017.

CALDEIRA, João Paulo. *Como é a aposentadoria de homens e mulheres em outros países*. 2017. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/como-e-a-aposentadoria-de-homens-e-mulheres-em-outros-paises>. Acesso em: 4 mar. 2018.

CAMARANO, Ana Amélia et al. Aposentadoria e esperança de vida. *Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 5, p. 41-44, maio 1991.

CAMARANO, Ana Amélia. *O idoso brasileiro no mercado de trabalho*. Rio de Janeiro: IPEA, out. 2001. (Texto para Discussão, 830). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0830.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. *Envelhecimento, condições de vida e política previdenciária*: como ficam as mulheres? Rio de Janeiro: IPEA, 2002. (Texto para Discussão, 883). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4125 >. Acesso em: 23 mar. 2018.

CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. In: _____ (Org.). *Os novos idosos brasileiros*: muito além dos 60. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 254-292. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq_16_Cap_08.pdf >. Acesso em: 20 ago. 2017.

CAMPOS, Henrique. [Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 - Reforma da Previdência]. *Exposição de Motivos nº 00140/2016 MF BRASIL*. 5 dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

CAMPOS, Mariana; BORGES, William; PINTO, Helena. *Aposentadoria rural*: segurado especial x contribuinte especial. 2016. Disponível em: <http://www.safrasecifras.com.br/aposentadoria-rural-segurado-especial-x-contribuinte-individual-rural/>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CANTERLE, Deibe Cristina Trentim. *Previdência social e economia feminista*: por que as mulheres devem se aposentar antes que os homens? 2013. 63 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

CARRASCO, Cristina (Ed.). Mujeres y Economía. Nuevas perspectivas para viejos problemas. Barcelona: Icaria, 1999.

CARVALHO, Daniel. *Governo quer votar a reforma da previdência até o dia 28*: líder do Planalto na Câmara admite que, sem apoio, texto pode não ser votado. Folha de São Paulo, São Paulo, 24 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/02/governo-apresenta-nova-proposta-para-reforma-da-previdencia.shtml>. Acesso em: 6 mar. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CHERULLI, Diego Monteiro et al. *Exposição de Motivos*. Brasília: OAB, 2017. Disponível em: <http://www.ibdp.org.br/arquivos/uploads/exposicao_de_motivos.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

COHN, Amélia. *Previdencia social e o processo político no Brasil*. São Paulo: Moderna, 1980.

COSTA, Ana A. et al. *Reconfigurações das relações de gênero no trabalho*. São Paulo: CUT Brasil, 2004.

CRUZ, Rodrigues da. *Origem e evolução da seguridade social no Brasil*. 2015. Disponível em: <https://professorceliocruz.jusbrasil.com.br/artigos/217784909/origem-e-evolucao-da-seguridade-social-no-brasil>. Acesso em: 10 nov. 2017.

DEUD, Cláudia Augusta F.; MALVAR, Regina V. P. A mulher e a previdência. In: BRASIL. Ministério da Previdência Social. *A previdência social e a revisão constitucional*. Brasília: Convênio MPS/Cepal, 1993. v. 3.

FARIA, Nalu; NOBRE, Miriam. *A produção do viver*: ensaios de economia feminista. São Paulo: SOF, 2003. (Caderno Sempreviva).

FERRARO, Suzani Andrade. A necessidade da aplicação de critérios diferenciados para a efetividade da igualdade de gênero entre homens e mulheres no atual contexto histórico, social e cultural da sociedade brasileira. Revista Eletrônica OABRJ, Rio de Janeiro, Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/03/A-NECESSIDADE-DA-APLICACAO-DE-CRITERIOS-DIFERENCIADOS-PARA-A-EFETIVIDADE-DA-IGUALDADE-DE-GENERO-ENTRE-HOMENS-E-MULHERES-NO-ATUAL-CONTEXTO-HISTORICO-SOCIAL-E-C.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

FREIRE, Alyson. *Reforma da Previdência*: contradições e riscos sociais da idade mínima universal. 2016. Disponível em: <http://www.cartapotiguar.com.br/2016/12/22/reforma-da-previdencia-contradicoes-e-riscos-sociais-da-idade-minima-universal/>. Acesso em: 1 mar. 2018.

FREIRE, Vinicius Torres. A ressaca do jantar de Temer. *Correio Braziliense*, Brasília, Politica, p. 4, 24 nov. 2017.

GAYLE, Rubin. El tráfico de mujeres: notas sobre la "economia política" del sexo. *Nueva Antropologia*, Distrito Federal (Mex.), v. 3, n. 30, p. 95-145, 1986.

GONÇALVEZ, Tamara Amoroso. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRUPO CATHO. *As diferenças salariais entre homens e mulheres*. 2018. Disponível em: <https://www.catho.com.br/salario/action/artigos/As_diferencas_salariais_entre_Homens_e_Mulheres.php>. Acesso em: 6 out. 2017.

GUARNIERI, Tathiana Haddad. Os direitos das mulheres no contexto internacional: da criação da ONU (1945) à Conferência de Beijing (1995). *Revista Eletrônica da Faculdade Metodista de Granbery*, n. 8, p. 10-20, jan./jun., 2010. <http://re.granbery.edu.br/artigos/MzUx.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2018.

GUELLER, Martha. *O Brasil já fez 6 reformas nas regras de previdência*. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/blogs/o-seguro-morreu-de-velho/brasil-ja-fez-seis-reformas-nas-regras-da-previdencia/>. Acesso em: 01 nov. 2017.

HARDOON, Deborah. *Nota metodológica para o relatório da OXFAM de 2017*: 'uma economia para os 99%. 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/economia_para_99-nota_metodologica.pdf >. Acesso em: 6 out. 2017.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil, 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2010/default.shtm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios, 2014*: síntese de indicadores. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default_sintese.shtm>. Acesso em: 10 out. 2017.

INSTITUTO DE BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil, 2014*: breve análise da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2014/notastecnicas.pdf>.Acesso em: 14 mar. 2018.

INSTITUTO LIBERAL. *A DRU impacta o défict da previdência*? 2016. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/dru-impacta-o-deficit-da-previdencia/>. Acesso em: 3 mar. 2018.

IORA, Tania Angelita. *A construção dos direitos das mulheres na conquista de seu espaço. Quaderns de Psicologia*, Florianópolis, 2016, v. 18, n. 3, 7-14, 2016. Disponível em: <http://www.quadernsdepsicologia.cat/article/view/v18-n3–iora/1270-pdf-pt >. Acesso em: 30 ago. 2017.

JADE, Liria. Reforma da previdência: como funciona a aposentadoria em outros países. *Agência Brasil*, São Paulo, 12 dez. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-12/reforma-da-previdencia-como-funciona-aposentadoria-em-outros-paises>. Acesso em: 7 mar. 2018.

LAMBERT, Natália. Previdência (quase) enterrada. *Correio Braziliense*, Brasília, Politica, p. 6, 17 fev. 2018.

LEITÃO, Miriam. *Mulher e Previdência*. 2017. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/mulher-e-previdencia.html>. Acesso em: 23 de mar. 2018.

MACHADO, Luiza Vaccaro Mello. *Fundamentos constitucionais do sistema de seguridade social brasileiro.* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36535/fundamentos-constitucionais-do-sistema-de-seguridade-social-brasileiro>. Acesso em: 18 nov. 2017.

MAEDA, Patrícia. *Os impactos da reforma previdenciária para as mulheres*: o sofisma da igualdade jurídica. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/05/os-impactos-da-reforma-previdenciaria-para-as-mulheres-o-sofisma-da-igualdade-juridica/>. Acesso em: 22 ago. 2017.

MANO, Maíra Kubík. A Previdência é sustentável, mas seus recursos estão em disputa. *Revista Carta Capital*, São Paulo, 24 out. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/economia/a-previdencia-e-sustentavel-mas-seus-recursos-estao-em-disputa>. Acesso em 23 mar. 2018.

MARINELA, Fernanda. *A evolução dos direitos das mulheres*. 2016. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 10 ago. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARUN diz que não há como votar reforma da previdência durante a intervenção. *Agência Brasil*, São Paulo, 19 fev. 2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/02/19/interna_politica,938746/marun-diz-que-nao-ha-como-votar-reforma-da-previdencia-durante-interve.shtml>. Acesso em: 6 de mar. 2018.

MATOS, Maurren Lessa; GITAHY, Raquel Rosan Christino. A evolução dos direitos da mulher. *Colloquium Humanarum*, São Paulo, v. 4. n. 1, p. 74-90, jun. 2007.

MENDES, Henrique. *Fator previdenciário e o que pode mudar na aposentadoria*. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2015/06/entenda-o-fator-previdenciario-e-o-que-pode-mudar-na-aposentadoria.html>. Acesso em: 14 de out. 2017.

MÉNDEZ, Natalia Pietra. *Do lar para as ruas: capitalismo, trabalho e feminismo, 1975-1982*. 2005. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

MIRANDA, Cynthia Mara. *Os movimentos feministas e a construção de espaços institucionais para a garantia dos direitos das mulheres no Brasil*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/os%20movimentos%20feminismtas_cyntia.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais. 1995*. 369 f. Doutorado (Tese) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1995.

MOSTAFA, Joana et al. *Previdência e gênero:* por que as idades de aposentadoria de homens e mulheres devem ser diferentes? Brasilia: IPEA, mar. 2017. (Nota

Técnica, 35). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7993/1/NT_Previd%C3%AAncia_2017.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018

NORTE E NORDESTE DE ESTUDOS E PESQUISA SOBRE A MULHER E RELAÇÕES DE GÊNERO, 17., João Pessoa, 2012. *Anais digitais*... João Pessoa: UFPB, 2012. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/241/108>. Data de acesso: 06 out. 2017.

OLIVEIRA, João Matheus Silva Fagundes; FURTADO, Natália Reis Oliveira. Mulher e trabalho: igualdade material e forma: uma utopia necessária. *Revista Thesis Juris*: Ciências Humanas da Universidade de Estadual de Santa Cruz, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 75-91, jan./jun., 2014.

OLIVEIRA, Laís Paula Rodrigues de; CASSAB, Latif Antônia. O movimento feminista: algumas considerações bibliográficas. SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., Londrina, 2014. *Anais eletrônico*... Londrina: UEL, 2014. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT10_La%C3%ADs%20Paula%20Rodrigues%20de%20Oliveira%20e%20Latif%20Cassab.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. *Reengenharia do tempo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

OLIVEIRA, Wilson de. *A mulher em face do direito ao alcance de todos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OLIVIERE, Antônio Carlos. *Mulheres*: uma longa história pela conquista de direitos iguais. 2007. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferências Mundiais da Mulher*. Brasília: ONU Mulheres, 2000. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 20 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Documentos fundamentais da OIT*: Constituição da Organização. Internacional do Trabalho. Declaração de Filadélfia. Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Regulamento da Conferência Internacional do Trabalho. ONU, 2007. Disponível

em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenções*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendações*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242958/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

PANUZZIO, Danielle; NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira. *Proteção ao trabalho da mulher no limiar do século XXI*: o direito e a ética na sociedade contemporânea. Campinas: Alínea, 2006.

PEREIRA, Fernanda Reis. *A aposentadoria por tempo de contribuição do RGPS*: passado, presente e futuro no direito brasileiro. 2010. 30 f. Monografia (Mestre) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. A proteção social na Constituição de 1988. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 7, n. 28, p. 11–29, out./dez., 2007.

PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatórios de Desenvolvimento Humano Globais*. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/relatorios-de-desenvolvimento-humano/rdhs-globais.html>. Acesso em: 23 mar. 2018.

PROVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RABENHORST, Eduardo. *Aquela sou eu*? Sobre espelhos e mulheres. João Pessoa: Ideia, 2012.

REIS, Sergio Cabral dos. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZENDE, Fernando. *Finanças Públicas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social*: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

RODRIGUES, Julia de Arruda. A construção histórica e cultural do gênero feminino e a valorização do trabalho da mulher. In: ENCONTRO NACIONAL DA REDE FEMINISTA E

RUPRECHT, Alfredo J. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Ltr, 1996.

RUZZI, Marina; BRAGA, Ana Paula. É justo que homens e mulheres sigam as mesmas regras na previdência? *Carta Capital*, São Paulo, 13 dez. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/e-justo-que-homens-e-mulheres-sigam-as-mesmas-regras-da-previdencia>. Acesso em: 3 mar. 2018.

SABINO, Marlla. *Reforma da previdência*: especialistas defendem equilíbrio de gênero. Correio Braziliense, Brasília, economia, 05 mar. 2017. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/03/05/internas_economia,578224/reforma-da-previdencia-especialistas-defendem-equilibrio-de-genero.shtml>. Acesso em: 5 mar. 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Roberto Amaral C.P. Reforma da previdência e desigualdade. *Carta GV Invest*, Rio de Janeiro, n. 6, mar. 2017. Disponível em: <https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/file/GVINVEST%20Short%20Studies%20Series%2006_0.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEGNINI, Liliana. *Mulheres no trabalho bancário*. São Paulo: Edusp, 1998.

SILVA, Cristina Aguiar Ferreira da. *O risco social e o direito previdenciário em tempo de reforma*. 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI265269,71043-O+risco+social+e+o+direito+previdenciario+em+tempo+de+reforma>. Acesso em: 13 mar. 2018.

SILVA, Marcos Fonseca da. *A nova proposta de reforma da previdência social*. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62261/a-nova-proposta-de-reforma-da-previdencia-social>. Acesso em: 2 de mar. 2018.

SISSA, Giulia. Filosofias do gênero: Platão, Aristóteles e a diferenças dos sexos. In: PERROT, Michelle. DUBY, Georges. (Org.). *História das mulheres no Ocidente*. Porto: Afrontamento, 1990. v. 1. p. 79-123.

SOARES, Sergei; IZAKI, Rejane Sayuri. *A participação feminina no mercado de trabalho*. Rio de Janeiro: IPEA, 202. (Texto para Discussão, 923). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0923.pdf >. Acesso em: 23 mar. 2018.

TAVARES, Sônia Prates Adonski. *A evolução da mulher no contexto social e sua inserção no mundo do trabalho*. 2012. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2012.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira. *O desmonte da previdência social e as mulheres*. 2017. Disponível em: <http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2017/03/Previdencia-e-as-mulheres.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Coexistência do regime de repartição com o regime de capitalização. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 97, p. 211-217, 2002.

WORLD CONFERENCE ON WOMEN. 4., Beijing, 1995. *Report*... New York: United Nations, 1996. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20E.pdf >. Acesso em: 23 mar. 2018.

ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *Direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: Ltr, 2013.

A CONVENÇÃO 158 DA OIT E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Bianca Abra Paggiaro

RESUMO

A presente monografia traz uma análise acerca da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, tratando de sua aplicabilidade no direito interno em acordo com a atual regência das leis trabalhistas e de seus requisitos para inserção do âmbito internacional para o nacional. Tem como escopo apresentar posicionamentos a respeito da constitucionalidade do tratado e de sua denúncia, assim como demonstrar sua repercussão nas relações trabalhistas brasileiras. Para tal compreensão, são apresentadas características da relação de trabalho, discorrendo sobre seu contrato e termo. Traz, posteriormente, os requisitos para a aplicabilidade de tratados internacionais em âmbito interno, apresentando as etapas de internalização de Convenções. Por fim, discorre-se sobre a própria Convenção 158 da OIT, informando suas repercussões formais e materiais e trazendo ao leitor posicionamentos sobre sua possível aplicação no ordenamento brasileiro, tendo em vista a diversidade de disposições acerca do tema, no qual há quem defenda sua inconstitucionalidade formal e material, enquanto outros postulam por sua completa legitimidade para aplicação.

Palavras-chave: Convenção 158 da OIT; Relação de Trabalho; Termo; Direito Internacional; Denúncia; Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A presente Monografia buscou analisar a Constitucionalidade da Denúncia da Convenção 158 da OIT e sua repercussão nas relações de trabalho, abordando pontos específicos para caracterizar tratados de Direito Internacional, compreendendo seu funcionamento em âmbito interno, desde sua aplicabilidade até extinção; analisar as

relações de trabalho, expondo suas características e formas de rescisão; relacionar os ditames da Convenção 158 da OIT com o Direito do Trabalho brasileiro, assim como sua aplicação dentro das normas constitucionais; identificar a solução de questionamentos gerados com o estudo do tema.

A análise do tema foi embasada em pesquisas bibliográficas, buscando conceitos em artigos científicos, monografias, documentos públicos, entre outras informações disponíveis. Foram feitas, também, análises jurisprudenciais para maior compreensão do objeto.

O trabalho foi dividido de forma que no primeiro capítulo será abordado o Direito do Trabalho e suas vertentes, discorrendo sobre o contrato de trabalho e seus desdobramentos, a fim de alicercear a compreensão do tema.

No segundo capítulo tratarei do Processo de Denúncia das Convenções e Tratados, trazendo as correntes doutrinárias e suas fundamentações. Analisarei a denúncia, também, sob a luz da Constituição Federal.

No terceiro capítulo irei expor as repercussões geradas na seara trabalhista, devidas à denúncia feita pelo presidente. Buscarei compreender os aspectos tocantes à relação de empregado e empregador, e como os estes foram afetados pela denúncia.

Com base em estudos realizados, pode-se aferir que a Convenção 158 OIT surgiu como forma de estabelecimento de parâmetros normativos acerca do término do contrato de trabalho, quando determinado pelo empregador. Ela dispôs a respeito da dispensa arbitrária decorrente de vontade do empregador, devendo esta ter justificativa relacionada ao comportamento e a capacidade do empregado, e, até mesmo, ao funcionamento da empresa. Em outras palavras, não ocorreria uma dispensa onde o empregado não fosse familiarizado com o motivo.

Foi também criado o aviso prévio, e caso este ausente, uma indenização referente a ele. Tal hipótese não se aplica quando o empregado for culpado de cometer alguma falta grave.

Para o empregador a extinção do contrato de trabalho pode ser um mero contra-tempo, enquanto para o empregado pode ser um grande problema a colocá-lo em situação de insegurança individual e de sua família. Muitas vezes o empregado não é atualizado sobre sua própria situação, não sabendo o motivo de sua demissão.

Percebe-se, então, que a dispensa arbitrária passou a ser obrigatoriamente acompanhada de justificativa, gerando, ainda assim, condenação a pagamento de indenização.

Consta na Constituição Federal, em seu inciso I, do art. 7º, que o empregado possui direito à indenização compensatória em caso de despedida sem justa causa ou arbitrária, sendo regulamentada por Lei Complementar. Nota-se, portanto, que a Convenção 158 da OIT condiz com o ordenamento brasileiro que, por sua vez, também busca a proteção do vínculo empregatício.

Tal Convenção entrou em vigência em 06 de janeiro de 1996, após doze meses de sua ratificação, tendo sido aprovada pelo Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo.

A implantação da convenção foi alvo de manifestações por parte dos empregadores, assim como de teorias que sustentavam sua inconstitucionalidade formal e material. Baseando-se em argumentos do tipo, a Confederação Nacional da Indústria e a Confederação Nacional do Transporte ajuizaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo ela a ADI 1480. Foi alegado que a convenção não tem status de lei complementar, tendo sido incorporada como ordinária. Tal inconstitucionalidade formal desobedecia à restrição de regulamentação da matéria por lei complementar.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que, de fato, estava diante de uma inconstitucionalidade formal, já que tratados internacionais possuem status de Lei Ordinária quando internalizados, e este versava sobre matéria que deveria ser regulada por Lei Complementar. Foi afastada qualquer possibilidade de erro material

da Convenção, já que esta dispunha sobre interesse do trabalhador assim como a Constituição.

Buscando encerrar o desentendimento, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, denunciou a Convenção. Com isso, o STF arquivou a ADI 1480 por perda de objeto.

Devido a ato unilateral do presidente foi alegada inconstitucionalidade da denúncia. O relator da ação, ministro Maurício Corrêa foi favorável à procedência da ação por falta de legitimidade de ato isolado do presidente, devendo o ato ser ratificado pelo Congresso Nacional. Foi pedido vista por Nelson Jobim e Joaquim Barbosa, suspendendo o julgamento da ADI. Voltou a ser suspenso pelo pedido de vista da ministra Ellen Gracie, sendo o voto apresentado por sua sucessora, Rosa Weber, declarando a inconstitucionalidade do decreto.

Atualmente, o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES) editou a Súmula 42 dispondo a respeito da Convenção 158 da OIT, onde por ser tratado de direitos humanos sua aprovação e ratificação é ato complexo, sendo necessária a conjugação dos poderes Legislativo e Executivo.

Surgiu, então, nova polêmica, onde o TRT-ES estaria, supostamente, atropelando o Supremo Tribunal Federal. A corte trabalhista, por sua vez, alegou ter se baseado somente na legalidade formal da denúncia, não se atendo ao mérito. Ao mais, afirmou também que a edição de Súmulas, visando a uniformização da jurisprudência, está prevista no ordenamento jurídico. Contudo, o Tribunal Pleno determinou ser prudente aguardar o julgamento do STF, suspendendo a eficácia da Súmula 42.

A validade dessa Convenção é tema de debate no STF há quase 20 anos, não havendo uma solução definitiva e gerando insegurança jurídica.

No Brasil, a Constituição Federal é a fonte primária a ser considerada em qualquer matéria jurídica. Nela é prezada a dignidade da pessoa humana, sendo para

tanto, observado o adequado tratamento das partes nas relações de trabalho, avaliando a realidade que a toca.

O trabalhador é protegido pelo direito trabalhista por se caracterizar como elo mais frágil da relação empregatícia. Um dos princípios fundamentais em relação à matéria é o da motivação do rompimento do contrato de trabalho. Contudo, parte do tocante a tal princípio deve ser regulamentada por Lei Complementar, até então não criada, gerando um vácuo legal.

A Convenção 158 da OIT trouxe tal regulamentação, entretanto gerou muitas controvérsias à sua forma dentro do sistema jurídico brasileiro, impedindo sua devida aplicação. Somente através da compreensão do sistema legal brasileiro em conjunto com as normas de Direito Internacional será possível resolver o impasse que atualmente afeta a vida de milhões de brasileiros, uma vez que "demissão" é assunto recorrente à realidade da população.

A edição da Súmula 42/17 do TRT da 17ª Região gerou novo debate a respeito da constitucionalidade da denúncia da Convenção. O tema em questão é de grande relevância devido à extensão de meios afetados por ele, sendo uma rica fonte de pesquisa para acadêmicos por englobar diversas matérias de direito, dentre elas o Direito Internacional e o Direito do Trabalho.

A inovação da regra gera inúmeras dúvidas e indagações, tanto a respeito de sua legalidade, quanto de seu funcionamento uma vez aplicada. Tal lacuna abre possibilidade de novas pesquisas educacionais. Além disso, traz novamente questionamentos a respeito do recorrente assunto que é a Convenção 158 da OIT.

Dando enfoque, em primeiro momento, ao fator material da Convenção nota-se que seu conteúdo está em consonância com a fonte primária do ordenamento brasileiro, a Constituição Federal. Ambos tratam da proteção do trabalhador à dispensa imotivada, devendo existir uma causa exposta ao empregado quando o empregador encerrar o contrato.

Por ter fim social, a continuidade do contrato de trabalho deve ser preservada e as partes devem agir de boa-fé. Uma ruptura inesperada afeta não somente o indivíduo, mas a comunidade como um todo.

Observando a concordância material da Convenção com a Constituição Federal, resta avaliar os requisitos de concordância formal.

Tem-se como requisito formal a regra adotada pela Constituição para a aplicação de espécies normativas. Enquanto um tratado estiver de acordo com a forma prevista pelo ordenamento, ele estará formalmente adequado para aceitação.

O tratado internacional, quando versar sobre direitos humanos, irá ser aplicado com equivalência à emenda constitucional, devendo ter aprovação de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, e após, assinado pelo Presidente da República.

Tomando como base o Princípio do Paralelismo das Formas a revogação ou extinção de um ato deve seguir a mesma forma adotada para sua implantação. Para que um Tratado de direitos humanos seja denunciado deve ser adotada a mesma base de sua incorporação ao ordenamento.

Contudo, tal conflito a respeito da legalidade ou não da forma nunca foi sanado, deixando uma lacuna e prejudicando o povo brasileiro e gerando insegurança jurídica à classe trabalhadora.

Baseando-se nos princípios e normas da Constituição Federal e do Direito Internacional, a denúncia da Convenção 158 da OIT, feita pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, é constitucional do ponto de vista material e formal?

Da vertente da constitucionalidade material da Convenção há de se observar qual corrente de pensamento mais se adequa ao caso em tela. Por um lado, deve-se buscar proteger a dignidade da pessoa humana em relação ao empregado. Por outro, há de se pautar na livre iniciativa e no direito potestativo do empregador, que por vezes é violado por um direito matriarcal em relação ao obreiro. Desta forma,

acredita-se que a Convenção 158 da OIT ofende a liberdade de comércio e de contratar prevista pela Constituição brasileira.

Em relação à formalidade da referida convenção pode-se afirmar que a denúncia feita pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso foi inconstitucional, pois desrespeitou o art. 49, inciso I da Constituição Federal, assim como o princípio do paralelismo das formas.

Para solucionar o impasse e extinguir a lacuna jurídica gerada no direito trabalhista, ao STF caberia propor um projeto de lei complementar, já que o mesmo é competente para tal. O projeto estabeleceria preceitos tais como os da Convenção 158 da OIT que se adequassem ao ordenamento brasileiro e suas propostas, regulamentando a dispensa sem arbitrária. Caso a lei complementar fosse aprovada pela maioria absoluta dos votos em cada Casa do Congresso, estaria apta a integrar o ordenamento brasileiro sem ferir disposições constitucionais.

2 DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 Das fontes do direito do trabalho

As fontes do Direito do Trabalho são a origem e fundamentação que concedem validade a norma jurídica. Godinho as determina como sendo a origem da norma jurídica: "fontes do Direito consubstancia a expressão metafórica para designar a origem das normas jurídicas" (DELGADO, 2014, p. 136).

Elas podem ser divididas em dois blocos, em que se observam divergentes perspectivas das fontes.

Há as Fontes Materiais, nas quais seu prisma é o momento pré-jurídico e as diversidades sociais e políticas que constroem a sociedade, refletindo na elaboração da norma. Elas influenciam na criação e alteração das normas jurídicas. É disposto que (MARTINS, 2014, p. 39):

> "Fontes materiais são o complexo de fatores que ocasionam o surgimento das normas, compreendendo fatos e valores. São

> analisados fatores sociais, psicológicos, econômicos, históricos, etc., ou seja, os fatores reais que irão influenciar na criação da norma jurídica, valores que o Direito procura realizar".

Já as Fontes Formais abrangem as regras plenamente constituídas e sua forma de exteriorização. "Fontes formais são as formas de exteriorização do Direito. Exemplos: leis, costumes, etc" (MARTINS, 2014, p. 39).

A partir das Fontes Formais gerou-se um debate a respeito dos centros de positivação jurídica. Foram discutidas duas teorias: monista e pluralista.

A Teoria Monista, tendo como principal precursor Hans Kelsen, adota um centro único de positivação, sendo o Estado gerente único de coerção e sanção, decorrente de exclusivismo estatal. Todo fenômeno jurídico estaria limitado à regra.

Na Teoria Pluralista há outros centros a serem adotados, como exemplos contratos e convenções coletivas. Não há estrita redução às normas positivadas, sendo flexibilizados outros meios normativos.

As Fontes Formais podem ser divididas em dois blocos: autônomas e heterônomas. Das fontes autônomas derivam regras oriundas da coletividade, democratizando as relações de poderes existentes através de costumes, ou seja, o destinatário da norma trabalhista determina a regulamentação de suas condições de trabalho, diretamente ou através de entidades representativas. Já das Fontes Heterônomas tem sua origem direta estatal, sem qualquer interferência direta de seus destinatários em sua produção. Conceituam-se ambos os blocos como (MARTINS, 2014, p. 39):

> "Heterônomas: são as impostas por agente externo. Exemplos: Constituição, leis, decretos, sentença normativa, regulamento de empresa, quando unilateral. Autônomas: são as elaboradas pelos próprios interessados. Exemplos: costume, convenção e acordo coletivo, regulamento de empresa, quando bilateral, contrato de trabalho."

O direito do Trabalho tem integração às regras autônomas, sendo ajustado através de princípios, contratos e outros critérios flexíveis a um bem comum.

2.1.1 Grau normativo dos tratados internacionais

Os Tratados são acordos firmados entre dois ou mais Estados, criando, modificando ou extinguindo direito e obrigações. Semelhante é a situação das Convenções, gerando-se através de uma adesão voluntária.

Ambos os tipos de contrato são Fontes Formais Heterônomas quando aderido e ratificado por seu Estado.

Para adoção de tratados e convenções, estes devem estar seguindo os ditames constitucionais como característica de qualquer norma infraconstitucional.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 elevou o grau de hierarquia de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, quando aprovados em ambas as Casa do Congresso Nacional em dois turnos, com três quintos dos votos de seus membros, adquirindo patente de emenda constitucional.

A partir disso, o tratado ou convenção que versar sobre direitos humanos entrará no chamado "bloco de constitucionalidade", estando imune à denúncia.

Já os tratados que versarem sobre direitos humanos aprovados pelo rito ordinário conterão status supralegal, situando-se acima de leis complementares e ordinárias.

Há um artigo que versa sobre o tema, expondo o seguinte (MAZZUOLI, 2009, p. 114):

> "Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm "status de norma constitucional", nos termos do art. 5º, § 2º , da Constituição, ou se são "equivalentes às emendas constitucionais", posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º , § 3º , da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil (MENDES, 2005, p. 239). Ocorre que os tratados internacionais comuns (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm status superior ao das leis internas."

Percebe-se, dessa forma, que o rito de aprovação dos Tratados que versem sobre direitos humanos irá influenciar sua aplicabilidade interna, determinando sua força diante dos demais preceitos legais e da Constituição Federal.

2.2 Da relação de emprego

A relação de emprego é caracterizada pela prestação de serviço por uma pessoa física a outrem, seguindo elementos fático-jurídicos essenciais para a prestação do serviço. O polo contratante pode ser composto por pessoa física ou jurídica.

O artigo 3° da CLT deixa clara a definição da relação de trabalho: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.".

É disposto que (DELGADO, 2014, p. 291):

> "A relação empregatícia, enquanto fenômeno sóciojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação."

Tais elementos fático-jurídicos que compõe a relação de emprego podem ser divididos em cinco critérios a serem discorridos.

O empregado, ou seja, o prestador do serviço deve ser Pessoa Física, visto que o Direito do Trabalho preza por bens exclusivos à pessoa natural, como a vida e a saúde, impossíveis de garantir a uma pessoa jurídica. Não há de se falar em relação de emprego na prestação de serviços de uma pessoa jurídica a outrem, sendo incabíveis quaisquer normas justrabalhistas.

Um segundo requisito essencial à relação de emprego é a Pessoalidade. Este elemento determina a infungibilidade da prestação do serviço ao tratar do trabalhador, ou seja, a relação jurídica firmada deve ser intuito persona ao se referir

ao empregado. O fato desta relação ser personalíssima pressupõe que a obrigação não se estenderá a herdeiros, se dissolvendo o contrato entre as partes.

Há, contudo, situações em que a pessoalidade pode ser temporariamente afastada sem prejudicar a relação de emprego. Tais casos ocorrem em caso de substituição eventual do empregado seja por determinação legal, seja por autorização do empregador.

Outro importante fator empregatício é a Não Eventualidade, de forma que o empregado irá disponibilizar sua força de trabalho de forma permanente ao mesmo empregador, impossibilitando a esporadicidade do trabalho. Não se enquadra na relação de emprego um empregado que não possua habitualidade no labor, se convertendo a uma relação de trabalhado.

Há distinção doutrinária entre a eventualidade e não eventualidade (CARRION, 2012, p. 44):

> "Não eventual: permanente ou por tempo determinado. Eventual: ocasional, esporádico. Aqui o conceito não é apenas temporal, pois não deve ser atribuído o caráter de eventualidade: a) quando o trabalho tem por objeto necessidade normal da empresa, que se repete periódica e sistematicamente (ex.: vendedora de ingressos em teatro, uma hora por dia; músico de um clube, dois dias por semana; professor de escola, duas aulas por semana); b) trabalhador contratado para reforçar a produção por pouco tempo (deve ser contratado por tempo determinado, e não como eventual)."

O caráter da Onerosidade é atribuído à contraprestação salarial destinada ao obreiro como troca por sua força de trabalho. Trata-se de uma relação bilateral entre empregado e empregador, enquanto o primeiro fornece seus serviços com *animus contrahendi*, ou seja, a título oneroso, caberá ao empregador retribuir economicamente.

Por fim, há a Subordinação do trabalhador ao empregador, um dos elementos mais marcantes para configuração da relação de emprego. Nela, o empregador tem poder diretivo sobre os atos do obreiro que forem referentes à prestação do serviço. Tal situação jurídica deriva do contrato de trabalho, concedendo ao contratante

poder de coordenar e fiscalizar o trabalho prestado, e em contrapartida, o trabalhador se compromete a acolher as determinações impostas.

Há três dimensões doutrinárias para o conceito de subordinação: técnica, visto que deriva do empregador o conhecimento técnico do processo produtivo; econômica no que tange a centralização do poder financeiro no polo empregador; e jurídica devido ao seu caráter jurídico.

2.3 Do contrato de trabalho

O contrato de trabalho é a linha que divide dois marcos históricos: o período escravocrata e o período da liberdade das relações trabalhistas. Ele concedeu liberdade ao empregado e empregador para moldarem suas necessidades através de um pacto, sem que este esteja em desacordo com os preceitos legais impostos pela norma trabalhista.

A relação jurídica empregatícia se dá por meio de contrato, cujos sujeitos pactuantes são o empregado e o empregador. Mauricio Godinho define contrato como “Contrato é o acordo tácito ou expresso mediante a qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas” (DELGADO, 2014, p. 520).

Como em qualquer negócio jurídico, o contrato de trabalho exige para sua validade a capacidade do agente, a licitude do objeto, assim como sua possibilidade e capacidade de ser determinado ou determinável, e deve ter forma prescrita e não vedada por lei.

Ao firmar um contrato de trabalho uma pessoa natural irá se obrigar à outra pessoa física, jurídica ou ente despersonificado, a prestar atividades oriundas de uma relação de emprego respeitando as características de pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. O objeto contratual pode ser determinado como “O objeto direto do contrato de trabalho é a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, mediante o pagamento de salário.”.

O artigo 442 da CLT dispõe que "contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego".

O contrato gera, portanto, uma obrigação às partes expressa ou tácita onde o empregado oferece serviços, e o empregador, contraprestação. Nota-se a bilateralidade desta relação firmada entre obreiro e empregador. É exposto que (DELGADO, 2014, p. 521):

> "Define-se o contrato de trabalho como o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonificado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços."

O contrato de trabalho é um pacto de Direito Privado devido à paridade jurídica imposta às partes. Há de se destacar que, inclusive em relações empregatícias com vínculo celetista firmadas com o Estado, o contrato continua sendo regido pelo Direito Privado, visto que o ente está em situação de igualdade com o empregado, sem fazer jus à qualquer prerrogativa especial.

A relação jurídica em tela possui natureza de contrato sinalagmático, cumprindo obrigações contrapostas e contrárias. O empregado fornece energia de produção através de sua prestação laboral, enquanto o empregador proporciona contraprestação remuneratória, mantendo a reciprocidade entre a relação obrigacional oriunda do contrato firmado e garantindo o equilíbrio formal entre as partes.

A natureza consensual do contrato de trabalho afasta a formalidade imperativa para a pactuação, ou seja, não há exigência de forma para firmar o acordo. O contrato pode ser ajustado tacitamente sem se tornar inválido.

Há, contudo, característica contratual imposta a um único polo da relação jurídica: deve ser *intuito personae*. A fungibilidade do empregado descaracteriza totalmente o contrato de trabalho, imposição esta não estendida ao empregador. É entendimento doutrinário que (NASCIMENTO, 2013, p. 563):

> "A pessoalidade integra o conceito de relação de trabalho. Pode ser compreendida como a intransferibilidade ou infungibilidade, por iniciativa unilateral do prestador de serviços, própria dos contratos intuito personae, o que não é exclusivo da relação de emprego, por que é exigência também de alguns contratos de direito civil."

O contrato de trabalho deverá ser de trato sucessivo, havendo um débito permanente a ser vencido de forma contínua. Essa característica difere o contrato de trabalho dos demais contratos, como exemplo o contrato de compra e venda que é encerrado com o cumprimento das obrigações. No atual contrato há renovação da obrigação, não sendo ela finita. O contrato será, em regra, por tempo indeterminado. O vínculo empregatício fixa o empregado à fonte de trabalho.

Há de se falar na onerosidade, característica imposta como pré-requisito para este tipo de contrato e gerando o paralelo entre capital e trabalho. Há necessidade de uma contraprestação pecuniária por parte do empregador visando a retribuir o labor prestado pelo obreiro.

O contrato firmado é dotado de alteridade, de forma que todo risco da atividade exercida pelo empregador será risco próprio, não se estendendo ao empregado. É nítido o fato de que o obreiro presta serviços a interesse alheio, não devendo recair sobre si qualquer ônus.

Discorreu-se o seguinte exposto (CARRION, 2012, p. 337):

> "A legislação do trabalho não se limita simplesmente a regular as relações entre empregados e empregadores, disciplinando a economia; tem a conotação teleológica de proteger o hipossuficiente, o empregado. Por isso as normas laborais são um mínimo; impedem que se conceda menos ao trabalhador; o que pactuarem a mais terá eficácia entre as partes e será exigível. Nessa ordem protecionista é que devem ser entendidos os dispositivos que constituem as fontes formais do Direito (...)".

Nítida se torna a percepção de que o obreiro, por sua fragilidade na relação empregatícia, é o polo tutelado pelo direito trabalhista. A Consolidação das Leis do trabalho e demais normas relacionadas são medidas que garantem um mínimo necessário ao empregado.

2.3.1 Duração do contrato de trabalho

Os contratos de trabalho podem ser pactuados por tempo determinado ou indeterminado.

A determinação do contrato de dá por ajuste pactuado entre as partes do momento em que se firma a obrigação, determinando o prazo para seu encerramento.

O artigo 443 da CLT determina em seu parágrafo primeiro o conceito de prazo determinado, no qual "O contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada".

Há, contudo, determinações legais que autorizam o contrato por tempo indeterminado, não podendo ser por simples vontade livre e desenfreada das partes, determinação esta que visa proteger o empregado da descontinuidade da relação empregatícia.

Há também a modalidade indeterminada do contrato, na qual a relação jurídica entre empregado e empregador não terá termo acordado, ou seja, não há prefixação de seu termo extintivo. A ausência de acordo que estipule o encerramento da prestação do serviço faz pressupor que o empregado estará indefinidamente contratado para laborar, portanto, não há período firmado para que se encerre o contrato.

O contrato por tempo indeterminado, regra do Direito Trabalhista, tem a motivação como critério de dispensa pelo empregador. Nesse tipo de contrato o empregado está vinculado indefinidamente ao empregador, de forma que só haverá despedida caso uma das partes queira, e caso esta parte seja o empregador, deverá necessariamente apresentar justa causa, e se não, indenizar o ex-funcionário. É preceituado que (DELGADO, 2014, p. 1173):

> "O mais importante incentivo à permanência do contrato de trabalho – e, consequentemente, o mais importante elemento de afirmação jurídica do princípio da continuidade da relação

> de emprego – seria, entretanto, a incorporação, pelo Direito do Trabalho, do critério motivado para validação das rupturas contratuais trabalhistas. A incorporação, em síntese, de uma sistemática de causas jurídicas relevantes como fatores propiciadores da extinção do contrato empregatício."

Destarte, percebe-se que a necessidade de motivação para dispensa seria um elemento garantidor da incidência do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, trazendo ao empregador o encargo de apresentar fatores juridicamente compatíveis para a demissão.

2.3.2 Efeitos do contrato de trabalho

O contrato gera obrigações entre as partes acordantes, atribuindo responsabilidades às partes. A partir disso, são gerados efeitos obrigacionais que irão incidir sobre ambos os polos, empregado e empregador.

Há uma divisão doutrinária que rege esses efeitos, os separando em dois blocos, sendo eles os efeitos próprios do contrato de trabalho e os efeitos conexos a ele.

Os efeitos próprios são inerentes ao contrato trabalhista, atuando diretamente relacionados à sua natureza e objeto. Eles englobam ambos os polos da relação jurídica, atribuindo obrigações ao empregado e ao empregador.

O empregador tem como obrigação "dar", ou seja, realizar a quitação do débito com o trabalhador por sua prestação de serviço, pagando o salário e demais parcelas resultantes. Há também de se falar nas obrigações de fazer atribuídas ao patrão, que deverá assinar a CTPS e emitir o documento de Comunicação de Acidentes de Trabalho em casos de sinistros relativos ao período e atividade laboral.

Relevante característica atribuída ao empregador, como efeito próprio do contrato, é o poder empregatício, que concede ao patrão prerrogativas para direcionar a prestação do serviço contratado, devendo o obreiro respeitar ordens

lícitas que lhe forem impostas. Caberá ao patrão direcionar, fiscalizar e coordenar o trabalho prestado pelo empregado.

O empregado, por sua vez, está obrigado a "fazer", ou seja, deve prestar os serviços pactuados na relação jurídica. Sua obrigação de conduta deve seguir determinadas prerrogativas essenciais à boa execução do acordado.

O obreiro deve agir de boa-fé em sua relação laboral, mantendo conduta ilibada na prestação do serviço e prestando suas tarefas com diligência. A assiduidade do empregado é valor a ser mantido, ou seja, busca-se sempre sua pontualidade.

Há de se falar, também, em obrigações de não fazer, de forma que o empregador se absterá de condutas prejudiciais ao negócio mantido pelo empregador, não havendo competição interna de atividade econômica.

O segundo bloco, nomeado como efeitos conexos, engloba características não decorrentes da natureza ou objeto do contrato, porém tem caráter acessório ligado ao contrato de trabalho. São eles os direitos intelectuais decorrentes da autoria e criação do empregado, não exigidos por disposição contratual ou, até mesmo, os danos morais e materiais decorrentes da relação empregatícia a cargo do empregador. Godinho determina os direitos intelectuais como "São vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística." (DELGADO, 2014, p. 638).

2.3.3 Extinção do contrato de trabalho

O contrato trabalhista é regido pelo Princípio da continuidade da relação de emprego, no qual é preservado o vínculo empregatício enquanto não existir fator relevante para a dispensa.

Contudo, há situações em que o vínculo é rompido, seja por vontade do empregado, do empregador, ou de ambas as partes. Godinho alega: "O contrato de

trabalho, como os negócios jurídicos em geral, nasce em certo instante, cumpre-se parcialmente ou de modo integral, e sofre, quase que inevitavelmente, alterações ao longo do tempo; por fim, ele se extingue." (DELGADO, 2014, p. 1162).

Portanto, a extinção do contrato de trabalho se dará pela cessação das relações jurídicas firmadas entre empregado e empregador. Há algumas modalidades que regem o rompimento do vinculo laboral a serem discorridas em seus respectivos tópicos.

2.3.3.1 Dispensa sem justa causa

Também nomeada como dispensa injusta ou imotivada, é um tipo voluntário, por parte do empregador, de cessar a relação justrabalhista. Sua classificação como "imotivada" decorre da ausência de pressupostos legais da parte para proceder com a dispensa do empregado, visto que a decisão não esta tipificada em lei, mas sim em fatores externos.

Nesta modalidade o empregador não apresentou causa ou motivo que ensejasse a extinção contratual, constituindo a denúncia vazia. Ele não possui a obrigação de justificar os motivos da dispensa, exercendo seu direito potestativo.

Contudo, esta modalidade rescisória acarreta consequências decorrentes do desrespeito ao princípio da continuidade da relação de emprego, de forma que aquele que dispensar o empregado sem que haja motivo legal explícito estará submetido a uma série de sanções.

O empregado fara jus ao salário correspondente ao período trabalhado, juntamente com férias vencidas e proporcionais, gratificação natalina, indenização do FGTS com multa de 40% sobre o valor e seguro-desemprego.

Além disso, o empregado fará jus ao aviso prévio, e em caso de desrespeito a este período concedido ao empregado para buscar novas alternativas, será devida indenização a cargo do patrão.

2.3.4 Pedido de demissão

Trata-se de outra modalidade voluntária de extinção, visto que o obreiro expressa sua vontade e direito de encerrar o vínculo jurídico previamente estabelecido. Não há necessidade de demonstrar motivação para que se configure o rompimento, visto que é direito da personalidade do empregado se retirar de qualquer situação que não lhe seja favorável.

A modalidade discutida permite ao empregado receber a quantia proporcional ao seu tempo de serviço, férias proporcionais e vencidas e 13º salário.

Há, contudo, duas variáveis em relação à modalidade anterior: o trabalhador não faz jus ao direito de indenização do FGTS; o empregado não recebe pelo aviso prévio, devendo, na realidade, concedê-lo ao empregador. O desrespeito a esta segunda disposição gera ao obreiro dever de indenizar o empregador, ressarcindo-lhe pelo período em que estaria com o aviso.

Godinho determina que "em caso de pedido de demissão, o empregado é que deverá conceder aviso prévio de 30 dias ao empregador" (DELGADO, 2014, p. 1198).

2.3.5 Dispensa por justa causa

Também conhecida como despedida motivada, refere-se às condutas faltosas do obreiro que abalam a confiança e boa-fé inerentes do contrato de trabalho, ensejando o fim da relação empregatícia.

Nesta modalidade há um rol taxativo de determinações a ser seguido para que seja caracterizada a justa causa, sendo exclusivas à lei quaisquer hipóteses adotadas para a demissão.

Há requisitos doutrinários para que seja encaixa esta modalidade, sendo eles objetivos e subjetivos.

Os objetivos estão ligados às condutas pessoais e obrigacionais adotadas pelo empregado que atinjam o vínculo trabalhista. Não basta que a conduta esteja legalmente tipificada, devendo, também, causar dano ao contrato de trabalho firmado.

A penalidade, contudo, não pode ser desproporcional ao fato infortuno, devendo o empregador dosar o poder disciplinar a ser adotado.

Quando aos requisitos subjetivos são aqueles decorrentes do sujeito, ou seja, do autor da conduta indesejada, analisando o seu grau dolo e culpa. Estão englobadas no tipo as condutas de ação e de omissão.

Nesta modalidade as únicas verbas cabíveis ao empregado são o salário proporcional e as férias vencidas, restringindo-o a quaisquer demais verbas cabíveis em outras modalidades.

2.4 Do aviso-prévio

O aviso prévio concede a um dos polos da relação jurídica contratual um prazo para que regularize sua situação. Ao empregador restará tempo para buscar um substituto para preencher a vaga deixada pelo obreiro que se retirou, e ao empregado será permitido buscar novas oportunidades de trabalho sem estar, de fato, desempregado no momento.

A comunicação entre os contratantes os mune de tempo para avaliar alternativas antes de tomar medidas descabidas e precipitadas, garantindo maior segurança jurídica a ambos, e redução do ônus suportado pela parte rescindida.

A Constituição Federal concede tal direito, determinando que (CF, art.7º, XXI):

> "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: (...)
>
> XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;"

A promulgação da Lei 12.506/11 determinou a proporcionalidade a ser adotada no aviso prévio, seguindo o exposto:

> "Lei 12.506/11, art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.
>
> Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias."

Desta forma a duração do aviso prévio respeitará a variável de 30 a 90 dias a ser concedido pelo polo que ensejar o fim da relação trabalhista estabelecida. Aquele que desrespeitar o prazo legalmente determinado deverá indenizar a parte contrária no valor de dias que lhe seriam de direito.

2.5 Do princípio da continuidade da relação de emprego

O Direito do Trabalho tem como um de seus principais princípios o da Continuidade da Relação de Emprego, no qual se busca preservar o vínculo de trabalho do empregado com o empregador. Ele busca evitar demissões em série para proteger o elo mais frágil da relação jurídica, que é o empregado. Por tal razão, o término do contrato de trabalho se torna um assunto delicado. Ele será encerrado livremente por vontade do empregado, mas ao empregador obstarão motivos para a rescisão ou verbas indenizatórias devidas ao empregado.

A Constituição prevê tal proteção em seu artigo sétimo: "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos" (Art. 7º, I, CF/88).

O Direito do Trabalho, a partir deste princípio, visa à preservação do vínculo empregatício em prol do empregado, visto que sua continuidade na carreira lhe dará capacitação e vantagens econômicas.

Podem ser descritas três repercussões favoráveis ao obreiro, de acordo com critérios doutrinários de Godinho, decorrentes da permanência do contrato pactuado.

A primeira engloba a tendência de elevação dos direitos trabalhistas, visto que a maior duração da relação empregatícia gera ao empregado melhores possibilidades de evoluir em sua carreira recebendo aumentos, bonificações e progressão em seu quadro de carreira. Ora, quanto maior for o período no obreiro em seu labor, maior técnica ele adquirirá para praticar o ofício, contribuindo para seu empregador e tendo a oportunidade de evoluir no mundo profissional.

Em segundo lugar, haverá maior investimento profissional e educacional para a evolução do empregado. Qualquer empregador que preze sua atividade exercida enseja elevar a condição de seus trabalhadores para qualificação do serviço prestado por eles. Desta forma, o patrão irá investir em profissionalização e aperfeiçoamento de seus contratados, coisa que não faria em caso de grande rotatividade de empregados. O investimento nos funcionários seria uma prioridade, impulsionando o crescimento intelectual e laboral do país.

Por fim, a terceira repercussão favorável deste princípio incide na afirmação social do indivíduo. É intrínseca do ser humano a busca por evolução, e antes mesmo disso, a luta por sobrevivência. Não há possibilidade de viver de forma digna sem meios financeiros. O trabalhador é, portanto, dependente de seu salário. Tal dependência causa insegurança, e esta é reduzida quando o obreiro está em um emprego estável de tempo indeterminado. O trabalho é valor social da nação, elevando o indivíduo e o inserindo nos padrões considerados “dignos” aos cidadãos.

Pode-se evidenciar a incidência deste princípio em quatro situações: restrição de contratos a termo; estabilidade e garantias de emprego; interrupção e suspensão contratual; determinação de justificativa à dispensa.

A justificativa da dispensa é, inclusive, ratificada com a aplicação da Súmula 212 do TST:

“SUM-212 DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA

> O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

A restrição imposta aos contratos a termo se dá pela contrariedade que estes apresentam em relação ao Princípio da Continuidade da Relação de Emprego. Este tipo de contrato é aceito pela legislação correspondendo a três pretextos. Em um primeiro momento, busca-se este gênero contratual para prestar serviços de caráter transitório. No segundo momento, acata serviços cuja natureza e duração justifique a estipulação de um prazo. Por fim, há a possibilidade do contrato de experiência.

A relevância do Princípio discutido se torna visível ao notar que a própria CLT possui em seu corpo determinações correspondentes a ele quando determina que a alteração no polo do empresa não extingue as relações jurídicas firmadas com o empregado, expondo que: “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.” (CLT, art. 448).

2.6 Motivação para dispensa

O critério da motivação é direcionado diretamente ao empregador, não sendo aplicado quando a ruptura for decorrente de direito potestativo do empregado.

O contrato de trabalhado é fundado na pessoalidade do empregado, exclusivamente, sendo uma ofensa a seu direito fundamental obrigá-lo a manter uma relação jurídica que lhe é desfavorável. Já no polo empregador há a característica da impessoalidade, não sendo violada qualquer liberdade individual pela incidência do princípio da continuidade da relação de emprego.

A motivação consiste na determinação, pelo empregador, das causas que geraram a ruptura do contrato de trabalho, ou seja, o trabalhador teria conhecimento dos motivos e critérios adotados para embasar sua dispensa.

Há, contudo, a possibilidade de denúncia vazia, também conhecida como despedida injusta do empregado.

3 DO DIREITO INTERNACIONAL

3.1 Das convenções

As convenções são firmadas através de acordo de vontade de entidades internacionais. Sua pactuação pode ser entre Estados ou Personalidades de Direito Público, entes jurídicos dotados de soberania.

As Organizações Internacionais possuem mesmo grau hierárquico que Países para tratar de direitos de amplitude mundial.

A soberania da qual tais personalidades são agraciadas se dá devido a ausência de hierarquia nas relações prestadas, havendo uma colaboração horizontal visando um bem maior.

Para a validade e eficácia dos Tratados devem ser respeitadas algumas condições, usualmente divididas em dois blocos: intrínsecas e extrínsecas.

As primeiras condições estão ligadas à capacidade das partes de pactuar livremente, sendo seu objeto possível e lícito diante das normas e bons costumes do Direito Internacional. A segunda corresponde a quesitos formais para celebração do acordo, como ratificação, publicação e registro.

3.1.1 Celebração

Na Constituição Nacional brasileira é disposto que os tratados internacionais são aprovados pelo Congresso Nacional, em suas duas casas por maioria absoluta, e ratificados pelo Presidente da República.

Portanto, cabe ressaltar que não basta somente a aprovação de um Tratado para sua vigência, sendo necessária também sua confirmação pelo chefe do Poder Executivo do país. É exposto que (REZEK, 2014, p. 73):

> "Só se pode entender a ratificação como ato *internacional*, e como ato *de governo*. Este, o poder Executivo, titular que costuma ser dinâmica das relações exteriores de todo Estado, aparece como idôneo para ratificar – o que no léxico significa *confirmar* – perante outras pessoas jurídicas de direito das gentes, aquilo que ele próprio, ao término da fase negocial, deixara pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto.".

Contudo, há alguns procedimentos a serem observados devido aos seus respectivos graus de formalidade, limitando a adoção de Convenções a determinados parâmetros, sendo eles: procedimentos solenes; procedimentos solenes mediante adesão; procedimento simplificado.

Estas construções doutrinárias auxiliam na aplicabilidade de Convenções em âmbito interno, visando garantir o pleno cumprimento normativo.

3.1.1.1 Procedimento solene

Este procedimento é caracterizado por suas diversas etapas que atribuem maior grau de formalidade à formação do acordo entre os entes públicos, respeitando a interpretação de comandos legais dispostos na Constituição Federal.

Ele deve seguir um longo procedimento, indispensável para a validade do Tratado. Somente correspondendo a todos os requisitos o acordo terá vigência em âmbito nacional e internacional. O procedimento burocrático garante maior segurança jurídica tendo em vista que são necessárias inúmeras etapas até que o Tratado passe de uma proposta para uma lei aplicável em âmbito interno. Desta forma, algo tão relevante como a aplicação de uma lei externa dentro de uma nação não será algo banal, passando pelo crivo de diversos entes.

Em um primeiro momento ocorrerá a negociação entre os interessados, ponderando melhores estratégias de lidar com a problemática debatida sem ferir costumes de determinado país ou personalidade jurídica. Há discussão de cláusulas e fixação de parâmetros a serem seguidos.

Após concordância dos pactuantes o Poder Executivo irá elaborar o Tratado nos padrões acordados e delimitados entre os entes internacionais, contendo preâmbulo, dispositivo e caso necessário, anexos.

A aceitação do texto cautelosamente elaborado será marcada por sua assinatura. Este ato não gera efeitos imediatos, dando, por hora, apenas o consentimento dos contratantes ao que fora formalizado. Não há, sequer obrigatoriedade de submeter o membro soberano às determinações contratuais neste momento, visto que tudo está em fase de verdadeira adesão. É disposto que (REZEK, 2014, p. 70):

> "Fala-se aqui daquela firma que põe termo a uma negociação – quase sempre bilateral – fixando e autenticando, sem dúvida, o texto do compromisso, mas acima disso, exteriorizando em definitivo o *consentimento* das pessoas jurídicas de direito das gentes que os signatários representam)".

Em um próximo instante será posta a prova a eficácia e a aplicabilidade do Tratado, de forma que será incorporado internamente às partes assinantes. Esta nova fase decorrente da disposição do direito interno é denominada "aprovação", que é oriunda da aceitação do Congresso Nacional.

O tratado será encaminhado ao Poder Legislativo para que este se posicione a respeito da aprovação ou não do tema debatido. A Câmara dos Deputados terá sua oportunidade de voto, e em caso de aceitação o contrato seguirá para o Senado Federal, todavia em quaisquer das casas será necessária aprovação por maioria absoluta dos votos, sendo este ensejo de adesão materializado através de Decreto Legislativo a ser publicado no Diário Oficial da União.

Posteriormente, o Tratado passará pelo crivo do Poder Executivo, e caso aprovado será assinado pelo Presidente e encaminhado para o Ministro das Relações

Exteriores. Nota-se que o acordo deve ser submetido à aprovação conjunta de dois poderes, de forma que o declínio de qualquer um deles comprometerá o andamento da Convenção em âmbito interno.

Tal ato discricionário do Poder Executivo põe em vigor a eficácia do Tratado em âmbito interno, sendo a partir de então obrigatória sua promulgação.

A promulgação indica que estão preenchidas todas as formalidades e requisitos para sua conclusão, estabelecendo os limites para que este seja inserido em âmbito interno. Ela se dá através de publicação de um Decreto do Presidente da República no Diário Oficial da União, atribuindo executoriedade ao Tratado internamente.

A Convenção passará para sua próxima etapa, a Publicação. Este processo é responsável por dar publicidade ao Tratado, tornando-o conhecimento público da nação que o adotou. Isto se dá devido à adequação do Brasil ao Princípio da Publicidade, em que atos da administração Pública devem ser divulgados, salvo exceções expressamente determinadas.

O acordo, a partir de então, fará parte do ordenamento interno do país, se tornando parte formalizada de seus costumes. Ele deverá ser cumprido devido à imperatividade adquirida nesta fase.

Por fim, haverá o registro do Tratado em âmbito internacional, como forma de dar publicidade ao acordo, contudo agora esta publicidade será mundial. A Convenção será registrada e publicada pelo Secretariado da ONU em seu anuário.

O registro do Tratado permite que este seja invocado em caso de descumprimento possibilitando a sanção do país em âmbito internacional, sendo, portanto, indispensável.

3.1.1.2 Procedimento solene mediante adesão

O procedimento de adesão se dá em acordos multilaterais, no qual já há uma convenção internacional criada e aqueles países que desejarem fazer parte dela também irão se comprometer a este pacto já formalizado.

Pode-se, em outro viés, determinar este tipo de inserção no Tratado uma expressão de vontade da personalidade de Direito Internacional, visto que ela não participará da elaboração do tratado, somente aceitando seus termos caso queira fazer parte deste.

A adesão se dará mediante autorização do Congresso Nacional através de procedimento solene. Após receber o aval das Casas, ocorrerá o depósito do Tratado, que corresponde a sua ratificação, seguido pela sua promulgação e publicação.

Contudo, é válido ressaltar que o ato de vontade em aderir a um acordo só será plausível diante de Tratado abertos, ou seja, que permitem a entrada de novos membros. Os tratados abertos "(...) são os acordos a que todos os Estados da comunidade internacional podem aderir" (SALIBA, 2011, p. 93). Destarte, a adesão se dará naqueles tratados que permitem quaisquer entes da comunidade internacional em sua pactuação.

3.1.1.3 Procedimento simplificado

Há, ainda, aqueles tratados que permitem maior celeridade em sua implementação. Este procedimento é utilizado em tratados bilaterais, que por sua forma simplificada não precisam passar pelo crivo do Congresso Nacional.

Esta modalidade será válida quando o Tratado objeto de ponderação deriva de um acordo já estabelecido e aceito internamente no país, ou seja, ele será uma derivação de norma internacional já inserida em âmbito interno.

Há também possibilidade de inserção em Convenções através deste procedimento quando o ato não gerar despesas ao erário, estando ausente qualquer onerosidade a nação.

Para que esta modalidade seja válida deve ocorrer a negociação do acordo, seguida de sua assinatura, publicação e registro. Nota-se que a falta de burocracia dessa modalidade se dá devido a pouca mudança ou facilidade de inserção interna da proposta.

3.1.2 Extinção

No que tange à extinção, o tratado pode ter sua vigência encerrada de inúmeras formas. Pode ser por vontade comum, por estado de guerra entre as partes, por alteração circunstancial e por vontade unilateral.

Aqueles que celebram o tratado podem desencadear seu fim através da manifestação de vontade. Há algumas maneiras de expressar o ensejo de cessar o acordo.

Uma primeira hipótese seria o próprio texto convencional do tratado prever seu fim, determinando um prazo. É possível, contudo, prorrogar o prazo de encerramento caso as partes contratantes expressem sua vontade.

A segunda possibilidade se dá pelo acontecimento do que ensejou o tratado, ou seja, o objeto acordado foi atingido pelas partes, não sendo mais necessário manter o pacto que anteriormente os ligava. Há, portanto, uma condição resolutiva no Tratado, e sendo esta alcançada, o acordo termina por si só.

Por fim, a terceira alternativa se dá pela manifestação expressa dos pactuantes em encerrar o acordo anteriormente firmado. Independente do Tratado estar ou não vigente, podem as partes se retirar por vontade comum. Conforme doutrinado, “Extingue-se um tratado por ab-rogação sempre que a vontade de termina-lo é comum às partes por ele obrigadas.” (REZEK, 2014, p. 140).

Há ainda a possibilidade das partes se desobrigarem do Tratado anterior celebrando um novo acordo.

Em outro viés, o Estado de Guerra pode ensejar a extinção dos tratados. O impacto do conflito será constatado em acordos bilaterais no qual as partes divergirem, importando na dissolução. Já em acordos multilaterais, ocorrerá a suspensão da vigência do acordo entre os conflitantes.

A mudança circunstancial ocorre devido a eventos capazes de extinguir ou suspender um contrato, visto que as novas realidades sociais, políticas ou ambientais não permitem sua vigência. De forma simplificada, pode-se aduzir que algo responsável pela gestão e continuidade do acordo não existe mais devido a determinado fato ou acontecimento, sendo impossível prosseguir. É exposto que "Refere-se a este tópico à superveniência da impossibilidade do cumprimento do tratado, e ainda à alteração fundamental das circunstâncias, fenômeno visado pela teoria da cláusula *rebus sic stantibus*." (REZEK, 2014, p. 151)

Por fim, há de se falar da Denúncia, outra modalidade de extinção de um tratado a ser discorrida em tópico a parte devido à suma relevância para este trabalho acadêmico.

3.1.2.1 Denúncia

A vontade unilateral se dará por denúncia, na qual o Estado manifesta expressamente sua vontade de não ser mais parte do tratado. Ela tem efeitos contrários à adesão e ratificação do tratado, objetivando se desvincular do acordo anteriormente firmado.

Para isso, tal possibilidade deve ter sido antevista e a natureza do tratado deve permitir, posto que nem todo tratado seja passível de denúncia.

É determinado pela Convenção de Viena, em seu art. 56:

> "1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que:
>
> a)se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou
>
> b)um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado."

A denúncia é retratável, cabendo ao Estado aderir ao tratado novamente se desejar.

3.1.2.2 Funcionamento em âmbito interno

Passado o prazo de doze meses após o depósito do Tratado, a denúncia de uma convenção da OIT poderá ser feita após o decênio de validade de sua ratificação, devendo ser expressa. Outra possibilidade de denúncia de convenção da OIT se dá antes de completar os doze meses, não havendo prejuízo, na medida em que o instrumento ainda não possui vigor.

Há, contudo, conflito a respeito da competência para fazer tal denúncia. Parte da doutrina sustenta que a decisão se basta por um único poder da União, seja determinação do Presidente da República, ou do Congresso Nacional.

Para maior deliberação do tema serão apresentados posicionamentos doutrinários que apontem perspectivas a respeito.

Francisco Rezek dispõe sobre a competência de quaisquer dos poderes denunciar tratados sem a anuência do outro, conforme exposto (2014, p. 116):

> "(...) parece bastante lógico que, onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para obrigar o Estado, lançando-o numa relação contratual internacional, repute-se suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para desobrigá-lo por meio da denúncia. Não há falar, assim, à luz impertinente do princípio do ato contrário, que se as duas vontades tiverem de somar-se para a conclusão do pacto, é preciso vê-las de novo somadas para seu desfazimento. Antes, cumpre entender que as vontades reunidas do governo e do parlamento presumem-se firmes e inalteradas, desde o instante

> da celebração do tratado, e ao longo de sua vigência pelo tempo afora, como dois pilares de sustentação da vontade nacional. Isso levará à conclusão de que nenhum tratado — dentre os que se mostrem rejeitáveis por meio de denúncia — deve continuar vigendo contra a vontade quer do governo, quer do Congresso. O ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em relação ao tratado há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o consentimento do Estado"

Para José Sette Câmara o poder de realizar denúncia de tratados é exclusivo do Poder Executivo, não havendo interferência ou necessidade de autorização do Poder Legislativo.

Clóvis Bevilaqua alega que ao acatar o disposto em um Tratado o Congresso já estará aprovando suas condições e modo de denúncia, não havendo, portanto, nova necessidade de ratificação da vontade do chefe do Executivo. Ele sustenta também que a denúncia é ato administrativo, sendo pertencente ao Poder Executivo.

Expõe-se que (BEVILÁQUA, 1926):

> "Em face da Constituição Federal, pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado que, no seu texto, estabelece as condições e o modo da denúncia, como é o caso do 184 Pacto da Sociedade das Nações, art. 1o, última parte. Esta proposição parece evidente, por si mesmo. Se há no tratado, uma cláusula, prevendo e regulamentando a denúncia, - quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso"

Ademais, o Poder Executivo é responsável por representar o Estado em âmbito Internacional, devendo a participação do Congresso Nacional ser residual.

Pontes de Miranda, em contraste aos autores supracitados, defende a necessidade do Presidente em consultar o Congresso Nacional visando à proteção de princípios constitucionais. Para o autor a necessidade deriva do fato de que a aprovação do Tratado foi decorrente da vontade de dois poderes, não podendo sua denúncia seguir caminho divergente para proceder, conforme exposto (1987, p. 109):

> "Aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais. O Presidente da República pode apressar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo, ad referendum do Poder Legislativo."

Seu posicionamento foi embasado na Teoria dos Freios e Contrapesos, na qual um poder limitaria a atuação do outro ensejando harmonia em suas decisões.

O posicionamento de Flávia Piovesan segue sentindo similar ao de Pontes de Miranda, considerando que se para a ratificação de uma Convenção é necessário ato complexo, conjugando determinação de dois poderes, a sua denúncia deverá seguir este mesmo padrão. A retirada do Tratado do ordenamento jurídico interno deveria seguir as mesmas regras utilizadas para sua vigência, mantendo a democratização do processo.

Cançado Trindade expõe que é necessário reduzir a discricionariedade do poder Executivo, já que a competência de revogação de leis pertence ao Legislativo, não podendo haver delegação por ser competência exclusiva. Assim afirma:

> "Pessoalmente, sou pela redução da discricionariedade do Executivo na execução ou implementação especificamente dos tratados humanitários, incluídas aqui as Convenções internacionais do trabalho, que, de lege ferenda, deveriam, a meu ver, ter sua denúncia igualmente sujeita, em nosso direito, à prévia autorização parlamentar." (TRINDADE, 1947 apud MEDEIROS, 2000-2004, p. 421).

Arnaldo Sussekind compartilha do posicionamento em que um Tratado deve, para sua denúncia, passar pelo crivo do Congresso Nacional, visto que a denúncia não é mero ato administrativo devido à retirada de uma norma do sistema jurídico interno. Esse mesmo autor assim declara: "Com referência à submissão das recomendações da OIT ao Congresso Nacional, entendemos que elas devem ser encaminhadas a esse Poder, desde que a matéria versada seja, no âmbito nacional, de sua competência." (1986, p. 113).

Ademais, se o Tratado debatido possuir natureza que verse sobre Direitos Humanos, estará inserido ao ordenamento sob característica de cláusula pétrea.

A doutrina atual segue majoritariamente a corrente em que a realização da denúncia não pode ser exclusiva do Presidente da República, devendo haver participação do Congresso Nacional, como aponta Pedro Dallari (2003, p. 117):

> "O Presidente da República dispõe de exclusividade na iniciativa de projetos de lei de diversas naturezas, como em matéria orçamentária, por exemplo. Aprovado o projeto pelo Congresso Nacional, pode sancioná-lo ou vetá-lo. Mas, uma vez em vigor a lei, não pode o Presidente revogá-la ou modificá-la unilateralmente, tendo, para isso, que provocar nova deliberação do Poder Legislativo. Aplicando-se essa sistemática à apreciação dos tratados internacionais, mais correto seria que o ato de denúncia fosse precedido de aprovação parlamentar."

Destarte, conforme aponta o autor supracitado, não é possível uma tomada de decisão exclusiva do chefe do Poder Executivo considerando que a revogação de medidas em âmbito interno depende de deliberação do Congresso Nacional.

3.2 Tratados que versem sobre direitos humanos

Sua natureza envolve vastos debates que englobam situações relevantes mundialmente, que ensejam desde perspectivas sociológicas, até econômicas, há de ressaltar (MEIRELES, 2016, p.80):

> "As convenções poderiam se enquadrar no que Piovesan reconhece como "mínimo ético irredutível" e que é objeto do direito internacional dos direitos humanos. A autora assim se refere a tratados de direito humanos, pois refletem uma "consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca de salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos". Daí falar-se em caráter de subsidiariedade ou de complementaridade dos direitos humanos. E nesse sentido, pode-se afirmar que as convenções da OIT são normas internacionais que buscam assegurar parâmetros protetivos mínimos em matéria trabalhista.".

Portanto, é nítido o caráter ensejador de "direitos humanos" nessas convenções, visto que busca o mínimo de dignidade ao ser humano em algo trivial,

porém tão necessário em sua vida, a relação de emprego. Sem essa garantia não haveria bem comum, sendo ignorados os desejos e até necessidades de uma maioria.

Ademais, cabe adentrar mais profundamente nos pensamentos da autora citada (PIOVESAN, 2017, p. 83):

> "(...) os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional.".

O Brasil segue, majoritariamente, a corrente monista para analisar os Tratados de Direitos Humanos, na qual uma única ordem jurídica engloba o direito interno e o direito internacional. Para Barroso (2007, p. 16):

> "O direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema. Por assim ser, torna-se imperativa a existência de normas que coordenem esses dois domínios, e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito".

O próprio STF adotou tal corrente, expõe Bezerra Leite (2014, p. 112):

> "O STF adotava uma espécie de "monismo moderado", pois admitia a incorporação do tratado internacional – sem se preocupar tratar-se de tratado de direitos humanos ou de direito comercial – no ordenamento interno, porém com status de lei ordinária, e não com o status de norma constitucional."

A promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 determinou que aqueles Tratados sobre direitos humanos aprovados por três quintos dos votos em dois turnos nas respectivas Casas, equivaleriam à emendas constitucionais, ingressando no "bloco de constitucionalidade", ou seja, normas que tenham status de emenda constitucional.

Tais Convenções se tornam, portanto, imunes à denúncia devido à sua característica de cláusulas pétreas.

> "Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos

> dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Tratados que versam sobre Direito Humanos, mas possuem seu rito de aprovação equiparado ao rito ordinário possuem caráter supralegal, ou seja, estão situadas abaixo da Constituição Federal e acima da legislação interna. Segundo exposto "Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional" (PIOVESAN, 2010, p. 205).

A Convenção 158 da OIT, tema ainda a ser discorrido neste trabalho, foi aprovada respeitando o rito de leis ordinárias, se encaixando acima do ordenamento jurídico brasileiro, mas abaixo da Carta Magna. Este status se deu devido à sua matéria, que versa sobre direitos humanos e sociais ao tratar de relações empregatícias.

Para tanto, há de se conceituar Leis Complementares e Ordinárias, ensejando maior compreensão do tema e debate posterior à respeito da legalidade e forma de denuncia da referida Convenção.

3.3 Leis complementares e ordinárias

As espécies normativas auxiliam na compreensão organizacional do sistema legislativo brasileiro, atribuindo estruturas e funções às formas legais.

A Lei Complementar visa regulamentar normas constitucionais quando previsto taxativamente no texto. Sua elaboração exige certa complexidade, ensejando aprovação por maioria absoluta dos votos, ou seja, três quintos, nas duas Casas do Congresso Nacional. Sua alteração decorre de outra Lei Complementar que a revogue.

Seu trâmite segue as mesmas medidas administrativas de uma Lei Ordinária, e apesar de haver maiores determinações para sua aprovação, não há grau de hierarquia entre esta norma e a lei ordinária, sendo equivalentes em sua vigência e incidência. É disposto que (LENZA, 2016, p. 708):

> "As hipóteses de regulamentação da Constituição por meio de lei complementar estão taxativamente previstas no Texto Maior. Sempre que o constituinte originário (ou até mesmo o derivado reformador, conforme previsto, por exemplo, nos arts. 146-A e 202, assim como poderia ter sido trazido pelo derivado revisor) quiser que determinada matéria seja regulamentada por lei complementar, expressamente, assim o requererá.".

Já a Lei Ordinária é a norma tipicamente elaborada, devendo ser aprovada por maioria simples do Congresso Nacional, ou seja, devem ser a favor desta a maioria dos presentes em sessão legislativa. Sua competência é residual, de forma que não estando expresso determinado rito de elaboração da norma, caberá a Lei Ordinária.

A Lei Ordinária não pode versar sobre matéria exclusiva de Lei Complementar, sob pena de ser considerada nula devido à sua inconstitucionalidade. A contrária não é verdadeira, visto que uma Lei Complementar pode suprir a lacuna deixada pela ausência de uma Lei Ordinária devido a maior complexidade de aprovação da primeira, como usualmente dito: "Quem pode mais, pode menos".

Traz novamente exposto à respeitos das Leis Ordinárias (LENZA, 2016, p. 708):

> "Em relação às leis ordinárias, o campo material por elas ocupado é residual, ou seja, tudo o que não for regulamentado por lei complementar, decreto legislativo (art. 49 — matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional) e resoluções (arts. 51 e 52 — matérias de competência privativa, respectivamente, da Câmara dos De- putados e do Senado Federal).".

Na hipótese de uma Lei Complementar versar sobre tema restrito a Lei Ordinária, ela estará sujeita a materialidade de uma Lei Ordinária, ou seja, pode ser revogada ou modificada por outra Lei Ordinária.

3.4 Organização Internacional do Trabalho

As Organizações Internacionais são mecanismos criados pelos Estados visando sanar conflitos e necessidades mundiais. É, de certa forma, uma aliança firmada entre os Estados através de acordos visando atender um fim semelhante, que

será mais facilmente atingido por meio de cooperação dos Estados-Membros. Mônica Herz aponta como (2004, p. 9): "As Organizações Intergovernamentais Internacionais (OIG), formadas por Estados, e as Organizações Não Governamentais Internacionais (OGI) são a forma mais institucionalizada de realizar cooperação internacional.".

Tais organizações possuem personalidade jurídica internacional, sendo-lhe atribuídos direitos e deveres, ou seja, entidade formada em âmbito internacional deverá atender expectativas para as quais foi designada em seus atos constitutivos. Contudo, sua personalidade jurídica não se confunde com a de seus Estados criadores.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi fundada em 1919 a partir do Tratado de Versalhes, sendo atualmente uma das organizações mais prestigiadas da Organização das Nações Unidas (ONU). Ela foi constituída através de Tratado, sendo pessoa jurídica de direito internacional que possui controle sobre suas normas, não sendo confundida com seus Estados criadores.

Seu principal objetivo é promover equidade em relações trabalhistas, regulando a atuação de empregados e empregadores para que esta ocorra com dignidade e justiça.

Nítida se torna a relevância de tal Organização para a evolução sociológica e humanista que é trazido (MEIRELES, 2016, p. 77):

> "Juntamente com esses sistemas globais e regionais de proteção dos direitos humanos, a OIT, como já vimos, desempenha papel fundamental na atividade normativa sobre as normas de proteção do trabalho por meio de convenções. Até a 103ª Conferência Internacional do Trabalho (em junho de 2014) a OIT aprovou 189 convenções cobrindo as mais diversas matérias em direito do trabalho,...".

A Organização Internacional do Trabalho é responsável pelo controle de normas trabalhistas em âmbito do direito internacional, visando regulamentar a relação de trabalho através de recomendações, convenções e resoluções. Dá-se sua natureza jurídica segundo Sussekind (SUSSEKIND, 2005, p. 1548):

> "A OIT foi criada pelo Tratado de Versalhes como organização permanente, constituída pelos seus Estados-Membros, para realizar o programa exposto no Preâmbulo da sua Constituição, com a ampliação decorrente da incorporação, ao seu texto, da Declaração de Filadélfia sobre fins a que sua ação deva visar (art. 1º da Constituição). E o art. 39 da mesma Constituição estatui que a entidade "gozará de completa personalidade jurídica". Por seu turno, esclarece o art. 40 que "a organização Internacional do Trabalho gozará, no território de cada um de seus membros, dos privilégios e imunidades que sejam necessários para a consecução de seus fins".

Como Fonte Formal do Direito Internacional, esta Organização é responsável pela elaboração de debate de Tratados que versem sobre trabalho. Os Estados que aderem aos Tratados, Recomendações e Convenções derivados deste mecanismo internacional se comprometem a cumprir suas determinações em âmbito interno.

Recomendações são orientações atribuídas aos Estados-membros visando atingir metas mínimas nas relações de trabalho.

Já convenção da OIT é caracterizada por ser um tratado de natureza normativa, multilateral e aberto. Contudo, as convenções não têm autonomia para serem impostas aos Estados, já que a soberania destes deve ser respeitada.

Após aprovação pela Conferência Internacional do Trabalho, a Convenção passa a ser classificada como tratados-leis ou normativos, tendo em vista que podem: regular relações internacionais; estabelecer normas gerais de ação; confirmar ou modificar costumes adotados entre as nações. "As convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho são, portanto, tratados-lei (normativos), multilaterais e abertos, que visam a regular determinadas relações sociais." (SUSSEKIND, 2005, p. 1561).

Sua vigência ocorre doze meses após o registro de duas ratificações da Convenção por Estados-membro. Por outro lado, em âmbito nacional se dá após doze meses que o próprio Estado a tenha ratificado.

Os tratados representam acordo de vontades entre as partes, sendo elas Estados ou Personalidade Jurídica de Direito Público. A Convenção de Viena determina Tratados como:

> "Art. 2o Tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular."

Pode-se concluir, portanto, que a OIT possui natureza jurídica de direito internacional, detendo privilégios e imunidades de pessoa de direito público externo.

4 CONVENÇÃO 158 DA OIT E SUA APLICABILIDADE INTERNA

4.1 Da constitucionalidade formal da conveção

A Convenção 158 da Organização Mundial do Trabalho foi aprovada em ambas as Casas do Congresso Nacional mediante quórum qualificado, ou seja, pela aprovação da maioria absoluta de seus membros. Posteriormente, foi publicada no Diário Oficial da União, e passando pelo crivo do chefe do Poder Executivo através de um Decreto Presidencial e nova publicação no D.O.U., começou a viger no Brasil.

O Tratado em questão versa sobre a despedida sem justa causa ou arbitrária na relação de trabalho, regulamentando seus desdobramentos jurídicos e práticos.

Em tese, foram respeitadas todas as formalidades necessárias para a aprovação de um tratado ou convenção internacional em âmbito interno. Contudo, a matéria sobre a qual versava a pacto firmado exigia um rito diverso para declaração de sua validade.

O art. 7º da CF determina que:

> "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;"

O desdobramento do artigo da Carta Magna apresentado determina que Lei Complementar versará sobre a despedida arbitrária ou sem justa causa, constituindo uma incongruência formal homologar uma Convenção para versar sobre o tema, posto que seu rito de aprovação lhe confere força legislativa de uma Lei Ordinária.

Apesar da Lei Ordinária estar em paridade hierárquica com a Lei Complementar, sua aprovação exige menos burocracias e desdobramentos. Enquanto a Lei Ordinária exige aprovação da maioria simples de cada Casa do Congresso Nacional, a Lei Complementar precisa de aceitação da maioria absoluta em cada Casa Legislativa.

Ademais, a Lei Complementar tem sua aplicabilidade expressa pela Carta Magna, não podendo ser substituída por Lei Ordinária sob pena de ser declarada inconstitucional. Já a Lei Ordinária pode ser aplicada em qualquer caso que não requeira rito diverso, não havendo qualquer efeito caso uma Lei Complementar module sobre matéria de Lei Ordinária, se não que passará a ser tratada como Lei Complementar em posteriores decisões.

Esta distinção se dá pelo maior grau de dificuldade de aprovação das Leis Complementares, como comumente falado em âmbito jurídico: “Quem pode mais, pode menos.”.

Destarte, há de fato uma inconstitucionalidade formal na aplicabilidade da Convenção 158 da OIT, porquanto desrespeitou o protocolo de aprovação determinado pela Constituição Federal, tendo em vista que a matéria sobre a qual versa o Tratado é competência de Lei Complementar.

Francisco Rezek faz um apontamento quanto a irregularidade de um tratado internacional em relação a norma interna (REZEK, 2014, p. 127):

> “Assim, posto o primado a constituição em confronto com a norma pacta sunt servanta, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”

Destarte, não há de se falar na possibilidade de supressão de norma interna em prol de internalização de um Tratado, devendo, se for o caso, cometer violação em âmbito internacional para preservar a autoridade do Estado.

4.2 Da constitucionalidade material da convenção

O Brasil adota medidas protecionistas em relação ao empregado, elo mais frágil da relação empregatícia, pautando-se em princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana e da Continuidade da Relação de Emprego.

É exposto que (DELGADO, 2014, p. 206):

> "...é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justrabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade."

Apesar da Reforma Trabalhista ter alterado diversos ritos adotados no Direito do Trabalho, não houve mudança quanto a matéria da Convenção tratada, ou seja, não houve complementação no tocante a demissão sem justa causa ou arbitrária.

É fato que a Lei 13.467/17 determinou a redução de diversas medidas protecionistas em relação ao obreiro, contudo, o caráter da relação empregatícia continua a se pautar na fragilidade do empregado.

Há duas vertentes a serem observadas para considerar a constitucionalidade material do objeto apresentado pela Convenção 158 da OIT.

Em um primeiro momento é relevante observar que a Constituição Federal, em seu art. 1°, dispõe que são Fundamentos da República a Dignidade da Pessoa Humana e os Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa.

Pode-se considerar que a despedida arbitrária ofende a "Dignidade da Pessoa humana", tendo em vista que o empregado depende da subsistência advinda da

relação de emprego para sobreviver com o mínimo de integridade esperado. Sem o trabalho o indivíduo é privado até mesmo de questões de caráter alimentício, sendo impossível constituir uma vida nobre.

Sérgio Pinto Martins define "O conceito de dispensa arbitrária é encontrado no art. 165 da CLT, que dispõe que se entende por dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro." (MARTINS, 2014, p. 401).

Ademais, ele também faz a diferenciação entre o ato arbitrário e a dispensa sem juntas causa (MARTINS, 2014, p. 402):

> "O ato arbitrário é praticado pelo empregador, ao dispensar o empregado sem justificativa. A justa causa é praticada pelo empregado. A dispensa sem justa causa é feita pelo empregador sem motivo dado pelo empregado"

Outrossim, são elevados os "Valores Sociais do Trabalho", protegendo a integridade moral e psíquica do obreiro, considerando que o trabalho é de elevada estima em meio à sociedade atual, compondo a integridade do indivíduo em meio aos demais.

A determinação da reinserção do trabalhador ao ambiente de trabalho ou de sua indenização quando a demissão tivesse caráter arbitrário (pautado em motivos frágeis para descontruir o vínculo empregatício) iria garantir igualdade e afastar quaisquer injustiças que pudessem advir do empregador, pois ele não teria respaldo legal para acobertar sua motivação, que caso fosse discriminatória ou meramente uma veneta, ele poderia ser obrigado a arcar com as consequências de sua decisão.

Por outro lado, é também preceito constitucional, juntamente com o trabalho, os "Valores sociais da Livre Iniciativa", que permitem ao empregador a flexibilidade de gerir seu negócio quando atendidas as delimitações do ordenamento brasileiro. A liberdade de iniciativa engloba não somente a autonomia de empreender e comercializar, mas também a de contratar, sendo este um princípio do liberalismo econômico. A Carta Magna determina em seu art. 170, parágrafo único que: "É

assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”.

Não há, até o presente momento, regulamentação legal a respeito da despedida arbitrária, tendo em vista que não houve decisão sobre a constitucionalidade da Convenção 158 da OIT. Destarte, é possível posicionar-se em favor do liberalismo econômico, adotado em países de primeiro mundo, a fim de flexibilizar as relações trabalhistas e garantir maior concorrência na atividade econômica, que será impulsionada pela lei de mercado, movimentando a economia.

Pode-se concluir que existem fundamentos constitucionais em favor de ambas correntes: as da aplicabilidade da Convenção, e as contra.

4.3 Da inconstitucionalidade da denúncia

Há posicionamentos diversos quando ao rito de denúncia de Convenções e Tratados, de forma que há controvérsias doutrinárias no tocante a inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT, a serem tratadas no decorrer deste tópico.

Ao internalizar a Convenção 158 da OIT os Poderes Executivo e Legislativo homologaram os preceitos descritos no texto legal do acordo, estando responsabilizados interna e externamente a cumprir com o disposto.

O Decreto Legislativo n° 68/1992, o qual aprovou o texto da Convenção debatida, determina em seu artigo 1°, parágrafo único, que “São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.”.

Ante o exposto, resta clara a obrigatoriedade de sujeitar quaisquer revisões ou ajustes à Convenção pelo crivo do Poder Legislativo para que este homologue ou denegue possíveis mudanças.

Nota-se que meras alterações estão condicionadas a aceitabilidade do Congresso Nacional, tornando incoerente que um ato tão extremo como a denúncia da Convenção esteja isento de burocracia.

Ademais, há de se falar no Princípio do Paralelismo das Formas, o qual determina que o rito de criação de uma lei deve ser o mesmo de sua extinção, ou seja, o ato administrativo deve ter como rito de extinção o mesmo que lhe deu início.

A aprovação e internalização da Convenção 158 da OIT se deu mediante aceitação do Congresso Nacional e homologação do Poder Executivo. Desta forma, em consonância com o rito de adesão do acordo, sua denúncia deveria também partir da premissa de necessidade de acordo entre o Poder Legislativo e Executivo.

Sem essa dupla ratificação, a decisão tomada por somente um dos poderes é considerada inconstitucional, estando inapta a retirar a Convenção do ordenamento interno.

Não obstante, há doutrinadores que defendem que a denúncia de Tratados e Convenções é inerente à aceitação de ambos poderes, sendo necessária a desistência de somente um deles em alguns posicionamentos, ou somente do Poder Executivo em outros.

José Sette Câmara, como já apontado neste trabalho acadêmico, defende a exclusividade do Poder Executivo para denunciar tratados (1988, p. 70).

> "Sem sombra de dúvidas a conclusão é que o poder de denunciar tratados, mesmo se concluídos com aprovação legislativa pertence ao Executivo. O Legislativo não interfere no processo de denúncia nem é objeto de consulta por parte do Executivo."

Já Clóvis Bevilaqua defende que o Congresso, ao aceitar uma Convenção, está assumindo as condições e forma de denúncia desta. Ademais aponta que por se caracterizar como ato administrativo, denunciar uma convenção é competência do Poder Executivo.

Conforme exposto (BEVILÁQUA, 1926):

> "Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a renúncia quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é o modo de executá-lo, portanto, numa de suas cláusulas, se acha consignado o direito de o dar por extinto. (...) Se prevalecesse o princípio da necessidade de deliberação previa do Congresso para ser declarada a retirada do Brasil da Sociedade das Nações, logicamente, deveria ser exigida a mesma formalidade para o cumprimento das outras cláusulas do Pacto, e então seria o Congresso o executor do tratado e não o Poder a quem a constituição confia essa função"

Francisco Rezek, em contraponto, alega que quaisquer dos poderes podem desobrigar o país a manter vínculo com a Convenção, posto que tendo sido necessária a anuência de ambos para firmar o acordo, é incongruente que desfeito um dos pilares que ensejava manter o pacto, este continue a viger, ou seja, tendo sido necessária a manifestação de vontade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, quando uma dessas vontades for divergente, a decisão não terá força para manter-se. Ele alega que "Tenho como certo que o chefe do governo pode, por sua singular autoridade, denunciar tratados internacionais" (REZEK, 2014, p. 149).

Tais posicionamentos sustentam a teoria de que a denúncia feita à época foi pautada em ato constitucional, estando livre de vícios formais e apta a gerar seus efeitos, ou seja, retirar o país, em âmbito externo e interno, da obrigação de cumprir o pacto ao qual havia aderido.

4.4 Dos efeitos da convenção em âmbito interno

A Constituição Federal em seu art. 7º, inciso I, norma de Eficácia contida, prevê a regulamentação, por Lei Complementar, da despedida arbitrária ou sem justa causa com previsão de indenização compensatória e demais direitos a serem garantidos.

É exposto que (MARTINS, 2014, p. 402):

> "A lei complementar pode estabelecer o direito a estabilidade do emprego ou a reintegração no emprego, que seriam outros direitos. O STF já entendeu que a relação de direitos contida no inciso I do art. 7º da Constituição é exemplificativa e não taxativa (STF, ADIn 639-DF, Rel. Min. Moreira Alves)."

Apesar desta determinação legal, jamais foi criada legislação para regulamentar a situação do trabalhador quanto a esta modalidade de dispensa, restando uma lacuna legal a ser preenchida.

A eficácia do artigo não impede a aplicabilidade do direito, mas também não o regulamenta para atingir integralmente seu potencial, restando claro um vazio jurídico deixado pelo legislador e pelos aplicadores do Direito.

A convenção 158 da OIT propõe uma garantia permanente no emprego, ou seja, não caberia ao empregador resilir o contrato de trabalho por mera manifestação de vontade, cabendo ao empregado, neste caso, requerer sua reintegração no cargo ou indenização compensatória. Afirma-se que (LEITE, 2015, p. 522):

> "A grande novidade trazida com a Convenção *sub examen* estaria em que o empregador não deteria mais o "direito potestativo" de resilir o contrato de trabalho, podendo o empregado pleitear sua reintegração ao emprego ou optar por perceber indenização compensatória, prevista, provisioriamente, no art. 10 do ADCT, sendo que esta passou a ser devida também quando a causa da dispensa vincular-se à capacidade ou ao comportamento ou a motivo técnico, econômico ou financeiro da empresa".

Apesar dos diversos posicionamentos adotados, não houve decisão tomada para regulamentar o caso em tela.

Essa falta de regulamentação do preceito legal abriu portas para um debate interno no país. O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES) tomou liberdade de editar uma Súmula que dispunha sobre a Convenção 158 da OIT ensejando aplicar o disposto no acordo.

A Súmula 42 do TRT17ª dispunha que a referida convenção versava sobre direitos humanos, tendo como rito de aprovação um ato complexo, ou seja,

conjugação dos poderes Executivo e Legislativo, estando, portanto, ainda vigente em âmbito interno. É trazido no dispositivo que:

> "INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERIAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (checks and balances) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF."

Tal decisão decorreu da competência dos Tribunais em editar Súmulas para uniformizar jurisprudências, à época protegida pelo ordenamento trabalhista. Apesar de atualmente existir um debate a respeito do método de aprovação e edição de Súmulas, decorrente da Reforma Trabalhista, é nítido perceber que a polêmica gerada teve motivação na inércia do Supremo Tribunal Federal em deliberar sobre a Convenção 158 da OIT.

À época, a medida tomada pelo Tribunal foi criticada por estar desconsiderando a competência do STF para tratar da matéria, tendo sido suspensa a eficácia da Súmula 42.

Apesar de cessada a polêmica, tal conflito tornou possível a percepção de que uma decisão deve ser tomada, seja em prol do empregado ou empregador.

Uma Lei Complementar que versasse sobre a despedida arbitrária serviria de base legal para unificar o julgamento dos tribunais, cessando a insegurança jurídica decorrente da falta e previsão legal.

Sem uma regulamentação para despedidas arbitrárias e sem justa causa não há como determinar, precisamente, a medida correta a ser adotada. Por ser um tema

amplamente tratado no cotidiano dos tribunais trabalhistas, não há justificativa para ausência de determinação legal sobre a forma de se proceder nos casos apresentados.

5 CONCLUSÃO

O Primeiro capítulo deste trabalho acadêmico retratou o Direito Trabalhista em âmbito interno, discorrendo primeiramente sobre as fontes que orientam o Direito do Trabalho. Em um segundo momento, o capítulo trouxe ao leitor a aplicabilidade interna dos tratados, ensejando demonstrar o grau normativo que estes representam na seara trabalhista. Posteriormente, tratou-se da relação de emprego e do contrato de trabalho, trazendo tópicos como durabilidade, efeitos e extinção. Dentro da extinção do contrato firmado entre empregado e empregado, foram expostas algumas de suas modalidades que pudessem ser pertinentes para a elaboração e compreensão desta monografia. Ademais, retratou-se o aviso-prévio, seguido pelo Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, e pela Motivação para Dispensa, temas ligados devido sua aplicabilidade conjunta na seara trabalhista.

O Segundo Capítulo versou sobre o Direito Internacional, discorrendo sobre as Convenções. Dentro delas foram explicadas sua forma de Celebração, podendo abarcar o Procedimento Solene e o Procedimento Solene Mediante Adesão. Posteriormente, tratou-se da Extinção de Convenções e Tratados, dando enfoque à modalidade da Denúncia, essencial para compreensão do tema tratado neste trabalho. Retratou-se o Funcionamento das Convenções em âmbito interno, ressaltando aquelas que versam sobre Direitos Humanos. Foram também abarcadas neste capítulo as Leis Complementares e Ordinárias, pois sem seu entendimento não há como produzir debate à respeito da legalidade da Convenção 158 da OIT. Por fim trouxe ao entendimento do leitor a Organização Internacional do Trabalho, mecanismo essencial para criação da Convenção tratada.

O terceiro capítulo retratou a Aplicabilidade da Convenção 158 da OIT em âmbito interno, pautando-se em debates sobre sua constitucionalidade formal e material. Posteriormente, apresentou um tópico sobre a inconstitucionalidade da

denúncia, reforçando algumas visões doutrinárias. Por fim, demonstrou efeitos da Convenção 158 da OIT internamente, retratando a repercussão interna gerada por ela.

A partir da análise do tema apresentado, pode-se aferir que a Convenção 158 da OIT é constitucional do ponto de vista material e formal?

Não para ambas as assertivas. Quanto ao ponto de vista material a vigência do Tratado ofenderia a liberdade de comércio e liberdade do empregador de contratar através de sua expressão de vontade. O Brasil tem como um de seus fundamentos a livre iniciativa, e esta será diretamente prejudicada em caso de implementação do requerido pelo acordo. Por outro lado, há inúmeras outras formas de proteção do empregado, inclusive já adotadas internamente em decorrência do direito trabalhista protetivo ao obreiro.

No tocante a inconstitucionalidade formal da Convenção 158 da OIT toma-se tal posicionamento pautando-se na ausência de base legal para internalizar a referida convenção ao ordenamento, tendo em vista que sua aprovação se deu por rito de Lei Ordinária, quando a Constituição Federal determina expressamente que o exposto no artigo 7º, inciso I da CF seria regulamentado por Lei Complementar, não podendo esta forma de aprovação ser substituída por uma menos burocrática, tendo em vista a relevância do tema discutido.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações*: parecer do dia 05 de julho de 1926 - in Parecer dos consultores jurídicos do Itamaraty, vol. II (1913-1934).

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTR, 2014.

HERZ, Mônica. *Organizações Internacionais*: história e práticas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* – 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro.* In: Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. Gazeta Jurídica. Brasília: 2013.

MEIRELES, Gustavo Fernandes. *Trabalho, comércio e dignidade no direito internacional contemporâneo:* desafios e perspectivas para a atuação da OIT e da OMC. Curitiba: Juruá, 2016.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: A Casa, 1987.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho:* relações individuais e coletivas do trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana de Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Revista de informação legislativa, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009 | Revista dos tribunais, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009 | Revista de direito do Estado : RDE, n. 14, abr./jun. 2009.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SETTE, José Camara. A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, XXXIX a XLI, n. 69/71, p. 56-75, 1987/1989.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. II.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *O Brasil e a Organização Internacional do Trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, p. 105-116, 1986.

TRINDADE, Antônio Cançado. *Denúncia e Nova Adesão do Governo Brasileiro à Convenção no 81 da Organização Internacional do Trabalho Concernente à Inspeção do 128 Trabalho na Indústria e no Comércio* (1947). p. 416-423. in MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org). Pareceres dos consultores jurídicos do itamaraty. Brasília, DF: Senado Federal, 2000-2004. v. VIII.

A NEGAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS ÀS TRABALHADORAS DOMÉSTICAS E A PERPETUAÇÃO DO ESTADO COLONIAL BRASILEIRO

Clara de Oliveira Cunha

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso busca compreender a articulação entre raça, gênero e classe no acesso à direitos, particularmente direitos trabalhistas. Para tal, estudou-se o caso especificamente das trabalhadoras domésticas, enquanto grupo que encontra-se numa posição subalterna nessas perspectivas. Procurou-se entender a relação histórica dessa categoria trabalhista e sua ligação com a sociedade e o Estado pós-colonial brasileiro.

Palavras-chave: decolonial, trabalhadoras domésticas, direitos das mulheres, feminismo negro

ABSTRACT

This current undergraduate final work looks forwards to comprehend the liaison between race, gender and economic class and their relation to rights access, specifically to labors rights. Therefore, this paper addresses in particular the domestic workers due to its subordinated positions in those perspectives mentioned before. Its purpose is to throw light on the historical relation between this worker category and the Brazilian post-colonial State and society.

Keywords: decoloniality studies, domestic workers, women rights, black feminism.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Origem do tema

Essa pesquisa surgiu de uma inquietação posta durante a apresentação de um trabalho na matéria história e historiografia das mulheres do curso de História na Universidade de Brasília. À convite da professora Teresa Marques, minha orientadora na monografia de tema "Estatuto da Mulher Casada: reforma no direitos das mulheres casadas de 1962", apresentei essa pesquisa brevemente. A reforma trata do reconhecimento da capacidade civil das mulheres uma vez alcançada a idade de 21 anos e dá não mais transferência dessa capacidade aos maridos com o advento do casamento. Em razão da incapacidade civil após o casamento, as mulheres perdiam também o acesso à direitos que a plena capacidade civil nos possibilita: assinatura de contratos, abertura de conta no banco, responsabilidade tutelar sobre seus filhos, etc.

Apesar da fundamental importância do Estatuto para garantia de direitos das mulheres em pé de igualdade jurídica, não se pode deixar de mencionar que em um país desigual como o nosso, há sempre grupos que não são atingidos pela realidade jurídica, seja devido às formalidades, à burocracia ou ao racismo sistêmico. Assim, durante a apresentação do trabalho, fui indagada sobre os impactos dessa mudança normativa na vida das mulheres negras, essas desde sempre trabalhadoras árduas, independente de registro trabalhista, capacidade civil para realização de contratos, entre outros impedimentos formal para o acesso à direitos.

Nesse mesmo período, ingressei no projeto de extensão Promotoras Legais Populares, projeto que visa, através da educação popular, orientar mulheres sobre seus direitos. Também nesse espaço se tornou tão discrepante e incontestável a distinção de acesso à direitos que as distintas mulheres possuíam que urgia a necessidade de uma nova pesquisa que levasse em consideração a interseccionalidade. A perspectiva interseccional visa alertar sobre a impossibilidade

de combater fatores estruturais isoladamente, posto que há grupos afetados por todos esses fatores conjuntamente.

Pouco tempo depois, juntei me ao grupo de pesquisa "Constitucionalismo e povos indígenas na América Latina", organizado pela professora Sandra Nascimento, onde, pela primeira vez, tive contato com a teoria decolonial. Rapidamente pude perceber que a luta das trabalhadoras domésticas, por tratar-se de uma luta que articula conjuntamente gênero, raça, classe trabalhadora e condições socioeconômicas, tratava-se, embora diversamente do movimento indígena, também de um projeto decolonial.

Foi assim, conforme exposto anteriormente, que surgiram as perguntas e inquietações que procurei construir e articular neste trabalho.

2 COLONIALIDADE DO PODER E SUBALTERNIDADE

2.1 Pós-coloniais x decoloniais

Tem se destacado na área de estudos étnico raciais as perspectivas de estudos decoloniais e pós-coloniais. Ambas abordagens investigam as heranças coloniais em uma perspectiva interdisciplinar, abarcando diversas áreas de conhecimento. É importante, portanto, entender seu arcabouço comum e suas diferenças a primeira vista, poderia inferir-se que os estudos pós-coloniais tratam de sociedades e Estados que foram colonizados. Segundo Stuart Hall (apud MELLINO, 2008, p.23) esse conceito pode ajudar a "describir o caracterizar el cambio [...] que marca la transición (necesariamente no uniforme) de la edad del império al momento de la postindependecia o posdescolonización". Sob outro enfoque, o conceito de pós-colonial pode também abordar estruturas surgidas no período posterior a independência e apontar mudanças sofridas não apenas nas sociedades colonizadas mas também nas sociedades colonizadoras. Hall compreende o fim da colonização como um processo macro, portanto, que não modificou apenas as sociedades

colonizadas. Para Hulme (apud MELLINO, 2008, p.23), o pós-colonial deveria significar “el proceso global de liberación del síndrome colonial”.

Em função disso, não se deve fazer confusão ao se falar de pós-colonial enquanto marco cronológico ou de catalogação histórica em períodos, com a corrente de pensamento pós-colonialistas. O intuito aqui é abordar o pós-colonial enquanto matriz teórica.

Muitos autores, entres eles Ashcroft, Griffiths y Tiffin, apresentam a teoria pós-colonial como produto de um movimento surgido no âmbito da literatura crítica que instigou a tensão com o sistema colonial e o imperialismo europeu (MELLINO, 2008, p.25). Em razão disso, o pós-colonialismo não tem uma matriz teórica única (ROSEVICS, 2014, p.184) e despontado em distintos períodos temporais à depender das independências na Ásia e na África. Superando as características regionais e mesmo temporais, o que torna uma literatura tipicamente pós-colonial é o fato de terem emergido a partir da experiência da colonização e se afirmado em contraposição ao poder imperial.

A literatura é identificada como umas das primeiras expressões de uma nacionalidade, como apontado por Salman Rushdie (apud MELLINO, 2008, p.35).

Entre as estruturas que identificam os estudos pós-coloniais, apontadas por Sergio Costa (2006) estão: a formação de um discurso social, a descentralização das narrativas e dos sujeitos contemporâneos e o seu desenvolvimento a partir de estudos culturais britânicos. A crítica da narrativa eurocentrada, demonstrando como “o mundo colonizado é construído discursivamente a partir do olhar do colonizador, e como o colonizado se constrói tendo por base o discurso do colonizador” (ROSEVICS, 2014, p.191) é seu ponto central.

A tríade teórica dos estudos pós-coloniais, principalmente a partir dos anos 80 e da desilusão com os projetos de emancipação, o surgimento do pós-modernismo e do pós-estruturalismo, são os autores Edward Said, Homi K. Bhabha e a autora Gayatri Spivak. Said (apud MELLINO, 2008, p.37), porém, se mostrou um crítico

dessa perspectiva teórica, por considerá-la muito acadêmica, incapaz de transpor os muros universitários. Ele defendia que sua visão possuía como ponto de partida a experiência colonial desde o ponto de vista do colonizado. Apesar da longa experiência colonial da América Latina, a região não aparece nos trabalhos dos três autores citados anteriormente. A perspectiva pós-colonial desenvolveu-se majoritariamente entre ex colônias britânicas e francesas, possuindo um idioma epistemológico específico: o inglês.

O pós-colonial busca rejeitar as tradições sociológicas do subdesenvolvimento, sem, porém, negar o uso de conceitos sociológicos europeus. Uma das obras representativas desse movimento é a "provicializing europe" do historiador indiano Dipesh Chakrabarty. Forte crítico da linearidade histórica, que reforça o ideal de que há apenas um caminho para o desenvolvimento cujo o objetivo final seria igualar-se a "civilização européia", e do historismo clássico, no qual movimentos políticos não operários ou vinculados ao capital não se encaixam em nenhum recorte teórico – nem marxista, nem liberal – Chakrabarty confronta o anacronismo da aplicação desses conceitos à sociedade indiana (LEDA, 2015, p.104). A dialética desse movimento é revelar a insuficiência de conceitos e categorias intelectuais europeias, como democracia, igualdade, direito, Estado-nação, para interpretar outros processos históricos e ao mesmo tempo, devido à globalização e às invasões europeias, são conceitos indispensáveis. Esses conceitos "são parte de um legado universal, mas expressam ideias absolutamente distintas em cada contexto" (LEDA, 2015, p. 111). A ideia de "provincializar a Europa", consequentemente, não é romper com a perspectiva de modernidade, mas renovar seus conceitos, de forma a tornar sua utilização mais fidedigna a outras realidades. "Não é recusar a razão e seu método analítico, mas reconhecer suas limitações para pensar múltiplas formas de estar no mundo".

Outra posição pós-colonial, porém, minoritária, foi defendida por Robert Young (apud MELLINO, 2008, p.43) o qual definia o discurso pós-colonial como uma tentativa de superar "la alergia y el horror al otro inmanente a todo el saber

occidental". Young defendia a ideia de uma crítica tricontinental, na qual as diversas ex-colônias possuiriam uma luta comum, devido a herança do colonialismo, cominada no movimento de antiglobalização em todo o mundo. Entre suas críticas das ideias totalizantes, dizia que o marxismo era apenas mais uma das tantas violências epistemológicas ocidentais.

Já a matriz dos estudos decoloniais surgem posteriormente e apareceram como crítica aos estudos pós-coloniais e subalternos. Algumas de suas críticas eram o uso de autores europeus nos estudos subalternos, o que representava uma traição ao objetivo principal desses estudos que era romper o pensamento eurocêntrico, e também a produção desse conhecimento sempre em espaços acadêmicos em países imperialistas" (ROSEVICS, 2014, p.191).

Evitando retornar a uma análise teórica que se proponha a universalizar a experiência de todas os países colonizados, é importante também pontuar que esses estudos se diferenciam por trazer reflexões teóricas específicas de acordo com a experiência colonialista de cada uma das regiões. Os estudos pós-coloniais tratam da experiência de países que conseguiram em alguma medida manter "princípios filosóficos e epistemológicos das sociedades anteriores à ocupação, o que permite um resgate das raízes pré-coloniais". Enquanto isso, os decoloniais denunciam que os países e sociedades colonizadas latino-americanos ainda vivem sob a perpetuação de uma estrutura colonial criada com a colonização e a qual não foi desmontada com a independências das colônias (BERNARDINO-COSTA, 2007, p.313).

Os estudos decoloniais se propõem, portanto, a apontar como diversas áreas do saber como o direito, a ciência, a religião-espiritualidade, as linguagens, entre outras estruturas sociais, ainda reproduzem hierarquias construídas e estabelecidas no período colonial, sendo a principal delas a étnico racial. São representados principalmente por autoras e autores latino americanos, buscando quebrar concepções universalizantes das experiências pós-coloniais e discutir especificamente a sociedade latino-americana.

Outro diferencial da perspectiva decolonial é a concepção do espaço fronteiriço. Um espaço limítrofe, ponto de encontro entre características universalizadas e outrificadas, como um espaço onde as diferenças são reinventadas, mas principalmente onde são formulados conhecimentos a partir das experiências subalternas (BERNARDINO-COSTA, 2007).

O fato de alguém se situar socialmente no lado oprimido das relações de poder não significa automaticamente que pense epistemicamente a partir do lugar epistêmico subalterno. É importante o compromisso da construção de um pensamento contra hegemônico (GROSFOGUEL, 2009). Essa é igualmente uma das críticas de Said aos estudos pós-coloniais, por vezes escrito a partir do ponto de vista do colonizador e com seus representantes escrevendo, em grande parte, a partir de universidades localizadas nas ex-metrópoles. (MELLINO, 2008, p.37)

O conceito fundamental da teoria decolonial é o de "colonialidade do poder" e foi cunhado por Aníbal Quijano, sociólogo peruano. A colonialidade do poder marca justamente os legados do colonialismo em Estados-nação independentes. É importante apontar a diferença entre os conceitos de colonialismo e colonialidade. O colonialismo refere-se a um período histórico específico da expansão/invasões europeias e o estabelecimento de colônias. Refere-se, portanto, à época colonial "lato sensu", em que havia explicitamente colônias pertencentes à metrópoles, etc. A colonialidade do poder, por outro lado, é o padrão de poder que se estabeleceu com a conquista/invasão da América e não pode ser compreendido senão juntamente ao surgimento do capitalismo e da modernidade (BERNARDINO-COSTA, 2007, p.314).

Embora os dois grupos visem construir projetos teóricos a partir do sul global, eclodindo a posição de "objetos de estudos "para "produtores de conhecimento", em razão da distinta temporalidade da invasão europeia, herdaram distintas referências europeias.

Tratando-se de um trabalho que parte de uma perspectiva de gênero, raça, classe, desde o Sul e antiuniversalizante, será utilizada a perspectiva decolonial como base teórica. O reconhecimento de raça enquanto categoria principal de organização das demais hierarquias é princípio fundante das sociedades latino americanas e diferencial teórico essencial na perspectiva decolonial. A proposta é compreender como essa colonialidade do poder descrita por Quijano apresenta-se e perpetua-se na negação de direitos às empregadas domésticas.

2.2 A invenção da América e o conhecimento Europeu

A história da América é contada a partir da chegada dos europeus ao continente. Eis o marco do começo da existência da América enquanto local histórico. Isso ocorre em razão da construção de um conhecimento histórico baseado unicamente em critérios, perspectivas e acontecimentos europeus. Essa estrutura lógica concebida enquanto modelo único ou universal de conhecimento, faz com que desapareça seu lugar "geoistórico originário", ou seja, oculta a perspectiva europeia por detrás dela. É importante destacar essas visões enquanto europeias, e não abstratas ou neutras, construindo o que Mignolo define como a geopolítica do conhecimento (LEDA, 2015, p. 116)

A invenção da América, termo cunhado pelo historiador mexicano Edmundo Gorman, é uma construção de mão dupla: se definia o que era América e o que seriam seus povos em oposição a definição da própria Europa. 1492, o ano da descoberta da América, é também ano da reconquista de Granada frente aos árabes. A Europa se construiu enquanto conceito em oposição a esses demais povos. Para Said, "es por médio de la percepción del otro en cuanto primitivo, arcaico, bárbaro, tradicional, simples o selvaje que el Occidente produjo la imagem y la reafirmación de sí mismo" (MELLINO, 2008, p. 48).

É interessante perceber a reviravolta que acontece na identificação civilizatória europeia. Enquanto na antiguidade os europeus eram os bárbaros, aqueles que não sabiam falar em grego, nem se comunicar e não podiam ser

comparados à culturas de povos do Sul e do Oriente (África e Ásia de hoje) (DUSSEL apud BOTELHO, 2013, p.198), na modernidade os europeus se constroem como parte e continuidade dessa tradição helenística e transformam os demais povos, árabes, judeus, indígenas e africanos como bárbaros. Mesmo tendo sido o mundo árabe o que tenha resguardado o conhecimento grego por séculos, enquanto a Igreja Medieval o desconsiderava, a Europa se constrói como continuidade da tradição grega-helenística. O Iluminismo alemão teve papel crucial na construção desse ideal europeu que juntamente com o Renascimento italiano, a descoberta da América e a luta contra os mulçumanos, elaboraram marcas culturais, capacidades intelectuais e raças estabelecendo a superioridade europeia frente "os Outros" (DUSSEL apud BOTELHO, 2013, p.198).

A racionalidade iluminista é construída a partir da ideia da superioridade europeia perante os povos indígenas, vistos pelos europeus como sujeitos "em estado de natureza". Era papel dos europeus, portanto, iluminá-los não apenas com relação a religião, mas também na missão de civilizá-los. Diversos autores europeus desse período discorreram sobre a inferioridade que justificaria o massacre físico, cultural ou a submissão dos povos originários da América aos europeus. Hegel chega ao ponto de dizer que esse era um continente cujo qual os habitantes não poderiam encontrar o caminho do Espírito (BOTELHO, 2013, p.207).

A racionalidade é construída como uma característica exclusivamente europeia, um instrumento para construção da consciência e da liberdade. Após afirmado pelos grandes filósofos que os povos não-europeus eram desprovidos da mesma capacidade intelectual dos brancos, seria a vez da biologia e da antropologia comprovarem cientificamente essas diferenças (BOTELHO, 2013, p.216). A maior conquista do iluminismo foi a construção dessa racionalidade como parâmetro universal.

2.3 Pensamento fronteiriço e história única

Quando os estudiosos decoloniais falam em emergência do pensamento fronteiriço, é justamente a busca da construção de uma pensamento que leve em consideração epistemologias indígenas, afrodescentendes, mestiças, etc. É um pensamento que "emerge do confronto entre o conhecimento moderno/europeu e os conhecimentos produzidos da perspectiva das modernidades coloniais (Ásia, África, Américas e Caribe)" (BERNARDINO-COSTA, 2007, p.319). Diferentemente do pensamento europeu, o pensamento fronteiriço não se propõe como único, tampouco universal. Ele leva justamente em "conta a duplicidade de consciência que o sistema mundo colonial/moderno gera" (BERNARDINO-COSTA, 2007, p.319). Tampouco se poderia falar em um pensamento fronteiriço unívoco que representasse todas as situações coloniais, ponto criticado nos estudos pós-coloniais por buscar uniformizar as experiências baseando-se nos ocorridos do sul asiático e da África.

O pensamento fronteiriço se refere as diferentes consciências criadas a partir da experiência branca ou consciência branca, frente a consciência dos legados africanos ou indígenas. A consciência branca seria:

> "a herdada dos colonizadores que, mesmo que se oponha geopoliticamente à Europa no intuito de construir uma nação independente, não nega o eurocentrismo e , portanto, reproduz o padrão de poder moderno/colonial, hierarquizando raças, trabalho, gênero, sexo, língua, religiosidade/espiritualidade" (BERNARDINO-COSTA, 2008, p. 320)

Walter Mignolo (2005, p.13) lembra que "hay una tendência general a aceptar el pensamiento construído a partir de la historia y experiência europea", pois como posto anteriormente, foi esse o pensamento construído como dito universal. O pensamento fronteiriço floresceu principalmente na região andina, com os povos indígenas, e em outras partes do mundo, sobre a temática da interculturalidade, em regiões onde residem muitos imigrantes de ex-colônias. Esse pensamento procura, na medida do possível, recuperar "cosmologias e conhecimentos milenares [que] foram reduzidos a superstições, conhecimento popular, folclore, etc"

(BERNARDINO-COSTA, 2007, p.215). Mignolo (2005) define esse apaziguamento de outros conhecimentos como um processo de colonização da memória, apontado igualmente por Costa-Bernardino e Grosfoguel (2016, p.18) como um "processo de dissimulação, esquecimento e silenciamento de outras formas de conhecimento que dinamizam (vam) outros povos e sociedades".

Perspectiva semelhante é trazida pelos estudiosos que alertam para o perigo da "história única". Chimamanda Adichie (2009), escritora nigeriana, define que "é impossível se falar sobre história sem se falar em poder. [...] Poder não é apenas a capacidade de contar a história de outra pessoa, mas tornar essa história a história definitiva sobre aquela pessoa" (TEDTALK, 2009). Os nativos nunca tiveram o privilégio sobre a [sua] verdade histórica (MIGNOLO, 2005, P.15), pois no mesmo momento em que "nasceram", no momento da invasão, também desapareceram, portanto, é como se nunca tivessem existido (MIGNOLO; 2007, p.50). Adichie (2009) cita ainda outra consequência da história única, ademais da criação de estereótipos. Ao tornar uma história como a única história possível, se "rouba a dignidade das pessoas, torna nosso entendimento de humanidade difícil, pois enfatiza no que somos diferentes ao invés de focar no que somos similares"[1] (tradução livre).

2.4 Imperialismo e modernidade

Em cultura e imperialismo, Said (2011) faz uma análise de diversos romances escritos por europeus a respeito de "outros povos". A escrita da história única foi(é) o que construiu (e ainda constrói) a justificativa da possessão de terra pelos europeus (ou norte-americanos) frente a outros povos. Said (2011, p.4) aponta que "o principal objeto de disputa no imperialismo é, evidentemente a terra". O direito sobre essa terra, porém, é decidido por intermédio da narrativa. "Quando se tratava de quem

[1] "the single story create stereotypes. And the problem of stereotypes is not that they are untrue but that they are incomplete. They make one story became the only story [...] the consequence of a single story is this: it robs people of dignity. It makes our recognition of equal humanity dificult. It emphazises how we are different rather than how we are similar" (TEDTALK, 2009)

possuía a terra, quem tinha o direito de nela se estabelecer e trabalhar, quem a explorava, quem a reconquistou e quem agora planeja seu futuro", são questões decididas na narrativa histórica. E é esse poder de narrar uma das conexões mais fortes entre imperialismo e cultura.

Entende-se cultura como práticas gerais, características de uma sociedade como as artes, a comunicação, o idioma, a forma de agir, etc. Em outros momentos, porém, ela é construída como um "elemento de elevação e refinamento, [uma espécie de] reservatório do melhor de cada sociedade, no saber e no pensamento" (SAID, 2011, p.5). Esse "acesso" à cultura, ao melhor, e muitas vezes utilizado para diferenciar "nós" e "eles", uma associação agressiva que ao mesmo tempo que cria identidades, desabona elementos não integrantes dessa "cultura superior". A leitura colabora na construção de pertencimento leal à nações e tradições, muitas vezes de forma acrítica, desvalorizando outras experiências culturais.

O imperialismo político, portanto, é a dominação de todo um campo de estudo, imaginação e instituições. Colonialismo e imperialismo constroem-se mutuamente, afinal, não há colônia sem império. Não se resumem, tampouco a fenômenos político-econômicos, são responsáveis também pela formação de discursos que produzem imagens e estereótipos da alteridade cultural, os quais colaboram, mais uma vez, para construção de uma identidade ocidental, ou cultural ocidental, superior as demais (MELLINO, 2008, p.47).

E foram essas diferenças culturais, vistas sobre o ponto de vista europeu, que construíram a ideia de uma Europa detentora cultural, sob o ponto de vista de um reservatório do melhor da humanidade, enquanto os demais povos, resumidos à termos generalizantes como índios, negros e orientais, estariam "atrasados", e deveriam desenvolver-se para alcançar o estágio histórico moderno e desenvolvido no qual encontravam-se os europeus. Nessa visão, o colonialismo se justificava como um meio de superação dessas tradições para alcançar a modernidade. Se a modernidade tem um sentimento emancipador para a Europa, ela não tem a mesma positividade para o outro não-europeu (BERNARDINO-COSTA, p.216). O

imperialismo que construiu a modernidade e, portanto, só são modernos os países que acompanharem esse caminho linear.

Essa visão histórica justificou(a) qualquer castigo, violência ou até mesmo a morte, para que fosse(seja) possível civilizar, evangelizar, modernizar, desenvolver ou, mais recentemente, democratizar outros povos.

Essa "missão civilizatória" colonial justificava o "acesso brutal aos corpos das pessoas através de uma exploração inimaginável, violação sexual, controle de reprodução e terror sistemático" (LUGONES, 2014, p.938). A dominação "necessária", justificada pelo questionamento da humanidade dos que não possuíam o mesmo lócus do conhecimento, uma obrigação mesmo moral de desenvolver os primitivos (BERNARDINO-COSTA; GROSFOGUEL; p.18). A definição do bom ou do mau nativo a partir da sua proximidade com a cultura moderna, ou seja, europeia. Como apontado por Mignolo (2007, p.10), o progresso da modernidade caminha de mãos dadas com a violência. São diversos projetos todos travestidos para justificar uma violência sacrificial, como aponta Grosfoguel:

> "por los últimos 513 años de sistema mundo Europeu/Euro-americano moderno/colonial capitalista patriarcal fuimos Del 'cristianizate o te mato en el siglo 16, AL 'civilizate o te mato'en el siglo 18 y 19, AL 'desarrollate o te mato'en el siglo 20, y, más recientemente, AL 'democratízate o te mato' a principio Del silgo 20 (GROSFOGUEL apud BERNARDINO-COSTA, 2007, p.316)

A violência que caracteriza o descobrimento da América – e os demais "modernismos"- não é um lado sombrio, nem um desvio na história da modernidade, muito pelo contrário, "é a demonstração de suas condições mais elementares, seu ponto de partida e sua natureza" (BOTELHO; 2013, p.9)

2.5 Trabalho e raça

Foi a chegada-invasão da América, e, portanto, o estabelecimento do imperialismo Europeu, que possibilitou uma articulação de territórios de diversas partes do mundo através de um sistema de circulação de mercadorias, denominado

capitalismo comercial. A Europa se torna o centro a partir do qual se interligam América, África e Ásia. Nesse sistema de circulação de mercadorias cada continente tinha seu papel muito bem definido: enquanto América provinha matéria prima a ser trabalhada e utilizada pela Europa, a África provinha mão de obra.

A América foi o primeiro local em que a colonialidade do poder se materializou. A lógica da colonialidade opera em quatro domínios da experiência humana:

> "(1) económico: apropiación de la tierra, explotación de la mano de obra y control de las finanzas; (2) político: control de la autoridad; (3) social: control del género y la sexualidad, y (4): epistémico y subjetivo/personal: control del conocimiento y la subjetividad.(MIGNOLO, 2007, p.35)

Todos esses domínios estão interligados entre si. Portugueses e espanhóis tomaram as terras dos povos indígenas e tornaram-se os únicos dignos de trabalhos assalariados, controlando, por conseguinte, o domínio econômico e político. Dessa maneira, na esfera política e social, no Brasil, apenas os descendentes de europeus eram considerados cidadãos, e, consequentemente, os únicos com direitos políticos, até o início do século XX.

Diferentemente de outros momentos históricos, a construção social da América baseou-se nos estabelecimentos de papéis sociais divididos por "raça". A própria categoria raça foi uma consequência da invenção da América. Enquanto indígenas foram considerados "apenas" desconhecedores do latim e da religião católica, e, portanto, poderiam ainda ser passíveis de conversão, os povos africanos foram considerados "corpos destituídos de alma", impossíveis de conversão e, por isso mesmo, seu único destino possível seria o de servirem e serem mandados. Segundo Hooks, "o corpo colonizado foi visto como corpo destituído de vontade, subjetividade, pronto para servir e destituído de voz [...]; corpos destituídos de alma (apud BERNARDINO-COSTA; GROSFOGUEL; 2016). Hooks aponta ainda os papéis construídos para os diferentes gêneros pois, enquanto "o homem colonizado

foi reduzido a mão de obra, a mulher colonizada tornou-se objeto de uma economia de prazer e desejo".

Raça e trabalho se associaram como se fossem de uma objetividade natural. Das diversas hierarquias coloniais, essa é a que com mais força se perpetua até hoje. As independências nacionais ocorridas no século XIX não tiveram forças para quebrar o padrão de poder estabelecidos entre pessoas negras e brancas no período colonial. Tal fato se deu devido a ausência de interesses em comuns entre indígenas e brancos e negros e brancos. A minoria branca que se encontrava – e se encontra – no controle do Estado segue tentando construir uma ideia de América latina descendente apenas de Europeus, o que se pode concluir do próprio nome. "A colonialidade do poder levava(leva) os membros da elite branca a se identificarem(identificar) com os brancos dominantes da Europa e dos Estados Unidos" (BERNARDINO-COSTA; 2006, P.317)

A inserção desses "outros" no sistema mundial, ocorreu de acordo com essas novas identidades raciais criadas a partir do europeu. Foi de acordo com essa classificação racial que foram inseridos no sistema mundial capitalista. O resultado mais profundo da colonialidade, é, portanto, a designação de formas não assalariadas de produção exclusivamente a grupos raciais inferiores. A forma de produzir era definida a partir da raça, experiência histórica que não pode ser comparada a servidões existentes anteriormente, nem como herança de qualquer época (BOTELHO; 2013, p.23).

Essa conexão entre trabalho e raça se disfarça através do caráter abstrato do trabalho, as premissas de igualdade abstratas do capitalismo, fazendo com que, aparentemente, não haja diferença entre os agentes. Mas a recusa de pagamentos dignos à trabalhos mais manuais, ainda nos dias de hoje, explicita que ainda prevalecem diferentes formas de inserção na economia capitalista e que a colonização do trabalho nunca foi definitivamente abolida. A prova mais evidente foi a forte imigração europeu-ocidental a partir de 1870 para ocupar os postos de trabalho assalariados que surgiram com a abolição da escravatura. Essa divisão do

trabalho e consequente separação de grupos ou categorias dignas de reconhecimento de direitos, é, como já posto anteriormente, apenas mais uma das hierarquias construídas juntamente no imperialismo e da modernidade.

3 DE ESCRAVAS A LIBERTAS

Compreender os acontecimentos históricos que ligam a categoria de escravas, amas, criadas a empregadas domésticas e diaristas, caberia por si só um estudo completo. Não apenas devido à variedade de definições, mas devido ao amplo período abrangido. É certo que esse grupo e sua situação social modificou-se em um período tão longo. É importante, portanto, compreender quais os costumes se mantiveram entre patrões e essa categoria de trabalhadoras, consciente, porém, de que não se trata de um modelo de comportamento monolítico e que certamente se modificou ao longo da história do Brasil. A finalidade é tomar conhecimento de situações que representam a construção de um modelo colonial de poder, baseado em gênero, raça e estabeleceram padrões de trabalho baseado nesses critérios.

Diferentemente de muitos recortes históricos que utilizam-se de recortes políticos como marcos temporais ao estudar grupos econômico-sociais, muitos historiadores buscam conhecer justamente os períodos anteriores e posteriores a mudança de forma de governo. Visando tal, Lorena Telles (2013) e Sandra Graham (1992) pesquisaram o relacionamento entre criadas e seus patrões nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente, durante a transição do império para a república.

Em 1822, o Brasil possuía uma das maiores populações escravas da América e também uma das maiores populações de afrodescendentes livres (MATTOS, 2004 p.25). Impossível, portanto, seria discorrer a respeito da independência do país e, consequentemente, da definição de cidadão brasileiro, sem discorrer sobre a questão os dos afrodescendentes escravizados enquanto cidadão. Foi um conhecido dilema a discussão entre os países da Afro-América sobre a declaração desarmônica entre a

declaração liberal de que "homens nasciam livre e iguais" e a manutenção da escravidão (MATTOS, 2004, p. 48).

Foram as teorias raciais, as quais ganharam mais força no século XIX, que permitiram a manutenção dessa dicotomia. Argumentos biológicos naturalizaram as desigualdades sociais e justificaram a restrição dos direitos civis de parte da sociedade. Em uma sociedade sem interesses políticos de a abolir a escravidão, a racialização foi a justificativa para criar restrições frente a uma concepção universalizante de cidadão (MATTOS, 2004, p.80). Raça e cidadania foram, portanto, duas categorias construídas conjuntamente no continente americano. A prova disso foram as várias restrições e costumes que seguiam mantendo a diferenciação entre cidadãos brasileiros. Com relação aos direitos políticos, só seriam elegíveis os cidadãos que tivessem nascido "ingênuos", ou seja, não tivessem nascidos escravos, além do critério de renda mínimo (MATTOS, 2004, p. 171), que embora disfarçado em um critério financeiro, ocultava a óbvia diferença de acessos à empregos e propriedade entre negros e brancos. A população negra seguia sendo perseguida por constantemente ser confundida com escravos fugidos, devendo, portanto, apresentar sua carta de alforria.

Havia ao mesmo tempo uma diferença explícita entre os tratamentos dados aos diferentes grupos não-brancos. Pardo foi inicialmente utilizado para indicar a ascendência europeia, portanto, de cor mais clara, de alguns grupos; sendo posteriormente utilizada como "pardo livre" para indicar a população africana livre; negros da terra foi um termo utilizado para se referir aos indígenas escravizados (MATTOS, 2006, p.206); crioulo referia-se aos nascidos no Brasil escravizados que já possuíam alguns privilégios frente os africanos escravizados; Isso explicita também que a escravidão não se assentava sobre diferenças naturais, mas sim sobre diferenças históricas e jurídicas (MATTOS, 2004, p. 408).

A discussão a respeito dos diferentes tons da cor da pele é atualmente denominada por colorismo – termo inaugurado pela escritora Alice Walker[2]. O colorismo denuncia que as pessoas de cor mais escura são mais discriminadas do que as de cor mais pele. Apesar do termo se referir a cor da pele, outros aspectos fenotípicos aprofundam essa descriminação como o cabelo crespo, o nariz arredondado ou largo, etc. Esse termo colabora para a compreensão de que a sociedade tolera pessoas negras conforme se aproximem mais do fenótipo branco: pele mais clara, cabelo alisado (DJOKIC, 2015).

Os empecilhos da população negra não terminaram após a promulgação da abolição da escravatura. Após um processo lento, gradual e seguro, que proibiu o tráfico (1850), depois proibiu a separação de casais e mãe com filhos menores de 15 anos (1869), libertou os nascidos (1871) e os sexagenários (1885), para só então, quando praticamente não havia mais escapatória, declarar o fim da escravidão, é inequívoco que as elites brasileiras, culturalmente, continuavam aferradas ao trabalho escravo. Em razão disso, as estratégias de dominação utilizadas nos últimos anos anteriores ao fim da escravidão foram transferidas para os contratos de serviços (TELLES, 2013, p. 13)

As criadas, assim como antes as escravas, faziam parte de uma unidade familiar da qual seu amo ou senhor detinha autoridade suprema (GRAHAM, 1992, p.16), ou seja, eram parte do lar. O chefe da família tinha o dever de protegê-la e as criadas, em troca, tinham obrigações de trabalho e obediência. Os senhores tinham dever de guardar inclusive sua honra e também de castigar “criado, discípulo, mulher, filho ou escravo”. Fosse livre ou escrava, a criada não vivia como pessoa independente, era reconhecida como membro de determinado lar (GRAHAM, p.25, 1992). Essa relação patriarcal, “de suposta proteção, não passavam de estratégia para manter a continuidade do trabalho escravo” (TELLES, 2013, p.16). Prova disso é a existência de termos de alforria que eram condicionados a prestação de serviços que ultrapassaram a data da abolição da escravatura.

[2] Escritora de “A cor purpura”.

Embora a população procedente do tráfico de escravo fosse majoritariamente masculina, o trabalho relacionado ao lar, era majoritariamente feminino. A maioria das mulheres nesse serviço, em São Paulo, tinham entre 20 e 30 anos. A idade influenciava na remuneração recebida, mulheres jovens, entre 12 e 18 anos podiam nem mesmo receber salários, o que se assemelhava com a escravidão de crianças ou tutelados (TELLES, 2013, p.15). As mulheres mais velhas tampouco eram bem remuneradas, sendo muitas vezes despedidas "para morrerem na rua sem nenhuma forma de assistência". A essas demissões discricionárias, somava-se a demissão de mulheres grávidas ou doentes

Havia um grande medo com relação ao destino que tomariam os grupos escravizados. Muitos não possuíam família, apesar da lei de 1869 que proibia a separação de casais e de mães e filhos menores de 15 anos. A lei rio branco também buscou impedir a venda dos filhos das escravas, mas era frequentemente burlada. (TELLES, 2013, p.58). Por serem um grupo majoritariamente analfabetos, sem casa própria, muitas vezes sem família, para onde iriam? Era, portanto, "decisivo disciplinar essa mão de obra" (TELLES, p.63, 2013). Ademais, eram considerados "despreparados para a liberdade" (TELLES, p.58, 2013), o que justificava que devessem permanecer sobre "os cuidados e castigos não excessivos".

O fim da escravidão representou não apenas uma limitação da força de trabalho no campo, mas também uma invasão das cidades. Muitos escravos viam na cidade a possibilidade de adquirir sua liberdade. A cidade de São Paulo "refletiu e incorporou a problemática social relativa aos escravos na província. Agindo como polo de atração de escravos fugidos das fazendas do interior (TELLES, p. 42, 2013). Muitos viam nessa migração uma possibilidade de se distanciar das experiências do cativeiro e de se libertar dos laços de submissão (TELLES, p.106, 2013). Havia também muito medo na invasão das cidades por esses "elementos nocivos e inúteis".

A inserção das mulheres libertas no mercado de trabalho assalariado pode ser avaliada com algumas informações da cidade do Rio de Janeiro e São Paulo. Um senso de 1870, da cidade do Rio de Janeiro, aponta que 63% das mulheres livres

estavam engajadas em alguma atividade remunerada. Dessas, por volta de 61% eram trabalhadoras domésticas, juntamente com cerca de 90% das escravas. No total, as criadas representavam 71% das mulheres trabalhadoras (GRAHAM, p.18, 1992). O trabalho doméstico era o que mais absorvia as mulheres saídas do campo (FRAGA FILHO, p. 325, 2006).

Sobre outros pontos de vista, a permanência ou entrada de criadas vindas das zonas rurais na atividade doméstica foi uma atividade fundamental para manutenção de famílias após a abolição da escravidão. O trabalho doméstico sempre representou um espaço majoritariamente feminino e que pode ter permitido que mais mulheres trabalhassem no período pós-abolição do que homens (SILVA, 1987; FERNANDES, 1984). Essa observação não pretende apontar o trabalho doméstico como uma opção ampla a qual essas mulheres poderiam escolher, mas entre opção nenhuma e o trabalho doméstico, este pode ter representando uma situação de emancipação maior quando comparado aos homens que haviam abandonado o campo e/ou se encontravam em situação semelhante (SOUZA, 2014 p.50). Lima (2005, p.307) considera que a permanência dessas mulheres nos serviços doméstico foi mais uma estratégia de "redução de incertezas".

Deve-se perceber que criadas libertas e escravas compartilhavam o mesmo ambiente de trabalho visto que o trabalho doméstico representava a sobrevivência para pessoas com pouca educação formal. Do outro lado, a dependência dos criados para suprir as necessidades básicas do dia-a-dia, representava para seus empregadores o pertencimento a uma determina uma posição social.

É importante apontar que essa era uma sociedade economicamente dependente da força de trabalho humana. Criadas poderiam desempenhar diferentes funções dentro da casa que acarretavam diferentes graus de importância e intimidade com a família para qual trabalhavam. Desde amas de leite, que poderiam criar os filhos de seus patrões, até lavadeiras, que desempenhavam a maior parte do seu trabalho fora da casa, estabeleciam-se diferentes direitos e deveres para essas diferentes trabalhadoras

À época da abolição, uma grande preocupação era como regulamentar um trabalho agora realizado apenas por mulheres livres, pelo menos legalmente. O processo de regulamentação do trabalho doméstico é complexo devido a sua especificidade de ser realizado na esfera privada e, no caso de sociedade ex-escravocratas, envolve diretamente relações raciais, padrões de relacionamento, tensões e conflitos que reproduzem e explicitam privilégios e posições sociais construídos no período colonial (HILL, 1995 p. 32).

A abolição da escravatura em 1888 pouco afetou os mecanismos que as famílias arranjavam criadas. (GRAHAM, 1992, p.35). Era comum manter os escravos e, posteriormente, os criados "na família". Para evitar riscos – de segurança ou contaminação - "algumas famílias preferiam manter seus escravos como membros do lar [...] de tal forma que os pais ou avós podiam dar escravos de presente a membros mais jovens da família". Mesmo antes de abolição, já predominava, no Rio de Janeiro, criadas que eram mulheres livres. Como conhecer, então, a procedência dessas mulheres? A regulamentação visava justamente exigir dessas trabalhadoras que possuíssem cartas com "boas referências de sua conduta" ou cartas "de confiança ou informações de pessoa idôneas".

Em pesquisas sobre os anúncios em busca de criadas, é evidente a preferência por criadas brancas (GRAHAM, 1992, p.25). Igualmente, é perceptível a preferência por crianças, as quais era possível oferecer roupas ou ensinar alguns dotes, como costura, em lugar de um salário. Ademais, as jovens, representavam uma menor ameaça a tranquilidade da casa e ao poder do empregador. Era o eufemismo para "boa conduta" ou "bons costumes".

Por fim, como últimas considerações para apontar posteriormente a dificuldade de profissionalização dessa forma de trabalho é o estereótipo característico da mulher negra trabalhadoras doméstica como figura da mãe preta. Desde clássicos da literatura brasileira a discursos políticos, é possível encontrar referências a esse personagem característica. Muitas vezes, essa figura maternal, essa relação afetiva, é utilizada para desconstruir abusos ou justificar as relações

patriarcais ao invés de reconhecer direitos. Em cartas e discursos encontram-se falas como “todos nós conservamos na memória a mãe preta” e “essas mulheres que protegeram a todos nós durante a meninice” (GRAHAM, 1992, p.50).

3.1 A cultura mestiça e o racismo privado

Em 1930 cresce o movimento nacionalista e como em qualquer outro lugar, também no Brasil, houve a eclosão de símbolos nacionais e entre um dos principais representantes da cultura oficial da nação estava a “cultura mestiça”. O fim da primeira república demandava a necessidade de novos símbolos nacionais colaborando para aprofundar (pelo menos aparentemente) a cisão com o antigo regime político.

O indianismo havia sido exaltado nos anos que seguiram à Independência do Brasil de Portugal. Acreditava-se que ao glorificar especificidades brasileiras, os índios, as belezas naturais, estar-se-ia colaborando para construção de uma consciência nacional (SKIDMORE, 2012, p.41). O indianismo “tornou-se moda social e intelectual entre os membros da elite” a tal ponto que considerou-se propor o tupi como língua oficial do país. A publicação de Macunaíma, em 1928, pode ser considerada o ápice dessa representação romântica de protótipo literário do indígena (SCHWARZ, 2012, p.528).

Igualmente desproporcional era a representação dos homens e mulheres negras na literatura romântica. Nos romances de José de Alencar, por exemplo, aparecem como “escravo heroico”, “escravo sofredor” ou “bela mulata”, muito raramente sendo tratado o homem negro livre, já presente em todos os níveis da sociedade brasileira. Após o indianismo, agora era a vez da cultura mestiça contribuir na elaboração de uma nacionalidade imaginada. Esse termo, cunhado por Benedict Anderson, visava demonstrar a importância de um “todo social unido pelo sentimento de pertença comum entre os indivíduos” (PERES, 2013, p. 104).

Com a nova república do Estado Novo, uma serie de políticas culturais passam a ser pensadas pelo poder público em troca de “uma autêntica identidade

brasileira" (SCHWARCZ, 2012, p.548). É a vez da cultura mestiça despontar como representante oficial da Nação. Embora ainda se encontravam (ou se encontram?) discursos que afirmam o caráter biológico da mestiçagem brasileira: "todo brasileiro, mesmo alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo, a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena e/ou do negro" (FREYRE apud RATTS, 2010, p.18)

As origens africanas e as origens europeias, porém, influenciavam diferentes aspectos da cultura nacional. Da cultura europeia foram aproveitadas as leis, a escrita, o ensino, aspectos principalmente vistos como cultura erudita ou considerados nobres como desenvolvimento econômico e político, a formação do Estado. Enquanto isso, da cultura africana e também indígena foram incorporados os ritmos, as músicas, as festas, a comida, nas palavras de dePestre, "aspectos pitorescos e secundários daquilo que se chama folclore" (SILVA, 1987). A escritora Conceição Evaristo (2010) expõe como se fazem sentir os diferentes espaços incorporados de culturas europeias e das culturas afros nos momentos em que mulheres negras rompem com os papéis tido como "apropriados" para elas:

> "a mulher negra, ela pode cantar, pode dançar, ela pode cozinhar, ela pode se prostituir, mas escrever, não, escrever [...] é um exercício que a elite julga que só ela tem esse direito" (EVARISTO apud MACHADO, p.249)

Essa exaltação da cultura mestiça como a cultura genuinamente brasileira é um dos principais traços que distinguem o racismo brasileiro com o racismo norte americano. Uma pretensa inclusão social através da cultura e da afeição.

Esse é mais um traço da "colonialidade do poder", apontado como o apaziguamento epistêmico. É uma morte das consciências, das memórias e dos legados africanos deixados na nossa história. É a redução dos conhecimentos não eurocêntricos a superstições, conhecimento popular, folclore (BERNARDINO, 2007; MIGNOLO, 2006). Outra problemática dessa exaltação excessiva ou de

características específicas que continuem "outrificando" pessoas em contraposições a europeus é apontado por King e Gilkes, feministas negras, que:

> "a substituição de estereótipos negativos por estereótipos ostensivamente positivos pode ser igualmente problemática, caso a função dos estereótipos como mecanismos para controlar imagens permaneça velada" (COLLINS, p. 5, 2016)

Essa "mestiçagem" também teve seu preço embranquecedor. Vários elementos sociais evidentemente reconhecidos como "de escravos", ao tornarem-se símbolos nacionais, sofreram um processo de desafricanização. É o caso da feijoada que se converte em "prato nacional". Igualmente a capoeira, reprimida pela polícia no final do século a ponto de se encontrar tipificada no código penal de 1890, é oficializada modalidade esportiva nacional em 1937. E finalmente, o samba, que se transforma em modelo música brasileira para exportação (SCHWARZ, 2012, p.719). Não sem sofrer alguma alteração do Estado e ser proibida de exaltar a malandragem, por uma portaria de 1939. Nesse mesmo movimento, o futebol, que era um esporte genuinamente inglês, começa a aceitar jogadores negros a partir de 1923.

O irmão de Lélia Gonzáles, historiadora e filósofa, Jaime de Almeida foi um jogador fluminense na década de 1940. Lélia destaca que para adentrar esses espaços, originariamente brancos, só era possível através de um processo de embranquecimento ou de um paternalismo racista que os/as mantém enquanto figura subalterna, como verificado no trecho a seguir:

> "era um preto bonito [...], cheio de saúde, alto com aquela dignidade boa, de alma, que a gente via no cinema, em certos pretos imponentes, escolhidos a dedo, para representar o mordomo do velho sul dos Estados Unidos. Bastava, com a fantasia solta, fechando os olhos, vestir Jaime de mordomo de My old Kentucky home" (RATTS; RIOS, 2010, p. 203)

O paternalismo que se tratam figuras de destaque em razão de sua evidencia-se, pois, apontado como "diferente", "uma figura rara" ou o qual nem se quer encontra referência no imaginário nacional para descrevê-lo.

A necessidade de "sentimento de pertença comum", como citado anteriormente, uma singularidade que nos identifique, destaque, diferencie das demais nações, portanto, um mecanismo de construção republicana e solução para a integração nacional. Eis aí mais uma especificidade do racismo à brasileira: no plano cultural, popular, público se assimila e se exalta alguns aspectos da cultura afro, enquanto delega-se para o terreno privado a discriminação o racismo. Ao desconectar de forma explícita da cor, relegando-o para um acento cultural, e não mais evidentemente racial, mascara-se o racismo (SCHWARZ, 2012, p.918). Outra forma particular que o racismo brasileiro se mostra é o fato de considerar afrontoso ser preconceituoso numa sociedade tão "mestiça", apontado por Fernandes (1979) como "um preconceito de ter preconceito".

A privatização do racismo brasileiro torna cada vez mais difícil combater essa fenda na histórica brasileira, impossibilitando a punição, a reprovação e a consequente mudança de hábitos a respeito. Na década de 1950, pela primeira vez, surgem leis sobre discriminação, como é exemplo a Lei Afonso Arinos, infelizmente ineficaz. A lei 7716/89 também tornou-se letra morta ao só considerar discriminatórias atitudes preconceituosas as ocorrida em público, em razão de possibilitarem provas testemunhais.

4 RACISMO: O POTENCIAL DOS DADOS DESAGREGADOS

A produção e acesso a dados desagregados tem grande potencial informativo e podem demonstrar fatos muitas vezes embaçados pelas lentes culturais. Os preconceitos e a desigualdade de acesso a direitos relativos à raça são apaziguados principalmente em razão das discrepantes desigualdades econômicas. Os dados desagregados em gênero, raça e classe socioeconômica tem contribuindo enormemente na compreensão da distribuição não equitativa nem equânime de direitos, também definida como interseccionalidade da desigualdade e do diferente acesso à direitos.

Em um estudo realizado pelo sociólogo Valle e Silva (apud SCHWARZ, 2012, p.1158) no ano de 1960, comprovou-se que a renda média dos brancos era o dobro da renda do restante da população. Em dados levantados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) de 1982, Rosenberg (apud SCHWARZ, 2012) explicitou a desigualdade no acesso educacional. 97,1% dos negros estudavam o ensino básico em instituições públicas, comparado a 89% dos brancos. Nos cursos noturno, 13%dos negros e 11%dos brancos. Com relação ao analfabetismo, a desagregação por cor alcança 30% dos pretos, 29% dos pardos e 12% dos brancos, sendo de 8% entre amarelos. Na mesma época, a expectativa de escolaridade para o branco médio era de 4 anos, para o restante da população era de 2anos (ANDREWS apud SCHWARZ, 2012, p.1159).

Os dados demográficos também evidenciam essa desigualdade ampliada de acordo com as intereseccionalidade citadas anteriormente. Com relação a mortalidade infantil, o mesmo estudo de Valle e Silva (1992) demonstra a disparidade na taxa de óbitos: enquanto entre crianças brancas era de 77 óbitos para cada mil nascido, para pardos o número era de 105 e para preto de 102. De forma semelhante a esperança de vida entre mulheres brancas e negras nos anos de 1975 – 1980 era de 68 anos e 61 anos respectivamente. A taxa de fecundidade entre 1980 e 1984 para mulheres pretas era de 4,4 filhos, pardas 4,4 filhos e para brancas 1,4 filhos. Esse último dado muitas vezes explicado em razão da inserção das mulheres brancas no mercado de trabalho. Mas e as mulheres negras que sempre tiveram que trabalhar em prol da sua subsistência, por que o trabalho nunca se relacionou com a taxa de fecundidade?

Outro dado interessante trazido no mesmo estudo, é com relação as variações nos padrões de casamentos desagregados por cor. O celibato definitivo, ou seja, pessoas que jamais chegam a casar, foi mais acentuado entre homens pretos, 7,8% e menor entre homens brancos 5,2%. Desmascarando as ideias de democracia racial, miscigenação e cultura mestiça, o estudo mostra que a maior parte dos casamentos no Brasil é endogâmica, isto é, ambos cônjuges costumam ser da mesma cor,

representando esses 79% dos casamentos. O casamento endogâmico, porém, é menos comum entre homens pretos, 58,6%, do que entre mulheres pretas, 67%. Como apontado pela demógrafa Elza Berquo (apud SCHWARZ, 2012, p. 1218) as mulheres negras estão em desvantagem no "mercado matrimonial".

4.1 Dados desagregados e interseccionalidade: as especificidades das trabalhadoras domésticas

Um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) traz uma análise do perfil das trabalhadoras domésticas em 2009 e ainda algumas comparações com um estudo anterior, de 1999. Os dados levantados pelo instituto explicitam a composição desse grupo como majoritariamente composto por mulheres negras com baixa escolaridade.

O primeiro recorte exposto é relativo ao gênero. Em 2009, 7,2 milhões de pessoas estavam empregados no serviço doméstico no Brasil. Desse total, 93% eram mulheres. Sabe-se que o serviço doméstico sempre foi reconhecido como uma atividade de responsabilidade feminina, até mesmo as atividades realizadas por homens e mulheres no cuidado da casa são distintas. As mulheres costumam estar ligadas aos cuidados de pessoas, como babás e cuidadoras – seja de pessoas com deficiência ou idosos - a alimentação, limpeza, etc, enquanto as atividades masculinas costumam direcionar-se para o exterior da casa, como jardineiros e motoristas. Dada a total desproporcionalidade entre homens e mulheres nesse serviço, tratarei esse grupo de empregados sempre no feminino.

É importante também apontar que essa diferença de funções acarreta em diferenças salariais. Em 2009, o salário mínimo nacional era de R$465.

Porém, a média do salário das mulheres nessa função era de R$386,45, enquanto o dos homens era de R$556,73. Ou seja, os homens ocupados nessa área não apenas recebiam acima do salário mínimo, como também recebiam 44% a mais do que as mulheres em média.

Ainda sobre gênero, a pesquisa traz que entre os homens ocupados, apenas 1% está empregado no trabalho doméstico. Enquanto entre as mulheres ocupadas, 17**%** encontram-se nessa área. Outra grande diferença é relativa às trabalhadoras sindicalizadas. Sabe-se que a organização dessas trabalhadoras é mais complicada que a de outros trabalhadores urbanos e rurais, visto que esses se encontram no ambiente de trabalho, enquanto as domésticas realizam sua atividade em diferentes locais e no âmbito privado. A sindicalização das domésticas cresceu entre 1999 e 2009 de 0,89% para 2%, mas ainda assim representa apenas metade da quantidade relativa aos trabalhadores domésticos, de 4%. Essa diferença provavelmente ocorre em função da diferença na jornada de trabalho entre trabalhadores e trabalhadoras, somado à diferente responsabilidade relativa ao trabalho reprodutivo, ou seja, aquele relativo as tarefas domesticas de sua própria casa. Uma vez explicitado que a discussão sobre trabalho doméstico trata de uma discussão sobre mulheres, passemos ao próximo recorte.

Uma das principais características do grupo das trabalhadoras domésticas é a baixa escolaridade. Em 2009, elas tinham em média 6,1 anos de estudo. O dado representa um aumento com relação a 1999, quando a média era de 4,7 anos de estudo. No mesmo período, a média das brasileiras passou de 7,4 anos de estudo para 9,3 anos. Ou seja, o aumento de anos de estudos das domesticas não seguiu o aumento médio das mulheres ocupadas, o que implicou em uma diferença ainda maior na escolaridade entre as domésticas e as mulheres ocupadas em geral. Fica claro como essa é uma característica marcante do grupo, pois, mesmo entre as trabalhadoras domésticas, quando subdivididas em outros grupos, a diferença de escolaridades diminuiu no período pesquisado. Por exemplo, entre mulheres brancas e negra a diferença reduziu-se para 0,4 anos. Embora as domésticas com maior grau de escolaridade sejam ainda as brancas que residem no trabalho, com 7,5 anos de estudo, contra 6,6 anos das negras residentes. Portanto, ainda que no quadro geral a diferença de escolaridade tenha diminuído, quando comparamos empregadas

domésticas em iguais posições, as mulheres negras ainda encontram-se em desvantagem.

Outro recorte fundamental para esse estudo é o recorte racial. Entre as trabalhadoras domésticas, 61,6% se declararam negras em 2009. Em relação às mulheres brancas ocupadas, o trabalho doméstico representa 12,6%, enquanto entre as mulheres negras ocupadas representa 21,8%. As diferenças relativas à cor mostraram-se um recorte fundamental, visto que em todos as temáticas houve diferenças entre mulheres brancas e negras, como já demonstrado no exemplo relativo a escolaridade. A formalização do trabalho doméstico, ou seja, possuir carteira de trabalho assinada, é maior entre mulheres brancas do que entre mulheres negras, sendo de 29,3% daquelas contra 24,6% dessas. Mas ao somar outros fatores essa diferença pode aumentar. Embora, de modo geral, o fato de residir no trabalho colabore para a formalização dessas empregadas, sendo 44% das residentes empregadas, contra 25,8% das não residentes, essa formalização é bem distinta para mulheres brancas e negras residentes. Enquanto, 58,4% das mulheres brancas residentes são formalizadas, apenas 39,2% das negras o são.

A diferença de formalização entre as residentes está ligada ao fator idade, visto que 37,6% das mulheres negras residentes são menores de 24 anos, contra 14,6% das mulheres brancas residentes. Ao baixar a faixa etária para 10 a 15 anos, essa diferença fica ainda mais evidente, visto que 2,5% das trabalhadoras negras residentes se encontram nessa faixa, enquanto não foram encontradas trabalhadoras brancas residentes nesse grupo.

Por fim, a remuneração entre empregadas domésticas brancas e negras também varia. Em 2009, as empregadas negras recebiam em média R$ 364 ao passo que as brancas recebiam R$421,58.

Há um grande debate a respeito da diarista enquadrar-se ou não como empregada doméstica. Atualmente, elas não são protegidas pela legislação trabalhista, porém, algumas o consideram uma vantagem. As diaristas estariam em

maior vantagem por receberem em média maiores salários – uma vez somados -, terem maior flexibilidade e maior liberdade por não estarem subordinadas a apenas uma família. Por outro lado, as diaristas não contam atualmente com a proteção dos direitos trabalhistas. Embora não caiba aqui discutir os pros e contras dessas duas relações de emprego, como tem crescido a discussão a esse respeito, vale a pena ressaltar que houve um crescimento dessa forma de trabalho de 12,1% no período estudo. E também nesse campo houve diferença entre as mulheres brancas e negras, tendo crescido 32,1% entre as brancas e 27,6% entre as negras.

Assim, é possível concluir que o trabalho doméstico representa, no Brasil, desde sempre um espaço de trabalho para pessoas de baixa escolaridade, majoritariamente mulheres e que muitas vezes migraram de outras regiões em busca de melhores condições de vida.

5 TRABALHADORAS DOMÉSTICAS

5.1 A luta das trabalhadoras domésticas e outros movimentos políticos

A primeira organização de trabalhadoras domesticas data de 1936, na cidade de Campinas e foi fundada por Laudelina de Campos Melo. Essa organização nasce em um momento de intensa discussão dos direitos trabalhistas no governo Vargas. Essas organizações políticas, porém, só ganharam o status de sindicatos em 1988 com a promulgação da nova Constituição.

As organizações dessas trabalhadoras é uma história de luta contra múltiplas hierarquias, prova disso é sua aproximação com diferentes grupos nos diferentes momentos históricos. Até a década de 1980, houve uma grande aproximação dessas organizações com o viés marxistas e com o discurso sobre classe. Porém, o abandono que elas sofreram por parte dos movimentos de trabalhadores, mostrou que o recorte de classe não seria suficiente para pautar os direitos dessas mulheres. Lenira de Carvalho, fundadora do sindicato das empregadas domesticas de Recife, denuncia que no período da Constituinte, a Central Única dos Trabalhadores (CUT)

não apoiou e não incluiu as pautas das trabalhadoras domésticas (BERNARDINO-COSTA, 2007, p. 339). A alegação, era que, diferentemente dos demais trabalhadores, os domésticos não geram renda para o país (BERNARDINO-COSTA, 2007, p. 335). Essa justificativa demonstra que as trabalhadoras domésticas têm servido para encobrir a inexistência de serviços públicos como creches, escolas e, atualmente, lares ou espaços para a 3ª idade. Mas, como poderiam ir trabalhar a maior parte dos trabalhadores de classe média, se não houvesse com quem deixar suas crianças? E eis o outro tocante que inibe o apoio das demais entidades trabalhistas em reconhecer direitos empregatícios às domesticas: o próprio movimento trabalhista vê essa categoria como subalterna e se encontra na posição de empregador com relação a essa categoria. Enquanto os sindicatos requerem reposição salarial, banco de horas de seus empregadores, negam esses direitos às mulheres no serviço doméstico (BERNARDINO-COSTA, 2007, p.342).

Retomando o papel dessas trabalhadoras frente aos precários serviços públicos no Brasil, a questão das domésticas abre feridas também no movimento feminista. Durante muito tempo, as principais opositoras aos direitos trabalhistas desse grupo foram outras mulheres. As mulheres de classe média/alta só puderam ingressar no mercado de trabalho ao transferirem sua responsabilidade com a casa e a maternidade para outras mulheres. Nesse processo, não houve um rompimento estrutural das responsabilidades de gênero com relação ao lar, houve apenas uma transferência de responsabilidades, para outro grupo de mulheres, as já conhecidas "mães pretas". Além do mais, a disponibilidade e responsabilidade das domésticas com as famílias de classe média e alta, levanta a questão de quem seria, então, presente e responsável nas famílias dessas próprias mulheres? Creuza de Oliveira, sindicalista de Salvador, expõe que as mulheres do movimento feminista exigiam liberdade sexual, direito à maternidade, ao mercado de trabalho, mas apenas de um grupo específico de mulheres. Esqueciam das trabalhadoras domésticas, majoritariamente negras, que com muita frequência dormiam no trabalho e que desejavam que não tivessem filhos. Ou seja, para esse grupo, não havia luta pela

liberdade sexual, o direito a maternidade, nem ao mercado de trabalho. Apesar de tudo, o movimento de mulheres foi quem abraçou as demandas das empregadas na Constituinte.

As diferenças de realidade, de acesso e de direitos entre as mulheres traz a tona mais um recorte, qual seja um dos principais eixos da colonialidade de poder: a questão da raça combinada ao trabalho. A aproximação política entre empregadas domésticas e movimento negro, porém, só se fortaleceu a partir da década de 80. Embora, Laudelina Campos, primeira fundadora de uma associação doméstica no Brasil, fosse ligada a movimentos negros, essa proximidade política tem uma demarcação espacial e geracional bem específica. Além de ser uma ênfase encontrada nos discursos mais recentes, tem mais força nos sindicatos de Campinas, Salvador e, recentemente, no Rio de Janeiro (BERNARDINO-COSTA, 2007, p. 334). Os conflitos que apareceram com os movimentos de classe e de gênero, não apareceram igualmente com os movimentos de raça. Isso se dá, pois, esses movimentos "demandam uma modificação do padrão de poder semelhantes às demandas das trabalhadoras domésticas" (BERNARDINO-COSTA, 2007, p.340).

As abordagens marxistas não se mostraram suficientes para lidar com problemas sociais de um país ex-escravocrata, pois consideram uma história humana conduzida do feudalismo ao capitalismo industrial, sem reconsiderar o recorte de raça e a experiência colonial (CASANOVA, 2017, 411). O pensamento marxista clássico foca em experiências de uma parte da humanidade, na análise de exploração de trabalhadores pela burguesia e não aborda as injustiças decorrentes do colonialismo.

Já as abordagens feministas se limitaram por não representarem uma emancipação se não a da mulher de classe média e não em razão de uma igualdade de gênero. Infelizmente, esse movimento só conseguiu transferir responsabilidades de um grupo de mulheres para outros, mas sem romper com as estruturas que impões papéis distintos à mulheres e homens. Sem a multiplicidade e diversidades das mulheres não é possível resistir à colonialidade do gênero, pois, "resiste-se a ela

desde dentro, de uma forma de compreender o mundo e de viver nele [...] comunidades, mais que indivíduos, tornam possível o fazer". (LUGONES, 2010 p. 949).

5.2 Mulheres negras e o trabalho doméstico

O intuito deste tópico é discorrer sobre a estreita relação entre o trabalho doméstico e a experiência de mulheres negras. Como citado anteriormente, em 2009, 61,6% das trabalhadoras domésticas se declararam negra, na mesma pesquisa, considerando-se o total de mulher negras ocupadas, 21,8% encontravam-se nesse serviço, quase o dobro comparado às mulheres brancas.

Durante as leituras sobre feminismo negro e operariado negro, não por coincidência, algumas autoras citaram sua experiência ou a experiência de mulheres da sua família como as trabalhadoras domésticas. Conceição Evaristo, renomada escritora, ao discorrer sobre sua relação com a literatura diz que essa relação "passa pela cozinha, pelas cozinhas alheiras, porque as mulheres de sua família trabalharam como empregadas domésticas para famílias de importantes escritores/as mineiros/as". Ela discorre com ironia sobre o nascimento da sua relação com a literatura e esse local de subalternidade, ligado à sua condição de classe e cor (MACHADO, 2014, p.246). Evaristo discorre também sobre a relação comum de apadrinhamento pelos empregadores:

> "O pai de Henriqueta Lisboa, doutor João Lisboa, era padrinho dessa minha irmã mais velha, padrinho de batismo. Era um tempo ainda em que essas relações de subalternidade eram também marcadas por uma relação de compadrio. Então você ter alguém de uma classe superior com quem você tivesse uma certa relação... era interessante" (MACHADO, p.247, 2014).

Essa manutenção da ideia de "bondoso empregador", atravessando a esfera empregatício e adentrando a esfera familiar como padrinho advinda de heranças paternalistas coloniais, como posto por Telles e Graham anteriormente, segue funcionando como relações de proteção em troca de bom comportamento e de

pertencimento a uma casa. Essa relação dificulta o reconhecimento do trabalho exercido por essas mulheres enquanto profissionais.

Outro aspecto evidenciado na experiência da Evaristo é a diferença entre mulheres brancas e mulheres negras, a partir da posição de poder:

> "As lavadeiras, antes tão firma no esfrega-torce e no passa-dobra das roupas, ali diante do olha conferente das patroas, naquele momento se tornavam trêmulas, com receio de terem perdido ou trocado alguma peça. Mãos que obedeciam a uma voz-conferente. Uma mulher pedia, a outra entregava (MACHADO, 2014, p.247).

Destaco apenas para reforçar o já exposto anteriormente a respeito das contradições no movimento de mulheres e destacar a necessidade de marcar que os ganhos em direitos costumam abordar um grupo específico e é importante reconhecer essas limitações.

Lélia Gonzáles era filha de Dona Urcinda, empregada doméstica de ascendência indígena e seu Acácio, ferroviário negro. Ratts e Rios (2010) destacam que embora em 1935, ano do nascimento de Lélia, as mulheres já tivessem conquistado o direito ao voto, o acesso à escola e ao mercado de trabalho ainda era precário. Especialmente no caso de famílias com poucas condições econômicas como era o caso de Lélia:

> "nessa família todos estudavam, ninguém passava da escola primária, mesmo porque o esquema ideológico internalizado pela família era esse: estudava-se até a escolha primária e, depois, todo mundo ia à batalha [...] para sustentar o resto da família"(RATTS;RIOS, 2010, p. 145).

Lélia aponta que só teve a oportunidade de estudar por ser a penúltima filha. Por sorte, também em razão de Dona Urcinda ter trabalhado de doméstica, e, eventualmente como ama de leite, para uma família italiana cuja mãe havia morrido no parto e com quem Lélia fizera muito amizade com a filha em razão da idade. Devido a essa proximidade afetiva, a família se ofereceu para pagar para Lélia também o colégio (RATTS;RIOS, 2010 p. 152). Novamente, encontrarmos relações de compadrio.

Ao falar do irmão mais velho, Jaime, relatam-se as "oportunidade de trabalho" que Lélia teve, ainda criança, de ser babá de diretores dos clubes que seu irmão jogava. O trabalho de babá eram um indicativo para ser tornar empregada doméstica e, logo, "parte" da família. Lélia relata em uma entrevista ao Pasquim que teve que "reagir muito contra" para que não seguisse nesse trabalho.

No livro "história de operários negros" (SILVA, 1987) que retrata a experiência escolar e profissional de três trabalhadores negros, traz vários trechos que apontam a relação entre o trabalho doméstico e a única trabalhadora entrevistada. Nalva teve a oportunidade de estudar em um colégio de freiras e relata que as meninas que não tinham mãe, eram buscadas no fim de semana por famílias para que elas pudessem (as estudantes) passear com as crianças (das famílias) e que quando essas (estudantes) cresciam eram levadas para ser empregadas (SILVA, 1987, p. 74). Evidentemente tornar-se-iam empregadas que moravam no serviço, nem cabe aqui discutir jornada de trabalho, embora já fosse tema debatido nos movimentos de trabalhadores, visto que já sabemos que esse só foi reconhecido para as domésticas em 2013, mas apontar que, mais uma vez, mantinham-se os vínculos de paternalismo que faziam da empregada parte da casa. A vida pessoal dessas mulheres, sua independência, vida social e afetiva, portanto, eram extremamente controlados.

Outro trecho reflete um comportamento muito comum ao longo da história brasileira: a troca de moradia, comida, por serviços domésticos. Nalva relata que ela e sua mãe (a qual era empregada doméstica) "morávamos no seu Flávio. Pra ter um dinheirinho, eu lavava louça do almoço, lavava chão pras gurias" (GONÇALVEZ SILVA, p. 76, 1987). Essa "troca" era e é tão recorrente, principalmente com mulheres vindas do interior para as cidades grandes, que a lei de 2013, que

regulamentou o trabalho doméstico, trouxe em art. 18[3] a proibição de reduzir o salário em razão de alimentos, estadia noturna ou uniforme de trabalho.

Por fim, Nalva relata que quando conseguiu um trabalho na área de enfermagem, o que era um fato excepcional para uma mulher negra, teve que ouvir comentários racistas de colegas de trabalho mais claras:

> "As moças de cor eram serventes, só eu trabalhava nos quartos. A Maria Costa era clara, ela implicava comigo, achava que eu não merecia. Mas eles me dava, eu nunca pedi... Eu respeito meu patrão" (SILVA, 1987, p. 80)

5.3 Estudos e mulheres negras

Como apontados pela pesquisa do IPEA um dos principais marcadores das trabalhadoras domésticas é sua baixa escolaridade. Apesar do aumento de anos de estudos da sociedade brasileira de forma geral, os anos de estudos das domésticas não seguiu esse avanço, como já apontado anteriormente.

Para trazer mais alguns dados, em 1950 "os brancos – representando 63,5% da população total – detinham 97% dos diplomas universitários, 94% dos secundários e 84% dos diplomas da escola primária". Esses dados, que se desagregados em gênero com certeza constariam uma situação ainda pior das mulheres negras, explicitam a constatação de Hooks (apud CARNEIRO, 2010, p.118) de que é essencial para a luta de libertação das mulheres negras que elas ocupem espaços de trabalho intelectual. Caso contrário, não conseguiremos romper a divisão de trabalho construída e perpetuada pela colonialidade do poder de que as mulheres negras são 'só corpo sem mente', construção que também se explícita no estereótipo da 'mulata tipo exportação'.

O histórico de diversas intelectuais negras da atualidade constata como a experiência de trabalho como empregada doméstica ainda é uma realidade atual ou

[3] Lei complementar 150/2015 Art. 18. É vedado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia, bem como por despesas com transporte, hospedagem e alimentação em caso de acompanhamento em viagem

muito próxima da maior parte dessas mulheres. Outra vivência muito presente nos relatos das intelectuais negras, são as dificuldades constatadas para se inserir nos espaços acadêmicos. Eis aqui a importância do compartilhamento de vivências individuais que revelam nas suas frequências e recorrências questões estruturais.

Este é um dos instrumentos mais eficazes na dominação étnica/racial, conceituado por Boaventura Santos como epistemicídio. Definido inicialmente como o processo de destituição da racionalidade, da cultura e da civilização do Outro, este processo vai muito além ao se consolidar como um processo constante de produção da indigência cultural:

> Pela negação ao acesso a educação, sobretudo de qualidade; pela produção da inferiorizarão intelectual; pelos diferentes mecanismos de deslegitimação do negro como portador e produtor de conhecimento e de rebaixamento da capacidade cognitiva pela carência material e/ou pelo comprometimento da autoestima pelos processos de discriminação correntes no processo educativo (CARNEIRO, 2005, p.97).

Esse processo de desqualificação de outros conhecimentos somado à divisão racial do trabalho intelectual/manual, legitima a desqualificação individual e coletiva da possibilidade de ser e se ver enquanto sujeito capaz de adquirir conhecimento. Nas palavras de Carneiro (2005) “o epistemícidio fere de morte a racionalidade do subjugado [...] mutila a capacidade de aprender”.

Como na construção da modernidade e da colonialidade, o intelecto e a razão foram determinados patrimônio dos brancos e europeus, eis a razão pela qual o racismo pode ser percebido (e geralmente o é) entre as pessoas mais estudadas. Há quem perceba o racismo como fruto da ignorância, mas o racismo é produto autêntico da construção da razão (CARNEIRO, 2005, p. 100). Esta construída como a única produtora possível do conhecimento e renegada à todos os grupos que se encontrassem do outro lado do binômio moderno.

A barreira do acesso à educação é um dos instrumentos de manutenção deste epistemicídio. Os dados desagregados sobre trabalhadoras domésticas, citados anteriormente, confirmam que a desigualdade de escolaridade é uma das principais

características das trabalhadoras domésticas e que essa desigualdade não diminui entre 1999 e 2009. E que ainda entre as próprias trabalhadoras domésticas são as trabalhadoras negras as com menos anos de estudo (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009).

A educação se torna assim uma maneira de naturalizar as desigualdades raciais. O sistema educacional é considerado por Carneiro (2005, p.112) um subdispositivo da racialidade do poder. Tal se comprova no diferencial de escolaridade entre brancos e negros que além de ser discrepante, se mantém estável entre as gerações (CARNEIRO, 2005, p.2013; SCHWARZ, 2012, p.1158; XAVIER, 2015, p.6).

A filósofa Djamila Ribeiro (2017, p.24) também confirma esse binômio moderno: "quem possui o privilégio social possui o privilégio epistêmico, uma vez que o modelo valorizado e universal de ciência é branco". Mais uma vez evidencia-se a conquista da modernidade de ter conseguido construído como universal e neutro o que na verdade se trata de uma perspectiva específica. Mais um motivo pelo qual a inserção de mulheres negras nos espaços acadêmicos se torna fundamental: desconstruir a falácia de um conhecimento universal. Ribeiro (2015) alerta que as falas de mulheres negras têm sido historicamente desqualificadas, e seguem sendo, sobre o pressuposto de que falar apontando sua perspectiva, seria romper a neutralidade científica. O que não se vê é que não há, nem nunca houve, neutralidade nessa construção. Eis pois a importância de entender todos os saberes como localizados e não apenas os saberes dos grupos que nunca tiveram voz.

A ocupação desses espaços de construção do saber e a construção de um "outro saber" também é parte fundamental da descolonização do saber e do poder. Mais além, é basilar para romper o binômio trabalho x intelecto, ou mais aprofundadamente, destruir a concepção de que alguns trabalhos valem menos do que outros.

5.4 Direitos trabalhistas e sua representatividade

Observou-se na formação do movimento das trabalhadoras domésticas a articulação entre movimentos sindicais, feministas e negros, o que é denominado por Bernardino (2015) como interseccionalidade emancipadora. Um movimento que busca a igualdade de direitos trabalhistas enquanto superação das distinções classistas, racistas e sexistas.

Infelizmente, sabe-se que o reconhecimento normativo de um direito não é suficiente para ampará-lo e garanti-lo na prática. Menos ainda frente ao desmonte de direitos que tem sofridos os trabalhadores e trabalhadoras e a própria justiça trabalhista. O direito à jornadas de trabalho, férias, FGTS da trabalhadoras domésticas representava uma igualdade em direitos desse grupo junto as demais trabalhadoras.

O reconhecimento desses direitos representa, juridicamente, o alcance da igualdade trazida no art. 5, II da Constituição Federal. Se por todos esses anos a desigualdade de direitos trabalhista não foi algo que espantou a sociedade brasileira, isso demonstra que há, na prática, uma desvalorização de alguns trabalhos e a recusa de reconhecer todos os cidadãos e cidadãs como dignas dos mesmos direitos.

6 CONCLUSÕES

Essa pesquisa foi iniciada anteriormente à aprovação da Reforma Trabalhista (lei 13. 467/2017) e visava construir uma idéia de direitos trabalhistas enquanto valorizadores da própria pessoa e de reconhecimento de humanidade e direitos. Lamentavelmente, o trabalho foi atravessado por essa aprovação, mas seus pontos de partida não foram alterados. A classe das domésticas segue sendo uma das últimas a ter seus direitos reconhecidos.

Em uma reviravolta epistemológica, aprofundei-me nos estudos sobre decolonialidade. Uma mudança não apenas na maneira de ver, mas principalmente de pensar. Tomou-me muito tempo a carga de leitura dos conceitos dessa

perspectiva. Após longas leituras, encontrei também críticas a grande parte desses estudiosos devido à sua reprodução de lugares de produção do conhecimento, pois grande parte deles encontram-se em universidades norte americanas. Encontrei me novamente colaborando para a reprodução da colonialidade do poder interno, reproduzindo saberes unicamente acadêmicos, majoritariamente masculinos, brancos e muitas vezes a partir de universidades norte-americanas. Uma nova jornada de leituras se iniciou visando não só enunciar uma teoria, mas colocá-la na prática.

Assim aprofundaram-se minhas leituras sobre feminismo negro exclusivamente a partir de pensadoras negras. Se até então havia lido sobre pós colonialidade e decolonialidade a partir de homens brancos, com poucas exceções como Segato e Adichie, nada mais epistemologicamente coerente do que de fato praticar a valorização desses "outros conhecimentos".

A perspectiva decolonial e a perspectiva interseccional se provaram uma perspectiva urgente e fundamental para compreender uma realidade que os pensamentos acadêmicos insistem em dividir em "caixinhas". Se na vida real as experiências e transformações sociais não dividem-se entre as esferas da história, do direito ou sociologia, como um conhecimento segregado poderia conseguir explicar essas realidades? Apesar de fundamentais, deve-se atentar para o fato de que essas perspectivas – decolonial e intersecional – já vem sido abordadas e alertadas por outras atrizes e atores há muito tempo, porém sobre outros nomes, afim de não recair na negação de outros conhecimentos. O encontro e reunião desses vários conhecimentos sobre um nome, que não deve ter a pretensão de homogeneizá-los, é, de toda forma, relevante para que essas vozes alcancem mais espaços.

A intersecionalidade é uma visão fundamental para que se enxergue que as leis e políticas públicas construídas e ditas como universais não conseguem alcançar, ou possivelmente intencionalmente não queiram alcançar, todos os grupos sociais. Grande confusão se faz ao tentar enunciar esses grupos, intercruzados por diversas identidades, como se representassem uma tentativa de apaziguar outros grupos. A proposta é exatamente a oposta: evidenciar o apaziguamente que identidades

universalizantes – homem, mulher, pobre – impõe e diversos atores. Como posto por Ribeiro (2017, (p.45)):

> "As diferenças não são algo negativo, as desigualdades que são construídas a partir dessas diferenças, sim. Portanto, o não reconhecimento de que se parte a partir de locais diferentes, visto que as pessoas têm experiências coletivas estruturais distintas, seria continuar apoiando o argumento de que pessoas brancas falam na coletividade pois se entendem como universais".

Assim, o reconhecimento dos direitos trabalhistas das trabalhadoras domésticas, e escolheu-se falar em "reconhecimento" pois o direito propriamente elas sempre tiveram, explícita como trata-se de "pessoas com experiências coletivas estruturais distintas". Uma experiência majoritariamente de mulheres, negras, de classe econômicas baixa e com pouco acesso escolar. Os relatos das diferentes autoras mostram suas experiências compartilhadas que evidenciam uma condição estrutural. A construção da igualdade de condições trabalhistas para esse grupo de mulheres negras é, portanto, basilar para a superação do nosso "passado" de Estado colonial e presente colonialidade interna.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *O perigo de uma história única*. TEDGlobal, 2009. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/chimamanda_adichie_the_danger_of_a_single_story?language=pt-br#t-719016>. Acesso em: 18 fev. 2017.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Brancos e negros em São Paulo: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulista*. São Paulo: Global, 2008.

BOTELHO, Maurílio Lima. Colonialidade e forma da subjetividade moderna: a violência da identificação cultural na América Latina. *Espaço e Cultura*, Rio de Janeiro, n. 34, p.195-230, jul/dez de 2013.

CARNEIRO, Sueli. *A Construção do Outro como Não-Ser como fundamento do Ser*. São Paulo: Feusp, 2005.

CARVALHO, Glauber; ROSEVICS, Larissa (Orgs.). *Diálogos Internacionais:* reflexões críticas do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: PerSe, 2017.

CASANOVA, Pablo González. *Colonialismo interno: unaredefinición*. Disponível em: <biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/campus/marxispt/cap.%2019.doc>. Acesso em: 20 de fev. de 2017.

COLLINS, Patrícia Hills. Aprendendo com o outsider within*: a significação sociológica do pensamento feminista negro. *Revista e Estado*, vol. 31, n. 1, jan/abr. 2016.

COSTA, Sérgio. Desprovincializando a sociologia*:* a contribuicão pós-colonial. *RBCS*, vol.21, 60, jan. de 2006.

COSTA-BERNARDINO, Joaze. Colonialidade do poder e subalternidade: os sindicatos das trabalhadoras domesticas no Brasil. *Revista Brasileira do Caribe*, Goiás, vol. VII, n. 14, p. 311-345, jan./jun. 2007.

COSTA-BERNARDINO, Joaze; GROSFOGUEL, Ramon. Decolonialidade e perspectiva negra. *Revista Sociedade e Estado*, v. 31, jan./abr. de 2016.

DJOKIC, Aline. *Colorismo: o que é, como funciona*. Disponível em: <http://blogueirasnegras.org/2015/01/27/colorismo-o-que-e-como-funciona/>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

FERNANDADES, F. *O negro no mundo dos brancos.* São Paulo: difusão europeia do livro, 1979. Disponível em: <https://eraju2013.files.wordpress.com/2013/09/fernandes-florestan-o-negro-no-mundo-dos-brancos-1.pdf>. Acesso em: 23 de março de 2018.

FRAGA FILHO, Walter. *Encruzilhadas da liberdade: história de escravos libertos na Bahia (1870 – 1910).* Campinas, SP: Unicamp, 2006.

GRAHAM, Sandra Lauderdale. *Proteção e obediência – criadas e seus patrões no Rio de Janeiro: 1860 – 1910.* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

HILL, Bridget Irene. Algumas considerações sobre empregadas domesticas na Inglaterra do século XVIII e do terceiro mundo de hoje. *Varia história*, Belo Horizonte, n.14, set. 1995.

INSTITUTO DE PESQUISADO ECONÔMICA APLICADA.Comunicados do IPEA, no 90. *Situação das trabalhadoras domésticas no país*. 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/index.php?option=com_content&view= article&id=668>. Acesso em: 7 de março de 2018.

LEDA, Manuela Corrêa. *Teorias pós coloniais e decoloniais: para repensar a sociologia modernidade*. Revista Temática, Campinas, n.23, p.101-126, fev./dez 2015.

LUGONES, Maria. Rumo a um feminismo descolonial. *Revista estudos feministas*, v. 25, n.4, 2010.

MACHADO, Bárbara Araújo. Escre(vivência): a trajetória de Conceição Evaristo. *Revista História Oral*, v.17, n.1, p.243-265, jan./jun.2014.

MATTOS, Hebe Maria. *Escravidão e cidadania no Brasil monárquico*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

MELLINO, Miguel. *La critica poscolonial: descolonización,capitalism y cosmopolitismo en los estúdios poscoloniales*. Buenos Aires: Paidós, 2008.

MIGNOLO, Walter. *El pensamiento dês-colonial, desprendimiento y apertura: un manifesto*. 2005. Disponível em:<www.tristestopicos.org>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

MIGNOLO, Walter; *La Idea de America latina: La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Editora Gedisa, 2007.

PERES, Hubert. Nação Imaginária e Nação imaginada. In: *Confluência – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, vol. 14, n. 2, pp 102-120, 2013.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e America Latina. In: Edgardo Lander (org.) *a colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RATTS, Alex; RIOS, Flavia. *Lélia Gonzáles*. Coleção: retratos do Brasil Negro. São Paulo: Selo Negro, 2010.

RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento, Justificando, 2017.

SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. Rio de Janeiro: Companhia de bolso, 2011.

SAID, Edward W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

SCHWARZ, Lilia Mortiz. *Nem preto, nem branco, muito pelo contrario*: cor e raça na sociedade brasileira. São Paulo: Claro enigma, 2012.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e. *Operários negros*. In: coleção afro-brasiliana. Escola Superior de Teologia e espiritualidade franciscana. Porto Alegre, Nova Dimensão, 1987.

SKIDMORE, Thomas E. *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930).* São Paulo: Companhia das letras, 2012.

SOUZA, Flavia Fernandes de. *Escravas do lar: as mulheres negras e o trabalho doméstico na Corte imperial*. Disponível em: <periodicos.unb.br/index.php/hh/article/download/17577/16960>. Acesso em: 22 de abril de 2018.

TELLES, Lorena Feres da Silva. *Liberta entre sobrados: mulheres negras e trabalho doméstico em São Paulo* (1880 – 1920). São Paulo: Alameda, 2013.

XAVIER, Giovana. *"Fala a Mulher" ou a mulher também fala? Maria de Lurdes Vale Nascimento e as articulações entre gênero, raça e classe no jornal O Quilombo (Rio de Janeiro, 1948-1950).* 7o Encontro Escravidão e Liberdade no Brasil Meridional, 2015.Disponível em:< http://www.escravidaoeliberdade.com.br/congresso/index.php/E-X/7/paper/view/211>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

A TARIFAÇÃO DO VALOR DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NA REFORMA TRABALHISTA

Gabriel Cotrim de Souza

RESUMO

O presente trabalho analisa as novas disposições introduzidas pela lei n° 13.467/2017, conhecida como Reforma trabalhista, sob os artigos 223-A até 223-G acerca do dano extrapatrimonial, verificando a viabilidade de aplicação dos novos dispositivos, de acordo com os princípios constitucionais vigentes adotados pela doutrina e jurisprudência no âmbito do direito Civil e Trabalhista. Foi adotado a metodologia de pesquisa empírica para avaliar as hipóteses que tratam das relações de causa e efeito ao se estabelecer uma tarifação para o valor indenizatório dos danos morais. Desta forma comparando as normas aplicadas antes do advento da Reforma Trabalhista com o que tem sido aplicado em vista da nova legislação, resguardando sempre os direitos constitucionais, civis e trabalhistas das partes envolvidas em uma lide que tem por matéria a busca da reparação integral de um dano moral sofrido. Concluiu-se ser incompatível, portanto, com o ordenamento jurídico pátrio devido ao fato de não respeitar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, equidade e dignidade da pessoa humana, além dos pressupostos subjetivos de cada caso analisados pelo magistrado ao arbitrar o valor indenizatório, ficando em aberto, se a jurisprudência vai acatar o entendimento doutrinário ou aplicar as novas disposições impostas pela referida lei.

Palavras-chave: dano moral. direito do trabalho. responsabilidade civil. reforma trabalhista. dano extrapatrimonial.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho investigará a possibilidade da tarifação dos danos morais, com vistas às tentativas legislativas de estabelecer critérios unicamente objetivos para

delimitar o montante do valor indenizatório. Dentro deste tema, temos a problemática da não reparabilidade integral do dano moral, visto que o *quantum* delimitado através da tarifação possa ser insuficiente para compensar o dano moral causado em sua totalidade.

O presente documento usará a metodologia empírica para avaliar as hipóteses que tratam das relações de causa e efeito ao se estabelecer uma tarifação para o valor indenizatório nos casos em que o objeto da contenda são danos morais.

Inicialmente buscar-se-á no nosso ordenamento jurídico através da evolução legislativa e doutrinária motivos para determinar a viabilidade de tarifar o *quantum* indenizatório referente aos danos causados à esfera moral do indivíduo por meio dos pressupostos da responsabilidade civil com vistas à Constituição Federal de 1988.

Em seguida, analisar-se-á o entendimento jurisprudencial mediante decisões que versam sobre a delimitação do *quantum debeatur*, averiguando os critérios utilizados pelos Magistrados e a efetividade das decisões quanto a reparação integral dos danos extrapatrimoniais.

Após apurar a possibilidade da tarifação por meio de estudos históricos, doutrinários e jurisprudenciais, será examinada a praticabilidade do instituto tarifativo que foi implementado pela lei n. 13.457/2017, que alterou a CLT, adicionando os artigos 223-A até o 223-G, estabelecendo novos critérios para a determinação do *quantum* indenizatório dos danos extrapatrimoniais derivados de relações empregatícias.

Para compreender teoricamente o referido instituto e sua aplicação no ordenamento jurídico, serão investigados três aspectos.

O primeiro será a conceituação dos termos utilizados pela jurisprudência e legislação em pauta, desde os princípios jurídicos até os elementos caracterizadores do dano moral. O segundo aspecto tratará da aplicação do instituto do dano moral nos tribunais superiores. Por fim, serão analisados os critérios criados pela reforma

trabalhista, bem como as críticas feitas à ele pela comunidade jurídica quanto a sua aplicação prática e a efetiva reparação do dano.

2 O DANO MORAL

A doutrina majoritária no campo do direito civil já tem um entendimento consolidado quanto ao instituto do Dano moral, Flavio Tartuce entende que o dano moral é a constituição de qualquer lesão aos direitos da personalidade, como a liberdade à opção religiosa ou a opção sexual, abrindo o leque pra inúmeros outras preferências atinentes ao indivíduo. O dano moral em *lato sensu*, sequer necessita de prova do sofrimento para ser caracterizado. [1]

Para Humberto Theodoro Júnior, citado por Caputo Bastos, os danos morais ocorrem no campo da subjetividade, ou no plano de valores da pessoa em sociedade, buscando os aspectos mais íntimos da personalidade humana, ou a própria apreciação da pessoa no meio em que atua e vive, derivando-se de práticas que atentam contra a personalidade e a efetivar um sentimento de pesar íntimo do ofendido, sendo apto a causar alterações psicológica ou um dano à parte social ou afetiva do patrimônio moral do injuriado. [2]

Maria Helena Diniz, a respeito dos danos morais, leciona que seja qual for a lesão experimentada por alguém no objeto de seu direito, ecoará em seu interesse; por esta razão, ao diferenciar o dano patrimonial do moral, o parâmetro da distinção não pode se ater à natureza ou caráter do direito subjetivo atingido, e sim ao interesse, ou ao resultado da lesão jurídica.

Sendo assim, diz respeito ao caráter de sua repercussão sobre o ofendido, visto que, apenas deste modo pode-se manifestar o dano moral, derivado de uma

[1] TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das obrigações e responsabilidade civil; 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.2

[2] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 7. Ed. atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010 apud BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P. 36.

ofensa a um bem material, ou até mesmo em um dano patrimonial indireto, que provém de um evento que lesa direito extrapatrimonial. [3]

A visão de dano moral de Zannoni, abordado por Maria Helena Diniz, tem um teor mais profundo e direto, de forma com que elucida a questão da compensação pecuniária, não que esta vá satisfazer o dano sofrido, mas sim atenuar.

De acordo com Zannoni, o dano moral não relaciona-se com a dor, angustia, desgosto, aflição espiritual ou humilhação que experimenta a vítima do acontecimento lesivo, visto que tais estados de espirito constituem a consequência do dano. Portanto, os ofendidos indiretos e a vítima, poderão requerer a reparação em razão do dano moral experimentado, mesmo que não peçam um valor relacionado a dor que vivenciaram, contudo, não mais que um valor que lhes atenue, ao menos em parte, as implicações da lesão por eles sofrida.[4]

2.1 Aspectos Históricos

O instituto do dano moral não é produto da atualidade, na verdade é um constructo que vem sido adotado e aprimorado desde a antiguidade como forma de reparação por um ato lesivo, desta forma, compreender as raízes deste instituto é de suma importância para a assimilação do tema abordado.

Desde os primórdios da civilização humana, o homem se defendia das agressões sofridas, tanto morais quanto físicas, o fazendo com sua própria força, sendo auxiliado muitas vezes pelo grupo do qual pertencia. Destarte, a cada acontecimento que tinha como núcleo uma agressão sofrida, movia o sentimento de

[3] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*: responsabilidade civil 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.7. p.92.
[4] ZANNONI, Eduardo A. *El daño em la responsabilidade civil y penal em los delitos contra el honor*. JÁ, I, p.234 e 235, apud DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. V.7. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.93.

vingança pessoal para satisfazer a dor sofrida. Desta forma, o sistema penal aplicado era feito pelo próprio ofendido ou pelas pessoas a ele ligadas[5], como

> [..]forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal. É a vingança pura e simples, a justiça feita pelas próprias mãos da vítima de uma lesão.[6]

No passar do tempo, é possível encontrar fragmentos de outras legislações que também tinham previsões de reparação do dano, tais como o Código de Manu, que previa a reparação de uma lesão em valor pecuniário. Ainda tem-se o Código de Ur-Nammu, que se assimila a Lei das XII Tábuas, que preocupava-se em reprimir a vingança pessoal, substituída que era pela ação repressora do Estado, representando à época pela figura do monarca.[7]

Em Roma, a legislação referente à reparação do dano tem uma consolidação mais nítida, inicialmente através da Lei das XII Tábuas, e posteriormente, com a edição da *Lex Aquilia* e com a legislação Justiniana.[8]

Durante o período de Justiniano, a criação pretoriana do *actio injuriarum aestimatoria*, que tinha um processo bastante parecido com o arbitramento, na medida em que a vítima, sob juramento, estimava um valor que correspondesse à sua satisfação quanto à reparação do dano.[9] Tal processo conforme preleciona Wilson Melo da Silva, citado por Melo:

> [...]era simples e curioso: o ofendido, deduzindo seu pedido e especificando nele a lesão de que se queixava, reclamava desde logo o pagamento de uma certa pecúnia. E o juiz, ao tomar conhecimento do pedido e caso desse pela procedência do mesmo, condenava o culpado ao pagamento da quantia

[5] MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral trabalhista*: doutrina e jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 3.
[6] LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960 apud MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral trabalhista: doutrina e jurisprudência*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3.
[7] MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral trabalhista*: doutrina e jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.
[8] Ibidem, p. 4.
[9] Ibidem. p. 5.

> pedida, aceitando-a no quantum arbitrado pela parte ou modificando-a, a seu critério[10]

Dessa forma evidencia-se o princípio da equidade, pela qual caberia ao Estado-juiz delimitar a quantia a ser despendida como indenização.

Segundo a doutrina, o maior marco revolucionário nos conceitos de responsabilidade civil se deu através da promulgação da *Lex Aquilia* de *Damno* (século III a.C.). Conforme Nehemias Melo, essa lei é tão importante que usamos até hoje a expressão "aquiliana" com o objetivo de conceituar a responsabilidade extracontratual ou delitual, ou ainda, para atribuir conceito à responsabilidade civil baseada na culpa. É esta lei que estabeleceu um princípio geral que direciona o pretor e aos jurisconsultos o alargamento de sua aplicação para outros titulares de direitos, inclusive aos lesados por dano estritamente moral.[11]

Posteriormente, temos a influência do direito Romano na estruturação de legislação de vários povos. O Código Civil francês de 1804 seguiu a tradição que o Direito Romano originou, adotando a teoria da culpa, como fundamento do direito de indenizar, estabelecendo o princípio pelo qual aquele que por ação ou omissão violar direito de outrem, causando dano, ficaria obrigado a reparar mediante culpa.[12]

2.2 A evolução no direito brasileiro

A legislação brasileira que trata sobre o dano moral teve dois momentos, o pré-constituição de 1988 e o pós-constituição de 1988, que possuem diretrizes distintas no que diz respeito à reparação dos danos morais.

[10] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. Ed. (histórica). Rio de Janeiro: Forense, 1999 apud MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral trabalhista*: doutrina e jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.
[11] MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. P. 5.
[12] MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral trabalhista*: doutrina e jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 6.

2.2.1 O dano moral antes da constituição federal de 1988

Não obstante a discussão doutrinaria e jurisprudencial a respeito do "dano moral" ainda sob a égide da constituição de 1967, tal instituto não se firmou no ordenamento jurídico até a constituição de 1988. Na prática, o Código Civil de 1916 não tratava do tema de forma explicita, o que transmitia aos operadores do Direito o esforço em construir interpretações jurídicas que dessem proteção às afrontas aos bens imateriais ligados à honra.[13]

Nehemias Melo ressalta a importância do histórico Decreto-Lei n° 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro no Brasil, na matéria de transporte de mercadorias e passageiros, bem como suas bagagens. A respectiva lei é considerada por muitos doutrinadores e juristas como marco histórico do reconhecimento do instituto do dano moral no direito brasileiro. Sua importância foi tão relevante que a sua aplicação acabou por ser estendida pelos tribunais a todas as questões relacionadas com as atividades de transportes.[14]

A lei de imprensa (Lei n ° 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), também foi um marco importante, pois segundo Melo, a aludida lei encarou a questão da reparação por danos extrapatrimoniais ao determinar categoricamente, que aquele que violar ou causar danos, no seu exercício, com dolo ou culpa, ficaria obrigado a compensá-los, não só os danos materiais, mas também os danos morais. [15]

O texto dos artigos 51 e 52 da referida lei, continha as seguintes disposições:

> Art. . 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

[13] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P. 43.
[14] MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit.. p. 9.
[15] MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral trabalhista*: doutrina e jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

> I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).
>
> II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;
>
> III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;
>
> IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade.
>
> Art. 52. A responsabilidade civil da emprêsa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vêzes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.[16]

A tarifação dos danos morais constantes na Lei de Imprensa foi posteriormente analisada pelo STF, com o intuito de verificar a constitucionalidade de tal instituto.

O Código Civil de 1916, mesmo abordando a reparação, não explicitava a natureza do dano, se material ou moral, fator que contribuía para a negação da tese da incidência de danos morais.

O CC/16 possuía dois casos de tarifamento legal dispostos nos arts.1.547 (injúria e calúnia) e 1.550 (ofensa à liberdade pessoal), estabelecendo que, diante da impossibilidade comprobatória do juízo material, a indenização fixada deveria corresponder ao "dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva". O STJ, em função do valor demasiadamente excessivo alcançado, firmou entendimento, fundamentando-se nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, no sentido da inaplicabilidade de tal tarifação legal do *quantum debeatur*.[17]

---

[16] BRASIL. Lei n° 5.250. de 9 de fev. de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 4. jun. 2018.

[17] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. RESP 1152541 – RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 21.09.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo

2.2.2 O dano moral após a constituição federal de 1988

Com a instauração da nova ordem constitucional, o poder constituinte originário estabeleceu no próprio texto da Carta Magna, dando segmento à adoção da "dignidade da pessoa humana" como fundamento em seu art. 1°, inciso III, também estabelecendo a igualdade de todos perante a lei (art. 5°) sem discriminar cor, raça, idade, origem, sexo e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo 5°, que define os direitos e deveres individuais e coletivos, também assegura o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V). Ainda fixa a matéria acerca da reparabilidade dos danos morais para que não reste mais dúvidas, *in verbis:*

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> [...]
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. [...][18]

Desde então, os tribunais pátrios não somente firmaram entendimento quanto aos danos morais, como também passaram a entender pela cumulatividade das indenizações por dano material e moral. Sobre esta matéria, o Superior Tribunal de

/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF>. Acesso em: 15 Set. 2018.

[18] BRASIL. Constituição (1988) *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. de 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.

Justiça editou a Súmula n° 37, com os dizeres "são acumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".[19]

Ainda que a constituição de 1988 possuísse disposições acerca da reparação dos danos morais e a jurisprudência tendo fixado que poderia cumular os danos morais e materiais advindos do mesmo ato lesivo. O Código de 1916 continuava atrasado em relação aos avanços da esfera judicial nacional.

Desta forma, com o advento do Código Civil de 2002 que trouxe uma disciplina quanto aos "atos ilícitos", trouxe em seu art. 186, *in verbis: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."[20] Com essa positivação da norma que estabelece o dano através de um ato ilícito, gera-se uma maior segurança jurídica, o que não ocorria durante a vigência do código de 1916.[21] Além do art. 186, o Código Civil de 2002 também trouxe diversos dispositivos que preveem a responsabilidade civil e a reparabilidade por danos morais, que serão estudados nos próximos capítulos.

Acerca da lei de imprensa de 1967, as novas disposições constitucionais e a nova legislação civil, confirmaram o entendimento jurisprudencial que já não recepcionava mais as disposições contidas na Lei de imprensa, desta forma, o STF em sede de Recurso extraordinário já entendia pela inconstitucionalidade da aludida lei:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. **I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88**. RE interposto com base nas alíneas a e

[19] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P. 48.
[20] BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018
[21] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. op. cit. P. 49.

> b (CF, art. 102, III, a e b). Não conhecimento do RE com base na alínea b, **por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67**. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. **II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla**. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido. (RE 396386, Relator: Min. Carlos Velloso, 2ª Ta., DJ 13-08-2004 – **Grifei**)[22]

Subsequentemente, em 30 de abril de 2009 a respectiva lei foi matéria de ADPF. O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional a lei de imprensa (Lei 5.250/67) por ser incompatível com a constituição de 1988. Os ministros votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 130.[23]

2.3 Pressupostos da responsabilidade civil

Para que exista uma responsabilidade civil de reparar um dano moral é imprescindível a existência de alguns pressupostos, sendo eles: o ato ilícito, o dano e

[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário*. RE 396386, Relator: Min. Carlos Velloso, 2ª Turma. Julgado em 13 ago. 2004.

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. ADPF n° 130. Relator: Min. Carlos Britto. 2009. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 3 Jun. 2018.

o nexo de causalidade. Esta tríplice tem uso para definir "a obrigação de reparar o dano causado por uma pessoa a outra."[24]

2.3.1 ato ilícito

Na seara civilista, o requisito do ato ilícito figura-se no art. 186 e 187 do Código civil de 2002, *in verbis:*

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.[25]

Desta forma, na acepção de Maria Helena Diniz, o ato ilícito é:

> A existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. [...] Há atos que, embora não violem a norma jurídica, atingem o fim social a que ela se dirige, caso em que se têm os atos praticados com abuso de direito, e, se tais atos prejudicarem alguém, ter-se-á o dever ressarcitório.[26]

No âmbito do direito do trabalho, Caputo Bastos acrescenta que o ato ilícito "manifesta-se na conduta comissiva ou omissiva atribuída, na hipótese de dano moral trabalhista, ao empregado ou ao empregador, a depender do caso concreto, que, contrária ao Direito, lesione interesses de outrem."[27]

---

[24] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P.39

[25] BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.

[26] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. V.7*: *responsabilidade civil* 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.37.

[27] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P. 37.

2.3.2 nexo de causalidade

Entre o dano e o ato ilícito, encontra-se o nexo de causalidade, que é uma peça fundamental pois cria um vínculo entre os dois outros requisitos, que juntos são os pressupostos da responsabilidade civil. Desta forma, de acordo com Flavio Tartuce:

> O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém[28]

Entretanto, se houver uma causa excludente de responsabilidade, esta pode causar efeitos diversos à indenização preterida pela vítima do dano, Maria Helena Diniz, disciplina que:

> [...]não haverá a relação de causalidade se o evento se deu por culpa exclusiva da vítima; por culpa concorrente da vítima, caso em que a indenização é devida por metade ou diminuída proporcionalmente; por culpa comum da vítima e do agente; por força maior ou caso fortuito, cessando, então, a responsabilidade, porque esses fatos eliminam a culpabilidade ante a sua inevitabilidade.[29]

Nota-se que o nexo de causalidade é vital para determinar a responsabilidade das partes, tal como o montante indenizatório, se devido, observando sempre as hipóteses de excludente de responsabilidade.

2.3.3 dano

O dano, ou resultado lesivo é um pressuposto para a caracterização do dano moral, também servindo para determinar sua reparabilidade, visto que a indenização

[28] TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil; 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.2 p. 370

[29] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. V.7*: *responsabilidade civil* 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.38.

é a tentativa de restaurar o *status quo* do bem tutelado que foi prejudicado em razão de uma conduta danosa.

A etimologia do termo "dano", origina-se do latim (*damnum)*, que pode significar, nas palavras de Aurélio Buarque de Holanda,[30] um "mal ou ofensa pessoal", "prejuízo moral", "prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus", "estrago, deterioração, danificação", ou ainda uma "perda que faz, em regra, caracterizar a diminuição patrimonial, que justifica o pedido de indenização"[31].

Quando se parte de um pressuposto gramatical, que aufere preliminarmente ao vocábulo "dano" a ideia que se tem de prejuízo, a análise de seu conceito se faz imprescindível na medida em que se cria a concatenação da visão jurídico-doutrinária, capaz de ensejar uma explanação mais ajustada ao fenômeno do "dano moral" e suas implicações no direito como um todo. [32]

Maria Helena Diniz entende que o "dano pode ser definido como a lesão que, devido a um certo acontecimento, uma pessoa sofre contra sua vontade, uma constrição em qualquer bem ou interesse jurídico patrimonial ou moral."[33]

E no âmbito do direito do trabalho, que é o enfoque desta pesquisa, Walmir Oliveira da Costa, leciona que:

> Dano é qualquer ato ou fato humano produtor de lesões a interesses alheios juridicamente protegidos. Nele incluem-se o agir positivo, no sentido da mobilização humana que conduz a um resultado antijurídico desejado (diretamente ou por assunção de um risco) e a omissão que não obstante

[30] HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3.ed. Curitiba: positivo, 2004, p. 600 *apud* BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P. 30.

[31] SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 412 *apud* BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P. 30.

[32] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P. 30.

[33] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*: responsabilidade civil 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.7. p.64.

> consubstanciada em um não fazer, em uma inércia, pode provocar lesões a direitos de outrem. [34]

Sendo assim, verifica-se que o dano é o resultado de uma ação ou omissão cometida por alguém, conectando-se ao requisito do ato ilícito, que gera um prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial a outrem.

2.3.3.1 Classificações de dano

O dano possui diversas ramificações no mundo do direito, possuindo algumas especificações como: dano contratual e extracontratual; direto e indireto; atual e futuro; certo ou previsível e eventual, imprevisível ou hipotético; puro e reflexo; individual e coletivo; pessoal, moral, patrimonial e extrapatrimonial.

Guilherme Augusto Caputo Bastos instrui que o "dano contratual" é aquele decorrente de um inadimplemento contratual, já o "dano extracontratual", decorre da infringência de um dever legal. [35]

O "dano atual" é aquele que somente pode-se constatar a extensão do dano no presente, já o "dano futuro" somente produzirá efeitos danosos em um momento posterior.[36]

O "dano certo ou previsível" é a vera concretização do prejuízo e pela possibilidade de constatação. O "dano eventual ou meramente hipotético" é caracterizado pela incerteza ou pela imprevisibilidade de concretização do dano.

Sobre o "dano direto e indireto" Maria Helena Diniz leciona que o "dano direto" gera imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima. O "dano indireto" é, deste modo, uma possível consequência, mas não necessária, do evento que

---

[34] COSTA, Walmir Oliveira da. *Dano moral nas relações laborais:* competência e mensuração. 2. Ed. 3 ri. Curitiba: Juruá, 2004, p.28. *apud* BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P.31

[35] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p.31-32.

[36] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 32.

resulta em prejuízo a um interesse extrapatrimonial, constituindo um dano moral que produz reflexos prejudiciais à economia do ofendido. [37]

Segundo Caputo Bastos, "O dano é pessoal quando se refere ao próprio ente do direito, que se viu lesado em sua integridade física ou moral (imagem, liberdade ou intimidade."[38]

O "dano individual" é aquele que alcança pessoas determinadas. O contrário do que acontece no caso do "dano coletivo" que ocorre em uma escala maior, ou seja, quando a lesão atinge o interesse coletivo, agredindo interesses difusos.[39]

Sobre o dano puro, manifesta-se Guilherme Augusto Caputo Bastos da seguinte forma:

> O "dano puro" é aquele decorrente de ato ilícito que causa apenas um determinado prejuízo, sem implicar, indiretamente ou mediatamente, na ocorrência de outro. Já o "dano reflexo ou derivado" atinge determinada pessoa que sofre, indiretamente e de forma reflexa, os prejuízos decorrentes de uma lesão ou um dano principal.[40]

Finalmente, nos resta falar sobre os "danos patrimoniais" e os "danos extrapatrimoniais", o primeiro se trata do dano que pode ser avaliado de forma pecuniária[41], nas palavras de Maria Helena Diniz, o dano patrimonial é "[...] a efetiva diminuição no patrimônio da vítima e o que ela deixou de ganhar"[42]. O dano extrapatrimonial, que é o objeto principal de estudo do presente trabalho, terá um enfoque maior do que os demais tipos de dano aqui expostos, e em uma breve síntese do que será melhor explorado, pode ser conceituado como o dano que decorre da lesão a bens não suscetíveis de concreta estimação pecuniária[43].

---

[37] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*: responsabilidade civil 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.7. p.72.
[38] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo, op.cit. p. 32
[39] Ibidem. p. 32.
[40] Ibidem. p. 32.
[41] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 32.
[42] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*: responsabilidade civi.*l* 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.7.p.62.
[43] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *op. cit.*, p.32.

2.3.3.2 O dano extrapatrimonial

Dá-se uma relevância maior aos danos extrapatrimoniais no presente trabalho, pois estes são justificados pelo fato dos danos morais estarem inseridos em seu meio, na medida em que, a princípio, não se pode mensurar o valor pecuniário dos direitos atinentes à personalidade.[44]

O que são direitos da personalidade? Segundo o entendimento de Agra Belmonte, os direitos de personalidade são

> direitos subjetivos destinados a garantir a integridade física, intelectual e moral do indivíduo, em prol de uma existência livre, igualitária, valorizada, justa e solidária na ordem política, econômica e social, e tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana.[45]

Conforme acima disposto, vê-se que este conceito está vinculado aos preceitos constitucionais do nosso ordenamento jurídico, uma vez que a própria constituição federal em seu art. 1°, inc. III, aponta a dignidade da pessoa humana como uma das bases fundamentais, *in verbis:*

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> [...]
>
> III - a dignidade da pessoa humana.[46]

R. Limongi França, apresenta uma estrutura cientifica da especificação e classificação dos direitos da personalidade que se divide em três objetos.

O primeiro objeto diz respeito à integridade física, trazendo como pressuposto a vida, os alimentos, o próprio corpo e o corpo alheio

[44] Ibidem, p.33.
[45] BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho: identificação das ofensas morais e critério objetivos para quantificação. São Paulo: LTr, 2014. p. 57.
[46] BRASIL. Constituição (1988) *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. de 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.

independentemente de estar vivo ou morto, as partes do corpo e todas as estruturas que lhe são inerentes.[47]

O segundo objeto é a integridade intelectual, que envolve em caráter geral, a liberdade de pensamento e tudo que dela decorre, podendo ser a autoria científica, artística ou literária.[48]

Por fim, o terceiro objeto trata-se da integridade moral, e dela pode-se extrair a

> honra, o recato, o segredo pessoal, doméstico, político, religioso e profissional, a imagem, a identidade pessoal, familiar e social, a liberdade civil, política e religiosa, a segurança moral, a intimidade, o aspecto moral da estética humana, a identidade sexual, o nome, o título, o pseudônimo e a alcunha. [49]

Desta forma, temos uma asseguração da dignidade humana, mediante sanções, que devem ser motivadas pelo ofendido. O Código Civil, em busca de positivar tais direitos, determina em seu art. 12: "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei" [50]. A aplicação destas sanções devem acontecer por intermédio de medidas cautelares que suspendam os atos que desacatam a integridade física, intelectual e moral, movendo-se, consequentemente, uma ação que declarará ou negará a existência de tal lesão, com a possibilidade de ainda cumular com uma ação ordinária de perdas e danos a fim de reparar não somente danos morais como também os patrimoniais.[51]

---

[47] R. Limongi França. *Manual de direito civil*. 3. Ed., Revista dos tribunais, 1975, v. 1, p. 411. apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*: responsabilidade civil 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.7. p.74.
[48] Ibidem, p.74.
[49] Ibidem, p. 74.
[50] BRASIL. *Lei 10.406*. de 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.
[51] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*: responsabilidade civil 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.7. p.76.

2.4 O dano moral trabalhista

Tratando-se de danos morais trabalhistas, percebe-se que eles se regulam-na própria esfera do direito do trabalho. Embora fosse regulado até recentemente pelo código civil, o dano moral trabalhista tem suas peculiaridades.

Alexandre Agra Belmonte define o dano moral trabalhista da seguinte forma:

> São danos morais trabalhistas as ofensas aos atributos físicos, valorativos e psíquicos ou intelectuais extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho[52] suscetíveis de gerar padecimentos sentimentais ou ainda como decorrência do uso não autorizado da imagem ou da violação do bom nome da pessoa jurídica e, finalmente, os causados aos valores culturais de certa comunidade.[53]

Quanto as partes, são sempre aquelas que possuem um vínculo empregatício, ou seja, compartilham uma relação que origina-se de um ambiente de trabalho, seja entre empregado e empregador ou os próprios empregados entre si.

O empregado, assim como qualquer um, em decorrência de seu emprego poderá sofrer danos morais, e nesta conjuntura até de forma mais contundente em relação as demais pessoas, já que seu trabalho é caracterizado pelo exercício mediante subordinação dele à figura do empregador, como preceito essencial da relação de emprego. É em função dessa própria hierarquia interna que o trabalhador tem mais possibilidade do que qualquer outra pessoa de ser moralmente atingido, resultado o qual se vê, quase sempre, como alguém submisso às suas ordens de forma arbitrária.[54]

Já que se trata de um dano moral decorrente da relação de emprego, é só o empregado que pode sofrer os danos morais? Sobre isso, discorre Melo:

---

[52] Os requisitos para uma relação de emprego estão dispostos no art. 3° do decreto-lei n°5.452/1943 (CLT), *in verbis:* "Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário."

[53] BELMONTE, Alexandre Agra. *Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho:* identificação das ofensas morais e critério objetivos para quantificação. São Paulo: LTr, 2014. P. 78.

[54] MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral trabalhista*: doutrina e jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P 27.

> [...] o empregado pode também cometer ilícitos ensejadores de dano moral, porquanto, dependendo da posição hierárquica ocupada na empresa ou do posto de trabalho, pode por exemplo, ser detentor de informações confidenciais envolvendo os negócios do empregador. Pode, ademais, independentemente de posição hierárquica, assacar contra a empresa atributos difamatórios ou caluniosos, que podem se refletir negativamente nos negócios e no faturamento. Nesse caso podem ocorrer tanto o dano moral como o dano material, que seria por reflexo ou por ricochete.[55]

Com isto, pode-se afirmar que o empregador pode sim sofrer danos morais, entretanto surge outra dúvida, a pessoa jurídica também poderá ser vítima de um dano moral? Ora, já que se trata de uma violação aos direitos da personalidade atinentes ao ser humano, é de se imaginar que a resposta seria negativa, entretanto, é certo que a pessoa jurídica tem uma identidade a ser mantida, assim como sua reputação e construção moral em seu ramo de atuação[56].

Nesse sentido, Walmir Oliveira da Costa entende que,

> a pessoa jurídica, embora não seja titular de honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, pelo decoro e pela autoestima, exclusiva do ser humano, é detentora de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que seu bom nome, sua reputação ou sua imagem forem atingidos no meio comercial por algum ato ilícito.[57]

Nesse sentido, mesmo se tratando de pessoa jurídica, pode sim existir dano na esfera extrapatrimonial, uma vez que a pessoa jurídica também detém valores subjetivos intrínsecos à sua natureza. Sendo também merecedora do direito de ser indenizada no caso de sofrer uma eventual constrição à sua reputação, imagem ou bom nome.

---

[55] MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral trabalhista*: doutrina e jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P 27.
[56] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P. 72.
[57] COSTA, Walmir Oliveira da. *Dano moral nas relações laborais*: competência e mensuração. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004, p.58.

2.5 A reparação do dano moral

Um dos grandes problemas que o instituto do dano moral enfrenta, é justamente na sua fase de reparação, quando se fixa o *quantum* indenizatório, já que se trata de um direito imaterial de difícil reparação, pois não há como definir um valor certo para a honra, imagem ou sentimentos de uma pessoa. Destarte, Maria Helena Diniz preleciona:

> A reparação do dano moral é, em regra, pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*, visto que ele ofenderia os princípios da coexistência e da paz sociais. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas, de alegria, satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer, que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento. Ter-se-ia, então, como já dissemos, uma reparação do dano moral, pela compensação da dor com alegria. O dinheiro seria tão somente um lenitivo, que facilitaria a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos.[58]

Na visão de Agra Belmonte, existe dois tipos de reparação, sendo eles, a reparação *in natura* e a reparação *in pecúnia*, o autor as difere da seguinte forma:

> A reparação *in natura* tem por fim a reconstituição natural ou de alcance de situação material correspondente. São exemplos a retratação pública de delito, a publicação de noticia em jornal de grande circulação, a assunção das providências para a realização de uma cirurgia plástica destinada a recompor o dano estético. [...] Sendo pecuniária, dois podem ser os sistemas de avaliação: aberto ou de compensação por arbitramento judicial e fechado ou de compensação tarifada ou legal. Por arbitramento judicial, quando fica ao prudente arbítrio do juiz a fixação; tarifário, quando a própria lei fixa ou estabelece limite máximo para a fixação da indenização devida.[59]

Por fim, é de suma importância ressaltar que o sistema adotado no Brasil é o sistema aberto da fixação da indenização do dano moral, cabendo ao julgador

[58] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*: responsabilidade civil 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.7. p.110.
[59] BELMONTE, Alexandre Agra. *Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho:* identificação das ofensas morais e critério objetivos para quantificação. São Paulo: LTr, 2014. P. 222.

mensurá-los, no exercício do poder discricionário conferido pela lei para o concretizar a reparação pelo dano moral causado por alguém. Cabendo assim, estabelecer parâmetros para orientar a fixação do valor do *quantum* indenizatório, no caso da reparação em pecúnia.[60] Faz-se necessário ressaltar que a reforma trabalhista, tarifou os danos morais decorrentes da relação de emprego, tirando assim, a discricionariedade do julgador, entretanto esse assunto será abordado no próximo capítulo com mais ênfase.

2.5.1 Critérios utilizados para a fixação do quantum indenizatório

O Código Civil de 2002 a respeito da reparação de qualquer dano, explicita em seu art. 944 "A indenização mede-se pela extensão do dano."[61] Incumbindo o julgador a tarefa herculana de estabelecer um valor referente a totalidade do dano causado, para que isso aconteça, a doutrina e a legislação estabelece diversos princípios e cláusulas gerais para orientar o magistrado.

Agra Belmonte apresenta uma linha principiológica que o julgador poderá seguir, atendendo ao princípio da integralidade, que se entende pela não caracterização retributiva ou reparatória, ou seja, a reparação deve ser integral, de modo que compense a ofensa e seus efeitos, seguido pela gravidade da culpa em relação ao dano, que impõe a atuação do princípio da proporcionalidade.[62]

Desta forma, o referido princípio relaciona-se com o interesse de uma parte com o da outra, diante do poder ofensivo do ato danoso e dos efeitos por ele produzidos, buscando-se a adequação ou pertinência, necessidade ou exigibilidade para a realização do direito pretendido. É na proporcionalidade que se fala em

[60] Ibidem, p.223-224.
[61] BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.
[62] BELMONTE, Alexandre Agra. *Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho:* identificação das ofensas morais e critério objetivos para quantificação. São Paulo: LTr, 2014. P. 223-224

ponderação de interesses e é por esta razão que devem ser comparados a gravidade da culpa e o dano produzido.[63]

Também como princípio fundamental para a fixação do valor indenizatório, temos o princípio da razoabilidade, definido por Belmonte como:

> Medida de equidade, para o ajuste do caráter compensatório do dano com as condições econômicas do ofensor (porte da empresa), considerados a originalidade ou reincidência da conduta e eventual esforço para minimizar os efeitos da ofensa, o que permitirá fixar o valor suficiente ou moderado para, a um só tempo, aplacar a dor do ofendido e de forma pedagógica penalizar e inibir futuras investidas do ofensor.[64]

Maria Helena Diniz ainda complementa estabelecendo orientações que devem ser seguidas durante a fixação do *quantum* indenizatório, para que sejam observados os critérios subjetivos atinentes as circunstâncias tanto do acontecimento, quanto das partes, que são usados na dosimetria da quantificação do valor reparatório. Inclusive, são critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça em seu sistema bifásico que será abordado no tópico seguinte.

> a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ser ínfima, nem ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização indefiro ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
>
> b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar a porcentagem do dano patrimonial;
>
> c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
>
> d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
>
> e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva;

[63] Ibidem, p. 224.
[64] Ibidem, p. 225.

> f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilicito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
>
> g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessante, fazendo uso do juízo de probabilidade para averiguar se houve perda de chance ou de oportunidade, ou frustração de uma expectativa. Indeniza-se a chance e não o ganho perdido. A perda de chance deve ser avaliada pelo magistrado segundo o maior ou menor grau de probabilidade de sua existência.[...];
>
> h) levar em conta o contexto econômico do país. No brasil não haverá lugar para fixação de indenização de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;
>
> i) verificar não só o nível cultural e a intensidade do dolo ou o grau da culpa do lesante em caso de responsabilidade civil subjetiva, e, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poder-se-á reduzir, de modo equitativo, a indenização, como também as posses econômicas do ofensos para que não haja descumprimento da reparação, nem se lhe imponha pena tão elevada que possa arruiná-lo.[...];
>
> j) basear-se em prova firma e convincente do dano;
>
> k) analisar a pessoa do lesado, considerando os efeitos psicológicos causados pelo dano, a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
>
> l) procurar harminização das reparações em casos semelhantes;
>
> m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso, buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade e, ainda, procurando demonstrar à sociedade que a conduta lesiva é condenável, devendo, por isso, o lesante sofrer a pena.[65]

Melo defende a teoria de que o juiz deve observar três parâmetros para a fixação do *quantum* indenizatório, sendo eles: o caráter compensatório para a vítima, o caráter punitivo para o causador do dano, e o caráter de exemplo para a sociedade.[66]

[65] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*: responsabilidade civil 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.7.p.103-105

[66] MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral trabalhista*: doutrina e jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 32.

Primeiramente verifica-se o caráter compensatório para a vítima, que seria a oferta de uma quantia capaz de lhe proporcionar um alento que traz satisfação, visando compensar a injusta agressão sofrida.[67]

Em segundo lugar, o caráter punitivo funciona como uma espécie de desestímulo, objetivando evidenciar ao ofensor que a conduta danosa é reprovada pelo ordenamento jurídico, de forma que prevenisse uma possível reincidência no ilícito.[68]

Por final, o caráter exemplar serviria de medida educativa, pretendendo cientificar a sociedade que determinadas condutas são definitivamente reprimidas pelo judiciário, forçando um maior respeito aos direitos personalíssimos do indivíduo.[69]

Por este caminho, o julgador tem uma linha de pressupostos para seguir quando for fazer a "dosimetria" do valor do *quantum* indenizatório, desta forma, a indenização deve ser proporcional ao dano causado pelo ato lesivo, resultando no mais próximo possível do *status quo* da vítima. Consequentemente, o impacto social do caráter punitivo e pedagógico impediria não só a reincidência de um ofensor, como também provocaria uma melhor reflexão na sociedade, coibindo possíveis atos delitivos.

2.5.2 tarifação

Os critérios utilizados para a definição do valor da indenização pelos danos morais sempre foram motivos de discussão, pois o modelo atualmente utilizado é com base na discricionariedade do juiz, que deve observar sempre os princípios de proporcionalidade, razoabilidade e equidade, fixando o valor de acordo com o caso concreto.

[67] Ibidem, p. 32
[68] Ibidem, p. 32
[69] Ibidem, p. 33

Entretanto, já houveram tentativas de se positivar um valor fixo para a indenização, além da Lei de Imprensa já abordada, Caputo Bastos cita o Projeto de lei do Senado n° 335/2008, de autoria do então Senador Valter pereira, do Mato Grosso do Sul, que visava regulamentar os valores das indenizações. A iniciativa parlamentar fundava-se na afirmação de que que a "omissão legislativa tem causado sérias disparidades, seja na identificação de critérios, seja na fixação dos valores", derivando assim uma necessidade de "estabelecimento de parâmetros e critérios claros para a fixação das indenizações para que se tenha uma segurança jurídica maior.[70]

O projeto de lei n° 334/2008 apresentava a fixação dos seguintes parâmetros:

> Art. 6º O valor da indenização por dano moral será fixado de acordo com os seguintes parâmetros, nos casos de:
>
> I – morte: de R$ 41.500,00 (quarenta e um mil reais) a R$ 249.000,00 (duzentos e quarenta e nove mil);
>
> II – lesão corporal: de R$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinqüenta reais) a R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);
>
> III – ofensa à liberdade: de R$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);
>
> IV – ofensa à honra: a) por abalo de crédito: de R$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais); b) de outras espécies: de R$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);
>
> V – descumprimento de contrato: de R$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinqüenta reais) a R$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais).[71]

Entretanto, pelo mesmo motivo que a lei de imprensa foi declarada inconstitucional, o referido projeto de lei não logrou existo, pois afronta os princípios constitucionais estabelecidos em nossa Carta Maior.

---

[70] BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. P. 58.

[71] BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n° 334, de 2008. Disponível em: < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/87299>. Acesso em 7 jun. 2018.

Acerca da tarifação Fátima Zanneti pontua:

> O desejo de tarifação é oriundo da ideologia da inexorabilidade da submissão ao sistema econômico, tão bem orquestrada. Ideologia que também contribui para conduzir o aplicador do direito a encontrar no instituto novo do dano moral, que deveria traduzir, na sua reparação, a força vital da dignidade dos cidadãos, a normalidade e a legalidade, nos seus piores sentidos, isto é, aqueles que excluem tudo aquilo que possa comprometer a ordem e a estabilidade econômica, ainda que em detrimento de valores morais superiores, dando lugar assim a um niilismo sem precedentes.[72]

João de Lima Teixeira Filho, acerca das tentativas de tarifação por conta do poder legislativo enfatiza que tal predeterminação da tarifação, trata de forma igual as lesões que são essencialmente desiguais.[73]

Por consequência, o juiz fica ligado a valores indenizatórios inadequados e/ou desproporcionais ao dano sofrido. A intensão do dano moral grave, não encontra relação no limite máximo tarifado.[74]

À vista disso, quanto mais se restringe a faixa de reparabilidade, mais expande a discrepância da transgressão praticada com a reparação em pecúnia apropriada para satisfazê-la. Por este motivo, o método se prova incapaz de permitir a reparação na proporção da dor sofrida em sua integralidade. [75]

Destarte, o posicionamento doutrinário é claramente contra a tarifação do valor de indenização dos danos morais, pois esse método não alcançará a reparação do dano sofrido, pois muitas vezes a intensidade do dano causado não pode ser delimitado pelo valor máximo estabelecido na tarifação.

---

[72] ZANETTI, Fátima. *A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral:* um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina. São Paulo: LTr, 2009. p. 93.

[73] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003. P. 630 apud BARBA FILHO, Roberto Dala. *A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no direito do trabalho*. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba p. 187-193, nov. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/122554>. Acesso em 7 jun. 2018.

[74] Ibidem.

[75] Ibidem.

O voto do min. Ricardo Lewandowski na supracitada ADPF 130/2009, de forma clara exemplifica a necessidade de discricionariedade do julgador para estabelecer o *quantum* indenizatório.

Em seu voto, o Ministro dá ênfase no princípio da proporcionalidade, que pode se materializar em fase de um caso concreto, bem como dispõe o dispositivo constitucional. Ou seja, inicialmente não gera uma disciplina legal que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que a comunicação social constitui uma realidade prática e versátil, que está constantemente evoluindo.[76]

Em contrapartida, a indenização pelo dano moral após um período de hesitação da parte dos magistrados, vem sendo habitualmente fixada pelos juízes e tribunais, sem maiores excessos. O Min. Lewandowski ainda enfatiza a harmonia das decisões no judiciário com os princípios da equidade e da razoabilidade, sem contar outros critérios como o da gravidade e extensão do dano, bem como a reincidência do ofensor.[77]

A Suprema Corte, no que diz respeito a delimitação do *quantum* indenizatório já havia firmado entendimento no sentido de que os artigos que tarifavam o dano moral constantes na Lei de imprensa não eram recepcionados pela CF/88, afastando a possibilidade de se estabelecer qualquer tarifação, ratificando nesse aspecto, a súmula 192 do próprio STF e a Súmula 281 do STJ.[78]

Desta forma, é claramente visível que a tarifação legal da indenização por danos morais é inconstitucional, e é o entendimento da Suprema corte de justiça, guardiã da constituição, sendo assim, aplicável por analogia aos casos que versarem sobre a mesma possibilidade, bem como é o que acontece com a atual forma da CLT, acrescentando dispositivos que tarifam a indenização por danos morais, que

[76] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF n° 130. Relator: Min. Carlos Britto. 2009. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br /paginadorpub /paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 7 jun. 2018.
[77] Ibidem.
[78] Ibidem.

por sua vez, em vista do que foi acima exposto, é inconstitucional, pois não atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, tanto a legislação maior (CF/88), como também o entendimento jurisprudencial, não acatam tal instituto, uma vez que o entendimento majoritário é no sentido de que o arbitramento feito pelo julgador, ainda é o melhor método para delimitar o *quantum* indenizatório de acordo com o caso concreto, dado as devidas proporções de cada caso.

3 A DEFINIÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR* NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

É importante para a desenvoltura do tema abordado, verificar como os tribunais superiores têm aplicado o instituto do dano moral, pois mesmo que as leis tratem o direito de uma forma, a sua aplicabilidade tem, muitas vezes, uma perspectiva diferente, desta forma, o próximo objeto tem como escopo, a análise das decisões tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quanto no do Tribunal Superior do Trabalho(TST).

3.1 O STJ e o método bifásico para delimitar o *quantum* indenizatório

Muitas vezes o trabalho delicado de delimitar o valor indenizatório final de uma ação, recai sobre o Superior Tribunal de Justiça, que ao decidir uma questão desta natureza, acaba influenciando o ordenamento jurídico nos casos que abordarem a mesma matéria.

O Tribunal adotou uma sistematização bifásica para determinar o valor final de uma indenização por danos morais. A respectiva sistematização visa estabelecer um equilíbrio entre a discricionariedade do julgador e a tarifação do dano.

Segundo o Ministro do STJ, membro da 4ª Turma, Luis Felipe Salomão:

> O método bifásico parece ser o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade de critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.[79]

O Recurso Especial N. 1.152.541/RS, que tem como relator o Ministro Paulo de Tarso, traz consigo a supracitada sistematização, ementa *in verbis:*

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. **QUANTUM INDENIZATÓRIO.**DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. **CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO**. **VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.**
>
> 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo devedor por ausência de notificação prévia antes de sua inclusão em cadastro restritivo de crédito (SPC).2. Indenização arbitrada pelo tribunal de origem em R$ 300,00 (trezentos reais).3. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Secção do STJ.4. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento.5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002.8. Arbitramento do valor definitivo da indenização, no caso concreto, no montante aproximado de vinte salários mínimos no dia da sessão de julgamento, com atualização monetária a partir dessa data (Súmula 362/STJ).9. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.
>
> 10. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[79] *"STJ adota método bifásico para definir indenização por danos morais"*. MIGALHAS. 2016. Disponível em: <https:// www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI247142,71043-STJ+adota+metodo+bifásico+para+definir+in den ização+por+danos+morais> Acesso em: 20 ago. 2018.

> (REsp 1152541/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011 – Grifei).[80]

Em resumo, a recorrente teve seu nome cadastrado no banco de dados da demandada, que por sua vez era uma rede de lojistas da cidade. Inconformada com o ocorrido, não viu outra saída senão buscar auxílio do judiciário.

Na primeira instância, a ação foi julgada extinta sem julgamento de mérito sob o fundamento de ilegitimidade passiva. A requerente apelou, tendo seu recurso sido conhecido e provido em decisão monocrática, ensejando o direito de indenização, pois a simples inscrição em banco de dados sem prévia autorização geraria dano moral *"in re ipsa"*.

Irresignada com o valor que lhe fora concedido a título de indenização por danos morais, interpôs agravo interno perante o Órgão Colegiado, que foi desprovido pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Origem.

Por consequência, resultou no recurso especial em análise sob a sustentação que o montante indenizatório foi fixado em valor irrisório, atraindo divergência jurisprudencial quanto ao ponto, a fim de elevar o *quantum* fixado anteriormente.

Em seu voto o Excelentíssimo Ministro relator, trouxe o critério bifásico, para "compatibilizar" o interesse jurídico lesado com as devidas circunstâncias do caso concreto, orientando-se pelo Princípio da Reparação integral.

A primeira abordagem do Relator trata-se do tarifamento legal, no qual o Ministro discorre sobre as tentativas do legislador de prever o montante da indenização equivalente a determinados eventos danosos.

No entanto, pelos mesmos fatores históricos que esta pesquisa anteriormente demonstrou, a experiência brasileira na tarifação do instituto do dano moral, não foi eficiente.

---

[80] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. RESP 1152541 – RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Resp+1152541&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=22>. Acesso em: 1 Set. 2018.

Com o fracasso das tentativas ao longo da história, passando pelo CC/16, a recomendação da Corte superior passou a ser no sentido de que os juízes deveriam se valer do arbitramento equitativo da indenização, atentando-se sempre aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ademais, com a promulgação do CC de 2002, foi normatizado no parágrafo único do art. 953, que o juiz poderia "fixar equitativamente o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso."[81]

O Ministro Relator, ainda ressalta que é também houve outra hipótese de tentativa de tarifamento legal das indenizações por dano moral, que foi a Lei de imprensa, já mencionada no presente documento, a qual estabelecia um teto limite de no máximo duzentos salários mínimos para indenização de danos morais em causas relacionadas a empresa jornalística.

Por consequência, o STJ, após um longo debate a luz dos dispositivos constitucionais da CF/88, principalmente o art. 5° incisos V e X, acrescidos dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, firmou seu entendimento no sentido de que foram declinadas todas as limitações à "plena indenizabilidade" dos danos morais ocasionados por atos ilícitos cometidos por meio da imprensa, não sendo mais aplicável os artigos da supracitada Lei, que tarifava o *quantum.* Assim, fixada tal determinação, o STJ editou a **Súmula 281[82],** que expressa a posição do Tribunal, no sentido de que é vedado esse tipo de tarifação.

Importante destacar que o Min. Relator deixa bem claro que em qualquer hipótese de tarifamento legal, em ambos os casos acima citados, como os mais significativos do nosso ordenamento jurídico para indenização por dano moral, foram completamente rejeitados pela jurisprudência do STJ, sob a ótica do princípio da razoabilidade.

---

[81] BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 set. 2018.

[82] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 281.* A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

Após discorrer sobre a tarifação legal *quantum* indenizatório no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro Relator passou a lecionar quanto ao arbitramento equitativo feito pelo Juiz.

Nesta ordem, aponta o Ministro Paulo de Tarso que o melhor critério para quantificação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais no atual ordenamento jurídico, se dá pelo arbitramento do Juiz, de forma equidosa, lastreando-se pela razoabilidade.

Sendo assim, é deveras impossível estabelecer uma indenização em pecúnia que compense de forma integral a ofensa ao bem ou interesse jurídico ultrajado, a melhor solução é estabelecer uma reparação que satisfaça o prejuízo sofrido, que não se relacionará precisamente com o prejuízo extrapatrimonial, todavia, há de ser guiada pela equidade.

O arbitramento em si, deverá ser regrado pela razoabilidade, cabendo ao juiz transformar a ofensa a um bem jurídico em uma monta econômica. O próprio juiz do litigio indenizatório, apreciará na mesma sentença a ocorrência do ato ilícito e o arbitramento do *quantum*. O motivo por trás disto, é que o juiz evita que em um futuro, tenha de repetir desnecessariamente a análise de prova, além de permitir que o tribunal, em análise de um possível recurso, aprecie, em todo caso, a quantia arbitrada.

E em razão da dificuldade de estabelecer esse valor, que deverá ser fundamentado pelo juiz, a doutrina e a jurisprudência estabelecem critérios objetivos e subjetivos para orientar o arbitramento na indenização por dano extrapatrimonial, destacando-se, as circunstâncias do evento danoso e o interesse jurídico lesado.

Dentre esses três tópicos supracitados, estão os critérios já trabalhados no tópico 1.6, expostos pela renomada Maria Helena Diniz, mesmo se tratando de matéria cível, o Relator, ao analisar os critérios objetivos e subjetivos para delimitação do *quantum*, conforme se valoriza o critério das circunstâncias do sujeito ofendido, passe por uma espécie de dosimetria similar ao direito penal.

Outro ponto importante destacado no voto do Ministro Relator, é o interesse jurídico lesado. O interesse ou bem jurídico lesado pelo evento danoso, compõe um requisito reiteradamente utilizado na atividade judicial, compondo-se em estabelecer a quantia indenizatória por danos extrapatrimoniais, em sincronia com os casos semelhantes que outrora foram apreciados.

Esse método se prova vantajoso, pois proporciona uma maior preservação da igualdade e da coerência nos julgamentos realizados por juiz ou tribunal. Certificando-se que haja sempre igualdade, já que casos verossímeis recebem decisões similares, e a coerência, que assegura que as decisões vão ser variadas, conforme os casos se desigualam.

Entretanto, o Relator assevera que a utilização desse método com demasiada rigidez, conduz a um tarifamento judicial malquisto das indenizações que concernem aos danos extrapatrimoniais. Desta forma, o tarifamento, tanto judicial quando legal, é incompatível com o princípio da reparação integral.

Ante os argumentos apresentados, o Ministro Relator volta-se para o método bifásico para o arbitramento da indenização.

Tal método é tratado como o mais adequado para arbitrar uma indenização razoável por dano extrapatrimonial, sendo este, a reunião dos critérios da valorização das circunstâncias, bem como o do interesse jurídico lesado.

A primeira fase serve para arbitrar o valor básico ou inicial da indenização, tendo em vista o interesse jurídico lesado, em consonância com os precedentes jurisprudenciais que envolvam a matéria. Desta forma, proporciona-se uma exigência da justiça comutativa, que é uma razoável igualdade de tratamento para casos verossímeis, bem como em casos diferentes sejam tratadas desigualmente conforme se diferenciam.[83]

[83] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. RESP 1152541 – RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 2011. Disponível em:

Na segunda fase, visa-se prosseguir com a fixação definitiva da indenização, perfazendo-se os ajustes de sua monta às individualidades do caso concreto, baseando-se nas suas circunstâncias. Originando-se da indenização inicial, aumenta-se ou diminui-se esse valor em sincronia com as circunstancias particulares do caso, até que se alcance o valor definitivo. Desta forma, resulta-se em um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita o caso de acordo com suas individualidades.[84]

Ao final, será alcançada uma correlação razoável entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, em contrapartida, tem-se uma monta que corresponda às especificidades de do caso com um arbitramento imparcial e a devida fundamentação através da decisão do magistrado.

Em conclusão, o deslinde do presente recurso especial resultou na majoração do valor concedido pelo tribunal *a quo*, considerado irrisório pela parte recorrente, com o montante de indenização sendo delimitado através de todo o sistema bifásico acima descrito, aplicado ao caso concreto.

E assim o Superior Tribunal de Justiça tem decidido. O método bifásico se tornou muito utilizado, e pode ser encontrado também nos seguintes acórdãos: REsp 712.591/RS[85], REsp 1669680/RS[86], REsp 1445240/SP[87] e muitos outros. Conforme demonstrado, essa é sistemática que tem sido utilizada na corte superior, sempre

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Resp+1152541&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=22>. Acesso em: 1 Set. 2018.

[84] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. RESP 1152541 – RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 21.09.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo /revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF>. Acesso em: 15 Set. 2018.

[85] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. RESP 712591 – RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJe 4.12.2006. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=662416&num_registro=200401842440&data=20061204&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2018.

[86] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. RESP 1669680 – RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJe 22.6.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista /documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1615705&num_registro=201700809584&data=20170622&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2018.

[87] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. RESP 1445240– SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJe 22.11.2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1558022&num_registro=201302141542&data=20171122&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2018

visando uma forma mais equitativa, razoável e proporcional de delimitar o *quantum* indenizatório no caso de danos extrapatrimoniais, e se demonstra uma opção que proporciona uma jurisdição muito mais equitativa do que o tarifamento legal ou judicial.

3.2 O entendimento do tst quanto a delimitação do *quantum* indenizatório

Visto que a presente pesquisa tem enfoque nos danos extrapatrimoniais decorrentes de ato ilícito numa relação empregatícia, nada mais justo que analisar como o TST entende que deva ser delimitado o *quantum* indenizatório.

Em sede de acórdão, o Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, em seu voto leciona a respeito da indenização dos danos extrapatrimoniais na esfera do direito do trabalho, ementa *in verbis:*

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos13.015/2014 E 13.105/2015 E ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 - DESCABIMENTO. 1. FORMA DE DISSOLUÇÃO CONTRATUAL. [...] 2. REVERSÃO DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA EM JUÍZO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. A configuração do dano moral, segundo dispõe o art. 186 do CCB, pressupõe a existência de conduta ilícita do pretenso ofensor, a qual, conforme quadro descrito no acórdão, restou demonstrada (Súmula 126/TST). 3. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. A indenização por dano moral guarda conteúdo de interesse público. O valor fixado deve observar a extensão do dano sofrido, o grau de comprometimento dos envolvidos no evento, os perfis financeiros do autor do ilícito e da vítima, além de aspectos secundários pertinentes a cada caso. Incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.
>
> (Numeração Única: AIRR - 10754-87.2016.5.03.0080 Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira Data de

julgamento: 19/09/2018 Data de publicação: 21/09/2018 Órgão Julgador: 3ª Turma) [88]

No presente caso, o reclamado, ora agravante, irresignado com o valor arbitrado anteriormente a título de danos extrapatrimoniais em favor do reclamante, ora agravado, interpôs o presente recurso, a fim de que seria reduzido o valor que fora deferido.

Em resumo, o reclamante foi dispensado por justa causa pelo reclamado, sob as alegações que o funcionário haveria cometido falta grave. Entretanto, o empregador não se atentou aos pressupostos da demissão por justa causa, desatentando-se as provas robustas e inequívocas que deveriam ter sido investigadas e apuradas por ele antes de aplicar a punição.

O reclamante acabou sendo demitido por prática de ato de improbidade, acusado e responsabilizado pelo desaparecimento de uma quantia próxima dos quatorze mil reais.

Com o desenrolar do processo, restou provado que o armário que continha o valor em pecúnia desaparecido foi violado, mas não pelo reclamante, sendo assim, o ato de improbidade não foi praticado pela parte agravada.

O relator, ao tratar de reparação, traz os institutos do código civil de 2002, precisamente os artigos 186 e 927, já tratados na presente pesquisa, cumulado com o art. 5°, incisos V e X, até então usando-se da mesma base legal que o STJ aplica.

O dano moral registrado pelo Relator, caracteriza-se pela violação da dignidade da pessoa humana, que "envolve os valores morais que lhe são correlatos, configurando afronta grave ao trabalhador, que fere a sua honra, imagem, intimidade, dentre outros."[89]

[88] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de instrumento. Recurso de revista.* AIRR - 10754-87.2016.5.03.0080. Ministro Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DJe 21.09.2018. Disponível em: < http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo AIRR+10754-87.2016.5.03.0080>. Acesso em: 23 set. 2018.

[89] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de instrumento. Recurso de revista.* AIRR - 10754-87.2016.5.03.0080. Ministro Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DJe 21.09.2018.

Ainda frisa-se no voto do Ministro Alberto Bresciani, que:

> é dever do empregador, respeitar a consciência do trabalhador, zelado pela sua saúde mental e liberdade de trabalho, sua intimidade e vida privada, sua honra e imagem, abstendo-se de praticas que importem exposição do empregado a situações humilhantes, constrangedoras, ridículas, degradantes, vexatórias, tendentes a incutir na psique do trabalhador ideia de fracasso decorrente de uma suposta incapacidade profissional.[90]

Dito isto, o Eminente Ministro Relator passa aos critérios de fixação do valor do *quantum*, em seu voto, fica evidenciado a inviabilidade de tarifação nas indenizações por danos extrapatrimoniais, conferindo a prevalência ao sistema aberto, ou sistema de arbitramento legal, no qual consiste em autorizar o julgador a fixar o valor da reparação de forma subjetiva, mas sem olvidar-se dos critérios objetivos.

Assim como no STJ, há uma espécie de dosimetria do *quantum* indenizatório, que está sempre relacionada diretamente com o princípio da restauração justa ou proporcional, em outras palavras, o princípio da reparação integral abordado pelo ordenamento civil, limitando-se à existência e extensão do dano sofrido, bem como o grau de culpa, atentando-se sempre à situação econômica das partes.

Ainda destaca o Relator que deve-se ressaltar que a indenização por dano moral tem conteúdo de interesse público, já que mantem fortes ligações com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, tal compreensão não obsta impedimento quando a fixação do *quantum* de acordo com o prejuízo experimentado, orientando-se pelo disposto no art. 944 do CC/02.

Ademais, além da capacidade econômica das partes, a reparação também deverá conter elementos para fixar o *quantum*, dentre eles, a natureza da lesão e a extensão do dano, condições pessoais do ofendido, condições pessoais do responsável, equidade, cautela e prudência. Outrossim, esses elementos serão

---

Disponível em: < http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo AIRR+10754-87.2016.5.03.0080>. Acesso em: 23 set. 2018.

[90] Ibidem.

valorados de acordo com as circunstâncias, assim como visto na dosimetria do sistema bifásico do STJ.

Ao final do voto, o Ministro Relator depois de discorrer sobre os requisitos para fixação do *quantum* indenizatório, concluiu que o valor fixado ao agravado a título de reparação por danos extrapatrimoniais, está em perfeita sincronia com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como o princípio da reparação integral. Portanto, não há razão para dar provimento ao pedido do agravante, desta forma, conheceu do recurso, mas no mérito, negou-lhe provimento.

Vale ressaltar que na aplicação majoritária do TST no que tange a indenização por danos morais, as turmas[91] costumam sempre trazer o voto do Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos no E-ED-RR - 792330-81.2001.5.02.5555:

> DANO MORAL. FIXAÇÃO DO QUANTUM. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, V E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. No caso em exame, a Corte Regional, soberana na análise dos fatos e provas produzidas nos autos, registrou que a condenação por danos morais decorreu do fato de ter o reclamado prestado informações à imprensa, mais precisamente ao Jornal Gazeta Mercantil, o que levou à publicação de matéria jornalística na qual apontava o reclamante, entre outros, como possíveis responsáveis por irregularidades na concessão de empréstimos bancários. 2. Por tais motivos, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, reconheceu que o afastamento do autor se deu -sob acusação infundada-, o que resultou na condenação por dano moral na forma do pedido posto na exordial, momento em que aquela Corte deixou de arbitrar valor certo a título de danos morais, para, acolhendo o pedido da petição inicial, determinar que o valor fosse determinado pela soma dos salários mensais

[91] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista*. RR - 171600-11.2009.5.03.0020. Ministro Relator Hugo Carlos Scheuermann. DJe 10.09.2018. Disponível em < https://bit.ly/2O6FdwN>. Acesso em 23 set. 2018.
BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista*. RR - 269-60.2015.5.14.0111. Ministro Relator José Roberto Freire Pimenta DJe 04.09.2018. Disponível em < https://bit.ly/2IJe0KJ>. Acesso em 23 set. 2018
BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de instrumento in Recurso de Revista*. AIRR - 1023-90.2014.5.09.0041. Ministro Relator Alexandre de Souza Agra Belmonte. DJe 29.06.2018. Disponível em < https://bit.ly/2zSbHSu>. Acesso em 23 set. 2018.

> devidos ao reclamante desde a data de sua dispensa até o trânsito em julgado do presente processo. 3. Não obstante se reconhecer que, em tese, o tratamento recebido pelo reclamante poderia dar ensejo à condenação do banco reclamado por danos morais, não se considera razoável a fórmula da fixação do quantum condenatório adotada pelo Tribunal de origem, uma vez que da forma como posta a condenação, a impor o aumento do valor da condenação a cada recurso que a parte maneje, não há negar a ocorrência do manifesto cerceamento de defesa em desfavor do banco reclamado. 4. Embora o reclamado detenha capacidade econômica reconhecidamente avantajada, tenho que a fixação do quantum indenizatório levada a efeito pelo Tribunal a quo ultrapassa os limites da razoabilidade e da proporcionalidade e resultaria, caso mantido, em enriquecimento sem causa do reclamante. 5. Assim, levando-se em conta todos os parâmetros citados, bem como utilizando-se da jurisprudência desta Corte, em casos em que deferiu-se indenização por danos morais, fixa-se o quantum indenizatório no valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais). 6. Recurso de embargos conhecido, no ponto, e provido" (TST-E-ED-RR-792330-81.2001.5.02.5555, Ac. SBDI-1, Redator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, *in* DEJT 20.8.2010). [92]

O Ministro Relator traz em seu voto, que a fixação do *quantum*, demanda dos juízes a prudência na observância de dois importantes aspectos, tendo em vista que de um lado o bem lesado não possui dimensão econômica, causando assim, uma dificuldade à fixação do valor indenizatório, por outro lado, a obtenção da satisfação ou compensação não se pode controverter em fonte de enriquecimento.[93]

Desta forma, assim como os demais Magistrados e doutrinadores citados na presente pesquisa, o Relator está sempre ressaltando a importância de se pautar pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, interessante é a colocação do Ministro Caputo Bastos quando diz que “qualquer extremo é desaconselhável”.

Em seu voto, o Ministro ainda elenca julgados recentes que determinaram valores de indenização, para que possa ter como parâmetro, os casos que se

[92] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração in Recurso de Revista.* E-ED-RR - 792330-81.2001.5.02.5555. Ministro Relator Guilherme Augusto Caputo Bastos. DJe 20.8.2010. Disponível em <https://bit.ly/2pu74Io>. Acesso em 23 set. 2018.

[93] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração in Recurso de Revista.* E-ED-RR - 792330-81.2001.5.02.5555. Ministro Relator Guilherme Augusto Caputo Bastos. DJe 20.8.2010. Disponível em <https://bit.ly/2pu74Io>. Acesso em 23 set. 2018.

assemelham e os que se diferenciam do caso em que se trata o respectivo Recurso de Revista.

Assim o TST tem aplicado o instituto do dano moral, pautando-se pelo sistema aberto, assim como no STJ, verificando as condições subjetivas e objetivas do caso concreto, de acordo com as circunstâncias do caso, bem como os valores arbitrados pelos colegas magistrados, sempre regendo-se pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

4 A REFORMA TRABALHISTA

O Projeto de Lei 6787/2016 foi enviado pelo governo do Presidente da República, Michel Temer, à Câmara dos Deputados passou por uma comissão especial criada para analisar o projeto, e este foi aprovado por 27 votos a 10 em 25 de abril de 2017. No plenário da Câmara, foi aprovada por 296 votos a favor e 177 votos contrários, e assim o texto foi encaminhado para o senado.

No Senado Federal, o matéria tramitou pelas comissões de Assuntos Econômicos, de Assuntos Sociais (onde foi rejeitada) e de Constituição e Justiça e com isso a reforma trabalhista entrou na pauta do plenário em regime de urgência. Em 11 de julho de 2017, em plenário, a reforma foi aprovada por 50 votos favoráveis a 26 contrários, dando segmento para a sanção presidencial.

A lei 13.467 foi publicada em 13 de julho de 2017, que tornou-se conhecida como a "reforma trabalhista", em razão das alterações em diversos pontos na Consolidação das Leis do Trabalho, impactando em grande escala a esfera do direito trabalhista.[94]

De acordo com o artigo 6º da lei supracitada, restou estabelecido que a mesma entraria em vigor 120 dias após a sua publicação oficial, o que ocorreu no dia 11 de novembro de 2017. Assim, proporcionando tempo para que houvesse uma

[94] MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *A reforma trabalhista, a medida provisória 808 e a segurança jurídica*. Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/reflexoes-trabalhistas-reforma-trabalhista-medida-provisoria-808-seguranca-juridica>. Acesso em 3 jun. 2018.

melhor leitura, reflexão e entendimento do texto modificado pelo legislador no domínio do Direito e do processo do trabalho.

4.1 O dano extrapatrimonial e sua reparação

A reforma trabalhista trouxe consigo diversas alterações à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dentre elas, a tarifação dos danos morais, tratado agora como "dano extrapatrimonial" no Título II-A, da CLT que trouxe os novos artigos 223-A até o 223-G, *in verbis:*

> Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.
>
> Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.
>
> Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.
>
> Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.
>
> Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.
>
> Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.
>
> § 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.
>
> § 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.
>
> Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
>
> I - a natureza do bem jurídico tutelado;

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III - a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

VII - o grau de dolo ou culpa;

VIII - a ocorrência de retratação espontânea;

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X - o perdão, tácito ou expresso

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII - o grau de publicidade da ofensa

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.[95]

De acordo com o novo texto, a indenização pelo dano extrapatrimonial será fixada com base no último salário contratual do empregado, estabelecendo quatro categorias de ofensas: de natureza leve, média, grave e gravíssima, conforme o §1°

[95] BRASIL. *Lei n° 13.467*, de 13 de jul. de 2017. Disponível em: <http:// www.planalto. gov.br/ ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 3 jun. 2018.

do artigo 223-G da CLT (com as novas disposições) acima citado. Desta forma a indenização poderá chegar até 50 vezes (no máximo) o último salário pago pelo ofensor ao empregado ofendido.

O texto apesar de estabelecer as causas e pressupostos para o dano extrapatrimonial nos artigos 223-A a 223-D, não faz qualquer tipo de ligação à categoria de dano a que cada um faz parte (leve, médio, grave e gravíssimo).

Certamente o legislador quis manter um mínimo de discricionariedade para os juízes, já que esses não tem mais a liberdade de arbitrar um valor que não esteja nos limites do que restou estabelecido na nova lei trabalhista, posto que o antigo texto não previa este instituto, e assim se aplicava o dano moral do código civil de 2002, assim como conferia ao juiz o poder de arbitrar um valor que reparasse o dano de forma integral, conforme dispõe o art. 944 do Código civil," A indenização mede-se pela extensão do dano."[96]

Desta forma, conforme prescreve o art. 223-G, o juiz para determinar o *quantum* indenizatório, deverá observar: (i) A natureza do bem jurídico tutelado;(ii) a intensidade do sofrimento ou da humilhação; (iii) a possibilidade de superação física ou psicológica; (iv) os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; (v) a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;(vi) as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; (vii) o grau de dolo ou culpa; (viii) a ocorrência de retratação espontânea; (ix) o esforço efetivo para minimizar a ofensa; (x) o perdão, tácito ou expresso; (xi) a situação social e econômica das partes envolvidas; (xii) o grau de publicidade da ofensa. Estes requisitos foram normatizados, embora a doutrina majoritária já os prescrevesse antes, conforme tratado no capítulo anterior.

Roberto Dala Barba Filho afirma que há deficiências nas novas disposições introduzidas com a reforma trabalhista. A primeira delas diz respeito a conjectura de que a indenização deve ser arbitrada não pela causa de pedir, mas sim pelo pedido.

[96] BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018

Por esta razão, não coincidem nem a litispendência entre os litígios, nos casos em que, mesmo que o pedido seja o mesmo e a causa de pedir seja distinta.[97]

À vista disso, se um trabalhador foi ofendido verbalmente ou humilhado por ação de seu empregador, essa circunstância justifica o ajuizamento de uma causa em razão deste fato, visando a reparação integral. Na hipótese desse mesmo trabalhador for agredido fisicamente algum tempo depois, também ensejará um pedido indenizatório pelo mesmo fundamente, e naturalmente se tratará de situações distintas.[98]

Em caráter reflexivo, Barba Filho afirma que na possibilidade de o mesmo pedido possuir diferentes causas de pedir, e por consequência, cada causa de pedir justificaria intrinsecamente, exigências autônomas em diferentes ações, inequivocamente quando existe um pedido de indenização por danos morais baseado em distintas causas de pedir, separadamente, todas elas se justificariam uma indenização específica, sem que isso incorra em acumulação de indenizações, uma vez que decorrerão de transgressões distintas.[99]

Cumpre ressaltar que o impedimento de acumular as indenizações, só poderá ser entendida se for relacionada ao mesmo fato e a mesma causa de pedir. Por consequência, a segunda deficiência é a tarifação de acordo com a gravidade da ofensa.

Barba filho sustenta que é comum a solução que na prática cria mais empecilhos do que os resolve. Em seu raciocínio, é impossível definir em caráter objetivo o que seria uma lesão moral de natureza “leve e média”, a norma muito menos procura as fixar, sabendo que isso seria ineficaz. Se o art. 223-G já define quais elementos devem ser levados em conta pelo magistrado, individualmente com

[97] BARBA FILHO, Roberto Dala. A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no direito do trabalho. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba p. 187-193, nov. 2017. Disponível em: <https://hdl. handle.net/20.500.12178/122554>. Acesso em 7 jun. 2018.
[98] Ibidem.
[99] Ibidem.

sua respectiva repercussão na formação de certeza do julgador no tocante aos agravantes, atenuantes e a gravidade do caso concreto, sendo assim, tudo leva a crer que não há dúvidas de que a fixação do valor deveria ser deixada ao arbítrio judicial, que se mostra mais razoável. Logo, não há motivos para se estabelecer uma tarifação de acordo com a natureza da lesão, exceto para que se estabeleça um teto que o juiz deverá observar, e criar uma discussão desnecessária e vazia no que diz respeito do fato da ofensa ser médio ou leve. [100]

4.2 O advento da Medida Provisória n° 808

Em 14 de novembro de 2017, pouco depois da promulgação da lei n°13.467, o Presidente da República Michel Temer editou a medida provisória 808, alterando a referida lei.

No que tange os danos morais, ou danos extrapatrimoniais (conforme a tratativa da reforma trabalhista), os valores de indenização serão calculados com base no limite dos benefícios da Previdência Social, e não mais pelo último salário contratual do ofendido, como preceituava o texto original da lei. O texto original foi alterado pelo seguinte:

> Art. 223-G
>
> § 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:
>
> I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;
>
> II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

[100] BARBA FILHO, Roberto Dala. A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no direito do trabalho. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba p. 187-193, nov. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/122554>. Acesso em 7 jun. 2018.

> III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou
>
> IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.[101]

Também acrescentou ao rol taxativo do art. 223-C, abarcando novos conceitos de indenização, sendo eles ofensas à etnia, idade, nacionalidade, orientação sexual e gênero.

A Medida Provisória em pauta, havia excluído o "tabelamento" dos valores de indenização por danos morais os casos que houvessem morte do trabalhador através do §5° do art. 223-G, que possuía a seguinte redação:

> art. 223-G:
>
> [...]
>
> § 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte.[102]

Sendo assim, o caso de morte do trabalhador seria a única hipótese de arbitramento do *quantum* indenizatório a ser feito pelo magistrado.

Entretanto, a Medida Provisória 808 não manteve sua eficácia o suficiente para convolar-se em lei, já que para que uma MP tenha força de Lei em caráter definitivo, é necessário a votação pelo congresso nacional dentro do prazo de validade constantes no art. 62 da CF/88, o que não ocorreu. Em vista disso, as alterações que a MP introduziu não terão mais efeito, retornando às disposições que originalmente constituíam a Lei n° 13.467, incluindo as disposições acerca do dano extrapatrimonial.[103]

---

[101] BRASIL. *Medida Provisória n° 808* de 14 nov. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 4 jun. 2018.

[102] Ibidem.

[103] CALGARO, Fernanda; GARCIA, Gustavo; MODZELESKI, Alessandra; LIS, Lais; MAZU, Guilherme. Prazo de validade da MP que alterou pontos da nova lei trabalhista termina nesta segunda; saiba o que muda. G1. 2018. Disponível em: < https://g1.globo.com/economia/noticia/prazo-de-validade-da-mp-que-alterou-pontos-da-nova-lei-trabalhista-termina-nesta-segunda-saiba-o-que-muda.ghtml>. Acesso em: 4 jun. 2018.

4.3 Críticas à tarifação na reforma trabalhista

Com a instituição das modificações ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho, teve-se como consequência diversas críticas e elogios a respeito de múltiplos aspectos. Um deles refere-se a divergência entre os juristas quanto a fixação do valor da reparação pelos danos morais, ou danos extrapatrimoniais como denomina o próprio legislador.

Outro viés abordado, é que antes da sistemática implementada pela reforma, a reparação do dano moral era feita através de interpretação do Código Civil através dos seus artigos 186 e 187, criando-se uma conexão com o art. 927 do mesmo códex, *in verbis:* "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."[104]

De acordo com os dispositivos previstos do código civil, Carneiro pontua que antes tinha-se uma ampla definição de um ato ilícito cometido por quem violasse direito ou causasse dano a outrem. Assim em conjunto com o art. 944 do mesmo códex, havia uma maior garantia de uma reparação que se estendia conforme a proporção do dano, de acordo com o referido autor:

> Era essa a fundamentação legal através da qual eram examinados os casos onde havia afronta a direitos e garantias materiais e imateriais, condenando ofensores ao pagamento de indenização proporcional à extensão dos danos. Não havia, portanto, limite indenizatório. [105]

Ainda incorre na infringência dos preceitos constitucionais que trazem o artigo 5° da CF/88 em seus incisos V e X, que tratam da proporcionalidade da indenização ante a conduta lesiva, e a inviolabilidade aos direitos da personalidade com a possibilidade de reparação pelo dano material ou moral causados por violação desses preceitos.

---

[104] BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.

[105] CARNEIRO, Fabricio Segato. *A (in)constitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial*. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017- ago-05/ opiniao-inconstitucionalidade-tarifacao- dano-extrapatrimonial> acesso em: 4 jun. 2018.

Carneiro[106] afirma que a reforma trabalhista, ignora os direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais, e que a respectiva lei limitou a discussão da matéria da reparação pelos danos morais, conforme a redação do art. 223-A. Fazendo isto, a nova legislação afasta a aplicação das regras do Código Civil, mesmo que de forma supletiva, no que tange a matéria abordada.

Outra questão a ser indagada, que sempre foi um obstáculo à justiça, foi manter o equilíbrio, de forma que consiga reparar o direito violado mas sem que isso represente uma forma de enriquecimento sem causa. Acerca do assunto, Gomiero afirma:

> [...]é verdade que há uma dificuldade enorme em estabelecer o quanto vale um direito de personalidade violado. Um juiz no caso concreto deve estar atento para, de um lado, reparar o direito violado, e de outro lado, não fazer com que isso represente uma forma de enriquecimento sem causa.[107]

Entretanto, baseando-se no princípio constitucional da isonomia, constante no caput do artigo 5° da CF/88, Carneiro em discordância com o disposto na reforma trabalhista, afirma que basear a indenização no último salário percebido do empregado, conforme dispõe o art. 223-G, gera uma disparidade de direitos seguida por uma insegurança jurídica.

De acordo com Carneiro, não há nenhuma ilegalidade em levar a capacidade econômica das partes ao determinar o valor indenizatório, na verdade, esse é um dos pontos que devem obrigatoriamente ser analisado pelo julgador. O absurdo encontra-se na limitação dos patamares indenizatório, quando estabelece critérios aritméticos de indenização em razão da remuneração percebida pelo ofendido. Torna-se

[106] Ibidem.
[107] GOMIERO, Paulo Henrique. *Regime de dano moral da reforma trabalhista não traz segurança jurídica*. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em < http://www.conjur.com.br /2017-jul-26/ opiniao-regime-dano-moral-reforma-trabalhista-nao-traz-seguranca> Acesso em 6 jun. 2017.

inaceitável tal limitação, pois tais patamares tornam-se inexpressivos a depender do caso concreto. O autor exemplifica o exposto:[108]

> Imaginemos o caso em que o dono de uma empresa, descontente com dois de seus funcionários, um faxineiro e outro gerente de departamento, com salários de R$ 1 mil e R$ 5 mil, respectivamente, após uma acalorada discussão, insulte os empregados com palavras de baixo calão. Seguindo os critérios estabelecidos pela nova legislação trabalhista, entendendo o magistrado que a ofensa seja de natureza leve e que o ofendido deva receber o equivalente a três vezes o seu último salário, um receberá R$ 15 mil de indenização, enquanto que o outro, que padeceu do mesmo ato ilícito, receberá 1/5 desse valor. Em um mesmo ato ilícito, praticado pelo mesmo ofensor, em face de dois ofendidos, ambos têm limitações diferentes de valor de indenização.[109]

Com esse exemplo, se colocarmos esses dois trabalhadores em litisconsórcio ativo, almejando a reparação pelo dano moral em razão desse ocorrido, de certa forma seria confuso para o julgador ao estabelecer os valores de indenização a serem pagos. Dito isso, gera-se uma insegurança jurídica, pois a Carta Maior prega a igualdade perante a lei, conforme dito antes, desta forma não há justificativa plausível para o tratamento desigual baseando-se na remuneração que percebe o empregado.

Quando fala-se de tarifação de danos morais, já se faz uma conexão com a Lei de Imprensa, que foi declarada inconstitucional, conforme já debatido, acerca desse argumento, Lênio Streck leciona:

> Não há como uma lei infraconstitucional, ainda que harmônica aos interesses dos estamentos dominantes da sociedade brasileira, imunizar-se à aplicação da própria Constituição. Desse modo, cabe fazer uma declaração de inconstitucionalidade *com* redução de texto do artigo 223-A da CLT, com a redação da Lei 13.467/17, para excluir a expressão "apenas" (é uma das seis hipóteses de minha teoria

[108] CARNEIRO, Fabricio Segato. *A (in)constitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial*. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <http://www.conjur. com.br /2017- ago-05/ opiniao-inconstitucionalidade-tarifacao-dano-extrapatrimonial> acesso em: 4 jun. 2018.

[109] CARNEIRO, Fabricio Segato. *A (in)constitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial*. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <http://www.conjur. com.br /2017- ago-05/ opiniao-inconstitucionalidade-tarifacao-dano-extrapatrimonial> acesso em: 4 jun. 2018.

> da decisão). No mesmo sentido, é inconstitucional a tarifação indenizatória refletida no parágrafo 1º do artigo 223-G da CLT, bastando, para tanto, consultar a jurisprudência do STF (como no caso da Lei de Imprensa.[110]

Com o intuito de acabar com essa disparidade de direitos, a MP n° 808 estabeleceu em sua nova redação do art. 223-G da reforma trabalhista, que a base de cálculo seria o valor do limite máximo da previdência.

Segundo a associação que representa a magistratura do Trabalho (Anamatra), não só afastou a crítica que a reforma trabalhista sofria em relação ao princípio da isonomia, como também favorecia os empregados de baixa renda ao estabelecer uma tarifação que toma por referência valor que pode ser superior em mais de 5 vezes o salário mínimo de um trabalhador, valor relativo ao limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social é de R$ 5.531,31, em face de um salário mínimo de R$ 937,00 à época em que vigorava a MP 808.[111]

Entretanto a própria Anamatra levanta a questão de que independentemente da nova base de cálculo utilizada pela MP. n° 808 representar uma melhoria para os trabalhadores de menor renda, mesmo assim deve ser considerada inconstitucional no que diz respeito à limitação.[112]

Os parâmetros apresentados podem até se mostrarem adequados em maior ou menor escala dos casos concretos e/ou sujeitados ao poder judiciário, entretanto, a lei não poderia instituir o teto da indenização que estabeleceu. À vista que os dispositivos constitucionais constantes nos incisos V e X do art. 5° da CF/88 estipulam a ampla indenização para aqueles que têm a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem violadas, também considerando que o art. 7° da Carta Magna em

[110] STRECK, Lenio Luiz. Como usar a jurisdição constitucional na reforma trabalhista. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/senso-incomum-usar-jurisdicao-constitucional-reforma-trabalhista>. Acesso em: 6 jun. 2018.
[111] ANAMATRA. *Juízes vão ao STF contra limite de indenização na reforma*. *Consultor Jurídico trabalhista*. 2017. disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-21/juizes-stf-limite-indenizacao-reforma-trabalhista>. Acesso em 4 jun. 2018.
[112] Ibidem.

seu inciso XXVIII firma a norma no sentido de que a hipótese de ocorrência do dano extrapatrimonial decorrente de relação empregatícia deve ser ampla.[113]

Anamatra ainda argumenta que a lei federal não deveria impor tal limitação a tão curto prazo, com base no entendimento do Min. Cezar Peluso que no RE 447.584 decidiu no sentido de que "toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República". [114]

Acerca do tema abordado, Almeida conclui que a CF/88 reconhece fundamentalmente o direito à reparação "irrestrita e integral dos danos morais", tornando indiscutível que os danos causados a qualquer dimensão do ser humano devem ser reparados. Tal reparação deve ser mensurada de acordo com a extensão do dano, pois isso caracteriza-se como exigência da tutela constitucional da dignidade humana, observando sempre os critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico e doutrinário para atribuição do seu valor.[115]

Ressalva-se que o ordenamento jurídico deverá ser aplicado em sua totalidade, não podendo ser diminuído ao que dispõe a CLT, a lei n. 13.467/2017 e a MP n. 808. Sendo inconstitucionais quando definem as fontes normativas da responsabilidade civil pelo dano extrapatrimonial, limitam os bens jurídicos que ensejam à reparação e instigam a tarifação da reparação dos danos morais.[116]

Almeida ainda defende a não afetação dos textos em sua totalidade, propondo que sejam interpretados conforme a Constituição. Desta forma o magistrado sempre se atentará a atender tanto a CLT quando a Constituição, tratando o rol que tarifa os danos morais como exemplificativo, aplicando neste caso os dispositivos

[113] Ibidem.
[114] Ibidem.
[115] ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Ana Clara Guimarães Rabêllo de. Reparação de danos morais e reforma trabalhista. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo. 2018. p. 3-6. . Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/129934>. Acesso em: 7 jun. 2018.
[116] ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Ana Clara Guimarães Rabêllo de. Reparação de danos morais e reforma trabalhista. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo. 2018. p. 3-6. . Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/129934>. Acesso em: 7 jun. 2018.

constitucionais. Outrossim, os parâmetros definidos na reforma trabalhista e na MP 808 não limitam os valores que podem ser arbitrados, funcionando apenas como "indicativo não vinculante". [117]

Vale destacar que ainda que a MP 808 perca a eficácia, os argumentos utilizados pela respectiva associação continua de acordo com os preceitos constitucionais que pugnam pela inconstitucionalidade da tarifação adotada na Lei n° 13.467.

Em outro polo, ainda há quem defenda a tarifação do valor da indenização pelos danos extrapatrimoniais, com o argumento de que o dano extrapatrimonial do trabalhador deve ser de acordo com sua condição social, por isto o legislador estabeleceu que a base de cálculo seria a remuneração do próprio lesado. Nesse sentido, o ex presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra em entrevista com a Folha de S. Paulo, quando questionado sobre o parâmetro indenizatório estabelecido com base na remuneração, afirma:

> O que se tem discutido: pode ser o salário? Não faria uma mesma ofensa, dependendo do salário, ter tratamento desigual? Ora, o que você ganha mostra sua condição social. Não é possível dar a uma pessoa que recebia um mínimo o mesmo tratamento, no pagamento por dano moral, que dou para quem recebe salário de R$ 50 mil. É como se o fulano tivesse ganhado na loteria.[118]

No tocante a indenização à duas pessoas que sofreram um mesmo dano, entretanto recebem indenizações diferentes, o Ex. Presidente do TST complementa:

> Isso serve de parâmetro. O juiz é que vai estabelecer a dosagem. Se a ofensa é a mesma, a tendência será, para o trabalhador que ganha muito, jogar o mínimo, e o que ganha pouco, jogar para o máximo. Você mais ou menos equaliza. Sem parâmetro, há uma margem de discricionariedade que você pode jogar um valor que, se trabalhasse a vida inteira naquele trabalho, não ganharia o que está ganhando porque

[117] Ibidem.
[118] ALEGRETTI, Laís. *É preciso flexibilizar direitos sociais para haver emprego, diz chefe do TST*. Folha de São Paulo. 2017. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/11/1933111-e-preciso-flexibilizar-direitos-sociais-para-haver-emprego-diz-chefe-do-tst.shtml>. Acesso em: 5. Jun. 2018

> fizeram uma brincadeira de mau gosto contigo. Às vezes, é por uma brincadeira de mau gosto que se aplica a indenização por dano moral.[119]

Acerca dos pontos positivos destacados, Carneiro, que afirma que as novas disposições acerca dos danos extrapatrimoniais são inconstitucionais, admite que por consequência das determinações que dão precisão ao resultado de um ato lesivo que cause um dano moral e por consequência gere uma indenização, têm-se, por conseguinte uma noção do *quantum* que pode ser determinado. Antes não haviam parâmetros objetivos para a determinação do valor da indenização, gerando uma insegurança jurídica relativa.[120]

Entretanto, quando tem-se um dano gravíssimo de difícil reparação, que acarrete na impossibilidade do trabalhador de reingressar no mercado de trabalho, que precisa sustentar sua família inteira, e que possua um salário que mal consiga cumprir com todas as necessidades deste trabalhador e desta família, de que forma esse dano será reparado? Visto que, mesmo na possibilidade de aplicação do máximo previsto no art. 223-G, § 1°, inciso. IV, ou seja, cinquenta vezes o último salário do ofendido, o valor resultante dessa operação continuaria sendo irrisório comparado ao dano sofrido, desta forma, o dano não será reparado, e as consequências dele perdurarão por toda a vida do trabalhador ofendido.

4 CONCLUSÃO

Primeiramente, para responder a questão da problemática que decorre da tarifação dos danos morais, foram analisados os aspectos históricos e doutrinários que resultaram na inviabilidade de se estabelecer uma tarifação para aferir o valor da indenização pelos danos morais. Vez que, os critérios construídos pela doutrina e adotados pela jurisprudência são baseados no instituto da responsabilidade civil que

[119] ALEGRETTI, Laís. *É preciso flexibilizar direitos sociais para haver emprego, diz chefe do TST*. Folha de São Paulo. 2017. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/11/1933111-e-preciso-flexibilizar-direitos-sociais-para-haver-emprego-diz-chefe-do-tst.shtml>. Acesso em: 5. Jun. 2018.

[120] CARNEIRO, Fabricio Segato. *A (in)constitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial*. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <http://www.conjur. com.br /2017- ago-05/ opiniao-inconstitucionalidade-tarifacao-dano-extrapatrimonial> acesso em: 4 jun. 2018.

com fundamento nos preceitos constitucionais, prezam pela reparabilidade integral do dano moral, o que seria dificilmente alcançado com a imposição de um sistema tarifativo.

Conceituando os principais termos atinentes à responsabilidade civil, sendo eles, o ato ilícito, o nexo de causalidade e o dano. Posteriormente apresentando a evolução histórica do instituto do dano moral compreendendo a aplicação antes e depois da Constituição Federal de 1988, buscou-se tomar a análise da tarifação dos danos morais na reforma trabalhista mais inteligível. Em razão da brevidade, esta conceituação somente abarcou os termos basilares da reparação civil.

Foi verificado que a doutrina majoritária não aceita a tarifação dos danos morais, sob o fundamento de que o referido instituto acarreta na impossibilidade de reparar totalmente o dano causado. Outrossim, os doutrinadores consideram que a delimitação do *quantum* deve ser arbitrada pelo juiz de acordo com o caso concreto, aplicando-se uma análise subjetiva do caso, desta forma, o arbitramento se mostrou o método mais equitativo para que a reparação do dano moral fosse realizada de forma integral.

Com relação a jurisprudência, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça para delimitar o valor indenizatório dos danos morais, adotou o sistema bifásico que pauta-se pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, estabelecendo inicialmente um valor base em vista do interesse jurídico lesado, e posteriormente ao examinar as circunstâncias do caso concreto o valor base poderá ser elevado ou diminuído de acordo com as suas características particulares, garantindo uma maior equidade nas decisões.

Em paralelo, o Tribunal Superior do Trabalho adotou um método similar ao do STJ, no qual analisa as características individuais de cada caso, arbitrando um valor através dos critérios que incluem o princípio da reparação integral, o grau de culpa e a capacidade econômica das partes, além dos princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Com relação às mudanças trazidas pela reforma trabalhista, que ao instituir os artigos 223-A ao 223-G estabeleceu um valor base que especifica um teto máximo e quatro faixas de valores que possui como parâmetro de cálculo a última remuneração do ofendido, podendo ser elevada em até cinquenta vezes de acordo com a classificação do dano, sendo elas: leve, média, grave ou gravíssima.

A doutrina majoritária entendeu que as novas disposições da lei 13.467/2017 são uma afronta aos princípio constitucional da reparação integral, pois ao estabelecer um teto no valor da indenização, prejudica a restituição indenizatória que satisfaça a vítima do dano moral, vez que, mesmo diante da máxima de cinquenta vezes o último salário do ofendido no caso do dano gravíssimo, o valor continuaria sendo irrisório comparado ao dano sofrido e as consequências que dele resultaram.

Considerando-se que a evolução doutrinaria, jurisprudencial e até mesmo legislativa, entendeu que o dano moral deve ser reparado na sua integralidade, independentemente de limite, tendo em vista que os pressupostos da reparação civil que englobam aspectos objetivos e subjetivos, não se podendo estabelecer uma tarifa máxima. Constatando que o arbitramento do magistrado como ferramenta para definir um valor do *quantum debeatur* de forma equitativa, proporcional ao dano e razoável, se mostra mais efetiva para compensar o dano moral causado.

Fica em aberto a partir do posicionamento doutrinário, se a jurisprudência vai reafirmar seu entendimento acolhendo as críticas doutrinarias, ou se ela vai reconhecer a validade da nova lei.

REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Laís. *É preciso flexibilizar direitos sociais para haver emprego, diz chefe do TST*. Folha de São Paulo. 2017. Disponível em: < http://www1. folha.uol. com.br/ mercado /2017/11/ 1933111-e-preciso-flexibilizar-direitos-sociais-para-haver-emprego -diz-chefe-do-tst.shtml>. Acesso em: 5. jun. 2018.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Ana Clara Guimarães Rabêllo de. Reparação de danos morais e reforma trabalhista. Revista Ltr: legislação do trabalho,

São Paulo. 2018. p. 3-6. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/129934>. Acesso em: 7 jun. 2018.

ANAMATRA. *Juízes vão ao STF contra limite de indenização na reforma.* Consultor Jurídico. 2017. disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-21/juizes-stf-limite-indenizacao-reforma-trabalhista>. Acesso em: 4 jun. 2018.

BARBA FILHO, Roberto Dala. *A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no direito do trabalho*. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba p. 187-193, nov. 2017. Disponível em: <https://hdl. handle.net/20.500.12178/122554>. Acesso em 7 jun. 2018.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *O dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho:* identificação das ofensas morais e critério objetivos para quantificação. São Paulo: LTr, 2014.

BENITES, Afonso. *Reforma trabalhista: Câmara vota mudanças na CLT nesta quarta*. El País Brasil. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/ 2017/ 04/ 25/politica/ 1493154570_2 4096 5.html? rel=mas>. Acesso em: 3 jun. 2018.

BRASIL, *Decreto-lei n° 5.452/1943*. De 1° mai. 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil. de 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.

_____. *Lei 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov. br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.

_____. *Lei n° 13.467*, de 13 de jul. de 2017. Disponível em: <http:// www.planalto. gov.br/ ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 3 jun. 2018.

_____. *Medida Provisória n° 808* de 14 nov. 2017. Disponível em: < http://www. planalto.gov.br / ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n° 334*, de 2008. Disponível em: < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/87299>. Acesso em 7 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. RESP 1152541 – RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 21.09.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo /revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF>. Acesso em: 15 Set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. RESP 1152541 – RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Resp+1152541&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=22>. Acesso em: 1 Set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. RESP 1445240– SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJe 22.11.2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento /mediado/?componente=ITA&sequencial=1558022&num_registro=201302141542&data=20171122&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. RESP 1669680 – RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJe 22.6.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista /documento/ mediado/?componente=ITA&sequencial=1615705&num_registro=201700809584&data=20170622&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. RESP 712591 – RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJe 4.12.2006. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=662416&num_registro=200401842440&data=20061204&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 14.* A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. ADPF n° 130. Relator: Min. Carlos Britto. 2009. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 3 Jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário.* RE 396386. Relator: Min. Carlos Velloso, 2ª Turma. Julgado em 13 ago. 2004.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de instrumento. Recurso de revista.* AIRR - 10754-87.2016.5.03.0080. Ministro Relator: Alberto Luiz Bresciani de

Fontan Pereira. DJe 21.09.2018. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/banjurcp/#/resultados/#resumo AIRR+10754-87.2016.5.03.0080>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração in Recurso de Revista.* E-ED-RR - 792330-81.2001.5.02.5555. Ministro Relator Guilherme Augusto Caputo Bastos. DJe 20.8.2010. Disponível em <https://bit.ly/2pu74Io>. Acesso em 23 set. 2018.

CALGARO, Fernanda; CARAM, Bernardo. *Câmara aprova proposta de reforma trabalhista; texto segue para o senado*. G1. 2017. Disponível em: <https ://g1 .globo.com/politica/noticia/ camara-aprova-texto-base-da-reforma-trabalhista.ghtml>. Acesso em: 4 jun. 2018.

CALGARO, Fernanda; GARCIA, Gustavo; MODZELESKI, Alessandra; LIS, Lais; MAZU, Guilherme. *Prazo de validade da MP que alterou pontos da nova lei trabalhista termina nesta segunda; saiba o que muda*. G1. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/prazo-de-validade-da-mp-que-alterou-pontos-da- nova-lei-trabalhista-termina-nesta-segunda-saiba-o-que-muda.ghtml>. Acesso em: 4 jun. 2018.

CARNEIRO, Fabricio Segato. *A (in)constitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial*. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em <http://www.conjur. com.br /2017- ago-05/ opiniao-inconstitucionalidade-tarifacao-dano-extrapatrimonial> acesso em 4 jun. 2018.

COSTA, Walmir Oliveira da. *Dano moral nas relações laborais: competência e mensuração*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.7.

GOMIERO, Paulo Henrique. *Regime de dano moral da reforma trabalhista não traz segurança jurídica*. Consultor Jurídico. 2017 Disponível em < http://www.conjur.com.br /2017-jul-26/ opiniao-regime-dano-moral-reforma-trabalhista-nao-traz-seguranca> Acesso em 6 jun. 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *A reforma trabalhista, a medida provisória 808 e a segurança jurídica*. Consultor Jurídico. 2018 Disponível em <https://www. conjur.com.br/2018-abr-27/reflexoes-trabalhistas-reforma-trabalhista-medida-provisoria-808-seguranca-juridica>. Acesso em 3 jun. 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral trabalhista: doutrina e jurisprudência*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIMENTEL, Carolina. *Governo edita MP que muda pontos da reforma trabalhista*. Agencia Brasil. 2017. Disponível em: < http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-11/governo-edita-MP-que-muda-pontos-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 4 jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 7. Ed. atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ZANETTI, Fátima. *A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral:* um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina. São Paulo: LTr, 2009. p. 93.

A PROPRIEDADE INTELECTUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO PRIVADO: ANÁLISE DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Miguel Ferreira de Melo Junior

RESUMO

A atividade inventiva é determinante para a evolução social e quando aplicada ao mundo dos negócios em muitas vezes é o diferencial competitivo que faz com que determinada empresa prevaleça no mercado em detrimento dos concorrentes. Neste universo cada vez mais amplo das especializações das profissões, há aqueles que tem por objeto de seu contrato de trabalho a realização de atividades de Pesquisa e Desenvolvimento, mas há aqueles que não tem este objeto em seus contratos de trabalho. É justamente quando a atividade inventiva é realizada por este segundo grupo que o presente estudo tratará, quando desta atividade inventiva auferem-se benefícios diretos ou indiretos para o empregador é o que se buscará investigar como o judiciário brasileiro atua na mediação destas situações, buscando apresentar a origem da propriedade intelectual, o ponto de vista dos pensadores da matéria e a aplicação do direito nos casos concretos, considerando como universo de pesquisa os tribunais brasileiros dos estados da federação que tem a indústria com forte peso em suas economias.

Palavra-Chave: Invenção. Trabalho. Propriedade Intelectual

1 INTRODUÇÃO

A atividade inventiva é inerente ao ser humano. Nas relações de trabalho privado há aqueles que tem por objeto do contrato de emprego a realização de atividades de Pesquisa e Desenvolvimento - P&D, mas há também aqueles que, mesmo não estando lotados nestas áreas, trazem ganhos significativos às

Companhias por decorrência da aplicação da atividade inventiva no cotidiano da organização.

Quando a atividade inventiva resulta em ganhos econômicos, estratégicos ou de posicionamento no mercado às Companhias, há aquelas que são passiveis de proteção por meio da propriedade intelectual e há aquelas não abrangidas pela legislação em vigor e devem ser tratadas como segredos do negócio.

João da Gama Cerqueira[1], ao analisar o contexto inventivo, regista que quando percebe que a invenção, por mais individual que seja, está inserida em um contexto social ou mesmo cultura, não se podendo negar a influência do meio e outros fatores para sua eclosão. É preciso também em perceber que estas influencias só tem efeito naquele individuo com compreensão tal dos fatos, que desta análise macro, consiga compreender o problema e para ele apresentar a solução.

> O meio social e a cultura favorecem, sem dúvida, as invenções, que naquele encontram seu ambiente e nesta o seu material; mas nem o meio social, nem a cultura são determinantes, predominando em todas as invenções o fator pessoal, sem o qual elas jamais se realizariam, o que justifica plenamente o reconhecimento do direito do inventor

José Carlos Tinoco Soares, em Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos[2], aborda de forma concisa aquilo que se busca discutir neste trabalho, quando ensina:

> Para salvaguarda da própria invenção ou modelo de utilidade a preferência para a exploração de um ou de outro será forçosamente do empregador, porque, se eventualmente assim não for, ficará este último sujeito à exploração por terceiros o que pode induzir à uma concorrência não muito agradável.

O objeto do presente trabalho, portanto é adentrar na forma como os tribunais brasileiros atuam na solução de conflitos quando a atividade inventiva traz os ganhos citados anteriormente para às Companhias e são provenientes de autor, que mesmo

[1] CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de Propriedade Industrial**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. 2 v. Revista e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto.

[2] SOARES, José Carlos Tinoco. **Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos: Lei 9.279 - 14.05.1996**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

sendo empregado, não tem por objeto de seu contrato de trabalho atividades de P&D.

Diante deste contexto fático, propõe-se uma contextualização acerca da origem da propriedade intelectual, passando pela forma como os Estados soberanos tem lidado com a proteção da atividade inventiva que confere um diferencial de mercado a determinado produto, companhia, região ou país no decurso dos séculos e como isso está sendo aplicado no Brasil atualmente.

O anteparo legal deste trabalho será a será a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, sobre direitos autorais.

Como anteparo jurisdicional a análise se dará em decisões dos Tribunais de Justiça dos estados da federação que tem uma base industrial mais significativa em sua economia, pois cremos ser na indústria um dos grandes polos de onde temos atividade inventiva que é passível de proteção pela legislação em vigor no Brasil.

Por fim, como anteparo teórico será adotada à doutrina aplicável à propriedade intelectual, mas com muita ênfase no anteparo teórico utilizado e recomendado pelo INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, que é a Autarquia com capacitação técnica e atribuição legal para lidar com a estrutura nacional que atua na licença e preservação das vantagens decorrentes a atividade de P&D que resultam na propriedade intelectual.

2 A ORIGEM DA PROTEÇÃO ESTATAL À ATIVIDADE INVENTIVA

Frente a esta delimitação acerca do que se pretende tratar no presente trabalho, passemos à contextualização histórica da propriedade intelectual e para

tanto, regressemos ao final da Idade Média. Datam desta época, em específico na Europa, os primeiros registros de propriedade intelectual conhecido[3].

Nesta época a Europa, como a conhecemos hoje, em especial a Europa Ocidental, vivia, em algumas partes, aquilo que os livros de história nos ensinam como o Renascimento[4]. Este termo é usado para registrar o período da história humana, naquela região do globo, de aproximadamente 400 anos, que vai do final do século XIII até o final do século XVI, mas que em suma é caracterizado por grandes transformações na sociedade, com reflexo na economia, cultura, política e religião da época, o que ao nosso ver, decorre do aumento da atividade comercial.

É desta época, por volta de 1.300 d.c., que tem-se relatos históricos acerca do aumento do comércio marítimo, em específico na atual Itália e Holanda e seu impacto na urbanização destas regiões e suas adjacências[5].

O aumento do comércio só foi possível pelas evoluções técnicas de cultivo da terra, que por consequência aumentaram a produtividade e diversidade de produtos, o que por sua vez resultou no excedente de produção que sustentou a vida urbana, sem isso, em nosso entendimento, nada do que se trata a seguir teria ocorrido.

Desta geração de riqueza decorrente do comercio do excedente de produção, na parte norte da Europa Ocidental, atuais Holanda e Bélgica, tem-se, por exemplo, a fundação de Amsterdam (1275)[6], o estabelecimento da rota comercial entre Bruges, no Mar do Norte e Genova, no Mar Mediterrâneo (1277), como alternativa à Rota do

[3] BRASIL. Inpi. Espaço de Comunicação. **Patentes História e Futuro**. Coordenação: Wilson Thimóteo Júnior. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/patente_historia_e_futuro.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018 – p.9

[4] BRASIL. Senado Federal. Rádio Senado Fm. **O renascimento europeu, o início da escravidão e a ocupação do Brasil através das capitanias hereditárias** [gravação de som]. 2000. Série: (Brasil 500 anos). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/96031>. Acesso em: 12 maio 2018.

[5] GARIN, Eugenio. **Ciência e vida civil no renascimento italiano**. São Paulo: Editora Unesp, 1994. 203 p. Tradução de Cecília Prada. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=jn2yVlm0H-sC&oi=fnd&pg=PA7&dq=renascimento+italiano&ots=-Cu5ByToYa&sig=tg-QOguSwCpWREH-ZM93d7wHhV0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 12 set. 2018.

[6] AMSTERDAM. GEMEENTE AMSTERDAM. (Ed.). **De geschiedenis van Amsterdam**. Disponível em: <https://www.amsterdam.nl/toerisme-vrije-tijd/over-amsterdam/geschiedenis/>. Acesso em: 12 maio 2018.

Ambar[7], que fazia, desde antes do Império Romano, a ligação terrestre e outras interações entre os povos, reinos e Estados, que teriam impactos na legislação em vigor, uma vez que é sabido que o Direito advém de anseios sociais e não o inverso.

Desta rota comercial entre o norte e sul da Europa, tem-se, por exemplo, nesta mesma cidade de Bruges, que é também conhecida como Veneza do Norte, a formação das Bolsas de Valores (1309)[8] com as tipicidades que conhecemos atualmente.

Enquanto isso, na parte sul da Europa Ocidental, às margens do Mar Mediterrâneo, na região da atual Itália, sul da França e Croácia, tem-se o fortalecimento das Repúblicas Marítimas, que eram cidades independentes, com seus próprios exércitos, suas próprias frotas navais, moedas e governos fazendo a ponte entre Europa e sudoeste do continente Asiático[9].

Neste período de intensa atividade econômica formam-se as bases para que em seguida, tão logo fosse superado o impacto da Grande Fome (1315-1317) e da Peste Negra (1343-1353)[10], o Renascimento ecloda na Europa, fomentado pela classe burguesa, detentora da riqueza proveniente da atividade produtiva e comercial.

---

[7] CIOLEK, Dr T. Matthew. **Old World Trade Routes** (OWTRAD) Project. 1999. Disponível em: <http://www.ciolek.com/owtrad.html>. Acesso em: 12 maio 2018

[8] GOMES, Fátima Rocha. **A Bolsa de Valores brasileira como fonte de informações financeiras: Apresenta a origem e um breve histórico das bolsas de valores em âmbito internacional**. 1997. Fátima Rocha Gomes. Disponível em: <http://www.brapci.inf.br/_repositorio/2010/11/pdf_cc26aefd14_0012633.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018. P.190

[9] DORÉ, Andréa. **Diplomacia e relações comerciais entre o Oriente e o Ocidente: duas experiências do século XIII**. Revista Tempo, Niteroi, n. 10, p.1-22, maio 2000. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=167018242008>. Acesso em: 15 maio 2018.

[10] O ESTADO DE SÃO PAULO (São Paulo). **Estudo associa mudanças climáticas à peste que matou 50 milhões na Idade Média: Série de erupções vulcânicas teria reduzido a incidência de luz solar por vários anos, no século 6 d.C., deixando a população suscetível a doenças e agravando as consequências da Praga de Justiniano**. 2018. Fábio de Castro. Disponível em: <http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,estudo-associa-mudancas-climaticas-a-peste-que-matou-50-milhoes-na-idade-media,70002304721>. Acesso em: 12 maio 2018.

Assim, como apresenta Cerqueira, em Tratado de Propriedade Industrial[11]:

> [...] desconhecer o direito natural que compete ao inventor sobre os frutos do seu trabalho, seria aniquilar o espirito inventivo, que a experiência tem demonstrado ser essencial ao progresso social e pródigo de benefícios materiais e culturais, ou induzir o inventor a agir de modo antissocial, explorando egoisticamente os seus inventos, pois a abolição dos privilégios incrementaria os segredos de fábrica.

Neste contexto histórico da sociedade ocidental, tem-se o primeiro registro histórico de uma patente no século XV, quando em 1421 o arquiteto de italiano, Felippo Brunelleschi[12] obtém a proteção estatal acerca de seu invento para transporte de mármore, em seguida, datam de 1449 os registros ingleses quanto à exclusividade na produção de vitrais no reino de Henrique VI por John of Utynam[13].

Pelas datas dos primeiros registros de proteção estatal à atividade inventiva que se tem conhecimento, percebe-se que, com a Renascença, os governantes compreenderam que uma forma de posicionamento de mercado para os produtos de seus Estados seria por meio da garantia de privilégios aqueles que exercessem atividade inventiva em seus territórios.

Desta percepção tem-se, paulatinamente, por decorrência da própria evolução social, por exemplo, por volta de 1600, o reconhecimento do direito do impressor sobre a obra publicada, como um questionamento ao monopólio de impressão e à pirataria, que como hoje, por não gastar com P&D, distribuía publicações a preços

[11] CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de Propriedade Industrial**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. 2 v. Revista e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto.

[12] PORTO ALEGRE. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Núcleo de Apoio Pedagógico à Educação A Distância. **ARTE ENTRE OS SÉCULOS XIV e XVIII: Fillippo BRUNELLESCHI**. Núcleo de Apoio Pedagógico à Educação a Distância. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/napead/repositorio/objetos/historia-arte/idmod.php?p=brunelleschi>. Acesso em: 12 maio 2018.

[13] GUINNESS WORLD RECORDS (Estados Unidos). **First recorded English patent**. Disponível em: <http://www.guinnessworldrecords.com/world-records/first-recorded-english-patent>. Acesso em: 12 maio 2018.

mais acessíveis, como registra Lúcia Helena Polletti Bettini em seu livro Gestão da Propriedade Intelectual[14].

Há, em seguida, na Inglaterra a edição do Estatuto Rainha Ana[15], de abril de 1710, que regia o direito de copiar e legitimava o direito de propriedade do autor a determinada obra.

Infere-se é claro que a proteção estatal à atividade inventiva, como forma de diferenciação de seus produtos no mercado, só se faz necessária, inclusive até hoje, por decorrência da concorrência desleal. Se isso não existisse, não há que se falar na necessidade de proteção estatal para a atividade inventiva.

Conforme ensina José Carlos Tinoco Soares, em *Processo civil nos crimes contra a propriedade industrial*[16] :

> A partir da Idade Contemporânea esse privilégio, até então concedido, passou a ter uma outra conotação, muito mais consentânea com a nossa realidade. Com efeito, pela outorga de um Título Hábil, de caráter temporário, o autor do invento ou do aperfeiçoamento receberia uma CARTA-PATENTE que, além de garantir a propriedade da efetiva utilização, por si ou por terceiros quando autorizados; hoje, constitui a base de todo o direito moderno

Assim, no decurso dos séculos que se seguiram, os países foram editando normas com intuito de proteger a atividade inventiva, ao ponto que, em 9 de setembro de 1886, tem-se a Convenção de Berna[17] versando sobre a proteção dos

[14] BETTINI, Lúcia Helena Polletti (Org.). **Gestão da Propriedade Intelectual**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015. 170 p. Disponível em: <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788543017020/pages>. Acesso em: 12 maio 2018.

[15] ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de copyright**. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html>. Acesso em: 12 maio 2018

[16] SOARES, José Carlos Tinoco. **Processo civil nos crimes contra a propriedade industrial**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira Ltda, 1998. 307 p.

[17] BRASIL. Presidência da República. Casa Civil -. DECRETO n. 75.699, DE 6 DE MAIO DE 1975.: Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. 1971. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

direitos autorais sobre obras literárias e artísticas e a qual foi promulgada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 75.699/75.

No contexto brasileiro a atividade inventiva teve proteção legal apenas após o século XIX. Em 1827, na lei de criação dos *"Cursos de sciencias jurídicas e sociais*[18]*"* em São Paulo (SP) e Olinda (PE), o Imperador Dom Pedro Primeiro promulga, em seu artigo 7º o privilégio, por 10 anos, aos autores que tiverem suas publicações empregadas na formação dos profissionais:

> Art. 7.º - Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de approvados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém á approvação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos

O Estado brasileiro continuou versando sobre a proteção da atividade inventiva com o Título III da Lei de 16 de dezembro de 1830[19], que tratava dos crimes contra o direito autoral; com o Capítulo V do Título XI do Decreto Nº 847, de 11 de outubro de 1890[20], que tratava dos crimes contra a propriedade literária, artística, industrial e comercial; com o inciso XXVI do Art. 179 da Constituição do Império, de 25 de março de 1824[21] que reconhecia na carta magna o direito autoral e previa benefícios e recompensas pela atividade inventiva e outras mais, até que, nos

[18] BRASIL. **Lei nº 11 de agosto de 1827, de 2 de março de 1825**. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Lei de 11 de agosto de 1827. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM.-11-08-1827.htm>. Acesso em: 12 maio 2018. (grifo nosso)

[19] BRASIL. **Lei nº 16, de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Rio de Janeiro, RJ, 8 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

[20] BRASIL. **Decreto nº 47, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal**.. Decreto Nº 847, de 11 de Outubro de 1890. Sala das sessões do Governo Provisorio, 11 out. 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 15 maio 2018

[21] BRASIL. **Constituição (1824). Constituição, de 23 de março de 1824**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Constituição Politica do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824): Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Rio de Janeiro, RJ, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

dias atuais tivéssemos o emaranhado jurídico que dispomos, que protege, em parte, a atividade inventiva.

Como bem ensina João da Gama Cerqueira, em Tratado de Propriedade Industrial[22], uma vez compreendido que o direito do autor e do inventor tem relação com direito de propriedade e este, por sua vez é um direito privado subjetivo, com amparo no Direito Natural, tem-se o Estado, por meio de processo administrativo, como o meio para garantir ao cidadão a manutenção deste direito frente aos demais, pelos meios adequados em cada ordenamento jurídico, ou seja, o Estado não cria este direito, mas apenas garante o direto subjetivo preexistente.

Desta forma, a concessão de patentes e registros são atos de Estado meramente declaratórios e não constitutivos de direito, pois uma vez cumpridas as exigências, o Estado deve reconhecer o direito pleiteado e para tendo, deve expedir o título indispensável para seu livre exercício frente à sociedade. Assim, ao emitir uma Patente, por exemplo, o Estado tem no mesmo ato um efeito declaratório e um efeito constitutivo da exclusividade para a livre exploração do invento, amparado em um direito preexistente do inventor.

Mais à frente o autor também ensina, que o direito do inventor é mais extenso do que o direito autoral, no contexto das obras literárias e artísticas, pois este se estende não só à ideia, de onde o invento surgiu mas também sobre o invento em si, permitindo ainda, diferente do direito autoral, a possibilidade de proibir que, na esfera particular, sua invenção seja reproduzida, mas para tanto, necessita da manifestação do Estado quando concede, por exemplo, a patente ao inventor e esta proteção estatal para as invenções com aplicabilidade industrial só se dá em virtude da importância econômica e social das invenções e seus resultados.

Certamente, como demostrado nas linhas anteriores, este arcabouço jurídico passará por mudanças e cada vez mais, em espaços de tempo mais curtos, buscando

[22] CERQUEIRA, João da Gama. Tratado de Propriedade Industrial. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. 2 v. Revista e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto.

abarcar os detalhes decorrentes das relações sociais, que cada dia se tornam mais complexas e céleres com o advento do avanço tecnológico que a sociedade global está experimentando e que, é sabido, será um caminho sem volta.

Assim, de modo a delimitar o espaço temporal no qual as decisões dos tribunais brasileiros serão analisadas, quando trata de assuntos concernentes a atividade inventiva, propriedade intelectual, patentes e direitos de propriedade, optamos por considerar aquilo que foi debatido após a última década do século passado, tendo em vista o fato de que a Lei n° 9.279, que regulamenta Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial é de 1996 e a Lei nº 9.610, que regulamenta os direitos autorias é de 1998.

A presente matéria tem intrínseca relação com o cotidiano na iniciativa privada, onde, como tratado no início deste texto, muitas vezes o posicionamento de determinada Companhia, produto ou serviço no mercado, que reforça-se, é cada vez mais acirrado, se dá por decorrência da atividade inventiva de seus colaboradores.

É certo que há colaboradores que são efetivamente contratados para este fim, mas há outros que, de forma pró ativa, frente ao caso concreto, apresentam soluções que muitas vezes mudam completamente o rumo de negócios.

Atualmente, em nosso ordenamento jurídico, há proteção estatal para algumas destas soluções decorrentes da atividade inventiva, enquanto há outras que não tem o mesmo amparo, mas que nem por isso deixam de ser apreciada pelo Judiciário, quando efetivamente é comprovado o nexo causal entre determinado invento e o lucro auferido por sua implementação.

3 ATIVIDADE INVENTIVA

Denis Barbosa, em *Patente como modelo de aperfeiçoamento em inovação*[23], aponta que o objetivo final de uma patente, por exemplo, dentre todas as variáveis envolvidas nas atividades inventivas protegidas pelo Estado, que é a obtenção de monopólio reconhecido e protegido pela legislação, isso é visto como uma fonte de segurança para o investidor que disponibiliza os recursos necessários para que a inovação saia do campo das ideias e se materialize como uma solução aplicável ao cotidiano da sociedade.

O que se busca com isso é auferir o máximo lucro possível, a fim de remunerar o capital investido na atividade inventiva e fazer frente aos riscos enfrentados de modo que este ciclo de perpetue e haja sempre o interesse na aceitação, por parte do investidor, da incerteza de resultado positivo, frente a expectativa de obtenção de um bom retorno financeiro para o investimento feito e sem este ciclo, o progresso social dificilmente avançaria.

Entendemos ser uma visão prática do autor neste estudo publicado, transformando em resultado financeiro, positivo ou negativo, aquilo tudo que se busca proteção Estatal quando trata-se dos ganhos decorrentes de atividade inventiva.

Em *Valor indenizável das violações da Propriedade Intelectual*[24], Barbosa aborda ainda a necessidade de proteção estatal para atividade inventiva, quando considera a necessidade de reparação de dano pela concorrência desleal, pois isso em primeiro plano resulta em perda de mercado, o que por consequência tem-se a frustração de obtenção de lucros futuros e apresenta a metodologia do Direito Frances para reparação de tal dano, na qual pondera-se os lucros médios apurado

[23] BARBOSA, Denis Borges. **Patente como modelo de aperfeiçoamento em inovação. 2010**. Disponível em: <http://www.nbb.com.br/pub/denis/patente_modelo_aperfeicoamento_ inovacao.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

[24] BARBOSA, Denis Borges. **Valor indenizável das violações da Propriedade Intelectual**. 2010. Disponível em: <http://www.nbb.com.br/pub/denis/valor_indenizavel.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018

pela empresa nos exercícios mais recentes, para projetar isso para os exercícios futuros para enfim capitalizar o montante para obtenção de uma expectativa de lucro futuro.

Barbosa aborda ainda, usado como exemplo, o Nome Empresarial, aquilo que se espera do Estado, que é vedar, por parte de terceiros o uso indevido deste ativo, obrigando a todos sujeitos à sua jurisdição no dever de não-fazer e se assim o fizer, que incorra no dever de indenizar o detentor do direito sobre o bem e cremos ser este o cerne da proteção estatal à atividade inventiva.

O autor aprofunda na aplicabilidade do Direito aos casos de violação do monopólio, concedido pelo Estado, decorrente da atividade inventiva e aborda a possibilidade, inclusive, de pleito por danos morais, mas baliza com aquilo que é previsto no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPs) da Organização Mundial do Comércio (OMC) e avança até o Direito Comparado, apresentado solução aplicada na corte italiana, para reforçar que aquilo que se obtém do Estado neste possível contencioso é a possibilidade de reparação do dano, visando a recomposição patrimonial, com caráter meramente compensatório para o credor, mas que na esfera do dano moral isso, nos países de tradição jurídica *civil law*, encontra-se obstáculos, por falta de regra expressa.

> A rejeição à pretensão punitiva no tocante à recomposição patrimonial de danos e perdas materiais é uma importante característica dos países de tradição românica.
>
> Recente análise de direito comparado aponta para o fato de que "A maioria dos países de direito civil limitam a recuperação dos danos em ações privadas à indenização compensatória. Tais países proíbem danos punitivos em ações privadas pois consideram danos punitivos uma forma de procedimento que é só adequada em processo criminal"[25]

Barbosa adentra mais ao mensurar a dificuldade em se encontrar o exato tamanho do dano para dimensionamento da exata compensação, mas defende que

[25] BARBOSA, Denis Borges. **Valor indenizável das violações da Propriedade Intelectual**. 2010. Disponível em: <http://www.nbb.com.br/pub/denis/valor_indenizavel.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018

isso não deve ser um impeditivo para obtenção da proteção Estatal, e que essa também não deve ser desmedida e sem base e defende a necessidade de adoção de métrica que considere os lucros cessantes, de modo a sustentar uma composição patrimonial adequada, mas que isso em nada deve ser confundido com a outra face da consequência da ação de não fazer, que é tratada da esfera criminal.

Mais à frente o autor, no mesmo estudo, apresenta o método Ariston[26], consagrado na legislação brasileira por meio da lei 9279/96, em seu artigo 210, onde busca-se estabelecer uma métrica que considere o que se perdeu, o que se deixou de ganhar e o que poder-se-ia ter ganho. Tal método deriva da jurisprudência Tribunal Supremo Alemão, ao analisar, em 1895, pleito do autor, que dá nome ao método, que buscava indenização por perdas e danos por decorrência de composições musicais, e lhe foi garantido o direito de escolha sobre uma das três formas de recomposição patrimonial e que seu uso deve ser considerado ao fato em concreto.

> Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:
>
> I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou
>
> II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou
>
> III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

Em *Ensaios e estudos de Propriedade Intelectual*[27], Barbosa apresenta uma coletânea de matérias produzidos no período de 2013 a 2015, sobre os mais diversos temas correlatos à Propriedade Intelectual, mas para o objeto deste trabalho, merece

[26] CANO, Nuria A. Orellana. Problemas de valoracion de daños y perjuicios en los procedimientos sobre propriedad instrustrial; especial referencia a la valoracíon de la marca. Disponível em: <http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/ponen/sem_jueces_05/Modulos/Mod3MarIII_03.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

[27] BARBOSA, Denis Borges. Ensaios e estudos de Propriedade Intelectual 2014-2015: Volume III Direito da Inovação Direito internacional e capital estrangeiro Questões gerais de propriedade intelectual. Disponível em: <http://www.nbb.com.br/pub/denis/ensaios_estudos_pi_inovacao_internacional_capital.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

especial atenção às suas considerações acerca da reforma da legislação brasileira e seu impacto na atividade inventiva, onde apresenta as origens, em nosso país, desta proteção estatal, desde o início dos anos 1800, com análise das legislações que existiram em seguida e o que se buscava de impacto econômico, produtivo e desenvolvimentista com isso. Tal avaliação chega até o ano de 2013 e o autor apresenta suas propostas de ajustes na legislação para melhor adequá-la aos anseios da sociedade como um todo e de suas considerações percebe-se que cada vez mais céleres deverão ser as revisões neste tipo de legislação para acompanhar as mudanças, que a cada vez ocorrem mais rápidas, frente ao desenvolvimento tecnológico alcançado.

Michael Novak[28], por sua vez, citando o "Discurso sobre descobertas e intervenções", de Abraham Lincoln, de fevereiro de 1859, apresenta aquilo que o 16º presidente dos Estados Unidos da América[29], compreendia como seis passos da história da liberdade, no qual elenca: a capacidade humana de construir um idioma; o domínio da arte do descobrimento, por meio da aprendizagem, baseada na observação, reflexão e experimentação; a invenção da escrita; a invenção da imprensa; a descoberta da América e por fim, a adoção de uma Constituição e faz o paralelo deste último passo com a Constituição Americana[30], que garante em sua seção oitava a garantia de direito de exclusividade, por tempo limitado, para autores e inventores sobre suas criações afim de promover o progresso da ciência e das artes úteis.

[28] NOVAK, Michael. O fogo da invenção, o combustível do interesse: Sobre a propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998. 52 p.

[29] ABRAHAMLINCOLN.ORG (New York). The Gilder Lehrman Institute Of American History And The Lehrman Institute (Org.). Documents. Disponível em: <http://abrahamlincoln.org/features/documents/>. Acesso em: 28 maio 2018.

[30] EUA. Constituição (1787). Constituição nº 1, de 17 de julho de 1787. . Filadelfia, PENSILVANIA, Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018

Akira Chinem, conceitua bem o termo tecnologia, em seu livro *Know-how e Propriedade Industrial*[31], quando diz ser esta "mercadoria diferente das demais em sua forma, por ser impalpável e não visível; é algo que só existe no domínio das ideias e sem base material; a sua propriedade é um direito legítimo de que a descobriu"

O autor, ainda na mesma obra, demonstra a dinamismo da atividade de Pesquisa e Desenvolvimento, quando registra que

> "Em qualquer etapa ou fase do processo tecnológico, não podemos esquecer o fator capacidade *inovadora*, que faz nascer um novo produto, aprimora as funções de produção e, principalmente, permite, pouco a pouco, a independência com o fornecedor de tecnologia, à medida que ocorre à nacionalização"[32]

Chiken registra ainda o fato que, "assim como inovações tecnológicas são fundamentais para o progresso de um país, somente empresas capazes de desenvolver e manter uma liderança tecnológica podem continuar evoluindo" e complementa mais à frente onde "aquele que inova, estimula o crescimento econômico e recebe, como recompensa, o lucro" e registra que isso é uma característica de poucos, pois "existem empresários inovadores, capazes de prever as potencialidades das mudanças em curso, enquanto outros limitam-se a imitar os procedimentos dos primeiros".

Assim, entendemos que, seguindo o entendimento da Lei de Moore[33], onde a capacidade de processamento de computadores dobra a cada 18 meses, aquilo, fruto

[31] CHINEN, Akira. **Know-how e propriedade industrial: Encarte Especial Código de Propriedade Industrial.** Texto, na integra, da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, acompanhado de índices sistemático e alfabético. São Paulo: Oliveira Mendes e Livraria del Rey, 1997. 196 p.

[32] CHINEN, Akira. **Know-how e propriedade industrial: Encarte Especial Código de Propriedade Industrial.** Texto, na integra, da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, acompanhado de índices sistemático e alfabético. São Paulo: Oliveira Mendes e Livraria del Rey, 1997. 196 p

[33] MOORE, Gordon E.. **Cramming more components onto integrated circuits: With unit cost falling as the number of components per circuit rises, by 1975 economics may dictate squeezing as many as 65,000 components on a single silicon chip**. 1965. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20080218224945/http://download.intel.com/museum/Moores_Law/Articles-Press_Releases/Gordon_Moore_1965_Article.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018

de atividade inventiva, que não era protegido por legislação especifica, passará a ser, ou não, da mesma forma os crimes correlatos.

4 ATIVIDADE INVENTIVA E SEU IMPACTO NA SOCIEDADE – EXEMPLOS BRASILEIROS

Contextualizando o tema da propriedade intelectual como um todo ao cotidiano, dois fatos contemporâneos a este trabalho que mostram o impacto da atividade inventiva na sociedade, quais sejam:

4.1 BINA – "B" identifica "A"

A tecnologia empregada nas telecomunicações trouxe à possibilidade de identificar o número originador de chamadas telefônicas, desenvolvida pelo brasileiro Nélio José Nicolai, quando, como funcionário da Telebrasília – Operadora local do sistema Telebrás, ao final da década de 1970, buscava uma solução para identificar a origem de chamadas indevidas, comumente conhecidas como trotes.

A solução, hoje existente em praticamente todos os equipamentos de telecomunicações do planeta, gerou a possibilidade de tornar o inventor um dos homens mais ricos do mundo se obtivesse todos os *royalties* a que teria direito[34].

4.2 Ladell de Moura

Retrocedendo mais no tempo temos também as patentes 771.917[35]; 775.337[36] e 775.846[37] do Departamento Norte-americano de Marcas e Patentes,

[34] CORREIO BRAZILIENSE (Brasília) (Ed.). Inventor do Bina, o engenheiro Nélio Nicolai, morre aos 77 anos: Nélio José Nicolai passou 35 anos lutando na Justiça para receber royalties da tecnologia que identifica o número de origem de uma ligação telefônica. 2017. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/10/12/interna_cidadesdf,633319/inventor-do-bina-o-engenheiro-nelio-nicolai-morre-aos-77-anos-no-df.shtml>. Acesso em: 12 maio 2018.

[35] UNITED STATES PATENT OFFICE (Estados Unidos da América). Roberto Landell de de Moura, WAWE-TRANSMITTER. US nº 771917, 9 fev. 1903, 11 nov. 1904. Google Patents, 1904. Disponível em: <https://patentimages.storage.googleapis.com/5f/3d/34/fe1bb363ac4ef0/US771917.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[36] UNITED STATES PATENT OFFICE (Estados Unidos da América). **Roberto Landell de Moura. WIRELESS TELEPHONE. US nº 775.337, 4 nov. 1901**, 22 nov. 1904. Disponível em:

onde o brasileiro Roberto Landell de Moura registra inventos na área de telecomunicações (Telefone sem fio, Transmissor de Ondas e Telégrafo sem Fio), abrindo-lhe a possibilidade de comercialização das mesmas naquele mercado, mas que por opção pessoal entendeu que deveria trazê-las para o Brasil, onde o governo federal não deu-lhe o devido reconhecimento, conforme aborda Akira Chinem, em seu livro *Know-how e Propriedade Industrial*[38].

5 ANÁLISE DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

Conforme apresentado no início deste trabalho, a análise da forma como os tribunais brasileiros lidam com demandas correlatas à atividade inventiva, quando exercida por aqueles que não são contratados para esta finalidade, se dará nos Estados brasileiros onde o segmento industrial tem forte peso na economia e para tanto tomamos como fonte o relatório do Perfil das Industrias nos Estados, elaborado pela Confederação Nacional da Industria - CNI, para o ano de 2014[39], conforme tabelas a seguir:

<https://patentimages.storage.googleapis.com/5c/b8/65/4152490a7a0805/US775337.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[37] UNITED STATES PATENT OFFICE (Estados Unidos da América). **Roberto Landell de Moura. WIRELESS TELEPHONE. US nº 775.846, 16 jan. 1902**, 22 nov. 1904. Disponível em: <https://patentimages.storage.googleapis.com/b1/28/83/d8c7d670a678bf/US775846.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

[38] CHINEN, Akira. **Know-how e propriedade industrial: Encarte Especial Código de Propriedade Industrial.** Texto, na integra, da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, acompanhado de índices sistemático e alfabético. São Paulo: Oliveira Mendes e Livraria del Rey, 1997. 196 p.

[39] CNI – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDðSTRIA (Brasil). Gerência-executiva de Pesquisa e Competitividade - Gpc. **PERFIL DA INDÚSTRIA NOS ESTADOS 2014.** Brasilia: Cni, 2014. 214 p. Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/cni_estatistica_2/2014/11/06/166/Perfil_da_Iundustria_nos_Estados_Novembro2014.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2018.

Quadro 1 – PIB Industrial - Brasil

PIB industrial em milhões R$ (2011)	4.143.013
Número de estabelecimentos industriais (2013)	519.624
Número de trabalhadores da indústria (2013)	1.300.043

Fonte: O autor

Os dados do estudo CNI são reforçados com o *Novo mapa do emprego industrial no Brasil: mesorregiões geográficas relevantes*[40], de Bragueto e Marques, com dados até 2015, extraídos do Ministério do Trabalho e Emprego - RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), que apresenta os vínculos empregatícios formais dos setores econômicos, onde demonstram com mapas o contexto que tínhamos em 1995 , quando o país possuía 09 bolsões onde as pessoas tinham seus empregos mais voltados para a atividade industrial e 20 anos depois, em 2015 o país apresenta um salto para 23 bolsões onde as pessoas tinham seus empregos mais voltados para a atividade industrial.

[40]BRAGUETO, Claudio Roberto; MARQUES, Ana Carolina dos Santos. **Novo mapa do emprego industrial no Brasil: mesorregiões geográficas relevantes**. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/geografia/article/download/30063/21241>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Quadro 2 - Distribuição do emprego na indústria brasileira nos anos de 1995 e 2015

	1995		2015	
	Local	População na Industria	Local	População na Industria
1	Vale do Itajai – SC	101.769	Triangulo Mineiro e Alto Paranaíba – MG	101.384
2	Norte Catarinense - SC	105.841	São José do R. Preto – SP	101.611
3	R. Metro. Curitiba - PR	121.128	R. Metro. Salvador – BA	108.470
4	Macro. Reg. Paulista - SP	154.300	Centro Amazonense – AM	108.740
5	Campinas – SP	213.849	R. Metro. Recife – PE	113.042
6	R. Metro. Belo Horizonte –MG	217.507	Vale de Paraíba Paulista – SP	123.506
7	R. Metro. Porto Alegre – RS	265.171	Oeste Catarinense – SC	126.554
8	R. Metro. Rio de Janeiro – RJ	310.569	Sul e Sudeste de Minas – MG	138.054
9	R. Metro. São Paulo – SP	1.216.912	Centro Goiano - GO	148.056
10			Piracicaba – SP	150.016
11			Norte central paranaense - PR	151.660

12			Nordeste Rio-Grandense - RG	155.354
13			R. Metro Fortaleza – CE	160.345
14			Norte Catarinense - SC	164.521
15			Ribeirão Preto – SP	167.541
16			Vale do Itajaí – SC	202.123
17			R. Metro. Curitiba - PR	207.895
18			Macro. Reg. Paulista - SP	249.391
19			R. Metro. Belo Horizonte –MG	300.698
20			R. Metro. Porto Alegre – RS	305.104
21			R. Metro. Rio de Janeiro – RJ	315.144
22			Campinas – SP	328.509
23			R. Metro. São Paulo – SP	1.038.876

Fonte MTE - RAIS

Quanto à pesquisa jurisprudencial, será adotada a *Metodologia de Análises de Decisões – MAD*[41] de Freitas Filho e Lima, que busca uma forma de compilação de informações correlacionadas as decisões jurídicas dos mais diversos tipos de assuntos, de maneira tal que seja possível a "formulação de um protocolo com o qual

[41] FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões - MAD**. 2010. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/1206/1149>. Acesso em: 20 ago. 2018.

o pesquisador poderá trabalhar para chegar a resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis."

Para realização da MAD tem-se como premissa a Pesquisa Exploratória, que é tem-se neste trabalho com a bibliografia já explicitada anteriormente, o Recorte Objetivo, quando determinamos a questão-problema acerca da atividade inventiva nas relações de trabalho privado, quando exercida por aqueles que não tem por este objeto seu contrato de trabalho, o Recorte Institucional, quando mapeamos os Tribunais nos quais faremos a análise das decisões proferidas na solução de demandas correlacionadas à questão-problema deste trabalho, para formação de um banco de dados do qual poderemos traçar a tendência adotada por cada tribunal.

Acerca do arcabouço normativo que rege a matéria tratada neste trabalho, temos o artigo 454 da Consolidação das Leis do Trabalho e o §2º do artigo 6° e do artigo 91 da lei 9279/96 que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

> DECRETO-LEI n.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943
>
> Art. 454 - Na vigência do contrato de trabalho, as invenções do empregado, quando decorrentes de sua contribuição pessoal e da instalação ou equipamento fornecidos pelo empregador, serão de propriedade comum, em partes iguais, salvo se o contrato de trabalho tiver por objeto, implícita ou explicitamente, pesquisa científica.
>
> Parágrafo único. Ao empregador caberá a exploração do invento, ficando obrigado a promovê-la no prazo de um ano da data da concessão da patente, sob pena de reverter em favor do empregado da plena propriedade desse invento. [42]
>
> LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996.
>
> Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.
>
> § 2º A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por

[42] BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 14 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, DF, 1 maio 1943. (Grifo Nosso)

> aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade.
>
> Art. 91. A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.
>
> § 2º É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.[43]

Como a matéria do presente trabalho é assunto notadamente de direito privado, infere-se que é discutida em juízos de primeiro grau e possível de serem reformadas apenas por juízos de segundo graus, logo pesquisa se restringe aos Tribunais de Justiça dos Estados apresentados acima, para demandas provenientes de relação de emprego na iniciativa privada.

Desta forma, mapeado aonde será pesquisado o tema deste trabalho, quando analisado pelo judiciário brasileiro, bem como definido o anteparo jurídico que fomentaria a causa de pedir, seguem os principais pontos encontrados.

O Acórdão 2012.088331-5 do TJ-SC demonstra o conceito basilar da causa de pedir quando se trata de propriedade intelectual, onde para obtenção da proteção estatal é necessário que o invento seja devidamente patenteado pela Autarquia Federal com tal atributo

> A proteção ao direito de propriedade sobre bens intelectuais, dos quais o invento se inclui, tem por desiderato estimular o desenvolvimento humano e o aperfeiçoamento da tecnologia, razão de ser da garantia legal e da proteção do Estado ao seu criador de utilizar-se, com exclusividade e por período determinado, dos lucros da exploração comercial da invenção. Logo, como corolário, uma vez demonstrado que uma terceira pessoa se utiliza de um invento patenteado, mostra-se legítima a pretensão de ver assegurado o direito do seu uso exclusivo,

[43] BRASIL. **Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

> pois ele compõe ou representa o produto desenvolvido e comercializado.[44]

Na decisão referente ao recurso ordinário 00139-2012-129-03-00-9 do TRT 3 – MG as invenções dos empregados é bem classificada na ementa, quando tem-se a classificação das mesmas em invenções de serviço, livres e causais.

> O tema alusivo às invenções dos empregados é disciplinado pela Lei 9.279/1996, que dispensa tratamento específico para as invenções de serviço, livres e casuais. As primeiras (invenções de serviço) constituem objeto do contrato de trabalho e resultam do trabalho executado pelo empregado contratado com o fim de estudar e criar, percebendo retribuição restrita ao salário, salvo ajuste contrário, consoante artigo 88, § 1º, da citada Lei 9.279/1996. Nesse caso, a atividade criativa pertence ao empregado, mas o empregador detém os frutos do invento porque arcou com os riscos econômicos e financeiros necessários à invenção. A invenção livre, por sua vez, resulta de criação desvinculada do contrato de trabalho, sem uso de recursos, materiais e instalações da empresa e pertence exclusivamente ao empregado (artigo 90 da Lei 9.279/96). As invenções casuais resultam da contribuição pessoal do empregado com uso de recursos do empregador e constituem propriedade comum, em partes iguais, salvo expressa disposição contratual em contrário, consoante o artigo 91 da Lei 9.279/96, cujo § 2º assegura ao empregador o direito exclusivo de exploração e ao empregado a justa remuneração. [45]

O Tribunal Regional do Trabalho Paulista, em acordão, ao analisar o recurso ordinário do processo 0001873-93.2010.5.02.0037[46], demonstra o princípio basilar deste trabalho, quando demonstra a aplicabilidade do dispositivo legal, quando sentencia "A atividade intelectual extrapolou a função para a qual o trabalhador foi contratado, razão pela qual o salário não remunerou a inovação industrial."

---

[44] BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Acordão nº 2012.088331-5**. Relator: Des. Subst. Altamiro de Oliveira. Florianópolis, SC, 4 de novembro de 2014. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25312883/apelacao-civel-ac-20120883315-sc-2012088331-5-acordao-tjsc/inteiro-teor-25312884?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 ago. 2018.

[45] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região- Primeira Turma. **Recurso Ordinário nº 00139-2012-129-03-00-9**. Relator: Desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon. Belo Horizonte, MG, 23 de abril de 2014.

[46] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região – Décima Sétima Turma. **Recurso Ordinário nº 0001873-93.2010.5.02.0037**. Magistrados da 17ª Turma. São Paulo. SP, 04 de maio de 2016.

O mesmo Tribunal apresenta, ao analisar o recurso ordinário 00187-2010-089-03-00-0 apresenta entendimento firmado acerca da cessão de direitos a título gratuito por parte do empregado para com o empregador como "Nada mais razoável do que conceder a indenização ao reclamante, uma vez que não é lógico haver uma cessão de direitos a título gratuito, onde figuram como partes, um empregado, e a empresa para qual este trabalha, sendo que o primeiro está sob o poder disciplinar da última."[47]

Tratando do tema, mas com ênfase no contrato de trabalho, o Tribunal mineiro, analisando o recurso ordinário 00308-2013-075-03-00-4 mostra a necessidade da correta interpretação dos fatos, quando conceitua o princípio da prevalência da realidade sobre a forma "Com relação à inserção da cláusula como acréscimo da tarefa no contrato de trabalho, destaca-se que este se rege, dentre outros, pelo princípio da prevalência da realidade sobre a forma. " e aprofunda mais quando ressalta ..."que tal princípio, tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva que deve permear a prática cotidiana do contrato de trabalho, a primazia da realidade contratual deve ser aplicada a ambas as partes contraentes"[48].

O Recurso Ordinário 0010515-27.2015.5.03.0110[49] do TJ –MG explora bem que há dois contextos distintos a serem considerado na interpretação dos fatos, onde sim, há a copropriedade do invento quando, protegido pelo Estado nos moldes do art. 91 da lei 9.279/96, mas mesmo assim se a formalidade não for cumprida, há que se considerar o caso em concreto para mensurar os ganhos reais obtidos com a atividade inventiva, quando realizado por empregado que não tenha a atividade inventiva com objeto de seu contrato de trabalho.

[47] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª região - Segunda Turma. Invento Industrial. Indenização ao Empregado. nº 00187-2010-089-03-00-0. Belo Horizonte, MG, 13 de abril de 2012. Decisão.

[48] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região - Oitava Turma. Direitos Autorais. Obra Produzida em Decorrência de Inserção de Cláusula Contratual Informal. Ausência de Direito a Indenização. **Acórdão nº 00308-2013-075-03-00-4.** Relator: Desembargadora Relatora ANA MARIA AMORIM REBOUÇAS. Belo Horizonte, MG, 24 de fevereiro de 2016. Acordão

[49] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região - Sétima Turma. Invenção/modelo de utilidade. Ganhos funcionais de segurança e operação de equipamento decorrente de atividade inventiva do trabalhador. Justa remuneração devida. **Acórdão nº 0010515-27.2015.5.03.0110**. Relator: Desembargador Convocado Cleber Lúcio de Almeida. Belo Horizonte, MG 11 de agosto de 2016.

O TRT2, ao analisar o 0002372-59.2012.5.02.0085[50], apresenta a necessidade de consideração do porte econômico do reclamado para fixação daquilo a ser considerado como forma de fixação da justa remuneração prevista no Art. 91 da Lei 9.279/96, baseada na decisão do TST para o Recurso de Revista 749341-33.2001.5.03.5555

6 CONCLUSÃO

Infere-se do presente estudo que a exposição ao risco decorrente da relação de trabalho, quando a atividade inventiva é exercida por quem não tem Pesquisa e Desenvolvimento com atividade fim de seu contrato de trabalho, decorre em grande parte do desconhecimento da matéria regida pela Lei de Propriedade Industrial.

A justa remuneração pelo ganho auferido da atividade inventiva, quando realizada por aquele que não é contratado para tal finalidade, deve ser previsto como custos das práticas modernas de gestão empresarial, como por exemplo, a ferramenta *Kaizen* que busca a melhoria contínua, aplicável a inúmeras áreas dos negócios, como bem explorado nos Recursos Ordinários 00322-2013-039-03-00-4[51] e 00720-2011-089-03-00-5[52] do TRT – MG, uma vez que o TRT 18ª Região, ao prolatar o acordão do processo 0198600-24.2008.5.18.0013[53], demonstra que, quando devidamente fundamenta a matéria não tem muita margem para discussão, restando apenas a definição do *quantum debeatur* com base na causa de pedir.

[50] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região – Octogésima quinta Turma. **Recurso Ordinário nº 0002372-59.2012.5.02.0085**. Juiz Substituto Frederico Monacci Cerutti. São Paulo.

[51] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região - Quarta Turma. Modelo de Utilidade - Art. 91 da Lei Nº 9.279/96 - Justa Remuneração. **Acórdão nº 00322-2013-039-03-00-4**. Relator: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho. Belo Horizonte, MG de março de 2017.

[52] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região - Nona Turma. Invento Industrial. Indenização ao empregado. **Acórdão nº 00322-2013-039-03-00-4**. Relatora: Mônica Sette Lopes. Belo Horizonte, MG 12 de novembro de 2013.

[53] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 18ª região- 13ª Vara do Trabalho de Goiânia. INVENTO. PARTICIPAÇÃO DE EMPREGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. **Acórdão nº 0198600-24.2008.5.18.0013**. Juiz Relator: PAULO CANAGÉ DE FREITAS ANDRADE. Goiânia, 30 de setembro de 2010.

A atividade inventiva é algo que não deve ser visto como um mal necessário aos negócios e sim como um diferencial competitivo, onde inclusive, aquele que tem esta percepção obtém incentivo do Estado, amparado pela Lei 11.196/2005 – Lei do Bem, logo, uma boa gestão dos recursos humanos permite a mitigação deste risco, considerando a justa remuneração aquele que contribui com soluções mesmo não tendo como atividade de Pesquisa e Desenvolvimento com objeto de seu contrato de trabalho, pois como bem apresentado pelo TRT2, com amparo em acordão do TST, cujo a relatora era a Ministra Rosa Maria Weber, bem fundamenta:

> Na hipótese, todavia, não se cogita de oposição de direito real contra terceiro, e sim da necessária observância, em que pese sobreposta a relação de copropriedade, da ordem sinalagmática que caracteriza a relação de trabalho, esta obrigacional, a autorizar a manutenção da condenação, na medida em que não se pode supor que a ordem jurídica estabelecida, ancorada no princípio da equidade, permita que o empregador se beneficie gratuitamente do fruto do trabalho intelectual realizado pelo empregado, e não compreendido na contraprestação pactuada, auferindo lucro para si, sem lhe assegurar retribuição. Interpretação teleológica do Capítulo XIV da Lei 9.279/1996, que disciplina a invenção e o modelo de utilidade realizados por empregado ou prestador de serviço, especialmente o seu art. 91, § 2º.[54]

REFERENCIAS

ABRAHAMLINCOLN.ORG (New York). The Gilder Lehrman Institute Of American History And The Lehrman Institute (Org.). Documents. Disponível em: <http://abrahamlincoln.org/features/documents/>. Acesso em: 28 maio 2018.

AMSTERDAM. GEMEENTE AMSTERDAM. (Ed.). De geschiedenis van Amsterdam. Disponível em: <https://www.amsterdam.nl/toerisme-vrije-tijd/over-amsterdam/geschiedenis/>. Acesso em: 12 maio 2018.

BARBOSA, Denis Borges. Ensaios e estudos de Propriedade Intelectual 2014-2015: Volume III Direito da Inovação Direito internacional e capital estrangeiro Questões

[54] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª região- 4ª Turma. INVENÇÃO OU MODELO DE UTILIDADE CASUALMENTE DESENVOLVIDO PELO EMPREGADO. DIREITO À JUSTA REMUNERAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DO REGISTRO DA PATENTE. **Acórdão nº 00012857220135020040** Desembargador Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS. São Paulo,20 de março de 2018.

gerais de propriedade intelectual. Disponível em: <http://www.nbb.com.br/pub/denis/ensaios_estudos_pi_inovacao_internacional_capital.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

BARBOSA, Denis Borges. Patente como modelo de aperfeiçoamento em inovação. 2010. Disponível em: <http://www.nbb.com.br/pub/denis/patente_modelo_aperfeicoamento_inovacao.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

BARBOSA, Denis Borges. Valor indenizável das violações da Propriedade Intelectual. 2010. Disponível em: <http://www.nbb.com.br/pub/denis/valor_indenizavel.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018

BETTINI, Lúcia Helena Polletti (Org.). Gestão da Propriedade Intelectual. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015. 170 p. Disponível em: <http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788543017020/pages>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRAGUETO, Claudio Roberto; MARQUES, Ana Carolina dos Santos. Novo mapa do emprego industrial no Brasil: mesorregiões geográficas relevantes. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/geografia/article/download/30063/21241>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição, de 23 de março de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Constituição Politica do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824): Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Rio de Janeiro, RJ, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Decreto nº 47, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. Decreto Nº 847, de 11 de Outubro de 1890. Sala das sessões do Governo Provisorio, 11 out. 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 15 maio 2018

BRASIL. DECRETO No 75.699, DE 6 DE MAIO DE 1975.: Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 14 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, DF, 1 maio 1943.

BRASIL. Inpi. Espaço de Comunicação. Patentes História e Futuro. Coordenação: Wilson Thimóteo Júnior. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/patente_historia_e_futuro.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018 – p.9

BRASIL. Lei nº 11 de agosto de 1827, de 2 de março de 1825. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Lei de 11 de Agosto de 1827. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM.-11-08-1827.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 16, de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal. Lei de 16 de Dezembro de 1830. Rio de Janeiro, RJ, 8 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Rádio Senado Fm. O renascimento europeu, o início da escravidão e a ocupação do Brasil através das capitanias hereditárias [gravação de som]. 2000. Série: (Brasil 500 anos). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/96031>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2012.088331-5. Relator: Des. Subst. Altamiro de Oliveira. Florianópolis, SC, 4 de novembro de 2014. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25312883/apelacao-civel-ac-20120883315-sc-2012088331-5-acordao-tjsc/inteiro-teor-25312884?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 18ª região- 13ª Vara do Trabalho de Goiânia. INVENTO. PARTICIPAÇÃO DE EMPREGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. Acórdão nº 0198600-24.2008.5.18.0013. Juiz Relator: PAULO CANAGÉ DE FREITAS ANDRADE. Goiânia, 30 de set. de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região – Décima Sétima Turma. Recurso Ordinário nº 0001873-93.2010.5.02.0037. Magistrados da 17ª Turma. São Paulo. SP, 04 de maio de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região – Octogésima quinta Turma. Recurso Ordinário nº 0002372-59.2012.5.02.0085. Juiz Substituto Frederico Monacci Cerutti. São Paulo.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª região- 4ª Turma. INVENÇÃO OU MODELO DE UTILIDADE CASUALMENTE DESENVOLVIDO PELO EMPREGADO. DIREITO À JUSTA REMUNERAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DO REGISTRO DA PATENTE. Acórdão nº 00012857220135020040 Desembargador Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS. São Paulo,20 de mar. de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região - Nona Turma. Invento Industrial. Indenização ao empregado. Acórdão nº 00322-2013-039-03-00-4. Relatora: Mônica Sette Lopes. Belo Horizonte, MG 12 de nov. de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região - Oitava Turma. Direitos Autorais. Obra Produzida em Decorrência de Inserção de Cláusula Contratual Informal. Ausência de Direito a Indenização. Acórdão nº 00308-2013-075-03-00-4. Relator: Desembargadora Relatora ANA MARIA AMORIM REBOUÇAS. Belo Horizonte, MG, 24 de fev. de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região - Quarta Turma. Modelo de Utilidade - Art. 91 da Lei Nº 9.279/96 - Justa Remuneração. Acórdão nº 00322-2013-039-03-00-4. Relator: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho. Belo Horizonte, MG de mar. de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª região - Segunda Turma. Invento Industrial. Indenização ao Empregado. Acórdão nº 00187-2010-089-03-00-0. Belo Horizonte, MG, 13 de abr. de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região - Sétima Turma. Invenção/modelo de utilidade. Ganhos funcionais de segurança e operação de equipamento decorrente de atividade inventiva do trabalhador. Justa remuneração devida. Acórdão nº 0010515-27.2015.5.03.0110. Relator: Desembargador Convocado Cleber Lúcio de Almeida. Belo Horizonte, MG 11 de ago. de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região- Primeira Turma. Recurso Ordinário nº 00139-2012-129-03-00-9. Relator: Desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon. Belo Horizonte, MG, 23 de abr. de 2014.

CANO, Nuria A. Orellana. Problemas de valoracion de daños y perjuicios en los procedimientos sobre propriedad instrustrial; especial referencia a la valoracíon de la marca. Disponível em:

<http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/ponen/sem_jueces_05/Modulos/Mod3MarIII_03.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado de Propriedade Industrial. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. 2 v. Revista e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto.

CHINEN, Akira. Know-how e propriedade industrial: Encarte Especial Código de Propriedade Industrial. Texto, na integra, da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, acompanhado de índices sistemático e alfabético. São Paulo: Oliveira Mendes e Livraria del Rey, 1997. 196 p.

CIOLEK, Dr T. Matthew. Old World Trade Routes (OWTRAD) Project. 1999. Disponível em: <http://www.ciolek.com/owtrad.html>. Acesso em: 12 maio 2018

CNI – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDðSTRIA (Brasil). Gerência-executiva de Pesquisa e Competitividade - Gpc. PERFIL DA INDÚSTRIA NOS ESTADOS 2014. Brasilia: Cni, 2014. 214 p. Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/cni_estatistica_2/2014/11/06/166/Perfil_da_Iundustria_nos_Estados_Novembro2014.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2018.

CORREIO BRAZILIENSE (Brasília) (Ed.). Inventor do Bina, o engenheiro Nélio Nicolai, morre aos 77 anos: Nélio José Nicolai passou 35 anos lutando na Justiça para receber royalties da tecnologia que identifica o número de origem de uma ligação telefônica. 2017. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/10/12/interna_cidadesdf,633319/inventor-do-bina-o-engenheiro-nelio-nicolai-morre-aos-77-anos-no-df.shtml>. Acesso em: 12 maio 2018.

DORÉ, Andréa. Diplomacia e relações comerciais entre o Oriente e o Ocidente: duas experiências do século XIII. Revista Tempo, Niteroi, n. 10, p.1-22, maio 2000. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=167018242008>. Acesso em: 15 maio 2018.

EUA. Constituição (1787). Constituição nº 1, de 17 de julho de 1787. Filadelfia, PENSILVANIA, Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. 2010. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/1206/1149>. Acesso em: 20 ago. 2018.

GARIN, Eugenio. Ciência e vida civil no renascimento italiano. São Paulo: Editora Unesp, 1994. 203 p. Tradução de Cecília Prada. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=jn2yVlm0H-sC&oi=fnd&pg=PA7&dq=renascimento+italiano&ots=-Cu5ByToYa&sig=tg-QOguSwCpWREH-ZM93d7wHhV0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 12 set. 2018.

GOMES, Fátima Rocha. A Bolsa de Valores brasileira como fonte de informações financeiras: Apresenta a origem e um breve histórico das bolsas de valores em âmbito internacional. 1997. Fátima Rocha Gomes. Disponível em: <http://www.brapci.inf.br/_repositorio/2010/11/pdf_cc26aefd14_0012633.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018. P.190

GUINNESS WORLD RECORDS (Estados Unidos). First recorded English patent. Disponível em: <http://www.guinnessworldrecords.com/world-records/first-recorded-english-patent>. Acesso em: 12 maio 2018.

MOORE, Gordon E. Cramming more components onto integrated circuits: With unit cost falling as the number of components per circuit rises, by 1975 economics may dictate squeezing as many as 65,000 components on a single silicon chip. 1965. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20080218224945/http://download.intel.com/museum/Moores_Law/Articles-Press_Releases/Gordon_Moore_1965_Article.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018

NOVAK, Michael. O fogo da invenção, o combustível do interesse: Sobre a propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998. 52 p.

O ESTADO DE SÃO PAULO (São Paulo). Estudo associa mudanças climáticas à peste que matou 50 milhões na Idade Média: Série de erupções vulcânicas teria reduzido a incidência de luz solar por vários anos, no século 6 d.C., deixando a população suscetível a doenças e agravando as consequências da Praga de Justiniano. 2018. Fábio de Castro. Disponível em: <http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,estudo-associa-mudancas-climaticas-a-peste-que-matou-50-milhoes-na-idade-media,70002304721>. Acesso em: 12 maio 2018.

PORTO ALEGRE. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Núcleo de Apoio Pedagógico à Educação a Distância. ARTE ENTRE OS SÉCULOS XIV e XVIII: Fillippo BRUNELLESCHI. Núcleo de Apoio Pedagógico à Educação a Distância. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/napead/repositorio/objetos/historia-arte/idmod.php?p=brunelleschi>. Acesso em: 12 maio 2018.

SOARES, José Carlos Tinoco. Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos: Lei 9.279 - 14.05.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SOARES, José Carlos Tinoco. Processo civil nos crimes contra a propriedade industrial. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira Ltda, 1998. 307 p.

UNITED STATES PATENT OFFICE (Estados Unidos da América). Roberto Landell de de Moura, WAWE-TRANSMITTER. US nº 771917, 9 fev. 1903, 11 nov. 1904. Google Patents, 1904. Disponível em: <https://patentimages.storage.googleapis.com/5f/3d/34/fe1bb363ac4ef0/US771917.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

UNITED STATES PATENT OFFICE (Estados Unidos da América). Roberto Landell de Moura. WIRELESS TELEPHONE. US nº 775.337, 4 nov. 1901, 22 nov. 1904. Disponível em: <https://patentimages.storage.googleapis.com/5c/b8/65/4152490a7a0805/US775337.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

UNITED STATES PATENT OFFICE (Estados Unidos da América). Roberto Landell de Moura. WIRELESS TELEPHONE. US nº 775.846, 16 jan. 1902, 22 nov. 1904. Disponível em: <https://patentimages.storage.googleapis.com/b1/28/83/d8c7d670a678bf/US775846.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de copyright. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html>. Acesso em: 12 maio 2018.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.1

Outros Direitos

UNICEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE USUÁRIOS DE CRACK: EFICÁCIA, LEGALIDADE E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Ana Júlia Ramos Rezende

RESUMO

Diante do excessivo aumento do número de usuários de *crack* no Brasil a partir da década de 80, principalmente nas grandes cidades, o Estado teve de certa forma, que se organizar para tratar do assunto que já é designado como sendo de saúde pública. O *crack* tem se tornado algoz de números cada vez mais altos de indivíduos, independente de classe social, raça, aspectos físicos ou idade. Por se tratar de assunto extremamente em voga, visto a repercussão pelos meios de comunicação variados, este trabalho tem como objetivo relatar aspectos importantes acerca da internação compulsória dos usuários de *crack*, tratando, sobretudo, da implicação quando da sua utilização aos direitos constitucionais e garantias individuais, principalmente no que tange à liberdade *versus* saúde do internado, além de uma discussão aprofundada no campo jurídico, social e psicológico sobre a efetividade desse tipo de tratamento. O primeiro capítulo se trata de um breve relato histórico acerca da drogadição no Brasil. O segundo capítulo apresenta e conceitua a internação compulsória, suas implicações e a eficácia da medida e por último, no terceiro capítulo, há uma análise entre os possíveis direitos fundamentais resguardados ou infringidos por tal medida.

Palavras-chave: Internação Compulsória. Drogadição. Garantias individuais. Eficácia.

ABSTRACT

Given the excessive increase in the number of users of *crack* in brazil from the 80's, especially in large cities, the had state one way, which organize treat do subject it is designated as being of public health. The *crack* has become executioner numbers increasingly high independent individuals of social class, race, physical aspects ou age. Because it is extremely subject in vogue since the rebound by various media, this study aims to report aspects important about compulsory

hospitalization of *crack* users, case, overcoat, the implication of the use while his to constitutional rights and guarantees individuals, especially in the respect to freedom against health hospital, besides a discussion not legal field depth, social and psychological about the effectiveness of this type of treatment. The first chapter this is hum brief historical account of drug addiction about in brazil. The second chapter presents and defines the compulsory hospitalization, its implications ea efficacy measure finally, there is no third chapter an analysis of the possible fundamentals rights guarded or infringed such measure.

Keywords: Compulsory hospitalization. Drug addiction. Earmarking. Effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa, teve sua escolha motivada pela sua atualidade e complexidade, vez que se trata de assunto que requer um *link* entre o âmbito jurídico e a área da psicologia, políticas públicas e saúde.

A internação compulsória, muito falada, mas pouco estudada foi usada, muitas vezes como uma forma de camuflar e isolar alguns indivíduos do convívio social, já que estes eram considerados obstáculos para pretensões econômicas, políticas, e principalmente sociais.

Diante do excessivo aumento do número de usuários de *crack* no Brasil, principalmente nas grandes cidades, o Estado teve de certa forma, que se organizar para tratar do assunto que já é designado como sendo de saúde pública, vez que notadamente é algo que interfere diretamente na saúde dos usuários viciados em tais narcóticos, que por vezes não tem o mínimo controle sobre suas ações oriundas da drogadição.

Por se tratar de assunto extremamente em voga, visto a repercussão pelos meios de comunicação variados, esta pesquisa tem como objetivo analisar a legalidade da internação compulsória de usuários de drogas com foco principalmente nos usuários de *crack* e a implicação quanto aos direitos individuais do internado, sua interferência ou garantia.

Nesta pesquisa, além do estudo detalhado da infração dos direitos individuais dos internados por método compulsório, será analisada a eficácia de tal forma de tratamento imposta como possível solução para o problema.

É clara a necessidade de uma pesquisa aprofundada sobre o tema que se apresenta de forma tão controversa e pouco discutida, já que a possível legalidade para o procedimento da internação compulsória está inserida na lei 10.216 de 06 de abril de 2001, que "Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental", e é aplicada analogicamente aos usuários viciados em droga.

O Direito deve, sobretudo, ser ferramenta de estudo da formação dos indivíduos a que assegurará direitos: o lado sociológico, as mudanças de paradigmas da sociedade, a adaptação de antigos comandos à novas infrações.

Outro motivo para que se entenda este tema de pesquisa da monografia como algo a ser profundamente discutido, é porque cabe a discussão sobre a possível afronta a direitos individuais e indisponíveis daqueles a que se aplicarão a medida da internação compulsória como método de resolução do problema, sem que seja garantido, entretanto, ao indivíduo, o direito à saúde preconizado por tal medida.

Pode-se assegurar o entendimento acima, vez que através dos estudos na área, entendeu-se que os índices de cura através de tal procedimento são ínfimos.

Dessa forma, este trabalho busca expor de forma mais clara e acessível as nuances da internação compulsória de usuários de *crack*, abordando os fatores históricos, legais e sociais.

O tema que foi desenvolvido a partir de um exercício de pesquisa bibliográfica, doutrinária e com atenção à legislação que trata do assunto.

Dentre as discussões trazidas à tona, ressalta-se a aplicação da lei 10.216/2001 por analogia aos usuários de *crack* e drogas em geral e suas implicações, como dito anteriormente.

Além disso busca-se destacar a real efetividade da internação compulsória e o método como hoje, é realizada no país, verificando se atende ou não de forma benéfica as demandas que lhe são apresentadas.

Buscando atender esses pontos, esta pesquisa buscará enfrentar e desenvolver diversos problemas no âmbito da internação compulsória dos usuários de *crack*, com enfoque nos seguintes questionamentos: O que é a internação compulsória e quando deve ser utilizada? A internação compulsória de usuários de *crack* garante ou infringe os direitos fundamentais? Como ela se desenvolve hoje no país aos usuários de *crack*? Qual a sua efetividade segundo os padrões que têm seguido? Qual a implicação da utilização por analogia da lei 10.260/2001 cujo foco são os portadores de transtorno mental na internação compulsória de usuários de *crack*?

Assim sendo, o objetivo geral deste trabalho é discutir sobre pontos relevantes acerca da internação compulsória de usuários de drogas ilícitas, sobretudo os usuários de crack, tais como a eficiência prática real desse tipo de tratamento e o enfrentamento de duas garantias individuais e constitucionais quais sejam liberdade versus saúde.

De forma centralizada, este trabalho visa analisar o panorama da chegada do *crack* ao Brasil e as mudanças sociais ocasionadas pela droga; investigar a sistemática e funcionamento da internação por meio compulsório e aferir a eficiência ou falta de eficiência desse tipo de internação, visando por fim se a medida assegura a garantia individual à saúde ainda que se prive a liberdade do internado.

Justifica-se a realização desta pesquisa por se tratar de um tema bastante popular e extremamente em voga no atual panorama da drogadição no Brasil. Há tempos os usuários de *crack* tem sido alvo de investigação e de medidas saneadoras que visem higienizar as cidades a qualquer custo, contudo sem a profundidade necessária.

Embora o tema seja atual, e já elencados os pontos de urgência anteriormente, cumpre ressaltar que ainda existe pouca literatura jurídica acerca do tema.

Ou seja, o tema urge em ser debatido, analisando as implicações da internação compulsória como saída para o problema social e garantindo os direitos mais básicos dos usuários de drogas.

Analisar a internação compulsória com foco nos usuários de *crack*, contribui de forma direta para a melhorias de aspectos sociais nas cidades e sobretudo nos locais de aglomeração de usuários – as chamadas cracolândias.

Conforme descreve PÁDUA (2007) o conceito de pesquisa se traduz em um trabalho que tem por finalidade a resolução de um determinado problema traçado, buscando informações que darão aporte técnico e conhecimento de determinada situação.

Dessa forma, a pesquisa tem a finalidade de encontrar soluções que possam transformar a realidade[1]. Assim sendo, discutir sobre o tema e suas implicações tanto no aspecto jurídico quanto no aspecto social, psicológico e de saúde, em conjunto, pode apontar melhorias efetivas na vida dos usuários e de todos os que com eles tem que conviver de alguma forma.

Este trabalho foi desenvolvido com base em fundamentação teórica realizada a partir de pesquisas bibliográficas que tratam da questão da drogadição e internação no Brasil, por meio de artigos, doutrinas, leis e da própria atuação prática do poder judiciário junto aos profissionais da saúde quando do atendimento desse fenômeno.

O trabalho foi realizado a partir do emprego da revisão de literatura junto à pesquisa qualitativa. Segundo TRIVIÑOS (1987) a pesquisa qualitativa é denominada aquela que comporta a coleta de dados e a posterior análise das informações alcançadas. Ou seja, assim que tais informações são coletadas realiza-se a interpretação das mesmas, exigindo muitas vezes a revisão da literatura do objeto de estudo[2].

[1] PÁDUA, E.M.M. Metodologia da pesquisa: abordagem teórico prática. 13. ed. Campinas: Papirus, 2007.
[2] TRIVIÑOS, Augusto N. S. Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

Instrumentalizou-se este trabalho dessa forma, já que o objetivo deste é analisar a eficiência da internação compulsória a partir de dados coletados em estudos bibliográficos, assim como a possível infração de garantias individuais de internados.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

2.1 Surgimento do *Crack* no Mundo

Na década de 80, socioetnógrafos americanos descreveram de forma pioneira na literatura um inovador e potente método de uso da cocaína: a inalação do vapor originado da queima de pedras da pasta base da droga combinada com bicarbonato de sódio.

A queima da substância em cachimbos de vidro gerava uma espécie de um estalo que a denominou como *crack*. A rapidez da inalação permitia efeitos maiores e mais estimulantes que causavam aos usuários sentidos enormemente prazerosos.

Nesse tempo, não foi dado ao surgimento da droga a importância que lhe era devida: essa droga abarcava um potente poder de dependência, assim como de letalidade.

De acordo com o pesquisador americano Ney Jansen, embora seu surgimento tenha dado-se na década de 80, apenas na década seguinte é que a droga tornou-se mais popular sobretudo entre pessoas que viviam em bairros pobres de megalópoles dos Estados Unidos, como, por exemplo Nova York, Miami e Los Angeles, principalmente por jovens negros e de origem hispanoamericana[3].

Portanto, na década de 90, quando se atentaram para a rapidez com que a droga se espalhara, é que foram desenvolvidos e publicados mais temas concernentes ao problema com a ideia de tentar manter alerta as autoridades acerca

[3] Conforme pesquisa retirada do site do Senado Federal, da área "Em discussão". Disponível em: < https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/*crack*-chama-a-atencao-para-dependencia-quimica/surgimento-do-*crack*-aconteceu-nos-eua.aspx>. Acesso aos 12/12/2017.

da possibilidade do nascimento e crescimento de uma epidemia, bem como visando pensar em formas de prevenir e tratar a dependência e os problemas derivados dela[4].

Contudo, foram se escasseando publicações atinentes ao tema, deixando várias dessas questões, inclusive sobre a melhor maneira de tratamento da dependência em aberto.

2.2 Surgimento do *Crack* no Brasil

A história do *crack* no Brasil seguiu uma trajetória um tanto quanto semelhante em relação ao hemisfério norte, porém com um atraso de cerca de 10 anos.

Conforme site do Senado Federal, o relato pioneiro do uso dessa droga ocorreu em 1990, na cidade de São Paulo. Após cerca de dois anos ocorreu a primeira apreensão da droga nas ruas[5].

Em meio às pesquisas aqui relacionadas, acredita-se que a droga tenha chegado ao Brasil vinda da Bolívia e do Peru, entrado de fato ao território brasileiro por meio do Acre. Nesse momento o que já se presenciava era o uso da cocaína em todo o mundo, vez que a droga já era conhecida: o *crack*, portanto, era o método mais barato utilizado por grupos marginalizados, muitos deles compostos de moradores de rua.[6]

Com o gigantesco aumento do número de usuários do narcótico, foram escritos vários relatos pelos profissionais da saúde e pesquisadores sobre o uso do *crack* pela população e suas pesadas conseqüências ao corpo físico e à saúde mental.

SANTOS, autor brasileiro, classifica a droga como:

---

[4] CORNISH JW, O'Brien CP. ***Crack* cocaine abuse: an ep*idem*ic with many public health consequences.** AnnuVerPublic Health.1996; 17:259-73.

[5] Conforme pesquisa retirada do site do Senado Federal, da área "Em discussão". Disponível em: < https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/*crack*-chama-a-atencao-para-dependencia-quimica/surgimento-do-*crack*-aconteceu-nos-eua.aspx>. Acesso aos 12/12/2017.

[6] *Idem.*

> O *crack* é uma substancia extraída do princípio ativo da cocaína, retirada da planta "Ertytronxylon", ou seja, a coca. Que é uma mistura do cloridrato de cocaína com o bicarbonato de sódio, água destilada ou amônia. Depois dessa etapa, a mistura é fervida, separando as partes sólidas, e depois cortada em pequenos pedaços, tornando-se ai as chamadas "pedras".[7]

Nesse mesmo sentido, o Conselho Nacional dos Municípios – CNM (2011) fala acerca do *crack*:

> "É uma substância psicoativa euforizante (estimulante), preparada, à base da mistura da pasta de cocaína com bicarbonato de sódio. Para obtenção das pedras de *crack* também são misturadas à cocaína diversas substâncias tóxicas como gasolina, querosene e até água de bateria. A pedra de *crack* não é solúvel em água e não pode ser injetada. Ela é fumada em cachimbo, tubo de PVC ou aquecida numa lata. Após ser aquecida em temperatura média de 95 ° C, passa do estado sólido ao de vapor. Quando queima, produz o ruído que lhe deu o nome. Pode ser misturada com maconha e fumada com ela".[8]

Através desses estudos, restou demonstrado que o valor da unidade da pedra de *crack* no Brasil possuía um valor muito aquém da pedra vendida nos Estados Unidos da América – EUA, custando no Brasil aproximadamente cerca de 2 dólares e nos EUA aproximadamente 25 dólares[9].

Outro ponto importante de estudo foi a rapidez da ação da droga no organismo humano.

Os usuários descreviam uma fissura quase incontrolável quando utilizavam a droga, e quem ousava experimentá-la descrevia-se como escravo de seus efeitos, sendo que muitos acabavam por sucumbir motivados pelos danos causados ao organismo.

---

[7] SANTOS, Juarez França dos. **O *crack*: o grande mal do século XXI, 2011**. 40 p. Monografia (Especialização em políticas e gestão em segurança pública) – Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá, Florianópolis, 2011.

[8] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNCÍPIOS. **Observatório do *crack*.** Brasília, 2012. Disponível em: <http://portal.cnm.org.br/sites/9700/9797/docBibliotecaVirtual/Observatório do *Crack* (2012).pdf>. Acesso aos 24/06/2017.

[9] KESSLER Félix. Uma visão psiquiátrica sobre o fenômeno do *crack* na atualidade. Revista Psiquiatria. RS, p. 96-98.

O problema é genérico: o uso da droga muitas vezes começa precocemente na adolescência, quando o usuário ainda não possui capacidade de escolha e não possui seus valores de "certo e errado" compreendidos.

Em levantamento realizado no ano de 2008, constatou-se que 2% dos estudantes brasileiros de até 18 anos já haviam usado cocaína e 0,7% haviam usado *crack*.

A esses índices destaca-se um valor de incerteza, pois tal pesquisa fora realizada em escolas públicas e particulares, e por suas características bastante peculiares o *crack* não é uma droga que permite a convivência em grupo, em ambiente de ensino, sendo, portanto, que muitos dos usuários ainda adolescentes não mais frequentavam a escola quando a pesquisa etnográfica foi realizada.

Segundo os dados da pesquisa "Estimativa do número de usuários de *crack* e/ou similares nas capitais do país" e "Perfil dos usuários de *crack* e/ou similares no Brasil", sendo as duas encomendadas pela secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas, do Ministério da Justiça (Senad/MJ), estimou-se que existiam nas capitais brasileiras cerca de 370 mil usuários de *crack*, sendo a maior concentração desses usuários nas regiões Nordeste e Sul[10].

Clara se faz a necessidade de tratar de um assunto tão urgente de medidas saneadoras que tenham eficácia, como forma fundamental para o direcionamento das políticas com foco para tais usuários.

2.3 Drogadição no Brasil: de caso de polícia à questão de saúde e política pública

Desde o surgimento do *crack* no Brasil e no mundo até os primeiros métodos de controle, construiu-se um extenso trajeto. Conforme documentos pesquisados por

[10] Resultados das pesquisas encomendadas pelo Ministério da Justiça podem ser vistas na íntegra no Livreto Domiciliar e Livreto Epi*dem*iológico ambos disponíveis no site do Ministério da Justiça – Programa do Governo Federal *Crack* é possível vencer.

historiadores mineiros, os toxicômanos eram retirados das ruas e colocados em celas das delegacias, e lá permaneciam sem nenhum tipo de assistência.

Somente após 1980 é que foi criado na cidade de Belo Horizonte, traçando um protótipo exemplar para as demais regiões do Brasil, um Serviço de Recuperação Social, cujo objetivo era prover assistência aos dependentes de substâncias tóxicas variadas. É, então, a primeira vez, primeiro momento, em que a toxicomania passa a ser analisada como uma questão de saúde, em que existe a idéia de "humanização" do tratamento em saúde mental.

O Chefe da divisão supracitada, Bel. Genésio José Ferreira foi o responsável por assinar a ordem de serviço que registrou o seguinte: "Desde o início concluiu-se que prender é fácil. Recolher um toxicômano a presídios é rotina policial. Recuperar é que é difícil. Dificuldades existem, mas elas serão superadas no dia em que se formar a consciência de que a toxicomania e o alcoolismo são doenças curáveis".[11]

A partir dessa mudança de perspectiva da análise do problema e do alarmante crescimento dos usuários do *crack*, o problema da drogadição no Brasil, bem como a dependência originada por ele passam a ser examinados através de uma ótica da saúde mental de forma genérica.

No Brasil, conforme classificação da Defensoria Pública de São Paulo (Revista da Defensoria Pública, 2012)[12], o consumo de drogas ilícitas elencados pela ANVISA na portaria 344 de 12 de maio de 1998[13], pode ser subdividido em três tipos, quais sejam: uso, abuso ou dependência, pela orem da usualidade, respectivamente.

[11] DRUMOND, Terezinha M. Colombo, Psicóloga com formação em psicanálise, Especialista em Psicologia clínica, Terapeuta do Centro Mineiro de Toxicomania/ FHEMIG. Toxicomania: de caso de polícia a questão de saúde, Síntese do Trabalho Monográfico. Belo Horizonte.

[12] Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Internação Psiquiátrica Compulsória: A Atuação da Defensoria Pública do Estado De São Paulo** - Revista da Defensoria Pública. Ano 5 - n.1. 2012.

[13] Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2> Acesso aos 10/12/2017.

Nesse sentido, esclarece-se que o uso da droga por uma única vez ou em moderadas vezes, enquadra-se em "uso", por usa vez, abuso ou dependência é o termo apropriado para o uso indiscriminado ou recorrente, quando a droga é utilizada em excessivas doses, aumentando evidentemente o risco à integridade do usuário e da sociedade. É exatamente por causa do uso recorrente que pode-se configurar a dependência.

A dependência, portanto, conforme a supracitada divisão, se traduz em consumo desregrado, excessivo e compulsivo, que recai em problemas diversos de ordem física, social e psicológica.

Em 6 de Abril de 2001, foi sancionada e entrou em vigor a Lei número 10.216, marco fundamental que capacitou a garantia entre a estruturação jurídica da internação compulsória para o caso dos usuários de drogas em atendimento aos preceitos da saúde mental[14], muito embora como restará comprovado a garantia dos direitos dos portadores de transtorno mental regulamentada pela supracitada lei não deve e nem pode ser de forma alguma entendida como controle social da drogadição[15].

A drogadição no Brasil passa então de caso de polícia à questão de saúde e de política pública.

Busca-se através de comprovações embasadas em estudos dos pesquisadores de saúde mental, uma forma de tratamento adequada, um método que apresente resultados de melhora efetiva nas vidas dos usuários: um tratamento que ao mesmo tempo que assegure os direitos individuais dos usuários, garanta efetivamente a regeneração quanto ao uso da droga, já que por seu potente poder de dependência, muito usuários, mesmo após tratados recaem à drogadição, de modo nada proveitoso o tratamento a que fora submetido.

[14] DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. **Saúde Mental e Direitos Humanos: 10 anos da lei 10.216/2001**, disponível no sítio < http://seer.psicologia.ufrj.br/index.php/abp/article/view/713/529 > Acesso aos 10/09/2017.

[15] COSTA, Ileno Izídio, **Debate "Internação compulsória" – OAB/DF e CLDF, Auditório da OAB/DF**, Brasília, 01 de abril de 2013.

Aqui salienta-se que independente dos valores, das pesquisas, o que mais sensibiliza quanto ao assunto da expansão do uso da droga, é a velocidade do deterioramento da saúde orgânica e social dos indivíduos viciados.

Diante desse cenário, surgem variados outros problemas como, por exemplo, a ocupação das áreas públicas pelos usuários. É sabido que nas regiões onde há grandes consumos da droga costumam haver índices mais altos de crimes e violência, gerando nos cidadãos uma sede por limpeza nesses ambientes, legitimando qualquer ação do Estado nesse sentido para que de certa forma se sintam seguras, ocasionando muitas vezes em verdadeira higienização social, se aplicadas desmedidamente.

Diante de todo o exposto é que surge o foco desta pesquisa: a internação compulsória dos usuários de *crack* em massa, de forma a que se pareça buscar apenas um objetivo qual seja a higienização das cidades, através dos enormes valores de dinheiro público repassados à programas desestruturados para aproveitamento dessa medida.

3 O MODELO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E SUA EFICIÊNCIA

Internação compulsória é a prática utilizada para internar o usuário em estado crítico sem o seu consentimento, e, segundo o Data Folha de 25 de janeiro de 2012, tal procedimento imposto aos dependentes é apoiado por 90 % dos brasileiros.

Para se passar à uma análise basicamente jurídica, necessário se faz especificar as três formas de internação existentes em nosso ordenamento jurídico, quais sejam: voluntária, involuntária e compulsória. Essas modalidades de internações podem ser claramente reconhecidas na Lei 10.216 de 06 de abril de 2001 que trata da proteção e dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, *in verbis:*

> Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.
>
> Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:
>
> I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
>
> II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
>
> **III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. (grifei)**

Com a crescente demanda da sociedade cobrando a todo instante saída para a resolução do problema do excessivo número de usuários de *crack* nas grandes cidades brasileiras que ocasionam ainda mais violências nesses grandes centros, é que a internação compulsória em massa surge como mecanismo saneador.

Entretanto, tal medida vai em desacordo com a literatura médica e contra as principais garantias individuais, que de tamanha importância se perfazem em cláusulas pétreas resguardando todos os cidadãos brasileiros[16].

Ainda em análise da supracitada lei, é importante ressaltar o artigo 2°, *in verbis*:

> Art. 2º - Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.
>
> I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
>
> II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
>
> (...)
>
> V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

[16] RODRIGUES, Thiago. **Política de drogas e lógica dos danos**. São Paulo, 2009.

> VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
>
> Art. 4º - A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

Ou seja, garante-se ampla proteção ao paciente, e trata as internações como *ultima ratio,* por seu caráter extremamente invasivo, que afronta inclusive o que pregoa o Princípio da Legalidade da Carta Magna, "aquele em que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".[17]

O que se percebe é que, por diversas vezes, o Poder Judiciário, tem decidido no sentido de mitigar a autonomia em prol da realização das intervenções médicas, não observando a questão do consentimento nos casos acerca da decisão da autorização da internação compulsória bem como da internação dos dependentes.

Nesse sentido, prova-se por meio de diversas decisões judiciais determinadas por magistrados brasileiros no sentido de autorizar os profissionais de saúde em âmbito hospitalar a procederem com tratamentos terapêuticos em usuários que se encontram em condições de escolher de forma autônoma.

Esse cenário vai contra o que se espera do Estado, enquanto possuidor do dever de proteger e garantir os direitos individuais promovendo o bem-estar dos cidadãos[18].

A partir dessa premissa é que encontra lugar a admissão de determinados métodos pelos quais visa-se atingir o fim de proteger e garantir os direitos individuais promovendo o bem-estar dos cidadãos, desde que o Estado não o faça de forma abusiva e desde que o procedimento escolhido tenha como escopo e atenda o dever de assegurar a vida e os direitos individuais que dela decorrem.

---

[17] BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso aos 10/01/2017.

[18] OLIVEIRA, Eudes Quintino de. **Autonomia da vontade e internação compulsória**. Jus Brasil. Disponível em: < https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/469079612/autonomia-da-vontade-e-a-internacao-compulsoria>. Acesso aos 05/06/2017.

Conforme determinação da própria lei, a internação compulsória em casos como o aqui abordado deve ser medida de exceção a ser utilizado apenas quando diante da possibilidade, possibilidade de que o dependente venha a causar a própria morte ou represente perigo real.

Como argumento de legitimidade para a previsão da internação compulsória, os que se posicionam a favor argumentam que os dependentes químicos apresentam algum tipo de transtorno mental, como por exemplo a depressão, sendo o mais comum deles.

O argumento encontra base em estudos americanos desenvolvidos pelo Instituto Nacional de Saúde Mental (NIMH) de 2005, contudo grande parte da comunidade médica, psicólogos e Conselhos Regionais de Psicologia (CRP's) são contrários à medida e contestam os dados arguidos[19].

Na prática, o que ocorre é a desvirtuação da medida que poderia render bons frutos: conforme resultados o Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos, embora a lei aplicada por analogia abarque a previsão da internação compulsória como medida judicial, os usuários de drogas e dependentes químicos em geral são submetidos à tratamentos desumanos, afastando o objetivo da lei.

Conforme o supracitado relatório, há diversos registros de "tortura física e psicológica e relatos de casos de internos enterrados até o pescoço, obrigados a beber água de vaso sanitário por haver desobedecido a uma norma ou, ainda, recebendo refeições preparadas com alimentos estragados"[20].

[19] LOCCOMAN, Luiz. **Scientific American, mente e cérebro.** Abril de 2012. Disponível em: < http://www2.uol.com.br/vivermente/artigos/a_polemica_da_internacao_compulsoria.html>. Acesso aos 04/07/2017.

[20] **Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas – 2ª Edição**. Conselho Federal de Psicologia. Disponível em: < http://site.cfp.org.br/publicacao/relatorio-da-4a-inspecao-nacional-de-direitos-humanos-locais-de-internacao-para-usuarios-de-drogas-2a-edicao/>. Acesso aos 12/07/2017.

Dentre todos os pontos aqui investigado, há que se ponderar ainda que a internação compulsória submete os pacientes ao tratamento forçado em instituições ofertadas pelo governo que se encontram em condições precárias.

Essas condições mínimas para a internação convalidam no insucesso do tratamento. Araujo (2010), em publicação para a revista ConJur, nesse sentido, evidencia que:

> "Basta analisarmos a forma com que o paciente é internado nos procedimentos involuntários, quase sempre sedado e conduzido amarrado e à força para estas instituições, muitas das vezes possuindo capacidade plena de entendimento e de manifestação de vontade, ignorados porque o ato sustenta também as chamadas empresas de remoção, que, também, recebem o seu preço". [21]

Todo o exposto vai contra, inclusive, o que apregoa a Constituição Federal de 1988, sobretudo no que é determinado pelo inciso III do artigo 1º

> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III - a dignidade da pessoa humana.

Além disso, percebe-se um não atendimento à previsão do inciso II do parágrafo único do artigo 2º no que tange ao tratamento com humanidade e respeito:

> Art. 2º - Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.
>
> Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:
>
> II - Ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade.

[21] ARAUJO, Alexandre Arnaut. **Poucas clínicas seguem rigorosamente a lei**. Revista Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jan-23/clinicas-seguem-lei-internacao-doente-usuario-droga> Acesso aos 10/01/2018.

Fora as questões de ordem material que evidenciam as péssimas condições das clínicas, em sua grande maioria, ainda deve-se analisar os aspectos imateriais que evidenciam a inobservância da lei. Ainda conforme Araujo (2010):

> "A maioria das clínicas de recuperação apenas permitem visitas uma vez por mês, isolando totalmente o paciente em detrimento da previsão legal. A afronta ao item acima referido constitui evidente abuso contra o paciente o que, consequentemente, gera afronta ao disposto no item III do mesmo parágrafo".[22]

Diante destes apontamentos, caberia por parte do Ministério Público em conjunto com a Comissão de Direitos Humanos da OAB e Conselhos de Medicina Regionais, uma fiscalização mais efetiva afim de garantir a qualidade do tratamento, que por si só já não apresenta melhora significativas nos internados.

O Sistema de Conselhos de Psicologia entende também que a internação compulsória do modo como hoje é realizada vai em desencontro ao movimento da reforma psiquiátrica.

É latente reconhecer a deficiência da rede de saúde no atendimento desses sujeitos, contudo há que se pensar no fortalecimento e ampliação do Sistema Único de Saúde.

Indiscutível é que a internação em instituição terapêutica pode ser respeitada mas há que se traçar caso a caso de modo singular, avaliando toda a estrutura do paciente, afastando esse tipo de internação de status de política pública.

Deste modo, a privação da liberdade do paciente submetido à internação compulsória que afronte todas os incisos do artigo em análise, configura violação ao direito à liberdade de ir e vir.

[22] ARAUJO, Alexandre Arnaut. **Poucas clínicas seguem rigorosamente a lei**. Revista Conjur. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2010-jan-23/clinicas-seguem-lei-internacao-doente-usuario-droga> Acesso aos 10/01/2018.

3.1 Quando é utilizada a internação compulsória?

Todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine em contrário.

A expressão lei, nesse cenário, deve ser entendida como ato legislativo legítimo, ou seja, formada segundo processo legislativo legítimo estabelecido na própria Constituição Federal[23], emanada da soberania do povo.

Dessa forma, a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítimo.

Na dúvida acerca da legitimidade da lei, prevalece a liberdade, porque é direito fundamental que não se restringe à suposições ou arbítrios. Vejamos o artigo 9º da lei 10.216/2001:

> Art. 9º - A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.[24]

Resta demonstrado conforme tal artigo, que a internação compulsória é determinada de acordo com a legislação vigente, que em termos jurídicos mais amplos incluem também o Código Penal.

Assim, compreende-se que não se pode aplicar um *modo operandis* de uma ação de saúde à condição de uma política pública. A política pública e as condições legais já estão dadas, não cabendo legislar ou criar mais obscuridades procedimentais que levem a uma generalização preocupante como a internação compulsória em massa.

[23] BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm >. Acesso aos 19/09/2017.
[24] BRASIL. **Lei 10216/2001**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm> Acesso em: 20 jan. 2017.

3.2 Eficiência da internação compulsória

A alegação do Estado para a aplicação da internação compulsória é que os usuários de drogas não têm poder de discernimento, tendo o Estado por si mesmo, agir para resguardar a saúde e vida dos usuários.

Todavia tal alegação é contrariada quando avaliados os resultados da pesquisa realizada pela UNIFESP (2008) que constatou que, a partir de uma análise de 170 usuários de *crack*, 62,3% desses usuários gostariam de parar de usar, sendo que aproximadamente 47% dos entrevistados se submeteriam a um tratamento da dependência química.[25]

Desses 47%, 18,9% disseram que aceitariam receber uma ajuda ou tratamento que buscasse apenas diminuir o consumo da droga e apenas 18,8% não desejam interromper ou diminuir o consumo de drogas, deixando evidente, que esses usuários ainda que debilitados possuem sim, o mínimo poder de escolha.[26]

O *crack* é uma droga que exige muito mais que uma simples internação em massa contra a vontade do usuário e sem qualquer permissão de sua família.

O tratamento necessário, já muito dito pelos pesquisadores da área, pelos profissionais de saúde mental, confirmados pelas pesquisas, deve ser pautado em diversos fatores, que só podem ser analisados caso a caso, de forma individual e não genérica.

Vale lembrar que a prática psicossocial, a que se socorre como forma norteadora para a resolução do problema em foco, é regida de pelo menos quatro princípios básicos da bioética, quais sejam: o profissional deve trabalhar visando unicamente os benefícios do paciente (beneficência), deve evitar prejudicar o

[25] DUAILIBI, Lígia Bonacim. **Perfil dos usuários de cocaína e *crack* no Brasi**l. Unidade de Pesquisa em álcool e drogas. Universidade Federal de São Paulo. UNIFESP, 2008.
[26] JACQUES, Jean-Pierre. **Para acabar com as toxicomanias**. Climepsi Editores. Título original Pour em finir avec lês toxicomanies. Phychanalyse ET pourvoyance légaliseé dês drogues. 1ª Ed. Lisboa: 2001.

paciente (não maleficência), a independência do paciente deve ser respeitada (autonomia) e o médico deve evitar discriminação contra um paciente (justiça).[27]

Ora, imagine que a internação compulsória passe a ser tratada dessa maneira, metade dos problemas já estariam resolvidos pela simples forma de tratamento humanizado e individualizado, respeitando todas as garantias individuais e os direitos fundamentais dos pacientes[28].

Os profissionais habilitados na área de saúde identificam que é necessário realizar a difícil tarefa de causar no dependente da droga uma reflexão sobre sua situação. Segundo Sandra Franco, em artigo publicado na Revista Virtual Jurídica UOL[29], se o paciente não quiser ou se dispuser a tentar mudar, qualquer investida no sentido de auxiliar restará infrutífera.

Nesse sentido, afirma que isso se daria somente através de técnicas e método baseados numa espécie de abordagem multidisciplinar no qual busca-se a aproximação com o dependente, afim de uma reconstrução de seu objetivo de vida.

O referencial desse tipo de tratamento não deixar de fazer uso das drogas, mas o de (re) construir a identidade e as referências (familiar, social, profissional), visando restaurar as capacidades positivas do usuário de drogas.

Sendo assim, a interrupção do uso de drogas seria uma resposta originada a partir da reflexão e apropriação dos valores pensados. Por isso mesmo é que tem havido uma baixa estatística numérica da eficácia do tratamento da internação compulsória: porque segundo a mesma autora, esse apoio por diversas vezes não é prestado levando em consideração a precariedade das clínicas de recuperação.

[27] *Idem.*
[28] *Idem.*
[29] FRANCO, Sandra. **A internação compulsória de dependentes químicos é eficaz?** Revista Jurídica Virtual UOL. Capa. Disponível em: http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/84/questao-central-a-internacao-compulsoria-de-dependentes-quimicos-e-290162-1.asp Acesso aos 23/01/2017.

O renomado Dr. Dráuzio Varella, em artigo denominado "Internação Compulsória"[30], complementa a discussão supracitada.

Segundo ele, a internação compulsória evidentemente não acabará com o problema, especialmente, se vier sem a criação de serviços ambulatoriais que ofereçam suporte psicológico e social para reintegrar o ex-usuário.

Nesse patamar, devemos ressaltar a importância do poder judiciário, que parece ter fechado os olhos para o problema real, se limitando a simplesmente colaborar com a mera higienização das chamadas "cracolândias".

Ainda a esse respeito, o Ministro Alexandre Padilha afirmou que "o combate ao *crack* não poderia fazer com que as pessoas perdessem sua autonomia e o contato com o espaço social".[31]

Segundo a última pesquisa realizada pelo neurocientista americano Carl Hart para o livro "High Price", da Universidade Columbia, em Nova York, quebra o paradigma sustentado pelo Estado aplicador da internação compulsória em massa de que os usuários da droga não têm nenhuma capacidade de discernimento.[32]

O método de pesquisa de que se utilizou Hart consistia no seguinte: "Toda manhã, os voluntários recebiam uma dose - ora farta, ora modesta - da droga. E, ao longo do dia, a mesma dose era ofertada ao lado de alternativas como dinheiro ou cupons de compras".

"Quando a dose era farta, eles tendiam a escolher a droga. Quando a dose era menor, a tendência se invertia e eles escolhiam dinheiro ou cupom".

---

[30] VARELLA, Dráuzio**. Internação Compulsória**. Disponível em: http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/internacao-compulsoria-2/. Acesso aos 20/01/2017.

[31] Conforme reportagem retirada da Carta Capital, que tratava sobre o combate ao crack em São Paulo, na reportagem: Em São Paulo, boas notícias no combate ao crack, publicada em 20/04/2016 por Miguel Martins. Aliás nessa reportagem o ex-ministro ainda comemora acerca da Guarda Civil Metropolitana que está sendo treinada para o atendimento dos usuários em lugares de frequente uso (cracolândias). Disponível em: < https://www.cartacapital.com.br/revista/896/em-sao-paulo-boas-noticias-no-combate-ao-crack>. Acesso em 14/01/2018.

[32] HART, Carl. ***High Price* - A Neuroscientist's Journey of Self-Discovery That Challenges Everything**, em notícia retirada do periódico The New York Times, em 16 de setembro de 2013.

Ou seja, quando havia alternativas ao *crack*, usuários faziam escolhas economicamente racionais, não impulsivas.

O experimento sugere que dependentes de *crack* não perdem a capacidade de fazer escolhas nem veem a droga como algo irresistível, ou seja, crucial é o papel do ambiente no uso do *crack*, sem alternativas, a droga seria muito atraente.[33]

Outra grande crítica surge da composição para o chamado plantão especial do Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas do Estado de São Paulo (Cratod) que conta com a parceria entre o Ministério Público, o Tribunal de Justiça e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para atendimento aos dependentes químicos dando a prerrogativa de internar compulsoriamente os usuários encaminhados ao Centro de referência, pelos policiais diligentes nas áreas de consumo intenso da droga.

No dia 11 de janeiro de 2013, o Estado de São Paulo permitiu uma parceria inédita entre os poderes Judiciário e Executivo, entre médicos, juízes e advogados, com o objetivo de tornar a tramitação do processo de internação compulsória mais célere, o que colaborou de forma desastrosa para a internação sem nenhum parâmetro, contrariando as medidas mais eficazes de cura para os viciados em *crack*.

O Estado se justificou após tal medida, alegando que a intenção é aplicar a lei para salvar pessoas que não têm recursos e que perderam totalmente os laços familiares.

Ora, esses Centros de Referência, deveriam, sobretudo, contar com o apoio e presença de profissionais da saúde, dentre eles psicólogos e agentes sociais, porque o problema da drogadição não está na lei, mas no indivíduo como uno, e não como conjunto, e é como ser único, por ter uma história de vida única que se deve analisar individualmente a melhor forma de tratamento, afastando de vez a idéia da

[33] Idem.

massificação, que por muitas vezes não pode ser aplicada a tudo como tem acontecido no século XXI.

Antonio Carlos Justino Cabral e Marcos da Costa leite, na publicação Cocaína e *Crack*: dos fundamentos ao tratamento[34], esclarece, através de árdua pesquisa literária e pelo conhecimento prático ao lidar com os centros de internação de toxicômanos, que o tratamento dos usuários de *crack* é lento, demorado, muitas vezes repetitivo e demanda muito estudo de todas as causas que colaboraram para a entrada do usuário no universo da drogadição, ou seja, a análise do caso *in concreto* individualizado, a chamada anamnese.

E é nessa sintonia que a Organização Mundial da Saúde (OMS) trata a priorização da internação compulsória para tratamento de droga como inadequado e ineficaz[35].

Em nota da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), a representando regional da OMS no continente americano, criticou a priorização da internação compulsória que o Brasil tem dado ao tratamento de usuários de drogas.

A internação compulsória é uma medida extremada, que deve ser analisada como *ultima ratio* na busca por um tratamento eficaz. Em nota[36], divulgou ainda que a internação compulsória "está na contramão do conhecimento científico sobre o tema e pode exacerbar as condições de vulnerabilidade e exclusão social dos usuários de drogas. "

Na nota técnica da OPAS, é lembrado ainda que no ano de 2008, em um documento criado pela OMS juntamente com o Escritório das Nações Unidas para

[34] LEITE, Marcos da Costa. **Cocaína e *Crack*: dos fundamentos ao tratamento**/ Marcos da Costa Leite e Arthur Guerra de Andrade... [et al.] – Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul Ltda, 1999.

[35] Reportagem disponível no sítio da ONU em: <HTTP://www.onu.org.br/priorizar-internacao-compulsoria-para-tratamento-de-drogas-e-inadequado-eineficaz-dis-oms/ > Acesso aos 10/09/2017.

[36] Nota Técnica da OPAS/OMS no Brasil sobre internação compulsória e involuntária de pessoas que usam drogas. A nota está disponível e foi retirada do site da Organização Pan-Americana de Saúde. Disponível em < http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=3206:nota-tecnica-da-opas-oms-no-brasil-sobre-internacao-involuntaria-e-compulsoria-de-pessoas-que-usam-drogas&Itemid=875>. Acesso em 20/05/2017.

Drogas e Crimes (UNODC), foram descritos dez princípios gerais que devem direcionar a forma de tratar a dependência de drogas.

Em um deles denominado “Tratamento da dependência de drogas, direitos humanos e dignidade do paciente”, explicita que o “direito à autonomia e autodeterminação, o combate ao estigma, ao preconceito e à discriminação e o respeito aos direitos humanos dever ser observados em qualquer estratégia de tratamento para a dependência de drogas”. [37]

Ademais, ainda recomenda que o tratamento não deve ser forçado aos pacientes: “ a internação compulsória é considerada uma medida extrema, a ser aplicada apenas a situações excepcionais de crise com alto risco para o paciente ou terceiros, e deve ser realizada em condições e com duração especificadas em Lei”. Ela deve ter uma justificativa clara e emergencial, além de ter caráter pontual e de curta duração. [38]

Como visto, pode-se entender que a ênfase deve ser dada à implantação de serviços comunitários e de atenção psicossocial.

Somente esse fortalecimento constitui uma opção mais adequada como resposta ao setor da saúde para os viciados em drogas.

Conclui-se assim que deve-se considerar como critério técnico para a internação compulsória diversos e conjuntos fatores que são: os direitos e deveres do indivíduo submetido ao tratamento, a existência ou não de transtorno mental grave, bem como se existe risco pessoal eminente ou de outras pessoas além dos critérios substantivos (impossibilidade de tratamento em regime ambulatorial e a recusa ao tratamento proposto pelo especialista). Tudo isso deve, portanto, ser avaliado após um parecer individualizado e profundamente analisado em todos os fatores subjetivos que lhe são concernentes.

[37] Idem.
[38] *Idem.*

É consenso entre os profissionais da saúde empenhados na área da assistência social que a internação forçada não apresenta eficácia. A internação focada só se justifica em menos de 5% dos casos[39], quando, por exemplo, o dependente do *crack* também apresenta transtorno mental grave, sendo que aí não há o problema da divergência do sujeito central a que a lei nº 10.216 trata e garante direitos.

4 INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E GARANTIAS INDIVIDUAIS

4.1 Conceituação de princípios e direitos fundamentais

Ao iniciar o tema, necessário se faz o desenvolvimento acerca de alguns dos protagonistas princípios e garantias fundamentais.

Conforme leciona Nucci, "etimologicamente, princípio tem vários significados, entre os quais o de momento em que algo tem origem, causa primária; preceito, regra ou lei; fonte ou causa de uma ação"[40].

Em sentido estrito, Plácido e Silva discorre que:

> "Princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando assim, a conduta de ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica".

Outro conceito de princípio pode ser retirado da teoria dos princípios de Robert Alexy:

> "Uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Constituem "mandados – ou mandamentos – de otimização".[41]

[39] QUEIROZ Andrea, Maria Luiza Mota Miranda, Maria Eugênia Nuñez e Marlize Rego. **Estratégias clínicas em uma instituição para toxicômanos.** EDUFBA, CETAD, 2009, UFBA. SSA, Bahia.
[40] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. 9° ed rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
[41] ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 57-58.

Alexy desenvolve na supracitada teria que as normas de direito fundamental são subdivididas em grupos distintos, sendo o primeiro composto pelas normas diretamente estatuídas pela constituição e o segundo as normas a elas adscritas.

Dentro dessa subdivisão, para ele, no primeiro grupo estão inseridas as normas textualmente inseridas na constituição e no segundo o resultado da análise interpretativa responsável por tornar evidente o dispositivo constitucional posto[42].

Ao analisar o aspecto material é sabido que este apresenta uma relação com o conteúdo ético da norma, com dignidade da pessoa humana, bem como da restrição do poder do estado, ao passo que ao analisar-se os aspectos formais entende-se que está intrinsicamente ligado ao caráter normativo, uma vez que caracterizados assim, significa que o Poder Constituinte Originário reconheceu-os como merecedores de proteção normativa e por esse mesmo motivo, tais direitos vêm explicitados na Constituição Federal, devido a sua relevância[43].

Ultrapassado o conceito de princípios, importante observar a questão dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais visam assegurar aos homens existência digna, igual e livre permitindo condições à total realização das potencialidades humanas.

Conforme Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais podem ser definidos como:

> *"*O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana"[44]

Por sua vez, o professor George Marmelstein classifica os direitos fundamentais como sendo:

---

[42] Idem.
[43] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 17
[44] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral.** 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002.

> "Normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico".[45]

Além das características urgentes, formais e materiais, ainda há que se pensar na historicidade que esses direitos se revestem. Atentando-se a isso, Noberto Bobbio ressalta importante ponto dos direitos fundamentais da seguinte forma:

> "Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstancias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas."[46]

Ou seja, o que se entende é que mencionados direitos são inatos, absolutos, intransferíveis e imprescritíveis.

Com o escopo de tornar mais nítida essa noção, José Afonso da Silva argumenta que:

> "No qualificativo fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, as no sentido de pessoa humana. Diretos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais".[47]

Desde o reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras constituições, pode-se dizer que eles sofreram diversas mutações no que diz respeito a eficácia, titularidade e efetivação. Costumeiramente fala-se em três gerações

[45] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 19
[46] BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-19
[47] SILVA, Jose Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 178

desses direitos, sendo que alguns doutrinadores aceitam até quatro gerações, ou ainda uma quinta ou sexta geração[48].

Pode-se garantir a assertiva de que os direitos caracterizados como fundamentais, portanto, são aqueles dotados de características que facilitam sua proteção e efetivação judicial.

Diante de tais posicionamentos, George Marmelstein, apoiado na "Teoria da Geração de Direitos" desenvolvida pelo jurista Karel Vasak em 1979, reitera que o nascimento desses direitos se vislumbra com base no lema da Revolução Francesa, sendo sua demarcação inicial no começo do século XVIII e, a partir disso a maioria das Cartas Magnas modernas reservam um capitulo especifico para agregar e dispor dos direitos do homem, denominando a eles de forma literal como direitos fundamentais.

De forma sintetizada, passar-se-á a verificar o que cada uma das gerações de direitos tem como peculiaridade a seguir.

4.1.1 Direitos fundamentais de 1ª Geração

Os chamados direitos fundamentais de 1ª Geração são aqueles que foram adquiridos no período de transição entre Estado Absolutista e Estado de Direito, sendo que sua principal característica histórica foi a assinatura do Rei João Sem Terra na Magna Carta de 1215, que consagrou todos os direitos ligados à liberdade, ou seja, civis e políticos.

Foram direitos ligados diretamente às pessoas, caracterizados pela individualidade e limitação ao poder estatal.

Paulo Bonavides ressalta:

[48] Pedro Lenza na obra Direito constitucional esquematizado (15. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 860), diz que é possível colocar que os direitos da 4ª dimensão decorrem da globalização dos direitos fundamentais, o que significa universalizá-los no campo institucional.

> "Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade tem por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentando uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado."[49]

4.1.2 Direitos Fundamentais de 2ª Geração

Já os direitos de 2ª Geração são aqueles que foram inspirados pela Revolução Industrial Europeia, baseados na indignação das condições de vida e trabalho dos operários.

Diante desse quadro de manifestação dos empregados aos empregadores, surge um novo modelo político designado de Bem-Estar Social, ou *Welfare State*, no qual o Estado se comprometeu a garantir direitos ligados ao social, economia e cultura.

Contextualizando, no Brasil, a consolidação de tais direitos se deu com a Constituição de 1946, elencando direitos sociais e direitos voltados à proteção dos trabalhadores, atendendo ao tema da igualdade

4.1.3 Direitos Fundamentais de 3ª Geração

Os direitos de 3ª Geração são aqueles que transcendem a esfera meramente individual, com vistas a um caráter coletivo, derivados da preocupação da sociedade mundial no que tangia a fraternidade e solidariedade. Descreve BONAVIDES (2008), que são os direitos: ao desenvolvimento, paz, meio ambiente e comunicação.

O marco histórico de tal momento é a concretização da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no qual se confirmava o comprometimento mundial para com os direitos e garantias fundamentais do homem.

[49] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª Ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

4.1.4 Direitos Fundamentais de 4ª Geração

Como dito anteriormente, ainda há doutrinadores e juristas que defendem uma 4ª Geração dos direitos e fundamentais, não completamente pacificada, que seriam aqueles voltados aos avanços da engenharia genética e luta pela participação democrática.

Dessa forma, entende-se e conclui-se que, conforme ressalta DIÓGENES JUNIOR (2012), os direitos e garantias fundamentais são aqueles destinados a qualquer pessoa, independente de características físicas, morais, de raça, cor, sexo, credo, nacionalidade e convicção política, sendo possível, inclusive, pleiteá-los em foro nacional ou internacional[50].

Entende-se majoritariamente que são direitos irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis, devido sua importância ao ser humano, e, conforme o artigo 5°, parágrafo 1°, da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais possuem força de aplicação imediata.

4.2 Implementação dos Direitos Fundamentais por meio de Políticas Públicas: Programa *Crack* é Possível Vencer

Ponto importante a ressaltar nesse campo é acerca da implementação dos direitos fundamentais, haja vista a necessidade da aplicação imediata. Assim, decorre que, o Estado que se manter omisso na implementação é passível de condenação no tocante à obrigação de fazer, através do que se entende como "judicialização das políticas públicas"[51].

[50] DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso aos 10/02/2018.

[51] Sara Oliveira em artigo para a jus.com, ressalta que o judiciário contemporâneo brasileiro tem enfrentado complexas questões de ordem política, em decorrência do não cumprimento, ou cumprimento inadequado das políticas públicas, isso porque os direitos fundamentais sociais necessitam, para sua efetividade, de políticas públicas definidas. Texto publicado por OLIVEIRA, Sara. A judicialização das políticas públicas: um desafio do judiciário brasileiro contemporâneo.

Nessa toada, a exemplo dessa implementação pode-se explorar o programa "*Crack* é possível vencer".

A lei nº 11.343/2006 foi responsável por instituir o Sistema Nacional Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) cuja finalidade é articular, integrar organizar e coordenar as tomadas de decisão com fim de prevenir o uso das drogas, bem como possibilitar a reinserção dos usuários em meio à sociedade.

Conforme o mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UniCeub, Clayton Ribeiro de Souza, destaca que o SISNAD é composto por:

> "O Conselho Nacional Antidrogas (CONAD); a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD); o conjunto de órgãos e entidades públicas, municipal, estadual e federal, que tenham como finalidade a prevenção e a repressão à produção e ao tráfico ilícito de drogas; e as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que prestem atendimento nas áreas de saúde e assistência social aos usuários e familiares destes".[52]

O SENAD, conforme visto, órgão que compõe o SISNAD, visando efetivar a interação entre sociedade e governo, realizou diversos encontros que se pautaram pela intensa troca de ideias acerca do tema da drogadição e seu enfrentamento. Nesses encontros, ainda conforme DE SOUZA, participaram diversos outros Estados:

> "O Seminário Internacional de Políticas Públicas sobre Drogas, contou com a participação de Canadá, Itália, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suécia e Suíça, que trouxeram suas experiências e conhecimentos sobre o tema. Além disso, também participaram representantes de organizações não governamentais, cientistas, autoridades públicas e formadores de opinião".[53]

Ou seja, houve por parte do Estado, uma tentativa de discutir e reverter a situação da drogradição. Com essa ideia, em 20 de maio de 2010, a Presidência da

---

Disponível em < https://jus.com.br/artigos/34247/a-judicializacao-das-politicas-publicas-um-desafio-do-judiciario-brasileiro-contemporaneo>. Acesso aos 14/01/2018.

[52] DE SOUZA, Clayton Ribeiro. **Internação Compulsória de Usuários de *Crack* em Face do Princípio da Liberdade**. Disponível em: < http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=07273dd0571b92c3>. Acesso aos 25/10/2017.

[53] *Idem*.

República lançou o programa "*Crack* é Possível Vencer". Pode-se dizer que o lançamento do programa se deu pela evidente necessidade haja vista a gravidade intensa e altos índices de uso da droga e suas consequências na sociedade.

Conforme consulta ao site do Ministério da Justiça, o programa *Crack* é Possível Vencer, é assim conceituado:

> O *Crack*, é possível vencer é um programa do governo federal coordenado pelo Ministério da Justiça que desenvolve, em parceria com outros Ministérios, uma ação integrada que envolve três frentes de atuação: prevenção, cuidado e autoridade. Dentro desses três aspectos, o programa integra vários grupos sociais, trabalhando, simultaneamente, na prevenção, no combate, na reabilitação e na reintegração social (...) visando a oferecer aos grupos de risco irrestrito apoio em todas as suas necessidades, contribuindo, desta forma, para a redução dos índices de consumo de drogas.[54]

O programa visava tomar medidas mais incisivas no enfrentamento do *crack* e outras drogas levando em consideração as bases: prevenção, tratamento, reinserção e combate ao tráfico.

Por esse mesmo motivo, o programa dá margem ao uso da internação compulsória e uso da força policial (polícia de proximidade) já que um de seus eixos de atuação é o Eixo Autoridade, o qual fomenta a articulação com as áreas de saúde e assistência social, parceria cm estados e municípios para a promoção de espaços urbanos seguros, fortalecimento das ações de inteligência e investigação e enfrentamento ao tráfico de drogas e ao crime organizado.

A participação da Polícia de proximidade, segundo o site supracitado, é assim definida:

> Para intervir nas áreas de maior consumo e concentração de *crack*, o Governo Federal irá fomentar a integração com os estados no sentido de **fortalecer a polícia de proximidade, garantindo as condições de segurança e incrementando a qualidade de vida da região**. Os operadores de segurança pública buscarão estabelecer laços de confiança com a

[54] Consulta realizada no sítio eletrônico do Ministérios da Justiça. Planos e programas. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/programas-e-planos/*crack*>. Acesso em: 20/11/2017.

> comunidade e estimular a mobilização social em torno da resolução dos problemas de criminalidade e violência que afligem a localidade. **A polícia permanecerá nas cenas de uso por meio de bases móveis, interagindo com a comunidade e ajudando a manter os espaços urbanos seguros.** (...) **A efetivação de espaços urbanos seguros poderá contribuir com o sentimento de pertencimento e com o protagonismo dos moradores da região, assegurar o direito de ir e vir e favorecer o acesso da comunidade às políticas públicas de segurança.**[55] (Grifei).

Ocorre que a política pública em questão fora totalmente desvirtuada na prática. Os índices de recuperação nessas áreas foram catastróficos. Um dos pontos primordiais do insucesso da política pública, é a utilização do tratamento forçado que deve ser usado em último caso, como já visto, principalmente porque pode se tornar ferramenta de massificação e higienização social.

Além disso, o insucesso deve-se também pela falta de preparo dos profissionais que foram relacionados para atendimento, sem suporte de profissionais da área da saúde, extremamente necessários nesses casos[56].

Conforme estudo realizado pela Folha do Piauí o programa não atingiu seu objetivo, alçando números bem menores de investimento, corroborando com um péssimo resultado:

> "O balanço oficial disponível no site do programa *Crack*, é possível vencer mostra que foram criados apenas 800 leitos de saúde mental em hospitais gerais. O número representa 32,5% do que havia sido anunciado (...) foram criados apenas 129 consultórios na rua que fazem atendimento volante – 41,8% do que havia sido prometido. Essas unidades são compostas por equipes de saúde móveis que prestam atenção integral à saúde da população em situação de rua e que trabalham junto aos dependentes com a estratégia de redução de danos (...) Os dados oficiais mostram que foram criadas 34 unidades para o atendimento de adultos e 26 unidades voltadas para o acolhimento infanto-juvenil, quando

[55] Idem.
[56] Notícia. **Combate ao crack esbarra em falta de verbas e erros de planejamento.** Jornal o Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/combate-ao-crack-esbarra-em-falta-de-verbas-erros-de-planejamento-20983995#ixzz4z4YqV73U>. Acesso aos 21/11/2017.

> o prometido foi que seriam criadas 408 unidades de acolhimento (166 para infanto-juvenis)". [57]

Ou seja, a investigada Política Pública tornou-se ineficiente se pensada do ponto de vista aqui abordado de tornar-se um meio para implementação dos direitos fundamentais.

4.3 Direito à Liberdade versus Direito à Saúde e à Vida

Com intuito de aprofundar a investigação sobre a possível afronta ao direito fundamental da liberdade no campo da internação compulsória, vale tecer consideração no que tange à essa garantia.

Conforme esclarece José Afonso da Silva, o conceito de liberdade abrange a liberdade interna e externa. Para ele a liberdade interna engloba a liberdade psicológica ou moral, liberdade subjetiva dentre outras, já a liberdade externa se subdivide em objetiva de fazer.[58]

Ainda segundo o autor, a liberdade interna está diretamente em consonância com o livre arbítrio, manifestada pela vontade interior de alguém. São de fato as escolhas que a pessoa pode fazer (escolher entre muitas opções, poder ser indiferente ao que quiser), vale lembrar que nesse caso, a existência desse tipo de liberdade se limita à esfera interna do indivíduo, ou seja, não se fala em liberdade externa.

Este estudo se volta ao direito fundamental mais básico, apregoado como sendo de 1ª geração: a liberdade e a menor intervenção do Estado nas relações individuais.

É exatamente acerca da liberdade, liberdade locomover-se, ou ainda direito de ir e vir e permanecer, direitos fundamentais garantidos na Constituição brasileira, que passar-se-á a tratar.

---

[57] Noticia. **E o programa "crack é possível vencer? " Os objetivos foram alcançados?** Disponível em < http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2017/06/02/crack-e-possivel-vencer/>. Acesso aos 12/01/2018.

[58] SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 190

A garantia à liberdade latu sensu está discriminada na Constituição brasileira de 1988:

> "Art. 5º - XV – é livre a locomoção o território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. "

Vale intensificar a ideia de que a liberdade tutelada pelo Estado, posta enquanto garantia fundamental, abarca muito mais que unicamente o direito de ir e vir, mas sobretudo, trata da liberdade associada a autonomia privada que está ligada de forma direta à capacidade de escolha e inteligência das pessoas em decidir pelos atos da vida civil, ou seja, em total consonância com o princípio da autonomia de vontade.[59]

Sendo regra a liberdade, a sua privação comporta algumas exceções, que também estão abarcadas no corpo da Constituição, e nas leis de ordem infraconstitucional. Isso porque o exercício do direito de liberdade, embora pleno, não é absoluto, podendo sofrer limites e restrições.

Exemplo disso é a previsão da Pena Privativa de Liberdade observada no Código Penal brasileiro que comporta a privação quando cometidos crimes considerados graves para as regras elencadas no ordenamento jurídico brasileiro e pelo senso comum.

Outro exemplo é que, nesse sentido, o direito de ir e vir, bem como de vir e permanecer, não pode ser plenamente exercitado de tal maneira que venha a constranger o direito de outras pessoas de também virem, irem e permanecerem.

A consagração constitucional do direito à saúde, ocorreu juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, dentre eles o já estudado direito à liberdade. Tais direitos podem ser apontados como um dos principais avanços da Constituição Brasileira.

[59] SANTOS, Francisco. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out. Dez. 1998, p.10.

Antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de "socorros públicos" da Constituição de 1824 ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência na Constituição de 1934[60].

A garantia prevista na Constituição no âmbito do direito fundamental à saúde busca dar-se de forma concretizada por diversos meios, como por exemplo, com a institucionalização do Sistema Único de Saúde (SUS).

O SUS é decorrente da evolução de dois sistemas protetivos que foram anteriormente criados, que são o Sistema Nacional de Saúde e Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde.

No Brasil, algumas das essenciais peculiaridades do regime jurídico-constitucional da garantia à saúde é, também, reflexo do processo da aceitação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), no qual saúde é entendida como sendo um estado integral de bem-estar físico, mental e social[61].

Diante dessa afirmativa, uma das explicações para a legitimação da internação compulsória seria a de que mais vale o Estado intervir na esfera particular internando compulsoriamente o usuário e privando-o da liberdade do que garantir-lhe liberdade sem importar-se com sua saúde devastada pelo uso da droga. Mas até que ponto tal explicação é válida?

Embora ocorram tais exceções, a privação da liberdade de locomoção deve ser sempre tratada como medida excepcional, só podendo ocorrer quando respeitados todos os direitos individuais inerentes a pessoa humana, e, sendo assim, ao pensar no caráter restritivo da internação compulsória, o SUS e a comunidade cientifica se negam a corroborar com a ideia de que a internação possui cunho

[60] BRASIL, Ministério da Saúde. **"A Política de Saúde no Brasil nos anos 90: avanços e limites"**, p. 09- 10.
[61] SARLET, I. W. **"Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988".** In: Revista Interesse Público. Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001

terapêutico, deixando um entendimento de que deveria ser estabelecida uma outra medida[62].

Consoante a isso, vale utilizar dos ensinamentos de Kant, em que, segundo ele, respeitar a dignidade do ser humano implica dar a ela tratamento como finalidade e nunca apenas como meio. Portanto, é por isso que se torna equivocado tratar certos grupos de pessoas como instrumento em prol do bem-estar da coletividade, no caso em estudo: propor uma higienização social dos usuários de *crack*, escondendo o problema para tornar o resto das pessoas mais feliz[63].

O princípio da dignidade da pessoa humana cumpre dupla função: de se concretizar em toda e qualquer situação jurídica, tutelando a autonomia privada e, funciona ainda, como limitador da atividade do legislador, em busca de um espaço único de decisão pessoal, e questões existenciais.

Diante do relatado, tudo faz pensar que a internação compulsória coloca em conflito dois direitos fundamentais, se perfazendo em colisão: direito a vida em conflito com a liberdade de ir e vir, assim como a dignidade da pessoa humana em conflito com a autonomia da vontade.

Ocorrendo tal situação, conforme ensina Alexy[64], o ideal é identificar um instrumento capaz de definir qual direito deve prevalecer, e, ensina o autor que assim sendo, o melhor método de dirimir um conflito de direitos fundamentais é por meio do uso da proporcionalidade que pode ser verificada através de critérios de adequação do meio utilizado para a persecução do fim, real necessidade do emprego desse meio a aplicação estrito senso, que nada mais é que a ponderação.

Desse modo a teoria da ponderação busca avaliar três aspectos significativos:

---

[62] JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura** 2008, p.73.
[63] KANT. Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: 2004. p.394.
[64] ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 98

> "a) definir a intensidade da intervenção, observando o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios;
>
> b) definir a importância do direito fundamental justificador da intervenção e;
>
> c) realizar a ponderação, verificando se a importância de satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro." [65]

A internação compulsória, nesse aspecto é uma forma da privação da liberdade, que embora garantida em lei específica como exceção e que vise a saúde do internado, não garante meios para a solução da toxicomania, já que apresenta, na maioria das vezes, mero caráter higienista, dando pouca atenção ao que de fato seria o tratamento correto.

Dessa forma, pode-se entender que se infringe o direito à liberdade com a ideia teórica da garantia do direito à saúde do internado, porém, conforme exposto neste estudo, não há meio de provar que exista eficiência na medida. Ou seja, infringe-se um direito fundamental, sem garantir na prática um outro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se da presente pesquisa que a internação compulsória dos usuários de *crack*, no sentido meramente formal e material está de acordo com ordenamento jurídico, afastando, desse modo, qualquer inconstitucionalidade. Todavia, conforme restou demonstrado a partir deste estudo, a internação compulsória, oriunda de Lei aplicada por analogia, compara e trata quando comparados equivalentemente os usuários de drogas e os portadores de transtornos mentais, se perfaz em uma forma de resposta do Estado ilegítima e ilegal.

Uma Lei deve ser feita a partir da análise das necessidades sociais, seu objeto de garantia e os sujeitos a quem deve ser aplicada, e no caso em voga caso não há a mínima distinção entre os portadores de transtornos mentais e os usuários de drogas.

[65] *Idem.*

O tratamento forçado não é a saída mais eficaz. O estado aplicador, deve buscar como resposta uma fortificação da rede psicossocial e de saúde mental para tratar dos usuários de drogas de forma individualizada, a fim de que se garanta resultados positivos, fugindo de uma aplicação como mera saída para higienização social.

A internação compulsória aplicada em massa - conceito abundantemente reconhecido e utilizado na sociedade atual: a febre da massificação, da produção em massa, da compra em massa – é uma afronta aos direitos e garantias individuais. O Estado se vale da falsa ideia de garantir saúde privando os internados do direito à liberdade. Ocorre que o direito à integridade física e à saúde não estão sendo garantidos, afastando a ideia de convalescia de um direito pelo outro. Pelos índices numéricos dos resultados pouco positivos, vê-se que estão privando os internados do direito à liberdade de escolha em optar pelo tratamento e, em contrapartida, não se faz clara a ideia da garantia do direito à saúde.

Restou provado ainda que é necessário tratar os problemas que circundam atualmente o seio social, dentre eles a da drogadição extrema, pela sua raiz, não simplesmente com medidas saneadoras urgentes e ineficazes, que remetem ao simples conceito de mera higienização social para o bem-estar social.

O Estado como garantidor dos indivíduos que o compõe gasta milhões de reais por ano em programas de urgência e pouco efetivos, porque vem aplicando-os de forma isolada e massificada. Medidas com a internação compulsória precisam de interligações científicas e legitimidade social, afastando a ideia da setorização.

Entende-se que, quase sempre a internação compulsória é higienista e ineficiente, sendo apenas uma forma de esconder o problema e só deve ser adotada em última instancia.

Conclui-se que deve-se considerar como critério técnico para a internação compulsória, os direitos do paciente, a existência real de transtorno mental grave no paciente e o risco pessoal eminente ou de outras pessoas, juntamente com os

critérios substantivos, como a impossibilidade *a priori* da realização do tratamento específico em regime ambulatorial e a recusa ao tratamento indicado por um especialista, após um parecer individualizado e profundamente analisado em todos os fatores subjetivos que lhe são concernentes.

É consenso entre os profissionais da saúde empenhados na área da assistência social que a internação forçada não apresenta eficácia. A internação focada só se justifica em menos de 5% dos casos, quando, por exemplo, o dependente do *crack* também apresenta transtorno mental grave, sendo que aí não há o problema da divergência do sujeito central a quem a lei nº 10.216 resguarda e garante direitos.

Averiguou-se que o tratamento ambulatorial dado ao toxicomaníaco não é a melhor medida a ser tomada, pois é necessário que seja preservada sua e respeito. A reforma psiquiátrica prega justamente o oposto, buscando evitar a repressão e exclusão do dependente.

A dignidade da pessoa humana, como já dito, tem a finalidade de proteger a autonomia privada, bem como de limitar a atividade do legislador. Logo, a medida de internação compulsória, mostra-se inconcebível num cenário de proteção a direitos fundamentais amparados pela dignidade da pessoa, no qual a autonomia privada deve ser respeitada.

Por fim, identificou-se a importância dos profissionais de saúde, atuando juntamente com os profissionais do direito, só tem a acrescentar na busca pela melhora efetiva dos índices caóticos da droga no Brasil. Somente a partir desse fomento jurídico-social é que encontrar-se-á o ponto fundamental no controle da drogadição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 57-58.

ARAUJO, Alexandre Arnaut. **Poucas clínicas seguem rigorosamente a lei**. Revista Conjur. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2010-jan-23/clinicas-seguem-lei-internacao-doente-usuario-droga> Acesso em: 10 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5-19.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª Ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

BRASIL, Ministério da Saúde. **A Política de Saúde no Brasil nos anos 90: avanços e limites**, p. 09- 10.

BRASIL**. Constituição Federal**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em 10 jan. de 2017.

BRASIL**. Lei 10216/2001**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm> Acesso em: 20 jan. 2017.

BUSCHER, E. Richard. **Questões cruciais do atendimento a toxicômanos.** Análises Psicológicas. São Paulo, 2010.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNCÍPIOS. **Observatório do *crack*.** Brasília, 2012. Disponível em: <http://portal.cnm.org.br/sites/9700/9797/docBibliotecaVirtual/ Observatório do *Crack* (2012).pdf>. Acesso em 24 jul. de 2017.

CORNISH JW, O'Brien CP. ***Crack* cocaine abuse: an ep*idem*ic with many public health consequences**. AnnuVerPublic Health. 1996; 17:259-73.

COSTA, Ileno Izídio. **Debate "Internação compulsória" –** OAB/DF e CLDF, Auditório da OAB/DF, Brasília, 01 de abril de 2013.

DE SOUZA, Clayton Ribeiro. **Internação Compulsória de Usuários de *Crack* em Face do Princípio da Liberdade**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=07273dd0571b92c3>. Acesso em: 25 out. 2017.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Internação Psiquiátrica Compulsória: A Atuação da Defensoria Pública do Estado De São Paulo** - Revista da Defensoria Pública. Ano 5 - n.1. 2012.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. **Saúde Mental e Direitos Humanos: 10 anos da lei 10.216/2001**. Disponível no sítio

<http://seer.psicologia.ufrj.br/index.php/abp/article/view/713/529> Acesso em: 10 mar 2017.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em: 10 jan. 2018.

DRUMOND, Terezinha M. Colombo. FHEMIG. **Toxicomania: de caso de polícia a questão de saúde**, Síntese do Trabalho Monográfico. Belo Horizonte.

DUAILIBI, Lígia Bonacim. **Perfil dos usuários de cocaína e *crack* no Brasil.** Unidade de Pesquisa em álcool e drogas. Universidade Federal de São Paulo. UNIFESP, 2008.

FILHO, Vicente Greco. **Tóxicos e prevenção** – Repressão. 11ª ed. São Paulo: Saraiva 1996.

FRANCO, Sandra. **A internação compulsória de dependentes químicos é eficaz?** Revista Jurídica Virtual UOL. Capa. Disponível em: http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/84/questao-central-a-internacao-compulsoria-de-dependentes-quimicos-e-290162-1.asp Acesso em: 23 jan. de 2017.

HART, Carl. *High Price* - **A Neuroscientist's Journey of Self-Discovery That Challenges Everything**, em notícia retirada do periódico The New York Times, em 16 de setembro de 2013. Disponível em <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2013/02/04/do-black-intellectuals-need-to-talk-about-race/on-race-issues-academics-should-keep-to-their-expertise> Acesso em 20 jan. 2017.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura**. 2008, p.73.

JACQUES, Jean-Pierre. **Para acabar com as toxicomanias**. Climepsi Editores. Título original *Pour em finir avec lês toxicomanies. Phychanalyse ET pourvoyance légaliseé dês drogues*. 1ª Ed. Lisboa: 2001.

KANT. Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: 2004.

KESSLER Félix. **Uma visão psiquiátrica sobre o fenômeno do *crack* na atualidade**. Revista Psiquiatr RS. p. 96-98.

LEITE, Marcos Da Costa e Arthur Guerra de Andrade... [et al.]. **Cocaína e *Crack* dos fundamentos ao tratamento**. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul Ltda., 1999.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 15 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 860.

MARACHIN, Clesci. **Internação e ordem judicial: saberes e poderes sobre adolescentes usuários de drogas ilícitas.** Psicologia em estudo. Maringá, v; 13, n. 3, pg. 457- 465, jul./set. 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral.** 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Luciano**. Internação compulsória não é a medida mais eficaz.** http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-04-09/internacao-compulsoria-nao-e-medida-mais-eficaz-para-usuarios-de-*crack*-diz-desembargador. Agência Brasil de Comunicação. Acesso em: 20 jan. de 2017.

Notícia. **Combate ao *crack* esbarra em falta de verbas e erros de planejamento.** Jornal o Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/combate-ao-*crack*-esbarra-em-falta-de-verbas-erros-de-planejamento-20983995#ixzz4z4YqV73U>. Acesso em 21 nov. 2017.

Notícia. **E o programa "*crack* é possível vencer?" Os objetivos foram alcançados?** Disponível em < http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2017/06/02/*crack*-e-possivel-vencer/>. Acesso aos 12 jan. 2018.

Notícia. **Governo federal lança pesquisas detalhadas sobre *crack* no Brasil**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={B65AD46B-7869-40EB5EC1652B28565BC} &BrowserType=IE&LangID=pbr&params=itemID%3D{E474EDDD-20CD-46D4-9769-908D15A3AFA7}%3B&UIPartUID={2218FAF9-5230-431C-A9E3E780D3E67DFE}> Acesso em 02 jan. 2017.

Notícia. **Priorizar internação compulsória para tratamento de drogas é 'inadequado' e 'ineficaz', diz OMS**. Disponível em <HTTP://www.onu.org.br/priorizar-internacao-compulsoria-para-tratamento-de-drogas-e-inadequado-eineficaz-dis-oms/>. Acesso em 10 jan 2017.

Notícia. **Site do Senado Federal, da área "Em discussão".** Disponível em: < https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/*crack*-chama-a-atencao-para-dependencia-quimica/surgimento-do-*crack*-aconteceu-nos-eua.aspx>. Acesso em 12 dez. 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. 9° ed rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Sara. **A judicialização das políticas públicas: um desafio do judiciário brasileiro contemporâneo.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/34247/a-judicializacao-das-politicas-publicas-um-desafio-do-judiciario-brasileiro-contemporaneo>. Acesso em 14 jan. 2018.

Programa *crack* é possível vencer. Disponível em <www.brasil.gov.br/*crack*epossivelvencer> Acesso em 20 jun. de 2017

Programa Tema Quente, RedeTv exibido em 24 de janeiro de 2013. Disponível em <http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/2013_01_24_redetv/2013_01_24_redetv.html>. Acesso em 02 jan. 2017.

QUEIROZ Andrea; *et al*. **Estratégias clínicas em uma instituição para toxicômanos**. EDUFBA, CETAD, 2009, UFBA. SSA, Bahia.

Redação. **Entenda o que é internação compulsória para dependentes**. Disponível em <www.saopaulo.sp.gov.br> Acesso em: 10 fev. 2017.

Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas – 2ª Edição. Conselho Federal de Psicologia. Disponível em: < http://site.cfp.org.br/publicacao/relatorio-da-4a-inspecao-nacional-de-direitos-humanos-locais-de-internacao-para-usuarios-de-drogas-2a-edicao/>. Acesso em 12 jul. 2017..

RODRIGUES, Thiago. **Política de drogas e lógica dos danos**. São Paulo, 2009

SANTOS, Francisco. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional.** Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998, p.10

SANTOS, Juarez França dos. **O *crack*: o grande mal do século XXI, 2011**. 40 p. Monografia (Especialização em políticas e gestão em segurança pública) – Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá, Florianópolis, 2011.

SARLET, Ingo. Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. In: Revista Interesse Público. Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001.

SARLET, Ingo. Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 – 42.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. Ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, p. 178.

VARELLA, Dráuzio. **Internação Compulsória**. Disponível em: http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/internacao-compulsoria-2/. Acesso em 20 jan. de 2017.

A TRANSPARÊNCIA DOS RESULTADOS DAS AVALIAÇÕES NO PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAIS DO SISTEMA "S"

Ana Letícia de Carvalho Silva

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa trata da transparência pública relacionada aos processos de prestações de contas anuais das entidades que compõem o Sistema "S", com o advento da Lei nº 12.527, de 18/11/2011, denominada Lei de Acesso à Informação (LAI). Tem como objetivo analisar o dever de transparência ativa atribuída pela LAI ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), tendo em vista o conteúdo de manifestações e recursos administrativos interpostos por entidades do Sistema "S" contrárias à divulgação das peças relatório de auditoria, certificado de auditoria e parecer do dirigente do controle interno, na rede mundial de computadores, antes do julgamento das contas pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Desse modo, a pesquisa buscou fundamentação, principalmente na legislação aplicável ao controle interno e na doutrina, notadamente do direito constitucional, administrativo, processual administrativo e também tributário, com o objetivo de analisar a aplicabilidade do acesso, pelo cidadão e independentemente de requerimentos, a resultados de avaliações da CGU relativas a prestações de contas públicas, direito fundamental e dever do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Transparência. Controle Interno. Sistema "S". Auditoria.

ABSTRACT

This study reviews public transparency combined with yearly accountability of the entities that encompass the Brazilian "S System". It takes into consideration the advent of Law number 12.527, which went into effective on November 18, 2017. This law is also known as the "Access of Information Law". This study presents a review of how this law grants active transparency powers to the Office of the Comptroller General (CGU), relative to administrative petitions and appeals

submitted by the “S System”. Some of the entities that comprise the Brazilian “S System” are against releasing CGU audit reports and certificates on the Internet prior to them being examined by the Federal Audit Court. This study is supported by relevant audit legislation and legal literature (particularly constitutional, administrative, administrative procedure, and tax laws); and it provides an examination of public access to CGU audits (without prior request), which is a fundamental right and obligation of the Brazilian Legal Democratic State.

Keywords: Transparency, Audit, “S System”

1 INTRODUÇÃO

O acesso a informações públicas compõe o rol de direitos fundamentais expressamente disposto na Constituição de 1988, e igualmente integra textos de convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil figura como signatário, o que revela a sua importância para a defesa de interesses individuais e coletivos nos Estados Democráticos de Direito.

A publicação da Lei nº 12.527, de 18/11/2011, denominada Lei de Acesso à Informação (LAI), sistematizou e unificou procedimentos para o acesso a dados e documentos produzidos e/ou custodiados por órgãos federais, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Entre as determinações da LAI aplicáveis ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), destaca-se o dever de divulgar, independente de requerimentos, os resultados de diferentes tipos de avaliações e de apurações, inclusive relacionadas à prestação de contas de responsáveis pela gestão de recursos públicos. E, seguindo, entre outras, as diretrizes da LAI de “utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação” e de “desenvolvimento do controle social da administração pública”, a CGU passou a divulgar os resultados dessas avaliações e apurações diretamente em sua página na *internet*.

O presente trabalho insere-se nesse contexto de direito de acesso a informações pública, tendo como objetivo geral analisar a aplicabilidade da divulgação pela CGU, na *internet*, de relatórios de auditoria e demais peças produzidas por esse órgão de controle interno, com o fito de instruir processos de

prestação de contas de responsáveis pela gestão de entidades paraestatais Serviços Sociais Autônomos, também conhecidas como Sistema “S”.

Informa-se que o tema foi selecionado em decorrência da irresignação de entidades do Sistema “S” que se manifestaram contrárias à publicidade do integral conteúdo das referidas peças antes do julgamento técnico-administrativo pelo Tribunal de Contas da União (TCU), quando solicitadas suas manifestações formais para a indicação de informações passíveis de serem classificadas como sigilosas nesses documentos.

Como objetivos específicos, almejam-se identificar ações para a construção da cultura da transparência pública e fomento ao controle social; identificar o nexo causal entre o fenômeno da parafiscalidade e a obrigação de o Sistema “S” prestar contas à sociedade; e diferenciar as processualidades dos controles interno e externo no processo administrativo de prestação de contas anuais.

Quanto à estruturação deste trabalho, no primeiro capítulo serão elencados os alicerces para o reconhecimento do acesso à informação como direito constitucional. Outrossim, será demonstrada a evolução da transparência pública no Brasil, a qual iniciou restrita à publicidade de normas e atos administrativos e, atualmente, encontra-se respaldada nas disposições da LAI, cujas diretrizes e procedimentos objetivam assegurar o acesso a dados e informações públicas como regra geral, salvo hipóteses legais de sigilo.

No segundo capítulo abordar-se-á o tema controle, destacando características dos controles da Administração Pública com a finalidade de aprofundar questões relativas ao Controle Legislativo Financeiro e, assim, possibilitar a compreensão dos papéis constitucionais desempenhados pelo TCU e CGU, sujeitos do processo de prestação de contas.

No terceiro capítulo serão apresentadas informações sobre o cenário da criação do Sistema “S”, a natureza jurídica dessas entidades e dos recursos por elas

geridos, aspectos necessários para enquadrá-las também como sujeitos desse processo de contas.

Por fim, no quarto capítulo será realizada a análise da aplicabilidade da divulgação pela CGU, na *internet*, das peças da prestação de contas anuais do Sistema "S", sopesando questões legais e procedimentais, a saber: as disposições da LAI, as competências e a forma de atuação desse órgão de controle interno, diante das normas e dos princípios norteadores do processo administrativo.

Adotar-se-á como tipo de pesquisa a dogmática (instrumental), a partir do levantamento de informações na doutrina, principalmente do direito constitucional, administrativo, processual administrativo e também tributário. Igualmente buscar-se-ão legislações especialmente relacionadas ao histórico do controle financeiro e jurisprudências correlatas ao tema. Considerando os objetivos deste trabalho, dar-se-á às análises enfoque no mundo empírico, não limitado, assim, as conclusões à compreensão meramente adstrita às fontes desta pesquisa jurídica.

A análise quanto à divulgação de peças de processos de contas independentemente de uma decisão que ratifique os termos nelas contidos aborda aspectos que transcendem às questões de eficácia da norma jurídica, tendo em vista envolverem questões de autonomia e independência funcional na administração pública, com potencial para interferir no alcance e na efetividade do controle social na gestão de contribuições parafiscais.

2 O DIREITO DO ACESSO E DA TRANSPARÊNCIA ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS

2.1 Do conceito de Informação

Por representar um conjunto organizado de dados e ideias, a informação constitui fenômeno indispensável às relações humanas, à construção do conhecimento e do desenvolvimento social.

Sem pretensões de adentrar no estudo da Teoria da Informação e da Comunicação, cita-se Araujo, segundo a qual o termo informação tem origem no latim *informare*, que significa dar *"forma ou aparência, criar, representar, apresentar".*[1] A sua transmissão pressupõe um processo de comunicação (emissor e receptor), bem como integrar um sistema qualquer de sinais ou de codificação, bem como um canal de comunicação.[2]

Seja qual for a mensagem ou o canal utilizado, transmitir informação denota interação social. Atualmente, o conceito de informação para a Administração Pública está determinado no art. 4º da Lei nº 12.527, de 18/11/2011, qual seja: *"dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato."* [3]

A informação, de maneira isolada, não é capaz, necessariamente, de gerar conhecimento. Por conseguinte, pode ser associada a um processo que envolve três momentos. O primeiro momento se refere à informação potencial, porquanto ainda sem valor agregado. Em seguida, a informação consolidada, já com valor agregado; e, por último, a informação que se transforma em conhecimento propriamente dito, deixando de ser fim e tornando-se meio.[4]

Esse processo de conhecimento tem o condão de fomentar, no âmbito político, o fenômeno participativo, afastando os indivíduos da pobreza política, da vivência na condição de massa de manobra, de objeto de manipulação e dominação a serviço de outros.[5] No âmbito econômico-social, o desenvolvimento de tecnologias e as estratégias de planejamento voltadas à melhoria das condições humanas são outras potencialidades do emprego da informação.

---

[1] ARAUJO, Vânia Maria Rodrigues Hermes de. *Sistemas de Informação: nova abordagem teórico-conceitual*. Ciência da Informação, 1995. apud VARELA, Aida. *Informação e construção da cidadania*. Brasília: Thesaurus Editora, 2007. p. 30.

[2] PIGNATATI, DÉCIO. *Informação linguagem comunicação*. 6. ed. São Paulo: Cultrix Ltda., n/d. p. 12.

[3] BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[4] VARELA, op. cit., p. 48.

[5] DEMO, Pedro. *Avaliação Qualitativa: Polêmicas do nosso tempo*. 5. ed. São Paulo: Editora Autores Associados, 1995. p. 15.

Dado o potencial transformador, tanto para o indivíduo como no âmbito da coletividade, o reconhecimento do acesso à informação como resultado de um processo histórico complexo motivou a sua chancela como direito do homem, constitucionalmente reconhecido no direito brasileiro, mediante normatização ultra e infraconstitucional.

2.2 Do direito constitucional à informação

O acesso à informação, hoje consagrado como direito fundamental do homem[6] e disposto nos incisos, XXXIII, XXXIV, LXXII, LXXVII do art. 5º da Constituição de 1988, possui raízes na Revolução Francesa, momento de intensas agitações políticas e sociais, do estabelecimento de limitações ao poder estatal e da definição de direitos e garantias do homem[7].

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França, em 26/08/1789, a qual solidificou as bases do constitucionalismo moderno[8], dispôs que "A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração." [9] Depreende-se que a finalidade e a forma de aplicação de recursos estatais já figuravam entre os problemas da sociedade francesa burguesa, haja vista a malversação de recursos

[6] "Com efeito, não se poderá encontrar absoluta identidade entre "direitos fundamentais", "direitos do homem" ou "direitos humanos", porquanto a designação de "fundamentais" é dedicada àquele conjunto de direito assim considerados por específico sistema normativo-constitucional, ao passo que "direitos do homem" ou "direitos humanos" são terminologias recorrentemente empregadas nos tratados e convenções internacionais." SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 599.

[7] "[...] Iniciada pelos "patrícios", como observou Chateaubriand, aparece como o último episódio da luta sustentada pela aristocracia contra a monarquia capetiana, e, assim, encerra a história do antigo reinado. Rematada pelos "plebeus", assegura a ascensão da burguesia; inaugurando dessa maneira a história moderna da França, não salienta menos o período anterior, porque a germinação de tal classe, no seio do mundo feudal por ela minado, constituía um dos traços dominantes de uma longa evolução." LEFEBVRE, Georges. *A Revolução Francesa*. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1966. p. 17.

[8] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010. p. 1.

[9] CALDERON, Mariana Paranhos. *A Lei de acesso à informação e seu impacto na atividade de inteligência*. 1. ed. Campinas: Milennium, 2014. p. 3.

disponíveis impactarem negativamente no desenvolvimento econômico e no bem estar social.[10]

Sobre a finalidade da aplicação dos recursos, a Declaração de 1789 elencou a necessidade de uma contribuição comum e dividida entre os cidadãos, com o objetivo de manutenção da força pública e o custeio de despesas de administração. E, no que se refere à forma de execução, definiu-se, como direito dos cidadãos o poder de se verificar a necessidade e a razoabilidade da mencionada contribuição, bem como o seu emprego pelo estado, diretamente ou por meio de seus representantes. [11]

Outrossim, na Declaração consta determinação sobre a liberdade de comunicar opiniões e ideias, considerada como um dos direitos do homem mais preciosos, autorizando, assim, "falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei."

Não obstante, de acordo com Toby Mendel, a noção de "liberdade de informação" foi reconhecida durante a primeira sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, materializada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10/12/1948.[12]

Para esse autor, a Declaração Universal constituiu marco histórico por dispor acerca da liberdade de expressão e opinião, incluindo em seus termos o direito à informação: "Art. XIX. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões

[10] Quanto à sociedade da época, especialmente às condições de camponeses: "[...] O campo pagava quase todo o imposto; aos nobres solicitavam-se apenas pequena parte das taxas e dos vigésimos; o burguês era dirigido, e o clero se limitava ao dote gratuito." LEFEBVRE, Georges. *A Revolução Francesa*. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1966. p. 60.

[11] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1798*. São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/>. Acesso em: 22 maio 2018.

[12] MENDEL, Toby. *Liberdade de informação*: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: Unesco, 2009. p. 8. Apud CALDERON, Mariana Paranhos. *A Lei de acesso à informação e seu impacto na atividade de inteligência*. 1. ed. Campinas: Milennium, 2014. p. 2.

e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” [13]

Além de reforçar o direito de expressão e de liberdade de opinião já elencado na Declaração Francesa de 1789, observa-se o emprego do termo “informações”’ de maneira generalista, e sem fazer alusão a dados e documentos produzidos pelo Estado em atividades de administração. [14]

De todo modo, as Declarações dos Direitos Humanos trouxeram consigo não uma noção abstrata ou de otimismo ideológico[15] do acesso à informação e demais direitos individuais, mas os alicerces das demais gerações de direitos,[16] indispensáveis para assegurar a instituição e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Sobre o tema, citam-se também a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão assinadas pelo Brasil.

Na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, recepcionada pelo Decreto nº 5.687, de 31/01/2006, dispôs-se acerca da adoção de medidas necessárias para aumentar a transparência e a participação da sociedade com base no acesso a informações públicas.[17]

---

[13] CALDERON, op. cit., p. 2.

[14] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 588.

[15] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 589.

[16] Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios Gerais de direito público*, 1966. In MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2010. p. 31. Os de terceira geração são chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, e uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, RTJ 155/206. In MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 31 – 32.

[17] BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

A Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27/10/2000, afirma que "O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito [...]", sendo que as limitações excepcionalmente admitidas devem estar previamente estabelecidas em lei.[18]

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está previsto no art. 5º, inciso XIV, que "[...] é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional." [19]

Não obstante a chancela constitucional, o direito de acesso à informação também apresenta limitações na própria Carta Magna e em tratados internacionais de direitos humanos, principalmente quando há risco de impactos na segurança e defesa nacional, na privacidade e outros interesses privados legítimos, bem como nas atividades de inteligência investigativa.

Nessa esteira, cita-se, entre outros, que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16/12/1966, e ratificado pelo Brasil, em 06/07/1992, por meio do Decreto n.º 592, já determinava o acesso à informação como direito, com as restrições legais:[20]

> 2.Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

[18] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[19] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[20] CALDERON, Mariana Paranhos. A Lei de acesso à informação e seu impacto na atividade de inteligência. 1. ed. Campinas: Milennium, 2014. p. 8.

> 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. [21]

Outro aspecto de relevo no acesso à informação é a sua intrínseca vinculação ao exercício da cidadania, "[...] expressão que identifica a qualidade da pessoa que, estando na posse de plena capacidade civil, também se encontra investida no uso e gozo de seus direitos políticos [..]". [22] Acresce-se ao conceito de cidadania o dever de o cidadão exercer seus direitos, como ocorre nas eleições de representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, pelo sufrágio universal, voto direto, secreto e obrigatório.[23]

Num contexto mais amplo, o exercício da cidadania constitui ferramenta essencial perante o desafio de amenizar ou superar graves problemas sociais, políticos e econômicos comuns à população brasileira. E, para tanto, certos componentes são considerados cruciais, quais sejam, a educação, a organização política, a identidade cultural, a informação e a comunicação.[24] Pondera-se, por conseguinte, que o acesso à informação é ferramenta relevante para o funcionamento de uma política democrática, com a fruição de direitos e garantias.

Restringindo as análises do direito à informação ao âmbito de interação entre a sociedade e o Estado, retomam-se as disposições da Declaração Francesa no século XVIII com o objetivo de adentrar na seara no Direito Administrativo, a respeito da transparência na gestão e na prestação de contas de recursos públicos.

---

[21] BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[22] SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico Conciso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 155.

[23] No Brasil, há dispositivos de direitos de cidadania nas Constituições do Império e da República, sendo que sua ampliação ocorreu por meio da Constituição de 1934 e de 1946. VARELA, Aida. *Informação e construção da cidadania*. 1. ed. Brasília: Thesaurus, 2007. p. 67.

[24] DEMO, Pedro. *Cidadania Tutelada e Cidadania Assistida*. Campinas: Autores Associados, 1995. apud VARELA, Aida. *Informação e construção da cidadania*. 1. ed. Brasília: Thesaurus Editora, 2007. p. 68.

2.3 Histórico do acesso à informação pública no Brasil

Conforme já explicitado, o acesso à informação é direito constitucional, e quanto maior for a acessibilidade, mais democrático será o regime, e maior a possibilidade da participação da sociedade na formação dos atos e das decisões administrativas e políticas.[25]

No que se refere aos documentos produzidos pela Administração Pública, a legislação brasileira voltada às regras da divulgação data do século XIX, e abrange diversos assuntos e procedimentos vinculados à história da imprensa oficial ainda no período da Colônia.

Com a assinatura do Decreto de 13/05/1808, pelo Príncipe Regente Dom João, foi criada a Imprensa Régia no Rio de Janeiro, com o objetivo de divulgar, com exclusividade, os atos normativos, administrativos e oficias daquele governo.[26] Na sua obra, Hely Lopes Meirelles aponta que, a partir da vigência do Decreto nº 572, de 12/07/1890, fixou-se o momento de validade de leis da União e decretos do Governo Federal, qual seja, posteriormente à publicação oficial. [27]

Já a uniformização de nomenclaturas e a classificação da natureza de correspondências oficiais, quanto ao grau de sigilo (secreta, confidencial, reservada e ostensiva ou ordinária) ocorreu com a publicação do Decreto nº 1.081, de 03/09/1936.[28] Não há, nessa norma, prazos de restrição para a desclassificação ou

[25] NOGUEIRA, Alberto, Jr. *Cidadania e o direito de acesso aos documentos administrativos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12.
[26] BRASIL. *Collecção das Leis do Brazil de 1808*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. p. 29-30. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18319/colleccao_leis_1808_parte1.pdf?sequence=4>. Acesso em 22 maio 2018.
[27] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 100.
[28] NOGUEIRA, Alberto, Jr. *Cidadania e o direito de acesso aos documentos administrativos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 332.

procedimento voltado ao acesso público a informações com restrição, sendo facultado a cada ministério baixar instruções especiais sobre a matéria.[29]

Consoante o direito de peticionar ao poder público, o art. 141, § 36 da Constituição de 1946, relativo a direitos e garantias individuais, determinou que a lei asseguraria "[...] a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram; a expedição das certidões requeridas para defesa de direito; e a expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo." Requeria-se, portanto, para a expedição de certidões, a comprovação da legitimidade e do interesse jurídico, mantido na Constituição Federal de 1967 e na Constituição de 1969.[30]

Com o advento da Lei nº 94, de 16/09/1947, e atendendo às peculiaridades de cada caso, consentiu-se a Juízes das Varas das Fazendas Públicas a formal requisição de processos administrativos relacionados a demandas submetidas ao Judiciário, em que fossem interessadas a União, os Estados, os Municípios, ou suas autarquias. Naquela época, o Judiciário deveria usar "[...] com descrição da requisição dos processos..." e que não seria lícito "[...] paralisar um processo administrativo para satisfazer a curiosidade de membros de outro poder." [31]

O Decreto nº 27.583, de 14/12/1949, aprovou o Regulamento para a Salvaguardas das Informações que Interessam à Segurança Nacional (R. S. I. S. N.), apresentando as classificações de documentos quanto ao grau de sigilo em ultra secreto, secreto, confidencial e reservado. Essa norma franqueou a baixa de

[29] BRASIL. *Decreto nº 1.081, de 3 de setembro de 1936.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1081-3-setembro-1936-450604-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 maio 2018.

[30] NOGUEIRA, Alberto, Jr. *Cidadania e o direito de acesso aos documentos administrativos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.333 e 344.

[31] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Processo Administrativo: Requisição pelo poder Legislativo. Sigilo sobre atos Administrativos. Separação e Independência dos Poderes*. Revista de Direito Administrativo n. 17, jul/set. 1949. In NOGUEIRA, Alberto, Jr, op. cit., p. 341.

classificação, ou seja, a atenuação do grau de sigilo de documento ou material, e até a sua desclassificação quando recomendável.[32]

Como resquícios dos efeitos dos Regulamentos para as Salvaguardas das Informações editados pelos Decretos nº 27.930/1950, nº 60.417/1967, nº 69.534/1971 e nº 70.099/1977[33], destaca-se que muitos documentos sigilosos produzidos ao logo da ditadura militar pelo Serviço Nacional de Informação (SNI) foram destruídos sem motivação específica, bastando a lavratura de "Termo de Destruição" assinado também por testemunha.[34]

Desse modo, para o acesso a informações necessárias à elaboração do Relatório da Comissão Nacional da Verdade[35], e a identificação dos perfis de 434 mortos e desaparecidos políticos no Brasil e no exterior de 18/09/1946 a 05/10/1988, considerando ainda o "padrão de resposta negativa ou insuficiente vigente há cinquenta anos", foram analisados, entre outros, documentos enviados por:

> [...] organizações de familiares de mortos e desaparecidos políticos; comissões estaduais, municipais e setoriais da verdade; comitês populares de memória, verdade e justiça; sindicatos; entidades de direitos humanos; universidades; órgãos das administrações federal, estaduais e municipais de todo o país; instituições legislativas, judiciárias e do Ministério Público; arquivos públicos; Estados estrangeiros; organizações internacionais; imprensa.[36]

Até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, não se identificavam disposições de acesso a documentos públicos, constando apenas a

---

[32] BRASIL. *Decreto nº 27.583, de 3 de dezembro 1949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D27583impressao.htm>. Acesso em 22 maio 2018.

[33] Consoante texto do Decreto nº 70.099, de 06/01/1977, constata-se flagrante discricionariedade na investigação para se conceder o credenciamento de segurança, a saber, "lealdade e confiança; caráter e integridade moral; hábitos e atitudes no trato com assunto sigiloso; e ligações e amizades." NOGUEIRA, Alberto, Jr. *Cidadania e o direito de acesso aos documentos administrativos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 351.

[34] FOLHA DE S. PAULO. *Ditadura destruiu mais de 19 mil documentos secretos*. Brasília, 7 set. 2012. Brasil. Disponível: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/07/1113575-ditadura-destruiu-mais-de-19-mil-documentos-secretos.shtml>. Acesso em: 22 maio 2018.

[35] Criada pela Lei n.º 12.528, de 18/11/2011, com o objetivo de promover a apuração e o esclarecimento público das graves violações de direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988.

[36] BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, de 10 de dezembro de 2014, v 3, p. 28-29. Disponível: <http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em 22 maio 2018.

proteção especial dos documentos pelo Poder Público como medida de amparo à cultura, bem como de preservação de "[...] obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas." [37]

Com a promulgação da Constituição de 1988, além de os documentos públicos figurarem como patrimônio cultural brasileiro[38], o Estado deveria geri-los e franquear-lhes o acesso. Segundo Manoel Jorge Silva Neto, o presente dispositivo constitucional figura norma "agendi", ao definir que haverá garantia ao pleno acesso aos direitos culturais e às suas fontes; e "facultas agendi", ao tutelar o direito à cultura, incluído no rol de direitos fundamentais. [39]

Nessa esteira, foi publicada a Lei nº 8.159, de 08/01/1991, que dispunha sobre a política nacional de arquivos públicos[40] e privados, regulada pelo Decreto nº 2.134, de 24/01/1997 e, posteriormente, pelo Decreto nº 4.553, de 27/12/2002, que determinou o direito de acesso pleno aos documentos públicos, com as ressalvas regulamentadas quanto ao sigilo. [41] O Capítulo V, "Do Acesso e do Sigilo dos Documentos Públicos" foi revogado pela Lei nº 12.527, de 18/11/2012, a Lei de Acesso à Informação (LAI).

---

[37] BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[38] A Emenda Constitucional nº 71, de 29/11/2012, acresceu o art. 216-A à Constituição com o objetivo de instituir o Sistema Nacional de Cultura, voltado à gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade. Como princípio, inclui-se a transparência e o compartilhamento de informações. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[39] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 833.

[40] Como arquivo, dispunha o Art. 2º: *"Consideram-se arquivos, para os fins desta Lei, os conjuntos de documentos produzidos e recebidos por órgãos públicos, instituições de caráter público e entidades privadas, em decorrência do exercício de atividades específicas, bem como por pessoa física, qualquer que seja o suporte da informação ou a natureza dos documentos"* BRASIL. *Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8159.htm>. Acesso em 22 maio 2018.

[41] Além dos citados incisos da Constituição de 1988, Calderon faz menção ao inciso XVI do art. 5º, o qual dispõe sobre o direito de reunião em locais abertos ao público. CALDERON, Mariana Paranhos. *A Lei de acesso à informação e seu impacto na atividade de inteligência*. 1. ed. Campinas: Milennium, 2014. p. 12.

A Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1988, alterou o § 3º do art. 37 da Constituição de 1988, ampliando o seu sentido ao tratar da participação do usuário na administração pública direta e indireta, quanto a reclamações associadas à prestação de serviços públicos, e necessária regulamentação legal do acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, com observância ao art. 5º, incisos X e XXXIII.[42]

A regulamentação da parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição de 1988, pertinente às ressalvas ao acesso a informações diante da segurança da sociedade e do Estado, foi efetivada pela Medida Provisória nº 228, de 09/12/2004, que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 5.301 na mesma data, e, posteriormente, convertida na Lei nº 11.111, de 05/05/2005, também revogada pela Lei de Acesso à Informação (LAI). [43]

2.4 Histórico do acesso às contas públicas no Brasil

Como serviço público conceitua-se toda e qualquer atividade que, por sua essencialidade ou exclusividade, é efetuada pela Administração, direta ou indiretamente, de modo a satisfazer as necessidades e os interesses coletivos ou públicos, os quais, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, correspondem "[...] a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade", pois configuram os anseios do todo, do conjunto social.[44]

Nesse sentido, a gestão transparente da Administração implica o rompimento com velhas práticas que tratavam a informação pública como propriedade governamental, com o fito de fomentar a participação da sociedade e a *accountability*, "[...] palavra de origem inglesa e sem tradução para o português, mas

[42] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 maio 2018.
[43] CALDERON, Mariana Paranhos. *A Lei de acesso à informação e seu impacto na atividade de inteligência*. 1. ed. Campinas: Milennium, 2014. p. 13.
[44] DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 57-58.

comumente associada à obrigação dos governantes de prestar contas de suas ações e de por elas se responsabilizarem, perante a sociedade." [45]

Tendo em vista que as atividades atribuídas ao poder público integram o texto constitucional, nada mais apropriado que também estejam nele normatizadas a previsão de receitas e a execução de despesas, associadas às diretrizes para a concretização de políticas e demais objetivos do Estado.[46] E esse planejamento de gastos voltados ao fim público corresponde a primeira função administrativa, e integra o conceito de orçamento público, ou finanças públicas.[47] Dada a sua imprescindibilidade, o orçamento[48] é instrumento governamental presente desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824. [49]

---

[45] ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. *Transparência e accountability no Estado Democrático de direito*: reflexões à luz da Lei de Acesso à Informação. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1, 90-93, nov. 2012.

[46] Vide art. 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII c/c art. 25, § 2º c/c art. 175 da Constituição de 1988. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 140-150.

[47] CASTRO, Domingos Poubel. *Auditoria, contabilidade e controle interno no setor público*: integração das áreas do ciclo de gestão: planejamento, orçamento, finanças, contabilidade e auditoria e organização dos controles internos, como suporte à governança corporativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 25. Baleeiro, sobre o Direito Financeiro: ramo que "[...] abrange todas as normas jurídicas pertinentes à atividade exercida pelas pessoas de Direito Público – inclusive, hoje, até as de ordem internacional, - para obtenção e emprego dos recursos necessários ao desempenho de suas atribuições. Por força de compreensão, abarca o imenso campo dos tributos, mas também o das rendas não tributárias, o dos empréstimos, o das despesas públicas, o do orçamento e, a meu ver, o da criação da moeda fiduciária". BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro.* 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. XXXVI da Introdução.

[48] O orçamento público é o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, e de forma pormenorizada, as despesas destinadas ao serviço público e outros fins da política econômica, bem como a arrecadação de receitas já criadas por lei. CAMPOS, Djalma. *Direito Financeiro orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995.p. 69. apud FARAG, Cláudio. *Roteiro de Direito Financeiro*. 2. ed. Brasília: Fortium: 2005. p. 15.

[49] Naquele momento, a elaboração da proposta orçamentária competia ao Poder Legislativo, a qual passou para o Poder Executivo mediante reforma constitucional em 1826. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 89. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, contrariamente, estabeleceu a elaboração da proposta orçamentária pelo Congresso Nacional. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1. Assim, ao legislativo competia privativamente orçar anualmente a receita e fixar anualmente a despesa, segundo o art. 34. BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 22 maio. 2018. A Constituição de 1934 fixou a consolidação das propostas orçamentárias dos demais Ministérios, a qual era encaminhada pelo Presidente para a Câmara dos Deputados, posteriormente apreciada pelo Congresso Nacional. Por sua vez, a Constituição de 1937 passou para a Câmara dos Deputados a competência para a aprovação do orçamento. A Constituição de 1946 devolveu ao Congresso a

Pertinente destacar que, com a edição da Lei nº 4.320, de 17/03/1964, o orçamento e o planejamento foram integrados, compondo "[...] um plano de trabalho expresso por um conjunto de ações a realizar e pela identificação dos recursos necessários", denominado como orçamento-programa.[50] Até então, o orçamento era o clássico ou tradicional, pois "[...] apenas dotava um órgão qualquer com as dotações suficientes para o pagamento de pessoal e compras de material de consumo e permanente para o exercício financeiro, sem maiores preocupações com o objetivo a ser alcançado com o gasto".[51]

Quanto à transparência das contas públicas, cita-se que o art. 82 da Lei 4.320, de 17/03/1964, tratou da prestação de contas anuais, ou seja, da vinculação de recursos públicos na execução da atividade administrativa[52]: "O Poder Executivo, anualmente, prestará contas ao Poder Legislativo, no prazo estabelecido nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios."

A Constituição de 1988, na seara do Direito Financeiro, trouxe, sobretudo, avanços com a criação do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), estabelecidos por leis de iniciativa do Poder Executivo. [53]

O PPA é instrumento destinado a organizar e a viabilizar a ação estatal, mediante a definição de um conjunto das políticas públicas para um período de 04

competência de aprovador final, cenário mantido pela Constituição de 1967. CARVALHO, op. cit., p. 02.

[50] "Art. 2° A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Govêrno, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade." BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de* 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em 22 maio 2018.

[51] RIBEIRO. Renato Jorge Brown. *AFO:* Administração Financeira e Orçamentária. Brasília: Vesticon, 2003. p. 22-23. A Constituição de 1988 devolveu ao Legislativo a prerrogativa de propor emendas ao projeto de lei do orçamento sobre as despesas, retirada pela Constituição de 1967. RIBEIRO, op. cit., 26.

[52] Em sentido objetivo, a Administração Pública compreende as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas, correspondendo à função administrativa. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

[53] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

anos. [54] Outrossim, a LDO constitui ferramenta de planejamento estratégico e de transição entre o PPA e a LOA.[55]

Não obstante todos os avanços no orçamento público, por meio dos quais se tornou possível identificar as estratégias e as regras para os dispêndios do governo, a transparência pública das ações orçamentárias e os seus resultados ainda careciam de medidas concretas.

Em observância à Constituição de 1988, foi publicada a Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), estabelecendo normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.[56] A LRF abrangeu disposições sobre planejamento (PPA, LDO e LOA), controle das contas públicas, dívida e endividamento público, responsabilização dos gestores públicos e transparência na gestão.

---

[54] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *O PPA*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/migracao/planejamento-e-investimentos/plano-plurianual/o-ppa/o-ppa >. Acesso em: 04 jun. 2015. Constituição de 1988, Art. 165, § 1º: *"A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada."*

[55] RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *AFO:* Administração Financeira e Orçamentária. Brasília: Vesticon, 2003. p. 22-23. p. 41. Constituição de 1988, Art. 165, § 2º: *"A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento."* BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2018. Já com relação à LOA, vide Art. 165, § 5º: "A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público." BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[56] "[...] pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar." BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

Com o objetivo de promover o acompanhamento da execução financeira dos programas e ações governamentais pelo cidadão, estimulando, assim, a transparência da gestão pública com a participação e o controle social, foi lançado o Portal da Transparência do Governo Federal em novembro de 2004.[57] O Decreto n° 5.482, de 30/06/2005, e a Portaria Interministerial nº 140, de 16/03/2006, determinaram a órgãos e entidades da administração pública federal a manutenção de página denominada Transparência Pública na rede mundial de computadores. [58]

Antes, contudo, houve iniciativas governamentais para a transparência da informação pública na *internet*. Já a partir de 1993, vários Ministérios, entre eles o da Fazenda e o da Ciência e Tecnologia, iniciaram a divulgação virtual de informações de suas competências.[59] Em 1997, foi criado o embrião do Programa InterLegis, que objetivou constituir-se numa comunidade virtual para facilitar troca de conhecimento notadamente sobre educação, comunicação e tecnologia, bem como para a disseminação de informações atinentes ao controle do orçamento público.[60] Em 2001, o Portal Contas Públicas do Tribunal de Contas da União (TCU) foi implantado em cumprimento à Lei n.º 9.755, de 16/12/1998. [61]

---

[57] A gestão do Portal da Transparência (http://www.portaldatransparencia.gov.br/) é de competência do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), sendo que os órgãos e entidades da administração pública federal deverão fornecer, até o 15º dia do mês subsequente ao da execução orçamentária, os dados necessários para a alimentação do Portal. BRASIL. *Decreto nº 5.482, de 30 de junho de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5482.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[58] BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Portaria Interministerial nº 140, de 16 de março de 2006*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu-mpog_140_2006.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

[59] OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *"Controle Social em rede da administração Pública Virtual."* In: ROVER, José Aires (Org.). *Direito e Informática*. Barueri: Manole, 2004. p. 170.

[60] OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *Controle Social em rede da administração Pública Virtual*. In: ROVER, José Aires (Org.). *Direito e Informática*. Barueri: Manole, 2004. p 161-162.

[61] Para a divulgação dos dados e informações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a título de contas públicas relativas a tributos arrecadados; relatórios resumidos da execução orçamentária; o balanço consolidado das contas; os resumos dos instrumentos de contrato ou de seus aditivos; e as relações mensais de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta: http://www.contaspublicas.gov.br. BRASIL. *Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1998*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9755.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

A Lei Complementar nº 131, de 27/05/2009, conferiu alterações na LRF relacionadas à transparência na atuação administrativa ao determinar a ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos, dos planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; das prestações de contas e o respectivo parecer prévio; do Relatório Resumido da Execução Orçamentária e do Relatório de Gestão Fiscal; e das versões simplificadas desses documentos.

A transparência a informações públicas constitui, assim, um processo evolutivo que compreendeu desde a vigência formal de normas e atos administrativos, a classificação de materiais e documentos e, recentemente, o seu franqueamento ao público em geral como regra com a publicação da Lei n.º 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação.

2.5 Lei n.º 12.527, de 18/11/2011: A Lei de Acesso à Informação.

Conforme já relatado, o acesso a informações públicas integra o rol de direitos constitucionais e está previsto em convenções e tratados dos quais o Brasil é signatário, haja vista ser direito fundamental do homem e do cidadão. Portanto, a sua efetivação constitui dever do Estado na busca do fortalecimento do sistema democrático e participativo. [62]

Nesse sentido, em 26/02/2003 foi proposto o Projeto de Lei – PL nº 219/2003, com a seguinte ementa: "Regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública." [63] A esse PL, foram apensados os anteprojetos de Lei nº 1019/2007, nº 1924/2007 e nº 316/2009.

Conforme a exposição de motivos, o PL nº 219/2003 é resultado do grupo de trabalho formado para estudo de propostas e normatização do tema acesso à

[62] BRASIL. Governo Federal. *Acesso à Informação Pública:* Uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

[63] BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projetos de Leis e Outras Proposições*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105237>. Acesso em: 23 mar. 2018.

informação, enviado originalmente à Casa Civil pela então Controladoria-Geral da União (CGU), principalmente a partir de debates no Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção e Ministério da Justiça.[64]

Em 18/11/2011 foi promulgada a Lei Ordinária nº 12.527, também denominada Lei de Acesso à Informação (LAI),[65] regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16/05/2012[66], o qual disciplina, no âmbito do Poder Executivo Federal, os procedimentos para a garantia do acesso à informação, classificação e desclassificação do grau de sigilo, da responsabilização de agentes públicos e ações de monitoramento para a eficácia da norma.

A LAI tem como objetivo reger os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios com vistas a garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, todos da Constituição Federal de 1988. Da mesma forma, alterou a Lei nº 8.112, de 11/12/1990[67]; revogou a Lei nº 11.111, de 5/05/2005, e também dispositivos da Lei nº 8.159, de 8/01/1991, entre outras providências.

---

[64] O documento EMI nº 00007 CC/MJ/MRE/MD/AGU/SEDH/GSI/SECOM/CGU-PR, de 05 de maio de 2009, que submeteu ao Chefe do Poder Executivo o anteprojeto de Lei (Mensagem 316/2009), foi assinado por: Ministra de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, Ministro de Estado da Defesa, Ministro-Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Ministro de Estado da Justiça, Advogado-Geral da União, Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Comunicação Social, Ministro de Estado das Relações Exteriores, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Ministro de Estado Chefe do Controle e da Transparência. BRASIL. Governo Federal. *Acesso à Informação*. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/exposicao-motivos-projeto-lei-acesso-informacao.pdf/view>. Acesso em 22 maio 2018.

[65] BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 22 maio. 2018.

[66] BRASIL. *Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[67] Determina o Art. 43 da LAI que o inciso VI do Art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/1990, passa a vigorar com a seguinte redação: "VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração." A redação anterior à LAI: "VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo." BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

Suas determinações abrangem os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; bem como as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Mais do que garantir a publicidade das informações públicas, o regramento apresenta a finalidade de assegurar a ciência quanto à gestão de recursos públicos, tendo em vista que as suas disposições aplicam-se, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam tais recursos, diretamente do orçamento ou mediante contrato de gestão, termo de parceria, convênios, ou outros instrumentos congêneres, para realização de ações de interesse público.

A execução dos procedimentos definidos nesta Lei deve obediência aos princípios básicos da Administração Pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também às seguintes diretrizes: a publicidade como regra e o sigilo como exceção; proatividade na divulgação de informações de interesse público; emprego da tecnologia da informação; fomento à cultura de transparência; e controle social.

A referida proatividade está associada ao conceito de "transparência ativa", e, de acordo com a LAI, "[...] é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, [...] de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas." Já a "transparência passiva" associa-se ao acesso à informação disponibilizada pela Administração Pública e demais entidades vinculadas em face de pedido específico.[68]

[68] A regulamentação da matéria consta no art. 7º ao art. 24 do Decreto nº 7.724, de 16/05/2012. BRASIL. *Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

Importante salientar a impossibilidade de os órgãos governamentais exigirem a apresentação de motivos determinantes da solicitação de informações, cujo acesso está respaldado pela LAI tendo em vista a prevalência do interesse público.

A LAI define os conceitos relativos à natureza (sigilosa, pessoal) e à qualidade das informações (disponibilidade, autenticidade, integridade e primariedade),[69] acrescendo e atualizando conceitos já presentes no mencionado Decreto nº 4.553, de 27/12/2002, revogado pelo Decreto nº 7.845, de 14/11/2012.

Já o dever de o Estado garantir o direito de acesso à informação está explícito na LAI, compreendendo simultaneamente as atividades de gestão transparente e a proteção da informação, especialmente no que se refere a sigilo. Também veda a negativa de acesso às informações necessárias à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, e que tratem de condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas. Exceta, contudo, a regra da transparência ao restringir o acesso a informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos, cujo sigilo seja imperioso à segurança da sociedade e do Estado.

Não integram o escopo da LAI as hipóteses legais de sigilo (de natureza fiscal e bancária, como exemplos), de segredo de justiça e de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

Sobre sigilo bancário, e em que pese o exposto, registra-se que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal negou, por maioria, o Mandado de Segurança (MS) 33340, impetrado pela empresa pública federal Banco Nacional de

[69] Segundo a LAI, disponibilidade corresponde à "qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados"; autenticidade refere-se à "qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema"; integridade associa-se à "qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino"; e primariedade é a "qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações". BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), contra acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinou o envio, pela instituição financeira, de informações sobre operações de crédito realizadas com o grupo JBS/Friboi. De acordo com o voto do relator, o ministro Luiz Fux, o envio de informações originárias de recursos públicos não é coberto pelo sigilo bancário e que o acesso a tais dados é indispensável à atuação do TCU na fiscalização das atividades do BNDES. [70]

No caso concreto, o STF afastou o sigilo das operações de instituições financeiras disposto no art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, que regulamenta o art. 192 da Constituição vigente, e no art. 22 da LAI e no art. 6º, I, do Decreto nº 7.724, de 16/05/2012, o que demonstra que a cultura da publicidade e da transparência, no interesse público, tende a ampliar o escopo da LAI.

Acerca dos critérios e procedimentos para a classificação, reclassificação e desclassificação de informações quanto ao grau de sigilo, quais sejam, ultrassecreta, secreta e reservada, com prazos máximos de restrição de 25, 15 e 5 anos, respectivamente, estes devem primar pelo interesse público e ser o menos restritivo possível.

O sigilo de informações pessoais, independentemente de classificação e com prazo máximo de 100 anos a contar da data da sua produção, pode ser excetuado pelo consentimento pessoal expresso e em decorrência de processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações destinadas à recuperação de fatos históricos de maior relevância. Assim, são

[70] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292332&caixaBusca=N>. Acesso em: 22 maio 2018. Ao exposto, acrescenta-se que a decisão do STF não acolheu as teses de resguardo da credibilidade do sistema financeiro nacional sobre o sigilo das informações bancárias e de incompetência do TCU para o acesso e a análise de matéria tipicamente conferida ao poder regulatório já conferido ao Banco Central e à Comissão de Valores Mobiliários, às quais o BNDES não alega sigilo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280610&caixaBusca=N>. Acesso em: 22 maio 2018.

passíveis de regulamentação os procedimentos para o tratamento de informação pessoal.

Para a execução dos procedimentos destinados a garantir o acesso a informações, foram criados os Serviços de Informação ao Cidadão nos órgãos e entidades governamentais (SIC) e o Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC), disponível na rede mundial de computadores.[71] Todas os procedimentos são gratuitos[72], e incluem prazos de disponibilização de dados pela Administração e os de interposição de recursos cabíveis e respectivas análises, no caso de negativa ou de acesso parcial, segundo o consignado na LAI.

As deliberações em segunda instância cabem ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), porquanto após submetido o recurso no órgão ou entidade a pelo menos uma autoridade hierarquicamente superior àquela que negou o acesso solicitado, em caso de procedência das razões recursais, o Ministério determinará a adoção de providências necessárias ao cumprimento da LAI. Na hipótese de manutenção da decisão impugnada, cabe recurso à Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI).[73]

---

[71] O e-SIC foi instituído pela Portaria Interministerial nº 1.254, de 18/05/205, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 19/05/2015. BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria Interministerial nº 1.254, de 18 de maio de 2015. Diário Oficial da União (DOU), Brasília, 19 maio 2015. nº 93, seção 01, p. 01. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=19/05/2015>. Acesso em: 22 maio 2018. O sistema permite a pessoas físicas e jurídicas nele cadastradas o encaminhamento de pedidos de acesso à informação, acompanhamento de prazos, o recebimento da resposta e o registro das respectivas decisões. BRASIL. Governo Federal. *Acesso à Informação*. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/>. Acesso em: 22 maio 2018.

[72] O ressarcimento dos custos previstos no art. 12 da LAI não se aplica a pessoas com declarações regidas pela Lei nº 7.115, de 29/08/1983: "Art. 1º - A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interesse ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira." BRASIL. *Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7115.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[73] As demais atribuições a CGU estão previstas no art. 41: promoção de campanha de abrangência nacional de fomento à cultura da transparência; treinamento de agentes públicos; monitoramento da aplicação da lei no âmbito da administração pública federal; e encaminhamento de relatório anual ao Congresso Nacional. E as da CMRI referem-se ao tratamento e a classificação de informações sigilosas.

Outrossim, a LAI dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos, prevendo condutas ilícitas, entre elas, a de recusar o fornecimento de informações e destruir documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado, bem como a responsabilização por danos causados em decorrência de divulgação de informações sujeitas a sigilo. As disposições aplicam-se a pessoas físicas e entidades privadas com vínculo com a administração, detentoras de informações públicas sujeitas à divulgação e à restrição de sigilo.

Além da vinculação ao princípio constitucional da publicidade, depreende-se das determinações contidas na Lei nº 12.527/2011 a sua conexão com o princípio republicano e o da probidade administrativa.[74]

Isso porque o princípio republicado, ínsito no art. 1º da Constituição de 1988 não deve ser entendido do ponto de vista puramente formal, pela sua oposição à forma monárquica,[75] mas igualmente por traduzir, nos fundamentos da cidadania e dignidade da pessoa humana, "[...] exigências de controle popular sobre os atos administrativos e governamentais como meio de assegurar o direito fundamental a uma boa administração pública".[76]

E a probidade, equivalente ao princípio da moralidade administrativa, atrela-se ao acesso a informações do Estado ou por ele custodiadas, com vistas a fomentar a boa administração e a ordem na condução da "*res publica*", a qual deve balizar-se na conduta ética, de lealdade, de boa-fé dos seus agentes, ampliando a abrangência da legalidade formal e restrita da atuação administrativa.[77]

Da leitura do texto da LAI, não se observa uma definição para transparência, todavia, é possível avaliar que o termo está associado a procedimentos objetivos,

[74] CALDERON, Mariana Paranhos. A Lei de acesso à informação e seu impacto na atividade de inteligência. 1. ed. Campinas: Milennium, 2014. p. 13.
[75] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 105.
[76] CASTRO, Leonardo Bellini de. Inovações republicanas da lei de acesso à informação. Revista Jurídica ESMP-SP, São Paulo, vol. 3, p. 14, 2013. apud CALDERON, op. cit., p.13.
[77] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 969.

ágeis e de forma clara, e também à linguagem de fácil compreensão. Desse modo, a transparência está conexa ao tratamento e à qualidade dos dados utilizados para a produção e a melhor transmissão do conhecimento proposto, sem os quais a eficácia da LAI restaria comprometida.

A transparência, por conseguinte, não é a mera divulgação de dados, espontaneamente pelo Estado (transparência ativa) ou a partir dos pedidos de pessoas físicas e jurídicas (transparência passiva), haja vista a necessidade de atenção a certos atributos de qualidade no tratamento da informação para a construção de conhecimento e a participação da sociedade no controle da gestão pública.[78]

3 O CONTROLE DA GESTÃO PÚBLICA

3.1 O conceito de controle

Etimologicamente, o termo controle tem origem no latim *rotumum*, que designava a listagem de contribuintes de impostos. Nasceu assim, com sentido atrelado a finanças. De significado mais amplo, pode, ainda, denotar direção, limitação, vigilância, dominação, verificação ou mesmo registro.[79]

O doutrinador Hely Lopes Meirelles relata que a palavra controle introduzida em nosso idioma é de origem francesa (contrôle), e que, no Direito pátrio, esse vocábulo foi inicialmente utilizado por Miguel Seabra Fagundes, em 1941, na sua obra "O Controle dos atos Administrativos pelo Poder Judiciário.[80]

[78] ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Transparência e accountability no Estado Democrático de direito: reflexões à luz da Lei de Acesso à Informação. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1, 90-93, nov. 2012.

[79] CASTRO, Domingos Poubel de. Auditoria, contabilidade e controle interno no setor público: integração das áreas do ciclo de gestão: planejamento, orçamento, finanças, contabilidade e auditoria e organização dos controles internos, como suporte à governança corporativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 323.

[80] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 795.

Relevante também na Ciência da Administração, pois, para ela, o controle consiste em verificar se o pensado, o executado e o avaliado estão em conformidade com o concebido, e, para tanto, devem ser utilizadas as ferramentas capazes de medir erros, corrigir desvio com o intuito de propiciar o desenvolvimento das atividades do processo administrativo.[81]

3.2 O Controle da Administração Pública

A Administração Pública apresenta uma multiplicidade de tipos e formas de controle no desempenho das suas funções. Classifica-se, considerando o órgão que o exerce, como Controle Judicial, Controle Administrativo e Controle Legislativo.[82]

O Controle Judicial é exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como do próprio Judiciário no desempenho de atividades administrativas. Atua sobre a avaliação da legalidade do ato administrativo em relação à norma legal aplicável, e sua importância reside na preservação dos direitos individuais ou outros, de natureza pública ou privada, de quem o pleiteia judicialmente.[83]

Conceitua-se Controle Administrativo "[...] o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre a sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação". [84]

Os recursos administrativos são os instrumentos que podem ser utilizados para provocar o reexame pela Administração Pública de seus próprios atos, e sua

[81] MINIZ, Adir Jaime de Oliveira; FARIA Hermínio Augusto. *Teoria Geral da administração:* noções básicas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 89.
[82] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 878.
[83] Como meios de controle judicial, Di Pietro relaciona os remédios constitucionais: Habeas Corpus (art. art. 5º, inciso LXXVII), Habeas Data (art. 5º, inciso LXXII), Mandado de Injunção (art. 5º, inciso LXXI), Mandado de Segurança Individual (art. 5º, inciso LXIX), Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, inciso LXX), Ação Popular (art. 5º, inciso LXXIII), Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24/07/1985 c/c incisos II e III, e § 1º, todos do art. 129 da CF/88). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.918-968.
[84] DI PIETRO, op. cit., p. 881.

fundamentação reside nas disposições da Constituição de 1988. Segundo o art. 5º, inciso LV, é assegurado o contraditório e a ampla defesa, aos litigantes e acusados em geral e em processos judiciais e administrativos, mediante os recursos e os meios pertinentes ao caso concreto. [85]

O Controle Legislativo, também denominado controle parlamentar, é exercido pelo Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa, Câmara Distrital e Câmara de Vereadores, observada as esferas de competência.[86]

Hely Lopes Meirelles, parafraseando Carl L. Beckert, aponta que "[...] nos regimes democráticos, o povo delega poderes, não só de legislação, mas, e sobretudo, de fiscalização, a seus mandatários nas Câmaras, para assegurarem um governo probo e eficiente [...]"[87]

O Controle Legislativo abrange basicamente dois tipos, quais sejam, o controle político e o financeiro.[88] O primeiro, cujas hipóteses estão previstas na Constituição de 1988, consiste na apreciação das decisões administrativas sob o aspecto de legalidade, mérito e discricionariedade, a fim de avaliar a oportunidade e conveniência do ato diante do interesse público.[89]

Já sobre o controle financeiro, na lição de José dos Santos Carvalho Filho, "[...] é aquele exercido pelo Poder Legislativo sobre o Executivo e o Judiciário e

[85] O direito de petição, previsto no inciso XXXIV, é garantido a todos, independentemente do pagamento de taxas, sendo suas modalidades de recursos administrativos a representação (Lei nº 4898, de 09/12/1965, e art. 103-B, § 4º, inciso III e art. 130-A, § 2º, inciso III da Constituição de 1988); a reclamação administrativa (Decreto nº 20.910, de 06/01/1932); o pedido de reconsideração (art. 106 da Lei nº 8112, de 11/12/1990); os recursos hierárquicos próprios e impróprios e o recurso de revisão (arts. 174-182 da Lei nº 8112/1990, no âmbito da administração pública federal). DI PIETRO, op. cit., p. 884-889.

[86] GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1054.

[87] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 839-840.

[88] DI PIETRO, op. cit., p. 893.

[89] São exemplos a apuração de irregularidades pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais encaminham suas conclusões documentos comprobatórios ao Ministério Público (art. 58, § 3º); e a competência do Congresso Nacional para sustar atos normativos emanados do Executivo os quais extrapolem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa conferidos (art. 49, inciso V). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 892-893.

sobre sua própria administração no que se refere à receita, à despesa e à gestão dos recursos públicos." [90] A Constituição de 1988 disciplinou, no capítulo referente ao Poder Legislativo, nos arts. 70 a 75, os termos desse controle, os quais estão intrinsicamente relacionados aos objetivos deste trabalho.

Esses controles Judicial, Administrativo e Legislativo, conforme seus fundamentos, classificam-se em hierárquicos ou finalísticos; consoante o momento de produção de efeitos, em prévios, concomitantes e posteriores ou subsequentes; quanto ao aspecto controlado, podem ser de legalidade ou de mérito; e, segundo a localização do órgão que o exerce, em internos ou externos.[91]

Por controle hierárquico entende-se o resultante do escalonamento vertical dos órgãos, em que os inferiores estão subordinados aos superiores, e pressupõe as faculdades de supervisão, coordenação, fiscalização, orientação, aprovação, entre outras atividades de "policiamento" dos órgãos subordinados.[92] Sem fundamento hierárquico, o controle finalístico é teleológico, de verificação da correspondência dos atos de instituições autônomas, como as autarquias, com um programa geral de governo, visando ao atingimento das finalidades da entidade controlada.[93]

O controle prévio, ou *"a priori"*, é aquele exercido antes da consumação da conduta administrativa, e, por essa razão, possui natureza preventiva. O controle concomitante é processado à medida que a ação administrativa é realizada, tal como ocorre nas fiscalizações "in loco" de obras públicas em execução. O controle posterior tem o objetivo de revisão dos atos já praticados, seja para confirmá-los ou para corrigir seus efeitos ainda modificáveis. [94]

---

[90] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1019.
[91] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 796.
[92] MEIRELLES, op. cit., p. 796-797.
[93] Ibidem. p. 797.
[94] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 958.

No controle de legalidade, o órgão controlador avalia a conformidade entre a conduta administrativa e uma norma jurídica vigente e eficaz, e, verificada a incompatibilidade, deve a conduta ser revista, visto que se apresenta ilegítima. Diferentemente, o controle de mérito é aquele que se perfaz mediante a verificação da conveniência e oportunidade da ação, sendo, assim, privativa da administração pública. [95]

No que se refere à localização ou extensão, o controle externo opera quando o órgão fiscalizador se situa em administração diversa daquela de onde a conduta se originou. É o caso do controle exercido pelo Judiciário sobre os atos do Poder Executivo em ações judiciais, bem como do Tribunal de Contas sobre os atos dos Poderes Executivo e Judiciário. Como consequência, classifica-se como controle interno[96] aquele que cada poder exerce sobre seus próprios atos.

Essas expressões "controle externo" e "controle interno" serão, nos tópicos seguintes, contextualizadas ao controle da administração quanto à gestão pública.

3.2.1 Histórico do controle público

A História do controle está associada à necessidade de arrecadar recursos e de geri-los para a manutenção do poder e a dominação sobre pessoas e diferentes povos. Dessa forma, confunde-se com a história do homem e das civilizações.

No Egito, por volta de 3.200 a.C, com a unificação dos reinos do sul e do norte, o imperador Faraó Menés I adotou dura política centrada na cobrança de impostos e de trabalhos forçados, sendo que a fiscalização dessas atividades competia a uma classe de funcionários públicos, denominados *escribas*.[97]

[95] CARVALHO FILHO, op. cit., p. 956-957.
[96] O controle interno também é conhecido como controle intraorgânico, controle intra-administrativo. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17.ed. São Paulo: Afiliada, 2013. p. 424.
[97] BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. *TCU: presença na história nacional*. In BRASIL. Tribunal de Contas da União. *A história do Tribunal de Contas da União*. Prêmio Serzedello Corrêa 1988: Monografias Vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 222.

Na cidade-estado Atenas, há dois mil anos, os tesoureiros (*hellénotamiai*), eleitos pela assembleia popular, reuniam-se para prestar contas dos valores recebidos.[98] Na Roma antiga, os ocupantes de cargos de *Tabulari* e *Numerarii* atuavam como verificadores de contas, assistindo aos magistrados na execução de suas atividades e de prestação de contas.[99]

Nas civilizações modernas, a preocupação com a boa gestão da coisa pública pôde ser identificada na instituição da "*chambre de comptes"* na França em 1256. Na Inglaterra, o tribunal "*Exchequer"* funcionava como um controlador oficial de despesas, integrado por barões feudais, os "*barons of the Exchequer*"[100], mesmo antes da Magna Carta de 1215.[101]

Os reinados absolutistas também instituíram controles financeiros dos recursos. Citam-se a criação da Câmara de Contas, em 1661, pelo Império Austríaco; da Câmara Superior de Contas por Frederico Guilherme I em 1714, a qual, nos anos de 1872 e 1874, passou-se a denominar Corte de Contas do Império da Alemanha. [102]

Já a Revolução Francesa de 1789, como medida destinada à extinção do poder absolutista, transferiu as atribuições da então Câmara de Contas para a Assembleia Constituinte. Posteriormente, no princípio do século XIX, foi instituído tribunal de contas com as funções de controle jurídico das contas públicas.[103]

[98] BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. *TCU: presença na história nacional*. In BRASIL. Tribunal de Contas da União. *A história do Tribunal de Contas da União*. Prêmio Serzedello Corrêa 1988: Monografias Vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 223.
[99] BARROS, p. cit., p. 224.
[100] Ibidem p. 224.
[101] SIQUEIRA, Bernardo Rocha. *O Tribunal de Contas da União de ontem e de hoje*. In BRASIL. Tribunal de Contas da União. *A história do Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1988: Monografias Vencedoras*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 145.
[102] SIQUEIRA, op. cit., 146.
[103] Ibidem, p. 146.

3.2.2 Histórico do controle público pátrio

No Brasil, os registros de controle das contas públicas datam do período colonial. Desde o descobrimento e durante os primeiros trinta anos da nossa história, as atividades estavam mais voltadas à proteção do território contra invasões, e foram realizadas com a organização das feitorias.[104]

Com o propósito de povoamento, e após a separação das terras em capitanias hereditárias (1530), Dom João III estabeleceu o Governo Geral com vigência a partir de 1549, por força do Regimento datado de 17/12/1548. Assim, em março do ano seguinte, iniciou-se a organização administrativa do Brasil Colônia, com a chegada do primeiro governador-geral, Tomé de Souza, juntamente com o ouvidor-geral, responsável pelos negócios da justiça, e com o provedor-mor, encarregado da administração econômica e financeira.[105]

Entre as poucas realizações na seara do controle nesse período colonial, destaca-se a escrituração das finanças da colônia ordenada pelo vice-rei Luís de Vasconcelos e Sousa, cujo relatório revelou acúmulo de déficits nas contas desde 1761, ou seja, desequilíbrio entre receitas e despesas.[106]

---

[104] SILVA, Artur Adolfo Cotias e. *O Tribunal de Contas da União na história do Brasil:* evolução histórica, política e administrativa (1890 – 1998). In BRASIL. Tribunal de Contas da União. *A história do Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1988: Monografias Vencedoras*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 22.

[105] SILVA, Artur Adolfo Cotias e. *O Tribunal de Contas da união na história do Brasil:* evolução histórica, política e administrativa (1890 – 1998). In BRASIL. Tribunal de Contas da União. *A história do Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1988: Monografias Vencedoras*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p.22. Sobre as atividades do provedor-mor, cita-se o item 29 do Regimento de 1548, acerca do controle das mercadorias em transporte de cabotagem: "Os que forem a tratar e a negociar suas fazendas pelo mar de umas capitanias para outras em navios seus ou doutras pessoas ao tempo que os começarem a carregar e assim antes de saírem do porto o farão saber ao provedor de minha Fazenda que estiver na capitania onde o tal navio se aperceber para fazer as diligências que lhe em seu regimento mando acerca das mercadorias que se nos ditos navios hão de carregar e no modo que hão de ter em as descarregarem nos lugares para onde as levarem." GUIA GEOGRÁFICO. *História do Brasil*. Disponível em: <http://www.historia-brasil.com/colonia/constituicao-1548.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

[106] SILVA, op. cit., p. 22.

Com a chegada da família real no século XIX, foi instituído o *Erario Regio* para a guarda dos tesouros reais, e o Conselho da Fazenda, responsável pelo controle dos gastos públicos, normatizados pelo Alvará Real publicado em 28/06/1808.[107]

Competia ao *Erario Regio* a operacionalização dos negócios da Fazenda, "[...] estruturas contábeis de controle de despesa e de receita, com definição de regras operacionais de prestação de contas e de mecanismos de responsabilização dos agentes." [108]

Em que pese a estrutura administrativa criada, os gastos não eram a rigor públicos, e se confundiam com os dispêndios da nobreza da época. Em capítulo intitulado "O ataque ao cofre", o jornalista Laurentino Gomes explicita que:

> A corte chegou ao Brasil empobrecida [...] E todos dependiam do erário real ou esperavam do príncipe regente algum benefício em troca do "sacrifício" da viagem. [...] Consideravam temporária a sua ausência de Portugal e propunham-se mais a enriquecer-se à custa do Estado do que a administrar justiça ou a beneficiar o público.[109]

Após o retorno da família real para Portugal em 1821, durante o Império, Dom Pedro I outorgou, em 25/03/1824, a primeira Constituição Política do Império do Brasil, a qual apresentava as primeiras tentativas efetivas de controle da gestão governamental com a instituição do orçamento público e os respectivos balanços gerais, os quais deveriam ser anualmente publicados.[110]

---

[107] Ibidem, p. 24.

[108] Narra também que ao Conselho competia decidir sobre temas tais como as "[...] habilitações de pessoas (nomeações), definição de ordenados, padrões de juros, autorização de empréstimos, amortização, folha de pagamento, além da relação com as administrações locais e da administração de todos os contratos da coroa [...]". GARCIA, Leice Maria. *Análise do Controle interno do Poder executivo Federa Brasileiro sob a perspectiva de Pierre Bourdieu:* história social como possibilidade de compreensão da produção e reprodução de práticas dos agentes. 240 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração: Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011.

[109] GOMES, Laurentino. *1808:* como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. 2. ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. p. 169.

[110] SILVA, Artur Adolfo Cotias e. *O Tribunal de Contas da união na história do Brasil*: evolução histórica, política e administrativa (1890 – 1998). In BRASIL. Tribunal de Contas da União. *A história do Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1988: Monografias Vencedoras*. Brasília:

No período Regencial, foi aprovada a criação do Tribunal do Tesouro Público Nacional mediante a Lei nº 657, sancionada em 04/10/1831, extinguindo-se, desse modo, o *Erario Regio* e o Conselho da Fazenda já mencionados. Nos regulamentos do tribunal foram elencados os critérios para o levantamento e julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros públicos, dentro e fora do Brasil. [111] Contudo, o Tribunal do Tesouro carecia de independência na avaliação das despesas públicas em relação ao Poder Executivo.[112]

As competências do Tribunal do Tesouro Público Nacional foram divididas entre duas instituições: Tribunal de Contas e Ministério da Fazenda, conforme a seguir explicitado. [113]

Com a Proclamação da República, foi instituído o Tribunal de Contas com atribuições de exame, revisão e julgamento das operações de receita e despesa da República, mediante a assinatura do Decreto nº 966-A, em 07/11/1890, pelo Chefe do Governo Provisório, Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, e pelo Ministro da Fazenda, Rui Barbosa. [114]

A Lei nº 23, de 30/10/1891, reorganizou os serviços da Administração Federal e autorizou a criação do Mistério da Fazenda, e o Decreto nº 1.166, de 17/12/1892 regulamentou a estrutura organizacional e funcional tanto do Ministério quanto do Tribunal de Contas.[115]

Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 27. Sobre Orçamento, vide item 1.4 Histórico do acesso às contas públicas no Brasil, p. 20.

[111] SILVA, op. cit., p. 29.

[112] GARCIA, Leice Maria. *Análise do Controle interno do Poder executivo Federa Brasileiro sob a perspectiva de Pierre Bourdieu:* história social como possibilidade de compreensão da produção e reprodução de práticas dos agentes, Minas Gerais, 2011.

[113] GARCIA, op. cit., f. 99.

[114] Segundo o autor, o tribunal somente foi efetivamente constituído e instalado pelo Ministro da Fazenda, Inocêncio Serzedello Corrêa. CASTRO, Domingos Poubel de. *Auditoria, contabilidade e controle interno no setor público:* integração das áreas do ciclo de gestão: planejamento, orçamento, finanças, contabilidade e auditoria e organização dos controles internos, como suporte à governança corporativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 341.

[115] As competências referem-se às alíneas b) e c) do art. 2 do citado Decreto. BRASIL. *Decreto-lei nº 579, de 30 de julho de 1938.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-579-30-julho-1938-350919-publicacaooriginal-126972-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2018.

E, embora já existente o Tribunal de Contas, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24/02/1891, dispôs no art. 89, no Título V – Disposições Gerais: "[...] É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legitimidade, antes de serem prestadas ao Congresso."[116] Tal fato demonstra a importância das atividades de controle na gestão pública, ao dispensá-lo tratamento de matéria constitucional.

Paralelamente ao controle das contas realizado pelo Tribunal de Contas, foi necessário aprofundar os controles contábeis da Fazenda Pública por meio da Contabilidade. Narra-se que, em 1914, "[...] o Ministro da Fazenda não conseguiu realizar operações de créditos com banqueiros ingleses por incapacidade de oferecer garantias de empréstimos", dada a falta de documentação contábil sistematicamente organizada e apta a comprovar as garantias dessas transações.[117]

Nesse contexto, tem-se como marco da origem da Contabilidade Pública o Decreto nº 15.210, de 28/12/1921, que centralizou a contabilidade geral da União no Ministério da Fazenda, sob a direção da Contadoria Central da República e fiscalização do Tribunal de Contas.[118] Acrescenta-se que o Decreto nº 4.536, de 28/01/1922, organizou o Código de Contabilidade da União,[119] e o Decreto nº 15.783, de 8/11/1922, aprovou o Regulamento Geral de Contabilidade Pública.[120]

---

[116] SILVA, Artur Adolfo Cotias e. *O Tribunal de Contas da União na história do Brasil*: evolução histórica, política e administrativa (1890 – 1998). In BRASIL. Tribunal de Contas da União. *A história do Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1988: Monografias Vencedoras*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 27. Sobr

[117] CASTRO, Domingos Poubel de. *Auditoria, contabilidade e controle interno no setor público*: integração das áreas do ciclo de gestão: planejamento, orçamento, finanças, contabilidade e auditoria e organização dos controles internos, como suporte à governança corporativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.384.

[118] BRASIL. *Decreto nº 15.210, de 28 de dezembro de 1921.* Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=428699&id=14424652&idBinario=15800670&mime=application/rtf>. Acesso em: 08 mar. 2018.

[119] BRASIL. *Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4536-28-janeiro-1922-322140-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2018.

[120] CASTRO, Domingos Poubel de. *Auditoria, contabilidade e controle interno no setor público:* integração das áreas do ciclo de gestão: planejamento, orçamento, finanças, contabilidade e auditoria e organização dos controles internos, como suporte à governança corporativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 384-385.

Segundo a Constituição de 1934, no seu art. 22, competia ao Congresso Nacional fiscalizar a administração financeira, que incluía a execução do orçamento, com o auxílio do Tribunal de Contas.[121]

Em sentido adverso, durante o Estado Novo[122], o Poder Executivo reforçou o seu controle sobre a sua execução financeira e orçamentária. O Decreto-lei nº 579, de 30/07/1938, instituiu o Departamento Administrativo do Serviço Público (D.A.S.P), e entre as suas competências, estabeleceu as de "[...] organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados; e "fiscalizar, por delegação do Presidente da República e na conformidade das suas instruções, a execução orçamentária."[123]

Nesse período, houve quebra no princípio de harmonia e independência entre os três Poderes, tendo em vista que o Legislativo e o Judiciário submeteram-se ao Executivo, com a promulgação da Constituição de 1937 (também conhecida como "Polaca"). Atribuiu-se a disputas políticas a rejeição, nesse mesmo ano, das contas de 1936 do Governo Vargas por meio do parecer do Tribunal de Contas[124], as quais, entretanto, foram aprovadas mediante o Decreto Legislativo nº 101, de 25/08/1937.[125]

---

[121] Esse dispositivo não menciona a expressão "controle externo", contudo, trata do tema. Também dispõe a Constituição de 1934 que a administração financeira nos Estados e Municípios se daria pela forma estabelecida nas Constituições estaduais. BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível* em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

[122] Também conhecido como a Terceira República, historicamente inicia em 10 de novembro de 1937 e termina em 28 de fevereiro ou 29 de outubro de 1945 (conforme interpretações existentes), com a abertura democrática ou com a queda de Getúlio Vargas. CARONE, Edgard. *A Terceira República (1937 – 1945).* 2. ed. São Paulo: DIFEL Difusão Editorial S.A, 1982. p. 3.

[123] BRASIL. *Decreto-lei nº 579, de 30 de julho de 1938.* Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-579-30-julho-1938-350919-publicacaooriginal-126973-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2018.

[124] BRASIL. *Decreto Legislativo nº 101, de 25 de agosto de 1937.* Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=537786>. Acesso em: 09 mar. 2018..

[125] O ESTADÃO. Em 1937, TCU rejeitou contas de Getúlio por disputas políticas. São Paulo. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-1937--tcu-rejeitou-contas-de-getulio-por-disputas-politicas,1776398>. Acesso em: 22 maio 2018. Após o Governo Vargas, as únicas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas, atualmente denominado Tribunal de Contas da União (TCU), foram as do exercício de 2015 do Governo presidido por Dilma Rousseff.

Contraditoriamente, a visão que se pretendia passar sobre a atuação do Tribunal de Contas nos primeiros anos do Governo Vargas não era a de formalismo, mas de efetiva participação desse tribunal na fiscalização do orçamento. Sobre o tema, cita-se excerto sobre o orçamento federal, produzido com o objetivo de compor obra sobre realizações do referido governo, a partir de 1930:

> A fiscalização do orçamento que revela e cria a prosperidade financeira, no dizer de Stourm, está hoje assegurada por diversos diplomas legislativos e é exercida por órgãos de disciplina e vigilância, entre os quais se destaca o Tribunal de Contas. Este Tribunal, tendo perdido com a transformação do Estado brasileiro o seu caráter exclusivo de delegado legislativo para a fiscalização das atividades do executivo em matéria financeira, constitui-se em um colaborador eficiente e ativo do Governo para a fiel execução de seu plano financeiro. Por seu intermédio são investigadas e apontadas as inobservâncias das limitações contidas nas tabelas orçamentárias e julgados os responsáveis por alcances, desvios e despesas ilegais. O presidente Getúlio Vargas tem prestigiado durante o seu governo a ação do Tribunal e dado o exemplo no acatamento e observância dos seus julgados e decisões. [...] [126]

Quanto às funções do Executivo, manteve-se o sistema de centralização, no Mistério da Fazenda, da contabilidade pública federal, e, por meio do Decreto-lei nº 1.990, de 31/01/1940, transformou-se a Contadoria Central da República em Contadoria Geral da República, cujo regimento foi aprovado pelo Decreto nº 5.226 nessa mesma data.[127]

As competências do Tribunal de Contas foram ampliadas[128] pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18/09/1946 (após a queda de Getúlio Vargas e fim

[126] O pesquisador Simon Schwartzman organizou relatos que comporiam a obra sobre o Governo Vargas, cuja elaboração ficou sob a responsabilidade do então Ministro Gustavo Capanema, da Educação e Saúde. Embora muita avançada na revisão, reescrita e organização dos capítulos (produzidos por diversos setores daquele governo), a obra nunca foi publicada. SCHWARTZMAN, Simon (Org). *Estado Novo, um Auto-retrato (Arquivo Gustavo Capanema)*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 132-13.

[127] SCHWARTZMAN, Simon (Org.). op. cit., p. 131.

[128] Informa-se que a Constituição de 1937 "[...] pouco tratou dos Tribunais de Contas, apenas mencionando-os em um artigo e relegando sua regulamentação a normativos infraconstitucionais." BRASIL. Tribunal de Contas da União. Museu do Tribunal de Contas da União: *TCU e as constituições*. Brasília. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/tcu-e-as-constituicoes.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

do Estado Novo), a partir de então incluindo o acompanhamento da execução orçamentária, o julgamento das contas dos responsáveis por bens e dinheiro público e o oferecimento de parecer prévio sobre as contas do Presidente da República.[129]

A Lei nº 4.320, de 17/03/1964[130] introduziu ferramentas para o planejamento pelo prazo de no mínimo 03 anos, ao determinar, no seu art. 23, que as receitas e despesas de capital[131] seriam "[...] objeto de um Quadro de Recursos e de Aplicação de Capital, aprovado por decreto do Poder Executivo [...]", com um período mínimo de 1 triênio e ajuste anual.[132]

Essa lei também constitui marco no controle da execução orçamentária, haja vista determinar o cumprimento de programas e metas de realizações de obras e prestação de serviços, ou seja, uma ação planejada com vistas a gerir os recursos para a sociedade. Ademais, tratou do controle da fidelidade funcional de agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos. Assim, superou a classificação de categoria das receitas e despesas contabilizadas e a organização do orçamento. [133]

A Constituição de 1967 retirou das competências do Tribunal de Contas o controle prévio dos contratos administrativos. Em contrapartida, garantiu meios para

[129] MELO, Verônica Vaz de. *Tribunal de contas:* história, principais características e importância na proteção do patrimônio público brasileiro. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11198>. Acesso em 22 maio 2018.

[130] No mês seguinte, instala-se a Ditadura Militar no Brasil, com a tomado do poder pelas Forças Armadas em 1º de abril de 1964. FICHTER, George André. *O regime Modernizador do Brasil 1964/1972.* Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1974. p.53.

[131] Segundo o Art. 12 da Lei nº 4.320, de 17/03/1964, classificam-se como despesas de capital os investimentos, as inversões financeiras e transferências de capital. BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em 09 mar. 2018.

[132] BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em 09 mar. 2018.

[133] XEREZ, Sebastião Regis Dias. *A evolução do orçamento público e seus instrumentos de planejamento.* Semana Acadêmica. Revista Científica. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_regis_1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

o Congresso Nacional exercer o controle político sobre o próprio Poder Executivo no que se refere à fiscalização financeira e orçamentária da União.[134]

Isso porque, na esteira da Lei nº 4.320, de 17/03/1964, a Constituição de 1967 alinhou a atuação do "controle interno" (Poder Executivo) ao do "controle externo" (Poder Legislativo a cargo do Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas):

> Art. 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.
>
> § 1º - O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos
>
> [...]
>
> Art. 72 - O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a:
>
> I - criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa;
>
> II - acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento;
>
> III - avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos. [135]

Tomando por base essa classificação de "controle interno" e "controle externo", considerando a amplitude do regramento vinculado ao controle interno até

[134] GARCIA, Leice Maria. *Análise do Controle interno do Poder executivo Federa Brasileiro sob a perspectiva de Pierre Bourdieu:* história social como possibilidade de compreensão da produção e reprodução de práticas dos agentes. 240 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração: Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011.

[135] No âmbito estadual, dispõe o art. 13 da Constituição de 1967 que: "Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: [...] IV - a elaboração orçamentária e a fiscalização orçamentária e financeira, inclusive a aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos Municípios". BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

a criação do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), bem como a relevância de se explicitar as competências e funções do controle externo realizado pelo TCU a partir da Constituição de 1988, apresenta-se o detalhamento dos controles da Administração Pública nos tópicos a seguir.

3.2.2.1 Controle Interno da Administração Pública Federal

Preliminarmente, registra-se que esta pesquisa tem como objetivo detalhar o histórico do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal (SCI), dada a sua vinculação ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e, consequentemente, aos objetivos deste trabalho sobre a transparência das avaliações no processo de prestação de contas anuais do Sistema "S". Nessa orientação, haverá a referência aos sistemas de controle interno do Poder Judiciário e do Poder Legislativo durante a exposição da cronologia normativa, sem, contudo, aprofundamento sobre o tema.

A atuação do controle interno está associada ao alcance dos objetivos da Administração Pública, a qual deve ocorrer estritamente conforme as leis, de forma eficiente e mediante a otimização dos recursos públicos. Corresponde ao controle realizado pelo próprio órgão executor no âmbito de sua própria Administração, exercido de forma adequada, capaz de propiciar uma razoável margem de garantia de que os objetivos e metas serão atingidos de maneira eficaz, eficiente e com a necessária economicidade. [136]

O SCI deriva do dever de controle da gestão pública, assinalado na Constituição de 1988 e no ordenamento jurídico infraconstitucional, cujo histórico reflete a evolução do planejamento, execução e monitoramento da arrecadação e aplicação dos recursos públicos no Brasil.

[136] BOTELHO, Milton Mendes. *Manual Prático de controle interno na administração pública municipal.* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 31. apud PETER, Maria da Glória Arrais. MACHADO, Marcos Vinícius Veras. *Manual de Auditoria Governamental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 54.

Por oportuno, apresentam-se conceitos iniciais e simplificados para subsidiar entendimentos da evolução histórica do controle interno governamental brasileiro. Nessa esteira, o controle interno administrativo corresponde ao "[...] poder-dever de o administrador em sua entidade controlar todos os processos, atos e fatos administrativos, em todas as áreas – orçamentária, patrimonial, de pessoas etc." A auditoria interna, por sua vez, "é o conjunto de procedimentos tecnicamente normatizados, que consiste no acompanhamento indireto de processos e na avaliação de resultados na organização [...]" com vistas a assessorar os administradores e agregar valor à gestão. E o sistema de controle interno é mais amplo, e corresponde ao "[...] conjunto de atividades técnicas articuladas por um órgão central, dentro de cada Poder da União – Executivo, Legislativo e Judiciário."[137]

O termo "controle interno" foi citado pela primeira vez na legislação pátria com a aprovação da já citada Lei 4.320, de 31/03/1964, que formalmente o atribuiu ao Poder Executivo. Ressalta-se a determinação por emprego de práticas de controle em todos os estágios da gestão orçamentária, ou seja, previamente, concomitantemente e posteriormente aos atos do governo.[138]

O Decreto-Lei n. 200, de 25/02/1967, que estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa[139], instituiu como princípios fundamentais da atividade da Administração Pública o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competências e o controle.[140]

---

[137] DE ALBUQUERQUE, Marlene Alves. *O CI Governamental no Brasil*. Palestra ministrada por Marlene Alves de Albuquerque no Seminário Internacional de Auditoria e Controle Interno na União Europeia e no Brasil, realizado em Brasília em dezembro de 2014. *O CI Governamental no Brasil*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/publicacao_seminario-internacional-de-auditoria-e-controle-interno.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

[138] BRASIL. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

[139] "Até o advento do Dec.-lei 200, de 25.2.67, a organização administrativa federal pecava pela excessiva concentração de atribuições nos órgãos de cúpula [...] propugnava-se, na realidade, por uma ampla desconcentração administrativa, de modo a distinguir as atividades de direção das de execução, as atividades-fins das atividades-meios." MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 887-888.

[140] BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

Sobre o controle da Administração Pública Federal, dispôs sobre a existência de níveis de controle em todos os órgãos, quais sejam, pela chefia competente, pelos órgãos próprios de cada sistema e pelos órgãos do sistema de contabilidade e auditoria (sistema de controle interno). Ademais, previu, na estrutura de cada Ministério Civil, uma Inspetoria-Geral de Finanças (IGF), sendo a IGF do Ministério da Fazenda o Órgão Central do sistema de administração financeira, contabilidade e auditoria.

Quanto à relação do controle interno com o externo, especificamente o Tribunal de Contas, na norma em comento definiu-se como obrigação ministerial a transmissão àquele Tribunal de informações relativas à administração financeira, patrimonial; a obrigação de os órgãos da Administração Federal informarem sobre a administração dos créditos orçamentários, bem como de facilitarem a realização das inspeções pelo controle externo. Além disso, "[...] definiu como competência do sistema de auditoria a certificação da regularidade dos atos praticados por esses agentes, antes do encaminhamento das contas ao Tribunal." [141]

A primeira constituição a trazer "controle interno" expressamente em seu texto foi a já citada Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. E como objetivos do SCI fixou-se o apoio às atividades do controle externo, a cargo do Congresso Nacional e exercido pelo Tribunal de Contas; o monitoramento da execução de programas de trabalho e do orçamento; a avaliação dos resultados alcançados pelos administradores; e a incumbência de verificar a execução dos contratos.

No âmbito do Poder Executivo, o Decreto nº 62.386, de 19/09/1967 instalou e fixou a estrutura e as atribuições das Inspetoria-Geral de Finanças (IGF), que

[141] Nos termos dos arts. 25, 75, 81 e 82 do Decreto-Lei n. 200, de 25/02/1967. GARCIA, Leice Maria. *Análise do Controle interno do Poder executivo Federa Brasileiro sob a perspectiva de Pierre Bourdieu:* história social como possibilidade de compreensão da produção e reprodução de práticas dos agentes. 240 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração: Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011.

substituíram a Contadoria Geral da República[142], alinhando-se às disposições relativas a supervisão ministerial do Decreto-Lei n. 200, de 25/02/1967.[143]

A tentativa de descentralização do controle com a criação das IGF's com o advento da Reforma Administrativa, todavia, incorreu no acúmulo de atribuições nessas inspetorias nas atividades de administração financeira, contabilidade e auditoria. O Regimento Interno da IGF do Ministério da Fazenda, aprovado pelo Decreto nº 64.136, de 25/02/1969[144], demonstra esse acúmulo e ainda um foco predominantemente contábil[145], o que desfavorecia a realização auditorias técnico-contábil financeira.

Nesse período, foi instituído o Sistema de Programação Financeira do Tesouro Nacional, por meio do Decreto nº 64.441, de 30/04/1969[146], "[...] retirando da alçada do sistema de controle interno as atividades de fixação, liberação, repasses e sub-repasses de cotas das dotações orçamentárias e de créditos adicionais"[147] Esse

[142] BLIACHRIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Fiscalização Financeira e Orçamentária:* Controle Interno, Controle Externo e Controle Social do Orçamento. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facuri (Coord.). *Orçamento Público e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1225.

[143] "Art. 4º. As Inspetorias Gerais de Finanças serão integradas por uma Divisão de Administração Financeira, uma Divisão de Contabilidade, uma Divisão de Auditoria e um Serviço de Administração. [...] Art. 11. A Contadoria Geral da República (Órgão Central), e suas Delegações, incorporam-se às Inspetorias Gerais de Finanças pela forma seguinte: I - A Contadoria Geral da República (Órgão Central) e suas Delegações junto às unidades administrativas do Ministério da Fazenda, passam a integrar a Inspetoria Geral de Finanças do mesmo Ministério; II - As Delegações da Contadoria Geral da República junto aos Ministérios civis e suas unidades administrativas passam a integrar as Inspetorias Gerais de Finanças dos mesmos Ministérios. BRASIL. *Decreto nº 62.386, de 19 de setembro de 1967*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-61386-19-setembro-1967-402646-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

[144] BRASIL. *Decreto nº 64.136, de 25 de fevereiro de 1969*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D64136.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[145] CRUZ, Carlos Eduardo Rodrigues. *Sistema de Controle Interno Integrado da União:* necessidade ou simples obrigatoriedade? 122 f. Monografia (Pós-Graduação) - Escola da AGU, da Advocacia-Geral da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), da Controladoria Geral da União e Instituto Serzedello Corrêa (ISC), do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2009.

[146] BRASIL. *Decreto nº 64.441/1969, de 30 de abril de 1969*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-64441-30-abril-1969-405776-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[147] LIMA NETO, Ruitá Leite. *O Sistema de Controle Interno no anteprojeto de lei orgânica as Administração Pública Federal: percepção dos servidores da Controladoria-Regional da União no Estado de Pernambuco.* 138 f. Dissertação (Mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas – EBAPE: Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012.

sistema tinha como órgão central a Comissão de Programação Financeira, composta pelo Ministro da Fazenda, seu Presidente, o Ministro do Planejamento e Coordenação Geral e o Presidente do Banco Central do Brasil.

Com o objetivo de coordenar os assuntos relativos às atividades dos sistemas de administração financeira, contabilidade e auditoria, foi instituída a Comissão de Coordenação das Inspetorias-Gerais de Finanças (INGECOR) pelo Decreto nº 64.777, de 03/07/1969, para, por meio de consultas e entendimentos prévios, buscar soluções integradas.[148]

A regulamentação dos sistemas de controle interno foi estabelecida por meio do Decreto nº 67.090, de 20/08/1970, mantendo-se os três níveis de controle para a fiscalização das atividades dos órgãos e entidades da Administração Federal, direta ou indireta, e atribuindo competências de fiscalização também aos órgãos de controle interno dos Poderes Legislativo e Judiciário:

> Art. 1º A fiscalização das atividades dos órgãos e entidade da Administração Federal, direta ou indireta, será exercida em todos os níveis:
>
> I - Pelas chefias competentes, quanto à execução dos programas e realização dos objetivos do órgão sob sua responsabilidade, observadas as normas aplicáveis;
>
> II - Pelos órgãos próprios de cada sistema, quanto a observância das normas que regulam o exercício das atividades auxiliares;
>
> III - Pelas Inspetorias Gerais de Finanças dos Ministérios Civis e órgãos equivalentes da Presidência da República, dos Ministérios Militares e dos Poderes Legislativo e Judiciário, quanto à aplicação dos dinheiros e valores públicos e da guarda dos bens da União.

[148] A INGECOR funcionava junto a IGF/MF e era integrada pelos titulares das Inspetorias-Gerais de Finanças dos Ministérios Civis e dirigentes das Divisões do Órgão-Central e de sua Assessoria de Organização. Em 1971, foram incluídos os titulares dos órgãos equivalentes dos Ministérios Militares. BRASIL. *Decreto nº 64.777, de 03 de julho de 1969.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D64777.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018. BRASIL. Decreto nº 68.441, de 29 de março de 1971. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-68441-29-marco-1971-410400-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

> § 1º A fiscalização prevista nos incisos I e II será exercida independentemente e não eliminará a constate do inciso III. [149]

Esta norma também fixou os procedimentos de auditoria[150] para o Serviço Público Federal, a cargo das IGF's ou órgãos equivalentes, "[...]visando a salvaguarda dos bens, à verificação da exatidão e regularidade das contas, à boa execução do orçamento e ao fiel cumprimento das leis e regulamentos pertinentes."[151]

Sobre auditoria das IGF's, a sua localização na estrutura dos ministérios fragilizava a autonomia e a independência funcional dos auditores, haja vista a subordinação direta do chefe, o Inspetor Geral de Finanças, ao Ministro de Estado, fato que demandava, portanto, a necessidade de segregação da atividade de auditoria em relação às de gestão.[152]

Mudanças estruturais no SCI ocorreram com a publicação do Decreto nº 84.362, de 31/12/1979.[153] O órgão central dos sistemas de administração financeira, contabilidade e auditoria (IGF/MF) passou a denominar-se Secretaria Central de Controle Interno (SECIN), com subordinação direta ao Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República (SEPLAN).

---

[149] BRASIL. *Decreto nº 67.090, de 20 de agosto de 1970.* Disponível em:<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=489729&id=14315772&idBinario=15669998&mime=application/rtf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[150] "[...] O conceito de fiscalização foi acolhido como atividade a ser exercida por todos os órgãos e em todos os níveis da administração. [...] o sistema de auditoria com dupla natureza [...] responsável pelas atividades de apoio ao TCU e pela etapa final do processo de controle interno do Poder Executivo Federal, com atividades de apoio tanto aos gestores federais e à supervisão ministerial, competência dos ministros de Estado, quanto para a administração das finanças públicas pelo Ministério da Fazenda." GARCIA, Leice Maria. *Análise do Controle interno do Poder executivo Federa Brasileiro sob a perspectiva de Pierre Bourdieu:* história social como possibilidade de compreensão da produção e reprodução de práticas dos agentes, Minas Gerais, 2011.

[151] BRASIL. *Decreto nº 67.090, de 20 de agosto de 1970.* Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=489729&id=14315772&idBinario=15669998&mime=application/rtf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

[152] GARCIA, Leice Maria. *Análise do Controle interno do Poder executivo Federa Brasileiro sob a perspectiva de Pierre Bourdieu:* história social como possibilidade de compreensão da produção e reprodução de práticas dos agentes. 240 f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração: Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011.

[153] BRASIL. *Decreto nº 84.362, de 31 de dezembro de 1979.* Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-84362-31-dezembro-1979-433708-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

A INGECOR passou a denominar-se Comissão de Coordenação do Controle Interno (INTERCON), sendo presidida pelo Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República. Não houve modificação da composição e estrutura da Comissão de Programação Financeira.

As IGF's subordinadas aos Ministros de Estado passaram a denominar-se Secretarias de Controle Interno (CISET), agora somente com atribuições relacionadas às atividades de administração financeira e de contabilidade. Por sua vez, os trabalhos de auditoria foram centralizados em dez Delegacias Regionais de Auditoria vinculadas à SECIN, inicialmente nas capitais dos estados do AM, BA, CE, DF, MG, PA, PE, RS, RJ e SP.[154]

Por meio do Decreto nº 92.452, de 10/03/1986, extinguiu-se a SECIN e criou-se a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), órgão central de controle interno (Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria), diretamente subordinada ao Ministro de Estado da Fazenda. As atividades de auditoria contábil e de programas voltaram para as Secretarias de Controle Interno (CISETs).[155]

O SCI passou por nova organização, porquanto a STN abrangeu, além do Sistema de Administração Financeira, Contabilidade a Auditoria (Decreto-lei nº 200, de 25/02/1967), o Sistema de Programação Financeira (Decreto nº 64.441, de 30/04/1969), em decorrência do Decreto nº 93.874, de 23/12/1986.[156]

Nessa reorganização, mantiveram-se as CISET's na estrutura dos ministérios e instituíram-se as Delegacia do Tesouro Nacional (DTN), unidades da STN no Distrito Federal e nas capitais dos estados, como órgãos setoriais.

---

[154] BRASIL. *Decreto nº 85.234, de 6 de outubro de 1980*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-85234-6-outubro-1980-434645-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[155] BRASIL. Decreto nº 92.452, de 10 de março de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D92452.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

[156] BRASIL. *Decreto nº 93.874, de 23 de dezembro de 1986*: Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-93874-23-dezembro-1986-444634-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

A Constituição Federal determinou a cada Poder a competência para estabelecer seu sistema de controle interno, associado à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta. As atribuições do controle interno, nesse momento, ainda abrangiam, além do sistema de auditoria, os de contabilidade e finanças, em conformidade com as normas editadas pelo Poder Executivo Federal explicitadas na sequência.

A Medida Provisória nº 480, de 27/04/1994[157], reorganizou o SCI posicionando o Ministério da Fazenda como órgão central. Criou a Secretaria Federal de Controle (SFC) para atuar nas áreas de auditoria, fiscalização e avaliação de gestão.

Integravam a SFC: as Secretarias de Controle Interno (CISET's) unidades seccionais do controle dos órgãos da Presidência da República (exceto a da Secretaria Geral da Presidência da República), dos ministérios civis (exceto a do Ministério das Relações Exteriores); Delegacia Regional de Controle (unidades regionais nos estados); e Corregedoria Geral do Controle Interno. Nessa reestruturação, a STN restringiu-se às atribuições de administração financeira e de contabilidade.

A MP 480, de 27/04/1994, também instituiu o Conselho Consultivo do Sistema de Controle Interno, integrado pelos titulares da SFC, STN, e por três conselheiros dentre os titulares de unidades setoriais, seccionais e regionais de controle interno. Sua finalidade era, entre outros, promover a integração e editar normas sobre assuntos das áreas coordenadas pela SFC e STN.

O SCI também compreendia as unidades de controle interno dos ministérios militares, da Secretaria Geral da Presidência da República e do Ministério das

[157] BRASIL. *Medida Provisória nº 480, de 27 de abril de 1994.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1994/medidaprovisoria-480-27-abril-1994-374303-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2018. Após diversas reedições, a MP 2.112-88, de 26/01/2001, foi convertida na Lei nº 10.180, de 07/02/2001.

Relações Exteriores, como órgãos setoriais, sujeitos à supervisão técnica e à orientação normativa da SFC e STN nas suas respectivas áreas de atuação.

Entre as modificações no sistema de controle interno citam-se: a separação do Sistema de Administração Financeira do Sistema de Contabilidade Federal; a definição da SFC como órgão central do SCI, ainda na estrutura do Ministério da Fazenda; e a extinção das CISET's[158], cujos servidores foram incorporados na SFC[159]; e a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI), órgão colegiado criado para a coordenação do SCI, com o objetivo de promover a integração e a padronização de entendimentos.[160]

O Decreto nº 3.591, de 06/09/2000 retirou os Sistemas de Administração Financeira e de Contabilidade Federal do âmbito do controle interno, e instituiu o cargo de Assessor Especial de Controle interno em cada ministério civil (segundo nível de controle, conforme Decreto-Lei n. 200/1967). A SFC passou a denominar-se Secretaria Federal de Controle Interno. [161]

Como resultado das restruturações do papel do SCI, a Lei nº 10.180, de 06/02/2001, estabeleceu a finalidade principal de avaliação de programas de

[158] Permaneceram as Secretarias de Controle Interno (CISET's) do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Defesa, da Advocacia-Geral da União e da Casa Civil. BRASIL. *Medida Provisória nº 1.893-70, de 24 de setembro de 1999*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1999/medidaprovisoria-1893-70-24-setembro-1999-344979-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[159] CRUZ, Carlos Eduardo Rodrigues. *Sistema de Controle Interno Integrado da União: necessidade ou simples obrigatoriedade?* 122 f. Monografia (Pós-Graduação) - Escola da AGU, da Advocacia-Geral da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), da Controladoria Geral da União e Instituto Serzedello Corrêa (ISC), do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2009.

[160] BRASIL. *Medida Provisória nº 1.893-67, de 29 de junho de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/1893-67.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[161] O Decreto nº 3.591, de 6/09/2000 também tratou das técnicas de trabalho para a consecução das finalidades Sistema de Controle Interno: a auditoria "a qual visa a avaliar a gestão pública, pelos processos e resultados gerenciais, e a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado"; e a fiscalização, que "visa a comprovar se o objeto dos programas de governo corresponde às especificações estabelecidas, atende às necessidades para as quais foi definido, guarda coerência com as condições e características pretendidas e se os mecanismos de controle são eficientes".

governo, com observância ao planejamento orçamentário, deixando, assim, a característica predominantemente contábil que o marcou por um longo período.[162]

O Decreto nº 4.113, de 05/02/2002, transferiu tanto a SFC como a CCCI da estrutura do Ministério da Fazenda para a da Casa Civil da Presidência da República. Contudo, no mês seguinte, foram transferidas para a estrutura da Corregedoria-Geral da União[163] as competências de controle interno e auditoria pública da Casa Civil, por força do Decreto nº 4.177, de 28/03/2002. [164]

A Medida Provisória nº 37, de 8/05/2002 transformou a Corregedoria-Geral da União, órgão integrante da estrutura da Presidência da República, em Controladoria-Geral da União (CGU), a qual passou a ser o órgão central do SCI a partir da publicação do Decreto nº 4.304, de 16/07/2002, que alterou dispositivos do Decreto nº 3.591, de 6/09/2000.[165]

A Medida Provisória nº 103, de 01/01/2003 foi convertida na Lei nº 10.683, de 28/05/2003, a qual é referenciada como marco da criação da CGU e que elencou as seguintes competências:

---

[162] As competências dos órgãos e às unidades do SCI estão dispostas no Art. 24 dessa Lei nº 10.180, de 06/02/2001.

[163] O Decreto nº 4.177, de 28/03/2002 incorporou à Corregedoria-Geral da União as atividades de controle interno e de ouvidoria, desempenhadas pela Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) e pela Ouvidoria-Geral da União (OGU), respectivamente. Antes essas duas unidades estavam vinculadas ao Ministério da Fazenda (SFC) e ao Ministério da Justiça (OGU). BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Histórico*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[164] CRUZ, Carlos Eduardo Rodrigues. *Sistema de Controle Interno Integrado da União:* necessidade ou simples obrigatoriedade? 122 f. Monografia (Pós-Graduação) - Escola da AGU, da Advocacia-Geral da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), da Controladoria Geral da União e Instituto Serzedello Corrêa (ISC), do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2009.

[165] "[...] na conversão da Medida Provisória nº 37 pela Lei nº 10.539, de 23/09/2002, foram retirados os parágrafos que tratavam da nova denominação, voltando o nome a ser Corregedoria Geral da União. [...] a partir de 1º/01/2003, por intermédio da Medida Provisória nº 103, novamente a Corregedoria foi transformada em Controladoria-Geral da União (CGU), sendo a conversão efetivada pela Lei nº 10.683, de 28/05/2003." CRUZ, Carlos Eduardo Rodrigues. *Sistema de Controle Interno Integrado da União:* necessidade ou simples obrigatoriedade? 122 f. Monografia (Pós-Graduação) - Escola da AGU, da Advocacia-Geral da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), da Controladoria Geral da União e Instituto Serzedello Corrêa (ISC), do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2009.

> Art. 17. À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, às atividades de ouvidoria geral e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da Administração Pública Federal.[166]

Ressalta-se que a CGU compunha órgão da Administração Pública Federal, com *status* de Ministério, tendo como titular o Ministro de Estado do Controle e da Transparência, com denominação alterada para Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

A Controladoria-Geral da União foi extinta pela Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, sendo criado o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), tendo como titular da pasta o Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. [167]

Nova mudança de nomenclatura ocorreu com a publicação da Lei nº 13.502, de 1º/11/2017, que transformou o órgão central do SCI em Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (adotando-se a mesma sigla CGU), chefiado pelo Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, com competências de típica agência anticorrupção do país:[168]

---

[166] BRASIL. *Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm>. Acesso em: 14 mar. 2011.

[167] BRASIL. *Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 20*16. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13341.htm Acesso em 22 maio 2018.

[168] Há divergência quanto à classificação da CGU como Agência Anticorrupção (AAC), isso porque "[...] um sistema de combate à corrupção deve reunir atividades de fiscalização, investigação e punição. No âmbito da Administração Pública Federal brasileira, a fiscalização é desempenhada por vários órgãos, com destaque às atuações do Tribunal de Contas da União (TCU) e da CGU. A investigação fica a cargo, sobretudo, da Polícia Federal (PF) e do Ministério Público Federal (MPF). E atualmente a punição está mais concentrada no Judiciário, com a possibilidade de imposição de sanções por instâncias administrativas, incluindo-se dentre elas o TCU e a CGU, mas sempre passíveis de serem revisadas e anuladas pelo Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF). Por tudo isso, o sistema brasileiro de combate à corrupção caracteriza-se como um sistema multiagências, uma vez que há efetiva multiplicidade institucional no desempenho das atividades de fiscalização, investigação e punição da corrupção." OLIVEIRA, Gustavo Justino; SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. *Controladoria-Geral da União*: uma Agência Anticorrupção? Universidade de São Paulo (USP – e-Diciplinas), 2015. Disponível em:

Art. 66. Constituem área de competência do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União:

I - providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção[169], às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal;

II - decisão preliminar acerca de representações ou denúncias fundamentadas que receber, com indicação das providências cabíveis;

III - instauração de procedimentos e processos administrativos a seu cargo, constituindo comissões, e requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável;

IV - acompanhamento de procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da administração pública federal;

V - realização de inspeções e avocação de procedimentos e processos em curso na administração pública federal, para exame de sua regularidade, e proposição de providências ou a correção de falhas;

VI - efetivação ou promoção da declaração da nulidade de procedimento ou processo administrativo e, se for o caso, da apuração imediata e regular dos fatos envolvidos nos autos e na nulidade declarada;

VII - requisição de dados, informações e documentos relativos a procedimentos e processos administrativos já arquivados por autoridade da administração pública federal;

VIII - requisição a órgão ou entidade da administração pública federal de informações e documentos necessários a seus trabalhos ou atividades;

IX - requisição a órgãos ou entidades da administração pública federal de servidores ou empregados necessários à constituição de comissões, incluídas as que são objeto do disposto no inciso III deste artigo, e de qualquer servidor ou empregado indispensável à instrução de processo ou procedimento;

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3881752/mod_resource/content/0/Artigo_CGU_Corrupc_a_o_Oliveira_Sousa_Pagani%20%2020%2011%2015.pdf >. Acesso em: 14 mar. 2018.

[169] As competências de correição, à prevenção e ao combate à corrupção foram acrescidas pela Lei nº 11.204, de 05/12/2005. BRASIL. *Lei 11.204, de 05 de dezembro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11204.htm>. Acesso em: 14 mar. 2011.

> X - proposição de medidas legislativas ou administrativas e sugestão de ações necessárias a evitar a repetição de irregularidades constatadas;
>
> XI - recebimento de reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral e à apuração do exercício negligente de cargo, emprego ou função na administração pública federal, quando não houver disposição legal que atribua competências específicas a outros órgãos; e
>
> XII - execução das atividades de controladoria no âmbito do Poder Executivo federal.[170]

Sobre o SCI, há divergência de entendimento quanto à atual titularidade do órgão central, vejamos. Fixou-se essa titularidade à Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) na Lei nº 10.180, de 06/02/2001, quando então integrada à estrutura do Ministério da Fazenda:[171]

> Art. 22. Integram o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal:
>
> I - a Secretaria Federal de Controle Interno, como órgão central;
>
> II - órgãos setoriais.[172]

O Decreto nº 4.304, de 16/07/2002 do Chefe do Poder Executivo[173], alterando o Decreto 3.591, de 06/09/2000, atribuiu à Controladoria-Geral da União (CGU),

---

[170] BRASIL. *Lei 13.502, de 1 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13502.htm. Acesso em: 14 mar. 2018.

[171] Vigia à época a Instrução Normativa nº 01, de 06/04/2001 (SFC/MF), e conferia-se à SCI a seguinte composição: a) órgão central: a Secretaria Federal de Controle Interno do Ministério da Fazenda - SFC/MF[...]; b) órgãos setoriais: as CISET's do Ministério da Defesa, do Ministério das Relações Exteriores, da Casa Civil e da Advocacia - Geral da União; c) unidades setoriais: as Unidades de Controle Interno dos comandos militares como setoriais da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Defesa; d) unidades regionais do órgão central: as Gerências Regionais de Controle Interno – GRCI, nos Estados. BRASIL. Ministério da Fazenda. *Instrução Normativa nº 01, de 06 de abril de 2001*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in-01-06042001.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[172] "Art. 22, § 2º Os órgãos setoriais são aqueles de controle interno que integram a estrutura do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Defesa, da Advocacia-Geral da União e da Casa Civil. § 3º O órgão de controle interno da Casa Civil tem como área de atuação todos os órgãos integrantes da Presidência da República e da Vice-Presidência da República, além de outros determinados em legislação específica. § 4º Os órgãos central e setoriais podem subdividir-se em unidades setoriais e regionais, como segmentos funcionais e espaciais, respectivamente."

[173] Considerando as suas competências constitucionais, Art. 84, inciso VI "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução"; e inciso VI, alínea a "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. BRASIL. *Decreto nº 4.304, de 16 de julho de 2002.*

órgão da estrutura da Presidência da República, a titularidade do SCI. Couberam à SFC "as funções operacionais de competência do Órgão Central do Sistema, [...]além das atividades de controle interno de todos os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal" fora da competência dos órgãos setoriais:

> Art. 8º Integram o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal:
>
> I - a Controladoria-Geral da União, como Órgão Central, incumbido da orientação normativa e da supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema;
>
> II - as Secretarias de Controle Interno (CISET) da Casa Civil, da Advocacia-Geral da União, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Defesa, como órgãos setoriais;
>
> III - as unidades de controle interno dos comandos militares, como unidades setoriais da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Defesa;

Nesse contexto, o SCI teve sua área de atuação ampliada, haja vista a hodierna organização institucional do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) abarcar, além da SFC, os órgãos singulares (Ouvidoria-Geral da União, Corregedoria-Geral da União e Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção); as unidades descentralizadas (Controladorias-Regionais da União nos Estados); e os órgãos colegiados (Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, Comissão de Coordenação de Controle Interno, e Comissão de Coordenação de Correição). [174]

Em direção oposta à multíplice natureza da CGU, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União aprovou o documento "Referencial

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4304.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[174] BRASIL. *Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8910.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

Técnico da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo", anexo da Instrução Normativa - IN nº 03, de 09/06/2017.[175]

Nesse Referencial Técnico, apresenta-se como órgão central do SCI a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC). Na composição do SCI também elenca os órgãos setoriais (as Secretarias de Controle Interno (CISET) da Presidência da República, da Advocacia-Geral da União, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Defesa); e unidades setoriais da CISET do Ministério da Defesa (as unidades de controle interno dos comandos militares). Nessa lógica, reduzir-se-iam as competências do SCI às atividades de auditoria governamental.[176]

É imperioso relatar que, em consonância com a "hierarquia das normas jurídicas", a IN nº 03/2017 não revoga o conteúdo do Decreto nº 4.304, de 16/07/2002, publicado "modus-faciendi" às disposições constitucionais relativas às competências do Chefe do Poder Executivo[177], e tampouco revoga o disposto na Lei nº 10.180/2001.

E, dessa forma, a princípio caberia ao Mistério da Transparência e Controladoria-Geral da União a titularidade do órgão central do SCI, na ausência de

[175] BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Instrução Normativa nº 03, de 09 de junho de 2017*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_03_2017.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[176] Apesar de o texto do Referencial Técnico classificar as Controladorias Regionais da União nos estados como Unidades de Auditoria Interna Governamental (UAIG), elas não estão no rol das integrantes do SCI, embora na estrutura da CGU. Extraído do Glossário: "Unidade de Auditoria Interna Governamental (UAIG): Unidade responsável pela prestação de serviços independentes e objetivos de avaliação e de consultoria, desenvolvidos para adicionar valor e melhorar as operações da organização e que reúna as prerrogativas de gerenciamento e de operacionalização da atividade de auditoria interna governamental no âmbito de um órgão ou entidade da Administração Pública Federal. Consideram-se UAIG as unidades integrantes do SCI e os órgãos auxiliares. As UAIG estão posicionadas na terceira linha de defesa do Poder Executivo Federal." BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Instrução Normativa nº 03, de 09 de junho de 2017*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_03_2017.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

[177] A IN 03/2017 não se enquadra na hipótese de delegação de competência do Presidente da República a Ministro de Estado para, por meio de Decreto, dispor sobre a "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos", prevista no parágrafo único do art. 84. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

norma com hierarquia igual ou superior às citadas que estabeleça o conteúdo do Referencial Técnico sob exame. Por conseguinte, adotar-se-á esse entendimento no presente trabalho.

3.2.2.2 Controle Externo da Administração Pública Federal a partir da Constituição de 1988

Como Sistema de Controle Externo conceitua-se o "conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando à fiscalização, verificação e correção dos atos".[178]

No Brasil adota-se o sistema de controle de Corte de Contas, também denominado Tribunais de Contas[179]. Conforme já relatado, expressamente as atribuições do controle externo já figuravam na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, competindo ao Congresso Nacional a fiscalização financeira e orçamentária da União, com o auxílio do Tribunal de Contas.

A Constituição de 1988 ampliou as competências de controle do Tribunal de Contas da União, nomenclatura atual conferida pelo Decreto-lei nº 199, de 25/02/1967[180]. Também acresceu o direito de "qualquer cidadão, partido político,

[178] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil*: Jurisdição e Competência. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 30. apud LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo, Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 10.

[179] O sistema de Tribunal de Contas possui como características principais o caráter colegiado de suas decisões e o seu poder coercitivo para impor sanções, inclusive multas em decorrência da má gestão dos recursos públicos. Além do Brasil, adotam esse sistema o Uruguai, Portugal, França, Espanha, Japão, Holanda, Grécia, Coréia. Também existe o sistema de Auditoria Geral ou Controladoria Geral, que possui caráter opinativo e consultivo, sem dispor de poderes jurisdicionais e coercitivos, haja vista a suas manifestações adotarem modelo de parecer ou recomendação, subscritos de forma monocrática. Adotam esse modelo os Estados Unidos, Argentina, África do Sul, Austrália, Bolívia, Suécia, Reino Unido, México, Índia entre outros. LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo, Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas.* 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 10-12.

[180] BRASIL. *Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0199.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

associação ou sindicato, na forma de lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (TCU)". [181]

Outrossim, determina que, para o âmbito estadual e municipal, as respectivas constituições disporão sobre os Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal (TCE e TCDF) e Tribunais de Contas dos Municípios (TCM) e/ou Conselhos de Contas, consoante as normas preestabelecidas para o âmbito federal, no que couber.[182] Citam-se os TCE's nos estados do PI, GO, BA e MG, bem como os TCM's da BA, CE e PA.[183]

Acrescenta-se à doutrinária classificação do controle externo o conceito do controle social efetuado pela população, o qual se manifesta, entre outros, na escolha dos governantes e representantes do Executivo e Legislativo pelo exercício do voto,[184] nas petições aos órgãos públicos já mencionados, e na fiscalização de atos administrativos a partir da disponibilização de informações por força da Lei de Acesso à Informação (LAI).

Portanto, o controle da Administração Pública, além de atribuição do Estado, também é de responsabilidade dos cidadãos, com o fito de garantir a conformidade da atuação governamental com as normas e princípios norteadores.

Outro mecanismo relevante de controle externo são os realizados pelos Conselhos Fiscais, que são obrigatórios para as empresas com ações negociadas em

[181] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 mar. 2018.
[182] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.
[183] LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo, Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 19.
[184] CASTRO, Domingos Poubel. *Auditoria, contabilidade e controle interno no setor público: integração das áreas do ciclo de gestão:* planejamento, orçamento, finanças, contabilidade e auditoria e organização dos controles internos, como suporte à governança corporativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 341-342.

bolsas de ações, e suas atuações se dão em torno das informações contábeis e dos respetivos trabalhos de auditoria.[185]

Retomando ao controle externo da Administração Pública Federal, observa-se que o Congresso Nacional detém a sua titularidade, e, por conseguinte, como Poder Legislativo, exerce controle político. A importância do TCU como integrante desse sistema de controle reside em conferir caráter técnico à gestão da coisa pública por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

O aspecto contábil do controle refere-se à conferência de lançamentos e registros das movimentações contábeis. O financeiro associa-se a entradas e saídas de recursos, ou seja, as receitas e as despesas. O controle da execução orçamentária almeja verificar se as movimentações de recursos estão em consonância com o orçamento aprovado.[186] O aspecto operacional relaciona-se à ideia de desempenho, de atingimento de resultados. Por fim, o patrimonial associa-se ao controle para a guarda, conservação e movimentação de bens públicos.[187] Listam-se as competências do controle externo elencadas no art. 71 da Constituição de 1988:

> I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
>
> II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[185] CASTRO, Domingos Poubel. *Auditoria, contabilidade e controle interno no setor público: integração das áreas do ciclo de gestão:* planejamento, orçamento, finanças, contabilidade e auditoria e organização dos controles internos, como suporte à governança corporativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 343-345.

[186] Segundo o art. 75 da Lei 4320, de 17/03/1964 compreende: "I - a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações; II - a fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos; III - o cumprimento do programa de trabalho expresso em têrmos monetários e em têrmos de realização de obras e prestação de serviços." BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

[187] WURMAN, Samy. *Controle Externo do TCU*. Brasília: Vesticon, 2005, p. 14-16. apud SILVA. Moacir Marques da. *Controle Externo das Contas Públicas:* O Processo nos Tribunais de Contas do Brasil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46-47.

> III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
>
> IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
>
> V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
>
> VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
>
> VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
>
> VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
>
> IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
>
> X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
>
> XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Encontra-se submetido ao controle externo pessoa física ou jurídica, pública ou privada, "[...] que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma

obrigações de natureza pecuniária", e por essa razão, deve prestar contas a esse controle. [188]

Ressalta-se que a gestão dos recursos públicos e o respectivo controle ocorre de forma ampla, abarcando outrossim a participação de pessoas físicas e jurídicas responsáveis por dispêndios em função, por exemplo, da celebração de convênios ou outros acordos com o Governo Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O TCU é órgão de controle externo, com natureza administrativa. Segundo a majoritária doutrina do Direito Administrativo, o TCU é órgão independente e autônomo[189], portanto, não pertencente ao Poder Legislativo, e que, por sua vez, auxilia o Congresso Nacional no exercício do controle externo dos Poderes Executivo e Legislativo Federais, além das contas do Ministério Público da União.[190] Sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto explicita:

> [...] a Constituição instituiu uma distinção estrutural de cunho político entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas; e o fez, não só por estar a mencioná-los separadamente, o que seria um dado puramente formal, como, e principalmente, por que quis estabelecer entre ambos uma relação, que não sendo paritária nem, tampouco, de hierarquia ou de subordinação, só pode ser de cooperação, o que claramente se expressa na voz auxílio.[191] (Grifo do autor)

Um dos argumentos para a defesa da autonomia do TCU está na ausência de dispositivo constitucional que o vincule administrativamente ao Poder Legislativo, tendo em vista que a redação do art. 44 limita o exercício desse poder ao Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

---

[188] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[189] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Ouvidoria Dúvidas Frequentes*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/ouvidoria/duvidas-frequentes/autonomia-e-vinculacao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[190] SILVA, G. S; CAVALCANTE FILHO, J. T. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012. p. 1173.

[191] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho os Tribunais de Contas*. In: SOUZA, Alfredo José de, CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e; FERRAZ, Sérgio; CAMPELO, Valmir. *O Novo Tribunal de Contas:* Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais. Brasília: Editora Fórum, 2003, p. 64.

Dada as já citadas competências constitucionais conferidas no art. 71 da Constituição de 1988, ao TCU podem ser conferidas as seguintes funções básicas: fiscalizadora (incisos III, IV, V, VI), judicante (inciso II), consultiva (inciso I), informativa (incisos VII e XI), sancionadora (inciso VIII) e corretiva (inciso IX e X). As funções normativa e de ouvidoria do TCU decorrem da Lei Orgânica (Lei nº 8.443/1992), respectivamente, do disposto no art. 3º e art. 53 e seguintes: [192]

> Art. 3° Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em conseqüência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.
>
> [...]
>
> Art. 53. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Quanto à função judicante, o TCU tem jurisdição em todo o território nacional, sobre matérias e pessoas (inclusive seus sucessores)[193] sujeitas a sua competência que, de alguma forma, gerenciem recursos públicos federais. A matéria encontra-se disciplinada nos arts. 4º e 5º da respectiva Lei Orgânica, e, considerando o objeto deste trabalho, destaca-se o poder de atuação do TCU sobre os Serviços Sociais Autônomos, também conhecidos como Entidades do Sistema "S", conforme excerto a seguir:

> Art. 4° O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.
>
> Art. 5° A jurisdição do Tribunal abrange:

[192] CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. *Direito Financeiro – Teoria e Prática:* Planejamento, elaboração, controle e gestão do Orçamento Público, Exercícios e Questões com Respostas. 1. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2009. p. 242-246.

[193] "Art, 5º, XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;" BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 mar. 2018.

> [...]
>
> V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social; [194]

Essas entidades de natureza privada estão abrangidas pela jurisdição do TCU haja vista o gerenciamento de contribuições parafiscais, de natureza pública, na consecução de suas missões de interesse de categorias profissionais. Tanto as unidades nacionais do Sistema "S" como regionais em cada estado da federação são abrangidas pela atuação do TCU, excluindo-se, portanto, da jurisdição dos TCE's.

4 OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E A PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL

4.1 A Natureza Jurídica dos Serviços Sociais Autônomos

Confere-se ao Estado Social Brasileiro[195] o caráter de intervencionismo estatal na ordem econômica e social. Segundo Eloísa Helena, o regime de proteção social no Brasil ocorreu no período de governos autoritário e tecnocratas, os quais conduziram as ações de proteção social de forma a atender a setores coorporativos e organizados.

Historicamente, a proteção social deixou de ser pontual e ganhou contornos de atividade estatal a partir da separação entre o Estado e Igreja Católica, com a publicação do Decreto nº 119-A, de 7/02/1890. A citada autora salientou que, nesse período, as ordens religiosas ainda eram responsáveis por casas de misericórdia, asilos, escolas e registros públicos.[196]

---

[194] BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 08 mar. 2018.

[195] "[...] em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, [...] de disciplinar no texto fundamental [...] o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem o homem o destinatário da norma constitucional [...]" BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 368. apud MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e a Imunidade Tributária*: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 34.

[196] CABRAL, Eloisa Helena de Souza. *Terceiro Setor:* gestão e controle. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56-57.

Quando já superado o modelo econômico essencialmente agrícola, do período colonial até a década de 30, o Estado interveio na economia e na sociedade mediante a instituição de sistemas públicos de educação e investimentos em infraestrutura, ocorrendo o processo de industrialização principalmente no estado de São Paulo.

Entretanto, o modelo de desenvolvimento adotado foi o corporativista, no qual a saúde, a assistência e a seguridade social destinaram-se a categorias profissionais dos setores produtivos e público determinados, não observando critérios de universalidade.

Nesse sentido, o art. 129 da Constituição de 1937 já empunhava ao Poder Público o dever de garantir a educação, sendo a de cunho profissional mediante a participação de indústrias e dos sindicatos econômicos:

> Art 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.
>
> O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.
>
> É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público. [197]

Ocorreram, assim, negociações e debates com vistas à implementação de escolas profissionalizantes para trabalhadores da indústria, que resultaram na criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI). Cita-se, desse período, a

[197] BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

publicação do Decreto-lei nº 1.238, de 2/05/1939, que determinava a criação de cursos de aperfeiçoamento profissional para trabalhadores em estabelecimentos industriais com mais de 500 empregados. [198]

Essa entidade foi criada por meio do Decreto-lei nº 4.048, de 22/01/1942, com o objetivo de "organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários"[199]. Atribuiu-se a sua organização e direção à Confederação Nacional da Indústria (CNI), e a primeira unidade, a Escola SENAI "Roberto Simonsen", foi fundada na capital de São Paulo em 02/08/1943.[200]

O excerto a seguir demonstra o cenário de negociação e pressão daquele período, de conflituosa articulação ocorrida entre o setor público e privado, durante o Estado Novo, o qual tinha como objetivo incrementar a atividade econômica do país tendo a educação profissionalizante como um dos fatores:

> A pressão e intervenção governamental vanguardista no processo inicial de criação da aprendizagem industrial foi intensa. Podemos conjecturar que parte disso se devia a urgência da situação econômica e política do Brasil e seus representantes que não queriam de forma alguma mais um item para onerar suas receitas. Porém estes, diante da determinação de Vargas para obter a cooperação dos industriais neste projeto, sabiam que poderiam negociar dentro de uma margem de manobra suas reivindicações ao Chefe da nação via FIESP [...] [201]

Com o SENAI, nasciam os denominados Serviços Sociais Autônomos, os quais, na lição de Hely Lopes Meirelles, são "instituídos por lei, com personalidade jurídica de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias

---

[198] DE CARVALHO, Marcelo Augusto Monteiro. *A Criação do SENAI no Contexto da Era Vargas*. 192 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de História: Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

[199] BRASIL. *Decreto-lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4048.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[200] SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL. São Paulo: *Histórico*. Disponível em: <https://bras.sp.senai.br/institucional/1351/0/historico>. Acesso em: 16 mar. 2018.

[201] DE CARVALHO, Marcelo Augusto Monteiro. *A Criação do SENAI no Contexto da Era Vargas*. 192 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de História: faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotação orçamentária ou contribuições parafiscais".[202]

O mesmo doutrinador acrescentou que são "[...] *entes paraestatais de cooperação com o Poder Público*, com administração e patrimônio próprios"[203], e, portanto, não se confundem com o Estado, mas atuam como colaboradoras no desempenho de atividades não exclusivamente estatais.

Os Serviços Sociais Autônomos também não se confundem com as entidades sociais, sociedades declaradas como de utilidade pública por decreto do Poder Executivo quando cumpridas as regras estabelecidas na Lei nº 91, de 28/08/1935[204]: adquirir personalidade jurídica, estar em funcionamento e desinteressadamente à coletividade; bem como cargos de diretoria não remunerados.[205] A concessão de subsídios governamentais para as ações dessas entidades foi aprovada pelo Decreto-lei nº 525, de 01/07/1938.[206]

A aprendizagem voltada aos interesses das categorias profissionais do setor do comércio ficou ao encargo da Confederação Nacional do Comércio (CNC), a qual se atribuiu competência para criar e organizar o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), por força do Decreto-lei nº 8.621, de 10/01/1946.

As funções dessas entidades, inicialmente planejadas para a educação profissional, foram ampliadas para a oferta de serviços voltados à qualidade de vida do trabalhador e seus dependentes, de cunho social, artístico, cultural e de pesquisa.

O Decreto-lei nº 9.403, de 25/09/1946 atribuiu à CNI o encargo de criar, organizar e dirigir do Serviço Social da Indústria (SESI), "[...] com a finalidade de

---

[202] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015 p. 481

[203] MEIRELLES, op. cit., p. 481-482.

[204] Revogada pela Lei nº 13.204/2015. BRASIL. *Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13204.htm#art9>. Acesso em 15 mar. 2018.

[205] BRASIL. *Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0091.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

[206] CABRAL, Eloisa Helena de Souza. *Terceiro Setor*: gestão e controle. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 58.

estudar planejar e executar direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas [...]". Cita-se, algumas das considerações da publicação desse normativo:

> Considerando as dificuldades que os encargos de após-guerra têm criado na vida social e econômica do país, com intensas repercussões nas condições de vida da coletividade, em especial das classes menos favorecidas;
>
> Considerando que é dever do Estado concorrer não só diretamente para a solução dêsses problemas, como favorecer e estimular a cooperação das classes em iniciativas tendentes a promover o bem estar dos trabalhadores e de suas famílias;
>
> Considerando que a execução de medidas que contribuam para êsse objetivo, em relação aos trabalhadores na, indústria e atividades assemelhadas, constitui uma necessidade indeclinável, favorecendo, outrossim, a melhoria do padrão geral de vida no país;
>
> Considerando que a Confederação Nacional da Indústria, como entidade representativa dos interêsses das atividades produtoras, em todo o país, oferece o seu concurso a essa obra, dispondo-se a organizar, com recursos auferidos dos empregadores, um, serviço próprio, destinado a proporcionar assistência social e melhores condições de habitação, nutrição, higiene dos trabalhadores e, bem assim, desenvolver o esfôrço de solidariedade entre empregados e empregadores. [207]

O Decreto-lei nº 9.403, de 13/09/1946, atribui à Confederação Nacional do Comércio (CNC) o encargo de criar e organizar o Serviço Social do Comércio (SESC), por sua vez, "[...] com a finalidade de planejar e executar direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem estar social e a melhoria do padrão de vida dos comerciários e suas famílias, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico da coletividade."

No período da promulgação da Constituição de 1988, ocorreu o auge da crise do Estado Brasileiro (presente desde a década de 70), e, entre as suas manifestações mais evidentes, referenciam-se "[...] uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se tornava

[207] BRASIL. *Decreto-Lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del9403.htmf>. Acesso em 15 mar. 2018.

negativa" e a necessidade de superar a forma burocrática[208] de administrar o Estado, com a centralização de funções e a rigidez de procedimentos.[209]

Surgiram indagações sobre a necessidade da participação da sociedade civil organizada, e com incentivo do próprio Estado, a qual, por não compor a estrutura da Administração Pública direta ou indireta (Primeiro Setor), e por não se enquadrar como entidade privada voltada ao acúmulo de capital (Segundo Setor), compôs o Terceiro Setor. Na análise de Émerson Gabardo:

> Nesse contexto é que aparece de forma muito contundente na mentalidade pós-moderna o chamado terceiro setor (setor público não estatal). A importância da participação de todos no processo de qualificação do bem-estar torna-se um novo consenso. E nesse processo o Estado torna-se protagonista, devido à carência de uma tradição solidarista espontânea na cultura de vários países em desenvolvimento e notadamente o Brasil. [210]

Como resultado, a Reforma do Estado significou a redefinição de seu papel, a partir de agora menos executor e mais regulador. Com o processo de publicização, o Estado descentralizou para o setor público não estatal atividades não relacionadas propriamente ao exercício de poder.

Nesse cenário, surge o Terceiro Setor brasileiro, "[...]constituído das organizações que estabeleceram dentro da sociedade civil as ações voluntárias na direção da sustentação econômica e social dos setores de menor renda [...]", resultante do processo de publicização.[211]

---

[208] Administração Burocrática: "[...] surgiu na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patromonialista [...] Os controles administrativos que visam a evitar a corrupção e o nepotismo são sempre a priori. [...] Em consequência, o Estado volta-se para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade [...] O Estado se limitava a manter a ordem, administrar a justiça e garantir os contratos e a propriedade." CHIAVENATO, Idalberto. *Administração geral e pública*. 3. ed. Barieri: Manole, 2012. p. 107.

[209] CHIAVENATO, op. cit., p. 103.

[210] GARBADO, Émerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado:* uma análise das Estruturas Simbólicas do Direito Público. Barueri: Manole, 2003. p. 167. Apud MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e a Imunidade Tributária:* Teoria e Prática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 34.

[211] CABRAL, Eloisa Helena de Souza. *Terceiro Setor:* gestão e controle. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 64.

Uma grande diversidade de organizações da sociedade civil se classifica como Terceiro Setor. Além das Organizações Sociais (OS) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)[212], elencam-se as do tipo Organização não-governamental (ONG) e Organização da Sociedade Civil (OSC)[213].

Não integrando o Primeiro e nem o Segundo Setor, dada a personalidade de direito privado e sem fins lucrativos, os Serviços Sociais Autônomos, por exclusão, também compõem o Terceiro Setor, embora não se incluam na classificação de organizações da sociedade civil.

Nessa conjuntura nacional, ampliaram-se as categorias profissionais beneficiadas com qualificação profissional e/ou melhoria da qualidade de vida do trabalhador e seus dependentes, a partir da criação de outros Serviços Sociais Autônomos após a Constituição de 1988.

O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) foi criado a partir do Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa (CEBRAE), órgão desvinculado do Ministério da Indústria e Comércio (MDIC) por meio do Decreto nº 99.570, de 9/10/1990:

> Art. 2º Compete ao Sebrae planejar, coordenar e orientar programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial e tecnológica.[214]

---

[212] BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em 16 mar. 2018.

[213] Organização não-governamental (ONG): "[...]o termo ONG não está definido na legislação brasileira, assim, toda ONG existe ou sob a forma de uma associação ou sob a forma de uma fundação. Entretanto, O termo ONG, entretanto, não pode ser aplicado a todas associações e fundações, mesmo que sejam organizações privadas sem fins lucrativos, a exemplo de clubes, hospitais, escolas filantrópicas, sindicatos, cooperativas, etc.[...]." Organização da Sociedade Civil (OSC): "[...] Esta expressão foi adotada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), no início da década de 90 e significa a mesma coisa que ONG – termo que se tornou mais conhecido devido ao fato de ser utilizado pela ONU e pelo Banco Mundial." OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. *Legislação. Definições de ONG – OS – OSC – OSCIP*. Disponível em: <http://observatorio3setor.org.br/o-3-setor-2/legislacao/>. Acesso em 16 mar. 2018.

[214] BRASIL. *Decreto nº 99.570, de 9 de outubro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d99570.htm>. Acesso em 16 mar. 2018.

A Lei nº 8.315, de 23/12/1991, criou o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), nos termos do art. 62 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[215]:

> Art. 1º "[...] com o objetivo de organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino da formação profissional rural e a promoção social do trabalhador rural, em centros instalados e mantidos pela instituição ou sob forma de cooperação, dirigida aos trabalhadores rurais.[216]

Por meio da Medida Provisória (MP) nº 1.715, de 3/09/1998 (com sucessivas reedições e revogações de MP's até 2001), ficou autorizada a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP): [217]

> Art. 7º "[...] com personalidade jurídica de direito privado, composto por entidades vinculadas ao sistema sindical, sem prejuízo da fiscalização da aplicação de seus recursos pelo Tribunal de Contas da União, com o objetivo de organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino de formação profissional, desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados. [218]

A criação do Serviço Social do Transporte (SEST) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) foi cometida à Confederação Nacional do Transporte (CNT), pela Lei nº 8.706, de 14/09/1993:

> Art. 2º Compete ao Sest, atuando em estreita cooperação com os órgãos do Poder Público e com a iniciativa privada, gerenciar, desenvolver, executar, direta ou indiretamente, e apoiar programas voltados à promoção social do trabalhador

[215] "Art. 62. A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC), sem prejuízo das atribuições dos órgãos públicos que atuam na área." BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

[216] BRASIL. *Lei nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8315.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

[217] O texto do Regimento do SESCOOP, aprovado pelo Decreto nº 3.017, de 06/04/1999, atribui à Medida Provisória nº 1.715, de 3 de setembro de 1998, a criação dessa entidade. BRASIL. *Decreto nº 3.017, de 06 de abril de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3017.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[218] BRASIL. *Medida Provisória nº 1.781-7, de 11 de março de 1999.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1999/medidaprovisoria-1781-7-11-marco-1999-371839-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 16 mar. 2018.

> em transporte rodoviário e do transportador autônomo, notadamente nos campos da alimentação, saúde, cultura, lazer e segurança no trabalho.
>
> Art. 3º Compete ao Senat, atuando em estreita cooperação com os órgãos do Poder Público e com a iniciativa privada, gerenciar, desenvolver, executar, direta ou indiretamente, e apoiar programas voltados à aprendizagem do trabalhador em transporte rodoviário e do transportador autônomo, notadamente nos campos de preparação, treinamento, aperfeiçoamento e formação profissional.[219]

Os Serviços Sociais Autônomos também são conhecidos como Sistema "S", haja vista as suas entidades terem seus nomes e siglas iniciadas pela letra "s": entes criados antes da Constituição de 1988, SENAI, SENAC, SESI, SESC; e depois, o SEBRAE, SENAR, SESCOOP, SEST e SENAT. Adotar-se-á, a partir desse ponto, a nomenclatura Sistema "S".

Acrescenta-se à lista do Sistema "S" a Agência da Promoção das Exportações Brasileiras (Apex-Brasil) e a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), não relacionadas a nenhuma entidade confederativa de categoria econômica, assim como o SEBRAE.[220]

A Lei nº 10.668, de 14/05/2003, autorizou o Poder Executivo a instituir a Apex-Brasil, "[...] pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública", fato ocorrido por meio do Decreto nº 4.584, de 5/02/2003:

> Art. 2º Compete à Apex-Brasil a execução de políticas de promoção de exportações em cooperação com o Poder Público, inclusive ações para promoção de investimentos. (Redação dada pelo Decreto nº 8.788, de 21/06/2016) [221]

---

[219] BRASIL. *Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8706.htm>. Acesso em 16 mar. 2018.

[220] MILHOMEM, Ana Léa de Vasconcelos. *As entidades do Sistema "S" (ESS) e a obrigação de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (TCU).* Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Disponível *em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1353/Artigo_Ana%20L%C3%A9a%20de%20Vasconcelos%20Milhomem.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 mar. 2018.*

[221] Antes do Decreto 8.788, de 21/06/2016, a APEX-Brasil deveria dar especial enfoque às atividades de exportação que favorecessem as empresas de pequeno porte e a geração de empregos. BRASIL.

Da mesma forma, a Lei nº 11.080, de 30/12/2004, autorizou o Poder Executivo a instituir a ABDI, "[...] com a finalidade de promover a execução de políticas de desenvolvimento industrial, especialmente as que contribuam para a geração de empregos, em consonância com as políticas de comércio exterior e de ciência e tecnologia."[222] A sua criação operou-se por meio do Decreto nº 5.352, de 24/01/2005.[223]

Dada a natureza das entidades do Sistema "S, conclui-se sobre suas principais características: não integram a Administração Pública; são dotados de personalidade jurídica de direito privado; desenvolvem atividades privadas de interesse coletivo, que justifica o fomento a essas atividades; e o fomento tem origem no próprio segmento econômico incentivado (esta última não aplicável ao SEBRAE, APEX-Brasil e ABDI).[224] Acrescenta-se que essas entidades possuem autonomia administrativa para editar seus próprios normativos e, assim, regular diferentes áreas de suas gestões.

A seguir tratar-se-á da natureza dos recursos financeiros recebidos a título de fomento, as contribuições parafiscais, por meio das quais o Poder Púbico garantiu a manutenção das atividades do Sistema "S".

Igualmente apresentar-se-ão as razões para a exigibilidade da prestação de contas dessas entidades, e assim, os fundamentos que amparam a ação dos controles interno e externo da Administração Pública Federal, competentes para avaliar a aplicação desses recursos.

Decreto nº 4.584, de 5 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4584.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

[222] BRASIL. *Lei nº 11.080, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11080.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

[223] BRASIL. *Decreto nº 5.352, de 24 de janeiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5352.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

[224] SOUTO, Marcos Juruena Villela. "*Outras entidades públicas" e os serviços sociais autônomos*. Revista de Direito do Estado, p. 137-153. apud BORGES, Alice Gonzalez. *Serviços sociais autônomos:* natureza jurídica. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 139 – 153, jun./set. 2010.

4.2 A natureza dos recursos financeiros geridos e a exigibilidade da prestação de contas.

Conforme o art. 3º do Código Tributário Nacional (CNT), Lei nº 5.172, de 25/10/1966, "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada." Quanto à natureza jurídica, classificam-se em impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Listam-se as espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação:

> a) impostos (Constituição Federal, arts. 145, I; 153; 154; 155; e 156);
>
> b) taxas (CF, art. 145, II);
>
> c) contribuições:
>
> c.1) de melhoria (CF, art. 145, III);
>
> c.2) parafiscais (CF, art. 149):
>
> c.2.1) sociais:
>
> c.2.1.1) de seguridade social (CF, art. 195, I, II e III);
>
> c.2.1.2) outras de seguridade social (CF, art. 195, § 4º);
>
> c.2.1.3) sociais gerais (FGTS, salário-educação, CF, art. 212, § 5º, contribuições para o Sesi, Senai, Senac, CF, art. 240);
>
> c.3) especiais:
>
> c.3.1) de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149);
>
> c.3.2) corporativas (CF, art. 149);
>
> d) empréstimos compulsórios (CF, art. 148)."[225]

[225] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE – RE nº 138284-8/CE*. Tribunal Pleno. Recorrente: União Federal. Recorrido: Petróleo Dois Irmãos. Relator: Carlos Velloso. Brasília, 1 de julho de 1992. apud BRASIL. Tribunal de Contas da União. Levantamento de Informação. *Acórdão 3214/2013. Plenário*. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/arrecada%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520direta%2520%2520e%2520sesi%2520e%2520senai/ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>. Acesso em: 21 mar. 2018.

O presente trabalho tratará das contribuições parafiscais, especificamente da espécie contribuição social (c.2.1.3), a qual constitui uma das principais fontes de receita das entidades do Sistema "S".

Sobre a contribuição parafiscal, a denominação desse tributo associa-se ao termo parafiscalidade, originário no direito francês. Redigiu-se *parafiscalité* pela primeira vez no Inventário de Schumann em 1947,[226] [...] que levantou e classificou os encargos assumidos por entidades autônomas e depositárias de poder tributário, por delegação do Estado, como parafiscais."[227]

Conceitua-se o fenômeno da parafiscalidade "[...] atribuição, pelo titular da competência tributária, mediante lei, da capacidade tributária ativa[228], a pessoas públicas ou privadas (que persigam finalidades públicas ou de interesse público) [...]" [229]

O fenômeno está disposto no art. 7º do CTN, sendo que as contribuições parafiscais inserem-se no conceito de parafiscalidade tributária haja vista instituídas pelo Poder Público e integrarem o orçamento de ente público descentralizado ou de natureza privada.

> Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra [...]

[226] Com o objetivo de gerar recursos para a recuperação econômica e social da França após a Segunda Guerra Mundial. LIPPERT, Franz August Gernot. *As Contribuições Parafiscais no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 121-126, 1996. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/viewFile/69175/39064>. Acesso em 21 mar. 2018

[227] BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 69.

[228] "A capacidade tributária ativa consiste na aptidão para cobrar, arrecadar e fiscalizar o tributo, ou seja, trata-se da aptidão para ser credor na relação tributária, figurando, portanto, no polo ativo [...] Já a capacidade tributária passiva, por seu turno, consiste na aptidão atribuída ao sujeito para figurar no polo passivo da relação jurídico-tributário, por ter realizado o fato gerador previsto hipoteticamente na norma de incidência do tributo, independentemente de sua capacidade civil." VASQUES. Lécio José de Oliveira Moraes. *Capacidade tributária Passiva*. Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17025&revista_caderno=26>. Acesso em: 05 abr. 2018.

[229] CARRAZZA, Roque A. *O Sujeito Ativo da Obrigação Tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1997. p. 40. apud BALEEIRO, op. cit., p. 70.

De acordo com Bernardo Ribeiro de Moraes, caracterizam a contribuição parafiscal os seguintes elementos: “1) o caráter compulsório da exigência, à semelhança do imposto ou da taxa; 2) a não-integração dessa receita no orçamento do Estado; 3) a destinação das receitas arrecadadas ao custeio de certos grupos, setores ou categorias sociais; 4) a administração de sua receita por entidades descentralizada e até não-estatais por delegação do Estado.” [230]

Quanto ao caráter compulsório (1), as contribuições parafiscais, em observância ao princípio da legalidade e assim como todos os outros tributos, são instituídas por lei, tendo em vista que o poder tributário é inerente ao poder público, indelegável e inalienável. Nesse sentido, incumbe à lei descrever as hipóteses de incidência, fixar alíquotas e determinar os sujeitos com capacidade tributária passiva.[231]

Essas contribuições não integram o orçamento do Estado (2). Segundo Franz August G. Lippert, “A preposição grega "para" pode ser traduzida como "perto", [...] ou "ao lado", indicando, consequentemente, [...], uma receita "ao lado do orçamento", "fora do orçamento", "fora do quadro das receitas tributárias tradicionais", [...]”.[232]

Acerca da destinação das receitas (3), é um requisito essencial da parafiscalidade o princípio da destinação pública do tributo, mesmo que os entes arrecadadores possuam natureza jurídica privada.[233] Quanto à administração da

[230] MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Forense, p. 623. Apud LIPPERT, Franz August Gernot. *As Contribuições Parafiscais no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 121-126, 1996. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/viewFile/69175/39064>. Acesso em 21 mar. 2018.

[231] FERREIRA, Fabiana Falcoski. *A natureza tributária e as espécies de contribuições especiais.* Boletim Jurídico, Uberaba, a.5, nº 208. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1665> Acesso em: 22 mar. 2018.

[232] LIPPERT, Franz August Gernot. *As Contribuições Parafiscais no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 121-126, 1996. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/viewFile/69175/39064>. Acesso em 21 mar. 2018.

[233] ATALIBA, Geraldo. *Regime constitucional da parafiscalidade*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 86, p. 16-33, jul. 1966. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/29113/27963>. Acesso em: 19 mar. 2018.

receita de contribuição (4), o fenômeno da parafiscalidade possibilita duas situações distintas. Sobre o tema, cita-se ensinamento de Paulo de Barros Carvalho:

> [...] a) o sujeito ativo, que não é titular da competência, recebe atribuições de arrecadar e fiscalizar o tributo, executando as normas legais correspondentes (CTN, art. 7º), com as garantias e privilégios processuais que competem à pessoa que legislou (CTN, art. 7º, § 1º), mas não fica com o produto arrecadado, isto é, transfere os recursos ao ente político; ou b) o sujeito ativo indicado recebe as mesmas atribuições do item a, acrescidas da disponibilidade sobre os valores arrecadados, para que os aplique no desempenho de suas atividades específicas.[234]

Os elementos da parafiscalidade aplicam-se à natureza dos recursos geridos pelas entidades do Sistema "S", porquanto suas contribuições parafiscais são compulsoriamente recolhidas; as receitas provenientes dessas contribuições integram o orçamento dessas entidades paraestatais; a aplicação dos referidos recursos deve limitar-se à prestação de serviços de utilidade pública, não exclusivos do Estado, no interesse de certas categorias profissionais; e a alocação das receitas provenientes das contribuições parafiscais segue planejamento próprio, haja vista a autonomia, administrativa e financeira do Sistema "S", por força de lei.

As contribuições parafiscais do Sistema "S" classificam-se entre as contribuições sociais, cuja instituição compete à União, conforme art. 149 da Constituição de 1988: "Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas [...]"[235]

Embora classificadas como contribuições sociais, a Constituição não vincula tais contribuições ao financiamento da Seguridade Social, consoante o disposto no

[234] BARROS CARVALHO, Paulo de. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985, 2002. apud FERREIRA, Fabiana Falcoski A natureza tributária e as espécies de contribuições especiais. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, nº 208. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1665> Acesso em: 5 abr. 2018.

[235] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 mar. 2018.

art. 195 c/c art. 240. As receitas de contribuições parafiscais do Sistema "S", em sua maioria, são calculadas com base na folha de pagamentos mensal dos empregados dos estabelecimentos contribuintes, os quais se encontram vinculados a determinados setores econômicos.

Com relação ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI)[236] e ao Serviço Social da Industria (SESI),[237] fixaram-se alíquotas de 1% e 1,5%, respectivamente, sobre o montante dos salários dos empregados das empresas industriais.

Quanto ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC)[238] e ao Serviço Social do Comércio (SESC), igualmente fixaram-se alíquotas de 1% e 1,5%, respectivamente sobre o montante dos salários dos empregados das empresas comerciais.

As mesmas alíquotas, de 1% e 1,5%, foram fixadas para a arrecadação dessas contribuições sociais destinadas ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) e ao Serviço Social do Transporte (SEST), respectivamente. Nesses casos, os contribuintes são tanto pessoas jurídicas como físicas, respectivamente, com incidência da alíquota sobre folha pagamento e com incidência da alíquota sobre salário de contribuição previdenciária dos transportadores rodoviários autônomos. [239]

O Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) agrega a missão de realizar educação profissional e também de promoção social às pessoas do meio

[236] SISTEMA INDUSTRIA. *Aspectos Legais - Contribuição Geral - SENAI.* Disponível em: <https://contribuicao2.sistemaindustria.org.br/SEGR8GRCCp001.ASP?NumSequencia=43>. Acesso em 19 mar. 2018.

[237] SISTEMA INDUSTRIA. *Aspectos Legais - Contribuição Geral - SESI.* Disponível em: <https://contribuicao2.sistemaindustria.org.br/SEGR8GRCCp001.ASP?NumSequencia=45>. Acesso em 19 mar. 2018.

[238] SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL. *Cartilha do Contribuinte Senac*. Rio de Janeiro, 2017. 68 p. Disponível em: <https://www.mg.senac.br/internet/arquivos/cart_contribuinte.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

[239] SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE E SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM DO TRANSPORTE. Contribuição Compulsória. *Cartilha Contribuição Legal – Valorize quem Transporta*. Brasília, 2017. 32 p. Disponível em: <http://www.sestsenat.org.br/Paginas/contribuicao-compulsoriaf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

rural. Sua contribuição compulsória é fixada em única alíquota de 2,5% sobre o montante da remuneração paga a todos os empregados pelas pessoas jurídicas de direito privado, ou a elas equiparadas, que exerçam as seguintes atividades: agroindustriais; agropecuárias; extrativistas vegetais e animais; cooperativistas rurais; sindicais patronais rurais. Contudo, a arrecadação das contribuições sociais do SENAR também provém da comercialização da produção rural.[240]

O Serviço Social de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP), além da formação profissional e da promoção social dos cooperados e suas comunidades, abrange o monitoramento (fiscalização) das cooperativas. Para o cálculo da sua contribuição compulsória, fixou-se a alíquota de 2,5% sobre o montante da folha de pagamento das cooperativas. Antes da criação do SESCOOP, pela Medida Provisória nº 1.715/1998, as cooperativas recolhiam a contribuições sociais, dependendo da sua área de atuação, às seguintes entidades: SENAI, SESI, SENAC, SESC, SENAT e SEST, SENAR e SEBRAE.

Como regra, as contribuições sociais são recolhidas mensalmente pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que exerce capacidade tributária ativa por meio da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), remunerada pelo serviço de arrecadação ao custo correspondente a 3,5% do montante arrecadado.[241]

Procedimentalmente, os contribuintes do Sistema "S" preenchem a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP)[242], via Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e

[240] SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM RURAL. *Arrecadação. Manual de Orientação das Contribuições*. Brasília, 2016. 180 p. Disponível em: <http://www.senar.org.br/sobre-senar/arrecadacao>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[241] "Art. 3º - A retribuição pelos serviços referidos no caput deste artigo será de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) do montante arrecadado, salvo percentual diverso estabelecido em lei específica." BRASIL. *Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11457.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[242] Sobre a GFIP: "A Lei nº 9.528/97 introduziu a obrigatoriedade de apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP." BRASIL. Receita Federal, Ministério da Fazenda. *GFIP e SEFIP - Orientações Gerais*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-

Informações à Previdência Social (SEFIP), e realizam o recolhimento da contribuição social por meio da Guia da Previdência Social (GPS).

Excetuando-se da regra do recolhimento das contribuições sociais, as entidades SENAI, SESI, SENAT e SEST possuem previsão normativa para duas modalidades de arrecadação, porquanto, além da GFIP-SEFIP e GPS, está prevista a celebração de convênios de arrecadação entre os contribuintes e as próprias entidades parafiscais.

O Decreto nº 494, de 10/02/1962, que aprovou o Regimento do SENAI, dispõe sobre a possibilidade de arrecadação das contribuições compulsórias diretamente por essa entidade em situações especiais: "Art. 50. Visando ao atendimento de situações especiais, determinadas emprêsas poderão recolher as suas contribuições diretamente aos cofres do SENAI."[243]

O Decreto nº 57.375, de 2/12/1965, que aprovou o Regulamento do SESI, dispõe sobre hipótese de recolhimento de contribuições diretamente à entidade, também em face de circunstâncias especiais.[244]

Diferentemente das entidades SENAI e SESI, a previsão da capacidade tributária ativa do SEST e SENAT está prevista em lei. [245]

Na prática, somente SESI e SENAI apresentam aos contribuintes a alternativa de celebrarem convênios de arrecadação, e, para tanto, implementaram um conjunto de processos para análise, aprovação e monitoramento dos valores recolhidos, os quais ocorrem por meio de guias da arrecadação emitidas por sistema informatizado

demonstrativos/gfip-sefip-guia-do-fgts-e-informacoes-a-previdencia-social-1/orientacoes-gerais>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[243] BRASIL. *Decreto nº 494, de 10 de fevereiro de 1962*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dcm/dcm494.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[244] BRASIL. *Decreto nº 57.375, de 2 de dezembro de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d57375.htm>. Acesso em :20 mar. 2018.

[245] BRASIL. Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8706.htm>. Acesso em 16 mar. 2018.

próprio. Todo esse processo recebe o nome de arrecadação direta, e, por sua, vez, a arrecadação via RFB denomina-se arrecadação indireta.

Atualmente, o volume das arrecadações diretas superou o das arrecadações indiretas nessas duas entidades. Em 2016, o SESI registrou 2,32 e 2,23 bilhões de reais em arrecadação direta e indireta, respectivamente. Já o SENAI computou 1,85 e 1,55 bilhões de reais, respectivamente, em arrecadação direta e indireta.[246]

A arrecadação direta, contudo, é controversa jurídica e administrativamente. O Tribunal de Contas da União (TCU) apontou que somente lei poderia ter delegado a essas entidades a capacidade tributária ativa. Contudo, a arrecadação direta é realizada com base em normas internas, Regimento do SENAI e Regulamento do SESI, aprovados por decretos, fato que contraria o princípio da legalidade tributária. Cita-se excerto do Relatório do Acordão 3214/2013 – TCU – Plenário:

> 5.2.13 Na doutrina tributarista, o entendimento é pacífico, como se observa nas lições de Roque Antonio Carrazza [...]
>
> 'somente a lei pode criar deveres instrumentais tributários, regular a época e forma de pagamento dos tributos, definir a competência administrativa dos órgãos e repartições que vão lançá-los, cobrá-los e fiscalizar seu pagamento, descrever infrações tributárias, cominando-lhes as sanções cabíveis, e assim por diante.[247] (Grifo do autor)

Além disso, avaliou-se a arrecadação direta como uma estratégia antieconômica. As despesas para a manutenção de estrutura de cobrança própria e também os descontos concedidos pelos SESI e SENAI aos contribuintes nessa

[246] Segundo a reportagem, as fontes dos dados são Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e Confederação Nacional da Indústria (CNI). VICTOR, Fabio. *Cresce a arrecadação do Sistema S que não passa por controle do fisco*. Revista Folha de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1901639-cresce-a-arrecadacao-do-sistema-s-que-nao-passa-por-controle-do-fisco.shtml>. Acesso em 21 mar. 2018.

[247] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 247. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Levantamento de Informação. *Acórdão 3214/2013*. Plenário. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/arrecada%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520direta%2520%2520e%2520sesi%2520e%2520senai/ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>. Acesso em: 21 mar. 2018.

modalidade de arrecadação representariam despesas maiores dos que as da arrecadação via RFB, com taxa de 3,5% sobre o montante arrecadado.[248]

Também há controvérsia sobre a natureza e a legalidade dos descontos nos valores das contribuições devidas: se corresponderiam ou não a benefícios fiscais, só concedidos por lei. Com previsão nos termos de convênios de arrecadação direta, os descontos são concedidos a contribuintes que informarem despesas com "[...]programas de desenvolvimento de pessoal, no caso do Senai, e daquelas realizadas com a manutenção de serviços assistenciais prestados pela empresa aos seus empregados e respectivos dependentes, no caso do Sesi". [249]

Quanto à classificação das receitas do Sistema "S" como contribuições sociais, ressalvam-se, entretanto, aquelas destinadas ao SEBRAE, à Apex- Brasil e à ABDI.

Reiteradas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) consolidaram o entendimento de que o adicional de alíquotas das contribuições sociais devidas ao SENAI, SESI, SENAC e SESC, arrecadado e repassado, mensalmente, ao SEBRAE, à Apex-Brasil e à ABDI, na proporção de 85,75%, 12,25% e 2%, respectivamente[250], tem a natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE).[251]

---

[248] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. *Acórdão 2079/2015. Plenário*. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Marcos Bemquerer. Brasília, 19 de agosto de 2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/arrecada%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520direta%2520%2520e%2520sesi%2520e%2520senai/ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4/false>. Acesso em: 21 mar. 2018.

[249] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Levantamento de Informação. Acórdão 3214/2013. Plenário. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/arrecada%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520direta%2520%2520e%2520sesi%2520e%2520senai/ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>. Acesso em: 21 mar. 2018.

[250] Conforme o §4º, art. 8º da Lei 8.029/1990. Brasil. *Lei 8.029 de 12 de abril de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8029cons.htm>. Acesso em 23 mar. 2018.

[251] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 635.682/RJ*. Plenário. Recorrente: Trelsa – Transportes Especializados de Líquidos S/A. Recorrido: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de abril de 2013. Disponível em:

As alíquotas dessas contribuições incidem sobre o montante da folha de pagamento das empresas contribuintes. Contudo, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional no Recurso Extraordinário – RE 603.624/SC, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 33/01 incluiu o §2º, inciso III ao art. 149 da Constituição de 1988, o qual dispõe que a CIDE poderá ter alíquota tendo por base de cálculo o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro. Desse modo, a constitucionalidade das contribuições dessas três entidades paraestatais está pendente de julgamento.[252]

A natureza das receitas da Apex-Brasil[253] e da ABDI[254] também é alvo de críticas. Além dos recursos oriundos das contribuições sociais, recebem recursos de dotações consignadas no Orçamento-Geral da União, créditos especiais, créditos adicionais, transferências ou repasses entre outros.

Há posicionamentos no sentido de que, ao gerirem recursos do Orçamento da União, tais entidades configurariam distorção jurídica se comparadas as demais do Sistema "S", cujas receitas não se vinculam a esse orçamento. Sobre o tema, Alice Gonzalez cita Fernando Scaff:

> Parece-me que são tipos diferentes, que se utilizam da mesma nomenclatura – o que vem causando uma enorme confusão. No primeiro caso, há efetivamente um sentido de colaboração entre o Poder público e a iniciativa privada, que gere recursos que lhe foram atribuídos pelo estado no uso de capacidade tributária. No segundo caso, há uma contrafação, um

<file:///C:/Users/Let%C3%ADcia%20Carvalho/Downloads/texto_142159384.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[252] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário. *RE 603.624 RG/SC*. Tribunal Pleno. Recorrente: Fiação São Bento S.A. Recorrido: União; Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE); Agência de Promoção de Exportação do Brasil (APEX-Brasil); Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 21 de outubro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616962>. Acesso em 23 mar. 2018.

[253] BRASIL. *Lei nº 10.668, de 14 de maio de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.668.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

[254] BRASIL. *Lei nº 11.080, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11080.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

> simulacro de descentralização, pois é o próprio Poder Público que extingue um de seus entres, atribuindo a outro entre, também por ele próprio criado, a função de atividade anteriormente delegada ao órgão extinto. Dá-se-lhe a roupagem de "ente privado", batiza-se-lhe de "serviço social autônomo, transfere-se-lhe verbas públicas através do sistema orçamentário e, em um passe de mágica, os controles públicos são afastados - ou, pelo menos, reduzidos. [255]

Além da vinculação ao orçamento da União e a criação a partir da transformação de entidade da administração pública em de direito privado, a Apex-Brasil e a ABDI submetem-se ao controle finalístico do desempenho pelo Poder Executivo Federal:

> Os conselhos Deliberativo e Fiscal das entidades são compostos, em sua maioria, de representantes do Poder Executivo. Os presidentes das diretorias executivas, que são os presidentes das agências, e seus diretores são nomeados pelo presidente da República, demissíveis ad nutum.[256]

Independente da norma da classificação das receitas (contribuições sociais ou CIDE), todas as entidades do Sistema "S" estão obrigadas a prestar contas pela gestão dos recursos parafiscais ao Poder Público e também à sociedade, apesar de essas contribuições integrarem o patrimônio dessas entidades de direito privado.

Essa obrigação decorre da natureza pública das contribuições parafiscais geridas, que são tributos compulsoriamente recolhidos dos contribuintes dos diferentes setores da economia, para a prestação de serviços de educação profissionalizante e/ou serviços sociais voltados à qualidade de vida do trabalhador e de seus dependentes (SENAI, SESI, SENAC, SESC, SENAR, SENAT, SEST, SESCOOP e SEBRAE), bem como para a intervenção no domínio econômico (Apex-Brasil e ABDI).

---

[255] CAFF, Fernando Facury. *Contrato de Gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado.* Revista de Direito Administrativo, p. 277 e seq. apud BORGES, Alice Gonzalez. *Serviços sociais autônomos:* natureza jurídica. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 139 – 153, jun./set. 2010.

[256] SANTOS, Paulo Henrique Queiroz P. *Incluir a ABDI e a Apex no Sistema S configura distorção jurídica*. *Revista Consultor Jurídico (Conjur.com.br)*. ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-28/paulo-queiroz-incluir-abdi-apex-sistema-distorcao-juridica#_ftn11>. Acesso em 23 mar. 2018.

Na legislação, o controle estatal sobre as contribuições parafiscais data dos anos 50. A Lei nº 2.613, de 23/09/1955, determinou a SENAI, SESI, SENAC e SESC a remessa ao Tribunal de Contas, no primeiro trimestre do ano seguinte, das contas da gestão anual, acompanhadas de sucinto relatório contendo os benefícios realizados.[257]

Ao mesmo tempo, a citada lei obrigou as entidades do Sistema "S" a elaborarem anualmente um orçamento geral para aprovação do Chefe do Poder Executivo. Sobre o tema, atualmente os orçamentos são aprovados pelos Ministérios Supervisores: o Ministério do Trabalho (SENAI, SENAC, SENAT, SENAR e SESCOOP); o Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário (SESI, SESC, SEST); e Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (SEBRAE, Apex-Brasil e ABDI). No entanto, a aprovação dos orçamentos é ato meramente formal, sem análise da adequabilidade do conteúdo, conforme excerto do Acordão nº 3.214/2013 – TCU – Plenário sobre o tema:

> Em reunião realizada com a Coordenadoria Geral de Orçamento, Finanças e Contabilidade (CGOFC) do Ministério do Trabalho e Emprego, constatou-se que a aprovação dos orçamentos das entidades integrantes do sistema S é um ato meramente formal. Os técnicos do Ministério informaram que os números enviados pelas entidades não são analisados, e tampouco questionados. A CGOFC/MTE elabora uma nota informativa contendo planilha-síntese e encaminha à Consultoria Jurídica do Ministério, para elaboração de parecer e posterior remessa ao gabinete do Ministro para aprovação.[258]

[257] BRASIL. *Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l2613.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

[258] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Levantamento de Informação. *Acórdão 3.214/2013*. Plenário. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/arrecada%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520direta%2520%2520e%2520sesi%2520e%2520senai/ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>. Acesso em: 21 mar. 2018.

O Decreto-lei 200, de 25/02/1967, o qual estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa, também submeteu as entidades paraestatais à fiscalização do Estado:

> Art. 183. As entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições para fiscais e prestam serviços de interêsse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos têrmos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma.[259]

O Decreto-lei nº 772, de 19/08/1969, dispôs sobre a sujeição dessas à auditoria externa a cargo da Inspetoria Geral de Finanças (IGF) do Ministério a que ficavam sujeitas.[260] O Decreto 67.090, de 20/08/1970, tratando das fiscalizações a cargos das IGF, expressamente dispôs sobre a submissão das entidades paraestatais ao controle interno do Poder Executivo Federal:

> Art. 2º A fiscalização a cargo das Inspetorias Gerais de Finanças ou órgãos equivalentes será levada a efeito através de sistemas próprios de administração financeira, contabilidade e, especialmente, procedimentos habituais de auditoria, como etapa final do contrôle interno da União, visando a salvaguarda dos bens, à verificação da exatidão e regularidade das contas, à boa execução do orçamento e ao fiel cumprimento das leis e regulamentos pertinentes.
>
> Parágrafo único. A fiscalização de que trata êste artigo se estenderá às entidades ou organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebam contribuições parafiscais e prestem serviços de interêsse público ou social, nos têrmos e condições de leis especiais, as que se utilizem de contribuições para fins sociais, e ainda, àquelas que recebam subvenções ou outras transferências, à conta do Orçamento da União e créditos adicionais. [261]

O Tribunal de Contas da União (TCU), por meio da Resolução nº 189, de 25/08/1977, dispôs sobre a prestação de contas do SENAI, SESI, SENAC e SESC,

---

[259] BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

[260] BRASIL. *Decreto-lei nº 772, de 19 de agosto de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0772.htm>. Acesso em 24 mar. 2018.

[261] BRASIL. *Decreto nº 67.090, de 20 de agosto de 1970*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=489729>. Acesso em: 24 mar. 2018.

constituída de relatório anual, demonstrações de receita e despesa, incluindo peças com pronunciamento do Controle Interno sobre as contas.[262]

Quanto à competência constitucional do TCU para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, a sua Lei Orgânica abrange na jurisdição: "[...] os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social." [263]

O controle da aplicação das contribuições parafiscais pelo TCU encontra-se formalizado em: normas internas de aprovação própria (Estatuto Social do SEBRAE[264]); normas internas de aprovação por Decreto do Poder Executivo Federal (Regimento do SENAI,[265] Regulamento do SESI[266] e Regulamento do SENAR[267]); Lei (SENAT, SEST[268], APEX - Brasil e ABDI[269]); e Medida Provisória (SESCOOP[270]).

---

[262] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Resolução nº 189, de 25 de agosto de 1977*. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Resol/20090206/RES1977-189.doc>. Acesso em: 24 mar. 2018.

[263] BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

[264] BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. *Resolução CDN nº 189/2009, de 18 de junho de 2009*. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Estatuto%20Social%20Sebrae.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018.

[265] BRASIL. *Decreto nº 494, de 10 de janeiro de 1962*. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dcm/dcm494.htm*>. Acesso em 25 mar. 2018.

[266] BRASIL. *Decreto nº 57.375, de 2 de dezembro de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d57375.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

[267] No inciso IV, Art. 5º do Regulamento. BRASIL. *Decreto nº 566, de 10 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0566.htm>. Acesso em 24 mar. 2018.

[268] A Lei nº 8.706/1993 também faz referência ao Art. 13 da Lei nº 2.613/1955, e o Decreto-Lei nº 772/1969. BRASIL. *Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1989_1994/L8706.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

[269] Tanto a Lei nº 10.668/2003 como a Lei 11.080/2004 que autorizaram a instituição da APEX - Brasil e da ABDI, respectivamente, dispõem também sobre o contrato de gestão, instrumento que contém dados de planejamento, execução e monitoramento de resultados da aplicação de recursos do Orçamento-Geral da União repassados às agências, cujos termos são definidos pelo Poder Executivo e fiscalizados também pelo TCU.

[270] BRASIL. *Medida Provisória nº 1.715, de 3 de setembro de 1998*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1998/medidaprovisoria-1715-3-setembro-1998-365524-norma-pe.html> Acesso em: 24 mar. 2018.

Todas essas entidades jurisdicionadas ao TCU também se submetem à avaliação de auditoria a cargo do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), órgão central do SCI[271], dadas as competências constitucionais de: comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; e apoiar o controle externo.

Diante de toda a fundamentação legal, é irrefutável o reconhecimento da natureza pública das contribuições parafiscais do Sistema "S" e a consequente obrigatoriedade da prestação de contas dos recursos geridos, com jurisprudência pacífica a esse respeito.

O caráter público desses recursos, por sua vez, reforça a necessidade de se garantir maior transparência tanto na fase de arrecadação como na de aplicação das receitas de contribuição parafiscal, com vistas a fomentar a atuação dos órgãos de controle e a fiscalização pela sociedade. Acrescem-se ao exposto a materialidade das arrecadações e a abrangência de contribuintes em diversos setores da economia brasileira:

> Como se vê, as unidades fiscalizadas têm uma previsão de arrecadação de 17,26 bilhões de reais para o exercício de 2015 e de 16,40 bilhões para 2016. A materialidade dos orçamentos indica a necessidade de adoção de medidas com vistas a dar transparência à execução orçamentária desses recursos públicos, de forma a viabilizar as ações de controle adequadas a cada um dos entes e a demonstrar para os contribuintes como esses recursos são gastos.[272]

Atualmente a prestação de contas das entidades do Sistema "S" extrapola o processo formal de avaliação a cargo do controle interno e externo, ocorrendo a

[271] Entendimento para fins acadêmicos, dada a hierarquia das normas jurídicas. Vide subseção 2.2.2.1.

[272] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Levantamento. *Acórdão 699 /2016*. Plenário. Interessado: SENAC - Departamento Nacional; SENAT - Conselho Nacional; SENAI- Departamento Nacional; SENAR - Administração Central; SESI - Departamento Nacional; SESC - Departamento Nacional; SEST - Conselho Nacional. Relator: Weder de Oliveira. Brasília, 30 de março de 2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A699%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 24 mar. 2018.

divulgação de dados orçamentários, demonstrações contábeis e de informações de área meio (licitações, contratos, recursos humanos) e finalísticas no sítio eletrônico dessas entidades, como resultado das determinações contidas nas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO).[273]

As diferentes publicações da LDO vêm progressivamente ampliando as determinações ao Sistema "S" para divulgação de dados na *internet* desde 2009. No entanto, como resultado da avaliação do nível de transparência, o TCU apontou que essas entidades paraestatais tendem a cumprir estritamente o que dispõe a LDO, e ainda disponibilizam informações incompletas, o que não confere transparência à gestão, carecendo, portanto de aprimoramento.[274]

5 ANÁLISE SOBRE A DIVULGAÇÃO DOS RESULTADOS DAS AVALIAÇÕES DA CGU EM PROCESSOS DE PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAIS DO SISTEMA "S"

Com respaldo na Lei de Acesso à Informação (LAI), o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) iniciou, em 2012, a divulgação das peças de prestações de contas do Sistema "S" em sua própria página na *internet*, quais sejam, relatório de auditoria, certificado de auditoria e parecer do dirigente do controle interno.

[273] As disposições sobre transparência na LDO de 2009 estavam contidas no Capítulo referente à Estrutura e Organização do Orçamento. Dada a relevância do tema, a LDO de 2018 apresenta capítulo específico "DA TRANSPARÊNCIA" e duas seções sobre o tema. BRASIL. *Lei nº 11.768, de 14 de agosto de 2008*. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/ldo2009/Lei11768/lei_11768_2008.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018. BRASIL. Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/LDO2018/Lei_13473/Texto_Lei.pdf> Acesso em: 24 mar. 2018.

[274] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Levantamento. *Acórdão 699 /2016*. Plenário. Interessado: SENAC - Departamento Nacional; SENAT - Conselho Nacional; SENAI- Departamento Nacional; SENAR - Administração Central; SESI - Departamento Nacional; SESC - Departamento Nacional; SEST - Conselho Nacional. Relator: Weder de Oliveira. Brasília, 30 de março de 2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A699%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 24 mar. 2018.

Conforme a LAI, a divulgação deve ocorrer independentemente de requerimento, haja vista o dever de transparência ativa atribuída à Administração Pública e também em observância, entre outras, às diretrizes "utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação" e "desenvolvimento do controle social da administração pública".[275]

Antes da divulgação das peças, a CGU questiona formalmente as unidades prestadoras de contas (UPC) quanto à ocorrência de informações classificadas legalmente como sigilosas nos relatórios de auditoria. E, com relação às entidades do Sistema "S", ocorreram as seguintes situações: entidades que não se manifestaram quanto ao sigilo; que indicaram trechos considerados sigilosos; e entidades que se manifestaram contrárias à publicidade do integral conteúdo do relatório antes do julgamento da prestação de contas pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Acerca da manifestação de sigilo do integral teor dos relatórios, em linhas gerais, alegaram que: a LAI se aplicaria somente à administração pública; as conclusões da CGU contidas em relatórios e, por conseguinte, nos respectivos certificados de auditoria e pareceres do dirigente do controle interno, poderiam não ser ratificadas pelo TCU quando do julgamento das contas das entidades e, assim, a divulgação de tais peças poderia ocasionar danos irreparáveis ou de difícil reparação à honra dos gestores e à imagem das entidades; e somente se aplicariam ao Sistema "S" as disposições da LAI sobre transparência de informações na hipótese de recebimento de recursos públicos diretamente do orçamento e mediante convênios (ou outros instrumentos congêneres).

Diante do exposto, apresentam-se as análises sobre a aplicabilidade da divulgação dos resultados das avaliações de auditoria da CGU em processos de prestação de contas anuais do Sistema "S", que, em síntese, envolverão aspectos relacionados a: disposições da LAI sobre a transparência ativa; competências da CGU atinentes à prestação de contas; e processo de controle para avaliações de

[275] BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 05 abr. 2018.

auditoria e publicação de peças na *internet*, em face dos princípios norteadores do Direito Processual Administrativo.

5.1 LAI e a divulgação dos resultados das avaliações de auditoria em processos de prestação de contas anuais do Sistema "S"

Não obstante a legislação pátria acerca da publicação oficial de atos normativos e administrativos datar da criação da Imprensa Régia no Brasil Colônia no século XIX, e, no século seguinte, terem sido detalhadas hipóteses de sigilo para disciplinar o acesso a documentos, antes da Lei de Acesso à Informação (LAI) carecia-se de regulamentação unificada e sistematizada sobre transparência pública.

As disposições da LAI abrangem um conjunto de padrões estabelecidos com base nos melhores critérios e práticas internacionais, entre as quais se destacam a divulgação proativa de dados e informações de interesse coletivo e geral produzidas e/ou custodiadas pelo Estado (transparência ativa); a criação de procedimentos destinados ao acesso a esses dados e informações (transparência passiva), de forma gratuita, salvo custos de reprodução, e sem a exigência de motivação, sendo exceções as hipóteses de sigilo definidas legalmente.[276]

Assim como os demais órgãos e entidades públicas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, incluindo os Tribunais de Contas e o Ministério Público, a CGU deve garantir a transparência ativa sobre informações concernentes a sua organização e serviços, bem como sobre o resultado do desempenho de suas atividades meio e finalísticas.[277]

---

[276] BRASIL. Governo Federal. *Acesso à Informação*. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/principais-aspectos>. Acesso em: 01 abr. 2018.

[277] O Decreto nº 7.724, de 16/05/2012, que regulamenta os procedimentos LAI no âmbito do Poder Executivo Federal, enumera informações de interesse coletivo ou geral no § 3º do Art. 7º: I - estrutura organizacional, competências, legislação aplicável, principais cargos e seus ocupantes, endereço e telefones das unidades, horários de atendimento ao público; II - programas, projetos, ações, obras e atividades, com indicação da unidade responsável, principais metas e resultados e, quando existentes, indicadores de resultado e impacto; III - repasses ou transferências de recursos financeiros; IV - execução orçamentária e financeira detalhada; V - licitações realizadas e em andamento, com editais, anexos e resultados, além dos contratos firmados e notas de empenho emitidas; VI - remuneração e

Historicamente a publicação de relatórios contendo os resultados de avaliações ocorre na página da CGU na *internet* desde 2003. Naquele ano, foram publicados os relatórios do então "Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos", o qual utilizava o sistema das loterias da Caixa Econômica Federal para selecionar, de forma aleatória, os municípios a serem fiscalizados quanto à aplicação de recursos federais. [278]

E, mesmo sem as exigências contidas na LAI, já se adotavam medidas voltadas à transparência pública em processos administrativos de prestação de contas. Data do exercício de 2006 a consulta a peças desses processos no sítio eletrônico de UPC, em decorrência da publicação da Portaria CGU nº 262, de 30/08/2005[279]. Nesse sentido também está disposto o art. 20-B do Decreto n° 3.591, de 06/09/2000, acrescido pelo Decreto nº 5.481, de 30/06/2005:

> Art. 20-B. Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, sujeitos a tomada e prestação de contas, darão ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, ao relatório de gestão, ao relatório e ao certificado de auditoria, com parecer do órgão de controle interno, e ao pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou

subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; VII - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade; (Redação dada pelo Decreto nº 8.408, de 24/02/2015); VIII - contato da autoridade de monitoramento, designada nos termos do art. 40 da Lei nº 12.527, de 2011, e telefone e correio eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão - SIC; e (Redação dada pelo Decreto nº 8.408, de 24/02/2015); IX - programas financiados pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT. (Incluído pelo Decreto nº 8.408, de 24/02/2015). BRASIL. *Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 1 abr. 2018.

[278] BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Sorteios*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/programa-de-fiscalizacao-em-entes-federativos/3-ciclo>. Acesso em: 26 mar. 2018.

[279] A estratégia de publicação de tais relatórios ocorria após o encaminhamento aos clientes no âmbito da administração pública, os Ministérios gestores das políticas públicas, possibilitando, desse modo, a adoção de providências para a correção das irregularidades verificadas. BRASIL. *Portaria nº 262, de 30 de agosto de 2005*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_262_2005.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2018.

> da autoridade de nível hierárquico equivalente, em até trinta dias após envio ao Tribunal de Contas da União.[280]

As normas contidas na Portaria CGU nº 262, de 30/08/2005, relativas aos exercícios de 2005 e posteriores, determinaram às UPC a divulgação do respectivo relatório de gestão, das peças produzidas pelo controle interno (relatório de auditoria, certificado de auditoria e parecer do dirigente do controle interno) e do pronunciamento do ministério supervisor na *internet*, em página com o título "Processos de Contas Anuais". Também incumbiu a CGU de divulgar as orientações técnicas para a obtenção das peças produzidas no âmbito das suas unidades de controle interno em seu sítio eletrônico.

Tendo em vista que a Portaria em comento aplica-se a órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, suas normas não vinculam as entidades do Sistema "S", integrantes do Terceiro Setor e, portanto, fora da estrutura da Administração Pública Federal. Por essa razão, não havia a obrigatoriedade da divulgação de nenhuma das peças de processos de prestação de contas anuais em *sites* dessas entidades. Do mesmo modo, a CGU também não disponibilizava as referidas peças com os resultados de avaliação de auditoria na *internet*.

Não obstante, com respaldo na LAI e em observância ao princípio da transparência, a CGU passou a divulgar, em sua página na *internet*, as peças integrantes do processo de prestação de contas anuais e quaisquer outros relatórios de avaliações relativas a entidades do Sistema "S", notadamente em decorrência do art. 3º c/c art. 7º, inciso VII, alínea b). Citam-se os dispositivos da LAI aplicáveis:

> Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:
>
> I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

[280] BRASIL. *Decreto nº 3.591, de 6 de setembro de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3591.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

> II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
>
> III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
>
> IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
>
> V - desenvolvimento do controle social da administração pública.
>
> [...]
>
> Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:
>
> [...]
>
> VII - informação relativa:
>
> [...]
>
> b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.[281]

A publicação dessas peças pela CGU obedece ao dever de publicidade a informações e dados de interesse público independente de requerimentos (transparência ativa), e, por consequência, também no interesse das categorias profissionais contribuintes das receitas parafiscais que integram o patrimônio das entidades do Sistema "S".

Apesar da previsão legal, algumas entidades do Sistema "S" se opuseram à divulgação integral, na rede mundial de computadores, de peças da prestação de contas quando solicitadas formalmente a se manifestarem acerca da existência de informações sigilosas nos relatórios de auditoria.

Na essência, manifestaram que a divulgação violaria o princípio da legalidade, porque o Sistema "S" não estaria abrangido pelas normas da LAI e do seu Decreto regulamentador. Alegaram que a publicação dessas peças teria potencial para expor a honra dos gestores e a imagem das entidades a danos irreparáveis ou de difícil reparação. Isso porque as conclusões sobre falhas e irregularidades constantes

[281] BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.> Acesso em: 05 abr. 2018.

das peças poderiam não ser ratificadas pelo TCU em sede de julgamento definitivo sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes.

Por último, declararam que somente se aplicariam as disposições sobre publicidade na hipótese do recebimento de recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres, consoante o art. 2º da LAI e o art. 63 do Decreto nº 7.724, de 16/05/2012.

Em consonância com as suas competências constitucionais[282], a transparência ativa a cargo da CGU sempre se vinculará diretamente à natureza dos recursos públicos geridos, e, assim, a natureza jurídica das entidades auditadas pode ser tanto pública como privada.

Portanto, apesar de as entidades do Sistema "S" não constarem da lista de órgãos e entidades subordinadas diretamente a procedimentos da LAI, a CGU não pode se eximir de cumprir suas obrigações legais para garantir à sociedade o acesso à informação. Pelo exposto, não há violação ao princípio da legalidade, mas sim a sua observância.

Não obstante dispositivos da LAI determinarem à CGU e demais órgãos de controle interno e externo a divulgação de resultados de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas, essa determinação decorre da interpretação conjunta de dois de seus artigos, os já citados art. 3º c/c art. 7º, inciso VII, alínea b). Aparentemente a necessidade de intepretação lógica e mesmo teleológica da LAI abre espaço para contestações, pelas entidades Sistema "S", sobre a aplicabilidade dessa divulgação. Por sua vez, a interpretação "literal" do seu art. 2º não traz dúvida àquelas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, sobre a sua vinculação à

[282] "[...]comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado." BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 mar. 2018.

LAI na hipótese de recebimento de recursos públicos provenientes do orçamento ou mediante instrumentos de transferências financeiras:

> Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Destaca-se que as repetidas manifestações de entidades do Sistema "S" contrárias à divulgação de relatórios e demais peças de prestações de contas anuais perpetuam controvérsias que têm potencialidade para impactar negativamente nas atividades de controle estatal. Isto porque, embora os relatórios venham sendo divulgados desde o advento da LAI, os impactos se referem a gastos de recursos públicos com a alocação de recursos materiais e humanos para a instauração reiterada de processos administrativos destinados ao exame da mesma matéria.

Uma alternativa viável e capaz de proporcionar a gestores do Sistema "S" interpretação da LAI inequívoca e compatível com os propósitos de criação dessa norma passaria por acréscimo de dispositivo legal ao seu art. 7º, equivalente ao texto elencado a seguir: *§ 7º - O direito de obter informações nos termos do inciso VII, alínea b) do art. 7º desta lei ocorrerá independentemente de solicitações, mediante a divulgação pelos órgãos de controle interno e externo em local de fácil acesso*.

A alegação de danos irreparáveis ou de difícil reparação à honra dos gestores e à imagem das entidades não encontra respaldo legal. As peças produzidas pela CGU possuem caráter técnico, e registram informações e constatações de interesse público, coletivo ou geral, dos atos e fatos das gestões dos responsáveis por essas entidades paraestatais.

A elaboração de peças da prestação de contas observa procedimentos com o propósito de resguardar dados pessoais e, nesse sentido, o escopo dos trabalhos não se associa à vida privada dos gestores. Cita-se a descaracterização de nomes e de números de Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) nesses documentos, priorizando,

consequentemente, a identificação da função gerencial exercida ou do cargo ocupado na estrutura organizacional.

A ocorrência ou não do julgamento pelo TCU dos processos de prestação de contas anuais dos responsáveis pelas entidades do Sistema "S" não tem o condão de interferir nas competências constitucionais da CGU como órgão de controle interno, e nem de obstar o seu dever de transparência ativa na divulgação das peças desses processos, assunto tratado com maior detalhamento na próxima subseção.

De uma forma geral, os conteúdos de relatórios de auditoria relacionados a temas de gestão dessas entidades (recursos humanos, licitações e contratos, transferências financeiras entre outros) não se enquadram nas hipóteses legais de sigilo classificadas no grau reservado, secreto e ultrassecreto. Não há, deste modo, razão para se contestar a publicidade do inteiro teor dos resultados de avaliações com base em sigilo sem respaldo em hipótese prevista em lei. [283]

A divulgação dos resultados das avaliações realizadas pela CGU na *internet*, além de exigida legalmente, apoia o dever de prestação de contas dos gestores do Sistema "S". Isso porque permite aos cidadãos a consulta e a participação ativa na fiscalização dos recursos públicos mesmo antes do julgamento pelo TCU, e, assim, essa divulgação tem potencial para incrementar a *accontability* até durante a fase de instrução desse processo de controle.

[283] Art. 25. São passíveis de classificação as informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País; III - prejudicar ou pôr em risco informações fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; IV - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; V - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; VI - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas; VII - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional, observado o disposto no inciso II do caput do art. 6º; VIII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou IX - comprometer atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em andamento, relacionadas com prevenção ou repressão de infrações. BRASIL. *Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 1 abr. 2018.

5.2 As instâncias de Controle Interno e Externo no Processo de Prestação de Contas Anuais

Anualmente, os administradores e responsáveis pela gestão de recursos públicos têm suas contas submetidas ao julgamento do TCU. Na listagem de pessoas físicas e jurídicas abrangidas pela jurisdição do Tribunal, inserem-se os dirigentes e gestores das entidades do Sistema "S", haja vista *"[...] responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social".*[284]

Conforme a Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443, de 16/07/1992), as contas são organizadas de acordo com normas estabelecidas em instrução normativa e podem constituir Processo de Tomada de Contas, Processo de Tomada de Contas Especial e Processo de Prestação de Contas.[285] Desse modo, o julgamento do TCU, como em qualquer instância e esfera de Poder, realiza-se por meio de processo.

Considerando a relevância do instituto do processo, apresentam-se explanações relacionadas à Teoria Geral do Processo e do Processo Administrativo, com o objetivo de fundamentar e contextualizar as competências e as atuações independentes do TCU e da CGU no processo de prestação de contas anuais.

5.2.1 A Natureza Administrativa do Processo de Prestação de Contas Anuais

O termo processo tem ascendência medieval italiana, origina-se da "forma latina "*processu(m)"*, cognata do verbo "*procedere"* e possui o sentido de marcha para frente, avanço, progresso. No direito romano, o termo equivalente seria o

[284] Art. 5º, inciso V, da Lei Orgânica do TCU. BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

[285] A nomenclatura tomada de contas foi utilizada até o ano de 2010 para se referir a prestação de contas de responsáveis por órgãos da administração direta. A partir da IN nº 63/2010, tomada de contas passou a se referir a processo autuado no TCU quando o órgão ou entidade não prestar contas nos prazos estipulados: Processo de Tomada de Contas Ordinárias. LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo*. Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 244-245.

"*judicium"* ou *"ordo judiciorum"*, porquanto "*processum"* para eles não indicava a lide, ou seja, o conflito de interesses[286].

Para reger e disciplinar as relações sociais, o Estado se utiliza da legislação, que apresenta regras de condutas definidas para assegurar direitos, garantias e deveres; e da jurisdição, por meio da qual o Estado busca a realização prática da legislação em caso de conflito de interesse. Respectivamente, associam-se essas atividades ao direito material e processual (formal), respectivamente.[287]

O processo opera a partir de um conjunto de atos coordenados com a finalidade de obter decisão a respeito de uma controvérsia jurídica. Necessário distingui-lo do procedimento, que consiste no conjunto de atos sucessivamente interligados, de maneira lógica e consequencial, para se atingir objetivos do processo. "O procedimento é a **exteriorização do processo**, seu **aspecto visível**, considerando-se que a noção de processo é teleológica, voltada para a finalidade de exercício da função jurisdicional no caso concreto [...]" (Grifo do autor)[288]

Di Pietro destaca que o processo, num sentido muito amplo, abrange os instrumentos que os três Poderes utilizam para a consecução de seus fins. Como uma primeira classificação, separa, de um lado, o processo legislativo voltado à elaboração de leis, e, de outro, os processos judiciais e administrativos, de aplicação de leis pelo Judiciário e pelo Executivo, respectivamente.[289]

Listam-se distinções fundamentais entre os processos judicial e o administrativo: no primeiro há sempre o conflito de interesse, sendo que no segundo nem sempre se verifica qualquer conflito por implicar também o desempenho de

[286] CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo, Vol. VI*. Rio – São Paulo: Forense, 1970. p. 21-22.
[287] CINTRA, A.C.de A.; GRINOVER, A.P; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
[288] Conceito vinculado ao da teoria do processo como relação jurídica, creditada a Oskar von Bullow, em sua obra Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias. "[...] Para Bullow, a relação de direito material é o objeto de discussão no processo, enquanto a relação de direito processual é a estrutura por meio do qual essa discussão ocorrerá." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 45-47.
[289] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 764.

atividades administrativas; o processo judicial possui relação trilateral (Estado-juiz, demandante e demandado), já a relação no processo administrativo é bilateral (Estado, que é tanto parte como juiz, e o particular).[290]

O direito processual, como ramo do direito público, possui fundamentos na Constituição de 1988, que fixa a estrutura dos órgãos, define as regras basilares de competência, de forma e impõe obrigações.[291] E, considerando os diferentes ramos do direito material, citam-se como especialidades o Direito Processual Civil; o Direito Processual Penal; o Direito Processual Militar; e o Direito Processual Administrativo.

Trata o Direito Processual Administrativo da relação processual que envolve os interesses públicos, dos administrados e dos servidores públicos, em consonância com os princípios gerais da Administração Pública, entre outros.[292]

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...][293]

Consta na doutrina administrativista uma diversidade de conceitos para o processo administrativo, ora mais restritivos, ora mais amplos. Cretella Júnior sintetizou esses conceitos:

> Processo Administrativo, numa primeira acepção, é o conjunto de documentos que formam a peça administrativa; processo administrativo, sem sentido amplo, é a série ordenada de atividades da administração que prepara a edição do ato administrativo; processo administrativo é o conjunto de atos praticados na esfera administrativa quer pela Administração,

[290] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal.* Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 19-21.
[291] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 764.
[292] COSTA, Nelson Nery. *Processo Administrativo e suas espécies*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 12-13.
[293] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 mar. 2018.

> quer pela autoridade competente e pelo administrado, até a decisão final da autoridade competente, nessa esfera.[294]

O conceito de processo administrativo por José do Santos Carvalho Filho: "Processo administrativo é o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado pela Administração Pública."[295]

A Lei nº 9.784, de 29/01/1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal (direta e indireta), abrangendo os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, o Ministério Público da União (MPU) e o TCU quando no desempenho de suas funções administrativas.[296]

Essa Lei federal reafirma a submissão da administração aos princípios ínsitos no art. 37 da Constituição de 1988 e acrescenta outros próprios do direito processual, conforme a seguir: "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Outrossim, enumera critérios para o processo administrativo baseados em princípios, entre os quais destacam-se os relacionados ao direito constitucional de acesso a informações públicas, ao contraditório e à ampla defesa.

> Art. 2º, Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
>
> V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
>
> [...]

---

[294] CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 32-33.

[295] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal.* Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 21.

[296] BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

> X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
>
> [...]
>
> XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

De acordo com a obra de Hely Lopes Meirelles, o "[...] processo administrativo é o gênero, que se parte em várias espécies." Conjugando-se as classificações do autor[297] com as de Odete Medauar, apresentam-se as seguintes modalidades[298]: processo de expediente; processo de outorga; processo de gestão, processo punitivo[299]; e processo de controle.

Interessa ao presente trabalho as considerações sobre o processo administrativo de controle, de determinação ou de declaração: "[...] é todo aquele em que a Administração realiza verificações e declara situação, direito ou conduta do administrado ou servidor, com caráter vinculante para as partes." O processo de controle diverge do punitivo porquanto o primeiro "proclama o resultado para efeitos

[297] Hely Lopes Meirelles enumera quatro modalidades de processo, quais sejam, de expediente; outorga; controle; e punitivo (que abrange o processo administrativo disciplinar e o processo administrativo tributário ou fiscal). Todavia, não reconhece a modalidade processo de gestão, referente a licitações e concursos públicos, tratando-os como procedimentos. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 828-829.

[298] Detalhamento das demais modalidades: i) Processo de expediente - [...] é denominação imprópria que se dá a toda autuação que tramita pelas repartições [...]. Não tem procedimento próprio [...], seguindo pelos canais rotineiros para informação, pareceres, [...] não alteram, nem suprimem direitos." O exemplo utilizado são os pedidos de certidões. ii) Processo de outorga - pleiteia-se algum direito ou situação individual perante a administração. Possui rito especial, sem contraditório como regra, haja vista a defesa do interessado só se fazer necessária quando há oposição de terceiros ou impugnação da própria administração. Como exemplos, o licenciamento de edificações e registros de marcas e patentes. iii) Processo de Gestão - desenvolvimento das atividades típicas da administração, possui rito formal para coleta de dados e informações com o objetivo de motivar a decisão administrativa. São exemplos as licitações e os concursos públicos. iv) Processo punitivo - promovido por iniciativa da administração para a imposição de penalidade a quem infringir lei, regulamento ou contrato. O rito é formal, com observância ao devido processo legal. Há possibilidade de utilização de preceitos do processo penal quando não contrários às normas administrativas. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 828-830. COSTA, Nelson Nery. *Processo Administrativo e suas espécies*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 51-54.

[299] Sobre o processo punitivo (iv), para Odete Medauar, subdivide-se, quanto ao acusado, em interno - processo administrativo disciplinar; e externo - sanções decorrentes do poder de polícia ou da administração fiscal/tributária. MEDAUAR, Odete. *Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 132. In: COSTA, op. cit., p. 51.

futuros" e poderá depender de outro processo administrativo para executar os efeitos da decisão; por sua vez, o segundo aplica a penalidade cabível.[300]

Incluem-se nessa modalidade de controle os processos de prestação de contas perante o TCU, disciplinado pela Lei nº 8.443, de 16/07/1992 (Lei Orgânica), com aplicação subsidiária dos preceitos da Lei nº 9.784/1999.[301]

5.2.2 O Processo de Prestação de Contas Anuais e a atuação do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União

Dispõe o inciso II do art. 71 da Constituição de 1988 que compete ao controle externo "[...] julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal [...]"

Outrossim, determinam os incisos II e IV do art. 74 que compete aos sistemas de controle interno de cada Poder "[...] comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado" e "[...] apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional."

Como consequência, nesse processo administrativo de controle figuram como partes o TCU e os órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal (SCI), do qual a CGU é o órgão central.

A obrigatoriedade de prestar contas também está na legislação e em normativos infralegais: Lei Orgânica do TCU, Decreto nº 3.591, de 06/09/2000; Lei nº 10.180, de 06/02/2001; e Regimento Interno do TCU.

---

[300] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 829-830.

[301] Os Estados e o Distrito Federal têm competência para legislar sobre procedimentos de matéria processual com base no inciso XI do art. 24 da Constituição de 1988. GUERRA, Evandro Martins. *Os controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p. 76.

Quanto aos procedimentos do processo de prestação de contas, a operacionalização consta de normativos expedidos pelo TCU e pela CGU, que especificam prazos, trâmites e demais assuntos voltados a sua condução e organização.

E, em conformidade com os normativos aplicáveis, anualmente o dirigente máximo da Unidade Prestadora de Contas (UPC) deve prestar contas, aos órgãos de controle e à sociedade, dos resultados alcançados na consecução de atividades sob sua responsabilidade, realizadas com vistas a dar cumprimento aos objetivos institucionais previamente estabelecidos para a unidade sob seu comando, em determinado exercício financeiro.[302]

Existem duas sistemáticas de prestação de contas. Em uma delas, o dirigente máximo disponibiliza o Relatório de Gestão, via sistema e-Contas[303] ao TCU, contendo informações e demonstrativos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial relativo a determinado exercício financeiro. Em seu sítio eletrônico, o Tribunal dá publicidade aos relatórios, os quais devem ser organizados com a finalidade de permitir a visão sistêmica do desempenho e da conformidade da gestão dos responsáveis pelas unidades.

Por sua vez, para o TCU exercer a competência constitucional de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis pela gestão de dinheiro, bens e valores públicos federais, emprega-se a sistemática de selecionar, anualmente, algumas UPC e instruir para cada qual Processo de Contas (PC), "[...] processo de trabalho do controle externo, destinado a avaliar e julgar o desempenho e a

[302] Antes da publicação da Decisão Normativa – TCU nº 146/2015, relativa à prestação de contas de 2015, esses órgãos e entidades denominavam-se Unidades Jurisdicionadas, passando, então, a denominação de Unidades Prestadoras de Contas (UPC). BRASIL. *Decisão Normativa – TCU nº 146, de 30 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/contas/contas-e-relatorios-de-gestao/contas-do-exercicio-de-2015.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[303] BRASIL. *Decisão Normativa – TCU nº 161, de 01 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/contas/contas-e-relatorios-de-gestao/contas-do-exercicio-de-2017.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

conformidade da gestão[...]"[304] Nessa seleção consideram-se critérios de materialidade, relevância e criticidade, com vistas a direcionar os esforços das atividades de controle interno e externo.[305]

A avaliação e o julgamento com base no desempenho correspondem à análise da gestão quanto à eficácia, eficiência, efetividade e economicidade, e da capacidade dos controles internos de minimizar riscos e evitar falhas e irregularidades.

Como exame de conformidade, entende-se "a análise da legalidade, legitimidade e economicidade da gestão em relação a padrões [...] expresso nas normas e regulamentos aplicáveis, e da capacidade dos controles internos de identificar e corrigir falhas e irregularidades." [306]

No processo de contas, a auditoria corresponde ao conjunto de técnicas que tem por objetivo emitir opinião, com vistas a certificar-se da regularidade, da regularidade com ressalvas ou da irregularidade das contas dos responsáveis pela gestão das UPC, a partir da avaliação de processos e resultados gerenciais relacionados à aplicação de recursos públicos, mediante a confrontação entre uma situação encontrada e determinado critério técnico, operacional e legal.[307]

---

[304] BRASIL. *Instrução Normativa – TCU nº 63, de 1 de setembro de 2010*. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/IN/20100903/INT2010-063.rtf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[305] Como resultados advindos do "Projeto Áquila" do TCU para implementar critérios, entre outros, de seletividade de órgãos e entidades para submeter os responsáveis à prestação de contas anuais, cita-se: "[...] O primeiro resultado foi a diminuição de auditorias do processo de contas, conduzidas pela CGU, de 1.180, em 2008, para 519 em 2009 e 518 em 2010, com a consequente racionalização e otimização dos trabalhos, considerando a diminuição da quantidade de auditorias e aumento do foco, tendo em vista um escopo melhor definido e compartilhado entre os órgãos de controle interno e externo." BRITO, Eveline Martins. *A Contribuição do Programa de Governo "Controle Interno, Prevenção e Combate à Corrupção" da CGU no processo de prestação de contas dos administradores públicos federais*. 94 f. Monografia (Pós-Graduação) – Curso de Especialização em Legislativo e Políticas Públicas: Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor: Brasília, 2011. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5584>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[306] BRASIL. *Instrução Normativa – TCU nº 63, de 1 de setembro de 2010*. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/IN/20100903/INT2010-063.rtf>. Acesso em 27 mar. 2018.

[307] CASTRO, Domingos Poubel. *Auditoria, contabilidade e controle interno no setor público:* integração das áreas do ciclo de gestão: planejamento, orçamento, finanças, contabilidade e auditoria e organização dos controles internos, como suporte à governança corporativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 438.

Os resultados dessas avaliações são formalizados por meio de relatório de auditoria, certificado de auditoria e parecer do dirigente do controle interno competente.

O relatório de auditoria é o documento técnico por meio do qual se "[...] comunicam os objetivos do trabalho, a extensão dos testes aplicados, as conclusões obtidas, as recomendações emitidas e os planos de ação propostos."[308] É a forma mais frequentemente utilizada para comunicar os resultados das auditorias em geral.

O certificado de auditoria é o documento que expressa a opinião quanto à regularidade da gestão, considerando o rol de responsáveis e substitutos pelas gestões da UPC[309], emitido estritamente com base no escopo dos trabalhos e, assim, conforme o conteúdo do relatório de auditoria. Tem a seguinte tipificação:

> a) Certificado de Regularidade – os atos de gestão observaram adequadamente os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.
>
> b) Certificado de Regularidade com Ressalvas – nos atos de gestão do(s) responsável(is) pelo órgão ou entidade examinada foram evidenciadas falhas no cumprimento dos parâmetros da legalidade, legitimidade e economicidade, que obstaculizaram o desempenho da unidade.
>
> c) Certificado de Irregularidade – nos atos e gestão do(s) responsável(is) pelo órgão ou entidade examinada foram evidenciados descumprimento dos parâmetros da legalidade, legitimidade e economicidade, desfalque, alcance, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano quantificável para a Fazenda Nacional e/ou comprometa substancialmente

[308] BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Secretaria Federal de Controle Interno. *Manual de orientações técnicas as atividades de auditoria interna governamental do Poder Executivo Federal.* Brasília: CGU, 2017. 149p. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-sfc-08_2017.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

[309] "Art. 10 Serão considerados responsáveis pela gestão os titulares e seus substitutos que desempenharem, durante o período a que se referirem as contas, as seguintes naturezas de responsabilidade, se houver: I. dirigente máximo da unidade jurisdicionada; II. membro de diretoria ou ocupante de cargo de direção no nível de hierarquia imediatamente inferior e sucessivo ao do dirigente de que trata o inciso anterior, com base na estrutura de cargos aprovada para a unidade jurisdicionada; III. membro de órgão colegiado que, por definição legal, regimental ou estatutária, seja responsável por ato de gestão que possa causar impacto na economicidade, eficiência e eficácia da gestão da unidade." BRASIL. Instrução Normativa – TCU nº 63, de 1 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/IN/20100903/INT2010-063.rtf>. Acesso em 27 mar. 2018.

> as demonstrações financeiras e a respectiva gestão dos agentes responsáveis, no período examinado. [310]

Parecer é um sumário executivo destinado a informar aos ocupantes de cargos estratégicos, dirigente máximo da UPC e ao Ministro de Estado, os principais resultados da avaliação, as boas práticas administrativas advindas da gestão sob exame, as principais constatações e os riscos associados ao controle interno.[311]

Essas peças produzidas pelo controle interno devem constituir os autos iniciais do processo de prestação de contas anuais, juntamente com as peças decorrentes da atribuição da UPC (rol de responsáveis, relatório de gestão, relatório e pareceres de órgãos, entidades ou instâncias que devam se pronunciar sobre as contas e gestão dos responsáveis) e do Ministério Supervisor (pronunciamento expresso do Ministro de Estado supervisor da UPC, ou autoridade de nível hierárquico equivalente).[312]

A realização de auditorias anuais de contas e a produção das três peças (relatório de auditoria, certificado de auditoria e parecer do dirigente do controle interno) é uma obrigação do SCI, elencada entre as atividades de apoio ao controle externo enumeradas no art. 50 da Lei Orgânica do TCU, com o objetivo de "[...] fomentar a boa governança pública, aumentar a transparência, provocar melhorias na prestação de contas dos órgãos e entidades federais, induzir a gestão pública para

[310] Pode haver o sobrestamento da manifestação do SCI quando não houver elementos comprobatórios necessários e suficientes para a formação da opinião quanto à gestão da UPC. BRITO, Eveline Martins. *A Contribuição do Programa de Governo "Controle Interno, Prevenção e Combate à Corrupção" da CGU no processo de prestação de contas dos administradores públicos federais.* 94 f. Monografia (Pós-Graduação) – Curso de Especialização em Legislativo e Políticas Públicas: Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor: Brasília, 2011. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5584>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[311] BRITO, op. cit., f. 53.

[312] BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Secretaria Federal de Controle Interno. *Manual de orientações técnicas das atividades de auditoria interna governamental do Poder Executivo Federal.* Brasília: CGU, 2017 149p. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-sfc-08_2017.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

resultados e fornecer opinião sobre como as contas devem ser julgadas pelo Tribunal."[313]

Apesar da existência de norma que determina a atuação do SCI nesse processo administrativo de contas, as atividades de auditoria são atribuições de competência primária exercidas com fundamento em disposições constitucionais, e, ao mesmo tempo, com base em princípios fundamentais vinculados aos trabalhos de auditoria do setor público.

Assim, entre os princípios fundamentais para a prática da atividade da auditoria, destaca-se o da autonomia técnica dos auditores, qual seja, a capacidade de desenvolver trabalhos de maneira imparcial, livre de interferências na execução dos procedimentos, no julgamento profissional e na comunicação dos resultados.

Oportuno salientar que as práticas profissionais da auditoria governamental devem observar padrões nacional e internacionalmente estabelecidos, como os das Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), a princípio destinadas à auditoria externa governamental, mas também ao SCI considerando as adaptações necessárias as suas peculiaridades. Em suas normas gerais, listam-se as relativas à pessoa do auditor, dotado de independência profissional.[314]

A autonomia e a independência funcional dos auditores também decorrem da evolução histórica do SCI, gradativa e que sobreveio de mudanças na organização do Poder Executivo Federal iniciadas com a Reforma do Estado no final da década de 60. Essas mudanças retiraram os órgãos de controle interno das estruturas dos

[313] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão Normativa – TCU nº 163, de 6 de dezembro de 2017*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/contas/contas-e-relatorios-de-gestao/contas-do-exercicio-de-2017.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

[314] Citam-se as fontes internacionais de normas de auditoria: Federação Internacional de Contadores (International Federation of Accountants - IFAC); Instituto dos Auditores Internos (Institute of Internal Auditors – IIA), Securities and Exchange Commission (SEC); Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB); Government Accountability Office (GAO); National Audit Office (NAO). BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria governamental.* Brasília, *2011:* Instituto Serzedello Corrêa, p. 18. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B277355651D >. Acesso em 29 mar. 2018.

Ministérios, desvinculando-os da então submissão hierárquica e, assim, fortalecendo-os como órgãos de controle de Estado.[315]

Com efeito, os resultados das avaliações do SCI são independentes no que se refere à UPC, órgão ou entidade da Administração Pública Federal ou quaisquer outras organizações responsáveis pela aplicação de recursos públicos.

E, numa significação mais abrangente, as avaliações realizadas pelo SCI caracterizam atividade independente e objetiva, desenhada para adicionar valor e melhorar as operações das organizações públicas, também auxiliando-as a realizarem seus objetivos, "[...] a partir da aplicação de uma abordagem sistemática e disciplinada para avaliar e melhorar a eficácia dos processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos."[316]

Igualmente, o SCI possui independência funcional em relação ao controle externo, a cargo do Congresso Nacional e exercido com o auxílio do TCU, respaldando-se, sobretudo, no princípio constitucional da separação dos poderes. Como Ministério civil, a CGU não se subordina a qualquer órgão pertente ou auxiliar dos demais Poderes. Seguindo a mesma regra, o TCU, por sua vez, não se subordina ao Poder Legislativo.

A avaliação da gestão pelo SCI fundamenta-se no poder-dever de controle com base constitucional, sendo, para tanto, indispensáveis os atributos de independência e autonomia no exercício de suas competências.

---

[315] Em síntese, e conforme a pesquisa consignada na subseção 2.3.1 deste trabalho: instituição das Inspetorias-Gerais de Finanças (IGP), transformadas em Inspetoria-Geral de Finanças (IGF), as quais foram sucedidas pelas Secretarias de Controle Interno (CISET) no final da década de 80, contudo, ainda integradas na estrutura dos Ministérios; a criação da Secretaria Federal de Controle (SFC) em 1994, que passou da estrutura do Ministério da Fazenda para a da Casa Civil da Presidência da República em 2002, cujas competências de controle interno e auditoria pública foram transferidas para a Corregedoria-Geral da União; e posterior transformação da Corregedoria em Controladoria-Geral da União (CGU) em 2003, órgão com *status* de Ministério sem submissão hierárquica aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal, que deu origem ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) em 2016.

[316] BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Secretaria Federal de Controle Interno. *Manual de orientações técnicas as atividades de auditoria interna governamental do Poder Executivo Federal.* Brasília: CGU, 2017. 149p. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-sfc-08_2017.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

O SCI também possui poder normativo, no âmbito de suas competências, para regular a organização de processos de controle na Administração Pública Federal, de observância por seus próprios órgãos e corpo técnico e também por gestores de recursos públicos, especialmente no que pertine às normas de execução dos trabalhos.

Apesar de os relatórios de auditoria destinarem-se a compor os processos de contas para fomentar a função jurisdicional administrativa do TCU, a avaliação do SCI não se encerra nessa finalidade. Além disso, a exigência da produção de determinadas peças (relatório de auditoria, certificado de auditoria e parecer do dirigente do controle interno) não transmuta ou mitiga a titularidade do SCI quanto aos resultados dos seus trabalhos.

As conclusões provenientes de avaliações realizadas, de modo geral, objetivam o aperfeiçoamento de processos das organizações e possuem influência direta nas tomadas de decisão para o aprimoramento dos controles internos e a consequente melhoria dos serviços públicos e de interesse público.

Independente da ocorrência de julgamento técnico-administrativo pelo TCU, são realizadas atividades de monitoramento das providências adotadas por responsáveis da UPC em razão de impropriedades consignadas em relatórios. Registra-se que esse monitoramento também se dá em relatórios vinculados a outras linhas de atuação da CGU.

As avaliações de auditoria em processo de contas ou em quaisquer outros tipos de avaliações realizadas podem, a depender da especificidade ou criticidade, ser compartilhadas com diferentes clientes, parcerias interinstitucionais realizadas com o objetivo de promover melhorias na gestão e também ações de combate à corrupção.[317]

[317] DE ALBUQUERQUE, Marlene Alves. *O CI Governamental no Brasil*. Palestra ministrada por Marlene Alves de Albuquerque no Seminário Internacional de Auditoria e Controle Interno na União Europeia e no Brasil, realizado em Brasília em dezembro de 2014. *O CI Governamental no Brasil*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-

Assim, os resultados de trabalhos, com variações de forma e conteúdo, consoante os seus destinatários e finalidade, podem ser dirigidos a: Ministérios gestores e supervisores; Poder Legislativo (Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal); Secretaria da Receita Federal (SRF), Polícias Civis e Federais, na hipótese de os achados das avaliações constituírem material para subsidiar a instauração de inquéritos e deflagração de operações especiais; Ministério Público para fins de ações civis e penais; e Advocacia-Geral da União (AGU), responsável pela representação judicial e extrajudicial da União.

Do mesmo modo, os resultados dos trabalhos do SCI são instrumentos relevantes para o acompanhamento da execução financeira dos programas e ações governamentais pela sociedade, cliente principal do controle das contas públicas, reconhecidamente, desde o século XVIII, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consectária da Revolução Francesa.

Não obstante a relação de *accountability* positivada na Constituição de 1988 atrelar, como atores, o Poder Legislativo, auxiliado pelo TCU, e gestores de recursos públicos federais, o SCI não deve desviar-se do objetivo de privilegiar a sociedade como cliente dos resultados das auditorias de contas.

> No setor público, o poder legislativo é quem representa os interesses do cidadão. Assim, é este poder que assume o papel de principal na relação de *accountability* que se estabelece entre o Estado e os gestores públicos de um modo geral. No entanto, a exemplo do que ocorre no setor privado, a auditoria deve trabalhar numa perspectiva de que o seu cliente final são os cidadãos, verdadeiros proprietários dos recursos transferidos ao Estado para realização do bem comum.[318]

No contexto atual, e considerando o direito constitucional do acesso à informação, a publicação de relatórios, certificados e pareceres de contas das UPC

fiscalizacao/arquivos/publicacao_seminario-internacional-de-auditoria-e-controle-interno.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

[318] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria governamental.* 355 p. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União: *2011. p. 18*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B27355651D >. Acesso em 29 mar. 2018.

na *internet*, além de obrigação legal do SCI, tem o potencial para estimular a transparência da gestão pública e o controle social.

E, assim como ocorre com todos os tipos e categorias de avaliações, ressalvadas as situações de sigilo legalmente previstas, os documentos que formalizam os resultados dos trabalhos de avaliação da gestão do Sistema "S" são publicados com todos os demais em um único espaço intitulado "Pesquisa de Relatórios" no *site* institucional da CGU.[319]

Diante de toda a argumentação, o pleito de entidades do Sistema "S" para, somente após proferimento de decisão do TCU, ocorrer a divulgação das peças do processo de contas a cargo da CGU, afronta a Constituição Federal, a legislação estrangeira e pátria sobre transparência e direito de acesso a informações produzidas ou custodiadas pelo Estado.

Acerca do direito à informação, lecionada Silva Neto sobre a sua natureza tripartite, qual seja, o "direito de informar", o de "se informar" e o de "ser informado", classificação com fundamento na Constituição Portuguesa de 1976.[320]

Considerando a problemática da presente pesquisa, qual seja, a aplicabilidade da divulgação dos resultados de avaliações da CGU no processo de prestação de contas anuais do Sistema "S", e adaptando-se à referida classificação, o papel da CGU de informar consistiria "[...] no direito a meios de veicular ou transmitir informações" produzidas ou custodiadas, no caso em tela, em seu sítio oficial da rede mundial de computadores.

O direito de "se informar", corresponderia à possibilidade de a sociedade buscar informações sem impedimentos ou obstruções de qualquer natureza sobre

[319] BRASIL. Mistério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Pesquisa de Relatórios*. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/>. Acesso em: 29 mar. 2018.

[320] Art. 37º da Constituição Portuguesa de 1976 (Liberdade de expressão e informação) 1. Todos têm direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações. ARAUJO, Luis Alberto David & NUNES Jr., Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, 1994. apud SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 656.

esses processos de prestação de contas anuais na *internet*, ou seja, a concretização da transparência ativa. E o "direito de ser informado" versaria sobre o incentivo a formas de divulgação, com o fito de manter o cidadão ciente da existência de prestação de contas da gestão de receitas de contribuição parafiscal.

Para ilustrar a relevância do direito à informação no âmbito dos trabalhos de órgãos de controle, cita-se pesquisa destinada a avaliar a imagem dos Tribunais de Contas Estaduais, publicada em 2005, e realizada com 644 entrevistados do Legislativo, Executivo, Judiciário, Ministério Público e sociedade civil organizada. [321]

Entre os resultados, a pesquisa apontou que a avaliação foi negativa em todos os aspectos de relacionamento desses tribunais com o cidadão comum, ressaltando-se a percepção negativa sobre "a transparência dada à fiscalização dos recursos públicos realizada pelo Tribunal de Contas e a facilidade de acesso aos trabalhos elaborados dessa instituição."

A atuação da CGU no apoio ao controle externo mediante a instrução de processos de prestação de contas não afasta a independência funcional e a autonomia desse órgão de auditoria governamental, que se submete à obrigação legal de divulgar os resultados de avaliações e a opinião sobre as gestões do Sistema "S" e de todas as demais avaliações não sujeitas a sigilo. Dessa maneira, contribui para o fortalecimento da *accountability* e do controle social no acompanhamento de atos e fatos de gestão de recursos públicos federais.

[321] "Esta pesquisa originou-se de projeto desenvolvido pelo Ministério do Planejamento, intitulado Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados e do Distrito Federal (Promoex) 2. Sua elaboração ocorreu em parceria com os dirigentes e técnicos dos 33 TCs subnacionais e conta com o apoio financeiro do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). O objetivo do Promoex é modernizar o controle externo dos governos estaduais e municipais, reformulando a gestão dos TCs, em prol de sua maior eficiência, efetividade, transparência e *accountability"*. ARANTES, Rogério Bastos; ABRUCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. *A imagem dos Tribunais de Contas subnacionais*. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 56, n 1, jan./mar. 2005. p. 57-83. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/217/222>. Acesso em: 30 mar. 2018.

5.3 Princípios do Processo Administrativo e a divulgação de peças do Processo de Prestação de Contas Anuais pela CGU

A literatura sobre processo administrativo de controle comumente associa a prestação de contas diretamente às competências do controle externo exercidas pelo TCU, e, como consequência, lista-se o conjunto de atos praticados pelo seu corpo funcional e ministros até a decisão final por um de seus órgãos colegiados.

Nesse sentido, são detalhados os procedimentos desde a protocolização das peças de prestação de contas (atualmente via sistema e-Contas); encaminhamento a Unidades Técnicas para análise e elaboração de instrução preliminar, com proposta de encaminhamento, ao Relator, de julgamento das contas pela regularidade, regularidade com ressalva ou irregularidade; audiência para apresentação de "razões de justificativa" ou citação para apresentar alegações de defesa nas hipóteses, respectivamente, de impropriedades sem dano ao erário e com prejuízo quantificado ou quantificável pelas Unidades Técnicas; remessa dos autos pelo Relator ao Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) para emissão de parecer quanto à regularidade, regularidade com ressalva ou irregularidade das contas; elaboração do Relatório, Voto e minuta de Acórdão para deliberação do colegiado competente; julgamento das contas pelo colegiado e decisão com proferimento do Acordão; e recursos cabíveis.[322]

Não obstante a relevância do tema, ressalta-se que a atuação do controle interno é essencial nesse processo de contas, considerando que nele são instruídos os resultados das avaliações de auditoria sobre os dados e informações apresentadas pelos administradores públicos federais e demais responsáveis por prestar contas de recursos públicos, bem como sobre os atos e fatos das respectivas gestões.

Para tanto, e utilizando-se, por analogia, os termos da Instrução Normativa – TCU nº 63/2010, na esfera da Administração Pública Federal são instruídos

[322] CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle Externo da Gestão Pública*. A Fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas da União. Teoria, Jurisprudência e Exercícios. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 309-315.

processos de trabalho do controle interno, destinados a avaliar o desempenho e a conformidade da gestão das UPC, anualmente selecionadas pelo TCU e divulgadas por meio de decisão normativa. [323]

Esses processos formalizam o conjunto de atos praticados pelos auditores e dirigentes dos órgãos central, regionais, setoriais e unidades do SCI, e também os atos praticados pelos gestores responsáveis das UPC. Portanto, seguem ritos e diretrizes definidos pela CGU, órgão central SCI, para a realização de avaliações por meio dos instrumentos de auditoria[324].

Os processos de trabalho do controle interno, por sua natureza, devem observância a princípios do Processo Administrativo. No art. 2º da Lei nº 9.784/1999 estabeleceu-se a observância expressa aos seguintes princípios, sem óbice a outros aplicáveis: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.[325]

O detalhamento das etapas e procedimentos do processo administrativo de controle a seguir considerará a atuação da CGU, de modo a subsidiar as análises quanto à aderência aos princípios expressamente previstos na referida Lei, para a divulgação de relatórios de auditoria e demais peças do processo de prestação de contas.

---

[323] BRASIL. Instrução Normativa - TCU nº 63, de 1º de setembro de 2010. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24E50B945014E657CEAE9028E>. Acesso em: 22 maio 2018. As decisões normativas do TCU também apresentam os conteúdos e formas das peças que comporão o processo de prestação de contas e os prazos definidos para a apresentação dessas peças.

[324] BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Secretaria Federal de Controle Interno. *Manual de orientações técnicas as atividades de auditoria interna governamental do Poder Executivo Federal*. Brasília: CGU, 2017. 149 p. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-sfc-08_2017.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018. Entendimento para fins acadêmicos, dada a hierarquia das normas jurídicas. Vide subseção 2.2.2.1.

[325] BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018. Outros princípios não expressamente listados no art. 2º da Lei 9.784/1999 regem o processo administrativo: oficialidade, gratuidade, igualdade, dupla instância administrativa, administrador ou juízo natural, unicidade recursal, ônus da prova, entre outros.

As ações da CGU iniciam-se com a delimitação do escopo das avaliações de auditoria que serão realizadas em cada UPC, geralmente no exercício anterior ao da realização dos trabalhos.

Para tanto, são realizadas reuniões com unidades técnicas do TCU e, reduzidas em atas, as definições obtidas de modo compartilhado para a definição dos objetivos e escopo de avaliações de auditoria. Sopesam-se critérios de materialidade, relevância criticidade, riscos associados a áreas de gestão, macroprocessos, atividades, entre outros. A pactuação de escopo, que flexibiliza dispositivo sobre o conteúdo das peças previsto na IN – TCU Nº 63/2010, demonstra a expertise do controle interno quanto à natureza jurídica e o negócio das UPC.

Também precedem às avaliações de auditoria os trabalhos de monitoramento pela CGU das providências adotadas pelas UPC em atendimento a recomendações expedidas em avaliações realizadas em exercícios anteriores, as quais compõem os planos de providências dessas unidades. Esse monitoramento ocorre via sistema informatizado específico, e tem o fito de promover melhorias nas gestões, correções de impropriedades constatadas e também subsidiar o planejamento e a execução das avaliações em comento.

Tendo em vista o dever de "orientar os administradores de bens e recursos públicos nos assuntos pertinentes à área de competência do controle interno, inclusive sobre a forma de prestar contas"[326] a CGU, como órgão central do SCI, publica norma de execução para orientar tecnicamente as UPC sobre os procedimentos relacionados e, igualmente, orientar a atuação dos órgãos que compõem o próprio sistema (Controladorias Regionais da União nos estados, órgãos setoriais e unidades setoriais).[327]

[326] BRASIL. *Decreto nº 3.591, de 6 de setembro de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3591.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

[327] A publicação das Portarias não ocorre anualmente, e, dessa forma, as Normas de Execução possuem vigência variável. Listam-se as pertinentes portarias publicadas pela CGU: Portaria CGU nº 500/2016; Portaria CGU nº 133/2013; Portaria CGU nº 2.546/2010; Portaria CGU nº 2.270/2009; Portaria CGU nº 2.238/2008; Portaria CGU nº 328/2008; Portaria CGU nº 1.950/2007; Portaria nº 555/2006; Portaria CGU nº 03/2006 (NE CGU nº 1, 05.01.2006). BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-

Portanto, as UPC podem solicitar apoio para elaborar o relatório de gestão e demais peças aplicáveis, atividade que não as exime da avaliação dessas peças durante a realização de auditorias anuais de contas.

Compõem essas avaliações de auditorias anuais de contas as etapas de planejamento, execução, encaminhamento das peças e publicação na *internet* das peças, atividades desempenhadas em cumprimento a ordens de serviço as quais formalizam, principalmente, dados de duração, objetivos, escopo e procedimentos previstos.

A instrução do processo administrativo de controle com expedientes e diversos tipos de documentos é realizada por meio de sistemas eletrônicos internos de gerenciamento das etapas das avaliações, e também com sistema de uso compartilhado na administração pública federal para a tramitação de processos em geral.[328]

O planejamento de trabalhos de avaliação orienta-se pelas atas contendo o escopo pactuado entre CGU e TCU para cada UPC. A partir delas são elaboradas as matrizes de planejamento, com o registro das técnicas e procedimentos hábeis a responder questões de auditoria[329], por sua vez elaboradas a fim apoiar as conclusões sobre atos e fatos objeto de exame.

Geral da União. *Portarias*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/portarias#wrapper>. Acesso em: 28 mar. 2018. Entendimento para fins acadêmicos, dada a hierarquia das normas jurídicas. Vide subseção 2.2.2.1.

[328] "A CGU utiliza o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) como ferramenta de gestão dos processos eletrônicos. A utilização do meio eletrônico visa à obtenção de maior celeridade, economicidade, transparência, segurança e agilidade na tramitação de processos." BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *SEI*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/servicos-e-sistemas/sei>. Acesso em: 03 abr. 2018.

[329] Questão de Auditoria: "Elemento que define o objetivo da auditoria e constitui a base da estrutura das análises que permitirão chegar à conclusão sobre os controles: se estão adequadamente concebidos na proporção requerida pelos riscos; se estão sendo aplicados e se funcionam de maneira contínua e coerente, conforme as respostas a riscos definidas pela administração." BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Secretaria Federal de Controle Interno. *Manual de orientações técnicas as atividades de auditoria interna governamental do Poder Executivo Federal.* Brasília: CGU, 2017 149 p. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-sfc-08_2017.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2018.

A execução dessas avaliações de auditorias corresponde à fase de apuração, que se inicia quando da entrega do ofício de apresentação da equipe de auditoria ao dirigente máximo da UPC durante a reunião de abertura dos trabalhos de campo. Nessa reunião são informados os objetivos definidos para as avaliações.

Na consecução dos trabalhos, os achados da equipe resultam da aplicação de técnicas e procedimentos de auditoria. Solicitações de Auditoria (SA) são emitidas ao dirigente máximo da UPC com a finalidade de requerer manifestações, que, em geral, referem-se à apresentação de esclarecimentos formais e de documentação comprobatória, principalmente em função de achados de auditoria com indicação de falhas ou impropriedades. [330]

A análise dessas manifestações também pode mitigar o risco de auditoria, porquanto possibilitam correções de possíveis erros de avaliação cometidos pela equipe. Assim, fornecem suporte para a identificação de fragilidades nas evidências que fundamentam os achados, levando a equipe auditoria a rever seu posicionamento ou a embasá-lo de forma mais consistente caso necessário.

Desse modo, os achados de auditoria possibilitarão responder às questões de auditoria levantadas na fase de planejamento, com vistas a atender ao objetivo estabelecido inicialmente para a avaliação.

A comunicação dos resultados dos trabalhos opera-se por meio do relatório de auditoria, o qual apresenta registros do tipo “informação” e, no caso de achados contendo não conformidades ou ilegalidades detectadas pela equipe, elenca registros do tipo “constatação”.

[330] Além da Solicitação de Auditoria, também podem ser emitidas Notas de Auditoria (NA) no decorrer dos exames e nas seguintes situações: identificação de providência a ser adotada imediatamente pela Unidade Auditada para evitar danos aos cidadãos ou à administração; ou identificação de falha meramente formal ou de baixa materialidade que não deva constar no relatório, mas para a qual devam ser adotadas providências para saneamento. BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Secretaria Federal de Controle Interno. *Manual de orientações técnicas as atividades de auditoria interna governamental do Poder Executivo Federal.* Brasília: CGU, 2017 149 p. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-sfc-08_2017.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2018.

São elaboradas duas versões do relatório de auditoria: a versão preliminar é disponibilizada ao dirigente máximo da UPC para possibilitar a apresentação de manifestações finais por meio de expediente oficial, em regra, após reunião com integrantes da equipe de auditoria. Ressalta-se que o dirigente também tem a oportunidade de se manifestar durante essa reunião, inclusive com o suporte técnico de gestores da UPC diretamente responsáveis pelas áreas auditadas, sendo os debates e posicionamentos reduzidos em ata.

Após a reunião, portanto, abre-se prazo para a apresentação das manifestações finais da UPC, que poderá quedar silente, reiterar ou apresentar novos esclarecimentos e documentos à equipe de auditoria, a qual os analisa e elabora versão final do relatório de auditoria. Encerra-se, então, a fase de apuração da auditoria, quando serão também produzidas as peças certificado de auditoria e parecer do dirigente do controle interno.

Acrescenta-se que, para fundamentar a certificação pela regularidade com ressalva ou pela irregularidade da gestão, é elaborada matriz de responsabilização, contendo informações sobre o nexo de causalidade entre a ação ou a omissão de gestores elencados no Rol de Responsáveis pela UPC e os achados de auditoria, bem como fatores agravantes e atenuantes relacionados, de modo a garantir razoabilidade e a proporcionalidade na emissão de opiniões do controle interno.

Na etapa de encaminhamento, as três peças elaboradas pela CGU são disponibilizadas ao TCU via sistema e-Contas. Igualmente se dá ciência ao Ministério Supervisor ou órgão equivalente dos resultados obtidos sobre o desempenho e a conformidade da gestão da UPC, com vistas à emissão do pronunciamento, peça determinada no inciso VII, art. 13 da IN – TCU nº 63/2010.[331]

[331] "[...] O órgão de controle interno comunicará ao Ministério supervisor da UPC, por intermédio do Assessor Especial de Controle Interno (AECI), ou ao Órgão de nível hierárquico equivalente a disponibilização das peças complementares ao Relatório de Gestão sob sua responsabilidade no sistema e-Contas." Em casos excepcionais, pode-se expedir Aviso Ministerial para essa comunicação. BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Portaria nº 1.921, de 05 de setembro de 2017.* Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/boletim-interno/2017/arquivos/36_08-09-2017.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2018.

Por fim, encaminha-se a cada UPC expediente comunicando a conclusão do relatório de auditoria, do certificado de auditoria e do parecer do dirigente do controle interno, e informando a disponibilização dessas peças em determinado endereço eletrônico na *internet*, para posterior publicação na página "Processos de Contas Anuais" de cada unidade.

Diversamente, e por não se submeterem às disposições da Portaria CGU nº 262, de 30/08/2005 e do art. 20-B do Decreto nº 3.591, de 6/09/2000 para a publicação das peças em seus sítios eletrônicos, as entidades do Sistema "S" recebem as peças produzidas pelo controle interno em arquivos via correspondência eletrônica ou "compact disc" (CD).

Por meio desse mesmo expediente demandam-se às UPC atividades de monitoramento das recomendações da CGU em plano de providências, e fixa-se prazo de 15 dias para cada unidade manifestar-se sobre informações sujeitas a sigilo, com vistas à publicação das citadas peças na *internet*. Transcorrido o prazo sem a referida manifestação, o relatório será considerado revisado pela UPC e divulgado na íntegra.[332]

Quando apresentadas manifestações, a publicação do relatório ocorre inicialmente com a supressão de todas as informações indicadas como sigilosas. Após procedimento de análise, o Secretário Federal de Controle Interno (SFC) decidirá pela manutenção do sigilo indicado, ou pela republicação do relatório sem suprimir informações não compreendidas entre as hipóteses legais de sigilo.

No caso de a UPC discordar da decisão do SFC pela publicação de relatório contendo informações já por ela indicadas como sigilosas, ainda cabe recurso administrativo em face de razões de legalidade e de mérito.[333] Salienta-se que a CGU

[332] BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU). *Portaria nº 500, de 8 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_500_2016_-alteracao_05-09-2017.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2018.

[333] BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

conta com a consultoria jurídica da Advocacia-Geral da União (AGU) para exame das alegações de UPC recorrentes.

Após as informações de procedimentos e normas do processo administrativo de controle da CGU, apresentam-se as análises sobre o processo de prestação de contas considerando os princípios listados no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/1999.[334]

Segundo o princípio constitucional da legalidade, "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".[335] No contexto do processo administrativo de controle objeto de exame, aprecia-se que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo que determinou à CGU o poder-dever de avaliar a gestão de recursos públicos federais, igualmente obrigou a prestação de contas por parte dos responsáveis pela gestão de recursos públicos, incluindo, assim, a prestação de contas de contribuições geridas pelo Sistema "S".

Acrescenta-se que os procedimentos operacionalizados nas auditorias constam de ordens de serviços, e são selecionados conforme pactuação do TCU e CGU, segundo temas passíveis de avaliação previstos em decisões normativas. Objetivam avaliar *compliance*, ou seja, a conformidade das condutas administrativas das UPC com padrões normativos e de eficiência preestabelecidos.

Conforme também já explicitado, os ritos de divulgação das peças que instruem processos de prestação de contas seguem as determinações legais, destacando-se a LAI como marco do acesso a informações públicas no país.

De matriz constitucional, o princípio da segurança jurídica conceitualmente "[...] se pauta pela previsibilidade das ações dos atores do direito, que, por isso, operam seus comportamentos conforme pauta regrada anteriormente

[334] Princípios enumerados: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

[335] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

pela ciência jurídica", além da sua acepção rotineira de "[...] barreiras no revisionismo de agir da Administração. "[336]

Traçando um paralelo com o conceito referenciado, as normas publicadas pela CGU que regem as avaliações de auditoria governamental constituem fonte de direito para os diferentes atores do processo de controle interno, ou seja, de observância obrigatória pela Administração Pública Federal, pelos entes privados que gerenciem recursos públicos e pelos próprios auditores. Destaca-se que as atividades de orientação de gestores da UPC para a elaboração do relatório de gestão e demais peças também estruturam o princípio da segurança jurídica, por favorecerem a estabilidade das relações jurídicas nesse processo de prestação de contas.

A necessária conduta ética e profissional dos auditores durante todo o processo administrativo de controle associa-se ao princípio da moralidade administrativa, diretamente vinculado ao da finalidade pública. Requer-se o compromisso com a honestidade e com o interesse público, pois desvios na finalidade configurariam hipóteses de lesão ao princípio do devido processo legal.[337]

As conclusões do controle interno devem ser objetivas e imparciais, e, para tanto, são executados procedimentos e aplicados testes em cumprimento a ordens de serviços, sopesadas as manifestações da UPC, de modo a permitir a apreciação da veracidade de fatos ou situações examinadas, evitando, por conseguinte, posicionamentos meramente pessoais que violariam as condutas previstas no Código de Ética da CGU.[338]

---

[336] BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005. p. 62.

[337] PORTA, Marcos. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.p. 134.

[338] BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Código de Conduta Profissional do Servidor da CGU*. 1. ed. Brasília: CGU, 2010. 15 p. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/comissao-de-etica/arquivos/codigo-de-conduta-cgu.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2018.

O princípio da eficiência, positivado pela Emenda Constitucional nº 19/1998, está diretamente vinculado ao processo de controle no âmbito da CGU, haja vista o dever de se avaliar a eficiência no emprego de verbas públicas. Segundo assevera Marino Pazzaglini Filho, "[...] não se trata de princípio novo porque a própria Constituição Federal já o admitia quando propugnava a necessidade de eficiência na avaliação dos resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial [...] através do art. 74, II."[339]

Acerca da eficiência no processo de controle interno, as avaliações de auditoria são planejadas considerando escopo específico, que leva em conta a natureza da UPC, seus objetivos institucionais, relevância e criticidade de macroprocessos e atividades desenvolvidas, riscos do negócios e materialidade de recursos geridos, entre outros critérios, com a finalidade de maximizar o emprego de recursos humanos e materiais disponíveis pela CGU na realização dessas avaliações.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se encontram expressos na Constituição de 1988. Referem-se, respectivamente, a agir conforme a razão e com adequação. Relacionam-se diretamente com o princípio processual da adequação dos meios e dos fins, previsto na Lei nº 9.784, de 29/01/1999: "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público." [340]

Como exemplo da aplicação desses princípios no processo de controle interno, cita-se a elaboração da matriz de responsabilização, cujos dados subsidiam a elaboração de certificados de auditoria, considerando o nexo de causalidade entre agentes, condutas praticadas e resultados, bem como a existência de fatores agravantes e atenuantes. De forma análoga, há a gradação de multa em julgamento

[339] PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000. p.32. apud BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005. 66.

[340] BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

do TCU pela irregularidade de contas, que deve considerar a gravidade da infração cometida e demais critérios dispostos no Regimento Interno do Tribunal.[341]

No processo administrativo de controle interno, e em observância ao princípio da motivação, os fatos constatados em relatórios de auditoria devem possuir base legal e técnica, e se respaldarem em evidências coletadas durante os trabalhos de avaliação.

O exercício do contraditório e da ampla defesa, previstos em único dispositivo constitucional, é aplicável aos acusados em geral e aos litigantes, em qualquer processo, dada a unidade desse direito instrumental quanto a princípios e normas de jurisdição. [342]

Para a efetivação do contraditório, também denominado princípio da audiência bilateral e com expressão no brocardo romano *"audiatur et altera pars"*, requer-se a ciência dos atos processuais e pressupõe-se, deste modo, o elemento informação.[343]

A ampla defesa, por sua vez, assegura a adoção de todos os meios lícitos para instruir o processo com informações e demais elementos necessários à solução do conflito. Ambos os princípios são corolários do princípio do devido processo legal, e objetivam a proteção dos direitos e a busca de qualidade e eficácia das decisões. [344]

---

[341] BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

[342] CINTRA, A.C.de A.; GRINOVER, A.P; DINAMARCO, C. R. Teoria Geral do Processo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 75-76. "Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

[343] CINTRA, A.C.de A.; GRINOVER, A.P; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 61-63.

[344] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 106-107. Ainda sobre princípio do devido processo legal, a doutrina pátria recente posicionou-se pela aplicabilidade da sua vigência no processo administrativo, e não se restringe, portanto, às possibilidades de privação de liberdade e de bens, na redação do inciso LIV do art. 5º da Constituição de 1988. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 190.

A própria elaboração de versão preliminar do relatório de auditoria tem como objetivo fomentar o exercício do contraditório e da ampla defesa, ao permitir a apresentação de esclarecimentos e documentação comprobatória em manifestações formais da UPC diante de resultados, até então, reconhecidamente parciais.

Nesse sentido, os gestores da UPC têm o direito de reiterar manifestações, caso considerem relevante reafirmar seus posicionamentos, ou mesmo apresentar informações e dados novos, contribuindo para a busca da verdade material e da realização do interesse público, também princípios associados ao processo administrativo.

Acrescenta-se à presente análise considerações sobre o princípio da publicidade, que, embora não elencado expressamente na Lei nº 9.784, de 28/01/1999, é norte imprescindível para o pleno exercício do devido processo legal. O seu conceito não se resume à divulgação dos atos administrativos, mas abrange a forma como o ato deve ser notificado a seus interessados[345] e atinge a "[...] publicidade dos comportamentos públicos e o seu conhecimento pelos cidadãos"[346], direitos fundamentais dos indivíduos.

A publicação do relatório de auditoria pela CGU é objeto de manifestação da UPC, a qual tem a prerrogativa de indicar informações sigilosas previstas em lei que, independente da adequabilidade, ocasionam, num primeiro momento, a disponibilização de relatório na *internet* com informações tarjadas até a apreciação dos motivos alegados pelas instâncias competentes na CGU.

Ressalta-se que manifestações pleiteando sigilo ao inteiro teor do relatório de auditoria até o julgamento das contas pelo TCU apresentada por determinadas entidades do Sistema "S" extrapola as questões de sigilo, haja vista não haver

[345] SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio da Publicidade Administrativa*: Direito de Certidão, Vista e Intimação. apud COSTA. Nelson Nery. *Processo Administrativo e suas espécies*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 17.

[346] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Livraria Del Rei Ed., 1994. p. 243, apud COSTA. Nelson Nery. *Processo Administrativo e suas espécies*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 17.

possibilidade de assim classificar informações como reservadas, secretas e ultrassecretas, porquanto fora dos ritos e critérios previstos na LAI e respectivo Decreto regulamentador.

Ao mesmo tempo, são contrárias às determinações de transparência ativa, aplicável a quaisquer avaliações realizadas pela CGU e demais órgãos de auditoria governamental, e esbarram na autônima e independência funcional da CGU em relação ao TCU.

Os relatórios de auditoria com relação aos quais se pleiteia sigilo integral dos seus conteúdos somente são publicados uma única vez, após decisão motivada, com base inclusive em parecer jurídico da AGU, no sentido de transparência ativa como regra e de limitação de exceções legais.

O conhecimento público de conteúdos não sigilosos de relatórios de auditoria, assim como de outras inspeções, pode revelar a motivação para o não acolhimento de decisões gerenciais pela UPC, demonstrar o grau de informação que foi levado em consideração para a prática de determinado ato ou sua desnecessidade, ou mesmo o nível de empenho no cumprimento da função administrativa. [347]

Seja qual for a motivação do ato, a acessibilidade a informações é relevante para o exercício da cidadania. Nesse sentido, a publicação de relatórios de prestação de contas de UPC pela CGU na *internet*, incluindo os de unidades integrantes do Sistema "S", favorece a promoção do controle social da gestão pública, sem prejuízo às situações legais de sigilo.

Os resultados das avaliações da CGU, na forma de relatório de auditoria, certificado de auditoria e parecer do dirigente do controle interno, constituem peças hábeis a instruir processos de prestação de contas anuais para julgamento das contas pelo TCU dada a regular condução do processo administrativo de controle interno, o

[347] NOGUEIRA, Alberto, Jr. *Cidadania e o direito de acesso aos documentos administrativos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 372.

qual ocorre em conformidade com princípios e normas gerais aplicáveis ao Direito Processual Administrativo.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho de pesquisa teve como objetivo analisar a aplicabilidade da divulgação, pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) em sua página na *internet*, das peças produzidas para instruir processos de prestação de contas das entidades do Sistema "S" a partir da publicação da Lei de Acesso à Informação (LAI), independentemente de decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) para ratificar os termos nelas contidos.

A pesquisa, realizada com base na legislação, doutrina e jurisprudência sobre controles da gestão pública, também buscou embasamentos na prática processual administrativa, com vistas a examinar possíveis limites ao dever de transparência ativa da CGU considerando o conteúdo de manifestações e recursos administrativos interpostos por entidades do Sistema "S" irresignadas com a divulgação dos resultados de auditorias antes do julgamento das contas, que indicaram o sigilo do inteiro teor de peças da prestação de contas.

Para tanto, no primeiro capítulo foram apresentados os fundamentos constitucionais do direito de acesso a informações produzidas e/ou custodiadas pela Administração Pública. Outrossim, elencou-se o conteúdo de legislações que trataram de diferentes temas de publicidade de atos normativos e administrativos, classificação de documentos quanto ao grau de sigilo, de modo a demonstrar os caminhos percorridos pela transparência pública no Brasil e as estratégias adotadas para fomentar o controle social

O tema controle foi objeto principal da pesquisa apresentada no segundo capítulo, no qual se elencaram as principais características dos controles da Administração Pública, priorizando-se as questões relativas ao Controle Legislativo Financeiro, com o intuito de identificar as competências do TCU e da CGU, sujeitos do processo de prestação de contas.

Por também figurarem como sujeitos da relação processual sob exame, no terceiro capítulo detalharam-se motivos e formas de criação das diferentes entidades do Sistema "S", antes e após a CF/88, para caracterizar a natureza jurídica dessas entidades paraestatais, classificadas como Terceiro Setor. Considerando o objetivo específico de identificar o nexo causal entre o fenômeno da parafiscalidade e a obrigação de prestar contas à sociedade, utilizou-se de disposições e conceitos tributários para tratar da natureza das receitas de contribuição compulsória geridas por essas entidades.

No quarto capítulo, correlacionaram-se os temas pesquisados sobre transparência, controle da gestão pública e natureza do Sistema "S" e estruturou-se a análise: das disposições contidas na LAI sobre a transparência ativa no contexto das prestações de contas do Sistema "S"; das competências do controle interno em face do texto constitucional e do ordenamento jurídico infraconstitucional sobre prestação de contas; e da análise dos ritos para a elaboração e publicação na *internet* dos resultados das avaliações produzidas pelo controle interno (relatório de auditoria, certificado de auditoria e parecer do dirigente do controle interno), diante dos princípios norteadores do processo de controle a cargo da CGU, com processualidades distintas das do TCU.

Em síntese, foi possível concluir pela aplicabilidade da divulgação, na página da CGU na *internet*, dos resultados das avaliações de auditoria no processo de prestação de contas anuais do Sistema "S", inaplicando-se o sigilo a partes ou ao inteiro teor de peças caso não haja previsão legal para tanto. Apreciou-se sobretudo:

- o poder-dever constitucional de a CGU auditar o Sistema "S", dada a natureza tributária e pública das contribuições parafiscais geridas;

- a obrigatoriedade de os responsáveis pela gestão dessas entidades prestarem contas aos órgãos de controle e à sociedade; e

- a autonomia e a independência funcional da CGU para comunicar suas opiniões sobre a regularidade das contas, que se opera com a observância aos princípios do processo administrativo e normas aplicáveis ao processo de contas.

Desenvolveu-se a presente pesquisa com vistas a contribuir para o repertório acadêmico relacionado à atuação do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal (SCI), que ainda conta com poucos trabalhos relacionados a temas de controle da gestão do Sistema "S."

Devido à natureza jurídica privada dessas entidades, não são raros os assuntos considerados polêmicos e controversos que têm potencial para impactar nas atividades de controle estatal. Assim, almeja-se igualmente contribuir para a construção de entendimento que respalde a auditoria governamental e evite a alocação de recursos humanos e materiais em procedimentos reiterados de análise da legalidade da publicação das peças do processo de contas produzidas pela CGU, inclusive com a indicação de acréscimo de dispositivo ao texto da LAI para dirimir questionamentos dessa natureza.

Ressalta-se que a transparência ativa prevista na LAI respaldou a CGU a iniciar o processo de divulgação de peças de prestações de contas do Sistema "S" a partir de 2012, o que significou progresso para a *acountability*. Isso porque se somou a esforços de transparência ativa pública já obrigatória para as demais unidades prestadoras de contas que, desde 2005, diretamente publicam em sítios eletrônicos próprios as peças de suas respectivas prestações de contas.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos; ABRUCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. *A imagem dos Tribunais de Contas subnacionais*. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 56, n 1, jan./mar. 2005. p. 57-83. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/217/222>. Acesso em: 30 mar. 2018.

ATALIBA, Geraldo. *Regime constitucional da parafiscalidade*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 86, p. 16-33, jul. 1966. ISSN 2238-5177.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/29113/27963>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. *TCU: presença na história nacional*. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *A história do Tribunal de Contas da União.* Prêmio Serzedello Corrêa 1988: Monografias Vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

BLIACHRIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Fiscalização Financeira e Orçamentária:* Controle Interno, Controle Externo e Controle Social do Orçamento. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facuri (Coord.). *Orçamento Público e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BORGES, Alice Gonzalez. *Serviços sociais autônomos:* natureza jurídica. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 139 – 153, jun./set. 2010.

BRASIL. *Collecção das Leis do Brazil de 1808*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. p. 29-30. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18319/colleccao_leis_1808_parte1.pdf?sequence=4>. Acesso em 22 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível* em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 23 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 maio 2018.

BRASIL. *Decreto nº 1.081, de 3 de setembro de 1936.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1081-3-setembro-1936-450604-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 23 maio 2018.

BRASIL. *Decreto nº 15.210, de 28 de dezembro de 1921.* Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=428699&id=14424652&idBinario=15800670&mime=application/rtf>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 27.583, de 3 de dezembro 1949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D27583impressao.htm>. Acesso em 23 maio 2018.

BRASIL. *Decreto nº 3.017, de 06 de abril de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3017.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 3.591, de 6 de setembro de 2000.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3591.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 4.304, de 16 de julho de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4304.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 4.584, de 5 de fevereiro de 2003.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4584.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 494, de 10 de fevereiro de 1962*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dcm/dcm494.htm>. Acesso em 20 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 5.352, de 24 de janeiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5352.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 566, de 10 de junho de 199*2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0566.htm>. Acesso em 22 maio 2018.

BRASIL. *Decreto nº 57.375, de 2 de dezembro de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d57375.htm>. Acesso em 20 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 64.136, de 25 de fevereiro de 1969.* Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D64136.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 64.441/1969, de 30 de abril de 1969.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-64441-30-abril-1969-405776-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 64.777, de 03 de julho de 1969.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D64777.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 67.090, de 20 de agosto de 1970*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=489729&id=14315772&idBinario=15669998&mime=application/rtf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 1 abr. 2018

BRASIL. *Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8910.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 84.362, de 31 de dezembro de 1979.* Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-84362-31-dezembro-1979-433708-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 85.234, de 6 de outubro de 1980.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-85234-6-outubro-1980-434645-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 92.452, de 10 de março de 1986*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D92452.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 93.874, de 23 de dezembro de 1986*: Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-93874-23-dezembro-1986-444634-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 99.570, de 9 de outubro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d99570.htm>. Acesso em 16 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0199.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4048.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 579, de 30 de julho de 1938.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-579-30-julho-1938-350919-publicacaooriginal-126972-pe.html>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del9403.htmf>. Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL. Governo Federal. *Acesso à Informação Pública:* Uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL. Governo Federal. *Acesso à Informação*. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/principais-aspectos>. Acesso em 22 maio 2018.

BRASIL. *Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l2613.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.029 de 12 de abril de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8029cons.htm>. Acesso em 23 mar. 2018.

BRITO, Eveline Martins. *A Contribuição do Programa de Governo "Controle Interno, Prevenção e Combate à Corrupção" da CGU no processo de prestação de contas dos administradores públicos federais.* 94 f. Monografia (Pós-Graduação) – Curso de Especialização em Legislativo e Políticas Públicas: Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor: Brasília, 2011. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5584>. Acesso em: 27 mar. 2018.

CABRAL, Eloisa Helena de Souza. *Terceiro Setor:* gestão e controle. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARONE, Edgard. *A Terceira República (1937 – 1945).* 2. ed. São Paulo: DIFEL Difusão Editorial S.A, 1982.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal.* Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. Controle Externo da gestão Pública. A Fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas da União. Teoria, Jurisprudência e Exercícios. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração geral e pública*. 3. ed. Barieri: Manole, 2012. p. 107.

CINTRA, A.C.de A.; GRINOVER, A.P; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COMISSÃO Interamericana DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

COSTA, Nelson Nery. Processo Administrativo e suas espécies. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. *Direito Financeiro – Teoria e Prática:* Planejamento, elaboração, controle e gestão do Orçamento Público, Exercícios e Questões com Respostas. 1. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo, Vol. VI*. Rio – São Paulo: Forense, 1970.

CRUZ, Carlos Eduardo Rodrigues. *Sistema de Controle Interno Integrado da União:* necessidade ou simples obrigatoriedade? 122 f. Monografia (Pós-Graduação) - Escola da AGU, da Advocacia-Geral da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), da Controladoria Geral da União e Instituto Serzedello Corrêa (ISC), do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2009.

DE ALBUQUERQUE, Marlene Alves. *O CI Governamental no Brasil.* Palestra ministrada por Marlene Alves de Albuquerque no Seminário Internacional de Auditoria e Controle Interno na União Europeia e no Brasil, realizado em Brasília em dezembro de 2014. *O CI Governamental no Brasil.* Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/publicacao_seminario-internacional-de-auditoria-e-controle-interno.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

DE CARVALHO, Marcelo Augusto Monteiro. *A Criação do SENAI no Contexto da Era Vargas*. 192 f. Dissertação (Mestrado) –Departamento de História: faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DEMO, Pedro. *Avaliação Qualitativa: Polêmicas do nosso tempo*. 5. ed. São Paulo: Editora Autores Associados, 1995.

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

FARAG, Cláudio. *Roteiro de Direito Financeiro*. 2. ed. Brasília: Fortium: 2005.

FERREIRA, Fabiana Falcoski. *A natureza tributária e as espécies de contribuições especiais.* Boletim Jurídico, Uberaba, a.5, nº 208. Disponível em:

<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1665> Acesso em: 22 mar. 2018.

FICHTER, George André. *O regime Modernizador do Brasil 1964/1972.* Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1974.

FOLHA DE S. PAULO. *Ditadura destruiu mais de 19 mil documentos secretos*. Brasília, 7 set. 2012. Brasil. Disponível: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/07/1113575-ditadura-destruiu-mais-de-19-mil-documentos-secretos.shtml>. Acesso em: 23 maio 2018.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Laurentino. *1808:* como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. 2. ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas.* Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

GUIA GEOGRÁFICO. *História do Brasil*. Disponível em: <http://www.historia-brasil.com/colonia/constituicao-1548.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

LEFEBVRE, Georges. *A Revolução Francesa*. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1966.

LIMA NETO, Ruitá Leite. *O Sistema de Controle Interno no anteprojeto de lei orgânica as Administração Pública Federal: percepção dos servidores da Controladoria-Regional da União no Estado de Pernambuco.* 138 f. Dissertação (Mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas – EBAPE: Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo, Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas.* 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

LIPPERT, Franz August Gernot. *As Contribuições Parafiscais no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 121-126, 1996. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/viewFile/69175/39064>. Acesso em 21 mar. 2018

MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e a Imunidade Tributária*: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELO, Verônica Vaz de. *Tribunal de contas:* história, principais características e importância na proteção do patrimônio público brasileiro. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11198>. Acesso em 22 maio 2018.

MILHOMEM, Ana Léa de Vasconcelos. *As entidades do Sistema "S" (ESS) e a obrigação de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (TCU).* Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Disponível *em:* <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1353/Artigo_Ana%20L%C3%A9a%20de%20Vasconcelos%20Milhomem.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 mar. 2018.

MINIZ, Adir Jaime de Oliveira; FARIA Hermínio Augusto. *Teoria Geral da administração:* noções básicas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho os Tribunais de Contas.* In: SOUZA, Alfredo José de, CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e; FERRAZ, Sérgio; CAMPELO, Valmir. *O Novo Tribunal de Contas:* Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais. Brasília: Editora Fórum, 2003, p. 64.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

NOGUEIRA, Alberto, Jr. *Cidadania e o direito de acesso aos documentos administrativos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. *Legislação. Definições de ONG – OS – OSC – OSCIP*. Disponível em: <http://observatorio3setor.org.br/o-3-setor-2/legislacao/>. Acesso em 16 mar. 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. *Controladoria-Geral da União*: uma Agência Anticorrupção?. Universidade de São Paulo (USP – e-Diciplinas), 2015. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3881752/mod_resource/content/0/Artigo_CGU_Corrupc_a_o_Oliveira_Sousa_Pagani%20%2020%2011%2015.pdf >. Acesso em: 14 mar. 2018.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *Controle Social em rede da administração Pública Virtual*. In: ROVER, José Aires (Org.). *Direito e Informática*. Barueri: Manole, 2004.

PETER, Maria da Glória Arrais. MACHADO, Marcos Vinícius Veras. *Manual de Auditoria Governamental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIGNATATI, DÉCIO. *Informação linguagem comunicação*. 6. ed. São Paulo: Cultrix Ltda., n/d.

PORTA, Marcos. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. *Transparência e accountability no Estado Democrático de direito*: reflexões à luz da Lei de Acesso à Informação. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1, 90-93, nov. 2012.

SANTOS, Paulo Henrique Queiroz P. *Incluir a ABDI e a Apex no Sistema S configura distorção jurídica*. *Revista Consultor Jurídico (Conjur.com.br)*. ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-28/paulo-queiroz-incluir-abdi-apex-sistema-distorcao-juridica#_ftn11>. Acesso em 23 mar. 2018.

SCHWARTZMAN, Simon (Org). *Estado Novo, um Auto-retrato (Arquivo Gustavo Capanema).* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL (SENAC/DN). *Cartilha do Contribuinte Senac.* Rio de Janeiro, 2017. 68 p. Disponível em: <https://www.mg.senac.br/internet/arquivos/cart_contribuinte.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL (SENAI/SP). São Paulo: *Histórico*. Disponível em: <https://bras.sp.senai.br/institucional/1351/0/historico>. Acesso em: 16 mar. 2018.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM RURAL (SENAR). *Arrecadação. Manual de Orientação das Contribuições*. Brasília, 2016. 180 p. Disponível em: <http://www.senar.org.br/sobre-senar/arrecadacao>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE E SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM DO TRANSPORTE (SEST e SENAT). Contribuição Compulsória. *Cartilha Contribuição Legal – Valorize quem Transporta*. Brasília, 2017. 32 p. Disponível em: <http://www.sestsenat.org.br/Paginas/contribuicao-compulsoriaf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito *Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. *O Tribunal de Contas da união na história do Brasil:* evolução histórica, política e administrativa (1890 – 1998). In BRASIL. Tribunal de Contas da União. *A história do Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1988: Monografias Vencedoras*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico Conciso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, G. S; CAVALCANTE FILHO, J. T. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

SILVA. Moacir Marques da. *Controle Externo das Contas Públicas:* O Processo nos Tribunais de Contas do Brasil. São Paulo: Atlas, 2014.

SISTEMA INDUSTRIA. *Aspectos Legais - Contribuição Geral - SENAI.* Disponível em: <https://contribuicao2.sistemaindustria.org.br/SEGR8GRCCp001.ASP?NumSequencia=43>. Acesso em 19 mar. 2018.

SISTEMA INDUSTRIA. *Aspectos Legais - Contribuição Geral - SESI.* Disponível em: <https://contribuicao2.sistemaindustria.org.br/SEGR8GRCCp001.ASP?NumSequencia=45>. Acesso em 19 mar. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio da Publicidade Administrativa*: Direito de Certidão, Vista e Intimação. In: Revista de Direito Administrativo. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas/Ed. Renovar, n. 199, p. 98, 1995 In: COSTA. Nelson Nery. *Processo Administrativo e suas espécies*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1798.* São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/>. Acesso em: 22 maio 2018.

VARELA, Aida. *Informação e construção da cidadania*. Brasília: Thesaurus Editora, 2007.

VASQUES. Lécio José de Oliveira Moraes. *Capacidade tributária Passiva.* Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17025&revista_caderno=26>. Acesso em: 05 abr. 2018.

VICTOR, Fabio. *Cresce a arrecadação do Sistema S que não passa por controle do fisco.* Revista Folha de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1901639-cresce-a-arrecadacao-do-sistema-s-que-nao-passa-por-controle-do-fisco.shtml>. Acesso em: 21 mar. 2018.

XEREZ, Sebastião Regis Dias. *A evolução do orçamento público e seus instrumentos de planejamento.* Semana Acadêmica. Revista Científica. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_regis_1.pdf >. Acesso em: 09 mar. 2018.

O ASSASSINATO DE JOVENS NEGROS NO BRASIL DIANTE DO CRIME DE GENOCÍDIO NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Augusto César dos Santos Sabino

RESUMO

Por intermédio da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Assassinato de jovens elaborada no Senado Federal, foram relatados diversos tipos de violações praticadas contra a população jovem e negra no território brasileiro. Após ficar constatado que, de forma recorrente, um grande número de jovens negros é assassinado discricionariamente por alguns policiais nas comunidades carentes, que utilizam como fundamento para tais atos os "autos de resistência", incidindo na não investigação de aproximadamente 99% desses homicídios, a CPI resolveu adotar o termo "genocídio da população negra" para descrever as ações. O objetivo desta pesquisa consiste em: verificar na legislação penal internacional a definição do crime de genocídio e, ainda, os requisitos necessários para sua caracterização; discorrer de forma breve acerca de quais tribunais internacionais tem competência para julgar o genocídio; e, finalmente, analisar o caso concreto comparado à legislação penal internacional, para verificar se o assassinato de jovens negros no Brasil pode ser considerado como crime de genocídio.

Palavras-chave: Genocídio. Jovens negros. Crime internacional. Tribunal Penal Internacional. Assassinato. Violência. Grupo étnico.

ABSTRACT

Through the Parliamentary Committee of Inquiry (PCI) about the murder of young peoples, drawn up in the Federal Senate, has been reported sundry types of violations practiced against the young and black population on the Brazilian territory. After being verified that, of recurrent form, a big number of black young people's it's discretionarily murdered by some police officers in the poor communities, that use how basis the "autos de Resistencia", resulting in the non-investigation of approximately 99% of these homicides, the CPI decided to adopt the

term "genocide of the black population" to describe the actions. The objective of this research is: to verify in international criminal law the definition of the crime of genocide and also the necessary requirements for its characterization; briefly discuss which international courts have jurisdiction to prosecute genocide; and, finally, to analyze the concrete case compared to the international criminal law, to verify if the murder of young black peoples in Brazil can be considered as crime of genocide.

Keywords: Genocide. Young black people. International crime. International Criminal Court. Murder. Violence. Ethnic group.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa possui como foco principal avaliar condutas de homicídio praticadas no território brasileiro que, ano após ano, vem vitimando milhares de jovens negros. Será avaliada ainda, a legislação penal internacional que define o crime de genocídio, bem como os elementos que são necessários para a caracterização deste crime.

A ideia de defender este tema surgiu com a preocupação de investigar um caso que, num primeiro momento, aparenta estar sendo completamente ignorado pelas autoridades brasileiras. Não é objeto desta pesquisa incitar o ódio ou a revolta contra nenhuma das instituições públicas do país, mas apenas alertar acerca de violações gravíssimas que ocorrem contra uma parte da população por motivo de distinção racial.

Muito embora os delitos comuns que atingem a vida de um indivíduo sejam extremamente graves, os crimes de caráter internacional como o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, demandam uma proteção especial.

Os crimes de caráter internacional não tratam apenas da proteção da vida de um determinado indivíduo, mas referem-se ao ato de proteger à existência de determinados grupos e, portanto, de proteção à humanidade como um todo.

Repreender a prática desses crimes significa prevenir que o ódio e o preconceito contra uma coletividade não gerem a destruição destes grupos

específicos, bem como, visa garantir que estas atitudes não se irradiem, atingindo outros grupos da sociedade.

A proteção contra esses crimes decorre de grandes conquistas na história da humanidade que, após tantos massacres e conflitos entre Estados, evoluíram conceitos e legislações acerca desta temática, visando proteger a humanidade de atos tão desprezíveis como são esses crimes.

Atualmente, em âmbito internacional, o órgão competente para julgar esses crimes é o Tribunal Penal Internacional (TPI), que obteve tal competência com a elaboração do Tratado de Roma, de 1998, que prevê em seu artigo 5º o julgamento pelo TPI dos crimes de: genocídio, de guerra, de agressão e os crimes contra a humanidade.

Portanto, fazer uma análise a partir destes crimes internacionais, além das formas protetivas existentes no ordenamento jurídico brasileiro em âmbito interno, traz uma alternativa para solucionar a questão da violência que vem sendo praticada contra os jovens negros, caso a jurisdição interna não tome qualquer atitude positiva quanto ao tema ou não seja suficiente para cessar as violações.

O assassinato de jovens negros, foi narrado pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Assassinato de Jovens – CPIADJ[1] criada pelo Requerimento nº 115, de 2015, de autoria da Senadora Lídice da Mata (PSB/BA), e teve por relator o senador Lindbergh Farias.

O relatório da CPI apresenta diversos casos de violência contra a população negra no Brasil. Num primeiro momento, conta com testemunhos de mães de vítimas de atos violentos praticados por alguns agentes da polícia, que assassinam centenas de jovens por ano há mais de vinte anos no país.

[1] BRASIL. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens*: relatório final. Relator: Senador Lindbergh Farias. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 30 mar. 2018.

A Comissão relata que estes homicídios praticados por agentes do Estado deixam de ser investigados com fundamento nos chamados “autos de resistência”, que tornam as execuções atos discricionários por parte de alguns policiais que agem contra a lei.

Outro fator apresentado na CPI, demonstra a participação do Estado brasileiro no processo de formação das favelas, por motivos de discriminação racial. O relatório aponta que a população negra do Rio de Janeiro, especificamente, teria sido conduzida para os morros, sendo afastada das capitais e que a ausência da prestação de serviços essenciais como saúde, educação e segurança nessas regiões contribuiu para o aumento da violência.

Durante a produção do relatório, a Comissão decidiu adotar o termo “genocídio da população negra” para definir as condutas praticadas contra os jovens negros, que representam cerca de 70% das vítimas dos homicídios praticados por agentes do Estado.

Sendo assim, o objetivo da pesquisa consiste em adequar as situações apresentadas no caso narrado pelo relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Assassinato de Jovens à legislação penal internacional que define o crime de genocídio e estabelece parâmetros para sua caracterização. São elas: a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 e o Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional como órgão permanente com competência para julgar crimes internacionais e, dentre eles, o genocídio.

A finalidade da avaliação e adequação das condutas do caso concreto com a legislação internacional acerca do crime de genocídio visa verificar se existe de fato a possibilidade de o assassinato de jovens negros no Brasil ser caracterizado como genocídio.

2 O CRIME DE GENOCÍDIO EM SEUS ASPECTOS ESSENCIAIS

2.1 Definição e evolução do genocídio como crime internacional

Genocídio é uma palavra que gera um certo desconforto aos seus ouvintes, em qualquer lugar em que se encontrem. Na verdade, o seu sufixo (*cídio*), expresso em qualquer palavra gera esse sentimento. Ele nos lembra do que há de pior dentre os atos contra a humanidade, além de nos remeter a uma situação onde determinado povo ou pessoa se sente superior a outro povo.

E foi com a intenção de gerar esse desconforto que o termo foi pensado, para regular, não práticas novas, mas atos que vinham sendo praticados na vigência do governo nazista e que, sem qualquer dúvida, ocorreram durante toda a evolução da sociedade global.

O termo genocídio caracterizado como crime internacional é muito recente, e foi criado para demonstrar a gravidade dos atos que aconteciam na época, destacando a necessidade de prevenir sua prática. A elaboração do termo ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial pelo advogado polonês Raphael Lemkin, visando descrever os atos praticados pelo governo nazista que estaria dizimando grupos da população por eles considerados "não puros" ou "indignos" como judeus, negros, deficientes físicos, ciganas, dentre outros.

A definição trazida por Lemkin une os termos *geno* (do grego, raça ou tribo) e *cide* (do latim, matar) e, em sua primeira abordagem, genocídio seria entendido como "o conjunto de ações destinadas à destruição das bases essenciais para a vida de um grupo, orientadas por um plano de aniquilamento desse grupo"[2].

Os massacres ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, empunha aos Estados o dever de proteger direitos inerentes à humanidade, e o genocídio se revelava uma das piores formas de violação desses direitos. Sua prática estava

[2] LEMKIN, Raphael. *Axis rule in occupied* Europe: laws of occupation – analysis of government: Proposals for redress. Washington, D.C.: Carnegie endowment for international peace, 1944. p. 79 *apud* CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 329.

voltada ao extermínio de um grupo específico em prol da supremacia de um outro grupo que se entendia superior. Nesse sentido, havia preocupação de que o fenômeno se estendesse em todo o globo, como forma de uniformizar a humanidade em detrimento de etnias e culturas diferentes.

Dessa forma, a comunidade internacional percebe que estava sendo ameaçada por atos extremamente graves, que ofendiam a própria existência humana, por um crime que ainda não estava previsto em uma legislação preventiva e punitiva que resguardasse as nações contra essa situação.

Nesse ponto, o *lobby* praticado por Lemkin perante líderes internacionais contribuiu de forma significativa para a criação da Convenção de Prevenção e Punição de Crimes de Genocídio atual, em 11 de dezembro de 1948 pelas Nações Unidas. A Convenção adotou a definição de genocídio, em seu artigo II, que permanece até hoje sem alteração, nos seguintes termos:

> Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
>
> a) matar membros do grupo;
>
> b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
>
> c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
>
> d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
>
> e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.[3]

Em que pese a Convenção contra o Genocídio tenha sido criada em 1948, tendo como uma das maiores motivações o holocausto nazista, só foi proferida uma

[3] BRASIL. *Decreto n. 30.822, de 06 de maio de 1952*. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1952. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 mar. 2018.

decisão com condenação pela prática do genocídio em 1998, pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ao julgar o caso *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*[4], que apurou a prática de genocídio contra os grupos étnicos Tútsis e Hutus.

A Convenção do Genocídio foi ratificada pelo Estado brasileiro e promulgada no Decreto n. 30.822 de 1952, pelo então presidente Getúlio Vargas. Mais adiante, em 1956, foi promulgada a Lei n. 2.889, que além da definição trouxe a forma como deve ser punido o crime de genocídio no Brasil. Em período mais recente, o parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.072, de 1990, incluiu o crime de genocídio, tentado ou consumado, no rol de crimes hediondos.

Um problema que não foi resolvido pela Convenção do Genocídio consiste no fato dela não estabelecer um órgão internacional para julgamento do crime, pois, ela apenas obriga os Estados-Membros a tomarem as medidas necessárias à prevenção e punição dos atos por ela tipificados. Isso causou dificuldade, principalmente na parte da competência ser atribuída ao Estado onde ocorreu a infração, o que possibilitava que determinados casos ficassem impunes a depender dos interesses dos governantes, como destaca José Cretella Neto:

> O Artigo V meramente obriga os Estados-Partes a criar legislação "de acordo com as respectivas Constituições", de modo a tornar efetivos seus dispositivos e estipular penas apropriadas para os criminosos. Pior de tudo: a Convenção não acolhe o princípio da jurisdição universal, como é o caso da pirataria *ius gentium*. De acordo com o artigo VI, são os Estados nos territórios dos quais o genocídio foi cometido aqueles competentes para processar e julgar os perpetradores, o que claramente leva à impunidade, pois com grande frequência o genocídio é cometido por funcionários do governo em nome e com a conivência do Estado.[5]

Contudo, o artigo VI da Convenção sugere a possibilidade de existência de uma Corte Penal Internacional ao afirmar que "serão julgadas pelos tribunais

[4] RWANDA. International Criminal Tribunal for Rwanda. Case n. ICTR-94-4-T. *Prosecutor vs. Akayesu*. Arusha, 2 September 1998. Disponível em: <http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/pdf/AKAYESU%20-%20JUDGEMENT.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

[5] CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Unijuí, 2008 p. 333.

competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição"[6].

Na época em que a Convenção foi criada, os julgamentos referentes a crimes internacionais eram realizados por tribunais *ad hoc*, estabelecidos temporariamente e após o fato delituoso, para atuar especificamente naquele caso sob análise[7].

Pouco mais tarde, foi criado por meio do Estatuto de Roma o Tribunal Penal Internacional – TPI, com caráter permanente, para julgar atos de Genocídio, Crimes contra a Humanidade, Crimes de Guerra e os Crimes de Agressão. O Estatuto de Roma traz, além das definições dos crimes, a forma como devem ser realizados os procedimentos de investigação e julgamento e questões acerca da administração do Tribunal.

Entretanto, o TPI atua conforme o princípio da complementaridade. Isso significa que os Estados membros são, em primeiro momento, os responsáveis por julgar os delitos previstos no Estatuto de Roma, mas caso esse julgamento não ocorra, ou por alguma incapacidade do Estado, seja econômica ou de estruturação, ou ainda, que não ocorra julgamento, motivado por interesses políticos internos, o caso será submetido a julgamento pelo Tribunal Penal Internacional a fim de que os atos criminosos não fiquem impunes.

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma com a Elaboração do Decreto n. 4.388/2002, acolhendo as disposições do Estatuto e sujeitando-se a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nos termos do § 4º do art. 5º da Constituição Federal:

[6] BRASIL. *Decreto n. 30.822, de 06 de maio de 1952*. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1952. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 mar. 2018.

[7] CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 174-182.

"O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão"[8]

2.2 Caracterização do genocídio

Muito se fala sobre ser o genocídio um dos crimes mais graves contra a humanidade, sendo reconhecido como um risco a todos os povos e nações e, portanto, deve ser, não apenas punido, mas evitado. Mas como se caracteriza um genocídio?

É importante dizer que, tanto o Estatuto de Roma quanto a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, trazem a mesma definição de genocídio, além dos mesmos requisitos para que ele seja caracterizado. A diferença é que o Estatuto de Roma cria outros elementos por meio de um documento autônomo denominado "*Elementos dos Crimes*", que expressam a intenção de cada elemento caracterizador elencado na definição trazida no Estatuto.

O primeiro ponto a ser destacado é o que está previsto no Artigo I da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio: "o genocídio quer cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional"[9]. Dessa disposição, fica expresso que, para caracterizar-se o crime de genocídio não há necessidade de existência de conflito armado, como acontecia anteriormente com relação aos crimes contra a humanidade e que, após a elaboração do Estatuto de Roma também deixaram de exigir que haja conflito armado para ser configurado. Nesse sentido, aponta William Schabas:

> Que esse nexo com crimes contra a humanidade não mais existe é bem estabelecido atualmente. A falta de qualquer

[8] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 30 mar. 2018.

[9] BRASIL. *Decreto n. 30.822, de 06 de maio de 1952*. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1952. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 mar. 2018.

> referência a conflito armado tanto no artigo 6º quanto no artigo 7º do Estatuto de Roma confirma o fato de que ambas as categorias de crimes internacionais podem ser cometidas em tempos de paz[10]

O crime de genocídio, contempla elementos objetivos e subjetivos. Os elementos objetivos do genocídio são os atos materiais, por meio dos quais se pode configurar o delito, desde que presentes os elementos subjetivos. São os atos descritos na definição do genocídio, nos parágrafos do artigo 6º do Estatuto, quais sejam, homicídio, ofensas física ou mental graves, sujeição a condições de vida, medidas que impeçam nascimentos e transferência forçada de crianças de um grupo para outro. Já os elementos subjetivos merecem maior atenção, pois, se referem à intenção do agente do crime, como veremos no tópico seguinte.

2.3 Elemento subjetivo

Merece destaque na configuração de genocídio o elemento subjetivo ou, como estabelece a doutrina, a *mens rea*. Os elementos subjetivos foram previstos, inicialmente, no artigo II da Convenção contra o Genocídio e foram reafirmados no artigo 6º do Estatuto de Roma. Trata-se, em princípio, da "intenção" do agente de causar a destruição de determinado grupo protegido. Nestes termos, estabelece o Estatuto de Roma:

> Artigo 6º
>
> Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:[11]

No mesmo sentido, o artigo 30 do Estatuto, ao mencionar os elementos psicológicos dos crimes de competência do TPI afirma que "nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a

[10] SCHABAS, William. *Artigo 6:* genocídio. *In*. STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coords.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, CEDIN, Del Rey, 2016. p. 143.

[11] BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais"[12].

Quanto a essa disposição do artigo 30, pode-se perceber que não basta apenas que o autor tenha intenção de praticar a destruição do grupo, mas deve também ter conhecimento de que os atos que ele estaria praticando poderiam causar essa destruição, além de intenção de praticar os atos que constituem os elementos materiais do crime, que a doutrina identifica como *actus reus*.

Nesse sentido, os parágrafos 1º e 2º do Estatuto de Roma discorrem acerca do que poderá ser considerada uma ação intencional e como será identificado o 'conhecimento' por parte do autor da ação, respectivamente:

> 2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem:
>
> a) relativamente a uma conduta, se propuser adotá-la;
>
> b) relativamente a um efeito do crime, se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos.
>
> 3. Nos termos do presente artigo, entende-se por "conhecimento" a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões "ter conhecimento" e "com conhecimento" deverão ser entendidas em conformidade.[13]

Como se pode notar, o crime de genocídio traz em sua definição uma série de atos que, na realidade, consistem em "meios" de alcançar-se o objetivo principal, que é a destruição do grupo protegido. Contudo, cada um desses atos, vistos sem a "intenção de destruir" constituiriam espécie diversa de crimes, não se confundindo com o genocídio. A realização, ainda que tentada, da prática desses atos "com a motivação de destruir" os grupos nacional, étnico, racial ou religioso é o que configura o genocídio.

---

[12] *Ibidem.*

[13] BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.* Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

2.4 Grupos protegidos

Não há como haver a caracterização do genocídio sem que saibamos quais são os grupos protegidos. Ora, como já foi aludido diversas vezes até aqui, serão atos de genocídio aqueles que sejam cometidos na intenção de atingir grupos "nacionais, étnicos, raciais e religiosos". Mas a definição de cada um desses grupos é fundamental para que seja possível embasar uma afirmação acerca de um ato ser ou não genocida.

Ao observar as definições de *grupo racial* e *grupo* étnico, verificamos que estes se diferem na forma de inclusão do indivíduo no grupo. Enquanto que nos grupos raciais a inclusão se dá por questões de diferenças físicas e biológicas, nos grupos étnicos essa inclusão é gerada por diferenças culturais que são ensinadas aos membros do grupo[14]. Outro ponto importante é trazido para distingui-los, *in verbis*:

> as raças são grupos bem mais amplos e os grupos étnicos implicam diferenças sutis de comportamento, de forma que dentro de qualquer uma das principais raças ou sub-raças do mundo pode haver grande número de diferenças étnicas internas[15].

Acerca da distinção de raça, houve uma discussão relevante que chegou ao Supremo Tribunal Federal em 2004, por meio do HC 82.424/RS da relatoria do Ministro Moreira Alves, onde firmou-se a tese de que não existem subdivisões de raça dentre os seres humanos, sendo todos pertencentes a mesma raça, a raça humana, conforme trecho da ementa, *in verbis*:

> [...] 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

[14] OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *et. al*. (eds.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. p. 282.
[15] OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *et. al*. (eds.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. p. 282.

> 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. [...][16]

Quanto ao grupo nacional, trata-se da coletividade de indivíduos que possuem uma nacionalidade. A nacionalidade, por sua vez, como destaca Francisco Rezek, "é um vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado"[17].

Os grupos religiosos, por sua vez, são aqueles em que seus integrantes mantém uma crença religiosa em comum. Nesse sentido, a Divisão de Estatísticas das Nações Unidas traz a seguinte definição:

> For census purposes, religion may be defined as either:
>
> (a) religious or spiritual belief of preference, regardless of whether or not this belief is represented by an organized group, or;
>
> (b) affiliation with an organized group having specific religious or spiritual tenets.[18]
>
> (…)
>
> Para fins de conceituação, religião pode ser definida como:
>
> (a) grupo religioso ou espiritual de preferência, independentemente dessa crença estar ou não representada por um grupo organizado, ou;
>
> (b) afiliação com um grupo organizado que possua especificamente princípios religiosos ou espirituais **(tradução livre)**.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 82.424/RS*. Publicação de livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Moreira Alves, Relator(a) p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alopvft>. Acesso em: 30 mar. 2018.

[17] REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*.13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 212.

[18] UNITED NATIONS. *Concepts and definitions*: Religion. Disponível em: <https://unstats.un.org/unsd/demographic/sconcerns/popchar/popcharmethods.htm#J>. Acesso em: 21 mar. 2018.

2.5 Elementos dos crimes

Os chamados Elementos dos Crimes tratam-se de um documento autônomo criado pelo Tribunal Penal Internacional posteriormente à criação do Estatuto de Roma para complementar o seu texto, em obediência ao artigo 9° do Estatuto, formando o documento PCNICC/2000/INF/3/Add.2[19], que traz os elementos específicos de cada um dos crimes de competência do Tribunal.

No projeto dos Elementos dos Crimes, a introdução referente ao genocídio traz uma observação importante, no sentido de que, apesar do Estatuto exigir que o agente tenha intenção de praticar o genocídio e conhecimento das circunstâncias que serão geradas pela prática dos atos materiais, a necessidade de um elemento intencional poderá ser avaliada "caso a caso" pelo Tribunal[20].

William Schabas afirma que, a depender da situação, outros elementos podem ser usados para verificar se o ato é ou não genocida, como ocorre no caso de um Estado ter uma política ou uma ideologia que busque praticar a destruição de um dos grupos protegidos, onde seria mais útil verificar se o agente subordinado ao Estado teria "conhecimento" dessa política.

> Uma ênfase em 'intenção específica' é completamente apropriada onde a abordagem geral ao crime contempla um indivíduo que possa estar agindo sozinho, e que possa visar a vítimas isoladas, na falta de um plano ou política. Entretanto, a relevância da intenção específica diminui dramaticamente quando o crime de genocídio é atribuível ao Estado ou entidade similar. Nesses casos, é geralmente mais produtivo procurar por manifestações de um plano ou política ao invés de focar-se na intenção dos indivíduos. Em tais circunstâncias, a questão mais significativa é a de saber se o transgressor tinha conhecimento do plano ou política, e não se o indivíduo tinha a intenção de cometer genocídio. A confiança no elemento contextual estabelecido nos Elementos dos Crimes foca o

[19] UNITED NATIONS. *Report of the preparatory commission for the International Criminal Court*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/724/27/PDF/N0072427.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 mar. 2018.

[20] ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel; PATRÍCIO, Rui. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e textos complementares*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 119.

> debate sobre o elemento subjetivo do autor no conhecimento, mais do que na intenção.[21]

Outros pontos relevantes também são apontados pelos Elementos dos Crimes em relação ao crime de genocídio. O documento traz elementos referentes a todos os cinco atos descritos no artigo 6º do Estatuto de Roma.

A primeira disposição acerca de cada um dos atos por meio dos quais o genocídio pode ser praticado faz referência ao número de pessoas contra quem o crime é praticado, deixando expresso que, seja qual for o ato, pode ser praticado contra "uma ou mais pessoas".

Nesse ponto, em alguns julgamentos internacionais, especificamente com referência ao genocídio praticado por meio de homicídio de membros do grupo, houve debate sobre o significado do termo "matar", devido a diferenças de significado do termo nas línguas inglesa e francesa, ficando estabelecido que se enquadra na descrição tanto o termo "matar" quanto "causar a morte", desde que cometidos intencionalmente, como descreveu William Schabas:

> No julgamento *Akayesu*, a Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda concluiu que o termo 'matar' era muito geral, pois poderia incluir homicídio involuntário, bem como uma matança intencional. Notou que o termo francês *meurtre* é mais preciso, e optou por este. Mas em *Kayishema* e *Ruzindana*, outra Câmara de Julgamento afirmou que havia "virtualmente nenhuma diferença entre o termo *killing* [matar] na versão em inglês e *meurtre* na versão francesa". Essa visão foi mantida na apelação, com a Câmara de Apelações tomando nota de "que se a palavra 'virtualmente' é interpretada de maneira a sugerir diferença, mesmo que mínima, entre os dois termos, compreender-se-ia ambas como referentes ao assassinato intencional, mesmo que não necessariamente premeditado, sendo esse, nessa visão, o significado a ser atribuído à palavra *meurtre*".[22]

[21] SCHABAS, William. *Artigo 6: genocídio*. *In*. STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coords.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, CEDIN, Del Rey, 2016. p. 144.

[22] SCHABAS, William. *Artigo 6: genocídio*. *In*. STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coords.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, CEDIN, Del Rey, 2016. p. 154.

Em segundo lugar, o texto dos Elementos aponta que a (s) vítima (s) deve "pertencer a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso". No terceiro ponto, o texto dos elementos volta a se referir à "intenção de destruir, total ou parcialmente" o grupo enquanto tal.

Considera-se importante destacar que não é necessário que o indivíduo almeje destruir o grupo inteiro e nem que se concretize essa destruição na medida em que planejada, logo, poderá ser caracterizado o genocídio ainda que o indivíduo tenha a intenção de destruir apenas parte do grupo e mesmo que cometa algum dos atos tipificados contra apenas um membro desse grupo.[23]

O último elemento em comum entre os atos afirma: "*The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction*"[24](A conduta ocorreu no contexto de um padrão manifesto ou conduta similar direcionada contra aquele grupo ou a conduta por si só poderia causar tal destruição). Os termos "*in the context of*" (no contexto de) e "*manifest*" (manifesto) foram destacados na introdução dos Elementos referentes ao genocídio, ficando estabelecido que "no contexto de" inclui também os atos iniciais, ou seja, os atos preparatórios, e que "o termo 'manifesto' é uma qualificação objetiva"[25].

Com referência ao genocídio por meio de "infligir condições de vida", "imposição de medidas para impedir nascimentos" e "transferência forçada de crianças", o documento aponta elementos específicos para que sejam definidos como elementos caracterizadores do genocídio, não sendo suficientes apenas a prática desses atos de forma isolada.

[23] SCHABAS, William. *Artigo 6:* genocídio. *In*. STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coords.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, CEDIN, Del Rey, 2016. p. 148-150.
[24] ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel; PATRÍCIO, Rui. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e textos complementares*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 182.
[25] *Ibidem*. p. 181.

As “condições de vida infligidas” a que o elemento faz referência devem ter a intenção de causar a destruição física do grupo. Quanto a essa parte, o documento afirma que o termo “pode incluir privação de recursos indispensáveis para a sobrevivência, tal como comida ou serviços médicos, ou expulsão sistemática das casas”[26], em outras palavras, são condições de vida precárias que aos poucos tornarão impossível a existência do grupo.

As medidas destinadas a impedir nascimentos consideram-se as realizadas contra pessoas pertencentes ao grupo protegido, resultando que, conforme ocorra o envelhecimento de sua população, sem que sejam gerados novos membros, haja a extinção desse grupo.

No tocante ao último ato previsto no artigo 6º do Estatuto de Roma, o da “transferência de crianças à força” o documento destaca, além dos elementos previstos em comum aos demais atos, outros quatro elementos específicos. O primeiro deles, adicionado em nota de rodapé com referência ao parágrafo 1º, destaca uma série de disposições acerca do que poderia caracterizar o termo “à força”, no sentido de que:

> A expressão “à força” não se restringe à força física, mas pode incluir ameaça de uso da força ou coação, tal como aquela causada pelo medo de violência, intimidação, detenção, pressão psicológica ou abuso de poder, contra essa ou essas pessoas ou contra outrem ou aproveitando as consequências da coação.[27]

O segundo elemento específico desse ato, diz que a transferência de crianças se dá de um “grupo para outro”. No elemento seguinte, fica estabelecido que o termo “criança” diz respeito às pessoas com menos de dezoito anos.

Por fim, quanto ao quarto elemento, a comissão volta a fazer menção ao elemento subjetivo da consciência do acusado, estabelecendo que a conduta será

[26] ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel; PATRÍCIO, Rui. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e textos complementares*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 183.
[27] ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel; PATRÍCIO, Rui. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e textos complementares*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 183.

caracterizada quando "o autor sabia ou deveria saber que a vítima possuía idade inferior a 18 anos"[28].

Os apontamentos demonstrados com relação a esse rol de requisitos subjetivos serão observados pelo Tribunal ao analisar o caso, a depender de sua complexidade, das alegações e das provas que forem produzidas no decorrer do processo. Como estabelece o artigo 9º do Estatuto de Roma, os Elementos Constitutivos dos Crimes devem servir de auxílio à interpretação pelo Tribunal.

2.6 Bem jurídico tutelado

Acerca do bem jurídico protegido pela legislação do genocídio, surgiram algumas dúvidas a respeito, no decorrer de sua vigência. Isso ocorre, pois, o genocídio possui elementos materiais que, isoladamente, já constituem crime, como o homicídio de membros do grupo, por exemplo. Esse ponto foi debatido, inclusive, nos Tribunais Superiores brasileiros, onde buscava-se identificar qual seria de fato a tutela do genocídio, a vida de um ou mais de um indivíduo, caracterizando-se assim uma espécie de crime doloso contra a vida, ou se seria uma nova espécie de proteção.

Merece menção o julgado do Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no RE 351.487-3/RR/2006[29], que teve por relator o Ministro Cezar Peluso. O debate buscava saber se o crime de genocídio deveria ser julgado pelo Tribunal do Júri ou pela Justiça Federal.

Os réus haviam sido condenados em juízo federal monocrático, pela prática de genocídio com base no artigo 1ª, *a*, da Lei n. 2.889/56 e artigo 2º da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio em concurso material com crimes

[28] *Ibidem*. p. 184.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 351487/RR*. Tribunal Pleno. Recorrente: João Pereira de Morias, Ministério Público Federal e Outros. Recorrido: Os Mesmos. Relator (a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de agosto de 2006. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+351487%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+351487%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atf2yq8>. Acesso em: 31 mar. 2018.

de “lavra garimpeira, dano qualificado, ocultação de cadáver, contrabando e formação de quadrilha”.

O genocídio ficou caracterizado por meio do assassinato de doze membros de um grupo indígena, sendo esse o motivo do debate. Na ocasião, a defesa alegava que, como a questão envolvia homicídio, o genocídio tratava-se de crime doloso contra a vida, devendo ser julgado pelo Tribunal do Júri.

O STF, por sua vez, nos termos do voto do relator do caso, estabeleceu que o genocídio seria uma espécie de crime distinta do homicídio, não caracterizando crime doloso contra a vida. Para o relator, Min. Cezar Peluso, o crime de genocídio é delito de caráter coletivo ou transindividual, não sendo praticado apenas contra a vida de um indivíduo, mas contra a existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, logo, contra a “diversidade humana”. Nesse sentido, o relator estabeleceu que os homicídios praticados nesse contexto, eram apenas meios de efetivar o genocídio, que, por sua vez, seria a real intenção dos acusados.

Na ocasião, discutiu-se sobre se a sanção imposta pela prática do genocídio poderia obstar a condenação pelos atos intermediários do crime, como os homicídios, a transferência forçada de crianças para outro grupo, impedimento de reprodução, condições de vida desfavoráveis ou ofensas à integridade física ou mental. Neste caso, o genocídio se tornaria um benefício ao réu, pois, a condenação pelos atos poderia gerar penas maiores que a pena prevista para o genocídio, de 12 a 30 anos.

Entretanto, a Corte se limitou a negar provimento ao recurso da defesa, que pedia o declínio da competência para o tribunal do júri da justiça comum. Ao entender que o genocídio em si não caracteriza crime doloso contra a vida, o STF, por maioria, determinou a competência da justiça federal para julgar o delito, mas ressaltou que, como no caso específico o genocídio foi praticado também pela morte dos indivíduos do grupo, deveria ser julgado pelo tribunal do júri da justiça federal.

O genocídio, como foi constatado, é um dos crimes mais graves e cruéis já existentes, e atinge não apenas um indivíduo ou grupo, mas a humanidade em si. A realização de genocídios é a difusão da intolerância contra as diferenças existentes entre os grupos sociais.

Quando o termo foi criado, não visava proteger apenas judeus, mas todos aqueles que pertenciam a certo grupo. O nazismo de Hitler, massacrou também negros, deficientes físicos, ciganas e homossexuais, e isso poderia chegar muito além se não tivesse cessado.[30]

Uma última observação se impõe, a respeito do objeto do crime de genocídio. Não se caracteriza genocídio a prática dos atos elencados no artigo 6º do Estatuto de Roma, quando contra grupos políticos e econômicos. Isso se justifica no fato de que esses grupos não são permanentes, sendo que seus membros escolhem aderir ao grupo ou não. Contudo, William Schabas destaca os entendimentos mais recentes em investigações internacionais de genocídio, no sentido de que tais critérios tendem a se tornar subjetivos devido à evolução social[31].

2.7 Responsabilização pessoal

Outro fator importante a ser observado é o da responsabilidade criminal individual prevista no artigo 25 do Estatuto de Roma. O referido artigo traz várias disposições pertinentes, que merecem ser avaliadas.

No primeiro parágrafo o Estatuto dispõe: "De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas"[32], e ainda, no parágrafo 4º: "O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o

[30] ALMOND, Mark. *O livro de ouro das revoluções*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003. p. 25.
[31] SCHABAS, William. *Artigo 6:* genocídio. *In*. STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coords.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, CEDIN, Del Rey, 2016. p. 151-152.
[32] BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002. Art. 25, par. 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

direito internacional"[33]. Em resumo, observando essas disposições, podemos concluir que o TPI não julga os Estados, apenas os indivíduos que praticaram os atos criminosos.

Em complemento a isso, representantes do Estado, na qualidade de oficiais, ou ainda, servidores, não terão privilégios de julgamento ou de redução da pena, como prevê o artigo 27 do Estatuto:

> 1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.
>
> 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.[34]

Nesse caso, os governantes que forem acusados da prática de genocídio, deverão ser julgados na qualidade de pessoa física, sem as prerrogativas inerentes à sua função.

Os demais parágrafos do artigo 25 estabelecem outras formas de imputar-se uma conduta a determinado indivíduo. O texto do Estatuto estabelece que o crime pode ser consumado ou tentado, praticado individualmente ou em conjunto, por colaboração ou fornecimento de meios para prática e, também, quando o indivíduo contribuir intencionalmente para que um grupo pratique o crime.

No que diz respeito aos chefes militares ou superiores hierárquicos, também serão responsabilizados pelo crime de genocídio praticado por seus subordinados, nos termos do artigo 28 do Estatuto de Roma, quando emitirem a ordem para a prática do ato delituoso, quando tiverem conhecimento da prática do crime e se

[33] *Ibidem*. art. 25, par. 4º.
[34] BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002. art. 27. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

mantiverem inertes, não denunciando ou não impedindo a ação delituosa, quando tiverem tal competência ou, ainda, quando tiverem razões para saber que os atos estão ocorrendo. Nesse sentido, se manifestou William Schabas:

> De acordo com o artigo 28 do Estatuto de Roma, o genocídio pode ser cometido por um comandante militar ou superior civil que sabia ou deveria saber que os subordinados estavam cometendo ou prestes a cometer tal crime. Isso sugere que é possível participar do cometimento de genocídio mesmo sem conhecimento real de que o crime está sendo cometido.[35]

Dessa forma, qualquer indivíduo que cometa os atos elencados no artigo 6º do Estatuto de Roma, com a intenção de destruir algum dos grupos protegidos, parcial ou totalmente, ou ainda, no caso dos oficiais, que ordene, tenha conhecimento ou que, devido à sua função, deveria saber da prática do delito por algum de seus subordinados, será responsabilizado individualmente pela pratica do genocídio.

2.8 A possibilidade de responsabilização do Estado

Observamos até aqui a responsabilidade individual do agente pela prática do crime de genocídio nos termos em que prevê o Estatuto de Roma, perante o Tribunal Penal Internacional. Mas seria possível a responsabilização de um Estado pela prática de genocídio perante outras Cortes de direito internacional?

A Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio estabelece a obrigação dos Estados-Membros de definir em suas legislações internas o genocídio, bem como de estabelecer medidas com o objetivo de fiscalizar e evitar que o crime aconteça. A Convenção traz em seu artigo V:

> As Partes Contratantes assumem o compromisso de tomar, de acordo com suas respectivas constituições as medidas legislativas necessárias a assegurar as aplicações das disposições da presente Convenção, e, sobretudo a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de

[35] SCHABAS, William. *Artigo 6:* genocídio. *In*. STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coords.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, CEDIN, Del Rey, 2016. p. 159.

> genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III[36]

Dessa forma o Estado está obrigado a criar mecanismos que evitem a prática do crime de genocídio. A competência para avaliar o descumprimento aos tratados e convenções internacionais está prevista no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 36. Nesse sentido:

> 1. A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.
>
> 2. Os Estados, partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordos especiais, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto:
>
> a) a interpretação de um tratado;
>
> b) qualquer ponto de direito internacional;
>
> c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional;
>
> d) a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.[37]

Entretanto, esta previsão só se aplica em conflitos entre Estados, quando um deles denunciar o outro pelo descumprimento de algum tratado, acordo ou convenção internacional. No caso do genocídio em especifico, para que fosse possível tal situação, seria necessário que o crime houvesse sido praticado contra os nacionais de outro Estado no território deste, ou contra esses nacionais enquanto estivessem em território diverso.

---

[36] BRASIL. *Decreto n. 30.822, de 06 de maio de 1952*. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1952. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 mar. 2018.

[37] BRASIL. *Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Houve até hoje um único caso como este levado a julgamento pela Corte Internacional de Justiça, na tentativa de responsabilização de um Estado pelo crime de genocídio. O conflito envolvia a Bósnia-Herzegovina e a Sérvia, onde nacionalistas sérvios na Bósnia sob o comando de Radovan Karadzic tentaram exterminar os muçulmanos e croatas da Bósnia.[38]

Todavia, embora o julgamento tenha reconhecido que houve a prática do genocídio, unicamente quanto aos massacres ocorridos em Srebrenica, não atribuiu a conduta à Sérvia, por considerar que, nesta parte, não havia indícios suficientes para tanto. Dessa forma, a condenação da Sérvia ficou restrita ao fato de que falhou na tentativa de evitar a prática das atrocidades e por não ter contribuído com a prisão do perpetrador.[39]

3 O ASSASSINATO DE JOVENS NEGROS NO BRASIL: UM CASO DE GENOCÍDIO?

Neste capítulo, será realizada a análise do caso concreto em contraponto aos estudos apresentados no capítulo anterior, no intuito de verificar se há a possibilidade de enquadramento das situações narradas como sendo uma hipótese do crime de genocídio.

3.1 Os fatos

A questão envolvendo o assassinato dos jovens negros do Brasil teve por base a denúncia realizada pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Assassinato de Jovens – CPIADJ[40] criada pelo Requerimento nº 115, de 2015, de autoria da Senadora Lídice da Mata (PSB/BA), que teve por relator o senador Lindbergh Farias.

[38] CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 232.
[39] *Ibidem.* p. 232.
[40] BRASIL. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens*: relatório final. Relator: Senador Lindbergh Farias. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 30 mar. 2018.

A Comissão se dedicou a realizar a investigação sobre a proporção, as causas e os responsáveis pelas mortes dos jovens brasileiros, com o intuito de identificar com precisão a situação atual da sociedade no Brasil, para tornar-se possível desenvolver uma forma de prevenir e combater tais atos.

De acordo com os dados apontados pela comissão, há três décadas repete-se um número de aproximadamente 56 mil mortes decorrentes de assassinato por ano no Brasil, um índice que a Organização das Nações Unidas – ONU considera gravíssimo. Dentre essas mortes, o relatório da CPI afirma que "53% das vítimas são jovens e que dentre esses jovens, 93% são do sexo masculino, onde 77% são negros ou pardos"[41].

A comissão considerou que esses índices de homicídios dolosos estão concentrados em uma parcela da sociedade que é mais pobre e, em sua maioria, representada por negros. A investigação da CPI delimitou-se à análise dos homicídios de jovens entre 12 e 29 anos de idade e os dados foram exigidos aos Governos Estaduais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

3.1.1 Homicídios decorrentes de ação policial

Um importante aspecto que foi analisado pela comissão, foi o envolvimento dos órgãos de Segurança Pública no assassinato de jovens. Nesse contexto, buscou-se identificar o perfil das vítimas e os procedimentos de investigação adotados para averiguar essas execuções, bem como, verificar casos onde há a utilização do argumento de "autos de resistência" para arquivar tais acontecimentos, em que os homicídios dolosos se deram por meio da ação policial.

A justificativa apresentada pelo relatório se baseia na existência de um racismo institucional, decorrente do processo de formação do Estado brasileiro, disfarçado, desmentido e omitido pelos representantes do Brasil ao longo de sua história. Acerca da questão, destacou:

[41] *Ibidem*, p. 4.

> "o debate sobre a questão racial mantém-se em grande medida interditado nos principais fóruns de discussão do país. A negação da existência do racismo ou, quando muito, a mitigação de seus efeitos são partes do discurso hegemônico. O Movimento Negro vem denunciando a grande resistência social à discussão sobre o tema, e atribui, entre as causas desse impasse, a persistência da ideologia da Democracia Racial."[42]

A denúncia trazida pelo relatório contou ainda com o depoimento de mães de algumas das vítimas, que indicou a execução de seus filhos por policiais e a tentativa dos agentes de alterar o contexto dos fatos, imputando às vítimas uma situação de agressão inicial que necessitasse ser repelida, para que ficassem caracterizados os autos de resistência e, em seguida, fosse aprovado o arquivamento do inquérito.

Tais acontecimentos apresentam um completo desvirtuamento do uso do poder de polícia, que em diversas situações tem atuado em desconformidade às prerrogativas de sua função, por meio das quais, deveriam os agentes garantir a ordem social e, como se tem notado em alguns casos, esses agentes tem sido os grandes colaboradores para o aumento dos homicídios dolosos.

Quanto aos homicídios decorrentes da ação policial analisados pela Comissão Parlamentar de Inquérito, aponta-se um grande número de mortes em que não se investigam as causas reais do homicídio. Em síntese, os policiais assumem que cometeram o homicídio em decorrência de um confronto, tendo atuado, supostamente, em legítima defesa. E com base nesses argumentos, formulam os autos de resistência como uma forma de requerer o arquivamento da investigação.

Muito embora não exista previsão legal que justifique o arquivamento das investigações, ainda que as mortes realmente decorram de confronto armado entre os civis e a polícia, os órgãos de segurança pública têm admitido frequentemente essa prática, que pode ser notada em casos existentes no Rio de Janeiro, por exemplo,

[42] BRASIL. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens*: relatório final. Relator: Senador Lindbergh Farias. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 30 mar. 2018. p. 23.

onde cerca de 99% dos inquéritos que envolvam os autos de resistência são arquivados.[43]

Ocorre que os autos de resistência não possuem esta finalidade. Eles deveriam servir apenas como uma forma de "legítima defesa" para os policiais que, em uma situação de confronto armado, cometessem um homicídio.

E isso não impede que as investigações sejam realizadas para que a vítima seja identificada, seus familiares sejam notificados e as causas reais da morte sejam apreciadas, muito pelo contrário, os autos de resistência deveriam compor os documentos da investigação.

Um dos maiores problemas nesse contexto é que esses homicídios acabam se tornando atos discricionários do poder de polícia, sem qualquer forma de controle estatal. Esse fator explica o excessivo número de assassinatos praticados pelos policiais brasileiros, que se caracteriza um desvirtuamento do exercício do poder de polícia em prejuízo da sociedade, como destacou a Comissão:

> Os homicídios cometidos pelo braço do Estado se revelam muito mais preocupantes do que aqueles que decorrem por quaisquer outras razões. Execuções extrajudiciais demonstram o fracasso do Estado em aplicar a Lei, ao tempo em que revelam que a mesma Lei não se aplica indistintamente aos cidadãos: alguns merecem o devido processo legal, outros a execução sumária.
>
> Ademais, o Estado possui o monopólio do uso da força, como forma primeira de preservar o direito à vida de seus cidadãos, assim, nada mais deletério a uma ideia de nação que este Estado utilize a força, sem suporte legal, contra estes cidadãos.[44]

Contudo, não se pode ignorar a violência existente na sociedade brasileira, nem o fato de que realmente existem conflitos armados entre a polícia e parte da população. Se de um lado temos um excessivo número de assassinatos cometidos

[43] BRASIL. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens*: relatório final. Relator: Senador Lindbergh Farias. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 30 mar. 2018. p. 41.

[44] BRASIL. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens*: relatório final. Relator: Senador Lindbergh Farias. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 30 mar. 2018. p. 36-37.

por policiais, de outro temos também um grande número de policiais que são mortos em confronto, mas deixar de investigar os homicídios cometidos pela polícia não apenas em nada beneficia o Estado brasileiro como, também, reduz a credibilidade das instituições públicas. Além disso, a violência, na maioria das situações se mostra caracterizada em função da ausência de vigilância pública em determinadas regiões da sociedade.

A CPI apontou dados demonstrando que entre os anos de 2009 e 2013, 11.197 pessoas foram mortas por policiais em serviço[45], sendo que esse número pode variar devido a um número mínimo de Estados que realizam o monitoramento adequadamente.

Tal situação, reflete casos como os trazidos pelas mães de vítimas durante o relatório da CPI, em que os jovens assassinados não possuíam vínculos com o crime organizado ou com o tráfico de drogas, nem tampouco estavam em confronto com a polícia, mas foram executados de forma brutal simplesmente por estarem nas favelas, por serem negros, por terem uma aparência que a sociedade há bastante tempo teima em considerar suspeita, uma forma institucionalizada de discriminação racial que vitima milhares de jovens no Brasil.

Mortes causadas pela omissão do Estado

Outro fator apontado pelo relatório da comissão que tem causado a morte de jovens no Brasil, em sua maioria negros, é a omissão Estatal em relação ao funcionamento das instituições do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Nesse ponto, afirma a existência de homicídios de adolescentes que se encontram sob a custódia do Estado.

Quanto a essa parte, foram avaliados os centros de reabilitação e unidades de tratamento socioeducativo para os adolescentes que cometeram algum tipo de infração penal. Verificou-se na análise, que estas unidades socioeducativas possuem

[45] *Ibidem.* p. 42.

condições extremamente precárias e insalubres indo completamente contra sua finalidade.

As instituições socioeducativas deveriam tornar possível a reintegração do menor infrator à sociedade, entretanto, o descaso do Poder Público com a manutenção das unidades tem dificultado e, até inviabilizado essa reintegração. Superlotação, maus-tratos e falta de fiscalização são alguns dos problemas apontados pela CPI, como fatores que têm gerado, inclusive, a morte de jovens dentro dos centros de reintegração. Com relação a morte dos internos, apontou a Comissão:

> [...] o levantamento do Sinase coletou dados a respeito do número de óbitos de adolescentes dentro do Sistema, chegando ao total de 29 óbitos dentre todas as unidades da federação no ano de 2013, resultando em uma média altíssima, que é superior a 2 adolescentes por mês. Os adolescentes sob custódia do Estado morrem por diferentes fatores, sendo o mais comum deles descrito como "conflito interpessoal" (17 adolescentes ao longo do ano, ou seja, 59% do total). Em seguida, vem conflito generalizado (17%) e um número estarrecedor de suicídios dentro das unidades do sistema: 14%.[46]

Constata-se, nesse contexto, que esses atos incidem, em maioria, contra os jovens negros. O relatório aponta que a única região brasileira onde não constam dados oficiais sobre essa maioria negra nas unidades socioeducativas é a região Nordeste. Isso se justificou no fato de que a maioria dos órgãos responsáveis pelo controle nessa região não apresenta dados relativos à informação dos internos.

3.1.2 Violência e juventude

Outros estudos apontam ainda que a questão da violência envolvendo jovens está presente em toda a América Latina, estando diretamente relacionada com a vulnerabilidade desses jovens perante a sociedade, em que a juventude não possui

[46] BRASIL. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens*: relatório final. Relator: Senador Lindbergh Farias. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 30 mar. 2018. p. 70.

voz ou representação política na defesa de seus interesses, ficando à margem da vontade dos governantes.[47]

No Brasil, são reconhecidos como jovens todos aqueles com idade entre 15 e 29 anos. Essa previsão está expressa no § 1º do artigo 1º da Lei n. 12.852/2013 (Estatuto da Juventude), sendo esse o padrão considerado para as pesquisas.

O referido Estatuto da Juventude foi criado para reforçar a garantia de direitos já previstos na Constituição Federal aos jovens brasileiros, estabelecendo princípios e disposições para a criação de políticas públicas focadas nos interesses da juventude e instituiu, ainda, o Sistema Nacional da Juventude – SINAJUVE, que ficaria responsável por ouvir e representar os jovens perante o poder público e auxiliar na elaboração de políticas, por intermédio de seus, assim denominados, Conselhos de Juventude.

Além do Estatuto da Juventude, o governo brasileiro elaborou em 2013 a política pública "Juventude Viva", que tem por objeto a proteção e a assistência aos jovens em situação de vulnerabilidade social, em especial os jovens negros.

Contudo, resta evidente com a análise dos relatórios da CPI do Assassinato de Jovens e dos estudos apontados pelo projeto Juventude Viva, que o Brasil apresenta um grave problema de homicídios dolosos envolvendo os jovens, em que a grande maioria das vítimas são negros ou pardos.

O Plano Juventude Viva, em sua introdução, traz dados como forma de justificar o fato de uma política ser voltada aos jovens negros, apontando que, em comparação aos anos de 2000 e 2010, enquanto o número anual de homicídios envolvendo jovens brancos diminuiu, o número de homicídios contra os jovens negros teve um aumento significativo. Nesse sentido:

[47] ABRAMOVAY, Miriam. *et. al. Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina*: desafios para políticas públicas. Disponível em: <http://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/123456789/1379/2002_Abramovay_Juventud%2c%20violencia%20y%20vulnerabilidad%20social%20en%20América%20Latina%20desafíos%20para%20políticas%20públicas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mar. 2018.

> Os homicídios são hoje a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos no Brasil e atingem especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. A constatação da diferença cada vez maior entre o número de homicídios de jovens brancos e negros é extremamente preocupante: no primeiro grupo, o número de homicídios caiu de 9.248, em 2000, para 7.065, em 2010; já entre os negros, os homicídios aumentaram de 14.055, em 2000, para 19.255, em 2010.[48]

3.2 Subsunção dos fatos à norma jurídica

Diante das alegações contidas no caso concreto, apresentadas por meio da Comissão Parlamentar de Inquérito do assassinato de jovens no Brasil, devemos fazer uma análise das circunstâncias fáticas apontadas, em comparativo com a atual previsão legislativa acerca do genocídio, que foram demonstradas no capítulo anterior.

Para que seja ou não possível a aplicação do crime de genocídio às condutas apontadas na situação fática narrada pela denúncia, devemos identificar a possível existência dos requisitos exigidos para a classificação do crime.

Para tanto, necessário distinguir se as vítimas das condutas alegadas pertencem a um dos grupos protegidos, nos termos do artigo 6º do Estatuto de Roma (grupo religioso, racial, étnico ou nacional) e, caso positivo, distinguir em qual dos grupos elas se inserem.

Deve-se verificar também a possibilidade de as violações estarem inseridas em alguma das violações descritas na definição do crime: homicídio de membros; ofensas graves à integridade física ou mental dos membros do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida que visem sua destruição total ou parcial; imposição de medidas abortivas ao grupo; e. transferência forçada de crianças de um grupo para outro.

[48] BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República. *Plano Juventude Viva*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://juventude.gov.br/articles/0009/4790/Guia_Plano_JuvViva_Final.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Outro ponto fundamental para a análise é a verificação de existência do intento específico de destruir o grupo como um todo ou de forma parcial; ou, ainda, se há uma política ou um plano sistemático, no âmbito do Estado, que seja suficiente para excluir a necessidade de verificação da intenção pessoal específica dos agentes.

Ainda que o intuito dessa pesquisa seja verificar uma ligação entre os acontecimentos do caso em análise e a tipificação do crime de genocídio diante da legislação penal internacional, é válido lembrar que o crime de genocídio é também regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da lei n. 2.889 de 1º de outubro de 1956.

A lei n. 2.889/56 traz a definição de genocídio nos mesmos termos definidos pela Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, contudo, estabelece a forma na qual cada modalidade do genocídio será punido, além de prever as modalidades de associação para a prática (art. 2º) e incitação ao cometimento do crime de genocídio (art. 3º), estabelecendo também a possibilidade de punição pela tentativa (art. 5º)[49].

Além das descrições abrangidas pela lei n. 2.889/56 acerca do genocídio, temos também previsões expressas no código penal militar brasileiro, em seu artigo 208, e, ainda, no artigo 1º da lei n. 8.072/1990 modificado pela lei n. 8.930, de 06 de setembro de 1994, inserindo o crime de genocídio no rol de crimes hediondos.

3.2.1 Grupo atingido

Dentre os grupos protegidos pela Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, quais sejam, grupo nacional, racial, étnico ou religioso, devemos verificar se o grupo atingido no caso concreto é pertencente e, se positivo, em qual deles se insere.

[49] _____. *Lei n. 2.889, de 01 de outubro de 1956*. Define e pune o crime de genocídio. Rio de Janeiro, 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L2889.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Especificamente quanto ao assassinato de jovens no Brasil, como foi relatado anteriormente, as principais vítimas são os jovens negros. Por exclusão, em uma primeira análise podemos desconsiderar o grupo nacional e o grupo religioso. Em que pese sejam nacionais, não são os nacionais brasileiros ou os de outro Estado que se encontram ameaçados pelos atos de violência. O crime no caso concreto também não ocorre por motivos religiosos.

É o negro brasileiro o maior atingido com a conduta criminosa neste caso. Confrontando os fatos com conceitos tratados no capítulo anterior, surge a dúvida sobre em qual grupo protegido estariam enquadrados os jovens negros, no grupo racial ou no grupo étnico.

O grupo racial é mais amplo que o grupo étnico, e baseia-se em critérios biológicos, ou seja, o indivíduo ingressa em um grupo no momento de seu nascimento tendo distinções biológicas que o definem como integrante de determinada raça. Contudo, não são diferenças superficiais que vão definir o pertencimento do indivíduo ao grupo. Por exemplo, a simples distinção de cor da pele, não é suficiente para determinar uma raça.[50]

Unindo este pensamento ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.424/RS[51], no sentido de que no âmbito dos seres humanos a única raça existente é a raça humana, não sendo possíveis subdivisões em seu meio, podemos concluir que o povo negro abrange um grupo étnico, que possui como diferenciação apenas o tom da pele e, em alguns casos, questões culturais próprias.

[50] OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *et. al*. (eds.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. p. 282.

[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 82.424/RS*. Publicação de livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Moreira Alves, Relator(a) p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alopvft>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Sendo assim, é possível afirmar que o grupo atingido pela violência descrita no caso concreto enquadra-se na definição de grupo étnico, classificação protegida pela legislação acerca do genocídio.

3.2.2 Conduta material

Dentre os atos apontados como violações praticadas contra os jovens negros no Brasil, podemos verificar dois tipos de conduta, uma comissiva, que seriam os assassinatos de jovens praticados muita das vezes por agentes da polícia; e uma conduta omissiva, que seria a ausência de proteção e investigação por parte do Estado.

São as mortes decorrentes dos atos discricionários praticados por policiais militares que, como narra o caso concreto, na maioria das vezes encapuzados, proferem os disparos sem que tenha ocorrido qualquer ameaça anterior por parte das vítimas, que talvez estivessem apenas em local e hora inapropriados ou que, simplesmente, estariam exercitando seu direito de liberdade.

Consideram-se, ainda, as mortes praticadas contra os jovens negros que se encontravam sob a custódia do Estado, em instituições de ressocialização, e as mortes praticadas por criminosos na ausência de vigilância estatal nas comunidades carentes, tendo os criminosos assumido o controle do dever de punir os membros da comunidade.

É bem verdade que esses atos de violência, principalmente quando ocorridos pela omissão estatal, não são praticados exclusivamente contra a população negra, mas contra a população das comunidades carentes que foi tomada pelo crime organizado, devido à não prestação de serviços essenciais como a segurança, pelo Estado.

Entretanto, a população negra é a grande maioria nas comunidades carentes, além de ser em disparado a maior parte das vítimas dessa violência. A respeito dessa maioria negra nas comunidades carentes, o relatório da CPI do Assassinato de

Jovens no Brasil, afirma que no processo de formação das favelas os governantes conduziram a população negra para os morros, como forma de excluí-la da capital, passando a tratar essa parte da sociedade como inexistente, sem garantia de direitos básicos como saúde, segurança e educação[52].

Diante dessas afirmações, talvez estaríamos diante da terceira hipótese prevista no artigo 6 do Estatuto de Roma, ou seja, "sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial". A respeito desse terceiro elemento, pontuou William Schabas:

> Os Elementos dos Crimes especificam que "o termo 'condições de vida' pode incluir, mas não é necessariamente restrito, a privação intencional de recursos indispensáveis à sobrevivência, tais como comida ou serviços médicos, ou expulsão sistemática dos lares". Esse texto é derivado da decisão *Akayesu* de uma Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Uma decisão de uma Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia considera que tais atos dever ser atos "que busquem a destruição física ou biológica de um grupo.[53]

Nesse sentido, poderíamos considerar alegações como as trazidas pelo relatório da Comissão que demonstram condições de vida precárias em prejuízo da população negra decorrente do preconceito racial existente, da seguinte forma:

> No Brasil, diferenciais expressivos entre brancos e negros, sempre em detrimento do segmento negro, são encontrados em todos os âmbitos. O índice de mortalidade infantil da população negra é 40% maior do que no caso da população branca, de acordo com dados da UNICEF. As mesmas discrepâncias ocorrem quando observados variáveis como os rendimentos do trabalho (os negros percebem em média rendimentos 40% menores que os brancos), o desemprego (cujo índice para o trabalhador negro se encontra em patamares 50% acima do que no caso dos trabalhadores brancos), os indicadores de escolaridade (os negros têm em média menos 1,6 anos de estudo com relação aos brancos),

[52] BRASIL. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens*: relatório final. Relator: Senador Lindbergh Farias. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 30 mar. 2018.

[53] SCHABAS, William. *Artigo 6:* genocídio. *In*. STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coords.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, CEDIN, Del Rey, 2016. p. 156.

> bem como no que se refere ao acesso a serviços públicos em geral, entre outros (Ver PNAD 2014). O cenário geral se caracteriza pela existência de uma diferença significativa entre o padrão de vida de negros e brancos no Brasil.[54]

Deste modo, o caso concreto fomenta a possibilidade de aplicação de no mínimo duas das condutas previstas no rol do artigo 6º do Estatuto de Roma, que são: "(a) Homicídio de membros do grupo; (c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial;"[55]

3.2.3 Da intenção específica e/ou prática sistemática

Neste ponto, é possível verificar duas situações possíveis para que seja efetivada a análise entre o caso concreto e o crime de genocídio. A primeira seria buscar identificar os agentes, por meio da instrução de processo, para averiguar se houve a intenção específica de destruir o grupo total ou parcialmente.

A segunda hipótese seria verificar a existência de uma prática sistemática ou até mesmo uma política estatal na origem das violações cometidas. Nessa parte, tanto os homicídios praticados pelos policiais, quanto os atos omissivos praticados pelo Estado poderiam representar uma prática sistematizada.

Cumpriria, em seguida, indagar sobre ser a referida prática ou conduta estatal do conhecimento do agente perpetrador das ações. Para William Schabas, o indivíduo que tem conhecimento da intenção do Estado, e prossegue na ação, comete genocídio. Neste caso, o elemento subjetivo estaria presente:

> Uma ênfase em 'intenção específica' é completamente apropriada onde a abordagem geral ao crime contempla um indivíduo que possa estar agindo sozinho, e que possa visar a vítimas isoladas, na falta de um plano ou política. Entretanto, a relevância da intenção específica diminui dramaticamente quando o crime de genocídio é atribuível ao Estado ou

[54] BRASIL. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens*: relatório final. Relator: Senador Lindbergh Farias. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 30 mar. 2018.

[55] ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel; PATRÍCIO, Rui. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e textos complementares*. Coimbra: Almedina, 2002. p.12.

> entidade similar. Nesses casos, é geralmente mais produtivo procurar por manifestações de um plano ou política ao invés de focar-se na intenção dos indivíduos. Em tais circunstâncias, a questão mais significativa é a de saber se o transgressor tinha conhecimento do plano ou política, e não se o indivíduo tinha a intenção de cometer genocídio. A confiança no elemento contextual estabelecido nos Elementos dos Crimes foca o debate sobre o elemento subjetivo do autor no conhecimento, mais do que na intenção. Tal abordagem, descrita na literatura como a "abordagem baseada no conhecimento"[56]

Em hipóteses como essa, a 'intenção específica' do ato caracterizador do genocídio poderia ser identificada na própria conduta do Estado, por meio da verificação de uma política ou prática sistemática, da qual o indivíduo tivesse ou deveria ter conhecimento.

Quanto aos demais indivíduos, o simples conhecimento ou concordância quanto a essa política ou prática configuraria o elemento subjetivo. Com relação a esse "conhecimento", o artigo 30, § 3 do Estatuto de Roma dispõe:

> Entende-se por 'conhecimento' a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões 'ter conhecimento' e 'com conhecimento' deverão ser entendidas em conformidade.[57]

Por meio da análise do caso concreto, percebe-se que não se tratam de acontecimentos esporádicos, mas de condutas que se repetem ano após ano, passados mais de 30 anos, com a ocorrência de números expressivos de assassinatos de jovens negros.

Esse fator demonstra a existência de uma prática sistemática, pelo Estado brasileiro, seja por meio de execuções discricionárias praticadas por alguns policiais agindo contra a legislação, seja mediante as condutas omissivas, contra os negros brasileiros.

---

[56] SCHABAS, William. *Artigo 6:* genocídio. *In*. STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coords.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, CEDIN, Del Rey, 2016. p. 144.

[57] BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002. Art. 30, par. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

3.3 Resultado

Diante de todo o conteúdo apresentado, verifica-se que há vários motivos para que as instituições brasileiras se mantenham em alerta quanto aos acontecimentos, que tem atingido fortemente os jovens da população negra no Brasil.

Contudo, embora tenham sido apresentadas legislações específicas sobre genocídio, que o definem e apresentam seus requisitos caracterizadores, além de se ter buscado verificar a compatibilidade entre as violações existentes no caso concreto e os elementos do crime de genocídio, não é possível afirmar que há de fato o genocídio contra os jovens negros brasileiros. E isso não exclui a possibilidade da existência do genocídio neste caso.

Para que seja possível afirmar de forma convicta que o genocídio anunciado pela CPI do Assassinato de Jovens realmente ocorre, nos termos em que a legislação penal internacional define, é necessário que o Estado brasileiro se disponha a investigar as violações.

Deve ser verificado quem pratica os atentados contra a população negra e, por qual motivo o fazem. Identificar os agentes que cometem estes atos cruéis e desumanos é fundamental para o caso específico, a fim de que as acusações sejam destinadas apenas aos verdadeiros responsáveis por essas práticas, de modo a não as generalizar, garantindo efetividade à investigação.

De todo modo, genocídio ou não, é evidente que os jovens negros têm sofrido fortes violações de direitos humanos, direta ou indiretamente, por meio de sua exclusão perante os serviços públicos essenciais ou, ainda, mediante execuções sumárias praticadas por agentes estatais que mancham o nome das instituições de segurança pública, não podendo tais atos ser ignorados pelo poder público.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho desenvolveu-se mediante a análise de dois temas que, cada qual deles, individualmente, foram e ainda são suficientes para gerar grandes discussões no Brasil e no mundo, o genocídio e a questão racial. Unir estas temáticas não foi fruto do acaso, mas uma consequência lógica da definição de genocídio, que prevê a proteção de grupos específicos por motivos de raça, etnia, nacionalidade ou religião.

No primeiro capítulo foi narrada a criação e a evolução do termo "genocídio" no ordenamento jurídico internacional. Como vimos, o crime de genocídio, embora tenha vestígios de sua ocorrência desde as civilizações mais antigas e, até mesmo pouco tempo antes de sua criação, durante o massacre praticado pelo Império Turco-Otomano contra os Armênios em 1915, só foi reconhecido como crime internacional em 1948 na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, que adotou a definição elaborada por Raphael Lemkin, durante a Segunda Guerra Mundial.

O crime de genocídio é, sem dúvidas, uma das piores ameaças contra a segurança de todas as nações, ofendendo da forma mais violenta o exercício da humanidade.

Ficou demonstrado ao longo deste estudo, os requisitos necessários para a caracterização do genocídio. Apesar de haver o rol de condutas elencadas pelo artigo 2 da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio e pelo artigo 6 do Estatuto de Roma, é necessário ainda que estas condutas ocorram por meio de uma prática sistemática, quando o crime for atribuível a um Estado, ou que o indivíduo que praticou os atos tenha a "intenção específica" de destruir o grupo protegido.

Lembrando que ainda é possível não se exigir a intenção específica do indivíduo de destruir o grupo total ou parcialmente, quando este tiver conhecimento da existência da prática sistemática ou de uma política de Estado nesse sentido.

No tocante aos grupos protegidos, foi apresentada a definição de grupo nacional, racial, étnico e grupo religioso. Dentre essas definições, foi identificado um caso emblemático no Brasil, julgado pelo Superior Tribunal Federal, no HC 82.424/RS, estabelecendo que não existem subdivisões de seres humanos, sendo todos pertencentes a raça humana.[58]

Verificamos que perante o Tribunal Penal Internacional só podem responder os indivíduos que praticaram os atos criminosos previstos no Estatuto de Roma, com base na responsabilidade penal individual, mas também que o genocídio pode ser atribuído a um Estado, desde que denunciado perante a Corte Internacional de Justiça por um Estado-Membro do Estatuto da Corte, com base na violação de convenção ou tratado sobre genocídio, por descumprimento das obrigações impostas ao Estado.

O segundo capítulo tratou do caso específico do assassinato de jovens negros no Brasil, com base na denúncia apresentada pelo relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Assassinato de Jovens, realizada no Senado Federal, de relatoria do Senador Lindbergh Farias.

A Comissão relatou o homicídio de milhares de jovens negros no território brasileiro cometido por alguns policiais militares, sem proceder a investigação desses homicídios, que são arquivados com fundamento nos "autos de resistência". O relatório aponta também a morte de jovens em instituições de ressocialização e por meio da violência nas comunidades carentes devido à omissão da prestação da segurança pelo Estado nessas regiões.

[58] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 82.424/RS*. Publicação de livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Moreira Alves, Relator(a) p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alopvft>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Com relação ao caso concreto, foi realizado um comparativo das violações existentes com os elementos necessários para a caracterização do crime de genocídio, conforme previsto na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e no Estatuto de Roma.

Sem forjar uma dedução pretensiosa, foi possível verificar que o grupo atingido no caso dos jovens negros está protegido pela definição do genocídio, enquadrando-se na definição de grupo étnico, uma vez que não existem critérios biológicos suficientes na população negra para caracterizar uma raça distinta.

Duas das condutas previstas no artigo 6 do Estatuto de Roma também puderam ser identificadas: a morte de membros do grupo e a sujeição do grupo a condições de vida que possam causar sua destruição.

Quanto à morte dos membros do grupo, destacam-se as ações de alguns policiais que, agindo contra a lei, executam de forma discricionária os jovens negros, por critérios que eles próprios definem e, também, as mortes em decorrência da violência apontada como resultado da omissão estatal na prestação dos serviços essenciais aos membros das comunidades carentes.

Este último fundamento referente a omissão estatal, incide também na segunda conduta destacada, da sujeição dos membros do grupo a condições de vida que possam causar sua destruição, pela falta de serviços como saúde, educação e segurança.

Por fim, como foi narrado neste estudo, ocorre no Brasil uma situação de grave violação de direitos que necessita ser investigada com cautela para que não sejam feitas alegações genéricas, que poderiam causar ainda mais transtornos ao caso. Contudo, embora seja possível que o assassinato de jovens negros seja definido como crime de genocídio, não há elementos suficientes até o momento para que esta afirmação seja feita.

Isso ocorre pela complexidade em definir o crime de genocídio. É necessário no âmbito da competência do TPI que seja verificada a intenção do agente

perpetrador da violação, no sentido da vontade de destruir o grupo no todo ou em parte.

Por este motivo, é necessário que o Estado brasileiro deixe de ignorar as execuções discricionárias cometidas por policiais e passe a investigar os motivos reais dessas execuções. Não se trata, portanto, de diminuir ou denegrir a imagem dos policiais perante a sociedade, mas de identificar os agentes que atuam de forma criminosa para afastar essa imagem negativa da instituição e valorizar o trabalho dos policiais que atuam de forma integra.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam. *et. al. Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina*: desafios para políticas públicas. Disponível em: <http://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/123456789/1379/2002_Abramovay_Juventud%2c%20violencia%20y%20vulnerabilidad%20social%20en%20America%20Latina%20desafíos%20para%20políticas%20públicas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mar. 2018.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel; PATRÍCIO, Rui. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e textos complementares*. Coimbra: Almedina, 2002.

ALMOND, Mark. *O livro de ouro das revoluções.* Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal.* The Hague: Kluwer, cop.1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República. *Plano Juventude Viva*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://juventude.gov.br/articles/0009/4790/Guia_Plano_JuvViva_Final.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 82.424/RS*. Publicação de livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência

constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Moreira Alves, Relator(a) p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alopvft>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. *Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. *Decreto n. 30.822, de 06 de maio de 1952.* Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1952. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Lei n. 2.889, de 01 de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. Rio de Janeiro, 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L2889.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens*: relatório final. Relator: Senador Lindbergh Farias. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 30 mar. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 351487/RR*. Tribunal Pleno. Recorrente: João Pereira de Morias, Ministério Público Federal e Outros. Recorrido: Os Mesmos. Relator (a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de agosto de 2006. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+351487%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+

351487%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atf2yq8>. Acesso em: 31 mar. 2018.

CARR, Caleb. 1955. *A Assustadora História do Terror*. São Paulo: Ediouro, 2002.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Unijuí, 2008.

LEMKIN, Raphael. *Axis rule in occupied* Europe: laws of occupation – analysis of government: Proposals for redress. Washington, D.C.: Carnegie endowment for international peace, 1944. p. 79 *apud* CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Unijuí, 2008.

LIMA, Renata Montoveni de. *Coleção para entender:* O Tribunal Penal Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *et. al.* (eds.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1996. p. 282.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público:* curso elementar.13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RWANDA. International Criminal Tribunal for Rwanda. Case n. ICTR-94-4-T. *Prosecutor vs. Akayesu.* Arusha, 2 September 1998. Disponível em: <http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/pdf/AKAYESU%20-%20JUDGEMENT.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

SCHABAS, William. *Artigo 6:* genocídio. *In*. STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coords.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, CEDIN, Del Rey, 2016.

UNITED NATIONS. *Concepts and definitions*: Religion. Disponível em: <https://unstats.un.org/unsd/demographic/sconcerns/popchar/popcharmethods.htm#J>. Acesso em: 21 mar. 2018.

UNITED NATIONS. *Report of the preparatory commission for the International Criminal Court*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/724/27/PDF/N0072427.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 mar. 2018.

REGULAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL: INTERESSE PÚBLICO E OBJETIVOS ESTRATÉGICOS DO PAÍS. UM ESTUDO DE CASO DA AUTORIZAÇÃO DOS CURSOS DE MEDICINA COM A LEI DO MAIS MÉDICOS

Daniel Aragão Parente Valentim

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo tratar da função administrativa da regulação da educação superior brasileira e em particular da modalidade de autorização dos cursos de Medicina com o advento da Lei nº 12.871/2013, instrumento legal que instituiu o Programa Mais Médicos para o Brasil.

O tema é importante porque delega ao órgão regulador da educação superior brasileira, ou seja, o Ministério da Educação, a instauração de procedimento próprio de autorização de cursos de Medicina às instituições privadas de educação superior.

A discussão chama a atenção porque a legislação da educação superior no Brasil vigente até 2013 não previa um rito próprio para a regulação de cursos superiores de áreas específicas. O caso do curso de Medicina é originário neste quesito, onde por intermédio de lei ordinária o estado atrelou a autorização de um curso superior em particular a objetivos estratégicos traçados em uma política pública de cunho nacional.

No primeiro capítulo será exposto de forma sintética o contexto geral do arcabouço legal regulatório do ensino superior atualmente vigente no Brasil, pois será a partir da descrição desta conjuntura que conseguiremos discernir analiticamente as particularidades subjacentes ao curso de Medicina trazidas pelo novo regime legal. Ademais, trataremos da conceituação constitucionalmente estabelecida da educação como direito fundamental. Esta caracterização é de suma importância para o objetivo almejado pela presente pesquisa, pois será através da percepção de que a educação possui natureza jurídica de serviço público, independentemente do fato de ser prestado por particulares, é que poderemos sustentar a ideia que permeia o presente trabalho, pautada no entendimento de que em matéria educacional a função regulatória estatal deve sobrepor o interesse público ao interesse privado, refletido aqui no princípio constitucional da livre iniciativa.

No segundo capítulo versaremos a respeito da estrutura regulatória em voga, com a descrição das instâncias decisórias e de suas respectivas competências e prerrogativas. Traremos, ainda, um quadro sintético da organização administrativa dos órgãos estatais que hodiernamente atuam na regulação da educação superior brasileira.

Doravante, no terceiro capítulo vamos nos ater ao cerne da questão objetivada pela presente pesquisa. Pautar-se-á o capítulo em questão pela análise das implicações regulatórias trazidas pela Lei nº 12.871/2013 inerentes aos cursos de Medicina, com seus impactos jurídicos e administrativos no sistema regulatório. Será priorizada nesta etapa a análise particular da judicialização da matéria, refletida na impetração de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei nº 12.871/2013, e em especial no que tange às mudanças impostas à regulação dos cursos de Medicina, dispostas no art. 3º da supracitada Lei, bem como as reações dos entes regulados levadas à cabo na esfera administrativa, especificamente em relação ao Edital SERES nº 6/2014, instrumento pelo qual o poder público materializou o novo modelo de autorização de cursos superiores de Medicina a instituições de educação

superior privadas e que gerou imbróglios junto ao Tribunal de Contas da União, obstando por tempo considerável a gestão da política pública regulatória concernente à área médica.

2 DO REGIME ATUAL DA REGULAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL

2.1 Contextualização

A função regulatória é uma ferramenta poderosa. É por seu intermédio que o estado possui a prerrogativa de intervir no domínio econômico, mediando sua atuação e a participação do particular no mercado. Suas prerrogativas permitem organizar, ajustar e modificar condutas de agentes econômicos. Entendida a educação superior como um nicho mercadológico, com a participação de grandes grupos econômicos, o sistema regulatório implantado no Brasil deve ter como missão a ponderação entre os interesses estratégicos do estado e as aspirações da iniciativa privada.

O presente capítulo se propõe justamente a analisar o atual sistema regulatório da educação superior no Brasil. O escopo é delinear, de forma sintética e explicativa, a formatação principiológica e doutrinária da política regulatória em vigor, no que tange à educação superior brasileira.

Para a consolidação da tarefa acima proposta, partimos do pressuposto de que a educação, de forma geral, e a educação superior, de modo particular, são direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Diante desta perspectiva será possível corroborar a argumentação defendida ao longo do texto, calcada na percepção de que a participação do setor privado na educação superior, claramente admitida pela Carta Magna de 1988, deve ser interpretada à luz do interesse público, mitigando assim o princípio da livre iniciativa.

Ademais, em consonância com a assertiva acima, deve-se ter em mente que a finalidade maior da educação, em termos constitucionais, explicitamente disposto no

art. 206 da Carta Magna, é a garantia do padrão de qualidade. Assim, não é de bom alvitre que se passe despercebido o fato de que o princípio qualitativo é norma jurídica balizadora imposta pelo constituinte. Desta forma, deve ser constantemente aplicado pela política pública educacional.

Ao conceituar a prestação do serviço educacional como público, conforme exposto acima, poderia surgir a dúvida: como tratar a questão no caso da oferta por instituição de ensino superior privada? No decorrer do capítulo deverá ficar cristalina a concepção de que esta categorização é decorrente de natureza jurídica do serviço, e não obrigatoriamente da personalidade jurídica do ente ofertante. No mesmo sentido, é imperativo que a educação superior seja entendida como um meio para o atingimento de metas estratégicas de desenvolvimento nacional, e não somente como mais um instrumento para o aferimento do lucro, produto final da iniciativa privada.

A concatenação dos pontos acima expostos é de suma importância para o cerne da pesquisa aqui delimitada. A absorção dos elementos a seguir dispostos permitirá convergir com a pauta proposta, caracterizada pelo entendimento de que mesmo uma aparentemente simples autorização de oferta de curso de Medicina deve, na verdade, ser postulada no intuito de atingir um objetivo maior, à guisa da supremacia do interesse público, cabendo, inclusive, a estipulação de critérios regulatórios específicos para atrair o particular ao esforço cooperativo na execução de uma política pública.

2.2 A educação como serviço público e direito fundamental

A Constituição Federal do Brasil classifica uma série de serviços como obrigatoriamente públicos. Contudo, há de se ressaltar que o texto constitucional não encomenda ao governo a prestação exclusiva da atividade material de algumas espécies de serviços arrolados nessa situação. Coube ao constituinte deixar em aberto a participação da iniciativa privada na oferta direta de alguns serviços, porém sob a tutela e regulação do estado.

Nesta vertente caminha a educação, que juntamente com os serviços de saúde, de previdência social, de assistência social e de radiodifusão, integram o conjunto de cinco espécies de serviços sobre os quais não há titularidade exclusiva do Estado (MELLO, 2017, p. 86).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Di PIETRO, 2014, p. 118) aponta as atividades de ensino como serviços públicos não exclusivos do Estado, sendo "considerados serviços públicos porque atendem a necessidades coletivas, mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado".

Na mesma sintonia de pensamento encontra-se Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2014, p. 845), ao afirmar que "concedem-se serviços públicos; autorizam-se serviços privados".

Para José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2014, p. 451) não há que se falar em autorização de serviços públicos. "A atividade, quando for autorizada há de refletir interesse exclusivamente ou predominantemente de seu titular, ou seja, haverá na atividade autorizada interesse meramente privado".

Na opinião de Lucas Rocha Furtado (FURTADO, 2007, p. 588), "a autorização é instrumento de que se vale o Estado para intervir no exercício de atividade privada; a concessão e a permissão são instrumentos para transferir a particulares a prestação de serviços públicos".

Todavia, em consonância com linha divergente de pensamento, o mesmo autor pondera (FURTADO, 2007, p. 711):

> Admite-se a ideia de que as atividades de saúde e de educação somente são públicas quando prestadas pelo Estado. Quando exercidas por particulares, tais atividades assumem caráter de atividades privadas, atuando o estado, neste caso, por intermédio da função reguladora e do poder de polícia.

A visão acima é compartilhada não apenas na doutrina. Em decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o então Ministro Eros Roberto Grau, no

exercício de suas atribuições de relator da ADI 1.266-5/BA (STF, Rel. Min. Eros Roberto Grau, DJe 31/08/2009), afirma que “as atividades de ensino, quando prestadas por particulares, não estariam sujeitos a qualquer regime de delegação, o qual pudesse sugerir que a titularidade dessas atividades, nesse caso, seria do estado”.

Em comento à posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal no caso supracitado, Luiz Gustavo Bambini de Assis (ASSIS, 2009, p. 188) destaca que há, de modo geral, uma divergência no seguinte sentido: para alguns ministros, não obstante existir uma relação de consumo na educação privada, essa também há que ser tutelada pelo estado, que deve atuar em defesa do consumidor. Para outros, não há que se falar em relação de consumo entre o estudante e a instituição privada, mas sim em serviço público. Por essa razão, a atividade econômica acaba tutelada pelo estado.

Conforme dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2017, p. 87), é imperioso que não haja confusão no entendimento entre a titularidade do serviço e a titularidade da prestação do serviço. São, a seu ver, constituídos de realidades jurídicas intrínsecas totalmente díspares.

Neste sentido, é precisa a colocação de Luis Gustavo Bambini de Assis (ASSIS, 2009, 199), ao afirmar que a educação, enquanto direito social explicitamente contido na Constituição, deve ser classificado como serviço de interesse público, independentemente de quem o está ofertando, seja um ente público ou uma instituição privada.

Assis não chega a tal conclusão por acaso. Discorrendo a respeito da evolução histórica do conceito de serviço público, tanto no Brasil quanto na doutrina internacional, principalmente aquela oriunda da França, constata que ao longo do tempo a noção de serviço público tem se consolidado no sentido de admitir, em alguns casos, entes privados como provedores de tais serviços. Neste diapasão, não seria incompatível a inserção da iniciativa privada no conjunto de agentes legítimos

para a oferta de serviços considerados de interesse público, sem a participação direta do estado.

Para corroborar sua linha de raciocínio, Assis lança mão da doutrina francesa. Destaca a gênese conceitual de serviço público pela denominada Escola de Serviço Público, que teve como principal expoente León Duguit (1923, apud ASSIS, 2009, p. 189). Ressalte-se, aqui, a base conceitual fundamental desta escola de pensamento, ao afirmar que:

> O conceito de serviço público nasce na França, com León Duguit (1923, p. 54) e a chamada Escola de Serviço Público, para quem esse serviço é o fundamento, a premissa do poder governamental. Em sua famosa obra *Traité de Droit Constitutionnel*, o autor chega a subordinar o direito administrativo, seus princípios e bases à noção de serviço público.
>
> O autor classifica o estado como sendo uma cooperação de serviços públicos que são organizados e controlados pelos governantes, o que demonstra a necessidade de disponibilidade do estado para a prestação do serviço em questão.
>
> Essa subordinação da ação estatal à prestação de serviços públicos ganha linearidade a partir do momento em que as ações do Estado passam a ser limitadas, não podendo ser arbitrárias e contrárias à defesa dos interesses coletivos e individuais.
>
> Desta forma, passa a estar presente o fundamento de que o estado pode ser responsabilizado por atos praticados por seus agentes políticos ou públicos. Essa noção advém de teorias modernas, encontrando maior respaldo a partir das famosas decisões do Conselho de Estado francês, que traz à baila a noção de responsabilidade do estado perante a sociedade e encontra seu marco no famoso caso “Decisão Rothschild”, que data de 1855.

Denota-se, diante do relatado acima, a intenção do autor em demarcar o momento histórico em que é possível apontar uma convergência entre a atuação estatal e a participação da iniciativa privada no desenvolvimento de atividades que tenham como finalidade o alcance do interesse público.

Ora, convém aqui ressaltar que a polêmica envolta ao tema é proveniente de uma questão de maior repercussão. Toda a discussão tem como ponto de partida a noção de que a educação é considerada um direito fundamental. Como bem explicita Assis (ASSIS, 2009, p. 185), a educação deve ser conceituada como um direito fundamental, de forma ampla, e como um direito social, de forma específica.

Monica Herman Caggiano constata não haver dúvidas quanto à presença do direito à educação no conjunto englobante dos direitos humanos fundamentais. Neste sentido, afirma enfaticamente que o direito à educação está atualmente estruturado por um arcabouço jurídico-constitucional que lhe permite ser inserido em um sistema de garantias. A esse respeito, aduz a autora a respeito da educação (CAGGIANO, 2009, p. 22):

> É direito fundamental porque, de uma banda, consubstancia-se em prerrogativa própria à qualidade humana, em razão da exigência de dignidade, e, de outra, porque é reconhecido e consagrado por instrumentos internacionais e pelas Constituições que o garantem.

Ao delinear o contexto histórico da doutrina dos direitos humanos, Caggiano percebe que há desde o início de sua trajetória a preocupação com a instrução do homem. Assim, afirma a autora, este importante fator conceitual influenciou a construção das bases constitucionais de praticamente todo o ocidente.

Neste bojo, há, por parte da sociedade, desde o final do século XVIII, o objetivo contínuo de se construir e delinear um aparato estatal que seja capaz de suprir os direitos civis e sociais dos cidadãos, inserido, indissociavelmente, o direito à educação. Neste sentido, deduz a autora (CAGGIANO, 2009, p. 21) que:

> Já desde a edição da declaração francesa de 1789, avulta a ideia da impositiva necessidade de se assegurar acesso à educação e aos meios direcionados a emancipação intelectual e política do ser humano, integrante da comunidade social.

Em consonância com esta linha de raciocínio, Assis manifesta que a educação deve ser classificada como um direito público subjetivo. Destarte, disserta o autor que a inserção da educação como direito social e dever do estado na Constituição

Federal deve ser entendido como consequência natural diante do cenário do pós-guerra, onde se aflorou universalmente a necessidade em atender às demandas sociais, descrito pela doutrina jurídica como sendo os "direitos de segunda geração" (ASSIS, 2009, p. 194).

Assim, explana o autor que ao contrário dos direitos de primeira geração, caracterizados pelo reconhecimento dos direitos individuais, principalmente o direito à vida, à liberdade e à propriedade, os direitos decorrentes da segunda geração estavam estruturados nos valores sociais e culturais da humanidade, onde na ânsia por se tornarem reais demandavam do estado a implementação de ações concretas, por meio de políticas públicas. São eles assim caracterizados pelo autor: "É de se ver, pois, que a promoção dos direitos de segunda geração, de igualdade ou sociais demandam do estado uma atuação constante, e que depende da efetiva prestação de serviços públicos para verem-se consolidados" (ASSIS, 2009, 195). Ademais, deve-se ter em mente que ao se falar em direitos sociais não podemos identificar o indivíduo como beneficiário direto, mas sim a coletividade.

Tese similar é disseminada por Maria Paula Dallari Bucci (BUCCI, 1997, p. 90). Afirma a autora que ao fim da Segunda Guerra Mundial difundiram-se globalmente as políticas sociais, deflagrando no seio dos estados nacionais uma alteração qualitativa na noção das funções administrativas do Estado. Esta nova configuração burocrática denominada de Estado Social passa a contemplar demandas sociais outrora ignoradas através de um mecanismo denominado de políticas públicas. Deste modo, deve-se entender a política pública como uma vertente ampliada e sobreposta ao conceito de serviço público, pois estenderia ao aparelho estatal as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados e, o mais importante, compreenderia ainda o fortalecimento da função de governar, ou seja, o exercício do "poder coativo do Estado a serviço da coesão social" (BUCCI, 1997, p. 91).

Seguindo a mesma linha, ressaltamos o parâmetro utilizado por Verônica Cruz (CRUZ, 2009, p. 57), onde poderíamos enquadrar a educação, em sentido

estrito, na categoria de atividade regulatória denominada Regulação Social, que se destina a proteger o interesse público em questões nacionais, assim como as áreas de saúde, segurança e meio ambiente. Nesta perspectiva, a regulação serviria como ferramenta moduladora em ramos em que o mercado tivesse atuação sobre recursos sociais.

Na percepção de Monica Caggiano, a importância axiológica da educação atualmente é refletida de forma cristalina pela sua presença não apenas no rol de direitos sociais. Doravante, pode-se afirmar que o direito à educação identifica-se com as espécies de direitos tanto de primeira como de segunda geração, e pode ser inserido em uma realidade social e individual (CAGGIANO, 2009, p. 23).

Trazendo esta perspectiva ao cenário brasileiro, destaca Caggiano que a Constituição de 1988, conhecida como a "Constituição cidadã", seguindo a tendência internacional, bem como perseguindo a finalidade de se tornar um instrumento capaz de atender aos anseios democráticos da sociedade, "inovou ao contemplar, no seu título II, o já célebre catálogo dos direitos, um extenso rol de direitos e garantias" (CAGGIANO, 2009, p. 29).

Esta também é a opinião de Assis, que identifica, diante do cenário apresentado, fundamentada a inserção da educação como um direito social explicitamente previsto na Constituição Federal. De acordo com sua abordagem, o constituinte tratou a matéria educacional de forma diferenciada no texto constitucional. O intuito era, a seu ver, dar-lhe papel de destaque, ficando explícita a importância atribuída à prestação do serviço de educação por parte do aparato estatal (ASSIS, 2009, 195).

Ressalta Caggiano que o texto constitucional procurou tratar a matéria educacional de forma a privilegiar uma abordagem moderna, ampliando ainda mais o elenco de direitos e garantias fundamentais. Na opinião da autora, o constituinte almejou, com esta atitude, meios possíveis para "agasalhar os direitos da segunda e da terceira geração, enfocando direitos coletivos e sociais e oferecendo nuanças de

extrema contemporaneidade ao sistema de tutela engendrado" (CAGGIANO, 2009, p. 29).

Para corroborar sua tese, Caggiano descreve a forma como o tópico educação é abordado ao longo do texto constitucional. De forma sucinta e sistematizada, lista a autora os dispositivos constitucionais atinentes à educação (CAGGIANO, 2009, p. 30):

> Art. 5º, IV; e XIV;
>
> Art. 6º, *caput*, (D. Sociais) – Cap. II do Tit. II;
>
> Art. 7º, XXV – assistência a dependentes e filhos de 0 a 5 anos;
>
> Art. 23, V – competência comum – promoção da educação;
>
> Art. 24, IX e XV – competência concorrente. Normas gerais e específicas;
>
> Art. 30, VI (competência comum envolvendo obrigação do município);
>
> Art. 205 (Sec. I, Cap. III, Tit. VIII – Da Ordem Social);
>
> Art. 206 – princípios de regência do ensino;
>
> Art. 207 – universidades – a autonomia universitária;
>
> Art. 208 – educação dever do Estado;
>
> Art. 209 – ensino privado – regras de atendimento;
>
> Art. 210 – formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais; Ensino religioso e língua portuguesa (§1º);
>
> Art. 211 – organização do sistema federal de ensino;
>
> Art. 212 – 18% União e 25% Estados e municípios;
>
> Art. 213 – direção dos recursos públicos.

Comungando da tese acima disposta, infere-se que a educação deve ser entendida como um direito fundamental, taxativamente expresso na Constituição Federal. Diante desta constatação, é correto afirmar que cabe ao estado implementar políticas públicas que permitam atender a este mandamento.

Não obstante tal conclusão, por imposição constitucional caberia à maquina estatal suprir a sociedade com serviços públicos de educação capazes de assegurar

padrão de elevada qualidade, tendo em mente que a participação da iniciativa privada na oferta deste serviço não altera sua natureza. Nesta empreitada, é cediço que o gestor público, ao exercer a função regulatória, deve considerar o interesse público em nível mais elevado aos parâmetros balizadores da livre iniciativa.

A seguir, versaremos especificamente a respeito da educação superior, situando-o, apesar de suas peculiaridades, também como direito fundamental tutelado pelo estado, de modo a ser regulado sob o pêndulo do interesse público, visando a oferta de excelência qualitativa, rumo ao atingimento de metas estratégicas do país.

2.3 A educação superior como serviço público e direito fundamental

De acordo com abordagem teórica referenciada por Robert Alexy, existem direitos fundamentais sociais mínimos e direitos fundamentais sociais excedentes. Nesta lógica, estariam acolhidos na primeira categoria o direito a um mínimo existencial, tais como: uma moradia simples, educação fundamental e média, educação profissionalizante e um patamar mínimo de assistência médica. Esse rol de direitos seria, a seu entender, o que o "indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade" (ALEXY, 2015, 512).

Deduz-se, diante de seus critérios, que a educação superior não se coaduna com as necessidades básicas do indivíduo, extrapolando a noção do que seria indispensável para sua existência. Todavia, isso não significa que o ensino universitário não integre o conjunto de direitos fundamentais tutelados pelo estado. Na forma defendida pelo autor, a educação superior constitui-se como direito fundamental social, porém, confrontado por seu método de sopesamento, deve ser entendido como de menor alcance vinculante em relação aos deveres do Estado enquanto provedor de serviços públicos capazes de amparar objetivamente os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

Segundo Moaci Alves Carneiro, é inquestionável o fato de que a Constituição Federal brasileira de 1988 e a legislação correlata abarcaram substancialmente a noção democrática da educação superior, tendo seu texto assumido categoricamente a compreensão de bem jurídico (CARNEIRO, 2015, p.503). Outrossim, cabe sublinhar o entendimento do autor no que tange à educação superior. Assim, em seu ponto de vista (CARNEIRO, 2015, p.501): "é necessário reconvocar princípios constitucionais segundo os quais, seja por ser oferecida pelo Estado, seja em decorrência de seus fins transcendentes, a educação superior é de natureza pública e sociocultural".

João dos Reis Silva Junior e Valdemar Sguissardi remetem o dever do estado para com a educação superior ao atingimento do interesse público e, de forma restritiva ao ensino privado, entendem que a educação superior tem como função precípua, e em atendimento a preceitos constitucionais e legais, o objetivo de atender às questões estratégicas e de desenvolvimento do país. Em corolário, destacam que as políticas para a educação superior devem ser delineadas sempre como políticas públicas de estado e que as instituições universitárias privadas devem apresentar-se como alternativa à sociedade civil somente quando o ente estatal não tenha condições de responder sozinho à demanda. Por este ponto de vista, a criação de tais instituições seria subsidiária, estritamente em conformidade com as imposições constitucionais que preveem a identidade universitária baseada no princípio da qualidade, exigindo-se delas os mesmos parâmetros requeridos de um bem público. (SILVA JUNIOR e SGUISSARDI, 2005, p. 18).

A discussão atinente à educação superior como bem público não é novidade. É uma questão demasiadamente abordada em documentos oficiais, geralmente utilizada como fundamento para legitimar e justificar a implantação de políticas públicas voltadas à educação superior. O Programa Universidade para Todos – Prouni (Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005), bem como o Fundo de Financiamento Estudantil – FIES (Lei nº 13.530, de 07 de dezembro de 2017), são exemplos disso. São políticas com o intuito de fomentar a formação de parcelas

menos abastadas da sociedade, não alcançadas pelas instituições públicas de ensino superior.

Conforme demonstrado por Edson de Oliveira Nunes (NUNES, 2012, p. 40), o Conselho Nacional de Educação – CNE partilha a ideia de compreender a educação superior como direito e bem público. Isso decorre da inegável contribuição trazida pela escolaridade superior do indivíduo. Como exemplifica Nunes, "a educação superior produz relevantes externalidades públicas, tais como maior engajamento político, taxas mais altas de comparecimento eleitoral, menores custos de saúde pública e segurança, formação de líderes, inovação e desenvolvimento científico e tecnológico" (NUNES, 2012, p. 41).

Na abordagem acima disposta, podemos identificar duas fortes correntes que pensam dialeticamente a regulação do ensino superior no Brasil. De forma genérica, a doutrina pátria aduz, em sua maioria, que em virtude do art. 208 da Constituição Federal, a educação se caracteriza como serviço público privativo do Estado. Em contrapartida, há uma outra posição doutrinária que afirma que a educação, com base no art. 209 da Constituição Federal, no momento em que é prestada pelo particular, caracteriza-se como atividade econômica, pautada pelo princípio da livre iniciativa, amparada nos fundamentos e princípios previstos no art. 170 da Carta Magna. Esta é, de forma geral, a dicotomia existente que permeia o campo jurídico e, de forma concreta, o sistema regulatório da educação superior.

Em síntese, faz-se importante destacar que o entendimento geral, bem como da doutrina e da jurisprudência até aqui mencionada, caminha na direção de não distinguir a natureza de direito público subjetivo da educação superior dos demais níveis de ensino. Há, de forma uníssona, a compreensão de que a educação superior compõe o grupo dos direitos civis e sociais tutelados pelo estado. Por conseguinte, é prudente colocá-lo como de extrema importância para o desenvolvimento estratégico do país.

No que tange ao escopo do presente trabalho, a tese acima aplicada se amolda de forma absoluta. A intervenção estatal promovida no fluxo regulatório do curso de graduação em Medicina, adequando-o à expectativa de satisfação de interesses sociais de extrema relevância é plenamente convergente com as diretrizes finalísticas dispostas na Constituição Federal. Não obstante a supremacia do interesses público, há de se que considerar que uma das balizas constitucionais sobejamente estabelecidas na Carta Magna é a redução das desigualdades regionais explicitamente espalhadas pelo país.

Ao se projetar a instalação de cursos de Medicina em localidades desprovidas e, em consequência, a formação acadêmica de médicos em consonância com o cenário social e com as necessidades de saúde pública específicas da região, o estado está cumprindo seu papel de formulador e executor de políticas públicas. Na rota defendida neste trabalho, a política pública eficaz é aquela que consegue se estabelecer de uma maneira que seja possível harmonizar todas as variáveis envolvidas, passando pelo respeito aos limites da livre iniciativa, fator imprescindível ao funcionamento da economia de mercado, bem como o estrito cumprimento do princípio da legalidade, atrelado ao fim maior, que seria, no presente caso, o suprimento efetivo dos direitos fundamentais da sociedade, estando assim respaldada a supremacia do interesse público.

Se no presente capítulo abordamos os aspectos principiológicos e doutrinários envoltos ao tema, no próximo pautaremos o objeto de análise sob a ótica normativa e organizacional. A tarefa em questão será de extrema importância, pois será através dela que conseguiremos entender o panorama geral e operacional da atividade regulatória exercida cotidianamente pelo estado, instrumentalizando o referencial normativo.

3 A ESTRUTURA NORMATIVA E ORGANIZACIONAL DA REGULAÇÃO DO SISTEMA FEDERAL DE ENSINO

3.1 Contextualização

O presente capítulo tem por objetivo abordar de forma sistematizada e sintética o arcabouço normativo e a estrutura organizacional do estado no tocante à regulação do ensino superior no Brasil. Com este intuito será analisada a legislação pátria e a doutrina pertinente ao assunto.

A compreensão das nuances normativas e das características burocráticas que permeiam o ambiente regulatório da educação superior no país é condição indispensável para o desenrolar da pesquisa. A correta percepção do referencial normativo e da moldura do funcionamento estatal, através da descrição das prerrogativas e competências de cada instância inserida no processo regulatório, permitirá o entendimento adequado das consequências e das repercussões provenientes do novo panorama regulatório imposto ao procedimento autorizativo dos cursos de Medicina pela Lei nº 12.871/2013.

3.2 Do arcabouço normativo da educação superior

O marco regulatório da educação superior é estruturado de forma a acomodar a participação do particular. Porém, conforme estabelecido no capítulo anterior, deve-se ter a compreensão de que é poder-dever do estado regular a atuação da livre iniciativa privada frente aos interesses públicos, tendo em vista a educação ser um direito fundamental e social. Cristaliza-se, desta forma, a percepção de que o princípio constitucional da livre iniciativa não pode ser considerado de forma absoluta, sendo relativizado pelos interesses sociais preponderantes na seara educacional.

Assim, pode-se aferir que o aparato estatal moldado para regular a educação superior no país é estabelecido para atender a um mandamento constitucional, onde as normas estipuladas visam principalmente ao alcance da excelência no padrão de

qualidade do ensino. Conforme dispõe a Constituição Federal, em seu art. 206, VII, a garantia de padrão de qualidade é um princípio ao qual a prestação do serviço educacional está vinculado. Assim, o artigo 209 é expresso neste sentido, ao prever que:

> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
>
> I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;
>
> II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Diante de tal disposição, concebeu-se em 1996 a Lei nº 9.394 –LDB (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), onde estão fincadas as diretrizes e bases da educação nacional. Está esculpido em seu art. 7º texto similar ao do transcrito acima, nos seguintes termos:

> Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
>
> I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;
>
> II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;
>
> III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

Ao nos depararmos com o art. 209, II, da Constituição Federal, anteriormente transcrito, percebe-se que a qualidade do ensino é indispensável para os entes públicos ou privados que prestem serviços educacionais. Considerando a importância constitucionalmente abarcada à qualidade na oferta da educação superior, foi publicada em 14 de abril de 2004 a Lei nº 10.861, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES, onde emana como objetivo "assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, dos cursos de graduação e do desempenho acadêmico de seus estudantes".

Em consonância com esta linha de raciocínio, dispõe Moaci Alves Carneiro (CARNEIRO, 2015, p.555) que exatamente por se categorizar a educação como uma tarefa essencialmente pública, é obrigação do Estado monitorar e avaliar a qualidade

da prestação do serviço educacional, seja ele prestado por ente público ou particular. Depreende-se, assim, que é obrigação do estado estruturar e coordenar as instâncias capazes de aferir a qualidade do ensino ministrado nas instituições de educação superior e de exigir o alcance das metas qualitativas exigidas pela legislação.

No mesmo sentido, faz-se necessário indicar no texto da Lei nº 9.394/1996, a inclusão taxativa das instituições de ensino superior que compõem o sistema federal de ensino. Parametriza assim o art. 16:

> Art. 16. O sistema federal de ensino compreende:
>
> I - as instituições de ensino mantidas pela União;
>
> **II - as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada; (grifo nosso)**
>
> III - os órgãos federais de educação.

Está positivado no art. 45 do mesmo diploma legal que "A educação superior será ministrada em instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização.".

Para a finalidade aqui perseguida, cabe citação ainda ao art. 46, onde consta a seguinte previsão:

> Art. 46. A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação.

Do ponto de vista avaliativo, o artigo acima transcrito é complementado pela Lei nº 10.861/2004, em especial seu Art. 2º. Este dispositivo versa expressamente o seguinte:

> Art. 2º O SINAES, ao promover a avaliação de instituições, de cursos e de desempenho dos estudantes, deverá assegurar:
>
> I – Avaliação institucional, interna e externa, contemplando a análise global e integrada das dimensões, estruturas, relações, compromisso social, atividades, finalidades e responsabilidades sociais das instituições de educação superior e de seus cursos;

> II – o caráter público de todos os procedimentos, dados e resultados dos processos avaliativos;
>
> III – o respeito à identidade e à diversidade de instituições e de cursos;
>
> IV – a participação do corpo discente, docente e técnico-administrativo das instituições de educação superior, e da sociedade civil, por meio de suas representações.
>
> Parágrafo único. Os resultados da avaliação referida no caput deste artigo constituirão referencial básico dos processos de regulação e supervisão da educação superior, neles compreendidos o credenciamento e a renovação de credenciamento de instituições de educação superior, a autorização, o reconhecimento e a renovação de reconhecimento de cursos de graduação.

Não obstante o acima exposto, a regulamentação do funcionamento do aparato regulatório do ensino superior está consubstanciado no Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017, recentemente publicado em substituição ao Decreto nº. 5.773, de 09 de maio de 2006[1]. No normativo em comento estão dispostas as formas organizativas do exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino.

As competências e as prerrogativas administrativas atinentes à matéria educacional em questão serão analisadas e aprofundadas a seguir. Esta tarefa permitirá extrairemos a noção exata da atividade governamental no que concerne à regulação da educação superior.

Absorver as instâncias ativas e suas respectivas esferas de atuação proporcionará conhecer o nível de influência de cada uma no âmbito da política pública em discussão. Ademais, a realização desta tarefa reforçará a importância do tema proposto, pois solidificará a convicção de que a regulação da educação superior

[1] O Decreto nº. 5.773, de 09 de maio de 2006, publicado no Diário Oficial da União em 10 de maio de 2006, dispunha sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino foi revogado pelo Decreto nº. 9.235, de 15 de dezembro de 2017, publicado no Diário Oficial da União em 18 de dezembro de 2017.

deve ser executada de modo a privilegiar o interesse público, em vista do alcance de objetivos estratégicos para o país.

3.3 As competências e prerrogativas administrativas na regulação da educação da educação superior

Conforme ficará bastante evidente, a gestão regulatória atualmente implementada é executada de modo complexo. Tal afirmação pode ser corroborada ao nos depararmos com as disposições regulamentares que permeiam o Decreto nº 9.235/2017. Estão envolvidos na política pública regulatória vários órgãos e instâncias de estado que atuam, em tese, de forma articulada nas etapas do processo regulatório.

O Decreto nº 9.235/2017 estabelece taxativamente as competências orgânicas do sistema regulatório da educação superior:

> Art. 3º As competências para as funções de regulação, supervisão e avaliação no sistema federal de ensino serão exercidas pelo Ministério da Educação - MEC, pelo Conselho Nacional de Educação - CNE, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - Inep e pela Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior - Conaes, na forma deste Decreto.
>
> Parágrafo único. As competências previstas neste Decreto serão exercidas sem prejuízo daquelas previstas na estrutura regimental do Ministério da Educação e do Inep, bem como nas demais normas aplicáveis.
>
> Art. 4º Ao Ministro de Estado da Educação compete:
>
> I – homologar pareceres do CNE em pedidos de credenciamento, recredenciamento e descredenciamento de instituições de educação superior;
>
> II – homologar pareceres e propostas de atos normativos aprovados pelo CNE;
>
> III - aprovar os instrumentos de avaliação elaborados pelo INEP;
>
> IV - homologar as deliberações da Conaes; e
>
> V - expedir normas e instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos.

§ 1º O Ministro de Estado da Educação poderá, motivadamente, restituir os processos de competência do CNE para reexame.

§ 2º Os atos homologatórios do Ministro de Estado da Educação são irrecorríveis na esfera administrativa.

Art. 5º Compete ao Ministério da Educação, por intermédio da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – Seres, nos termos do Decreto nº 9.005, de 14 de março de 2017, exercer as funções de regulação e supervisão da educação superior no âmbito do sistema federal de ensino.

Art. 6º Compete ao CNE:

I - exercer atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento do Ministro de Estado da Educação nos temas afetos à regulação e supervisão da educação superior, inclusive no tocante a casos omissos e dúvidas surgidas na aplicação das disposições contidas neste Decreto;

II - deliberar, por meio de sua Câmara de Educação Superior, sobre pedidos de credenciamento, recredenciamento, descredenciamento de IES e autorizações de cursos vinculadas a credenciamentos;

III - propor diretrizes e deliberar sobre a elaboração dos instrumentos de avaliação para credenciamento e recredenciamento de instituições elaborados pelo Inep;

IV - recomendar, por meio de sua Câmara de Educação Superior, providências da Seres, quando não satisfeito o padrão de qualidade para credenciamento e recredenciamento de universidades, centros universitários e faculdades;

V - deliberar, por meio de sua Câmara de Educação Superior, sobre a inclusão e a exclusão de denominação de curso do catálogo de cursos superiores de tecnologia;

VI - julgar recursos a ele dirigidos, por meio de sua Câmara de Educação Superior, nas hipóteses previstas neste Decreto; e

VII - analisar e propor questões relativas à aplicação da legislação da educação superior.

Parágrafo único. As decisões privativas da Câmara de Educação Superior, previstas no inciso II do caput, serão passíveis de recurso ao Conselho Pleno do CNE, na forma do art. 9º, § 2º, alínea "e", da Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, e do seu regimento.

No que concerne à regulação propriamente dita, pode-se apurar que seu processo é diluído entre diferentes instâncias governamentais. O papel de órgão

regulador, por excelência, está concentrado no Ministério da Educação - MEC. Porém, na lógica de um ato complexo, as atribuições regulatórias são delegadas a diferentes áreas e mesmo entre entidades vinculadas ao MEC.

Dentre estas entidades vinculadas, cabe considerar o protagonismo do Conselho Nacional de Educação – CNE. O CNE é um órgão previsto legalmente no §1º do art. 9 da Lei nº 9.394/1996. Assim dispõe a aludido texto: "Na estrutura educacional, haverá um Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente, criado por lei". A Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, que altera dispositivos da Lei nº n 4.024, de 20 de dezembro de 1961, é o dispositivo legal onde estão contidas as competências e atribuições do mencionado colegiado, sendo esta recepcionada pela LDB, publicada em 1996.

Prevê a legislação em comento as seguintes atribuições:

> Art. 7º O Conselho Nacional de Educação, composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, terá atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação e do Desporto, de forma a assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional.
>
> § 1º Ao Conselho Nacional de Educação, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, compete:
>
> a) subsidiar a elaboração e acompanhar a execução do Plano Nacional de Educação;
>
> b) manifestar-se sobre questões que abranjam mais de um nível ou modalidade de ensino;
>
> c) assessorar o Ministério da Educação e do Desporto no diagnóstico dos problemas e deliberar sobre medidas para aperfeiçoar os sistemas de ensino, especialmente no que diz respeito à integração dos seus diferentes níveis e modalidades;
>
> d) emitir parecer sobre assuntos da área educacional, por iniciativa de seus conselheiros ou quando solicitado pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto;
>
> e) manter intercâmbio com os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal;
>
> f) analisar e emitir parecer sobre questões relativas à aplicação da legislação educacional, no que diz respeito à integração entre os diferentes níveis e modalidade de ensino;

> g) elaborar o seu regimento, a ser aprovado pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto.

No que tange à educação superior, dispõe literalmente o seguinte:

> Art.9º As Câmaras emitirão pareceres e decidirão, privativa e autonomamente, os assuntos a elas pertinentes, cabendo, quando for o caso, recurso ao Conselho Pleno.
>
> § 1º...
>
> § 2º São atribuições da Câmara de Educação Superior:
>
> a) analisar e emitir parecer sobre os resultados dos processos de avaliação da educação superior;
>
> e) deliberar sobre a autorização, o credenciamento e o recredenciamento periódico de instituições de educação superior, inclusive de universidades, com base em relatórios e avaliações apresentados pelo Ministério da Educação e do Desporto;
>
> h) analisar questões relativas à aplicação da legislação referente à educação superior;
>
> i) assessorar o Ministro de Estado da Educação e do Desporto nos assuntos relativos à educação superior

O regimento interno do CNE, contido na Portaria MEC nº 1.306, de 1999, publicado no Diário Oficial da União de 3 de setembro de 1999, Seção 1, alude, particularmente no que concerne à educação superior, os seguintes aspectos:

> Art. 5º – São atribuições da Câmara de Educação Superior, com competência terminativa, nos termos do art. 3º:
>
> I – examinar problemas da educação superior, oferecendo sugestões para a sua solução;
>
> II – analisar e emitir parecer sobre os procedimentos e resultados dos processos de avaliação da educação superior;
>
> III – oferecer sugestões para a elaboração do Plano Nacional de Educação, observando sua repercussão na Lei de Diretrizes Orçamentárias e acompanhar-lhe a execução no âmbito de sua competência;
>
> IV – deliberar sobre as diretrizes curriculares propostas pelo Ministério da Educação, para os cursos de graduação;
>
> V – deliberar, com base em relatórios e avaliações encaminhados pelo Ministério da Educação, sobre o reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por

> instituições de ensino superior, assim como sobre autorização daqueles oferecidos por instituições não universitárias;
>
> VI – deliberar, com base em relatórios e avaliações encaminhados pelo Ministério da Educação, sobre a autorização, o credenciamento e o recredenciamento periódicos de universidades e de instituições isoladas de educação superior;
>
> VII – deliberar sobre os estatutos das universidades e o regimento das demais instituições de educação superior que fazem parte do sistema federal de ensino;
>
> VIII – deliberar, com base em relatórios resultantes da avaliação de cursos, elaborados pelo Ministério da Educação, sobre o reconhecimento periódico dos cursos de mestrado e doutorado;
>
> IX – analisar as questões concernentes à aplicação da legislação relativa à educação superior.
>
> X – assessorar o Ministro de Estado da Educação nos assuntos relativos à educação superior, oferecendo sugestões de critérios e procedimentos para o reconhecimento de cursos, avaliação, credenciamento e recredenciamento de instituições;
>
> Parágrafo único – As atribuições a que se referem os incisos "V", "VI" e "VII" deste artigo, poderão ser delegadas, em parte ou no todo, aos Estados e ao Distrito Federal, e o recredenciamento a que se refere o inciso "V" poderá incluir determinação para a desativação de cursos e habilitações.

Por conseguinte, percebe-se que a Câmara de Educação Superior exerce importante tarefa na política regulatória. Nos moldes descritos na alínea "e" fica explícita a participação do CNE no desenvolvimento de ações voltadas à gestão regulatória propriamente dita. De acordo com o texto acima, fica evidenciado que o lugar ocupado pelo CNE no fluxo regulatório não se restringe ao de um mero órgão consultivo, a exemplo de outros Conselhos pertencentes ao poder executivo. Sua voz ativa nos processos administrativos regulatórios garante, em especial à sua Câmara de Educação Superior, participação de destaque no contexto regulatório.

De todo modo, cabe ressaltar que a partir da edição da Resolução CNE/CES nº 6/2011[2], a gestão dos processos atinentes a cursos superiores, ou seja, autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento, foi delegada à

[2] Diário Oficial da União de 11 de julho de 2011, seção 1, página 30.

Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – SERES, passando a Câmara de Educação Superior, nestes casos, a atuar como instância recursal. Conservou sua competência deliberativa nos processos de credenciamento e recredenciamento institucional, onde são definidas a entrância e permanência de instituições de educação superior no sistema federal de ensino.

Essa alteração de competência repercute na literatura. Moaci Alves Carneiro (CARNEIRO, 2015, p. 229) afirma que as constantes alterações nas prerrogativas do CNE funcionam como elemento de esterilização e de mutilação institucional. Em seu ponto de vista a delegação de competências de atividades regulatórias ao órgão central possui o único intuito de tornar o Conselho um mero "porta-voz" da ideologia do corpo dirigente do Ministério da Educação. Em suas palavras,

> ...não há como negar que muitas das funções asseguradas na lei de criação do CNE têm sido desviadas para outras instâncias do MEC. Ou seja, assiste-se a um crescente esvaziamento das funções e atribuições do Conselho Nacional de Educação. Esvaziamento que é proporcional a um processo de esmaecimento legal e normativo em cujo bojo tem sido jogada grande parte da legislação da educação...

Percebe-se que a Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior - SERES é quem, de fato, exerce as atribuições regulatórias de relevância no sistema federal de ensino. É a instancia ministerial encarregada de regular e supervisionar as instituições federais de educação superior e as instituições de educação superior privadas. Tal assertiva pode ser corroborada ao se visualizar as atribuições delegadas a este órgão. Nos termos do Decreto nº 9.005, de 14 de março de 2017, onde está contida a estrutura regimental do Ministério da Educação, é possível perceber a especialidade regulatória emanada ao aludido órgão por intermédio do instrumento regulamentador em comento. Estão assim elencadas as atribuições da SERES:

> Art.28. À Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior compete:
>
> I - planejar e coordenar o processo de formulação de políticas para a regulação e a supervisão da educação superior, em consonância com as metas do PNE;

> II - autorizar, reconhecer e renovar o reconhecimento de cursos de graduação e sequenciais, presenciais e a distância;
>
> III - exarar parecer nos processos de credenciamento e recredenciamento de instituições de educação superior para as modalidades presencial e a distância;
>
> IV - supervisionar instituições de educação superior e cursos de graduação e sequenciais, presenciais e a distância, com vistas ao cumprimento da legislação educacional e à indução de melhorias dos padrões de qualidade da educação superior, aplicando as penalidades previstas na legislação;
>
> V - estabelecer diretrizes e instrumentos para as ações de regulação e supervisão da educação superior, presencial e a distância, em consonância com o ordenamento legal vigente;
>
> VI - estabelecer diretrizes para a elaboração dos instrumentos de avaliação de instituições e cursos de educação superior;
>
> VII - gerenciar sistema público de informações cadastrais de instituições e cursos de educação superior;
>
> VIII - gerenciar sistema eletrônico de acompanhamento de processos relacionados à regulação e supervisão de instituições e cursos de educação superior;
>
> IX - articular-se, em sua área de atuação, com instituições nacionais, estrangeiras e internacionais, mediante ações de cooperação institucional, técnica e financeira bilateral e multilateral;
>
> X - coordenar a política de certificação de entidades beneficentes de assistência social com atuação na área de educação; e
>
> XI - gerenciar, planejar, coordenar, executar e monitorar ações referentes a processos de chamamento público para credenciamento de instituições de educação superior privadas e para autorização de funcionamento de cursos em áreas estratégicas, observadas as necessidades do desenvolvimento do País e a inovação tecnológica.

Adiante, o Decreto nº 9.235/2017, em consonância com os parâmetros estabelecidos na Lei do SINAES[3], estipula assim as competências avaliativas no fluxo regulatório:

> Art. 7º Compete ao Inep:

[3] Lei nº 10861, de 14 de abril de 2004, Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências.

> I - conceber, planejar, coordenar e operacionalizar ações voltadas à avaliação de IES e cursos de graduação e de escolas de governo;
>
> II - conceber, planejar, coordenar, operacionalizar e avaliar o Exame Nacional de Desempenho do Estudante - ENADE e exames e avaliações de estudantes ou egressos de cursos de graduação;
>
> III - conceber, planejar, coordenar, operacionalizar e avaliar indicadores referentes à educação superior decorrentes de exames e insumos provenientes de bases de dados oficiais, em consonância com as diretrizes propostas pelas Secretarias e órgãos competentes do MEC;
>
> IV - elaborar e submeter à aprovação do Ministro de Estado da Educação os instrumentos de avaliação, em consonância com as diretrizes propostas pela Seres e órgãos competentes do MEC;
>
> V - conceber, planejar, avaliar e atualizar os indicadores dos instrumentos de avaliação, em consonância com as diretrizes propostas pela Seres;
>
> VI - conceber, planejar, coordenar, operacionalizar e avaliar as diretrizes, a constituição e a manutenção de bancos de avaliadores e colaboradores especializados, incluindo a designação das comissões de avaliação; e
>
> VII – presidir a Comissão Técnica de Acompanhamento da Avaliação – CTAA e planejar, coordenar, operacionalizar e avaliar as ações necessárias à consecução de suas finalidades.

Das competências acima elencadas denota-se, mais uma vez, o zelo dispensado pelo ente regulamentador à tarefa avaliativa que deve ser exercida pelo estado. Tal preocupação decorre do mandamento constitucional de obrigatoriedade do alcance de padrão de qualidade de excelência na educação superior.

Apesar de considerar a avaliação um procedimento fundamental para a educação superior, Edson de Oliveira Nunes (NUNES, 2012, p. 391) critica o modelo de execução estatal da função avaliativa. Em sua opinião, a avaliação da educação superior atualmente vigente no Brasil não possui finalidade própria. Ao invés de perseguir o escopo de aferir a qualidade acadêmica praticada no sistema universitário do brasileiro, comparando inclusive a situação do ensino universitário brasileiro em relação aos demais países, seu intuito compreende apenas um passo

intrínseco do processo regulatório, possuindo um caráter apenas de insumo para a tomada de decisão da instância reguladora.

> Não existe no sistema oficial brasileiro avaliação da educação superior que se esgote em si mesma; ela só é realizada em caráter incidental a um processo principal, de Regulação. O eixo central deste trabalho sintetiza-se nesta afirmativa. A partir da LDB, e com alguma ênfase, a partir do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), o oficialato do MEC tem considerado Avaliação e Regulação uma relação necessária; seu divórcio parece incogitável, quer seja porque a Avaliação seria abalada em seu aspecto utilitário e teleológico, quer seja porque a Regulação estaria prejudicada em seu principal meio de convicção. De qualquer forma, a Avaliação oficial tornou-se um "meio", tornando-se quase impertinente falar dela como um "fim" em si mesma.

Em síntese, foram delineadas acima as competências administrativas concernentes à política regulatória da educação superior. Pudemos perceber que o aparato estatal responsável pela função regulatória é formatado e gerenciado de modo complexo, pois é constituído de diferentes órgãos e instâncias administrativas.

Esta disposição será de vital importância para o item a seguir, onde tratará especificamente sobre a prática atualmente utilizada na autorização dos cursos de medicina no sistema federal de ensino. Mormente a imposição concebida esculpida art. 3º da Lei nº 12.871/2013, perceber-se-á a concentração das atribuições regulatórias exclusivamente no Ministério da Educação, delegadas à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior - SERES/MEC.

4 O MODELO DE AUTORIZAÇÃO DE CURSOS DE MEDICINA E AS ALTERAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DO MAIS MÉDICOS (LEI Nº 12.871/2013).

4.1 Contextualização

O capítulo em tela será construído com o intuito de responder ao objetivo principal do trabalho. Assim, adentrar-se-á na questão fulcral da análise, com a imersão completa no processo regulatório dos cursos de Medicina e de suas

particularidades inovadoras decorrentes do instauração do Programa Médicos para o Brasil, disposto na Lei nº 12.871/2013.

Por derradeiro, a análise constituída nesta etapa deverá complementar, com ênfase no caso específico da autorização do curso de Medicina ao ente privado, a ideia disseminada por toda pesquisa. Assim, a configuração substancial do presente capítulo deve explicitar a convicção de que a função regulatória do estado, em especial no que tange à educação superior, deve pautar-se pela supremacia do interesse público e pela contemplação dos objetivos estratégicos do país, permitindo-se mitigar a liberdade irrestrita da atuação da iniciativa privada no ramo da educação superior.

Os capítulos precedentes mostraram que os princípios, a doutrina dominante, o arcabouço normativo e a estrutura burocrática concernente à regulação da educação superior são precipuamente fundamentadas na noção de que o estado deve privilegiar os interesses e objetivos finalísticos definidos pela Constituição Federal. Desta forma, conforme delineado acima, o escopo da política regulatória da educação superior deve almejar a prestação do serviço educacional com qualidade, visando instigar o efetivo desenvolvimento social e a redução das desigualdades regionais que assolam as localidades mais remotas do país e afeta sobretudo a vida das pessoas mais carentes.

4.2 O contexto geral do processo de autorização de cursos de Medicina e a mudança de paradigma

O procedimento de autorização de cursos de Medicina seguiu até o ano de 2013 o mesmo fluxo regulatório dos demais cursos. O normativo balizador para os protocolos de autorização era, até então, a Lei nº 9.394/1996 - LDB, em especial o art. 46, com a regulamentação estabelecida no Decreto nº 9.235/2017.[4]

[4] A legislação citada acima foi recentemente revogada, passando a vigorar o Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017 e, em especial ao padrão decisório e ao fluxo dos processos de autorização de cursos, as Portarias Normativas MEC nº 20 e 23, ambas de 21 de dezembro de 2017.

Guardada a excepcionalidade de participação opinativa do Conselho Nacional de Saúde – CNS no decorrer do processo, imposição disposta no art. 28, §2º do revogado Decreto nº 5.773/2006, e devidamente explicitada no art. 29, §2º da também revogada Portaria Normativa nº 40/2007, juntamente com os cursos de Psicologia, Enfermagem e Odontologia[5], e critérios qualitativos e estruturais mais elevados, não havia diferença substancial no rito processual e no padrão decisório do órgão regulador.

Tradicionalmente, o pleito para a abertura de um curso de Medicina era demandado diretamente pela instituição de educação superior, que era responsável pela escolha do município de instalação do curso e pela delimitação das vagas a serem ofertadas. Neste fluxo, cabia ao Ministério da Educação analisar a viabilidade estrutural e pedagógica ao número de vagas do projeto apresentado, sem poder de interferir nas variáveis de local de oferta e de adequação da proposta de projeto político-pedagógico à rede de saúde pública local. Deduz-se, assim, que a questão da necessidade social ficava restrita à viabilidade econômica do curso no viés apresentado pela instituição privada, não se inserindo no padrão de análise do órgão regulador demais quesitos de relevância estratégica do ponto de vista governamental.

Por conseguinte, as exigências mais apuradas eram consequência natural de um curso pertencente a uma área sensível e que demanda maior qualificação do corpo docente, de infraestrutura compatível e de articulação do processo formativo com a prática médica. Por suas especificidades, o cotidiano de um estudante de Medicina perpassa a frequência ao campus universitário e se insere no exercício da medicina propriamente dita, com o desenvolvimento de atividades acadêmicas e da prática médica no ambiente hospitalar.

Todavia, os critérios demandados de uma instituição de educação superior para protocolar junto ao MEC a autorização de um curso de Medicina não eram

[5] A manifestação opinativa do Conselho Nacional de Saúde no tocante aos cursos de Medicina, Psicologia, Odontologia e Enfermagem continua existindo no novo marco regulatório, conforme disposto no art. 41 do Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017.

muito diferentes dos demais cursos. Ademais, forçavam das instituições maiores gastos financeiros e estruturais para a disponibilização de um aparato acadêmico compatível com um curso desta natureza. Assim, a abertura de cursos de Medicina estava correlacionada à comprovação por parte da instituição demandante do atendimento aos requisitos mínimos de qualidade estipulados pelo Ministério da Educação.

Ocorre que o panorama acima descrito gerou, na percepção do Ministério da Educação, efeitos nocivos. Da forma como gestada a política regulatória, consolidou-se a tendência de concentração de oferta de vagas de Medicina e, consequentemente, de programas de residência médica e mesmo de fixação de médicos em uma quantidade reduzida de cidades, principalmente nas capitais e nas regiões sul e sudeste do país.[6]

Doravante, todo esse contexto é totalmente alterado com a promulgação da Medida Provisória nº 621, de 08 de julho de 2013, convertida na Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013. A autorização de cursos de Medicina passa de uma solicitação da própria instituição de educação superior para um ato de estrita discricionariedade do Ministério da Educação, onde o órgão regulador passa a ser o responsável, por intermédio de Edital, pelo estabelecimento de regras e imposições prévias aos municípios e às instituições de educação superior.

Conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 12.871/2013[7], o ato autorizativo para oferta de curso de Medicina fica adstrito a chamamento público prévio, devendo ser

[6] Ver Informação nº 212/2016/CGLNRS/DPR/SERES/SERES-MEC, inserida nos autos do processo do Tribunal de Contas da União (TC 000.113/2016-6, apensado ao TC 022.106/2015-4)

[7] Art. 3º A autorização para o funcionamento de curso de graduação em Medicina, por instituição de educação superior privada, será precedida de chamamento público, e caberá ao Ministro de Estado da Educação dispor sobre:
I - pré-seleção dos Municípios para a autorização de funcionamento de cursos de Medicina, ouvido o Ministério da Saúde;
II - procedimentos para a celebração do termo de adesão ao chamamento público pelos gestores locais do SUS;
III - critérios para a autorização de funcionamento de instituição de educação superior privada especializada em cursos na área de saúde;
IV - critérios do edital de seleção de propostas para obtenção de autorização de funcionamento de curso de Medicina; e

incluído no instrumento convocatório, dentre outros critérios, uma espécie de caderno de encargos aos municípios interessados em sedear um curso de Medicina, passando necessariamente por uma maior vinculação às necessidades do Sistema Único de Saúde - SUS. Destarte, estimula-se a concorrência prévia entre as mantenedoras, com o intuito de levar aos municípios selecionados a instituição de educação superior que apresente a melhor proposta qualitativa, tanto do ponto de vista estrutural quanto educacional.

Concomitantemente à promulgação da Lei nº 12.871, foi publicado pelo Ministro de Estado da Educação o Edital nº 3[8], de 22 de outubro de 2013, pelo qual tornou-se pública a realização de chamamento público para pré-seleção de municípios para autorização de funcionamento de cursos de Medicina. Por intermédio do presente documento editalício foram estabelecidas as regras para a participação dos municípios interessados na implantação e no funcionamento de cursos de Medicina por instituição de educação superior privada, bem como delegada a competência à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior - SERES/MEC para a execução dos atos inerentes ao certame.

Em análise acurada ao instrumento convocatório, pode-se perceber as relevantes exigências demandadas aos municípios. As etapas a serem percorridas evidenciam um alto padrão de esforço do ente municipal. Os critérios delineados passam pela comprovação da relevância e necessidade social da oferta de curso de Medicina, da adequação da estrutura de equipamentos públicos e programas de saúde existentes no município, bem como pela análise de projeto de melhoria da estrutura de equipamentos públicos e programas de saúde.

Faz-se importante mencionar a inserção do Ministério da Saúde como instância partícipe na etapa de análise da estrutura dos equipamentos públicos e

---

V - periodicidade e metodologia dos procedimentos avaliatórios necessários ao acompanhamento e monitoramento da execução da proposta vencedora do chamamento público.
(...)

[8] Edital nº 3, de 22 de outubro de 2013. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=14474-edital-mec3-pre-sel&category_slug=outubro-2013-pdf&Itemid=30192.> Acesso em 26 fev. 2018.

programas de saúde praticados no município. Aliás, a introdução do Ministério da Saúde no contexto regulatório nada mais representou do que a concretização da previsão disposta no art. 3º, I, da Lei nº 12.871/2013[9].

Percebe-se, nitidamente, uma maior centralização e concentração nas mãos do estado o controle sobre a formação de médicos no país. Projeta-se uma tentativa de maior cooperação federativa no processo, haja vista uma série de contrapartidas dos entes municipais. Destaca-se, ainda, a tentativa de articulação de políticas públicas, com a participação do Ministério da Saúde como instância governamental decisória legalmente constituída. No entendimento do poder público, a nova abordagem inaugurada pelo Programa Mais Médicos deve ser encarada como uma "reformulação do federalismo solidário nas áreas de educação e saúde, que contarão com ampla participação dos municípios interessados, que devem efetuar melhorias estruturais na saúde local".[10]

Ademais, a inovação perpetrada teria como maior objetivo induzir, por meio de instrumentos disponibilizados pela função regulatória do poder público e invocando o interesse social, a expansão no número de cursos de Medicina, privilegiando localidades com escassez crônica ou mesmo ausência de oferta, almejando uma maior simetria na distribuição de vagas entre as regiões do país e também com a perspectiva de robustecer a prestação de serviços de atenção básica em saúde à parcela da população com maior vulnerabilidade.[11]

De acordo com arrazoado apresentado pelo Ministério da Educação, o cumprimento de suas atribuições esculpidas no art. 3º da Lei nº 12.871/2013 serve ao propósito de implementar esforços para cumprir os objetivos finalísticos

[9] Art. 3º A autorização para o funcionamento de curso de graduação em Medicina, por instituição de educação superior privada, será precedida de chamamento público, e caberá ao Ministro de Estado da Educação dispor sobre:
I - pré-seleção dos Municípios para a autorização de funcionamento de cursos de Medicina, ouvido o Ministério da Saúde;
(...)

10 Ver Parecer n. 1549/2013/CONJUR-MEC/CGU/AGU. Inserido no Processo STF n. 00688.000433/2013-14, pertinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5037 de 2013

[11] Ver Informação nº 212/2016/CGLNRS/DPR/SERES/SERES-MEC, inserida nos autos do processo do Tribunal de Contas da União (TC 000.113/2016-6, apensado ao TC 022.106/2015-4)

definidos para o Programa Mais Médicos. Destaca-se, dentre os objetivos traçados, alavancar a qualidade dos cursos de Medicina, prerrogativa legalmente atribuída ao MEC, não somente no tocante aos cursos desta espécie, mas à educação em geral, em sintonia com os arts. 206, VII e 209, II, da Constituição Federal.

Destarte, o Ministério da Educação alega que a fixação de suas prerrogativas contidas na Lei nº 12.871/2013 vem ao encontro das melhores práticas administrativas impostas pela Constituição Federal, pois possuem o condão da primazia pela obediência aos princípios da legalidade, isonomia, bem como garantir o contraditório e a ampla defesa.[12]

A lógica do novo procedimento passa ainda por fomentar a concorrência entre as mantenedoras interessadas em instalar-se em localidades previamente classificadas pelo Ministério da Educação. Nessa esteira, o engajamento das instituições de educação superior em apresentar o melhor projeto do ponto de vista econômico, estrutural e pedagógico, concatenado com as necessidades sociais e em harmonia com o poder público local, passa a ser um dos principais objetivos da política pública regulatória voltada para a formação médica. Destaca-se, ainda, o intuito do Ministério da Educação em privilegiar a participação de mantenedoras que possuam instituição de educação superior com índices qualitativos de destaque no âmbito avaliativo da educação superior.

A assertiva acima disposta pode ser corroborada ao se examinar o Edital nº 6, de 22 de dezembro de 2014, de competência da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – SERES/MEC[13]. Ao se debruçar na análise do referido instrumento convocatório nos deparamos com a constatação de que os critérios elencados no documento são extremamente rigorosos e seletivos, tanto do ponto de vista educacional quanto do econômico-financeiro. As chamadas etapas de

[12] Idem.
[13] Edital SERES/MEC nº 6, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17515-edital-seres-n6-2014&category_slug=maio-2015-pdf&Itemid=30192>.

análise, arroladas no item 5 do Edital, elucidam enfaticamente a imposição de um padrão qualitativo e econômico elevados que deve ser apresentado pelos partícipes.

De acordo com o exposto neste item, a habilitação da proposta encampada pela mantenedora deve demonstrar enfaticamente sua capacidade econômico-financeira, bem como sua regularidade jurídica e fiscal. Nesta fase, escolheu o Ministério da Educação valorar sobejamente a saúde financeira do partícipe, por meio de verificação de indicadores que apuram o perfil de risco financeiro, com parâmetro nas demonstrações financeiras anuais auditadas da mantenedora, relativas aos últimos 3 (três) exercícios fiscais. Em adição, conforme exigência prevista no item 12 (doze) do supracitado instrumento, há a obrigatoriedade de apresentação de garantia de execução, no percentual de 10% (dez por cento) do valor total do plano de infraestrutura protocolado pela mantenedora, previsto para os primeiros 6 (seis) anos de funcionamento do curso.

Não obstante, além da exigência de comprovação de seu equilíbrio financeiro, sob pena de eliminação, afere-se em etapa posterior o histórico regulatório da mantenedora e de suas instituições de educação superior vinculadas. Conforme disposto no Edital (item 5.3), é imperativo que o partícipe informe expressamente uma série de índices qualitativos educacionais que são anualmente mensurados pelo MEC.[14]Valora-se, ainda, a experiência acadêmica institucional no caso de oferta de cursos de graduação englobados pela área de saúde[15], bem como a expertise na pós-graduação, com ênfase em programas de mestrado ou doutorado na

[14] O Ministério da Educação divulga anualmente, por intermédio do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Nacionais Anísio Teixeira – INEP, o Índice Geral de Cursos – IGC. Este índice consiste basicamente em conceituar, em escala de 1 a 5, a qualidade educacional dos cursos ofertados pelas Instituições de Educação Superior. O IGC é uma média ponderada que envolve as notas contínuas de Conceitos Preliminares de Curso (NCPC) dos cursos de graduação e os conceitos CAPES dos cursos de programas de pós-grduação *stricto sensu* das Instituições de Educação Superior. A respeito do IGC, ver: <http://portal.inep.gov.br/web/guest/indice-geral-de-cursos-igc-.>. Acesso em: 1º mar. 2018.

[15] A área de saúde é composta dos seguintes cursos: Biomedicina, Educação Física, Enfermagem, Farmácia, Fisioterapia, Fonoaudiologia, Nutrição, Odontologia, Medicina, Curso Superior de Tecnologia em Radiologia e Curso Superior em Gestão Hospitalar.

área de saúde devidamente recomendado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Nível Superior – CAPES.

Infere-se da leitura do Edital que a proposta disponibilizada é um caderno de encargos complexo. Constitui-se de uma série de documentos que sejam capazes de descrever o projeto pedagógico do curso de Medicina, em articulação com o plano de formação e desenvolvimento de docência em saúde. Não obstante, deve contemplar a previsão de instalação de infraestrutura da instituição e da contrapartida à estrutura de serviços, ações e programas de saúde do Sistema Único de Saúde do município, do mesmo modo que a descrição do plano de implantação de residência médica e da função social da instituição, por meio do plano de oferta de bolsas universitárias para os alunos.

Em suma, na perspectiva legalmente estabelecida, o incremento qualitativo no processo educacional serviria como insumo para o alcance do escopo de maior repercussão social, passando pela diminuição do déficit de médicos no interior do país e ainda pela melhoria substancial da prestação dos serviços de atenção básica em saúde. Doravante, definiu-se como metas a serem atingidas a abertura de 11.400 (onze mil e quatrocentas) vagas de graduação até 2017 e de 12.400 (doze mil e quatrocentas) vagas de residência médica até 2018, todas em municípios ainda desprovidos de oferta de cursos de Medicina. Este volume seria suficiente para aproximar, proporcionalmente, a quantidade de vagas ofertadas no Brasil, que representa a relação de 0,95 vagas/10.000 habitantes ao contexto da Inglaterra, país onde se encontra instalado o segundo maior sistema público e universal de saúde do mundo e que possui taxa de 1,34 vagas/10.000 habitantes.[16]

[16] Ver Informação nº 212/2016/CGLNRS/DPR/SERES/SERES-MEC, inserida nos autos do processo do Tribunal de Contas da União (TC 000.113/2016-6, apensado ao TC 022.106/2015-4)

4.3 A repercussão do novo modelo regulatório e as implicações judiciais e administrativas

As mudanças surgidas no procedimento regulatório do curso de Medicina com o advento da Lei nº 12.871/2013 foram recepcionadas com desconfiança por alguns setores da sociedade. As manifestações em relação ao novo marco legal específico para os cursos de Medicina foram em grande parte de desapreço e hostis. Não tardaram a surgir ações em âmbito judicial e administrativo no sentido de contestar a constitucionalidade da Lei nº 12.871/2013 e, mais especificamentre, de impugnar o Edital nº 6/2014.

No dia 23 de agosto de 2013, a Associação Médica Brasileira – AMB e a Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados – CNTU ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI[17], com pedido de medida cautelar, contra a Medida Provisória nº 621, de 08 de julho de 2013, que instituiu o Programa Mais Médicos para o Brasil. A Associação Médica Brasileira suscitou, por intermédio da ADI nº 5035 a inconstitucionalidade do art. 7º da Medida Provisória nº 621, de 08 de julho de 2013[18], que tratava do público alvo e da

[17] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5035 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5037 de 2013, respectivamente. Por pertinência temática, o Ministro Marco Aurélio Mello, relator da matéria, apensou a ADI nº 5035 aos autos da ADI nº 5037, por considerar que esta abarcava escopo mais amplo. No caso da ADI nº 5035, o objeto restringia-se ao art. 7º da Medida Provisória nº 621/2013. A decisão do Ministro Marco Aurélio Mello pode ser consultada em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4453567>.

[18] Art. 7 Fica instituído, no âmbito do Programa Mais Médicos, o Projeto Mais Médicos para o Brasil, que será oferecido:
I - aos médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no País; e
II - aos médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras, por meio de intercâmbio médico internacional.
§ 1 A seleção e ocupação das vagas ofertadas no âmbito do Projeto Mais Médicos para o Brasil observará a seguinte ordem de prioridade:
I - médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no País;
II - médicos brasileiros formados em instituições estrangeiras com habilitação para exercício da medicina no exterior; e
III - médicos estrangeiros com habilitação para exercício de medicina no exterior.
§ 2 Para fins do Projeto Mais Médicos para o Brasil, considera-se:
I - médico participante - médico intercambista ou médico formado em instituição de educação superior brasileira ou com diploma revalidado; e

ordem de prioridade dos médicos aderentes ao Programa Mais Médicos. Outrossim, a tese impugnatória emanada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados – CNTU na ADI nº 5037 teve como alvo justamente os arts. 3º a 11, 13 e 14 da aludida Medida Provisória. Por oportuno, cabe mencionar que por ser mais abrangente e relacionada com o escopo do presente trabalho, vamos nos ater à esta Ação, com a ressalva de que ambas foram apensadas e analisadas em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal

Os argumentos trazidos pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados – CNTU foram variados e englobaram aspectos formais e materiais. Não obstante a impetrante ter apontado questões como a ausência de relevância e urgência, bem como de vedação temática a nível de medida provisória, haja vista a alteração das Diretrizes Nacionais e do currículo do curso de Medicina estarem previstas no texto do art. 4 da Medida Provisória nº 621/2013 apenas para o exercício de 2015. Ademais, a pauta proposta trataria de questão atinente à cidadania, tema vedado pelo art. 62, § 1º, II. No tocante ao mérito, foram abordadas teses no sentido de considerar que a Medida Provisória nº 621/2013 afrontaria vários comandos constitucionais.

Dentre as incongruências destacadas estaria a burla ao mandamento constitucional da obrigatoriedade do concurso público, a precarização nas relações de trabalho, a tentativa velada do estado em instaurar espécie de trabalho civil obrigatório, o exercício ilegal da medicina, a desconsideração pela revalidação do diploma estrangeiro para o exercício da medicina no Brasil e, por fim, e o que mais interessa para o presente trabalho, a violação do princípio da autonomia universitária.

II - médico intercambista - médico formado em instituição de educação superior estrangeira com habilitação para exercício da medicina no exterior.
§ 3 A coordenação do Projeto Mais Médicos para o Brasil ficará a cargo dos Ministérios da Educação e da Saúde, que disciplinarão, por meio de ato conjunto dos Ministros de Estado da Educação e da Saúde, a forma de participação das instituições públicas de educação superior e as regras de funcionamento do Projeto, incluindo a carga horária, as hipóteses de afastamentos e os recessos.

No que concerne ao argumento da violação ao princípio constitucional da autonomia universitária, contido no art. 207 da Constituição Federal, a petição da CNTU invoca que o art. 3º da Medida Provisória nº 621/2013 estaria burlando tal premissa ao atribuir ao Ministério da Educação o exercício de funções que, na visão do impetrante, seriam das Universidades. Em adição, entendeu a impetrante que os arts. 4º, 6º e 8º da Medida Provisória nº 621/2013 demandavam alterações curriculares e na forma de oferta de cursos de especialização aos médicos aderentes ao Programa Mais Médicos sem a adequada participação das universidades no processo deliberativo, inclusive no tocante ao impacto orçamentário demandado para a implementação das ações delegadas às mesmas.

Destarte, a tese proposta pela requerente expunha a preocupação com uma exacerbada intromissão estatal em assuntos da órbita interna das universidades, influenciando na gestão acadêmica, pedagógica, administrativa e orçamentária das instituições sem a devida participação das mesmas no processo decisório. Na vertente proposta pela CNTU, essa situação afrontaria materialmente o princípio da autonomia universitária, previsto no art. 207 da Constituição Federal.

Em arrazoado contido na Mensagem Presidencial nº 402, de 19 de setembro de 2013[19], a União rebate os fundamentos trazidos pela requerente. Tratando da ausência de urgência da matéria, que se comprovadas resultaria no impedimento de utilização de Medida Provisória, a Advocacia Geral da União - AGU contradiz os elementos da exordial de modo a afirmar que a efetiva mudança estrutural na formação médica, materializada na alteração substancial da matriz curricular do curso, é tarefa de extrema urgência. A previsão dos efeitos para exercício futuro não significa que as providências administrativas devem esperar. Ao contrário, a implementação das mudanças curriculares seriam imprescindíveis a curto prazo, pois dela seriam dependentes outras medidas inseridas no bojo de política pública de

[19] Documento inserido nos autos do Processo STF n. 00688.000433/2013-14, pertinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5037 de 2013.

extrema complexidade como o Programa Mais Médicos, marcada pela participação de diversos entes estatais e de esferas governamentais distintas.

Concomitantemente, pugna a AGU que a implicação de urgência aferida a determinada matéria compete ao arbítrio único e exclusivo do Presidente da República, cabendo ao Poder Judiciário intervir nessa seara apenas em último caso, quando constatado evidente abuso de discricionariedade. No caso em tela, dispara a AGU, em nada se violou os limites da discricionariedade imputada ao Poder Executivo, muito menos se encontram presentes no âmago da Medida Provisória nº 621/2013 elementos que configurassem desvio de finalidade ou abuso de poder. Alerta, ainda, para o fato de que a importância da matéria regulatória presente no contexto do Programa Mais Médicos seria fator inadiável para seu prosseguimento.

Outrossim, no que diz respeito à suposta carência da relevância, explana a AGU que a educação, por sua própria natureza, está revestida de tal característica. Neste diapasão, dispõe que a matéria educacional, entendida como direito social, é prioridade quase que absoluta em matéria de políticas públicas, sendo muitas vezes justificável a catalisação do processo legislativo em favor de sua apreciação, utilizando-se, com esse intuito, a Medida Provisória.

Em complemento, aduz que a eficácia do Programa Mais Médicos está condicionada à agilidade na implementação harmônica e coordenada das ações projetadas, sendo assim justificada a escolha da União por sua adoção mediante força de lei, com o devido encaminhamento posterior à instância deliberativa do Congresso Nacional. Por conseguinte, a instauração de hodierno ordenamento normativo capaz de amparar os ajustes concernentes ao novo modelo de autorização e de formatação pedagógica dos cursos de Medicina seriam indispensáveis para a viabilidade da própria política pública.

Por oportuno, impõe-se destacar o posicionamento da AGU no que diz respeito à à tese da violação ao princípio da autonomia universitária, esculpido no art. 207 da Constituição Federal. Em análise ao expediente supracitado, constata-se

que a Advocacia Geral da União, avocando os fundamentos dispostos no Parecer nº 1549/2013/CONJUR-MEC/CGU/AGU[20], não se manifestou a respeito dos argumentos lançados pela requerente contra os termos do art. 3º da Medida Provisória nº 621/2013. Diante desta postura adotada pela AGU, não se adentrou no mérito regulatório propriamente dito em relação aos cursos de Medicina.

Doravante, o cerne da divergência contestada pela AGU ficou restrito aos arts. 4º, 6º e 8º da Medida Provisória nº 621/2013, tendo como objeto de discussão as questões curriculares e a atuação acadêmica das Instituições de Ensino Superior na implantação do Programa Mais Médicos. Em relação à seara curricular, aduz a AGU que a nova concepção da formação médica, balizada em um conceito generalista, possui o condão de induzir a formação acadêmica a um caminho que seja capaz de suprir, a médio-longo prazo, o grande gargalo da área de saúde no país, que vem a ser justamente a atenção básica e o serviço de urgência e emergência. No tocante às ações empreendidas, a AGU faz menção ao protagonismo delegado ao aparato acadêmico brasileiro, envolvendo atividades de acolhimento e alcançando as tarefas de avaliação dos médicos estrangeiros aderentes ao Programa. De todo modo, conclui afirmando que a normatização da autonomia universitária possui hierarquia legal, instaurada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei nº 9.394/1996), podendo assim ser derrogada por Medida Provisória.

No mesmo sentido se posicionou o Ministério Público. Manifestando-se na figura de *custos legis*, o *Parquet* aderiu, por intermédio do Parecer nº 3452/2014 – ASJCONST/SAJ/PGR,[21] ao posicionamento da AGU e da Presidência da República em defesa da constitucionalidade do Programa Mais Médicos. Apontou o fato de estarem presentes os requisitos da relevância e da urgência para o advento da Medida Provisória nº 621/2013. A relevância, cita o *Parquet*, está clarividente com a necessidade de prestação de serviços de saúde à população postada nas regiões

[20] Documento inserido nos autos do Processo STF n. 00688.000433/2013-14, pertinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5037 de 2013.
[21] Documento inserido nos autos do Processo STF n. 00688.000433/2013-14, pertinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5037 de 2013.

destacadas como prioritárias, onde em muitas localidades simplesmente não há a mínima cobertura médica. Em complemento, aduz o Ministério Público que a urgência está corroborada pela extrema precariedade e insuficiência do atendimento médico em grande parte dos municípios brasileiros, em especial nas regiões norte e nordeste, notoriamente conhecidas por englobarem localidades com elevada vulnerabilidade social e com ausência completa da ação estatal no tocante à disponibilização de serviços públicos essenciais.[22]

No que tange ao art. 4º da Medida Provisória nº 621/2013, insta esclarecer o momento cronológico da participação do *Parquet*. As considerações do Procurador Geral da República foram exaradas no dia 24 de maio de 2014, momento em que a Medida Provisória nº 621/2013 já havia sido convertida na Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013. Neste interim, o Congresso Nacional ajustou este dispositivo, retirando a previsão de criação de dois ciclos distintos e complementares no currículo do curso de Medicina.

No novo dispositivo inserido no texto da Lei nº 12.871/2013 ficou estabelecido que ao invés da instauração dos dois ciclos curriculares, a nova formatação do currículo do curso de Medicina abordaria a remodelagem do internato médico, com a previsão de que esta etapa discente contaria com a execução de 30% (trinta por cento) da carga horária, no mínimo, em atividade na Atenção Básica e em Serviço de Urgência e Emergência do SUS, em um período mínimo de 2 (dois) anos para sua efetiva conclusão.[23] Por óbvio, esta revisão legislativa ensejou a perda do objeto deste capítulo impugnado, que foi devidamente suscitado pelo Procurador Geral da República.

---

[22] Parecer nº 3452/2014 – ASJCONST/SAJ/PGR inserido nos autos do Processo STF n. 00688.000433/2013-14, pertinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5037 de 2013.

[23] Art. 4º O funcionamento dos cursos de Medicina é sujeito à efetiva implantação das diretrizes curriculares nacionais definidas pelo Conselho Nacional de Educação (CNE).

§ 1º Ao menos 30% (trinta por cento) da carga horária do internato médico na graduação serão desenvolvidos na Atenção Básica e em Serviço de Urgência e Emergência do SUS, respeitando-se o tempo mínimo de 2 (dois) anos de internato, a ser disciplinado nas diretrizes curriculares nacionais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12871.htm>.

Adiante, discorreu o Ministério Público a respeito da tese em que a Requerente contesta a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.871/2013. De modo bastante perspicaz, o *Parquet* rebateu os argumentos trazidos pela impetrante. Conforme exposto acima, uma das matérias de mérito combatidas pela Requerente da ADI 5037 girou em torno da suposta violação ao princípio da autonomia universitária, explicitado no art. 207 da Constituição Federal. No viés autoral, as implicações trazidas no texto do art. 3º da Lei nº 12.871/2013 afrontam questões que caberiam ser deliberadas por instâncias internas e decididas em âmbito próprio da organização administrativa das Instituições de Educação Superior.

Todavia, conforme oportunamente elucidado pelo Ministério Público, o princípio da autonomia universitária esculpido na Constituição Federal não é ilimitado. Os contornos envolvidos pela autonomia universitária estão delimitados no art. 53 da Lei nº 9.394/1996[24] e estabelecem, logo em seu inciso I, que as prerrogativas universitárias estão sujeitas e circunscritas às normas gerais emanadas pela União, conforme dispõe o art. 22, XXIV da própria Constituição Federal. Infere-se, assim, que os limites impostos pela legislação cogente devem ser observados pelos entes universitários. Não se deve entender a autonomia universitária como um fim em si mesmo, mas como uma delegação de competências e de atribuições concedidas pelo poder público aos entes universitários, respeitadas suas fronteiras e suas implicações.

Isso posto, o Procurador Geral da República completa sua explanação demonstrando que nenhuma instituição universitária é soberana para criar diretrizes curriculares de um curso superior. Conforme o supracitado art. 53 da Lei nº 9.394/1996 indica, a definição dos currículos dos cursos ofertados por uma instituição universitária deve convergir com as Diretrizes Curriculares Nacionais do

[24] Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:
I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, **obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;** (grifo nosso)
II - **fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;** (grifo nosso) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>.

respectivo curso. Ademais, como claramente elucida o parecer do Ministério Público, a competência para a elaboração de uma Diretriz Curricular é exclusiva do Ministério da Educação, com a participação do Conselho Nacional de Educação no processo deliberativo.

Conforme afirmado anteriormente, a resistência ao Programa Mais Médicos não se restringiu ao campo jurídico. A inconformidade de setores da sociedade com a nova política pública alcançou o setor regulado da educação superior privada do país. Os embates entre o mercado e o poder público se tornaram frequentes e se disseminou logo após a publicação do Edital SERES nº 6, de 22 de dezembro de 2014.[25]

De início, foi protocolada junto ao Tribunal de Contas da União TCU, sob o nº TC 022.106/2015-4, representação da União de Educação e Cultura – Unece, em face do aludido Edital SERES nº 6/2014. A matéria impugnada girou em torno da edição da Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC[26], exarada no transcorrer do certame estabelecido pelo Edital SERES nº 6/2014 e onde foram definidos os critérios de aprovação dos índices previstos no instrumento convocatório. De acordo com a alegação da representante, a publicação da aludida Nota Técnica deu-se somente após o resultado preliminar do certame, o que seria suficiente para configurar a afronta aos princípios do julgamento objetivo, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, previstos nos arts. 3º e 45 da Lei 8.666/93.[27]

Foi também protocolada perante à Corte de Contas, a Representação nº TC 014.879/2015-8, efetuada pela Sociedade Padrão de Educação Superior Ltda. Nesta oportunidade a representante apontou a indevida alteração do item 6.6.3.1.2 do

[25] Edital SERES/MEC nº 6, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17515-edital-seres-n6-2014&category_slug=maio-2015-pdf&Itemid=30192

[26] Nota Técnica 1.103/2015-Seres/MEC, de 10 de julho de 2015. Disponível em: < http://www.abruc.org.br/sites/500/516/00004865.pdf>.

[27] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1869/2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1869%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1.>.

Edital SERES nº 6/2014. Nos termos apresentados na representação, a SERES/MEC modificou o prazo previsto originalmente para a apresentação dos documentos de habilitação das concorrentes sem a devida edição de ato administrativo, colidindo com os princípios da legalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório.[28]

Por derradeira, aglutinou-se às demais a Representação nº TC 000.113/2016-6, postulada pela Associação Brasileira dos Estudantes de Educação à Distância – Abeed. Na perspectiva da representante, o Edital SERES nº 6/2014, por ser decorrente de comandos contidos no art. 3º da Lei nº 12.871/2013 refletiria, no caso concreto, uma série de inconstitucionalidades e ilegalidades abstratamente permeadas no supracitado dispositivo legal. Dentre as possíveis inconstitucionalidades apontadas estariam: (i) limitar a liberdade na atividade privada de ensino voltada ao curso de Medicina, consagrada no art. 209 da Constituição Federal; (ii) afrontar os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da universalização do acesso ao ensino, estabelecidos nos arts. 1°, inciso IV, 170 e 214, inciso II, da Constituição Federal; (iii) exigir contrapartida para utilização dos recursos do SUS, criando nova modalidade de custeio arcada por entidades particulares, em desacordo com o art. 198, § 1º, da Constituição Federal; (iv) exigir a utilização da estrutura de serviços, ações e programas de saúde do SUS, ignorando o art. 199, caput, 206, inciso III, e 209 da Constituição Federal. Haveria, ainda, vício de constitucionalidade no dispositivo legal concernente ao art. 4°, § 1º,da Lei nº 12.871/2013, ao se exigir internato em unidade integrante do Sistema Único de Saúde, com exclusão das entidades privadas que não o integram, em desarmonia com o art. 199, caput, da Constituição Federal.[29]

Apesar de propostas em momentos distintos, optou o Tribunal de Contas da União – TCU por apensar as duas últimas representações à primeira, considerando a

[28] Idem.
[29] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1869/2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1869%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1.>..

pertinência temática envolvida. Assim, a Ministra destacada para relatar a matéria, Ana Arraes, abordou as matérias envolvidas de forma unificada no Acórdão TCU nº 1869/2016.

Instada a se manifestar, e invocando o teor da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal - STF[30], a Ministra Ana Arraes posicionou-se desde o início por considerar os arts. 3º e 4º da Lei nº 12.871/2013 incompatíveis com os dispositivos constitucionais. No seu entendimento, a emissão do ato autorizativo que respalda o particular à oferta do serviço de educação é originária do poder de polícia do estado, visando tão somente a regulação e a fiscalização da atividade. Esta prerrogativa estatal não deve ser confundida com autorização de serviço público propriamente dito, tal como o exigido do particular para a prestação de serviços de telecomunicações ou de energia elétrica. Na visão da Ministra, os aludidos artigos espancam os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, esculpidos no art. 170, caput e inciso IV, e 209 da CF/88.[31]

Promovem, a seu ver, a indevida intervenção estatal na atividade privada da educação superior, restringindo a oferta de cursos de Medicina somente às localidades previamente escolhidas pelo poder público. Ademais, a prestação de serviços educacionais por particular teria natureza de atividade econômica, devendo assim ser regida pelo fundamento disposto no art. 170 da Carta Magna.[32]

Nesta esteira, discorda a Ministra da forma como a SERES/MEC formulou o Edital nº 6/2014. Alicerçado no art. 3º da Lei 12.871/2013, o modo como concebido o documento em questão trata a oferta de ensino privado de Medicina, implícita e indevidamente, como espécie de delegação de serviço público. Mesmo não

[30] Súmula nº 347 do STF: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=347.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>.

[31] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1869/2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1869%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1.>.

[32] Idem.

contestado a necessidade de se insurgir a função regulatória e fiscalizadora do poder público no setor privado da educação superior, Ana Arraes discorda da profundidade da intervenção estatal imposta ao ente particular.

Desta forma, entendeu a Ministra que o interesse público avocado pelo estado não teria força suficiente para coibir o setor privado de ofertar curso de Medicina em local distinto do estipulado pelo poder público. A indisponibilidade de alternativa ao particular levaria a um cenário nocivo à sociedade em geral, já que a intervenção estatal proporcionada pelo Edital nº 6/2014 impede o funcionamento de um propício ambiente de competição entre diferentes instituições de ensino superior.

Doravante, a nova modelagem de autorização de cursos de Medicina abarcada pelo Edital SERES nº 6/2014 reflete, na opinião da Ministra Ana Arraes, insegurança jurídica no alcance de seus objetivos. Em seu ponto de vista, o paradigma de política pública escolhido pela administração não assegura sua efetividade. Considera que a eficácia no alcance das metas estabelecidas no tocante às vagas nos cursos de Medicina não garante a efetividade finalística do Programa Mais Médicos. Assim, a alteração completa do procedimento regulatório da educação superior poderia não atender ao objetivo almejado, ou seja, não haveria a certeza de que a inserção de vagas de graduação em Medicina em localidades previamente escolhidas pelo poder público seria medida capaz de suprir a escassez de médicos no atendimento básico de saúde à população do interior do país.[33]

Em complemento, afirma a Ministra que a fórmula consagrada pela Lei nº 12.871/2013 suprime por prazo indeterminado o fundamento constitucional da livre iniciativa e da livre concorrência no setor da educação superior. De acordo com a exposição de Ana Arraes, há inserido na essência da Lei dos Mais Médicos um latente escopo monopolista, incompatível com tais princípios, que servem ao desígnio de alargar a economia de mercado e obstar os excessos do poder

[33] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1869/2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1869%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1.>.

econômico. A seu ver, a situação é agravada pelo fato de que a afronta ao ditame constitucional advém de uma regra imposta por uma norma infralegal, subordinando a vigência da obstrução constitucional ao resultado imprevisível de uma política pública que sequer pode ser controlada pelo gestor público. Neste prisma, a imposição de um modal específico para a implementação de cursos de Medicina denota medida desarrazoada do poder público. A intervenção estatal, mesmo que formulada com o condão de influir na redução das desigualdades regionais e sociais, não pode abalar a supremacia constitucional.

Diante dos fundamentos acima dispostos, a Ministra Ana Arraes baliza sua convicção na inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.871/2013. Em decorrência, pugnou pela inviabilidade de prosseguimento do Edital SERES nº 6/2014, pois ambos estariam em descompasso com os fundamentos constitucionais da livre iniciativa, refletido pelo art. 1º, IV, 170, caput, e 209 da CF/88, e com o princípio da livre concorrência, esculpido no art. 170, IV, da CF/88.

Todavia, o voto acima proferido pela Ministra Ana Arraes não foi acolhido pelo Ministro Vital do Rêgo, revisor da matéria na Corte de Contas. De forma contrária à defendida pela Ministra, o supracitado Ministro entendeu como temerária a análise da questão sob uma ótica de controle de constitucionalidade. Nesta linha, mencionou que a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.871/2013 estava sendo questionada na instância do Supremo Tribunal Federal, no âmbito das ADINs nº 5.035/2013 e nº 5.037/2013. Destacou, inclusive, o parecer favorável da Procuradoria Geral da República quanto à constitucionalidade do dispositivo legal em comento.

Em paralelo, ao se debruçar a respeito do Edital SERES nº 6/2014, entendeu o eminente Ministro que apesar de conter alguns equívocos, muitos deles configurados em virtude do ineditismo e das peculiaridades da seleção implementada pelo Ministério da Educação, os vícios encontrados no instrumento editalício eram sanáveis. Por conseguinte, seus efeitos poderiam ser preservados,

pois as irregularidades detectadas não comprovaram manipulação no resultado final do certame, bem como não engendraram prejuízos efetivos ao interesse público.

Nesta perspectiva, salientou que diante de todos os fatos e elementos contidos no espectro de análise, e em observância ao princípio da razoabilidade, onde os meios devem ser proporcionais aos fins objetivados pleiteados pela administração, a melhor solução ao caso seria a observância da supremacia do interesse público e da eficiência, sendo, desta forma, não somente preservados os atos praticados no bojo do Edital SERES nº 6/2014 como também seu efetivo prosseguimento.

Na percepção do Ministro revisor, a anulação do Edital impugnado produziria efeitos nefastos tanto à administração quanto ao público alvo do Programa Mais Médicos, que vem a ser justamente os usuários do Sistema Único de Saúde, sabidamente composto pela população mais vulnerável e que viria a usufruir do resultado final do certame em tela.

Em que pese os posicionamentos divergentes, o voto exarado pelo Ministro revisor prevaleceu diante do plenário da Corte de Contas, complilado no Acórdão TCU nº 1869/2016. Neste sentido, mesmo a Corte considerando que houve inobservância ao princípio do julgamento objetivo, insculpido no art. 45 da Lei nº 8.666/1993, procedeu-se com a revogação da medida cautelar concedida nos autos do TC 022.106/2015-4, em 09/10/2015, pela Ministra Ana Arraes, onde se sobrestou o transcorrer do Edital SERES nº 6/2014.

4.4 Da constitucionalidade do Programa Mais Médicos para o Brasil e do procedimento específico de autorização de vagas do curso de Medicina

Resta-nos concordar com a posição final do Tribunal de Contas da União – TCU. O voto proferido pelo Ministro revisor revela a observância da razoabilidade. A posição adotada pela Ministra relatora seguiu um caminho, a nosso ver, inadequado. Adentrou em questões inapropriadas, que não se coadunam com as competências do TCU. Ao analisar a questão, parte a Ministra de uma premissa

equivocada, mormente considerar que a função regulatória exercida pelo estado na educação superior deve sobrepor a livre iniciativa em detrimento do interesse público.

Conforme defendido no presente estudo, a regulação da educação superior deve ser balizada de modo a privilegiar a supremacia do interesse público. Seu foco de atuação deve se atrelar aos macros objetivos do país. Este trabalho apresentou claramente que a hodierna doutrina admite a evolução do direito administrativo sob uma nova perspectiva, mitigando o legalismo estrito e franqueando a ação estatal para o rumo da eficácia e da efetividade por meio da formulação e da execução de políticas públicas voltadas ao suprimento dos direitos sociais expressamente acolhidos pelo constituinte originário.

A mudança de paradigma no procedimento de autorização de cursos de Medicina instituída pela Lei nº 12.871/2013 é emblemática neste sentido. Por decisão estatal, respeitado o devido percurso legislativo, ajustou-se o procedimento regulatório educacional às pretensões esposadas na Constituição Federal, tal como a redução das desigualdades regionais, prevalecendo o conceito consagrado onde se admite que os meios implementados pela administração pública devem ser proporcionais às finalidades perseguidas.

Não obstante, em 30 de novembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal, posicionando-se a respeito da ADI 5035 e 5037/2013, firmou entendimento pela constitucionalidade da Lei nº 12.871/2013, sepultando qualquer dúvida em relação à suscitada incompatibilidade do Programa Mais Médicos para o Brasil com os fundamentos contidos na Constituição Federal.[34]

[34]As ADIs 5035 e 5037/2013 foram pautadas na sessão plenária do STF do dia 30/11/2017. O relator da matéria, Min. Marco Aurélio Mello foi favorável à inconstitucionalidade da Lei nº 12.871/2013. Todavia, o Min. Alexandre de Moraes abriu divergência e ao final prevaleceu seu entendimento. Assim, o Programa Mais Médicos Para o Brasil foi declarado constitucional. O acórdão pertinente à matéria em tela, até o presente momento, não está disponível para consulta. A decisão sucinta do STF pode ser conferida em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4453567>.

Na decisão da suprema corte concluiu-se que eram desprovidas as alegações da Associação Médica Brasileira - AMB e da Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados – CNTU, respectivamente. Prevaleceu o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, que em divergência ao voto prolatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, considerou não haver qualquer anomalia constitucional no texto da lei instauradora do Programa Mais Médicos, desfazendo qualquer cenário de incerteza e de insegurança jurídica que ainda pairava sobre esta política pública. Os argumentos aduzidos pelo Ministro Alexandre de Moraes ressaltam a supremacia do interesse público, pois o objetivo intrínseco da Lei nº 12.871/2013 Mais Médicos está justamente na tentativa de levar atendimento médico às camadas sociais mais vulneráveis do país, localizadas em municípios do interior do país.

No que tange ao principal objeto de análise do estudo em tela, faz-se necessário explicitar que o paradigma regulatório imposto aos cursos de Medicina no bojo da Lei nº 12.871/2017 procurou privilegiar a articulação e a coordenação de ações e a fracionar as responsabilidades entre as instâncias envolvidas. Há uma série de ações coordenadas que envolvem os municípios, estados e União.

Ora, a execução de ações regulatórias no âmbito do Programa Mais Médicos levou o curso de Medicina inicialmente a 39 (trinta e nove) municípios brasileiros[35]. Abriu-se 1.575 (mil quinhentas e setenta e cinco vagas) novas vagas somente pelas instituições privadas de educação superior.[36] Nos moldes traçados pelas Diretrizes Curriculares Nacionais, esses futuros médicos deverão exercer no mínimo 30% (trinta por cento) de sua carga horária prática nas dependências do Sistema Único de Saúde, com prioridade para o atendimento básico.

[35] Ver resultado de municípios selecionados pelo Edital nº 3, de 22 de outubro de 2013. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=14474-edital-mec3-pre-sel&category_slug=outubro-2013-pdf&Itemid=30192.> Acesso em 26 fev. 2018.

[36] O quantitativo de 1.575 vagas é relativo a 25 instituições de educação superior privadas selecionadas pelo Edital nº 3, de 22 de outubro de 2013. Outras 14 instituições de educação superior selecionadas pelo aludido Edital estão com processos regulatórios de autorização de cursos de Medicina em tramitação no Ministério da Educação. Muitos desses processos ficaram sobrestados em virtude de ações judiciais impetradas ao longo do procedimento regulatório exigido pelo Edital SERES/MEC nº 6/2014.

No caso específico da política regulatória, percebe-se que o modelo instituído pelo art. 3º da Lei nº 12.871/2013 privilegiou a qualidade educacional e a experiência regulatória das mantenedoras. Ao contrário do que foi apregoado por parte da sociedade e do mercado da educação superior, os critérios utilizados no certame licitatório inaugurado pelo Edital SERES/MEC nº 06/2014 induziram o planejamento pedagógico e estrutural das instituições de ensino superior, primando pela qualidade do projeto de ensino e pela responsabilidade social no processo formativo dos discentes, possibilitando diminuir a carência de médicos no interior do país e fomentar a fixação perene dos futuros médicos nas localidades em que estudaram.

Destaca-se, ainda, que o padrão qualitativo exigido para os cursos de Medicina tende a ser mantido. Os ajustes demandados pelo TCU no Acórdão nº 1869/2016 foram sanados e estão sendo utilizados de forma contínua pela Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – SERES/MEC em certames seletivos no âmbito do Programa Mais Médicos.[37]

Em suma, diante do viés apresentado no presente estudo, faz-se necessário apontar que o procedimento regulatório específico para os cursos de Medicina, estabelecendo um rito próprio e critérios qualitativos mais rígidos trazidos pelo novo arcabouço regulatório não comportam margens para dúvidas de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. A pesquisa destacou de maneira transparente que os princípios da supremacia do interesse público e da qualidade em matéria educacional estão literalmente contidos na Constituição Federal e na Lei de

[37] Após o Edital SERES/MEC nº 06/2014 foram lançados o Edital SERES nº 1/2017, pertinente ao Segundo Edital de Chamada Pública de Mantenedoras de Instituições de Educação Superior do Sistema Federal de Ensino para seleção de propostas para autorização de funcionamento de cursos de Medicina em municípios selecionados no âmbito do Edital nº 03, de 22 de outubro de 2013, o Edital SERES nº 2/2017, que trata de chamamento público de municípios para implantação de curso de graduação em Medicina por instituição de educação superior privada, precedida de chamamento público e ainda o Edital SERES nº 1/2018, que trata de chamada pública de mantenedoras de instituições de educação superior do sistema federal de ensino para seleção de propostas para autorização de funcionamento de cursos de Medicina em municípios selecionados no âmbito do Edital nº 2, de 7 de dezembro de 2017. Todos os referidos documentos estão disponíveis para consulta. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secretaria-de-regulacao-e-supervisao-da-educacao-superior-seres/apresentacao>. Acesso em 26 fev. 2018.

Diretrizes e Bases da Educação Nacional e devem ser sobrepostos ao princípio da livre iniciativa. A oferta de uma educação superior de qualidade, submetida aos interesses comuns da sociedade e trabalhadas no intuito de suprir direitos sociais garantidos na Constituição Federal deve ser um objetivo constante da política regulatória implementada pelo estado e de forma sistêmica ser estendida às demais áreas da educação superior.

5 CONCLUSÃO

A presente monografia tinha por objetivo tratar da função administrativa da regulação da educação superior brasileira e em particular da modalidade de autorização dos cursos de Medicina com o advento da Lei nº 12.871/2013, instrumento legal que instituiu o Programa Mais Médicos para o Brasil. Nesta esteira, propôs-se em responder à indagação subjacente ao tema, caracterizada pela seguinte reflexão: deve o sistema regulatório da educação superior brasileira pautar-se pelo interesse público ou deve, ao contrário, conter-se ao arbitramento e à fiscalização das ações das instituições de educação superior estabelecidas no setor privado, primando pelo princípio da livre iniciativa?

No decorrer da análise, diante de todas as nuances e pontos de vista realçados, pôde-se constatar que o atual estágio das demandas sociais não comporta uma mera participação moderadora do estado no tocante à regulação do ensino superior brasileiro. A função regulatória deve ser exercida em conjunto com o poder de polícia, porém em sintonia com os objetivos estratégicos do estado social enquanto agente responsável por formular e executar políticas públicas visando à redução das desigualdades regionais e fomentador do desenvolvimento socioeconômico, com especial tratamento aos direitos sociais da população, tais como os serviços de saúde e educação, com enfoque na qualidade da prestação do serviço. Todo o desenvolvimento da pesquisa foi alicerçado nos parâmetros acima delineados.

No primeiro capítulo buscou-se analisar o atual sistema regulatório da educação superior no Brasil e delinear, de forma sintética e explicativa, a formatação principiológica e doutrinária da política regulatória em vigor. Após a análise realizada foi possível aferir que a educação como um todo, incluída a de nível superior é, por sua natureza, considerada um direito fundamental do indivíduo e assunto de alta relevância estratégica para o desenvolvimento do país, tanto que está positivada expressamente na Constituição Federal. Isso posto, deve ser tratada com acuidade e prioridade pelo poder público, que pode legitimamente instrumentalizar sua vertente regulatória aos objetivos estratégicos do país, grupo onde certamente está acolhida a educação.

No segundo capítulo almejou-se abordar de forma sistematizada o arcabouço normativo e organizacional regulatório do estado no tocante ao ensino superior no Brasil. Delineamos a legislação pátria e o aparato burocrático, apontando as perspectivas doutrinárias pertinentes ao assunto. Na esteira das implicações constitucionais, constatou-se que o arcabouço legal e o aparato burocrático formatados como instrumental regulatório são respectivamente convergentes para dar respaldo à supremacia do interesse público e ao privilégio da qualidade na seara educacional. De toda a legislação e agentes estatais citados, infere-se que a participação do ente privado no sistema federal de ensino superior está submetida às normas impostas pelo poder público, não se encontrado fundamento para sugerir que a livre iniciativa deve preponderar sobre o interesse público e às normas regulatórias instituídas pelo poder público.

O terceiro e derradeiro capítulo enfatizou o caso específico do processo regulatório de autorização do curso de Medicina ao ente privado, com as alterações e particularidades inovadoras decorrentes da instauração do Programa Médicos para o Brasil, disposto na Lei nº 12.871/2013. Apurou-se que as medidas trazidas pelo art. 3º desta Lei foram recebidas de forma refratária pelo mercado privado.

Ações judiciais forma impetradas no Supremo Tribunal Federal contestando a constitucionalidade do Programa Mais Médicos. Paralelamente foram apresentadas

junto ao Tribunal de Contas da União representações suscitando dúvidas sobre a constitucionalidade da Lei nº 12.871/2013 e do respectivo Edital SERES nº 06/2014, formulado com o objetivo de selecionar mantenedoras privadas para a oferta de cursos de Medicina nos municípios qualificados por intermédio do Edital SERES nº 3/2013. Ambos os litígios tiveram como desfecho o arquivamento, legitimando definitivamente o Programa Mais Médicos, de forma geral, bem como o marco regulatório específico para o curso de Medicina, no caso particular. Nada mais sensato. Conforme exaustivamente afirmado, a política pública de regulação educacional atrelada aos cursos de Medicina não apresenta nenhuma arbitrariedade ou excesso. Apresentam, isso sim, uma nova concepção de gestão regulatória, pautada pela contemplação do mérito qualitativo e pela conexão de políticas públicas desenhadas com o escopo voltado ao desenvolvimento socioeconômico e à redução das desigualdades sociais, neste caso sustentada pela tentativa de formar e assentar médicos nas localidades desprovidas de recursos humanos especializados na área de saúde.

Ao final, pôde-se corroborar a ideia disseminada por toda pesquisa, fundamentando a convicção de que a função regulatória do estado, em especial no que tange à educação superior, deve pautar-se pela supremacia do interesse público e pela contemplação dos objetivos estratégicos do país.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos.* 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006.* Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Brasília, 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5773.htm>. Acesso em 19 mar. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017.* Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino. Brasília, 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9235.htm >. Acesso em 10 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004.* Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências. Brasília, 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L10.861.htm>. Acesso em 19 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005.* Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei no 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11096.htm>. Acesso em 12 set. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013.* Institui o Programa Mais Médicos, altera as Leis nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e nº 6.932, de 7 de julho de 1981, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12871.htm >. Acesso em 12 set. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.530, de 07 de dezembro de 2017*. Altera a Lei no 10.260, de 12 de julho de 2001, a Lei Complementar no 129, de 8 de janeiro de 2009, a Medida Provisória no 2.156-5, de 24 de agosto de 2001, a Medida Provisória no 2.157-5, de 24 de agosto de 2001, a Lei no 7.827, de 27 de setembro de 1989, a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), a Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei no 9.766, de 18 de dezembro de 1998, a Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009, a Lei no 12.688, de 18 de julho de 2012, e a Lei no 12.871, de 22 de outubro de 2013; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13530.htm>.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.* Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 19 mar. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007.* Institui o e-MEC, sistema eletrônico de fluxo de trabalho e gerenciamento de informações relativas aos processos de regulação, avaliação e supervisão da educação, e o Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos Superiores e consolida disposições sobre indicadores de qualidade, banco de avaliadores (Basis) e o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) e outras disposições. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16763-port-norm-040-2007-seres&category_slug=dezembro-2014-pdf&Itemid=30192>. Acesso em 30 set. 2017

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n º 1869/2016.* Representação. Irregularidades em chamamento público destinado ao recebimento de propostas e seleção de mantenedoras de instituições de ensino superior com vistas a instalar cursos de medicina em municípios indicados, no âmbito do programa "mais médicos". Edital regido, subsidiariamente, pela lei 8.666/1993. Medida cautelar concedida em oportunidade anterior. Análise de mérito. Estabelecimento dos critérios de habilitação econômico-financeira em momento posterior ao recebimento das propostas. Violação a princípios constitucionais. Fixação de prazo para anulação do certame. Remessa de cópia ao procurador-geral da república. Plenário. Representantes: União de Educação e Cultura – Unece (02.754.493/0001-80), Sociedade Padrão de Educação Superior Ltda. (03.273.660/0001-34) e Associação Brasileira dos Estudantes de Educação a Distância – Abeed (09.587.682/0001-55). 3.1 Amicus Curiae: Frente Nacional de Prefeitos (FNP) e Associação Brasileira das Universidades Comunitárias. Entidade: Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – SERES/MEC. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1869%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1.>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan /mar 1997.

CAGGIANO, Monica Herman S. Educação. Direito fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.) RIGHETTI, Sabine (org.). *Direito à Educação Aspectos Constitucionais.* São Paulo: Edusp, 2009. p. 19-38.

CARNEIRO, Moaci Alves. *LDB fácil: leitura crítico-compreensiva, artigo a artigo*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DE ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. A natureza jurídica do Serviço Prestado pelas Instituições Privadas de Ensino: Controvérsias sobre o Tema. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.) RIGHETTI, Sabine (org.). *Direito à Educação Aspectos Constitucionais.* São Paulo: Edusp, 2009. p. 185-202.

DE MACEDO, Arthur Roquete et al. Educação Superior no Século XXI e a Reforma Universitária Brasileira. *Ensaio: aval. pol. públ. Educ.* Rio de janeiro, v.13, n. 47, p. 127-148, abr./jun. 2005.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

DIAS, Marco Antonio R. *Educação Superior: Bem Público ou Serviço Comercial Regulamentado pela OMC?* Reunião de Reitores de Universidades Públicas Ibero-Americanas – IIIa. Porto Alegre, abril. 2002.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo.* 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 12. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

NUNES, Edson de Oliveira. *Educação Superior no Brasil: estudos, debates, controvérsias.* 1. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

PEIXOTO, Maria do Carmo de Lacerda. Políticas de avaliação e regulação na educação superior brasileira: a difícil relação entre expansão, melhoria da qualidade e controle de resultados. *Propuesta educativa.* Buenos Aires, v. 1, n. 43, p. 32-45, jun. 2015.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org). *Regulação e Agências reguladoras.* Brasília: Anvisa, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico,* n. 13, fev./mar./abr. 2008.

VIEIRA, Evaldo et al. A política e as bases do Direito Educacional. *Caderno Cedes.* São Paulo, nº 55, p. 9-29, nov. 2001.

ASPECTOS LEGAIS E BIOÉTICOS DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS ENVOLVENDO SERES HUMANOS

Débora Costato Brescianini Barcellos

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os aspectos éticos e legais da pesquisa envolvendo seres humanos considerando a proteção do participante e a liberdade do pesquisador. Este trabalho também aborda as legislações existentes no Brasil sobre o assunto assim como os as normas internacionais que foram pioneiras no assunto. As resoluções criadas sobre o tema serão citadas, as que foram revogadas e as ainda em vigor no Brasil com o intuito de demonstrar para o leitor quais normas regulamentadoras existentes em nosso país tratam do assunto. A importância de discutir as questões éticas e relativas à proteção dos participantes que se submetem a um experimento científico são examinadas, assim como a relevância que esses aspectos envolvem dentro de uma pesquisa na qual o ser humano é necessário para obtenção precisa dos resultados. Os princípios bioéticos serão explicados e abordados para conceituar a importância deles dentro da proteção dos participantes das pesquisas biomédicas. Por fim, concluiu-se que existe dificuldade dos pesquisadores em relação à liberdade de pesquisa em busca de novas formas de tratamento em seres humanos, porquanto a questão da proteção legal do indivíduo se revela como freio ao desenvolvimento científico, limitando a atividade e o desenvolvimento da ciência quanto ao tema, apesar da positivação da matéria impedir abusos por parte dos pesquisadores no ramo da ciência que envolva o ser humano.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Pesquisas envolvendo Seres Humanos. Bioética, Biodireito.

1 INTRODUÇÃO

A bioética é uma disciplina relativamente recente, aparecendo nos anos 1970. Com o passar do tempo essa disciplina se somou a outras de profunda importância, como a ética, a moral, a deontologia. E, posteriormente a bioética se tornou multidisciplinar, na qual o direito, a biologia e a medicina passaram a fazer parte de várias discussões éticas sobre as ciências da vida e a medicina.

A bioética então foi se tornando um campo de estudo de destaque extremamente atual por abranger temas relacionados a vida, morte, saúde, doenças, sofrimento e qualidade de vida. Além dessa abrangência de assunto ela também é um campo de constante atualização, porque assim como as legislações necessitam de constantes atualizações para acompanhar os aspectos sociais e culturais que moldam as normas de diferentes locais, as abordagens bioéticas também sofrem esse tipo de atualização acompanhando a sociedade.

O objetivo desse trabalho consiste na análise legal das pesquisas envolvendo seres humanos, sob a ótica dos limites impostos pela legislação à liberdade de pesquisa na área que envolva o indivíduo como pessoa sujeito de direitos.

Nessa linha, o trabalho desenvolvido tem por enfoque tanto os aspectos legais que envolvem o tema, quanto as dificuldades enfrentadas pelos pesquisadores, diante da escassa legislação regulamentadora da matéria.

Destaca-se, outrossim, a imperativa necessidade de se conciliar a escassa legislação existente, de proteção ao indivíduo, com o avanço da ciência médica, que deve manter-se no norte imposto pela norma de eficácia contida estampada no artigo 199, §4º da Constituição Federal de 1988.

A disposição do corpo humano é algo muito controverso, as limitações existentes foram criadas para assegurar que o corpo não seja disposto de maneira simples ou de forma abusiva. Os danos causados por experimentos científicos sem qualquer limite chocam quando os resultados são negativos, porém, quando o resultado do experimento gera um fim positivo, independente dos danos causados ao

participante, a reação pública, comumente, é de satisfação pelo fim atingido ignorando os meios utilizados.

Entendendo isso, os legisladores compreenderam a importância de proteção do indivíduo envolvido nas pesquisas, até porque são a parte mais frágil da relação citada, de tal maneira que necessita de muitos cuidados e garantias para assegurar seu bem estar.

Os avanços científicos são rápidos e tendem a ampliar o vazio normativo que fica cada vez mais defasado ao passo que a ciência avança. O que ainda agrava essa defasagem é o tempo que as tramitações e aprovações das leis levam para determinar as normas para determinado assunto.

No atual cenário, nota-se que no Brasil não há lei sobre as pesquisas envolvendo seres humanos existem, assim, não se aborda de forma clara e definida alguns aspectos necessários para se estabelecer limites na pesquisa envolvendo seres humanos.

Nunca se falou tanto de bioética como nos últimos anos, ela além de ser uma disciplina muito moderna almeja a busca de respeito ao ser humano. A sua utilização vem sendo abordada como forma de melhoria de qualidade de vida humana.

A evolução das sociedades humanas se deu principalmente pelo progresso das ciências, e por essa razão os avanços nas ciências são muito importantes em diversos aspectos. Não somente para os avanços científicos isso é importante, mas é essencial para a sobrevivência humana e para longevidade cada vez maiores que temos atingido.

Assim, o presente trabalho apresenta como metodologia a pesquisa descritiva, onde o enfoque é a observação, análise e correlação dos fenômenos, envolvendo as pesquisas em seres humanos e a adequada aplicação da lei, sem interferir no ambiente analisado.

Dessa forma, o primeiro capítulo do trabalho trata do contexto histórico que trouxe à tona as primeiras discussões das pesquisas envolvendo seres humanos,

citando os primeiros relatos dessa prática e passando pelos principais marcos que fundamentaram as normas internacionais de grande importância, como o Código de Nuremberg e a Declaração de Helsinque.

O segundo capítulo aborda o contexto normativo brasileiro das pesquisas envolvendo seres humanos. Explorando os limites impostos pela Constituição Federal sobre o assunto, assim como as Resoluções que regulamentam as pesquisas científicas redigidas pelo Conselho Nacional de Saúde. Também será explicado as funções e a importante atuação dos CEP's e da CONEP.

Por fim, o terceiro e último capítulo trata dos limites bioéticos envolvendo as pesquisas em seres humanos. A discussão também descreverá as dificuldades normativas enfrentadas pelos pesquisadores em contraponto com a proteção dada pela lei para os participantes das pesquisas científicas.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA ÉTICA EM PESQUISA ENVOLVENDO SERES HUMANOS

2.1 Panorama Mundial

A pesquisa biomédica é algo que durante os anos veio se desenvolvendo juntamente com os avanços no campo da medicina. Os progressos da ciência trouxeram grandes benefícios para a sociedade, foram criadas vacinas, medicamentos, epidemias foram controladas e doenças erradicadas devido aos avanços científicos. Porém, por trás de todas as melhorias fornecidas estão os caminhos percorridos até a obtenção dos resultados existentes. Para que um medicamento seja fornecido para a população é necessário que ele seja testado para o controle das possíveis reações, contudo, tal procedimento não é devidamente divulgado no Brasil, notadamente na esfera jurídica.

A importância deste assunto diz respeito a diversos aspectos relacionados com a bioética, os direitos humanos e o desenvolvimento técnico-científico. A experimentação biomédica é muito importante para que os resultados dos medicamentos possam ser controlados, analisados e as falhas corrigidas, porém a

promoção da saúde e bem estar da população deve ser o principal foco da pesquisa, inclusive das pessoas que irão se submeter aos testes do experimento.

A experimentação biomédica passou por diversas etapas até estar limitada pela necessidade do respeito à vida humana. As primeiras experiências humanas que visavam ao estudo da fisiologia humana dataram do século XVII. Matérias da medicina como anatomia, fisiologia e patologia tiveram seu ápice por volta do século XIX. Porém, o corpo humano sempre foi algo que causou muito interesse por seu misterioso funcionamento, o que desde cedo despertou interesse dos cientistas em ser estudado. A anatomia humana tem registros relativos a dissecações que datam do século II a.C., realizados por Herófilo e Erasístrato. E, já naquela época, se impôs vedações aos experimentos com o corpo humano por motivos éticos e religiosos, que somente voltariam a avançar a partir dos estudos anatômicos no corpo humano com a criação das primeiras faculdades de medicina da Europa.[1]

A participação do ser humano nas pesquisas científicas foi e até hoje é necessária para o desenvolvimento e o avanço na área das ciências médicas. Porém, os efeitos que esses estudos causavam nas pessoas começaram a ser questionados por ocasionarem danos graves e até mesmo irreversíveis em determinados casos.

A pesquisa científica teve seu apogeu no que toca a violações de direitos, durante a Segunda Guerra Mundial, que se deu entre os anos de 1939 a 1945, momento em que pessoas confinadas nos campos de concentração da Alemanha nazista foram submetidas a experimentos desumanos.

Nos campos de concentração ocorreram grande parte desses experimentos, entre eles, experimentos envolvendo o congelamento cuja finalidade era constatar até qual temperatura o ser humano conseguia sobreviver e testar algumas formas de aquecer o corpo humano, pois os soldados combatentes muitas vezes morriam de frio nos campos de combate.

[1] UNIVERSIDADE FEDERAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DE PORTO ALEGRE. *Uma breve história da anatomia humana*. Disponível em: <https://www.ufcspa.edu.br/index.php/historia-da-anatomia-humana> Acesso em: 09/2017

Houve também experimentos envolvendo a contaminação de pessoas com malária para investigar possíveis tratamentos, a exposição de prisioneiros ao gás de mostarda para encontrar um remédio eficaz para as queimaduras causadas e experimentos envolvendo água do mar onde os detentos eram obrigados a tomá-la.[2]

Vários foram os experimentos realizados durante o período da Segunda Guerra Mundial, porém, o conhecimento desses fatos levou o assunto relacionado às pesquisas envolvendo seres humanos ao patamar mundial. Devido a esses acontecimentos o Tribunal de Guerra norte-americano criou em 1947 o Código de Nuremberg que continha dez princípios. O Código pregava principalmente a regulação dos aspectos éticos nas pesquisas envolvendo seres humanos, a ideia do direito à autonomia pessoal, ilegalidade de coerção do paciente aos experimentos, a beneficência como foco dos experimentos científicos, entre outros aspectos.[3]

O Código, apesar de toda a sua relevância, somente começou a ser adotado nas relações de cunho científico após a Declaração de Helsinque redigida pela 18º Assembleia Médica Mundial em 1964. Antes disso, não havia nada que exigisse o mínimo de rigor e ética nas condutas médicas condizentes com os experimentos em seres humanos, apesar de alguns países já adotarem políticas nacionais a respeito.[4]

A Declaração de Helsinque foi concretizada na cidade de Helsinque, na Finlândia, e por isso levou esse nome. Durante sua confecção foram reconhecidas algumas falhas no Código de Nuremberg, neste eram estabelecidos dez princípios que os médicos deveriam adotar ao realizarem algum experimento em seres humanos. Primeiramente, deveria haver o consentimento voluntário dos participantes humanos, o que seria absolutamente necessário. Porém, não havia

[2] UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM: ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. *As experiências médicas nazistas.* Disponível em:< https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005168> Acesso em: 09/2017

[3] ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL (1964). *Declaração de Helsinki: Adotada na 18ª Assembleia Mundial de Helsinki, FInlândia*. Disponível em: < https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm> Acesso em :03/2018

[4] OLIVEIRA, Paulo Henrique de; FILHO, Roberio Nunes dos Anjos. *Bioética e pesquisas em seres humanos (Bioethics and reserch in human beings).* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 1187-1227, jan/dez. 2006. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67739/70347 > Acesso em:03/2018

qualquer referência em relação aos protocolos que deveriam ser adotados em alguma comissão e nem mesmo publicação e divulgação dos resultados obtidos com as pesquisas realizadas.[5]

A Declaração de Helsinque de 1964 foi um grande marco porque além de exigir protocolos para a realização de pesquisas em seres humanos previamente aprovados em comitês diferentes dos responsáveis pelo experimento, também passou exigiu que os experimentos estivessem de acordo com os princípios previstos na Declaração, e qualquer divergência não deveria ser aceita.

A Declaração deu início à aprovação de normas limitadoras de alguns aspectos relacionados às pesquisas biomédicas. A partir desse ponto, acordos internacionais e leis começaram a surgir regulando diferentes aspectos com relação ao tema, e a maioria das discussões passaram a tratar o bem-estar do indivíduo como prioridade sobre os interesses da ciência e da sociedade.

No corpo da Declaração, foram trabalhados os dez princípios utilizados no Código de Nuremberg, e também houve referência à Declaração de Genebra de 1948 na qual eram tratados assuntos de cunho ético em relação à medicina. O texto da Declaração, apesar de concluído na época, foi posteriormente revisado e alterado por mais sete vezes.[6]

1. Primeira revisão ocorrida por ocasião da 29ª Assembleia Médica Mundial, em Tóquio, no Japão, em 1975
2. Segunda revisão, na 35ª Assembleia, em Veneza, na Itália, em 1983
3. Terceira revisão, na 41ª Assembleia, em Hong Kong, em 1989
4. Quarta revisão, na 48ª Assembleia em Sommerset West, na África do Sul, em 1996

[5] OLIVEIRA, Paulo Henrique de; FILHO, Roberio Nunes dos Anjos. *Bioética e pesquisas em seres humanos (Bioethics and reserch in human beings).* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 1187-1227, jan/dez. 2006. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67739/70347 > Acesso em:03/2018

[6] WIKIPEDIA. *Declaração de Helsinque.* Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Helsinque> Acesso em: 09/2017

5. Quinta revisão, na 52ª Assembleia, em Edimburgo, na Escócia, em outubro de 2000
6. Sexta revisão, na 59ª Assembleia, em Seul, Coreia do Sul, em outubro de 2008
7. Sétima revisão, na 64ª Assembleia, em Fortaleza, Brasil, em outubro de 2013

Além das revisões, ocorreram duas alterações:

1. Alteração ocorrida na 53ª Assembleia, em Washington, Estados Unidos, em 2002 (Nota no parágrafo 29)
2. Alteração ocorrida na 55ª Assembleia, em Tóquio, Japão, em 2004 (Nota no parágrafo 30)7

As revisões resultaram em diferentes aspectos ao longo do tempo, a primeira alteração que ocorreu foi na quantidade de princípios que existiam, antes a declaração contava com apenas cinco princípios e posteriormente passou a contar com doze princípios. Entre eles, a pesquisa científica passou a ter uma importância maior nos aspectos legais que condizem com seu desenvolvimento, o consentimento dos menores de idade e as determinações que envolviam o comitê independente para aprovação dos estudos científicos.[8]

Além da Declaração de Helsinque, ressalta-se, no campo da medicina, o Código Internacional de Ética Médica que foi instituído no ano de 1949 por grande influência do cenário pós 2º Guerra Mundial. Ele foi um documento de proporção mundial que ditava os deveres e obrigações dos médicos de todo o mundo e sofreu algumas alterações durante as Assembleias Médicas Mundiais. O Código dentre os diversos deveres e obrigações enuncia que entre os deveres do médico estão o respeito à vida do paciente e a vedação de manter qualquer relação abusiva e de

[7] WIKIPEDIA. *Declaração de Helsinque.* Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Helsinque> Acesso em: 09/2017
[8] WIKIPEDIA. *Declaração de Helsinque.* Disponível em:<https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Helsinque> Acesso em: 09/2017

exploração com seus pacientes. O Código foi um marco muito importante no cenário médico mundial para consolidar limites éticos à profissão médica.[9]

Embora se reconheça o esforço da Associação Médica Mundial, Henry Beecher, em 1966, publicou um artigo chamado "Ética e Pesquisa Clínica"[10] onde foram mostrados 22 casos de pesquisas abusivas publicados por periódicos de grande renome internacional. No estudo, as pesquisas foram financiadas por instituições governamentais, universidades e companhias farmacêuticas. Além disso, as pessoas utilizadas no estudo foram taxadas como de "segunda classe", dentre elas estão soldados, idosos, pacientes psiquiátricos, adultos e crianças com deficiência mental, dentre outros. O artigo de Beecher foi um grande marco para as pesquisas bioéticas porque ele mostrou que pesquisas abusivas envolvendo seres humanos não ocorreram apenas quando os nazistas estavam por trás dos experimentos biomédicos, mas que eram algo corriqueiro da conduta humana.[11]

Um exemplo que o artigo cita foi a divulgação do Estudo Tuskegee, experimento financiado e conduzido pelo Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos, que durou cerca de quarenta anos (iniciado na década de 1930 até o início da década de 1970). Neste estudo, cerca de 400 negros portadores de sífilis foram deixados sem tratamento com o objetivo de estudar a evolução natural da doença. A eles foi oferecido apenas placebo, mesmo após o advento da penicilina, e os indivíduos nem mesmo sabiam que faziam parte de um experimento.[12]

---

[9] GRECO, Dirceu; WELSH, James. *Direitos humanos, ética e prática médica*. **Revista bioética**, vol. 24, n.º 03, Brasília, set/dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000300443 > Acesso em: 09/2017

[10] BEECHER, Henry. Ethics and clinical research. New Engl J Med, 1966; 274(24): 1354-60

[11] KIPPER, Délio José. Breve história da ética em pesquisa (A brief history of ethics in research). **Revista da Associação Médica do Rio Grande do SUL (AMRIGS)**, Porto Alegre, 54 (2): 224-228, abr.-jun. 2010. Disponível em: <http://www.amrigs.com.br/revista/54-02/20-643_breve_hist%C3%B3ria.pdf> Acesso em: 03/2018.

[12] KIPPER, Délio José. *Breve história da ética em pesquisa (A brief history of ethics in research).* **Revista da Associação Médica do Rio Grande do SUL (AMRIGS)**, Porto Alegre, 54 (2): 224-228, abr.-jun. 2010. Disponível em: < http://www.amrigs.com.br/revista/54-02/20-643_breve_hist%C3%B3ria.pdf> Acesso em: 03/2018.

Diante dessas denúncias e outras que se tornaram públicas, o governo e o parlamento dos Estados Unidos da América do Norte criaram a Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos em Pesquisas Biomédicas e Comportamentais com o objetivo de definir os princípios éticos norteadores da condução de pesquisas envolvendo seres humanos. A comissão, que trabalhou de 1974 a 1978, publicou o Relatório Belmont, considerado um marco para a prática da pesquisa, dando origem à primeira teoria no campo da bioética, a teoria dos princípios, proposta por Tom Beauchamp e James Childress.[13]

Dessa forma, no ano de 1978, foi criado o Relatório de Belmont que trazia princípios éticos considerados básicos para nortearem a pesquisa envolvendo seres humanos. O chamado Informe Belmont foi criado pelo Congresso dos Estados Unidos, por meio de uma comissão Nacional que foi confiada a missão de guiar as pesquisas realizadas em seres humanos. O *Belmont Report* foi publicado pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental) e, os princípios nele contidos consistiam no princípio do respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, o princípio da beneficência e o princípio da justiça ou também conhecido como da imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios.[14]

O princípio do respeito às pessoas é também conhecido como princípio da autonomia, e tem grande vínculo com a dignidade da pessoa humana. Segundo este princípio, a vontade do paciente deve sempre ser levada em consideração, inclusive se tratando de seus valores morais e crenças religiosas. A autonomia seria o domínio e a capacidade do paciente de consentir livremente sobre o próprio corpo, respeitando a intimidade de cada um de forma que a intromissão alheia seja de plena

[13] KIPPER, Délio José. *Breve história da ética em pesquisa (A brief history of ethics in research).* **Revista da Associação Médica do Rio Grande do SUL (AMRIGS)**, Porto Alegre, 54 (2): 224-228, abr.-jun. 2010. Disponível em: < http://www.amrigs.com.br/revista/54-02/20-643_breve_hist%C3%B3ria.pdf> Acesso em: 03/2018.

[14] MARELLI, Letícia Franco. *Relatório de Belmont (1978)*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 18 mar. 2013. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42516&seo=1>. Acesso em: 26 mar. 2018. Acesso em: 09/2017.

vontade do paciente. O Princípio da autonomia tem grande relação com o livre consentimento ou o consentimento informado, de maneira que todas as decisões sejam expressas por meio de seu consentimento.

O princípio da beneficência diz respeito aos médicos e profissionais da saúde envolvidos com o bem-estar de seus pacientes. De acordo com esse princípio, os profissionais devem adotar tudo o que for para o bem do enfermo, nunca fazendo mal ou praticando qualquer tipo de injustiça. A ação médica em outras palavras deve ser feita em benefício alheio e seguindo os deveres morais que lhe são impostos. Dessa forma, essas ações devem sempre objetivar o bem-estar no paciente, evitando os danos que possam vir a ocorrer, assim o profissional da saúde somente poderá utilizar tratamentos para o bem do enfermo, nunca podendo fazer algo que cause o contrário. Frankena[15] levou em consideração um ponto extremamente relevante, esse princípio não aponta os meios de distribuição do bem e do mal, apenas relata que o que deve ser feito é o bem e não o mal, de forma que podem surgir exigências conflitantes. Assim, o que deve ser levado em consideração para fazer alguma escolha conflitante é que o ato deve gerar maior proporção possível de bem em relação ao mal.

O princípio da Justiça pode ser dividido em três questões básicas: 1) o ônus do encargo da pesquisa científica; 2) a aplicação dos recursos destinados à pesquisa; e 3) a destinação dos resultados práticos obtidos destas pesquisas. Sobre o primeiro ponto, todos os membros da sociedade devem, de forma igualitária, e na medida de suas forças, arcar com o ônus da manutenção das pesquisas e da aplicação dos resultados.[16]

Pelo segundo tópico, este princípio implica em uma "[...] distribuição justa e equitativa dos recursos financeiros e técnicos da atividade científica e dos serviços

[15] Frankena, Ética, Rio de Janeiro, Zahar, 1981, p.61 e 73
[16] CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Noções introdutórias sobre Biodireito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VII, n. 18, ago 2004. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4141%20>. Acesso em: 03/2018

de saúde"[17], não só para a solução dos problemas do "primeiro mundo", mas também para a busca de soluções para problemas típicos dos países subdesenvolvidos. E, finalmente, pela terceira decorrência do princípio da justiça, a ciência deve ser aplicada de forma igual para todos os membros da espécie humana, não devendo existir distinção em função de classe social, ou capacidade econômica daquele que necessita de tratamento médico.

Justiça, em termos de bioética, refere-se à igualdade de tratamento e à justa distribuição das verbas do Estado para a saúde, a pesquisa, e a prevenção, para todos aqueles que fazem parte da sociedade. Para Guy Durand, "há justiça quando se obtém o que se merece, recebe-se o que é devido, colhe-se aquilo a que se tem direito".[18]

Para Pessini, o princípio da Justiça, vale quando uma pesquisa subvencionada com recursos públicos leva ao descobrimento de mecanismos e procedimentos terapêuticos, a justiça exige que estes não sejam vantajosos somente para os que podem pagar por eles e que tal pesquisa não deveria envolver indevidamente pessoas que pertencem a grupos que muito provavelmente não se beneficiarão das aplicações subsequentes da pesquisa.[19]

Os princípios citados atuam como norteadores para traçar diretrizes e impor limites as pesquisas cientificas. No ano de 2005, a conferência geral da UNESCO adotou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, na qual foram definidos os princípios fundamentais adotados em diversos âmbitos normativos, dentre eles a formulação e implementação de legislações nacionais.[20]

Um grande avanço das questões éticas relacionadas com as pesquisas envolvendo seres humanos foi o guia universal da CIOMS e da Organização

[17] VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. Biossegurança e biodiversidade: contexto científico regulamentar. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.op. cit., pág. 228

[18] DURAND, Guy. Introdução Geral à Bioética. *História, conceitos e* instrumentos. Trad. Nicolás Nyimi Campanário. Edições Loyola, 2003. São Paulo.

[19] BARCHIFONTAINE C. de P, PESSINI, L**. Problemas atuais de bioética**. 9. Ed. São Paulo. Ed. Loyola, 2009. P.573.

[20] MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 3º Ed.2015 P.12

Mundial da Saúde (OMS), que no ano de 1982 desenvolveram suas Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos. Esse Guia possuía 15 diretrizes[21], hoje, já constam 25 diretrizes, que são elas: 1-Valor Científico e Social e Respeito pelos Direitos;2-Pesquisas Conduzidas com Baixos Recursos;3-Distribuição Equitativa de Benefícios e Encargos na Seleção Individual ou em Grupos dos Participantes da Pesquisa; 4-Potencial Benefício Individual e Riscos das Pesquisas;5-Escolha de Controle em Clínicas de Ensaio;6-Cuidados com a Saúde e Necessidades dos Participantes;7-Engajamento da Comunidade;8-Parceiria Colaborativa e Capacidade de Construção da Pesquisa e sua Revisão;9-Capacidade dos Indivíduos de Fornecer o Consentimento Informado;10-Modificações e Renúncia do Consentimento Informado;11-Coleção, Armazenamento e Uso de Materiais Biológicos e Dados Relacionados;12-Coleção, Armazenamento e Uso de Dados nas Pesquisas Relacionadas à Saúde;13-Reembolso e Compensação para os Participantes da Pesquisa;14-Tratamento e Compensação por Danos Relacionados à Pesquisa;15-Pesquisas Envolvendo Pessoas ou Grupos Vulneráveis;16-Pesquisas Envolvendo Adultos Incapazes de Fornecer o Consentimento Informado;17-Pesquisas Envolvendo Crianças e Adolescentes;18-Mulheres como Participantes da Pesquisa;19-Gestantes e Lactantes como Participantes da Pesquisa;20-Pesquisas em Desastres e Surtos de Doenças;21-Tentativas com Grupos Aleatórios;22-Uso de Dados Obtidos de um Ambiente Online e Ferramentas Digitais na Pesquisa Relativa à Saúde;23-Requisitos para o Estabelecimento dos Comitês de Pesquisa Ética e para suas Revisões de Protocolo;24-Prestação Pública de Contas para as Pesquisas Relacionadas à Saúde;25-Conflitos de Interesse. [22]

[21] CONSELHO INTERNACIONAL DE ORGANIZAÇÃO DE CIÊNCIAS MÉDICAS (CIOMS). *Diretrizes éticas internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos (International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*). Disponível em:<http://www.codex.vr.se/texts/international.html> Acesso em: 03/2018

[22] CONSELHO INTERNACIONAL DE ORGANIZAÇÃO DE CIÊNCIAS MÉDICAS (CIOMS). Diretrizes éticas internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos (International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects). Disponível em:< http://www.codex.vr.se/texts/international.html> Acesso em: 03/2018

É importante salientar as Diretrizes do CIOMS porque além de contribuir com a Declaração de Helsinque, foram consideradas um guia universal em relação à ética em pesquisas envolvendo seres humanos.

Os temas relacionados com as pesquisas envolvendo seres humanos, além de serem sempre atuais, possuem diversas controvérsias envolvendo debates éticos, científicos, sociais, culturais e religiosos. Dessa forma, mesmo com as normativas apontadas para proteger o participante da pesquisa, ainda são muitos os exemplos que podemos citar de violações recentes aos direitos humanos.

No ano de 1994, foram publicados estudos na África envolvendo a droga Zidovudina (ou AZT), ficou muito conhecida para auxiliar no tratamento envolvendo a AIDS e foi também uma das primeiras drogas aprovadas no Brasil para os infectados. Os testes testavam o AZT na prevenção da transmissão vertical do HIV (entre mães e bebês) e estavam sendo utilizados placebos nessas pesquisas. Porém, descobriu-se que nos países desenvolvidos onde os estudos também estavam sendo realizados o AZT estava sendo fornecido de forma ampla as pessoas envolvidas na pesquisa, diferentemente do que ocorria com os habitantes dos países sub desenvolvidos que somente estavam recebendo placebos. Esse é somente um dos exemplos de abusos envolvendo as pesquisas em seres humanos que ocorreram mesmo após a promulgação de diretrizes envolvendo o assunto, demonstrando a importância de discussão do tema.[23]

Os avanços normativos que ocorreram mundialmente foram essenciais para que temas polêmicos envolvendo pesquisas biomédicas começassem a tomar um espaço especial nas discussões internacionais. Os temas relativos à Bioética tem grande dificuldade de serem abordados por conta de sua complexidade envolvendo a matéria. Além de tratarem de um campo multidisciplinar, existe limites que

[23] YOSHIMOTO, Cristina Erico; DINIZ, Edna Maria de Albuquerque; VAZ, Flávio Adolfo Costa. Evolução clínica e laboratorial de recém-nascidos de mães HIV positivas. **Rev. Assoc. Med. Bras.**, São Paulo, v. 51, n. 2, p. 100-105, Apr. 2005. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302005000200017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09/2017.

impedem algumas discussões de avançarem, assim como cada país possui suas restrições religiosas, éticas e sociais.

Com efeito, os debates tem tomado maiores proporções internacionais e nacionais da mesma forma que a importância de tratar dos assuntos relacionados as pesquisas biomédicas ganham mais destaque, enfoques normativos cada vez mais específicos e as pesquisas passam a ter fiscalizações mais rigorosas.

3 NORMATIVAS SOBRE A PESQUISA ENVOLVENDO SERES HUMANOS NO BRASIL

3.1 Panorama nacional

3.1.1 Normativas sobre ética em pesquisa

No Brasil o primeiro documento relativo às pesquisas em Seres Humanos foi a Resolução Nº 001 de 1988 do Conselho Nacional de Saúde. Ela tinha por objetivo normatizar a pesquisa na área da saúde de forma que toda pesquisa em que o ser humano for submetido a estudo, deverá prevalecer o critério de respeito à sua dignidade e à proteção de seus direitos e bem-estar.

Em seu artigo 2º, a resolução delimita no que compreende o desenvolvimento das ações que contribuem para a pesquisa na área da saúde:

> Art. 2º - A pesquisa na área de saúde compreende o desenvolvimento das ações que contribuam:
>
> I – Ao conhecimento dos processos biológicos e psicológicos nos seres humanos;
>
> II – Ao conhecimento dos vínculos entre as causas de doenças, a prática médica e a estrutura social;
>
> III – À prevenção e controle dos problemas de saúde;
>
> IV – Ao conhecimento e avaliação dos efeitos nocivos do ambiente na saúde;
>
> V – Ao estudo de técnicas e métodos que se recomendam ou empreguem para a prestação de serviços de saúde;
>
> VI – À produção de insumos para a saúde.

Em 1995 o CNS definiu o Plano de trabalho de revisão da Resolução CNS 01/88, incluindo a normatização de áreas temáticas especiais através da Resolução Nº 175/95, porém foi mais tarde revogada.

No ano de 1996 foi criada a Resolução 196/96 pelo Conselho Nacional de Saúde, regulamentada pelo Decreto nº 93.933/87, revogando a Resolução Nº 01/88. O texto da resolução foi um dos principais documentos oficiais do Brasil que versa sobre a pesquisa envolvendo seres humanos. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 218 trata sobre o desenvolvimento científico e as pesquisas científicas, porém nada trata sobre os experimentos em seres humanos.

Ainda, o artigo 199, § 4º da Constituição Federal estabelece que as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados deve ser disposto por lei específica, sendo expressamente vedado qualquer tipo de comercialização.

Por esse motivo, a edição da Resolução 196/96 foi de extrema importância e causou substancial impacto na comunidade científica e jurídica, porquanto representou um marco inicial de positivação da matéria, em cumprimento ao mandamento estampado no texto constitucional.

A resolução teve como principais fundamentos diversos documentos internacionais que tratam sobre o tema, como por exemplo: O Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e versões posteriores), O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos(1966, ONU), Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993), e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991).

A Resolução além de levar em conta documentos sobre o tema tão importantes também adota os quatro princípios básicos da bioética, que são: o

princípio da autonomia, da não maleficência, da justiça e o da beneficência. Esses princípios são os que foram citados na resolução, porém outros princípios também foram adotados para que a resolução pudesse moldar os direitos e deveres da comunidade científica.

Em 1997 foi criada a Resolução do CNS Nº 240/97, onde definiram as representações de usuários nos CEPs e orientando as escolhas. No mesmo ano também surgiu a Resolução Nº 251/97, que contemplou a norma complementar para a área temática especial de novos fármacos, vacinas e testes diagnósticos e delegou aos CEPs a análise final dos projetos nessa área, que deixa de ser especial. Ambas as Resoluções ainda estão em vigor.

No ano de 1999 a Resolução Nº 292/99 estabeleceu normas específicas para a aprovação de protocolos de pesquisa com cooperação estrangeira, mantendo o requisito de aprovação final pela CONEP, após aprovação do CEP. Essa Resolução continua vigor.

Nos anos 2000 a Resolução Nº 301/00 contemplou o posicionamento do CNS e CONEP contrário a modificações da Declaração de Helsinque, continuando em 10

No ano de 2004 surgiu a Resolução 340/04, que aprova as Diretrizes para Análise Ética e Tramitação dos Projetos de Pesquisa da Área Temática Especial de Genética Humana, ainda em vigor.

No ano de 2005 a Resolução 346/05 versou sobre projetos multicêntricos, ainda em vigor. Porém, no mesmo ano a Resolução 347/05, que versava sobre as Diretrizes para Análise Ética e Tramitação dos Projetos de Pesquisa da Área Temática Especial de Genética Humana foi revogada pela RES 441/2011.

Em 2007 a Resolução Nº 370/07 versou sobre o registro e credenciamento ou renovação de registro e credenciamento do CEP, o qual continua em vigor.

Em 2008 a Resolução Nº 404/08 que versava sobre a Declaração de Helsinque foi revogada pela RES 466/12.

No ano de 2009 a Resolução 421/09 tratou sobre a instituição e reestruturação na composição da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP, porém, foi revogada pela RES 446/2011.

Em 2011 a Resolução 441/11 aprovou as seguintes diretrizes para análise ética de projetos de pesquisas que envolvam armazenamento de material biológico humano ou uso de material armazenado em pesquisas anteriores. Ela continua em vigor. Nesse mesmo ano a Resolução 446/11 que trata sobre a composição da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, também continua em vigor.

Em 2013 a Resolução 466/12 aprovou as normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, a qual ainda está em vigor.

Por fim, em 2016 a Resolução 506/16, que versa sobre o processo de acreditação de comitês de ética em Pesquisa (CEP) que compõem o Sistema CEP/Conep, e a Resolução Nº 510/16, que trata sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana, na forma definida nesta Resolução. Essas duas Resoluções do ano de 2016 continuam em vigor até o presente momento.[24]

3.1.2 Sistema CEP/CONEP

Na América Latina, os Comitês de Ética em Pesquisa começaram a surgir nos anos 1990. A Necessidade dos Comitês de Ética e Pesquisa no Brasil e o avanço de sua organização ficam evidentes pelo elevado número existente. Segundo dados da

[24] CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Comissões do Conselho Nacional de Saúde (CNS): Comissão Nacional de Ética e Pesquisa. *Resoluções*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/resolucoes.htm> Acesso em: 03/2018

Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep), existem 607 comitês ativos no Brasil, conforme relatório divulgado em novembro de 2010(CONEP, 2011).[25]

O Ministério da Saúde, em seu Manual Operacional para Comitês de Ética em Pesquisa definiu no ano de 2006 os comitês de ética como "...um colegiado interdisciplinar e independente, com "múnus público", que deve existir nas instituições que realizam pesquisas em seres humanos no Brasil, criado para defender os interesses dos sujeitos de pesquisa em sua integridade e dignidade a para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro dos padrões éticos...".[26]

O CEP tem como suas principais funções acompanhar e avaliar os aspectos éticos das pesquisas em biomédicas envolvendo seres humanos. Ele também pode exercer função consultiva e até mesmo educativa, quando ocorrerem eventos onde haja a formação de membros e também incentivem a educação e promova a discussão dos temas pela comunidade.

Os Comitês de Ética em Pesquisa não atuam somente avaliando os aspectos éticos envolvendo as pesquisas, ele também atua no que diz respeito a metodologia científica, os riscos dentro da pesquisa e seus benefícios, na análise dos termos de consentimento livre e esclarecido dos participantes da pesquisa, atua nas informações necessárias aos participantes da pesquisa e na garantia da privacidade e confidencialidade dos questionários utilizados durante a pesquisa.

Dessa maneira os comitês irão observar não somente a pesquisa que envolva uma pessoa por completo, mas que envolva qualquer parte seja total ou inteira humana, abrangendo diversas linhas de pesquisa que antes do decreto poderiam ter mais liberdade nas pesquisas mesmo se tratando de estudos realizados em pessoas.

O processo de revisão ética de uma pesquisa ocorre através dos Comitês de Ética em Pesquisa (CEP) sob coordenação da Comissão Nacional em

[25] BONAMIGO, Elcio Luiz.Manual de bioética: teoria e prática/Elcio Luiz Bonamigo. -3. ed.-São Paulo: All Print Editora,2015, p. 211.
[26] BONAMIGO, Elcio Luiz.Manual de bioética: teoria e prática/Elcio Luiz Bonamigo. -3. ed.-São Paulo: All Print Editora,2015, p. 212.

Pesquisa(CONEP), formalmente acaba sendo determinado de sistema CEP/CONEP. Os CEPs são colegiados interdisciplinares e independentes, de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criado para defender os interesses dos participantes da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa respeitando os limites éticos impostos. Somente após a devida aprovação por parte do CEP é que a pesquisa poderá ter prosseguimento.

O CEP tem grande importância porque toda pesquisa referente a experimentos envolvendo seres humanos deverá ser submetida a sua apreciação. O CEP é composto por colegiado com número não inferior a 7 (sete) membros e, deverá ser composto por profissionais da área da saúde, das ciências exatas, sociais e humanas, além de pelo menos um membro da sociedade. E assim como os participantes a pesquisa, os membros do CEP também não poderão receber remuneração, maneira que se encontrou de tentar manter ao máximo a imparcialidade das partes quanto as decisões a serem tomadas.

As atribuições que do CEP deve realizar, são, entre outras, revisar todos os protocolos das pesquisas envolvendo seres humanos, cabendo a eles a responsabilidade sobre a ética envolvendo a pesquisa resguardando a integridade e os direitos dos participantes da pesquisa. O CEP poderá aprovar o projeto, aprová-lo com pendências ou não aprovar. Quando aprovado com pendências considera o estudo como aceitável, porém alguns detalhes deverão ser modificados no prazo de até 60 dias pelos responsáveis do estudo para a seguinte aprovação. Se a determinação não for atendida dentro do prazo estipulado o protocolo permanecerá pendente.

A CONEP é uma instância colegiada, de natureza consultiva, deliberativa, normativa e independente vinculada ao Conselho Nacional de Saúde. O Ministério da Saúde é responsável pelas medidas necessárias para o funcionamento pleno da Comissão. A CONEP tem composição de 13 membros titulares no total e seus respectivos suplentes sendo 5 deles personalidades destacadas no campo da ética na pesquisa e na saúde, e 8 personalidades de destaque em outros campos de

conhecimento, inclusive do direito. O tempo de permanência no conselho será de 4 anos com renovação alternada a cada 2 anos de sete ou seis de seus membros.

A CONEP tem competência de examinar os aspectos éticos da pesquisa envolvendo seres humanos, bem como a adequação e o respeito as normas vigentes, e, sempre que julgar necessário, consultará a sociedade sobre possíveis discordâncias. A Comissão possui igualmente responsabilidade para estimular a criação e o registro de CEPs institucionais e de outras instâncias, aprovar no prazo de 60 dias e acompanhar os protocolos referentes a assuntos como: genética humana, reprodução humana, fármacos, entre outros assuntos referentes. Além disso, possui a função de prover normas específicas no campo da ética em pesquisa, vetar pesquisas que não estejam em concordância com os limites impostos, a divulgação de assuntos e decisões de ética em pesquisa e, trabalhando ao lado do Ministério da Saúde estabelece normas e critérios para o Credenciamento dos Centros de Pesquisa.

A CONEP, porém, submete ao Conselho Nacional de Saúde para a deliberação as propostas de normas gerais a serem aplicadas às pesquisas envolvendo seres humanos, assim como plano e relatório anual e os sumários dos CEP estabelecidos e aprovados.

3.1.3 A proteção do participante da pesquisa

Todo esse tramite é de grande importância porque as pesquisas muitas vezes envolvem diversos riscos ao participante da pesquisa, que é o indivíduo que participa da pesquisa seja individual ou coletivamente. As legislações no geral afirmam que os participantes submetidos as pesquisas somente poderão participar destas de forma voluntária, sendo vedada qualquer forma de remuneração para incentivo dos participantes. Porém, em um artigo publicado pela Professora Aline Albuquerque e Heloisa Helena Barboza[27] elas afirmam que a Resolução CNS 466/12 do Ministério

[27] ALBUQUERQUE, Aline; BARBOZA, Heloisa Helena. Remuneração dos participantes de pesquisas clínicas: considerações à luz da Constituição. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 24, n. 1, p. 29-36, Apr. 2016.

da Saúde estabelece a possibilidade de se ofertar quantia financeira a participantes de pesquisas clínicas de fase I ou de bioequivalência. A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, encontra-se disciplinada pela Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 [3], a qual não faz referência a pesquisas. Em seu item II.10 afirma que: *participante da pesquisa – indivíduo que, de forma esclarecida e voluntária, ou sob o esclarecimento e autorização de seu(s) responsável(eis) legal(is), aceita ser pesquisado. A participação deve se dar de forma gratuita, ressalvadas as pesquisas clínicas de Fase I ou de bioequivalência.*[28] A menção à fase I remete a pesquisa envolvendo seres humanos com novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos, que é objeto de regulamentação específica pela Resolução CNS 251/1997.

Em alguns países como os Estados Unidos, a remuneração dos participantes da pesquisa é utilizada como forma de recrutar uma quantidade maior de participantes para os estudos, e não como forma de gratificar os participantes. As correntes contrárias a remuneração dos participantes afirmam que o público que seria atraído acaba sendo aqueles mais pobres, o que poderia até mesmo prejudicar os resultados da pesquisa por se tratar de população que nem sempre teria como arcar com os efeitos negativos advindos das pesquisas. Dessa maneira, o artigo cita o pensamento de Lemmens[29]*, que afirma a importância do comitê de ética analisar se o montante pago ao participante não configuraria uma indução indevida do participante. Seguindo essa linha, o que seria o ponto de discussão da problemática não seria a remuneração em si, mas o montante dessa remuneração de tal maneira que não configure um estímulo somente para aqueles que necessitam de mais dinheiro.*

Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000100029&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03/2018

[28] BRASIL. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>. Acesso em 09/2017.

[29] Lemmens T, Elliott C. Justice for the professional guinea pig. Am J Bioeth. 2001;1(2):51-2.

Segundo Moreno[30], a remuneração pela participação em pesquisas clínicas de fase I ou de bioequivalência justifica-se pelo fato de que a adesão a estudos clínicos, em geral, ampara-se na esperança de cura ou, ao menos, paliativo para dada enfermidade. Porém, na fase I os participantes são saudáveis, o que afastaria, em tese, as justificativas de adesão voluntária e de que o fármaco testado possa influenciar positivamente no curso da enfermidade do paciente. Contudo, do mesmo modo que doadores de sangue, órgãos e tecidos voluntários não auferem nenhum tipo de lucro com a ação beneficente, o participante desse tipo de pesquisa deveria ser recrutado sobre bases isentas de proveitos financeiros. Assim, o grande receio dos legisladores que são desfavoráveis a remuneração nas pesquisas se dá por conta de uma possível comercialização do corpo humano dentro das pesquisas biomédicas.

Assim, o entendimento de Albuquerque e Barbosa é de que é possível concluir que a Resolução CNS 466 autoriza o pagamento ou remuneração de participantes de pesquisa em fase I. Assim, o primeiro estudo de um novo princípio ativo ou nova formulação permite que se remunerem pessoas *em geral sadias*, para estabelecer *uma evolução preliminar da segurança e do perfil farmacocinético e, quando possível, um perfil farmacodinâmico. E que* tendo em conta que a participação de pessoas saudáveis em pesquisas de fase I demanda, muitas vezes, que se afastem de suas atividades habituais, se submetam a procedimentos invasivos e tenham de permanecer em ambientes hospitalares, pode-se sustentar que a remuneração de participantes é decisiva para o recrutamento. Portanto, é importante ressaltar que é essencial a distinção da natureza do pagamento, se ele irá consistir em um incentivo para a participação, em reembolso de gastos feitos pelo participante, em valores que deixou de ganhar, em compensação por eventuais ocorrências ordinárias da pesquisa, ou em pagamento pelo tempo despendido com a pesquisa e pelo esforço do participante.[31]

[30] MORENO, Jonathan D. *It's not about the money*. Am J Bioeth. 2001;1(2):46.
[31] ALBUQUERQUE, Aline; BARBOZA, Heloisa Helena. Remuneração dos participantes de pesquisas clínicas: considerações à luz da Constituição. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 24, n. 1, p. 29-36, Apr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000100029&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03/2018

A participação do interessado na pesquisa cientifica deve levar sempre em consideração o consentimento livre e esclarecido do sujeito, que é a anuência do interessado (podendo ser a de seu representante legal) livre de qualquer tipo de vício, dependência, subordinação ou intimidação por parte de outrem. Além de ser feita uma explicação completa ao interessado ressaltando todos os pontos da pesquisa, como seus objetivos, métodos, os benefícios que podem advir dela, como também os riscos e qualquer tipo de incomodo que ela possa vir causar.

Os riscos envolvendo a pesquisa só serão admissíveis quando oferecerem elevada possibilidade de gerar conhecimento, prevenirem algum problema que afete o bem estar, de forma que o risco deve ser menor do que o benefício que poderá ocorrer. E, o pesquisador responsável pelo experimento tem obrigação de interromper o procedimento se o experimento estiver causando risco maior do que o acordado no termo de consentimento ou se algum método mais eficiente existir.

Todos esses pontos devem ser formulados em um termo de consentimento, onde o participante autoriza sua participação voluntária na pesquisa. Este termo deverá ser feito em linguagem acessível e que inclua aspectos como métodos alternativos, liberdade do sujeito, a garantia do sigilo, as formar de ressarcimento e indenização diante de eventuais ocorridos, possíveis desconfortos, etc. Além disso, o termo de consentimento deverá ser elaborado pelo pesquisador responsável, deverá ser aprovado pelo comitê de ética em pesquisa que referenda a investigação, ser assinado por dactiloscópica, por todos e cada um dos sujeitos e responsáveis pela pesquisa e ser elaborado em duas vias ficando uma com o sujeito da pesquisa e uma com o representante.[32]

Os danos causados em relação ao experimento podem ser de agravo imediato ou tardio, coletivo ou individual, com nexo de causalidade direito ou indireto decorrente do estudo científico. Sabe-se que a pesquisa pode sim trazer determinados riscos aos quais os sujeitos devem ser conscientizados e informados

[32] ESTIGARA, Adriana. *Consentimento livre e esclarecido na pesquisa envolvendo seres humanos. A distância entre o "dever ser" e o "ser"*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1144, 19 ago. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8803>. Acesso em: 09/2017

para o posterior consentimento. Porém, quando o risco real não é informado ou ocorre qualquer dano maior do que o esperado, poderá o sujeito pleitear indenização devida, que poderá enquadrar danos materiais, reparação de danos imediatos ou danos tardios causados pela pesquisa na qual o sujeito fora submetido.[33]

Também poderá ser pleiteado o ressarcimento por custas decorrentes da pesquisa que o participante possa ter contraído em decorrência de sua participação. Nenhuma forma de afastamento de responsabilidade por parte dos pesquisadores pode acompanhar TCLE ou RCLE, além de ser um direito irrenunciável por parte do sujeito da pesquisa.

As Resoluções em vigor tratam dos aspectos éticos em relação a pesquisa envolvendo seres humanos, nesse âmbito são determinadas algumas exigências que a pesquisa deverá conter. Primeiramente é citado o consentimento livre e esclarecido aos indivíduos que serão submetidos ao experimento científico. Essa primeira exigência tem grande relação com o principio ético da autonomia, onde a livre vontade e a dignidade dos indivíduos devem ser sempre adotadas, além de ser também respeitado o posicionamento que o sujeito optar.

Em seguida é levantada a questão do balanceamento entre os riscos e os benefícios que a pesquisa poderá causar ao participante. Tanto os atuais quando os em potenciais. Esse segundo ponto tem influência do princípio da beneficência, o qual a pesquisa deverá trazer sempre mais benefícios do que riscos, ao contrário ela não valeria a pena por causar mais mal do que bem. Um exemplo seria algo simples como vacinar um paciente. O ato de espetar um adulto ou uma criança com uma agulha, o que geralmente é algo incomodo e pode ser doloroso, visto grosso modo seria algo incontestavelmente caracterizado como algo ruim. Porém, essa é somente a visão negativa do ato de vacinação. Olhando pelo aspecto da beneficência, a vacinação acarreta a imunização do indivíduo, tornando-o imune a determinado

[33] RATES, Camila Maria Pereira; COSTA, Marcella Rodrigues e; PESSALACIA, Juliana Dias Reis. *Caracterização de riscos em protocolos submetidos a um comitê de ética em pesquisa: análise bioética*. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 22, n. 3, p. 493-499, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09/2017

antígeno. Visto isso, ponderando os aspectos positivos e negativos desse procedimento, fica claro que o caráter beneficente prevalece.

Outro princípio também adotado é o da não maleficência, pois deverá haver garantia de que os danos previsíveis serão evitados, de forma que não haja intenção alguma de causar algum tipo de risco ou dano proposital ao sujeito da pesquisa. Tom Beauchamp e James Childress, explicam que o princípio da não maleficência deve acatar a *primum non nocere*: "Em primeiro lugar, não causar dano". Tal como o princípio da autonomia, também o princípio da não maleficência apresenta duas formulações: uma negativa, que dita que "não se deve causar danos ou mal" e outra positiva que, para Beauchamp e Childress, constitui o princípio da beneficência o qual admite três formulações: "deve prevenir-se o dano ou o mal"; "deve evitar-se ou recusar o mal" e "deve fazer-se ou promover o bem".[34] Dessa forma, é importante que a prioridade seja prevenir um dano para depois pensar em fazer um bem. Vez ou outra seria aceitável causa um dano para atingir um bem, como o exemplo citado da vacina anteriormente.

Por outro lado, o princípio da beneficência é considerado de forma relacionada com o da não maleficência, de tal maneira refere-se à obrigação ética de maximizar o benefício e minimizar o prejuízo. O profissional deve ter a maior convicção e informação técnica possíveis que assegurem ser o ato médico benéfico ao paciente (ação que faz o bem).[35]

Dessa maneira, começou a se questionar se era possível nunca causar dano. A resposta foi simples, deve-se utilizar o princípio da prima facie, onde os princípios, portanto, possuem um caráter *prima facie*, pois oferecem apenas razões *prima facie*, o que significa que o fato de um princípio valer, em tese, para um caso concreto, não

[34] SILVA, Ana Catarina Fortunato da. *A ética principalista em medicina geral e familiar*. Teses de Mestrado da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra (FMUC). Disponível em:<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/32994/1/TESE%20FINAL%20ENVIAR%20-%20Corrigida.pdf> Acesso em: 03/2018

[35] CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Princípios bioéticos: a autonomia, não-maleficência, beneficência, justiça e equidade*. Disponível em:< http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53> Acesso em: 03/2018

significa que ele servirá como razão definitiva para esse mesmo caso, ou seja, não quer dizer que a consequência jurídica nele prevista será observada.[36] Assim, deve haver uma justificativa, uma beneficência para um ato que possa vir causar algum dano.

O princípio da justiça é adotado por Beauchamp e Childress, de forma que engloba várias formas, sendo que a da justiça distributiva é aquela com maior relevância nos assuntos bioéticos, relacionando-se com uma distribuição igual, equitativa e apropriada, de todos os direitos e responsabilidades na sociedade, sendo determinada por normas justificadas que estruturam os termos da cooperação social. Esse princípio representa a preocupação frente à distribuição equitativa dos recursos disponíveis.[37]

E por último, o princípio da autonomia é o qual implica o reconhecimento permanente de que as pessoas têm o direito de atuar em concordância com as suas próprias convicções, concepções, valores e crenças.[38] Os casos mais famosos envolvendo esse princípio são os que envolvem Testemunhas de Jeová, que não aceitam receber transplantes de sangue mesmo em situações de grande risco de vida. Dessa forma, diversas discussões sobre quais os limites de autonomia que uma pessoa poderia ter quando o bem tutelado á própria vida são constantemente debatidas no campo bioético. Pois ao passo que a autonomia da pessoa de decidir quais crenças e cuidados paliativos deseja receber em situações onde não possa exprimir sua vontade é resguardada em diversos aspectos, quando a situação em potencial ocorre e sua autonomia é posta a prova, não somente os médicos mas a

[36] MACHADO, Grazyela Do Nascimento Sousa. Teorias sobre os princípios jurídicos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10900&revista_caderno=15>. Acesso em: 03/2018.

[37] SILVA, Ana Catarina Fortunato da. *A ética principalista em medicina geral e familiar*. Teses de Mestrado da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra (FMUC). Disponível em:<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/32994/1/TESE%20FINAL%20ENVIAR%20-%20Corrigida.pdf> Acesso em: 03/2018

[38] SILVA, Ana Catarina Fortunato da. *A ética principalista em medicina geral e familiar*. Teses de Mestrado da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra (FMUC). Disponível em:<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/32994/1/TESE%20FINAL%20ENVIAR%20-%20Corrigida.pdf> Acesso em: 03/2018

própria população no geral não aceita que a vontade da pessoa prevaleça quando sua vida está em risco.

Essas controvérsias geram grandes atrasos nas discussões, que geralmente não chegam a um consenso e não é simples legislar algo de opinião totalmente controversa envolvendo o maior bem do ser humano, a vida.

Independentemente da área de atuação, a experimentação humana deverá respeitar e seguir diversas exigências previstas na norma. Os princípios éticos devem ser aplicados a qualquer área de experimentação, e os princípios éticos também deverão estar presentes em todas as etapas de qualquer pesquisa. Assim, os experimentos realizados nas diversas áreas de conhecimento deverão prever a beneficência dos resultados das pesquisas.

As pesquisas devem sempre abordar esses princípios para que o resultado final seja o benefício as pessoas. Ocorreram casos como o Experimento de Tuskegee, conhecido também como o estudo da sífilis não tratada, onde o Serviço Público de Saúdo do Estado de Tuskegee, Alabama-EUA, utilizaram cerca de 600 homens negros contaminadas pela sífilis onde 399 dessas pessoas foram utilizadas para apenas observar os avanços da doença no corpo humano, obviamente sem utilizarem qualquer tratamento pois o enfoque era observar a doença avançar. E, as outras 201 pessoas, não infectadas, eram usadas como parâmetro. Os participantes do estudo em momento algum foram informados do diagnóstico que possuíam, somente que possuíam "sangue ruim" e que se submetendo ao estudo ganhariam tratamento médico gratuito. Outro aspecto importante foi que em momento algum houve o consentimento dos participante.[39]

Além da chocante conduta dos pesquisadores nesse caso, ele se tornou muito conhecido também devido ao tempo que durou, começando no ano de 1932 e acabando em 1972. O intuito de causar o mal nesse caso foi explícito, não só o

[39] WIKIPEDIA. *Estudo da sífilis não tratada de Tuskegee*. Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Estudo_da_S%C3%ADfilis_n%C3%A3o_Tratada_de_Tuskegee> Acesso em: 03/2018

experimento trouxe qualquer bem ou resultado positivo as pessoas submetidas a isso, como também em 1941[40] a Penicilina já era um antibiótico disponível para utilização. E, mesmo assim, em momento nenhum foi introduzido no experimento para ao menos encontrar alguma finalidade no estudo.

Em relação ao processo de consentimento livre e esclarecido, ele é definido como todas as etapas necessárias para que o voluntário da pesquisa possa de manifestar de forma autônoma, consciente, livre e esclarecida. É de responsabilidade do pesquisador encontrar o momento e locais mais apropriados para que o esclarecimento seja efetuado, levando em consideração as peculiaridades de cada voluntário, além de respeitar todos os aspectos envolvendo a privacidade do participante. A tomada da decisão livre e esclarecida deverá ser feita de forma clara ao participante, sendo explicado todos os detalhes, riscos e procedimentos, considerando as particularidades de cada envolvido, como sexo, cultura, idade e idioma.

Assim como no caso de Tuskegee, não houve qualquer consentimento em momento algum da pesquisa, o que é totalmente inaceitável dentro do respeito aos princípios bioéticos envolvendo seres humanos. O consentimento é elemento essencial para o exercício da medicina, e não só isso, ele é um direito do paciente em dispor de seu corpo.

Conforme a Resolução, somente após o a tomada da decisão livre e esclarecida poderá ser apresentado o TCLE, para que nesse momento ele possa ser lido.

4 OS LIMITES ÉTICOS DA PESQUISA ENVOLVENDO SERES HUMANOS

O maior contraponto que as pesquisas em bioética enfrentam é a dualidade entre a liberdade do pesquisador em estudar determinada área sem restrições que

[40] WIKIPEDIA. *Penicilina.* Disponível em:<https://pt.wikipedia.org/wiki/Penicilina> Acesso em:03/2018

impeçam seu trabalho de avançar, e a proteção do indivíduo submetido à pesquisa que não deve sofrer qualquer tipo de abuso por parte do pesquisador.

A liberdade dos pesquisadores é moldada pela legislação existente que impede a existência de certos abusos, mas um dos principais responsáveis por controlar as pesquisas são os CEP´s. Eles são colegiados interdisciplinares e independentes que devem existir nas instituições que realizam pesquisas científicas em seres humanos, bem como acompanham e avaliam os parâmetros éticos adotados parar a realização da pesquisa respeitando as diretrizes bioéticas nacionais e internacionais.[41]

Foi a partir dos anos 50 que surgiram nos Estados Unidos os primeiros Comitês de Ética em pesquisa, enquanto órgãos responsáveis pela avaliação e controle dos projetos de pesquisa envolvendo seres humanos. A preocupação com os indivíduos submetidos às pesquisas envolve não somente os que estão participando do experimento, mas também os que irão se beneficiar dos resultados da pesquisa, dessa forma, no final dos anos 50 houve o famoso caso da talidomida, medicamento utilizado para enjoo que muitas gestantes acabaram utilizando para aliviar os desconfortos causados durante a gestação. Ocorre que o medicamento não havia passado por uma devida análise e experimentação antes de ser fornecido ao público, o que ocasionou em cerca de 8000 crianças nascidas com graves deformações.[42]

Apesar de toda sua importância, apenas nos anos 1990 começaram a surgir os primeiros comitês de ética em pesquisa na América Latina, que foi definido da seguinte forma pelo Manual Operacional para Comitês de Ética em Pesquisa:

> O Comitê de Ética em pesquisa é um colegiado interdisciplinar e independente, com "múnus público", que deve existir nas instituições que realizam pesquisas em seres humanos no Brasil, criado para defender os interesses dos sujeitos de

[41] UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS. *O que é comitê de ética em pesquisa?* Disponível em: <http://www.cep.ufam.edu.br/home> Acesso em 15/11/2017

[42] BONAMIGO, Elcio Luiz. Manual de bioética: teoria e prática/Elcio Luiz Bonamigo. - 3. ed.-São Paulo: All Print Editora,2015. P.207

> pesquisa em sua integralidade e dignidade a para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro dos padrões éticos[...][43]

O CEP, além de suas funções envolvendo a fiscalização das pesquisas, discute os riscos e benefícios envolvendo os estudos, o termo de consentimento livre e esclarecido, detalhes que envolvam os participantes da pesquisa, etc. Caracterizando sua função consultiva e educativa em relação à sociedade cientifica.[44]

Em uma pesquisa recente com 94 Comitês de Ética em Pesquisa participantes do Brasil, que integram o Sistema CEP/ Conep, foi constatado que apenas 3,2% desses apresentavam alguma irregularidade em suas instituições.[45] Demonstrando o bom funcionamento que os comitês possuem.

Sabe-se que de um lado o controle exercido pelos CEP's e os balizamentos que a legislação fornece para os experimentos científicos são essenciais para que o participante da pesquisa tenha segurança e proteção. Os limites impostos nas pesquisas possuem diversos reflexos em diferentes áreas, entre elas sociais, econômicas, etc.

4.1 A distribuição dos benefícios da pesquisa e a vulnerabilidade dos seus participantes

A começar, podemos citar o exemplo econômico, sabe-se que a maior incidência de doenças encontra-se nos locais mais pobres do planeta, onde não há recursos físicos para tratar as pessoas, não há medicamentos e muitas vezes nem mesmo água potável. A conclusão seria que esses locais, onde estão concentrados um grande número de pessoas necessitando de tratamento de suas enfermidades, seriam os ideais para investimentos em pesquisas, medicamentos e diferentes tratamentos. Porém, ocorre que, ao contrário do que logicamente seria o correto, os

[43] MINISTÉRIO DA SAÚDE.Manual Operacional para Comitês de Ética em Pesquisa. 4. ed. Brasília, Df: Editora MS,2006.137 p.
[44] BONAMIGO, Elcio Luiz.Manual de bioética: teoria e prática/Elcio Luiz Bonamigo. -3. ed.-São Paulo: All Print Editora,2015. P.207
[45] FREITAS, Corina B.D.; NOVAES, Hillegonda M.D. Liderança de Comitês de Ética em Pesquisa no Brasil: perfil e atuação. Revista Bioética, V. 18, n.1, p.185,2010.

investimentos são direcionados para os locais que possuem maior renda, e que, consequentemente, teriam mais dinheiro para pagar um medicamento ou tratar uma enfermidade. O que ocorre é a utilização dos indivíduos marginalizados como "voluntários" para as pesquisas, os quais não irão usufruir dos benefícios resultantes das pesquisas às quais foram submetidos.[46]

O grande impasse ético presente atualmente na regulação da pesquisa envolvendo seres humanos diz respeito à valorização dos seus aspectos econômicos. Acontece que quem não possui dinheiro para desfrutar dos resultados de um experimento não é relevante para o mercado, pois se não há onde lucrar e como lucrar não existe porque investir tempo e recursos em pesquisa.

> "A relação entre direitos humanos, cidadania, ética e saúde é bastante clara nessa situação, pois essas doenças ocorrem de maneira descontrolada exatamente na ausência da cidadania e dos direitos humanos. Nessa mesma direção, os recursos para pesquisa também são gastos de maneira desequilibrada: dos três e meio bilhões de dólares americanos empregados anualmente em pesquisas, mais de 90% o são para doenças ou afecções que atingem os afluentes (por exemplo, obesidade, hipercolesterolemia, disfunção erétil) e muito pouco para as doenças infecciosas e parasitárias, com a exceção óbvia do HIV/AIDS, mas mesmo aqui 90% da verba são gastos em países desenvolvidos." [47]

É nítido o entrelaçamento das problemáticas envolvendo a bioética, porque considerando somente o exemplo citado acima é possível conectá-lo com problemas sociais, econômicos e até mesmo com a saúde pública. Isso demonstra o enorme contraste entre a ética e o desenvolvimento científico, porque o grande interesse demonstrado nesses casos é somente a viabilidade de obtenção de lucro, o objetivo não é trazer benefícios para os participantes da pesquisa, ou pelo menos não é o objetivo principal.

A pesquisa científica deveria ter o seu enfoque no bem-estar social. Os processos decisórios envolvendo a viabilidade das pesquisas científicas devem ser analisados para garantirem o bem-estar de todos, de maneira que os benefícios dos

[46] GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo.Bioética: Poder e Justiça. São Paulo: Ed. Loyola,2003. P.259
[47] GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo.Bioética: Poder e Justiça. São Paulo: Ed. Loyola,2003. P.260

estudos possam ser desfrutados não apenas por uma pequena parcela da população, mas pelo maior número de pessoas possível. Para garantir essa finalidade nas pesquisas científicas os CEPs têm um papel fundamental garantindo que nenhum abuso aconteça, isso ocorre de maneira que diversas vezes argumentos como a urgência de um estudo seja requisito para burlar alguma etapa da pesquisa ou até mesmo aceitar determinada prática não aceitável, fundamentando que a pesquisa é de extrema importância e seus resultados são necessários para muitas pessoas.

Aqui entram diversos aspectos relacionados à ética em pesquisa, na qual o papel da ética é fazer indagações, perguntas e estabelecer reflexões sobre os diversos temas envolvendo seus fundamentos até chegar a determinada conclusão viável. A ética impõe valores a serem respeitados como a moralidade e a justiça e, quando as imposições relacionadas à ética não são utilizados podemos entrar em uma crise ética.

Marconi Do Ó Catão explica o seguinte:

> "Os conflitos existentes entre a Ética, o Direito e a Medicina são interrogações básicas da Bioética. O ser humano é, ao mesmo tempo, um ser biológico, produto da natureza, e um ser social, produto da cultura. E, na tentativa de solucionar esse conflito, a pessoa desenvolve seu sentido ético." [48]

Os avanços nas áreas médicas são constantes e necessários, porém dificilmente o Direito será capaz de acompanhar no mesmo ritmo todas as mudanças na área da medicina. Mas, a ética deve sempre estar presente nas mudanças que envolvam essas duas áreas, não devendo nunca ser desvinculada de ambas. O que vem ocorrendo é justamente a Medicina tomar a frente dos avanços e o Direito não oferecer condições para responder os novos questionamentos dos fenômenos que surgem.

[48] CATÃO, Marconi do Ó. Biodireito: transplante de órgão humanos e direito de personalidade-São Paulo: Madras, 2004. P.28

4.2 A perspectiva dos pesquisadores e o papel do Direito e da Bioética

O cenário normativo atual, referente às questões jurídicas são muitas vezes conflitantes e omissivas, de tal forma que para solucionar a brecha de maneira rápida são fornecidas "soluções" vagas e sem especificidade, que de igual maneira não conseguem solucionar problemas mais complexos envolvendo a bioética. A ética nesse cenário tem papel fundamental porque é ela que preencheria as lacunas onde a norma não alcança, sem ela haveria a imposição de ideias, interesses e opiniões pessoais em relação à pesquisa científica. Assim, não se deve desvinculá-la mesmo que a sua normatização não esteja expressamente regulamentada no ordenamento jurídico de algum país.

O direito é dotado de diferentes fontes, a primeira delas é a lei. Quando a lei não aborda um assunto, o legislador recorre aos costumes, que seriam as práticas reiteradas que resultam em uma convicção de obrigatoriedade. Quando estas não são o suficiente utiliza-se a jurisprudência feita pelos tribunais para entender qual o posicionamento normativo a respeito do tema em questão, não havendo entendimento fixado pela jurisprudência recorre-se à equidade, esta diz respeito a adaptação de regras existente sobre uma situação concreta. Por fim, quando nenhuma das fontes citadas aborda o assunto procurado, a doutrina é adotada. Todo esse procedimento de investigação para buscar a resposta de um posicionamento jurídico é adotado dentro do direito brasileiro, porém, em um questionamento envolvendo bioética ou uma complexa questão médico-jurídica, é possível aplicar as mesmas fontes para solucionar diferentes problemas? Poderiam sim ser aplicadas, porém as questões controversas da bioética dividem grandes opiniões.[49]

[49] CONDE, Luis Gustavo. Introdução ao estudo do direito: fontes do direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 144, jan 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16694>. Acesso em 11/2017.

Dworkin descreve como "*Hard Cases*" exatamente o que ocorre com frequência na bioética, Atienza define como:[50]

> "Os casos difíceis por definição, são aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros."

Os Hard cases envolvem problemas interligados, interdisciplinares, diferentemente dos casos difíceis, que segundo Dworkin ocorrem quando não há uma regra específica pré-estabelecida ou quando não há um precedente fixado para o caso concreto. É o que ocorre, por exemplo quando não há lei específica para determinada matéria, o que ocorre na esfera da bioética.[51]

Para Dworkin o direito é um conceito interpretativo, podendo a norma ser analisada de diferentes formas, a interpretação pode ser aproveitada de distintos pontos de vista. Assim, a perspectiva de Dworkin pode ser utilizada na esfera bioética, assim observar um fenômeno ou fazer um enunciado normativo não é o mesmo que investir uma forma de significado, essa terceira função depende da interpretação, que envolve um significado maior.[52] Assim, não é possível somente normatizar um conceito bioético e esperar que resolva as problemáticas que o envolvem, é necessário interpretar o seu significado e tudo que o envolve.

Considerando todos esses aspectos, os pesquisadores também estão dispostos a interpretar a norma da maneira mais favorável à eles, de maneira que existam menos aspectos limitantes envolvendo sua liberdade de pesquisa. A liberdade de pesquisa consiste no direito de escolher a problemática, investigá-la e conduzir sua pesquisa sem controle externo e transmitir o conteúdo de seus estudos[53], assim, o

[50] ATIENZA, Manoel. As razões do direito- Teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães. 3º Ed. São Paulo: Editora Landy, 2003. p.84
[51] ATIENZA, Manoel. As razões do direito- Teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães. 3º Ed. São Paulo: Editora Landy, 2003. p.84
[52] Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ronald_Dworkin> Acesso em 16/11/2017
[53] Disponível em:<http://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/a-liberdade-cientifica-o-amor-pela-ciencia-pura/> Acesso em 16/11/2017

pesquisador espera poder executar sua liberdade de forma plena em determinada pesquisa.

Há correntes científicas mais radicais, nas quais determinados entendimentos predominam:

> "Partindo da ideia de que não há direitos absolutos, em que pese estarem sempre protegidos, impõe-se o desenvolvimento de uma adequada teoria dos limites dos direitos fundamentais, até mesmo porque não é razoável fixar barreiras instransponíveis às pesquisas científicas e aos novos tratamentos de saúde."[54]

Outro ponto adotado pela autora seria a função que o Estado exerce no que diz respeito a proteção e do direito a saúde da população, que seriam ações estatais positivas. Assim como, respeitando o que está previsto na Constituição Federal, deve-se incentivar as pesquisas científicas visando o bem público e progresso das ciências, conforme previsão do parágrafo primeiro do artigo 218 da Constituição Federal:

> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.
>
> § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.[55]

Assim, a autora se fundamentou no previsto na Constituição Federal para contra argumentar os pontos relativos à defesa da proteção aos direitos dos participantes, pois a pesquisa científica beneficiaria de qualquer modo a população, e vetar as pesquisas acarretaria um impacto negativo para todos. Conclui-se que, de acordo com a perspectiva do pesquisador, que a limitação das pesquisas científicas é

[54] PETTERLE, Selma Rodrigues.Liberdade de Pesquisa científica e Inovação Tecnológica em matéria de Saúde Humana. PUCRS. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIImostra/Direito/62829%20-%20SELMA%20RODRIGUES%20PETTERLE.pdf> Acesso em: 17/11/2017

[55] SENADO FEDERAL. Atividade legislativa: Artigo 218 da Constituição Federal (texto compilado até a emenda constitucional nº 95 de 15/12/2016). Disponível em <https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_218_.asp> Acesso em:17/11/2017

uma restrição do direito à liberdade de pesquisa científica e até mesmo à saúde da população, porque os resultados positivos das pesquisas deixam de ser apreciados.[56]

As limitações impostas por lei possuem pontos negativos e positivos, fica claro que os pontos desfavoráveis prejudicam muito o desenvolvimento científico e o usufruto dos resultados das pesquisas. Porém, se não houvessem limitações legais e até mesmo morais dentro dos estudos envolvendo seres humanos os abusos poderiam acontecer de forma corriqueira. A proteção por um lado pode parecer exagerada, mas é necessária para que a violação aos direitos dos participantes não ocorra.

O artigo internacional "Ethics in human research" trata da importância da conduta ética dentro das pesquisas, definindo-a como literalmente fazer a coisa certa. Mas, obviamente que a conduta ética significa muito mais do que isso, ela envolve também agir de maneira correta, agir com respeito e se preocupar com os seres vivos envolvidos nas pesquisas.[57]

Por fim, a preocupação a respeito dos limites bioéticos não é algo específico do Brasil. Após as Guerras, a divulgação de pesquisas biomédicas abusivas e outros eventos que causaram choque e comoção mundial, a preocupação por cuidados e respeito aos participantes das pesquisas se tornaram cada vez mais essenciais dentro das pesquisas.

A sociedade tem adquirido maturidade intelectual para reconhecer as distinções do que é aceitável ou não de se fazer com o corpo humano. As lutas sociais por direito aumentam a cada dia assim como as exigências por direitos humanos.

---

[56] PETTERLE, Selma Rodrigues.Liberdade de Pesquisa científica e Inovação Tecnológica em matéria de Saúde Humana. PUCRS. Disponível em:http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIImostra/Direito/62829%20-%20SELMA%20RODRIGUES%20PETTERLE.pdf> Acesso em: 17/11/2017

[57] MANDAL, Jharna; ACHARYA, Srinivas; PARIJA, Subhash Chandra. *Ethics in human research*. Trop Parasitol [serial online] 2011; 1:2-3. Disponível em: <http://www.tropicalparasitology.org/text.asp?2011/1/1/2/72105>Acesso em: 03/2018

Porém, os conhecimentos nas áreas bioéticas ainda estão ganhando força e popularidade, o que é essencial para futuras discussões e decisões sobre as pesquisas envolvendo seres humanos.

5 CONCLUSÃO

Uma das principais justificativas para conduzir uma pesquisa envolvendo seres humanos são os benefícios que o estudo trará para a sociedade. O Código de Nuremberg dita que um experimento em que o ser humano e o objeto estudado, devem ter resultados frutíferos para o bem da sociedade e os riscos envolvendo o experimento nunca devem ultrapassar aquele determinado pela importância humanitária envolvida no estudo.[58]

Os estudos biomédicos diversas vezes irão precisar causar algum tipo de dano, por menor que seja, para que atinja sua finalidade positiva. Um estudo que necessite retirada de sangue diária do participante, claro que causará um dano mínimo. Porém, seus benefícios e resultados devem ser maiores, isso seria aplicar uma finalidade positiva em contraponto de um aspecto negativo para o participante.

O bem-estar do participante é algo indispensável para que abusos não ocorram. Muitos pesquisadores podem usar o argumento de que o resultado final da pesquisa seria tão positivo que justificaria qualquer mal causado aos participantes no decorrer das pesquisas. Além de não se conseguir garantir resultados finais 100% exatos dentro de uma pesquisa o participante não pode dispor de seu corpo de tal maneira que cause risco de morte.

Além disso, as pesquisas devem ter como finalidade o bem social, não apenas selecionar determinado grupo social e causar-lhe risco em prol da maioria, como ocorre corriqueiramente. Essa seleção de benefícios é extremamente prejudicial para as pesquisas científicas, que visando apenas um grande lucro com uma pequena

[58] RESNIK, David. Social Benefits of Human Subjects ResearchDisponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3920587/> Acesso em: 03/2018.

parcela populacional deixa a margem pesquisas científicas de grande importância por ser algo sem grande procura por aqueles que patrocinarão causas mais onerosas.

Ainda existem muitas incertezas sobre os rumos que as mudanças necessárias nas áreas de saúde irão tomar, mas hoje a visão de que a interdisciplinaridade dos assuntos relativos à saúde e ao direito são indispensáveis é nítida em relação ao que era alguns anos atrás.

A educação é um dos principais investimentos para que grandes avanços possam acontecer nessas áreas. Pois somente com a participação social haverá distribuições de recursos mais justas, dentre elas os benefícios de uma pesquisa científica.

A bioética é uma área crescente nos últimos anos e vem ganhando destaque devido às discussões polêmicas que seus temas abordam. Por esses motivos é essencial a instrução dos legisladores e da população para que as decisões normativas proferidas possam transparecer o real entendimento social de um país relativo aos assuntos bioéticos.

Por fim, os avanços biomédicos foram necessários para a civilização atual conseguir se perpetuar até hoje, além disso, as ciências médicas não são estáticas, elas estão sempre avançando e mudando seus conceitos, resultados e produtos. Essa é a grande dificuldade que os profissionais e estudiosos do Direito têm, além de muitas vezes não possuírem conhecimento suficiente de temas muito específicos, o que prejudica a criação de normas que necessitam de grande especificidade e constante atualização.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline; BARBOZA, Heloisa Helena. Remuneração dos participantes de pesquisas clínicas: considerações à luz da Constituição. Rev. Bioét., Brasília, v. 24, n. 1, p. 29-36, Apr. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000100029&lng=en&nrm=iso>.

BEECHER Henry Knowless. *Ética e pesquisa clínica (Ethics and clinical research).* Jornal de Medicina de Nova Inglaterra (*New England Journal Medicine*). Jun. 1966; 274(24): 1354-60

BERNARD, Jean. *De la biologie à l´étique*. Buchet/Chastel, Paris.1999

BONAMIGO, Elcio Luiz. *Manual de bioética: teoria e prática*. 3.ed. São Paulo: All Print Editora, 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>.

CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: WVC Editora, 2004

CÉLULAS TRONCO Disponível em:< http://www.ghente.org/temas/celulas-tronco/> Acesso em 17/11/2017

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Noções introdutórias sobre Biodireito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VII, n. 18, ago 2004. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4141%20>

CIÊNCIA PURA Disponível em:< http://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/a-liberdade-cientifica-o-amor-pela-ciencia-pura/> Acesso em 16/11/2017

CONDE, Luis Gustavo. Introdução ao estudo do direito: fontes do direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 144, jan 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16694>

CONSELHO INTERNACIONAL DE ORGANIZAÇÃO DE CIÊNCIAS MÉDICAS (CIOMS). *Diretrizes éticas internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos (International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*). Disponível em:< http://www.codex.vr.se/texts/international.html>

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Comissões do Conselho Nacional de Saúde (CNS): Comissão Nacional de Ética e Pesquisa. *Resoluções*. Disponível em:<http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/resolucoes.htm>

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Princípios bioéticos: a autonomia, não-maleficência, beneficência, justiça e*

equidade. Disponível em:< http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53>

CONSTANTINO, RODRIGO. A LIBERDADE CIENTÍFICA: O AMOR PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 218 Disponível em:https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_218_.asp Acesso em:17/11/2017

Declaração de Helsinque Disponível em: < https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm> Acesso em :03/2018

Cristina Erico Yoshimoto*; Edna Maria de Albuquerque Diniz; Flávio Adolfo Costa Vaz Evolução clínica e laboratorial de recém-nascidos de mães HIV positivasDisponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302005000200017> Acesso em: 09/2017

DECLARAÇÃO DE HELSINQUE Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Helsinque> Acesso em: 09/2017

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 16/11/2017.

DURAND, Guy. Introduction générale à la bioéthique- by Éditions Fides, 1999.

DWORKIN. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Ronald_Dworkin> Acesso em 16/11/2017

ESTIGARA, Adriana. *Consentimento livre e esclarecido na pesquisa envolvendo seres humanos. A distância entre o "dever ser" e o "ser"*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1144, 19 ago. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8803>

INTERNATIONAL ETHICAL GUIDELINES FOR HEALTH-RELATED RESEARCH INVOLVING HUMANS Disponível em: <https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/01/WEB-CIOMS-EthicalGuidelines.pdf> Acesso em: 03/2018

KAPP, M.B. Ethical and legal issues in research involving human subjects: do you want a piece of me? Disponível em:< https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1860367/> Acesso em: 03/2018

FREITAS, Corina B.D.; NOVAES, Hillegonda M.D. Liderança de Comitês de Ética em Pesquisa no Brasil: perfil e atuação. Revista Bioética, V. 18, n.1, p.185,2010.

GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. Bioética: Poder e Justiça. São Paulo: Ed. Loyola,2003

GARRAFA, Volnei; IBIAPINA, Sérgio.A bioética no século XXI- Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2000.

GRECO, Dirceu; WELS, James. Direitos humanos, ética e prática médica

Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000300443 > Acesso em: 09/2017

MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 3º Ed.2015

MANDAL, Jharna; ACHARYA, Srinivas; PARIJA, Subhash Chandra. *Ethics in human research.* Trop Parasitol [serial online] 2011; 1:2-3. Disponível em: <http://www.tropicalparasitology.org/text.asp?2011/1/1/2/72105>Acesso em: 03/2018

MARELLI, Letícia Franco. Relatório de Belmont (1978). Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 18 mar. 2013. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42516&seo=1>

MINISTÉRIO DA SAÚDE.Manual Operacional para Comitês de Ética em Pesquisa.4. ed. Brasília, DF: Editora MS, 2006. 137

MORENO, Jonathan D. It's not about the money. Am J Bioeth. 2001;1(2):46.

OLIVEIRA, Paulo Henrique; FILHO, Roberto Nunes dos Anjos. Bioética e Pesquisa em Seres Humanos Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67739/70347 > Acesso em:03/2018

PENICILINA Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Penicilina> Acesso em:03/2018

PETTERLE, Selma Rodrigues.Liberdade de Pesquisa científica e Inovação Tecnológica em matéria de Saúde Humana. PUCRS. Disponível em:http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIImostra/Direito/62829%20-%20SELMA%20RODRIGUES%20PETTERLE.pdf> Acesso em: 17/11/2017

RATES, Camila Maria Pereira; COSTA, Marcella Rodrigues e; PESSALACIA, Juliana Dias Reis. Caracterização de riscos em protocolos submetidos a um comitê de ética em pesquisa: análise bioética. Rev. Bioét., Brasília, v. 22, n. 3, p. 493-499, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300013&lng=pt&nrm=iso>

RESNIK, David. Social Benefits of Human Subjects ResearchDisponível em:<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3920587/> Acesso em: 03/2018

SENADO FEDERAL. Atividade legislativa: Artigo 218 da Constituição Federal (texto compilado até a emenda constitucional nº 95 de 15/12/2016). Disponível em <https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_218_.asp>

SILVA, Ana Catarina Fortunato da. *A ética principalista em medicina geral e familiar*. Teses de Mestrado da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra (FMUC). Disponível em:<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/32994/1/TESE%20FINAL%20ENVIAR%20-%20Corrigida.pdf>

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DE PORTO ALEGRE. Uma breve história sobre anatomia humana. Disponível em:< https://www.ufcspa.edu.br/index.php/historia-da-anatomia-humana> Acesso em: 09/2017

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. As experiências médicas nazistas. Disponível em:< https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005168> Acesso em: 09/2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS. *O que é comitê de ética em pesquisa?* Disponível em: <http://www.cep.ufam.edu.br/home>

WIKIPEDIA. *Estudo da sífilis não tratada de Tuskegee*. Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Estudo_da_S%C3%ADfilis_n%C3%A3o_Tratada_de_Tuskegee>

WIKIPEDIA. *Penicilina.* Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Penicilina>

YOSHIMOTO, Cristina Erico; DINIZ, Edna Maria de Albuquerque; VAZ, Flávio Adolfo Costa. Evolução clínica e laboratorial de recém-nascidos de mães HIV positivas. Rev. Assoc. Med. Bras., São Paulo, v. 51, n. 2, p. 100-105, Apr. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302005000200017&lng=en&nrm=iso

O ABORTO EUGÊNICO QUANDO DO DIAGNÓSTICO DE ANENCEFALIA: UMA ANÁLISE QUANTO À PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Larah Magalhães Silva

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo realizar uma análise acerca do aborto eugênico de feto anencéfalo, sob a perspectiva da proteção à criança, incluindo-se o respeito aos direitos fundamentais e principalmente o direito à vida, visto que essa modalidade de abortamento ganhou uma flexibilização no ordenamento jurídico. Tendo por base o valor constitucional de preservação da vida humana, conjuntamente com a proteção integral e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, compreende-se que a vida é um direito fundamental que possui um caráter superior e deve ser resguardado. O STF se pronunciou positivamente sobre a questão no julgamento da ADPF nº 54 de 2005, permitindo que a gestante tenha a possibilidade de optar pela interrupção da vida do feto em se tratando de anencefalia. O presente trabalho, fará uma análise reflexiva dessa decisão, com apontamentos teóricos do Paradigma da Proteção Integral incluindo-se o nascituro.

Palavras-chave: Criança. Proteção Integral. Vida. Aborto. Anencefalia

1 INTRODUÇÃO

A interrupção da gestação de embriões com anencefalia, tido comumente por aborto eugênico, é uma questão de ampla controversia no campo jurídico brasileiro, vez que se trata de polêmica sujeita a diversas interpretações. É inexequível abordá-lo em totalidade, de modo que o presente trabalho, limitar-se-á a discutir as vertentes expostas pelo campo de proteção à criança, sedimentadas no pardadigma da proteção

integral, cujo manejo também está direcionado aos fetos em formação, visto que a categoria criança compreende o nascituro como tal.

O presente trabalho objetiva realizar uma reflexão sobre a interrupção da gestação de feto anencéfalo no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com viés no paradigma das Nações Unidas da proteção integral das crianças. Desse modo, levar-se-á em consideração as concepções que tratam da proteção integral atribuída à criança, atendo-se ao princípio da dignidade humana, elencado pela Constituição Federal de 88 - CF, formando pois, uma relação literal com a importância da vida humana tanto para o campo jurídico quanto para o campo social.

Nesse sentido, o quadro teórico adotado será o que se convencionou denominar de Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, cujos princípios reconhecem que a criança é sujeito de direitos humanos e fundamentais, os quais devem ser assegurados com prioridade absoluta, pela família, pela sociedade e pelo Estado. Dessa forma serão utilizadas as reflexões de Martha de Toledo Machado, Raminoff e outros.

Quanto à metodologia, será empreendida a revisão da literatura sobre o tema, análise de documentos legislativos e análise de precedente do Supremo Tribunal Federal - STF.

Para tanto, a pesquisa seguirá a seguinte estrutura: o primeiro capítulo, apresentará um quadro de conceitos que são fundamentais e imprescindíveis para a compreensão e abordagem a serem realizadas nos capítulos subsequentes. É necessário conceituar o termo criança e as diversas compreensões para o ordenamento jurídico. E, após, conceituar o nascituro, o que possibilitará demonstrar posteriormente em que aspecto ele se encaixa na proteção conferida às crianças.

Ainda na linha conceitual, abarcar-se-ão as concepções médicas acerca da anencefalia, trazendo suas características principais e em qual aspecto é encaixada e inserida no campo jurídico, conceituando também a modalidade de aborto eugênico.

Na segunda parte deste trabalho serão abordados pontos sobre o paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, cujos princípios se encontram na Convenção das Nações Unidas do Direito da Criança de 1989, subscrita pelo Estado brasileiro e internacionalizada por meio do Decreto Lei Nº 99.710 em 1990. Nessa Convenção, compreende-se como criança o nascituro, e é instrumento de base da nossa ordem jurídica em matéria dos direitos da criança.

Ainda na segunda parte deste trabalho, serão elencados os princípios norteadores dessa Convenção. Na sequência de exposição dos princípios, será trazido o Princípio da Dignidade Humana, fixado na Constituição Federal de 1988. Esse princípio exerce destaque diante das questões que envolvem a proteção e a interrupção da vida humana.

No último capítulo, será realizada uma análise acerca da decisão proferida em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54/2005 pelo Supremo Tribunal Federal que adimtiu a prática do aborto, em se tratanto de fetos diagnosticados com anencefalia, o que sinaliza para uma flexibilização do aborto, garantindo à gestante a opção de interromper a gestação, caso queira, quando o produto da concepção tratar-se feto anencéfalo. No decorrer do julgameto, a Suprema Corte, admitiu diversos *amicus curiae*, pois entendeu que o tema era de repercussão social e merecia uma atenção especial e vista a partir de diversos aspectos.

Acredita-se que a presente pesquisa contribuirá para o debate sobre tema inquietante, que coloca em xeque um dos valores mais caros e prestigiados pela nossa Constituição Federal, qual seja a vida da criança, assim presente a importância de uma reflexão no âmbito acadêmico.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS

O presente capítulo objetiva trazer conceitos atinentes ao objeto de pesquisa, visando estabelecer uma compreensão de modo a evitar ambiguidades para o leitor.

Assim, serão expostos os conceitos de criança, nascituro, direito fundamental, direito à vida, anencefalia e aborto eugênico.

2.1 Criança

O termo criança possui variadas acepções, motivo pelo qual é importante que se faça uma breve abordagem a respeito, tomando como ponto de partida a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 - CIDC. Esta Convenção é o marco internacional que serve de base para a ordem jurídica brasileira em matéria de direito da criança. Ela contempla o denominado paradigma da proteção integral que parte do reconhecimento de que a criança é sujeito de direitos e que se encontra em fase especial de desenvolvimento.

Essa Convenção dispõe em seu Art. 1º, que considera-se como criança "**todo ser humano com idade inferior a dezoito anos de idade"**.[1]

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, lei federal de nº 8.069 instituída no ano de 1990 em 13 de julho, traz em seu art. 2º, *'in verbis'*: "Art. 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, **a pessoa até doze anos de idade incompletos** (grifo nosso) e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade."[2]

Além desse dispositivo, o Estatuto da primeira infância, Lei nº 13.257/16, em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirma que a primeira infância: "Art. 2º: Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o

[1] BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 19 abr. 2018

[2] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 abr. 2018

período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida (grifo nosso) da criança."[3]

Ainda é importante destacar o art. 227 da CF, que fixa o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, além de outros direitos fundamentais, o **direito à vida**. Nesse sentido, afirma Martins[4]:

> […] família, sociedade e Estado assegurariam - a Constituição fala em deveres e não em faculdade – à criança […] direitos naturais fundamentais.
>
> Tais direitos são o direito à vida, o mais essencial direito do homem em sociedade – por esta razão a Constituição veda […] o aborto.

Em análise aos dispositivos acima, contata-se que a Convenção dos Direitos da Criança, não traz nenhuma característica que distingua a criança do adolescente, contudo, o ECA faz distinção, conforme dispositivo mencionado anteriormente. Assim sendo, havendo a inviabilidade de se detectar o momento em que a criança passa a existir, conjuntamente com as suas seríssimas implicações, resultou na adoção desse texto de compromisso, que eliminou toda e qualquer referência ao nascimento e à concepção.[5] Nesse sentido, no âmbito da Convenção e do ECA o nascituro fará jus a toda a carga de proteção aos direitos fundamentais trazida por esses dois instrumentos normativos.

2.2 Nascituro

O Código Civil de 2002, dispõe em seu art. 2º sobre o início da personalidade jurídica do homem, sendo que, em sua segunda parte, faz menção também aos direitos do nascituro:

---

[3] BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Brasília: Presidência da República do Brasil, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm> Acesso em: 16 de abril de 2018

[4] CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3

[5] COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 6

> Art. 2º: A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a **salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção** (grifo nosso)[6]

Tendo por base o mencionado artigo, é possível inferir que a legislação buscou delimitar um momento específico para salvaguardar o início da vida. Assim sendo, a inclusão do nascituro ao artigo, é um marco fundamental para que seja possível adentrar a discussão de seus direitos, bem como a sua proatividade perante o ordenamento jurídico.

Pontes de Miranda[7] conceitua nascituro como "o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção. Dependendo a existência de que nasça com vida".

Partindo de tais concepções, o nascituro é compreendido como sendo o feto em gestação. E, em se tratando da análise do início de sua personalidade jurídica civil, é de suma importância trazer alguns apontamento sobre três correntes doutrinárias que se posicionam quanto ao início da personalidade do nascituro, quais sejam, a natalista, a condicionalista e a concepcionista.

A corrente natalista detém um viés conservadorista. Sustenta que o nascituro possui somente uma expectativa de direito, visto que o início da sua personalidade civil está condicionada ao seu nascimento com vida, nos termos do Art. 2º, CC/02. Assim sendo, essa teoria não atribui ao nascituro a característica de ser uma pessoa, visto que o compreende apenas como um ser detentor de meras expectativas de direito. Dessa forma, seus direitos estão elencados de forma taxativa, isto é, apenas o que o legislador atribuir especificamente.[8]

A corrente condicionalista, por sua vez, aduz que o nascituro é sim possuidor de direitos, mas é dependente da condição suspensiva de seu nascimento com vida.

---

[6] BRASIL. **Lei nº 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 abr. 2018.

[7] MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 134

[8] MATTOS, Karina Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista IOB de direito de família,** Porto Alegre, v. 9, n. 47, jul. 1998. (Nota: Continuação de Revista brasileira de direito de família. Porto). p. 84

Ou seja, essa teoria possui um caráter mediano, e de modo genérico, é o que o ordenamento jurídico brasileiro adota, especialmente em se tratando de direitos patrimoniais e ações de reparação.[9]

Por último, a corrente concepcionista, é a que possui um caráter mais radical em relação ao reconhecimento do nascituro como sendo uma pessoa. É também a menos adepta, tendo menor incidência no ordenamento jurídico e nas concepções doutrinárias. Essa corrente compreende o nascituro como ser detentor de direitos e obrigações desde a sua concepção, sendo assim, capaz de direitos a partir do início de sua formação intrauterina. Entretando, para que se tornem efetivamente eficazes, alguns desses direitos inerentes ao nascituro, dependem de que ele nasça com vida. Por exemplo, os direitos pertinentes às relações patrimoniais. Pois então, não haveria sequer um debate acerca de sua legitimidade acerca de tais direitos, pois de pronto seria constatada somente a falta de capacidade.[10]

Dessa forma, para se entrar em contradição com os concepcionistas, basta encarar que, quando da falta de vida no momento do nascimento, seria instituída uma condição resolutiva e não suspensiva dos direitos dos nascituros, conforme se extrai do exposto acima.[11]

Diniz[12], adepta da teoria concepcionalista, aduz que ‘o nascituro tem personalidade jurídica formal, relacionada com os direitos persoalíssimos, passando a ter personalidade jurídica material e direitos patrimoniais, somente, quando do nascimento com vida”.

[9] MATTOS, Karina Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista IOB de direito de família,** Porto Alegre, v. 9, n. 47, jul. 1998. (Nota: Continuação de Revista brasileira de direito de família. Porto). p. 84

[10] MATTOS, Karina Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista IOB de direito de família,** Porto Alegre, v. 9, n. 47, jul. 1998. (Nota: Continuação de Revista brasileira de direito de família. Porto). p. 84

[11] MATTOS, Karina Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista IOB de direito de família,** Porto Alegre, v. 9, n. 47, jul. 1998. (Nota: Continuação de Revista brasileira de direito de família. Porto). p. 85

[12] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 192

A partir dessa reflexão, infere-se que o início da personalidade, apesar de possuir previsão expressa em nossa legislação, ainda encontra divergências, visto que ao passar pela análise de diversas linhas doutrinárias, bem como, morais, éticas e até religiosas, inevitavelmente ocorre uma sedimentação, formando pontos de vista heterogêneos ou plurifacetados. Assim sendo, no presente trabalho, será adotada a corrente concepcionalista, eis que o foco dessa pesquisa é o enfoque da proteção atribuída ao nascituro, defendendo seu direito à vida.

2.3 Direito Fundamental e o Direito à Vida

Gonet[13] aduz que o direito constitucional tem progredido em diversos aspectos, apresentando resultados positivos em se tratando dos direitos fundamentais. Diante disso, o conceitua "como sendo o núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessa pretensão e os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima".

Para o autor, a essência dos direitos fundamentais pode ser extraída do próprio preâmbulo constitucional, visto que ali se encontra a ideia de implementação do Estado Democrático de Direito, inspirado pela Assembleia Constituinte, cujo objetivo é assegurar o exercício dos direitos individuais, à liberdade, à segurança. "O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional".[14]

Diante dessa ideia, depreende-se que os direitos fundamentais são os direitos básicos inerentes e imprescindíveis a todo e qualquer ser humano. Ou seja, são os

[13] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 153
[14] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 153

direitos que garantem ao ser humano a possibilidade de viver de forma digna. Assim sendo, dispõe Gonet[15]:

> São indispensáveis a todos os homens, ostentando pois, pretensão universalista. Referem-se às liberdades individuais, como a de consciência, de reunião e, à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não se desaponta a preocupação com desigualdades sociais.

Insta salientar que os direitos fundamentais são inalienáveis e indisponíveis, pois fazem parte de nossa natureza humana e, assim, não é possível dispor dos mesmos ou renunciá-los. Nesse sentido, Paulo Gonet[16] estabelece que "a tese da inalienabilidade afirma que ela resulta da fundamentação do direito no valor da dignidade humana – dignidade de que costumam traduzir como consequência da potencialidade do homem de ser autoconsciente".

No que se refere ao direito à vida, tem-se que este está inserido no rol dos direitos fundamentais, sendo portanto, uma extensão deste. Seguindo este panorama, depreende-se que o mesmo é inalienável. Paulo Gonet[17], ao tratar do direito à vida, sustenta que este é um preceito que serve como parâmetro de complementação a todos os demais direitos e liberdades constitucionais. Nesse sentido expõe:

> O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

A partir da acepção acima, é possível afirmar que o direito à vida, sob a perspectiva constitucional, é o direito que detém um valoração basilar e essencial superior aos demais direitos fundamentais, pois é o que resguarda o bem jurídico mais consagrado pela nossa Constituição Federal, por sua vez, a vida. Diante disso, podemos observar que a implementação de políticas protetivas instituídas pelo poder

[15] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155
[16] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 165
[17] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 289

estatal tem o objetivo de resguardá-la. O teor do art. 225, §1º, da CF, traz claramente o que se afirma aqui, vez que o dispositivo mencionado enfatiza a importância do direito à vida e o dever do Estado de agir para preservá-la em si mesma e com determinado grau de qualidade.[18]

Apesar de não significar só isso, contemporaneamente, de acordo com Paulo Gonet, "a expressão 'direito à vida' está particularmente ligada à discussão sobre a legitimidade da interrupção do processo de gestação e ao debate sobre a liciedade da interrupção voluntária da existência em certas circunstâncias dramáticas e peculiares"[19], que é justamente o objeto de nosso estudo.

Face às considerações dispostas neste tópico, extrai-se que os direitos fundamentais são direitos válidos a todos os povos, sendo que, comportam inviolabilidade absoluta, pois é o mínimo necessário para que um ser humano possa viver dignamente. Neste campo, no topo de tais direitos fundamentais se encontra o direito à vida, com valor intrínseco e superior aos demais direitos fundamentais. E essa supremacia do direito à vida ganha realce quando inclui a vida da criança, ante a prioridade constitucional presente no art. 227, da CF.

2.4 Aborto Eugênico

Andreucci[20] conceitua o aborto como sendo *a "*interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção*"*.

Mirabete[21] sustenta que "o aborto não significa necessariamente expulsão do produto da concepção, que pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão".

[18] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. Pg. 289
[19] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 290
[20] ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Mini Código Penal anotado**. De acordo com as Leis nº 12.650, 12.653 e 12.654/12. São Paulo: 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 308
[21] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**: arts. 121 a 234 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. p. 293

Dentre as modalidades de aborto contempladas pelo ordenamento jurídico encontra-se a modalidade de aborto necessário, que é a que nos interessa. Sua base legal encontra-se no disposto do Art. 128, incisos I e II[22] do Código Penal, aos quais compreendem que, em se tratando de gravidez de risco, cuja única medida cabível para salvar a vida da mãe é a opção pela interrupção da vida do feto, é admissível a aplicação da medida abortiva sem atribuição de sanção penal ao caso concreto. Ainda na hipótese de gravidez resultante de violência sexual, é admissível a opção pelo abortamento do feto à gestante, caso assim o deseje fazer, sem que também recaia sobre ela qualquer responsabilidade penal, a teor do mencionado dispositivo penal.

Contemporaneamente, discute-se a possibilidade de dar ao mencionado artigo, uma ampliação em seu texto, visando atribuir à gestante a opção de interromper a gestação quando o feto for diagnosticado com anencefalia.

Essa modalidade de interrupção da gestação, é comumente chamada por aborto eugênico, que é a interrupção da gravidez feita nos casos em que há suspeita de que a criança possa vir a nascer com defeitos físicos, mentais ou anomalias, implicando em uma técnica de "seleção artificial do ser humano".[23]

As primeiras considerações inerentes à eugenia, foram primordialmente recepcionadas por Charles Darwin, defensor da formação das espécies por uma 'seleção natural'. Sua concepção acoplava a existência de raças superiores e inferiores, sendo que, as superiores deveriam prevalecer seletivamente perante as inferiores.[24] Contudo, o termo eugenia propriamente dito, foi criado no ano de 1883 por Francis Galdon, primo de Darwin, quando do lançamento de sua obra "Gênio

[22] Artigo 128, Código Penal: Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. BRASIL. Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 6 mar. 2018

[23] KERSUL, Cintia de Souza. **Aborto eugênico e o direito fundamental à vida**. Âmbito Jurídico, Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17194&revista_caderno=9> Acesso em: 6 abr. 2018

[24] A conexão eugenista. Disponível em: < http://www.trdd.org/EUGBRP.HTM#A01> Acesso em 08 abr. 2018

Hereditário", sendo definido por ele como "o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente".[25]

Tendo em vista encontrar a definição que mais habilmente é capaz de estabelecer os critérios mais completos para descrever a eugenia, Frydman[26] se manifesta no sentido de que estritamente, é necessário fazer uma "limpeza" social, para que assim, seja possível abreviar a quantidade de seres humanos que possuam anomalias genéticas graves, pois isso dificultaria a transmissão hereditária e consequente proliferação de deformidades. Para ele, a prática eugênica está integrada nos hospitais e constituindo cada vez mais uma implementação de certa liberalidade na concepção da sociedade, ganhando cada vez mais espaço sem que seja recrimidado fortemente, como tem sido até pouco tempo atrás e durante muito tempo. Nesse sentido, muitos pesquisadores supõem que a prática é exercida muito frequentemente pela população em geral, não apenas nos casos de fetos com possíveis defeitos genéticos, mas quando os genitores não se consideram aptos a prosseguir com a gestação, seja pela idade mínima ou pela pessíma condição financeira.

Deborah Duprat, membro do Ministério Público Federal, pronunciou-se na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54/2005[27], cujo mérito tratou da questão do abortamento de feto anencéfalo - que será posta em evidência no último capítulo deste trabalho -, no sentido de que a executoriedade do ato eugênico não é uma medida viável no prognóstico da anencefalia. Isto se deve ao fato de que na prática da eugenia, é feita a expulsão do feto do útero da mãe por portar uma característica física malquista pelos familiares ou pela sociedade em geral. Sendo assim, tal prática é reprovável por que é interpretada como uma

[25] WIKIPEDIA. **Eugenia**. 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Eugenia> Acesso em 06 abr. 2018

[26] FRYDMAN, René. O Espectro do Eugenismo. In: _____. **Deus, a Medicina e o Embrião.** Lisboa: Piaget, 2001, p. 62

[27] BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADPF 54/2005**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> Acesso em: 14 abr. 2018

tentativa de conceber um grupo de indivíduos “estreme” sem qualquer imperfeição, ainda que tal imperfeição não implique em dificuldades do portador em executar tarefas normais.

Deborah acrescenta, ainda, que a eugenia é um assunto complexo, o qual não deve ser arguído e debatido de forma generalizada no poder judiciário, isto porque incluiria o aborto de todo e qualquer feto defeituoso, sendo que, neste viés, existe uma diferença cabal entre a descriminalização do aborto quanto ao feto anencéfalo e quanto aos fetos portadores de qualquer outra deficiência. No primeiro caso, trata-se de embrião sem cérebro, destarte não seria possível viver plena e normalmente, executando atividades comuns, isto se conseguisse ao menos nascer, pois como foi exposto anteriomente, a maioria de fetos neste estado, sofre aborto espontâneo intrauterina. No segundo caso, trata-se de fetos com defeitos mínimos, os quais não impossibilitariam o exercício de toda e qualquer atividade necessária para o seu desenvolvimento pessoal. E assim sendo, poderia se adaptar e garantir seu próprio sustento dentro de suas condições.[28]

A partir das acepções acima acerca do aborto eugênico, infere-se que a prática do mesmo constitui a interrupção da gestação de um feto diagnosicado com algum tipo de anomalia genética incurável. A prática dessa modalidade no Brasil, é reprimível tanto em âmbito social, quanto jurídico. Não obstante, foi colocado em dicussão perante a Corte Suprema, a possibilidade de opção dessa modalidade de abortamento, quando o produto da concepção for um feto com o diagnóstico de anencefalia, sendo necessário nesse ponto, abordar alguns aspectos sobre a anencefalia, a fim de trazer maior compreensão ao leitor, evitando-se ambiguidades.

2.5 Anencefalia

A anencefalia é conceituada pela medicina, como uma abnormidade na formação do sistema nervoso, caracterizada pela ausência da calota craniana, dos

[28] BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADPF 54/2005**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> Acesso em 14 abr. 2018

hemisférios cerebrais e de estruturas diencefálicas, que são substituídas por uma massa vasculoneural achatada e amorfa. A exposição do tecido nervoso ao líquido amniótico, causa a desintegração do cérebro, que ocorre justamente por conta da ausência da calota craniana e tem início na fase embrionária.[29]

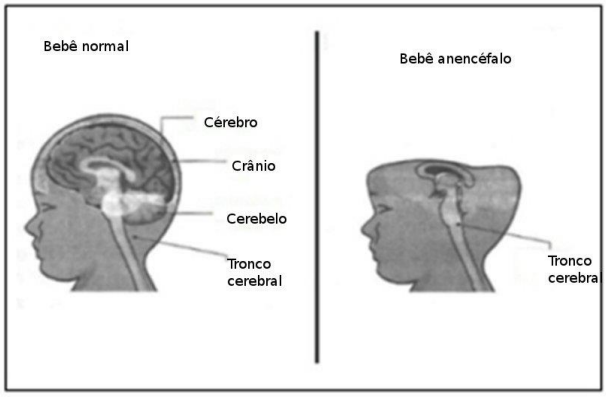
Ribeiro[30], faz a seguinte referência ao conceito de anencefalia:

> Na anencefalia, não há estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), havendo apenas tronco cerebral. Há ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as funções dependentes da medula espinhal. Com esse quadro neurológico se cumprem os critérios de morte neocortical, ao contrário do encerramento da função encefálica completa, que define a morte encefálica.

A seguir serão expostas duas figuras com o intuito de ilustrar o conceito acima, sendo que, a primeira figura, faz uma comparativa quanto às diferenças entre o cérebro de um bebê normal e o de um bebê anencéfalo. A segunda figura, ilustra um caso real de um bebê anencéfalo.

[29] TOI, A. A cabeça e o cérebro do feto. *In*: RUMACK, C.M.; WILSON, S.R; CHARBONEAU, J.W. **Tratado de ultrassonografia diagnóstica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. v. 2, p. 1247.
[30] DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal.** Brasília: Letras Livres, 2003, p. 101-102.

Figura 1 - O bebê normal tem cérebro, crânio, cerebelo e tronco cerebral. O bebê anencéfalo tem tronco cerebral.[31]



Fonte: <https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interrupcao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3>.

Figura 2 - Bebê anencéfalo. Ausência da calota craniana e exposição do cérebro primitivo[32]

Fonte: <https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interrupcao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3>

[31] REZENDE, Jorge, 1998 apud SANTOS, (2013). **ADPF nº 54 à luz do biodireito:** interrupção da gestação do feto anencéfalo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interrupcao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3> Acesso em: 13 abr. 2018.

[32] WILLIAMS, Lippincott (2000) apud Santos (2013). ADPF nº 54 à luz do biodireito: interrupção da gestação do feto anencéfalo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interrupcao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3> Acesso em: 13 abr. 2018

A figura 2, trata-se de uma situação real, sendo possível observar com clareza a ausência da calota craniana e dos hemisférios cerebrais, ficando exposta somente a massa vasculoneural. Diante disso, a anomalia aqui tratada é facilmente compreensível por irreversível, sendo presumivelmente aceitável que a possibilidade de sobrevivência de uma criança nessas condições, caso sobreviva após o parto, seriam mínimas ou inviáveis.

Para Moron[33], a possibilidade de se detectar a ausência da calota craniana, se dá entre o viagésimo e vigésimo oitavo dia de gravidez. Nessa ocasião, se observa a ausência dos hemisférios cerebrais diante da falta da calota craniana e consequente exposição do tubo neural ao líquido aminiótico. Assim, a depender da localidade e dos habitantes, a ocorrência de má-formação desse tipo, varia de 0,1 a 1% dos nascituros.

A anencefalia compreende três etapas. Na primeira se detecta o não fechamento do neuróporo rostral[34], ou seja, o primeiro defeito a ser detectado no tubo neural. Na segunda etapa, se observa a exposição do que seria o cérebro que estava a se desenvolver, ao líquido aminiótivo, ocorrendo então, uma ruína grave ao tecido cerebral.[35]

O procedimento adotado pelo médico para diagnosticar a anencefalia é muito simples, realizado por meio do exame de ultrassom, e sendo este o método mais comum. A taxa de erro no dignostico é ínfima ou inexistente, quando feito após a décima sexta semana de gestação.[36]

[33] MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica.** São Paulo: Santos, 2003. p. 177.
[34] "Quando ocorre o fechamento do tubo neural no feto, as extremidades que ainda se encontram abertas, são denominadas neuróporos" MARCUZZO, Simone. **Sistema Nervoso**. Disponível em: <http://professor.ufrgs.br/simonemarcuzzo/files/aula_neuro_embriologia.pdf> Acesso em 20 abr. 2018
[35] MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica.** São Paulo: Santos, 2003, p. 173.
[36] JAQUIER, Monika. **Perguntas mais freqüentes sobre anencefalia.** Disponível em: <http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php> Acesso em: 18 abr. 2018.

3 ASPECTOS DO PARADIGMA DAS NAÇÕES UNIDAS E DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Este capítulo apresentará aspectos do paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral da criança, com realce para a Convenção das Nações Unidas de 1989 e os seus princípios. Ainda, abordará a abrangência da proteção integral para compreender o nascituro e o direito à vida.

3.1 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança e seus Princípios Norteadores

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, foi instituída em 1989, sendo que sua entrada em vigor no Brasil se deu em 1990. A referida Convenção constituiu uma mudança primordial no que se refere às diferenças entre os adultos e crianças, pois definiu que a proteção das crianças, dada sua vulnerabilidade, deve se dar de forma discricionária e, a partir disso, amplia o reconhecimento dos direitos da criança para o campo internacional, sendo que, posteriormente, quando de sua inclusão no texto constitucional, esses direitos se transformam em direitos fundamentais pois faz com que as carências universais inerentes a toda e qualquer criança, sejam vistas em um primeiro momento como parte dos Direitos Humanos.[37]

É possível dizer que essa Convenção faz parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para Ferraz[38] essa inclusão se dá de forma sujetiva, vez que sua abrangência comporta apenas crianças e adolescentes, isto é, se limita a uma parte específica da população mundial. No entanto, há um contraponto quanto ao seu limite territorial. Nesse sentido, infere o autor:

> [...] seu alcance heterogêneo se contraporia ao alcance homogêneo representado, por exemplo, pelos tratados internacionais destinados a conceder direitos e proteger toda a população mundial [...]. Por outra via de enquadramento, que

[37] MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 14

[38] MÔNACO, G. F. C. O décimo quinto aniversário da convenção sobre os direitos da criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 831. 2005. p. 138. 138

> leva em consideração o âmbito territorial de destinação de suas normas, pode-se dizer que a convenção sobre os direitos da criança tem um alcance global, posto qeue destinada, em potência, a vigorar em todo o globo terrestre, almejando-se uma ratificação universal [...]. Com efeito, a convenção não territoriamente limitada a uma região do globo [...] a um continente [...], nem a um grupo cultural ou religioso [...]. Ao contrário, é aberta à assinatura e retificação por todos os Estados-membros da Organização das Nações Unidas, tendo havido épocas em que os Estados-parte na Convenção eram muitos mais que os membros da ONU.[39]

Diante disso, compreende-se o alcance limitado da Convenção, abrangendo apenas as crianças, ainda que contemplada sua essência nos Direitos Humanos. No entanto, há o caráter de universalidade dos efeitos da Convenção com alcance às crianças de todas as partes do mundo. Assim, não poderia uma pessoa fora dos padrões de idade estabelecidos na Convenção pleitear seu enquadramento em qualquer dos artigos, mas qualquer criança sim, independentemente do território em que se encontrar, gozará das proteções garantidas pela Convenção.

A partir disso, assevera-se a grande importância da Convenção e o seu relevante marco internacional e constitucional, vez que a proteção à criança, até então, possuía um caráter irrisório, não sendo considerada uma garantia constitucional plenamente efetiva. Sendo assim, as crianças não possuiam um amparo legal absoluto, dada a sua circunspecta vulnerabilidade.

Costa[40], faz uma importante exposição sobre o assunto nos seguintes termos:

---

[39] MÔNACO, G. F. C. O décimo quinto aniversário da convenção sobre os direitos da criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 831. 2005. p. 138

[40] "1º) Garantizar ele derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropriado. (art. 12)

2º) El niño tendrá derecho a la liberdad de expressión, liberdad de buscar, recibir e difundir informaciones, ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o imprensas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño, sin perjuicio de estar sujetas a ciertas restricciones, previstas expressamente en la ley. (art. 13)

3º) Los estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de consciencia y de religión, sin perjuicio de las prescriciones de la ley, sobre dos derechos y deberes de los padres de guiar al niño en el ejercicio de su drecho y de su protección de la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o de derechos y libertades fundamentales de los demás. (art. 15)

> A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989 culminou por abarcar todos os direitos fundamentais da criança, independentemente de sua categoria, contendo a sua Parte I quarenta artigos substantivos. […] este instrumento fundamental conjuga a liberdade com a proteção integral da criança de forma harmoniosa, conforme se vê nos artigos 12 a 16.

Em sequência, afirma o autor, que a proteção integral ao reconhecer as crianças como sujeitos de direito, garantem às mesmas todos direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano. No entanto, a elas também devem ser assegurados direitos especiais, dada a sua condição peculiar de vulnerabilidade e desenvolvimento.[41]

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC), foi um marco histórico de grande relevância, eis que ocasionou uma mudança de paradigma em relação à criança. Diante disso, Martha de Toledo[42] infere que a probemática central de todo o direito dentro da perspectiva da proteção constitucional dos direitos da criança, compreende também a formulação de políticas sociais de proteção. Nesse sentido, tem-se que:

> A CIDC é um instrumento específico de direitos humanos daqueles cuja única especificidade é não haver alcançado os dezoito anos de idade – marca o início de um processo equivalente para a infância, ao mesmo processo pelo qual passaram os outros setores excluídos do pacto da modernidade[43]

4º) Los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asosiación y a la libertad de celebrar reunioes pacíficas. No se impodrían restriciones al ejerccio de estos derechos, distintas de las estabelecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática. (art. 15)

5º) Ningún niño sera objeto de inferencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni ne ataques ilegales a sua honra o a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. (art. 16)"

COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 2

[41] COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 2

[42] MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 14

[43] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 14

Com base nesses apontamentos, observa-se que a CIDC consolidou a importância da criança no âmbito constitucional, abrangendo a aplicabilidade de seus dispositivos aos que possuírem até dezoito anos incompletos, não definindo, pois, uma idade inicial para sujeitarem crianças em seu rol de direitos. Diante disso, pode-se concluir que a CIDC, em consonância com o paradigma da proteção integral, reconhece o nascituro como criança e a este se aplicam todos os seus dispositivos e garantias constitucionais.

3.2 O Paradigma da Proteção Integral

O Paradigma da Proteção Integral nasce com a CIDC e encontra-se presente nos institutos normativos brasileiros, notadamente na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.[44]

De acordo com Costa[45], apesar de conter em prestigiados documentos, uma primordialidade em reconhecer uma proteção especial às crianças, tem o seu embrião no art. 19 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica de 1969, que fez constar o conceito de proteção integral, qual seja: "Toda criança tem o direito de proteção que a sua condição de menor requerer, por parte da família, da sociedade e do Estado".

Para o autor, é possível estabelecer três entes obrigados a assegurar a referida proteção, a saber: família, sociedade e Estado. Sendo que:

> […] as atenções e cuidados são dirigidos a todas as crianças e adolescentes, sem nenhuma distinção, alcançando a norma não somente o menor abandonado ou delinquente, mas a imensa coletividade de infantes e jovens, desde o momento da concepção.[46] (grifo nosso)

Pelo que se infere, a proteção integral que obriga família, sociedade e Estado a salvaguardarem os direitos fundamentais à criança, principalmente o direito à vida,

[44] COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 01
[45] COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 01
[46] COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 01

alcança também o produto da concepção. Assim sendo, é de se reconhecer o feto como criança, e a ele se aplicarem todos os dispositivos que garantem proteção especial e integral à criança.

Esse paradigma se fundamenta no fato de que as crianças devem ser reconhecidas como sujeitos de direito, dentro da perspectiva do mundo adulto, tendo a possibilidade de contrair direitos e obrigações dentro do âmbito familiar, social e Estatal. Mas muito mais que apenas sujeitos de direito comuns, pois se encontram em fase peculiar de desenvolvimento, não apenas física, mas mental e psiquica, contexto que sinaliza para um atendimento prioritário quanto às suas necessidades.[47]

Para Toledo[48], deve haver um reconhecimento de igualdade entre crianças e adultos:

> […] assenta-se na premissa de que todas as crianças e os adolescentes, independetemente da situação fática em que se encontrem, merecem igualdade jurídica, merecem receber da sociedade um único e igualitário regime de direitos fundamentais, livre de tratamento discriminatório ou opressivo.

Portanto, é possível inferir que a criança não deve ser vista de maneira discriminatória ante aos adultos, ainda que suas condições fático-sociais sejam divergentes daqueles, devendo ser observado o caráter isonômico quanto à perspectiva jurídica.

O paradigma da proteção integral, possui reflexos da corrente iluminista no que tange a vertente igualitária e democrática. Assim, se institui uma acepção mais atual e severamente rígida em relação à proteção dos Direitos Humanos.[49]

O surgimento da proteção integral designou uma alteração de paradigma, alterou a ideia de que a criança fosse vista como um mero objeto de direito, quando se fazia presente nos termos necessidade e delinquência, para uma circunstância de

[47] MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 49-50
[48] MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 50
[49] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 54

valoração e destaque. Sendo reconhecidamente possuidora de direitos, ainda que estivessem ou não em circunstância de risco iminente. Nesse sentido, a proteção integral concedeu uma abordagem diferenciada às crianças, ante à sua vulnerabilidade em relação aos adultos, vez que possuem condição peculiar de desenvolvimento e, por sua vez, necessitam que aos seus direitos fundamentais sejam atribuídos um caráter absoluto.[50]Portanto, tem-se que o paradigma da proteção integral reconhece as crianças como sujeitos de direitos e obrigações.

O paradigma da proteção integral, presente da normativa internacional (CIDC), na CF e no ECA, pauta-se nos princípios da prioridade absoluta, melhor interesse, corresponsabilidade e na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, é possível extrair as seguintes características desse paradigma:

a) **Direitos Humanos:** Os direitos da criança e do adolescente abrangem todo o rol dos direitos humanos além dos direitos especiais que necessitam por serem detentores da condição peculiar de seres humanos em desenvolvimento. O fato de se encontrar em uma fase especial da vida, não os exclui do rol dos direitos humanos, cuja definição se explica pela natureza do homem, que possui direitos intrínsecos ao mínimo de dignidade humana.[51]

b) **Universalidade:** Aqui deve-se ponderar a igualdade inerente à todas as crianças e adolescentes no que se refere aos seus direitos, sem que seja levado em conta sua condição financeira, raça, religião, nacionalidade, garantindo a segurança e contemplação pela sua família, sociedade e Estado, visando sempre garantir o seu bem comum.[52]

c) **Pessoas em Desenvolvimento e Sujeitos de Direito**: A ideia contemplada no texto constitucional é a de que, crianças e adolescentes estão enquadradas em

[50] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 152
[51] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 197.
[52] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p.. 50

situação especial de maior vulnerabilidade, pois são consideradas pessoas humanas em desenvolvimento. Assim, necessitam de um enredo de defesas para que possam desenvolver seus pontenciais humanos com integridade, visto que, o processo de formação da personalidade de crianças e adolescentes, está em andamento.[53]

Das características acima, no contexto da Proteção Integral, compreende-se uma centralidade na condição peculiar da criança, pois esta se encontra em fase de desenvolvimento e por isso precisa ser enquadrada em um sistema especial de direitos fundamentais. Essa noção de sistema especial não é uma concepção contemporânea. Nesse sentido tem-se que:

> A Declaração dos Direitos da Criança […] refere-se em seu preâmbulo à Declaração Universal; mas, logo após essa referência, apresenta o problema dos direitos da criança como uma especificação da solução dada ao problema dos direitos do homem. Se se diz que 'a criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteçaõ particular e de cuidados especiais', deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um ius singulare com relação a um ius commune; o destaque que se dá a essa especificidade do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima suum cuique tribuere.

Nessa linha, Toledo[54] explica que somente após o reconhecimento do Princípio da Dignidade Humana no contexto constitucional, é que surgiu o sistema de proteção especial destinado às crianças, reconhecendo a sua vulnerabilidade em relação aos adultos ante ao seu desenvolvimento físico e emocional. Afirma a autora que a essência elementar do referido princípio se encontra espalhada, principalmente, nos textos dos dos arts. 227, §3º, 228 e 226, §§3º, 4º e 8º, 229, todos da Constituição Federal, eis que todos trazem disposições sobre direitos fundamentais.

[53] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 109

[54] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos apud MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri: Manole, 2003. p. 107

Não há uma distinção entre direitos fundamentais tratados e os direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais sociais, mas sim uma complementação dos mesmos em ambos os grupos. Ou seja, "os direitos fundamentais não se reduzem a nenhum dos dois grupos, mas contemplam direitos que se enquadram em ambos"[55], sendo tais direitos fundamentais, inerentes às pessoas em condição peculiar, em desenvolvimento.

Diante disso, infere-se que a partir da integralização dos direitos fundamentais à Constituição Federal, passou a existir o sistema especial destinado às crianças, fundado na Proteção Integral.[56]

Diante disso, é possível inferir que a criança se encontra em fase de desenvolvimento de diversos aspectos, principalmente no que tange a sua personalidade humana - uma das características mais importantes para a concretude de sua personalidade jurídica -, além de outros fatores emocionais e físicos, aos quais atribuem vulnerabilidade com relação aos adultos. Sendo assim, é preciso que, diante dessa vulnerabilidade, seja atribúida uma proteção especial aos seus direitos fundamentais a fim de garantir que tenham um alcance pleno ao seu potencial humano, dado o seu reconhecimento por sujeitos de direitos pelo paradigma da proteção integral, proveniente à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989.

3.3 As Vertentes Orientadoras dos Direitos da Criança e do Adolescente Compreendida sua Extensão ao Nascituro

Os Direitos humanos sob a ótica da criança, não eram vistos como fator de grande relevância. Martha de Toledo dispõe um apanhado histórico em que afirma que somente em meados do Século XIX, os direitos da criança começaram a ser considerados com grande destaque social, ganhando espaço ao longo dos anos seguintes, a partir de diversos acontecimentos históricos e implementações de

[55] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 106
[56] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 108

políticas públicas. A forma de tratamento atribuída às crianças, eram estritamente gerais e lamentáveis. Nesse sentido, a autora sustenta que:

> O que basicamente mobilizou esse amplo segmento social foi a indignação em face das consequências nefastas da política de institucionalização generalizada de crianças e adolescentes oiundos dos segmentos menos favorecidos da sociedade, promovida pelos programas estatais de atenção à infância, além da iniquidade de tratamento, presente tanto no ordenamento então vigente como em tais programas de atendimento, que desembocava em funda estigmatização desta parcela de nossos jovens, além da historicamente péssima condição de atendimento.[57]

Observa-se que a questão só começou a ter visibilidade e ser devidamente reconhecida sua importância, ante o tratamento plenamente precário e deplorável que o Estado conferia às crianças, de modo que as mesmas continuavam desamparadas e sem qualquer fator preponderante que lhes garantisse o mínimo da dignidade humana.

Em meados do Séc. XVIII, quando do pós-guerra, o número de crianças marginalizadas era expressivamente significativo, pois além da inacessibilidade escolar, o trabalho infantil era bastante explorado, fazendo com que a situação desumana em que se encontravam as crianças, ou seja, uma extrema miséria, elevasse a criminalidade infanto-juvenil. A partir de então, passou-se a distinguir efetivamente a criança carente da delinquente, bem como, passou-se a considerar a infância como uma categoria distinta de adultos, pois até então, os menores infratores detidos em estabelecimentos prisionais, ficavam em privação de liberdade conjuntamente com adultos, ficava nítida a questão central voltada ao exterminio da criminalização juvenil, que se correlacionava com a infância desvalida.[58]

A partir de tal preocupação inserida no contexto da distinção entre a categoria adulta e a infantil, foram criados dos Tribunais dos Menores, cujo caráter estrito estava ligado à extensão de toda a infância sem assistência social e não somente aos

[57] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 26
[58] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 29-30

jovens que praticavam conduta criminosa, visando a prevenção de eventuais crimes cometidos por crianças e adolescentes. Seguindo essa linha de pensamento, elucidando a necessidade de uma organização familiar, a prática abortiva foi vista como uma ciência voltada ao 'extermínio' de fetos portadores de anomalia genética, e tornou-se um assunto de competência do referido Tribunal de Menores, ao qual, conjuntamente com organizações de assistência à criança, tinha o condão de evitar o exercício da medida, que gerava rejeição.[59]

Assim, tem-se que a proteção voltada ao aborto de feto portador de abnormidade genética, não é um tema atual, sendo inserido em questões jurídicas também como medida preventiva. O objetivo não é apenas o de punir a prática do ato cujo exercício interrompe a possível existência de uma vida, mas também o de evitar sua execução.

O sistema de proteção especial no que se refere à criança, está previsto no Art. 227, §3º, CRFB/88, cuja essência é perfeitamente caracterizada como um Direito Fundamental. O teor do artigo faz menção à proteção, à vida, à liberdade e a dignidade, isto é, faz menção aos direitos fundamentais da pessoa humana. Não existe aqui uma distinção do que são direitos fundamentais individuais e sociais, mas uma fusão dos dois. Assim, é de ser identificar que o teor do artigo trata de uma mesclagem de ambos. Dentro dessa análise, infere-se que tais direitos fundamentais inerentes à pessoa humana em condição especial, é também o da pessoa humana em fase de desenvolvimento. Assim sendo, ao nascituro devem ser respeitadas suas garantias fundamentais, primordialmente ponderando-se o princípio da dignidade humana.[60]

Diante dessa premissa ligada aos direitos humanos reconhecidos à criança, é possível identificar sua amplitude no texto constitucional, valorando a vida e o direito à vida como sendo seu bem jurídico mais importante. Assim, a premissa que

[59] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 40-41
[60] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 207-208

rege os direitos humanos é a proteção à criança, estendendo-se também ao nascituro, estabelecendo um valor supremo na Constituição, caracterizando-se por norma princípio, haja vista que auxilia o ordenamento jurídico de forma a valorar sua essência.

Ante às considerações do tópico anterior, em que se fez mister o reconhecimento do nascituro como criança, tendo em vista que o paradigma da proteção integral se aplica às crianças, o nascituro se inclui na definição de sujeito de direitos e no sistema de proteção especial. Se assim o faz, é inerente ao nascituro que lhe sejam garantidos e resguardados, todas os direitos fundamentais constantes do texto constitucinal, principalmente o direito à vida.

3.4 Direitos Fundamentais que Ponderam a Vida Concebida

Procura-se destacar aqui a garantia do direito fundamental à vida para o nascituro nos moldes da proteção integral. Nesse sentido, Paulo Gonet[61] pontua que não se pode exigir um certo grau de desenvolvimento orgânico de um indivíduo para que lhe seja atribuído o direito à vida. Em outras palavras, não é viável que um ser humano em fase de desenvolvimento, esteja desprotegido em um determinado momento de sua formação até que se atinja a fase ideal para que tenha direito à vida. Assim como não cabe ao legislador impor que o indivíduo seja dotado de personalidade jurídica civil para que tenha acesso a esse direito fundamental, eis que:

> Havendo vida humana, não importa qual etapa de desenvolvimento e não importa o que o legislador infraconstitucional dispõe sobre personalidade jurídica, há o direito à vida. Nesse quando deve ser avaliada a questão do direito à vida dos nascituros. O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção […]. O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou […]. Isso é bastante para que seja

[61] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 292

> titular do direito à vida, apanágio de todo que surge do fenômeno de fecundação humana.[62]

Diante dessa reflexão, pode-se inferir que o nascituro tem o seu direito à vida garantido desde o momento de sua concepção, haja vista que nesse momento se reconhece a sua essência como sendo a de um ser humano, lhe sendo atribuídas todas as garantias fundamentais inerentes a todos os seres humanos e substancialmente, o seu direito à vida em primeiro lugar, "por conta dessa sua essência humana, o ainda não nascido tem direito à vida […] por imposição do princípio da dignidade humana, ou seja, o direito à vida tem na fecundação, o seu termo incial".[63]

Ante à prerrogativa da gravidez, não se pode atribuir à mãe que decida sobre a interrupção da vida do feto. Apesar de existirem exceções à medida na lei penal, a regra geral é a de não o fazer, sendo tal fato imputado como crime. Para Paulo Gonet,[64] o desenvolvimento de uma gestação pode sim acarretar uma situação de dor e desconforto para a gestante, mas que essa circunstância, por si só, não pode ser ponderada para atribuir o direito de interrupção à vida do feto. Não se discute aqui qual vida é mais importante, mas em qualquer situação se envolva uma ameaça ao direito à vida de outrem, deve-se ponderar a preservação da vida humana, não havendo a possibilidade de um equilíbrio entre esta e outros valores, devendo existir uma compensação proporcional.

No plano legal, o direito à vida do nascituro está inserido em diversos dispositivos. Dentre eles, encontra-se o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, 'in verbis':

> Art. 7º: A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas **que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e**

[62] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 292-293
[63] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 294
[64] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 297

> **harmonioso, em condições dignas de existência**. (grifo nosso)[65]

A partir da disposição desse artigo, depreende-se que a proteção estudada no capítulo anterior, também se aplica ao nascituro, vez que lhes é garantido o resguardo ao seu nascimento e desenvolvimento, compreendendo tal segurança desde a sua concepção. No que tange à proteção à direitos, o Código Civil traz o seguinte em seu art. 2º, 'in verbis':

> Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas **a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**. (grifo nosso)[66]

Com relação a esse artigo, Moreira[67] afirma que "essa norma, sobretudo na segunda parte, tem por fito dar solução jurídica a problema extremamente complexo em mais de um aspecto". Ou seja, sua interpretação abrange não apenas as áreas do direito, mas também a biológica, a religiosa, filosófica e política, vez que cada uma delas tem uma convicção formada a respeito do início da vida e até que ponto esta deve ser ponderada.

De modo recorrente, quando se disserta sobre a proteção e as garantias do nascituro, no tocante aos direitos fundamentais, se adentra somente quanto ao início de sua personalidade jurídica. Para tanto, utilizam as concepções de duas correntes, a concepcionalista, que defende que já existe o início de sua personalidade jurídica desde o momento da concepção e a natalista, que defende que o início da mesma se dá somente quando do nascimento com vida[68].

Para Moreira[69], o legislador quando editou o art. 2º, do Código Civil, não usou a palavra "direitos" aleatoriamente. O autor defende que o termo técnico

---

[65] BRASIL. **Lei nº 13.257,** de 8 de março de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm> Acesso em: 16 abr. 2018

[66] BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 16 de abr. 2018

[67] BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, fev. Mar. 2006. p. 143

[68] BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, fev. Mar. 2006. p. 144

[69] BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, fev. Mar. 2006. p. 145

empregado na segunda parte do artigo, significa que "sobre quem o conteste, em todo caso, recairá o ônus da prova". Em outras palavras, não se faz menção a meros interesses ou quaisquer figuras jurídicas, mas a direitos consagrados tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional. Acrescenta o autor que:

> […] a lei promete pôr 'a salvo os direitos do nascituro'; a lógica mais elementar impõe admitir que o nascituro tem direitos. Negá-lo é fazer tábua rasa de disposição cristalina. As construções têm de partir desse ponto firme; se não partem dele, são construções erguidas sobre areia.[70]

A partir das reflexões do autor, depreende-se que todo o ordenamento jurídico deve considerar o nascituro como sendo uma pessoa, vez que as considerações sobre a sua proteção não é taxativa. E por ser considerado uma pessoa, ou ainda, um sujeito de direitos, conforme dispõe a proteção integral, se inclui nos aludidos *direitos*, o direito fundamental à vida, que é o que nos interessa neste trabalho.

Se o nascituro é reconhecido como um ser detentor de direitos, para Moreira[71], "não pode deixar de ter, antes e acima de quaisquer outros, direito à vida, vez que é pressuposto necessário para todos os restantes". Isto é, o direito à vida é o direito fundamental primordial, pois não há outra maneira de o nascituro usufruir das demais garantias sem antes lhe ser permitido viver.

Para o autor, negar o direito à vida para o nascituro equivale cercear todos os seus demais direitos, contrariando a segunda parte do art. 2º do Código Civil. O ordenamento jurídico brasileiro reconhece que o ínfimo espaço de tempo entre o nascimento e a morte já é suficiente para que seja reconhecida a existência da personalidade jurídica, assim sendo, para o direito brasileiro é irrelevante a duração da vida do indivíduo no que se refere a titularidade de seus direitos.[72]

---

[70] BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, fev. Mar. 2006. p. 145

[71] BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, fev. Mar. 2006. p. 148

[72] BARBOSA, J.C. M. **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 149

Infere-se portanto, que o direito brasileiro assegura ao nascituro a titularidade de direitos desde a sua concepção. Mas que, em algumas circuntâncias, essa titularidade fica condicionada ao seu nascimento com vida, por exemplo, no tocante aos direitos patrimoniais, pois somente após o seu nascimento com vida, é que estaria plenamente apto a usufruí-los, visto tratar-se de "condição de fato futuro e incerto, do qual dependa o direito. Inútil será a aquisição desse direito se não ocorrer a condição de seu nascimento com vida"[73]. Nessa perspectiva, como já explicitado, ao nascituro é resguardado, além de todas as garantias constitucionais básicas, o direito à vida como sendo seu direito primordial, anterior a todas os outros direitos, pois é a base principal para que ele faça jus aos demais.

4 UM ESTUDO À JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA QUANTO À FLEXIBILIZAÇÃO DO ABORTO DE ANENCÉFALO

Neste ponto será realizada exposição sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54/2005, julgada pelo Supremo Tribunal Federal para, em seguida, trazer reflexão na perspectiva do princípio da dignidade humana, do direito fundamental à vida e do paradigma da proteção integral da criança, numa tentativa d diálogo com os conteúdos dos capítulos anteriores.

4.1 Breve exposição da ADPF Nº 54/2005 julgada pelo Supremo Tribunal Federal

4.1.1 Pontos Relevantes da Peça Inicial

As questões pertinentes à prática abortiva voltada à anencefalia, acabaram por gerar grande relevância social e como era de se esperar, tais questionamentos foram levados ao campo jurídico, alcançando pois, o poder judiciário, resultando na apreciação pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF-54/2005.

[73] SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro:** aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 96

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, trata-se de um instrumento jurídico manuseado para impedir ou reparar lesão a algum preceito fundamental derivado de ato proferido pelo Poder Público[74], proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, sendo ainda, amparada pela ANIS – Agência Nacional de Saúde e a participação e pronunciamento dos mais relevantes representantes da comunidade médica e científica do Brasil, que contribuiram consideravelmente para essa discussão de grande repercussão nacional.[75]

O objeto principal da presente ação, era o de que a Suprema Corte reconhecesse e demandasse - de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil -, a inconstitucionalidade e nova interpretação aos Arts. 124, 126 e 128, I e II constantes do Código Penal Brasileiro. Os dois primeiros, por sua vez, tratam da incriminação da prática abortiva e as sanções cabíveis às eventuais práticas do ato. E o segundo, traz as hipóteses de "aborto necessário", com disciplina quanto às exceções que excluem a punibilidade do agente quando da prática do ato.

Assim, buscou-se com essa ADPF, acrescentar ao último artigo, nova interpretação no sentido de que uma terceira hipótese de aborto não fosse passível de punibilidade, qual seja, casos de gestações de feto diagnoticado com anencefalia, sob o argumento de que tal medida não era capaz de ferir as garantias fundamentais resguardadas pela Constituição Federal.

A mencionada ADPF teve como advogado da parte autora, um dos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, que à época ainda não estava no cargo de Ministro da Suprema Corte. O questionamento apontado por ele num primeiro momento, foi apresentado amplamente, visando abordar a abnormidade não apenas sob a ótica de uma única categoria, mas sob os mais

[74] WIKIPEDIA.Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Argui%C3%A7%C3%A3o_de_descumprimento_de_preceito_fundamental> Acesso em: 10 fev. 2018

[75] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

variados ângulos, elencando pontos relevantes ao caso, com o objetivo de afastar outras deliberações emitidas em medidas liminares de outros tribunais, que poderiam exercer uma influência negativa na decisão do caso concreto.

A parte autora fundamentou objetivamente suas alegações, motivadas principalmente no conflito que toda a categoria da saúde vinha suportando. Visto que, por vezes, ao se submeterem à prática do procedimento de 'antecipação terapêutica' (assim por eles denominado), em se tratando de feto diagnosticado acéfalo, se deparavam com posteriores ajuizamentos de ações penais, sob o fundamento de ferimento dos dispositivos penais que estabelecem a prática abortiva como ato criminoso e punível. O propósito da presente ação visava garantir não só o reconhecimento do direito da mãe em optar pelo não prosseguimento de uma gestação incomum e de risco, como também pretendia alcançar proteção à autonomia do exercício médico quanto ao referido ponto.

O teor da petição inicial trouxe uma especificação completa da anencefalia, com informações técnicas que a reconhecem como a deformidade mais árdua a se diagnosticar em um feto, pois consiste em um defeito na formação do seu tubo neural, havendo a ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, impossibilitando o desenvolvimento ou construção do cérebro, do córtex cerebral. Assim sendo, a vida do feto após o parto, seria improvável. Acresentou-se ainda, que caso o feto sobreviva após o parto, seria incapaz de ter sentimentos, emoções ou quaisquer sensações semelhantes.[76]

Ainda sobre a análise dos autos processuais, verifica-se que a parte autora juntou parecer expedido pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, em que a associação faz alusão aos riscos constantes da gravidez de feto portador de anencefalia. O parecer indica que a referida gestação pode gerar danos irreversíveis à gestante. Além do mais, optar pelo seu prosseguimento pode incorrer em várias adversidades, por exemplo: a extensão do

[76] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Petição inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

período gestacional por mais de quarenta semanas, aumento exagerado do líquido amniótico, síndromes hipertensivas específicas da gestação, que em suas formas graves, geram eclampsia, instabilidade emocional e psicológica, complexidades obstétricas quando da conclusão do parto, indispensabilidade de consultas psicoterapêuticas no pós-parto e no estado puerperal.[77]

Levando em consideração todas as possíveis complicações passíveis de ocorrência durante a gestação de feto portador de tal abnormidade, destaca-se que a prática do ato abortivo em se tratando de anencefalia, não seria necessário qualquer autorização legal ou judicial para que fosse realizada, dada sua grande complexidade e em se tratando de iminente risco de vida à gestante.

Existe um ponto nessa Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, cujo destaque é de grande pertinência. A parte autora faz uma discriminação entre a antecipação terapêutica e o aborto propriamente dito, partindo do pressuposto de que esta se trata de uma ocorrência incomum, ou seja, fato excepcional, estando amparado pelo art. 128, inciso II, do Código Penal Brasileiro sendo pois, ato inimputável. Dessa forma, o ato abortivo gera a interrupção da vida fetal, sendo pois, uma consequência direta do aborto, possuindo nexo de causalidade com a vida do feto fora do útero. Assim, as características do feto em conjunto, com dados apontados nesse sentido, indicam a morte fetal como evento certo e impreterível. [78]

Prossegue, para sustentar que seu argumento se embasa nos conceitos de morte expressos pelo próprio ordenamento brasileiro. A Lei nº. 9434/97, autoriza a remoção de órgãos para fins de transplante quando da constatação de morte encefálica do doador, ou seja, a partir do momento em que o cérebro cessa suas atividades, é declarado o estado vegetativo do indivíduo, ou seja, sua morte. A partir de tal declaração expressa na legislação atual vigente, é possível considerar a

[77] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

[78] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

situação do feto portador de anencefalia como análoga à hipótese acima descrita, vez que não houve a morte cerebral, mas também nem o seu início, havendo somente o tronco encefálico.

Ainda sobre o teor constante da peça exordial, extrai-se que o ato abortivo contra o feto portador de anencefalia, não tem previsão legal no que tange a uma das hipóteses excepcionais do Código Penal Brasileiro, no art. 128, incisos I e II, como fato atípico impassível de sanção penal. Isso porque esse Código, foi sancionado no ano de 1940, época em que não era possível constatar precisamente o diagnóstico de abnormidades graves que fossem desacordes com a vida extrauterina.

Seguindo esta linha de argumento, constata-se que a circuntância meritória do presente caso, não pode ser salva ante à lacuna legislativa que perdurava até então estando amparada pela falta de recursos tecnológicos satisfatórios que fossem capazes de apurar eventos dessa natureza naquele tempo.[79]

Barroso afirma que a situação pertinente à anencefalia, incumbe uma hermenêutica jurídica sob uma ótica progressiva, visto que, no momento em a norma criada passa a vigorar, ela deixa seu caráter subjetivo e subsiste autônoma e subjetivamente. E é partindo desse pressuposto, que a lei tem a possibilidade de se ajustar diante de situações ainda não previstas em seu texto, ainda que colocadas repentinamente perante o legislador, pois o mesmo assimilará a respectiva estruturação de fatos relevantes que o motivou, bem como as perspectivas e limitações do teor regulamentar.[80]

Nesses termos, prossegue para afirmar que a Lei Penal elimina a tipicidade do ato abortivo em se tratando de gravidez resultante de estupro, porque ao analisá-la

[79] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em 10 de fevereiro de 2018

[80] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em 10 de fevereiro de 2018

em sua essência, há uma ponderação entre a virtualidade da vida fetal e a intensidade do suplício da gestante. Diante disso, o legislador 'pesou' o que seria mais relavante **moralmente**, e, pautando-se em valores firmados nesse sentido, atribuiu maior significado à instabilidade emocional da gestante decorrente da violência por ela sofrida, autorizando a aplicação excepcional da medida. Tendo por base essa acepção, faz-se uma analogia quanto à ocorrência de gestação de feto anencefálico. Mas agora pondera-se a intensidade do suplício da gestante, visto tratar-se de gravidez de risco e a falta de virtualidade da vida fetal, pois suas condições de vida não seriam apenas limitadas, mas completamente inviáveis.

Sobre a questão, pronunciou-se o Ministério Público Federal - MPF, mediante parecer jurídico, com destaque para o seguinte trecho:

> Nota-se, contudo, que o próprio legislador penal não atribuiu à vida potencial do feto um valor absoluto, tanto que permitiu o aborto em caso de gravidez resultante de estupro. Se, diante da ponderação entre a vida em potência do feto e o direito da mãe, preferiu o legislador, nesta hipótese de estupro, privilegiar a proteção da gestante, é legítimo supor que ele não proibiria a interrupção da gravidez, restringindo a liberdade de escolha da mulher, quando, do outro lado, não houvesse vida possível. **Portanto, a própria interpretação evolutiva da legislação penal conduz à idéia da admissibilidade da interrupção voluntária de gravidez no caso da anencefalia.** (grifo nosso)[81]

Com base no posicionamento acima, a parte autora complementou seu argumento afirmando que a possibilidade de optar pela antecipação terapêutica de feto anencéfalo, se encaixa no mesmo preceito lógico atribuído às circunstâncias excepcionadas pela legislação penal, cuja prática, inexiste sanção penal, pois configura uma ponderação menos gravosa que a atribuída às gestações resultantes de estupro, já que não se trata de uma vida em potencial.[82]

[81] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

[82] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

O Conselho Federal de Medicina, editou a Resolução nº 1.989/12, e presente no teor da mesma, o posicionamento de Nelson Hungria que desde os anos 50, se posicionava perante um contexto perfeitamente passível de equiparação, cuja interpretação criminal estrita atribuída ao aborto, foi afastada. Segundo ele, não existe a procedência de outra vida, ou seja, não se está colocando na balança qual vida é mais importante que a outra, pois o objeto aqui concebido, não tem detém o potencial viável para comandar sua própria vida, sendo que o 'comando' aqui descrito, seria exercido unicamente por sua mãe ou terceiros. A retirada forçada do feto de dentro do útero, para que se torne ato punível caracterizado como aborto, faz-se necessário que o objeto concebido seja fisiológico e não patológico, visto que o prosseguimento do segundo é tido por evento nocivo, já que não há nenhum procedimento médico ou de qualquer natureza capaz de mudar a situação malgrada do feto, viabilizando uma possível chance de tornar sua vida potencialmente relevante. [83]

Extrai-se dos autos que os integrantes da área da saúde, ao terem que lidar com ocorrências dessa natureza e que são a favor das mulheres, sentiam-se plenamente desamparados judicialmente, pois estão cientes de que a assistência prestada em favor da mulher, poderia incorrer-lhes em ajuizamento de ações em âmbito penal, com fulcro no descumprimento das disposições constantes da lei penal que tipificam o ato abortivo e o torna passível de sanção penal.

Observa-se que essa ADPF, foi até hoje, o caso mais problemático no país, no que diz respeito a essa questão. Quando ainda pendente de julgamento, foi alvo de incontáveis protestos realizados por instituições adeptas da concepção conservadorista, com ideiais contrários ao ato abortivo independente de sua modalidade. Contudo, o processo teve uma peculiaridade importante, pois permitiu a intervenção de terceiros interessados para colaborar com considerações e conhecimentos técnicos, a fim de contribuir ao processo decisório da Suprema Corte.

[83] BRASIL. Associação Médica Brasileira – AMB. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.989/12.** Disponível em: < http://www.poderesaude.com.br/novosite/images/stories/4_-_Publicao_-_SIM_-_14.05.2012.pdf> Acesso em: 11 fev. 2018

Essa problemática já foi proposta no Brasil em pedidos liminares anteriores à propositura da ADPF nº54/05, e diante da lacuna da lei, algumas delas foram deferidas. Entretanto, sua concessão gerou diversas desavenças e discordâncias externadas pelo âmbito religioso e organizações humanitárias, que completamente revoltadas com as decisões proporam incontáveis recursos em defesa do feto, tornando-se grandes obstáculos ao deferimento definitivo do pedido.[84]

Barroso aponta a necessidade de atribuição dos princípios constitucionais, no que se refere ao amparo às gestantes que se deparam com o diagnóstico de anencefalia, com o objetivo de resguardar seu direito de poder optar pela interrupção da gestação nessas condições. Cojuntamente, busca-se a segurança jurídica em favor dos funcionários da saúde para que possam proceder à medida com a devida consonância aos dispositivos penais, garantindo sua autonomia profissional e pessoal.

No que se refere ao mérito da ação, quanto aos dispositivos constitucionais feridos, visando demonstrar a legalidade no ato de antecipação terapêutica quando da anencefalia, tem-se primeiramente o art. 1º, inciso IV, da CRFB/88. Pois, quando caracterizado o diagnóstico da anomalia, o prosseguimento da gestação pode incorrer em grande desgate psicológico e físico à gestante, podendo equiparar-se à tortura. Assim sendo, a proibição da medida viola a Dignidade Humana.

Em sequência, tem-se o art. 5º, II, CRFB/88, que fixa que, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Portanto, diante da falta de previsão legal que regulamente o assunto que impeça expressamente a prática do ato, deve-se preponderar o princípio da autonomia da vontade para a gestante, de forma a se preservar o seu direito de selecionar a opção que melhor lhe adeque.[85]

[84] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

[85] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

Quanto às disposições violadas dos arts. 6º e 196, ambos da CRFB/88, sustentou-se que compete ao poder estatal, fornecer e garantir todas as formas viáveis para propiciar proteção e acesso ao direito à saúde à todos, para que, assim, seja possível não apenas prevenir, mas erradicar ao máximo a ocorrência de danos emocionais e perigos inoportunos. Devendo se incluir nessa acepção, o consentimento estatal, ante ao direito da gestante de poder optar pela interrupção da gestação de feto anencéfalo, salvo se não for este seu arbítrio. De acordo com a parte autora, o procedimento de antecipação terapêutica é a medida mais singular a se adotar no caso concreto descrito, visto que objetiva dirimir o sofrimento da mãe. Assim sendo, sua proibição resulta em limitação imotivada do acesso à saude, cerceando direito fundamental.

Enfim, dos pedidos descritos na peça inicial, constavam o desejo iminente da parte autora em aperfeiçoar as condições de trabalho dos médicos e demais integrantes da categoria da saúde, e consequentemente, implicaria melhora efetiva no atendimento prestado à gestante, pois com a devida segurança jurídica em realizar permissiva e legalmente o procedimento, haveria um acesso mais eficaz e abrangente às gestantes quanto à explicação detalhada dos riscos gravídicos, caso inexista ciência por parte da mesma. Por fim, seria possível estimular políticas de prevenção em se tratando de anomalia grave no feto.[86]

4.1.2 Argumentos Contrários ao Pedido Principal da Peça Inicial

Apresentados os argumentos mais relevantes da peça inicial, far-se-á agora a exposição dos argumentos proferidos em sentido contrário à pretensão constante na inicial, além dos votos dos ministros que se pronunciaram negativamente.

Pode-se dizer que a questão mais importante atrelada ao objeto dessa ADPF é a vida e o direito à vida. A partir da leitura de cada um dos votos dos ministros,

[86] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

percebe-se que a maioria se baseou nos conceitos inerentes à ela, bem como do momento de seu início. Mas comentaremos apenas os votos divergentes ao pedido principal.

Apesar de ter sido o pedido principal julgado procedente, viabilizando a descriminalização do aborto de feto anencéfalo, é preciso que sejam postos em evidência os argumentos contrários, vez que o objeto desse trabalho é dar enfoque à proteção do nascituro portador de anencefalia, partindo das premissas estabelecidas pela proteção integral e do seu direito à vida, em conformidade com os capítulos anteriores.

Como salientado, a Corte admitiu a intervenção de *amicus curiae*, reconhecendo a repercussão social que o tema alude. Apesar dessa possibilidade, foi negada a intervenção da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB pelo ministro relator da ação.[87] No entanto, o STF promoveu uma audiência pública, permitindo que diversas entidades de inúmeras áreas, inclusive, a CNBB, participassem da discussão do caso.

Visto isso, extrai-se do acórdão, os seguintes pronunciamentos constantes dessa audiência pública, em posição contrária ao pedido pleitedo na incial:

Os representantes da CCBB, se pronunciaram nos seguintes termos, conforme explicitou o relator do acórdão:

> Defenderam a humanidade do feto em gestação, independentemente de má-formação, bem como o fato de a reduzida expectativa de vida não ter o condão de lhe negar direitos e identidade. Argumentaram que "a vida de cada indivíduo não é apenas um bem pessoal inalienável, mas também um bem social", ou seja, cabe à própria sociedade a promoção e defesa dos direitos do feto portador de anomalia,

[87] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

> não podendo o Estado julgar o valor intrínseco de uma vida pelas deficiências[88].

Na área da medicina ginecológica, participaram da audiência as doutoras Irvênia Luíza de Santis Prada e Marlene Rossi Severino Nobre, que segundo o relator:

> Para a primeira, a neurociência demonstra que o anencéfalo tem substrato neural para desempenho de funções vitais e consciência, o que contraindica a interrupção da gravidez, possibilitando a disponibilização dos órgãos do recém-nascido para transplante. A segunda defendeu que a vida do anencéfalo se sobrepõe a todos os outros direitos e que é um bem fundamental que lhe pertence. Afirmou não estar em discussão o direito da mulher, mas o direito à vida.[89]

Conforme apontou Luiz Bassuma, Deputado Federal, segundo o relator:

> Contra o Aborto manifestou-se a favor do direito inviolável à vida. Acrescentou que, recentemente, o Estado brasileiro referendou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – circunstância que alcançaria a situação dos anencéfalos –, mediante a qual se impõe à República Federativa do Brasil e à sociedade o dever de assegurar o direito de igualdade de oportunidade aos deficientes.[90]

Para Lenise Aparecida Martins Garcia, membro do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem aborto, segundo o relator:

> Asseverou que o respeito à vida do feto portador de anencefalia deve ser defendido não só por correntes religiosas ou humanísticas, mas também pela comunidade científica, por prudência, ante a falta de profundidade nos estudos sobre essa matéria até o momento. Apontou descaber o uso da nomenclatura "antecipação terapêutica do parto", pois o caso seria de aborto eugênico. [91]

---

[88] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. de 2018

[89] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

[90] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. de 2018

[91] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. de 2018

Desses pronuciamentos, resumidamente, temos que os argumentos expostos têm por base a defesa dos direitos fundamentais, no sentido de valorar o direito à vida do feto, independentemente de sua má-formação. Assim sendo, a pacificação da medida, poderia representar o início de uma legalização absoluta da prática abortiva no país. Além de que, o aborto de anencéfalo, está inserido na modalidade de aborto eugênico, sendo conduta totalmente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em sequência, após a análise de todos as acepções elencadas pelo amicus curiae e pelas entidades participantes da audiência pública, obteve-se os seguintes votos proferidos pelos ministros do STF:

Ricardo Lewandowski foi o sexto ministro a pronunciar seu voto, se opondo ao pedido arguído na incial sob dois enfoques. O primeiro era quanto aos limites objetivos do controle de constitucionalidade e interpretação conforme a constituição, devendo-se observar a autonomia dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Diante disso, afirmou:

> O STF, à semelhança das demais cortes constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição.

O ministro acredita que esse papel deve ser desempenhado com uma cautelosa moderação, a fim de se evitar uma usurpação de poderes devidos aos legisladores. Diante disso, afirma:

> Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos.[92]

Nesse aspecto, entende-se que o ministro considera o tema bastante controverso, sendo que todos os lados se pronunciam em sentido de respeito ao princípio da dignidade humana.

[92] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. de 2018

No segundo enfoque de seu voto, o ministro afirmou que a pacificação do tribunal quanto ao aborto de feto anencéfalo seria uma ponte para a licitude da interrupção da gestação de outros embriões com anomalias genéticas que tornem ínfima a viabilidade da vida extrauterina, afirmando o seguinte:

> Sem lei devidamente aprovada pelo parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, provavelmente retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto de uma rocha, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.[93]

Lewandowski afirmou que o anencéfalo é ser de direitos, se incluindo o direito fundamental à vida, devendo ser protegido pela legislação. Dessa forma, buscou distanciar o cabimento do caso concreto às exceções ao aborto previstas no art. 128, I e II do Código Penal, frisando que se fosse esse o desejo do legislador, o teria incluído no dispositivo, mas não o fez. Citou ainda, vários dispositivos legais que conferem proteção ao feto concebido, evidenciando a segunda parte do art. 2º do Código Civil, aludindo que "a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção". Nesse sentido, votou contra o pedido pleiteado na inicial.[94]

O ex-ministro César Peluso, que à época era o presidente do STF, foi o último a votar na ADPF 54/2005. Se manifestou no sentido de que a vida se qualifica pela habilidade de o indivíduo mover-se sem qualquer interferência externa ou qualquer impulso. E, nessa linha, é possível o enquadramento do anencéfalo, vez que o mesmo possui essa habilidade fisiológica vinculada ao processo contínuo da vida[95]. "O anencéfalo morre. E ele só pode morrer porque está vivo. "[96]

---

[93] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. de 2018

[94] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. de 2018

[95] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

[96] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

Infere-se que, para ele, o anencéfalo é ser detentor de direito à vida, e deve ser protegido em todos os seus aspectos.

Peluso frisou que para se configurar aborto, basta a interrupção da vida, observando-se a sua possibilidade extrauterina. Considerou "o aborto como uma conduta vedada de forma frontal pela orde jurídica",[97] de forma que não há um intervalo para interpretação diversa no que tange os casos tipificados como crime. Ao seu ver, todos os pleitos por uma liberdade de autonomia, são ineficientes, e vão contra a perspectiva de um mundo plural. Apontou que o pedido da ADPF 54/2005, tem um condão discriminatório, que em nenhum aspecto se dissemelha de outras condutas reprováveis, como o racismo ou o sexismo.[98]

Sobre a decisão de Peluso, tem-se a seguinte interpretação:

> Vida é fenômeno pré-jurídico, do qual o direito se apropria para determinados fins, mas que jamais, em nenhuma circunstância, pode regular de maneira contraditória à própria realidade fenomênica. Não cabe apelo aos princípios da autonomia da vontade, da liberdade e da legalidade, pois estes se preordenam para o cometimento de crime claramente punido pelo ordenamento jurídico. O crime de aborto se caracteriza pela eliminação da vida, abstraída qualquer especulação quanto sua viabilidade futura ou extrauterina. A compreensão jurídica do direito à vida, portanto, não legitima a morte dado o curto espaço de tempo da existência humana Interrupção de gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto, sendo vedada pelo CP e pela ordem jurídica Feto anencéfalo tem incontestável ascendência e natureza humanas; portanto, é inata a proteção a sua dignidade humana.[99]

[97] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

[98] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

[99] MARCHIORI, C. **Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente**. Monografia (Bacharelado em Direito) –Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo, f 103. 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/NBOOK%20X360/Desktop/MONOGRAFIA/REPOSIT%C3%93RIO%205%20-%20com%20a%20decis%C3%A3o%20dos%20ministros.pdf> Acesso em: 26 de abril de 2018

A respeito da manifestação do ministro, conforme interpreta Marchiori[100], a gestante não pode decidir voluntária e arbitrariamente quanto à interrupção da vida do feto, como se este fosse um objeto ou ainda um membro de seu próprio corpo. A proteção aos direitos do nascituro, abarca também o feto anencéfalo, portanto, a ele também lhe é resguardado o direito à vida conforme as diversas disposições legais nesse sentido. Assim, ante à proteção constitucional atribuída à vida humana, não é possível que se admitam decisões sobrevindas de interpretações fora do que se estabelece a legislação no que tange a sua interrupção, vez que é o bem jurídico mais precioso para a ordem constitucional e possui valor intrínseco. Ademais, quanto às alegações de sofrimento ponderado à gestante como sendo condição análoga à de tortura:

> Não cabe alegação de tortura ao caso, pois a situação não pode ser legalmente evitada, já que esbarra em vedação legal, de criminalização do aborto sem excludente, e constitucional, como o direito à vida e à dignidade do feto. Não cabe alegação de sofrimento psíquico da gestante. O sofrimento em si não degrada a dignidade humana, é elemento inerente à vida humana. É pretensão utópica o ser humano não ter sofrimento. O ordenamento apenas repudia os hábitos injustos que o causem. Não há, no caso de anencefalia, nenhum culpado como no estupro. A causa é o acaso genético. Interromper gravidez de feto anencéfalo é atitude egocêntrica, pois é prática cômoda que se vale a gestante para se livrar de sofrimento ao invés de zelar por vida alheia.[101]

Quando do encerramento de seu voto, Peluso - seguindo a ideia de Lewandowski -, mencionou a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal em exercer a função legislativa, vez que o aborto de fetos anencéfalos não é uma conduta enquadrada no dispositivo penal que excepciona a prática abortiva nos casos

[100] MARCHIORI, C. **Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente**. Monografia (Bacharelado em Direito) –Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo, 103 f 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/NBOOK%20X360/Desktop/MONOGRAFIA/REPOSIT%C3%93RIO%205%20-%20com%20a%20decis%C3%A3o%20dos%20ministros.pdf> Acesso em: 26 de abril de 2018

[101] MARCHIORI, C. Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente. Monografia (Bacharelado em Direito) –Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/NBOOK%20X360/Desktop/MONOGRAFIA/REPOSIT%C3%93RIO%205%20-%20com%20a%20decis%C3%A3o%20dos%20ministros.pdf> Acesso em: 26 de abril de 2018>

específicos do art. 128, I e II do Código Penal, pois "se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização legislativa, mediante atos lícitos de pressão"[102]. Em outras palavras, não compete ao STF a possibilidade de incluir a modalidade de aborto de anencéfalo ao referido dispositivo penal. "É o Congresso Nacional que não quer assumir essa responsabilidade, e tem motivos para fazê-lo"[103] Assim, votou pela total improcedência do pedido arguído pela ADPF nº 54/2005.

4.2 Incoformidade da Procedência do Pedido com o Princípio da Dignidade Humana, o Direito Fundamental à Vida e à Proteção Integral

O Princípio da Dignidade Humana, está consagrado na Constituição Federal de 1988 e caracteriza um dos cinco fundamentos que compõem o Estado Democrático de Direito[104]. Está previsto no art. 1º, III, da CF, '*in verbis'*:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III - a dignidade da pessoa humana.[105]

Esse princípio caracteriza um dos fundamentos que compõem o Estado Democrático de Direito, compreende uma centralidade primordial no que se refere

[102] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

[103] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

[104] MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 79

[105] BRASIL.Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 25 abr. 2018

aos direitos humanos, adentrando os direitos fundamentais inerentes a todo ser humano, e abrange também, os direitos fundamentais atribuídos às crianças.[106]

Toledo[107] destaca o conceito de Dignidade humana como "um valor subordinante, que nunca cede me face dos valores subordinados". Para a autora, não existe a decadência da dignidade humana para o homem. Ou seja, a dignidade humana é um princípio constitucional com caráter de superioridade face aos demais princípios. Assim, tem-se que:

> Em suma, posta, destarte, a premissa de que a proteção dos direitos humanos, entre eles os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, constitui valor supremo da Constituição Federal, positivado em norma princípio, que orienta valorativamente a interpretação de todo o ordenamento, cumpre passar à análise da conformação qu os direitos fundamentais de crianças e adolescentes receberam do Constituinte. "[108]

Com isso, infere-se que o Princípio da Dignidade Humana é tido por um valor supremo e absoluto, inerente a todos os seres humanos, garantindo que lhes sejam prestadas todas as garantias constitucionais. Se inerente à todos os seres humanos, também estão abrangidas as crianças e o nascituro, vez que sujeitos de direitos.

Dentro da Dignidade Humana se incluem os direitos fundamentais e o direito à vida. Analisando a decisão do STF proferida da ADPF nº 54/2005, sob o enfoque constitucional da Dignidade Humana, podemos constatar uma evidente violação ao direito fundamental à vida do nascituro anencéfalo.

Com base nos argumentos negativos extraídos da referida ADPF, apesar de sua má-formação congênita, o feto anencéfalo tem potencialidade para desempenhar

[106] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 23
[107] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p. 91
[108] MACHADO, de Toledo Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p.103

funções vitais, eis que possui substrato neural[109]. Dessa forma, estaria protegido pelos diversos dispositivos que atribuem proteção ao nascituro e resguardam os seus direitos desde a concepção, não havendo espaço para violação de sua vida conforme o fundamento da Dignidade Humana.

Além do mais, conforme o pronunciamento do Min. Ricardo Lewandowski e do ex-Min. César Peluso, o que se deveria preconizar primordialmente, era o direito à vida, vez que sua essência é substancial e é o bem jurídico de mais supremo valor para a Constituição. Permitir a interrupção da gestação do anencéfalo, é uma afronta real ao Princípio da Dignidade Humana.[110]

Pondera-se que o direito à vida foi preconizado no decorrer do presente trabalho como sendo um direito fundamental detentor de característica superior em relação a todos os demais direitos fundamentais. Assim, para que o nascituro possa usufruir das demais garantias constitucionais a ele ressalvadas, é preciso primordialmente, que lhe seja resguardado o direito à vida.[111]

Diante disso, tendo por base a peça inicial da ADPF 54/2005, sabemos que um dos fundamentos aos quais se embasou a parte requerente, foi o de que o anencéfalo não tem potencial de vida e que, caso sobrevivesse ao nascimento, seria por um tempo mínimo, havendo de ser resguardado a gestante, o direito pela interrupção de sua gestação, sem que tal conduta fosse tipificada como crime.[112]

---

[109] BRASIL.**Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 25 abr. 2018

[110] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

[111] MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 289

[112] BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição Inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

Ocorre que, para o direito brasileiro, é completamente irrelevante o tempo que o feto poderá sobreviver após o nascimento para que lhe seja resguardado o seu direito fundamental à vida. Nessa linha, Moreira[113] destaca:

> A questão dos direitos do nascituro deve ser posta e resolvida com total abstração da circunstância de haver razão, por mais forte que se revele, para presumir que ele virá a morrer poucos dias, poucas horas, poucos minutos ou poucos segundos – ou até uma fração de segundo – após o nascimento. Esse dado é absolutamente irrelevante, para o nascituro não menos para que o neonato. Nem um nem outro necessita ser viável para ter direitos – sem exceção, à evidência, do direito à vida.

Portanto, infere-se que o potencial de vida, ainda que mínimo, do anencéfalo, não caracteriza um fator relevante para que lhe seja negado o direito à vida. A mera potencialidade para desenvoltura intrauterina, já o faz um ser detentor de direitos, devendo ser respeitado o seu direito à vida. Assim, expõe o autor sobre a questão:

> O que acaba de ser dito importa muito no que tange aos fetos anencéfalos. Em geral, nas discussões sobre o tema, parte-se da premissa de que tais seres não são aptos a viver senão pouco tempo após o parto. Não vem ao caso entrar em pormenores sobre a duração, maior ou menor, se sua vida extrauterina, aliás insuscetível de ser prognosticada com exatidão. [...] o dado temporal não influi na configuração jurídica da espécie, o que nos dispensa insistir na questão.[114]

Seguindo essa perspectiva, não há sentido algum em definir o direito à vida como "o direito de permanecer vivo por determinado lapso de tempo",[115] essa condição não possui qualquer compatibilidade com a realidade humana. O direito à vida deve ser absoluto ao ser humano desde a sua concepção até o momento de sua morte natural.

No que se refere à personalidade jurídica, encontramos a seguinte disposição no art. 11, do Código Civil:

---

[113] MOREIRA BARBOSA, J.C., **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 149

[114] MOREIRA BARBOSA, J.C., **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p.150

[115] MOREIRA BARBOSA, J.C., **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006. p. 150

> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, **os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis**, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária [116]

O direito à vida, além de estar inserido no rol dos direitos fundamentais, para José Moreira[117], também faz parte dos direitos da personalidade de que trata o art. 11 do CC. Quanto às garantias do nascituro, o início de sua personalidade jurídica, contar-se-á quando de seu nascimento com vida, havendo uma expectativa de direito quanto à personalidade, mas não quanto ao direito à vida, este último é garantido desde a sua concepção. Assim sendo, se integra os direitos da personalidade, lhes são atribuídas também as suas características quanto à irrenunciabilidade e limitação voluntária ao seu exercício.

A procedência da ADPF nº 54/2005, ao julgar procedente a descriminalização do aborto de feto anencéfalo, atenta frontalmente contra o direito à vida. Ao feto anencéfalo deveriam ter sido ponderados os direitos fundamentais no tocante ao seu direito à vida. Haja vista que, para a CF, o bem jurídico mais importante e tutelado por ela é a vida, esta deveria ser ponderada ante ao questionamento de sua interrupção quando o produto da concepção se tratar de um anencéfalo.

Além disso, o aborto de feto anencéfalo compreende a modalidade de aborto eugênico, cujo conceito o fizemos no primeiro capítulo e, que, por sua vez, de modo genérico, é a interrupção da gestação de feto portador de qualquer anomalia genética. Sendo que, tal modalidade tem expressa vedação no ordenamento jurídico. Assim sendo, a permissão do aborto de feto anencéfalo deveria ser ato inconstitucional, pois fere o direito à vida, tendo em vista que a Constituição atribui valor intrínseco à vida e o direito à vida.

Quanto à proteção Integral, observa-se a centralidade desse Paradigma, é o reconhecimento da criança como um sujeito de direitos rem relação ao mundo

[116] BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 16 abr. 2018

[117] MOREIRA BARBOSA, J.C., **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, fev. Mar. 2006. p. 151

adulto[118]. Essa proteção integral está inserida do Estatuto da Criança e do adolescente, sendo que, "esse ordenamento legal substitui o caráter assistencialista corretivo e repressivo das ações sócioeducativas introduzindo uma concepção de proteção integral drecionada às crianças e aos adolescentes. Reconhece e reitera os dispositivos constitucionais em relação à condição de sujeitos de direitos das crianças e dos adolescentes, a sua condição peculiar de desenvolvimento e à necessidade de serem considerados prioridade absoluta na agenda das políticas públicas"[119]

A partir de tais considerações, infere-se que o reconhecimendo da criança como um sujeito de direitos e detentor de uma proteção integral em todos os demais aspectos, dada a sua vulnerabilidade, entende-se que todos os direitos a ela inerentes, estão sob um sistema de proteção especial. Assim sendo, sempre que se buscar analisar um direito inerente à criança, é necessário que se atribua uma prioridade à sua ponderação em relação aos adultos.

Dessa forma, tendo em vista que o Paradigma da Proteção Integral teve início a partir da Convenção das Nações Unidas, e que essa útlima reconheceu o nascituro como criança, é razoável afirmar que todas as garantias constitucionais e legais garantidas às crianças no Estatuto da Criança e do Adolescente, também se aplicarão ao nascituro.

A pretensão da CNTS na ADPF nº54/2005 era a de obter a possibilidade do exercício do aborto eugênico quando o diagnóstico da anomalia fetal fosse anencefalia. O Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sob o fundamento principal de que

[118] MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 50

[119] ANDRADE, L. B. P. **Educação infantil:** discurso, legislação e práticas institucionais [online]. São Paulo: Unesp; Cultura Acadêmica, 2010. p. 93. Disponível em: <http://books.scielo.org>

"apenas se caracteriza como sujeito passivo do crime de aborto, o feto com capacidade para ser pessoa".[120]

Quando da análise de tal decisão, é possível auferir que o seu teor está em desconformidade com a Proteção Integral ao nascituro, haja vista que por se reconhecer o mesmo como um sujeito de direitos, tem-se em primeiro lugar a preconização dos seus direitos fundamentais, primordialmente, o seu direito à vida.

O argumento de que o crime de aborto não se aplica ao feto anencéfalo porque este não tem capacidade para ser pessoa, se contrapõe à proteção jurídica garantida à criança e compreendida sua extensão ao nascituro. Dizer que o nascituro anencéfalo não é uma pessoa, contraria preceitos legais, que dispõem que o início da personalidade do homem, se inicia desde a sua concepção. Assim, tem-se que:

> A personalidade civil do homem começa a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica.[121]

Infere-se que essa acepção advém da teoria concepcionalista, que, conforme conceituada no primeiro capítulo, defende o início da personalidade jurídica do nascituro desde a concepção. Se a personalidade é inerente ao nascituro desde a concepção, significa que ele é uma pessoa. Nesse sentido, afirma Semião:

> Falar em direitos do nascituro é reconhecer-lhe qualidade de 'pessoa', porque, juridicamente, todo titular de direito é pessoa. 'Pessoa', em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou o titular de qualquer direito.
>
> Dito que o nascituro tem direitos, estar-se-á afirmando que ele é sujeito de direitos e, portanto, pessoa.

Afirmar que o feto anencéfalo não pode figurar no polo passivo no crime de aborto, está em desacorde com o ordenamento. O feto anencéfalo é um sujeito de direitos, dada a sua equiparação à crianaça. Se é sujeito de dirietos, é também

[120] GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa de. Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 23, n. 3, p. 495-504, dec. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000300495&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 abr. 2018.

[121] SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro:** aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 35

pessoa, possuindo personalidade jurídica desde a concepção e lhes sendo garantido o direito à vida sob o enfoque do sistema especial de proteção.

Vimos que o direito à vida é indisponível. Dessa forma, não cabe nem ao titular do direito a opção por sua disposição. Se é incabível ao próprio detentor, o enquadramento de terceiros à regra é indiscutivelmente vedada também. Assim, se não cabe à gestante decidir sobre interromper sua própria vida, caberia muito menos o direito de dispor sobre a vida do feto voluntariamente.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho, possibilitou uma análise reflexiva da decisão proferida pelo STF, na ADPF nº 54/2005, voltada ao campo de proteção à criança, vez que o referido Tribunal permitiu a possibilidade da gestante optar por interromper a vida do feto quando este for diagnosticado com anencefalia, sem prejuízo da sanção penal cabível ao crime de aborto.

A Convenção das Nações Unidas e o surgimento do Paradigma da Proteção Integral, foram responsáveis por atribuir à criança a característica de sujeito de direitos, protegida por um sistema de proteção especial em relação aos adultos, vez que se encontram em condição peculiar de desenvolvimento de seu potencial humano, tanto na esfera física quanto na psicológica. Sendo que, o ordenamento jurídico, em diversas leis infraconstitucionais, já reconheciam o nascituro como pessoa, conferindo proteção aos seus direitos desde a sua concepção.

A referida Convenção abarcou o nascituro no conceito de criança, sendo assim, pode-se dizer que o nascituro também é um sujeito de direitos, que, dada a sua vulnerabilidade, também necessita de uma proteção especial dos seus direitos, primordialmente, o seu direito à vida. Eis que este último é a base para seja possível o gozo de todas as outras garantias fundamentais.

Permitir a interrupção da vida de um nascituro anencéfalo pela gravidade de sua anomalia genética, viola frontalmente os direitos fundamentais e a dignidade

humana que lhes são assegurados pela Constituição Federal. Vez que a vida possui valor intrínseco e é o bem jurídico de mais supremo valor em nossa Carta Magna.

Além disso, é claramente perceptível a controvérsia da decisão diante dos dispositivos que conferem proteção à criança, por exemplo, o art. 2º do CC, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, o art. 11 do CC, o art. 227 da CF, entre outros, que reconhecem a personalidade jurídica do nascituro e protegem o seu direito à vida.

Insta salientar, que o Código Penal adimite duas exceções ao aborto, quais sejam, em casos de estupro e risco de vida, sendo que, as demais modalidades são expressamente vedadas e puníveis criminalmente. Nesse sentido, a prática abortiva compreendida na modalidade eugênica, por sua vez, aquela em que se interrompe a gestação cujo produto da concepção possui uma deformidade física ou mental, é vedada pelo ordenamento jurídico em todos os sentidos, inclusive no aspecto moral, vez que induz a uma compreensão subjetiva de ‘extermínio’ humano, ou ‘limpeza’ social de indivíduos especiais.

Assim, conclui-se que a flexibilização do judiciário quanto à interrupção da gestação do feto anencéfalo, pode acarretar em abrangência de diversas outras anomalias genéticas com respaldo no precedente jurisprudencial do STF. Possibilitando a amplitude de permissões nesse sentido e, consequentemente, aumentando gradativamente a aceitação social sobre a questão do aborto, ponderando-se cada vez menos a dignidade humana, o direito à vida e a proteção integral não apenas às crianças e fetos sadios, mas também aos que contiverem às-formações, eis que também são seres humanos, reconhecidamente, pessoas e sujeitos de direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, L. B. P. **Educação infantil:** discurso, legislação e práticas institucionais [online]. São Paulo: Unesp; Cultura Acadêmica, 2010. p. 93. Disponível em: http://books.scielo.org

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Mini Código Penal anotado**. De acordo com as Leis nº 12.650, 12.653 e 12.654/12. São Paulo: 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, J. C. M. **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, Fev. Mar. 2006.

BARBOSA, J.C. M., **O direito do nascituro à vida**. Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, IBDFARM. v. 7, n. 34, fev. Mar. 2006.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos apud MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri: Manole, 2003.

BRASIL. Associação Médica Brasileira – AMB. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.989/12.** Disponível em: <http://www.poderesaude.com.br/novosite/images/stories/4_-_Publicao_-_SIM_-_14.05.2012.pdf> Acesso em: 11 fev. 2018

BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Petição inicial**. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em: <Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> Acesso em: 10 fev. 2018

BRASIL. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. **Inteiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2005**. Disponível em:<Http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp> Acesso em: 26 abr. 2018

BRASIL. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 19 abr. 2018

BRASIL. **Lei nº 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 abr. 2018

BRASIL. **Lei nº 13.257,** de 8 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm> Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 6 mar. 2018

BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADPF 54/2005**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> Acesso em: 14 abr. 2018

BRASIL. Ministério Público Federal. **Manifestação ADPF 54/2005**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf> Acesso em 14 abr. 2018

BRASIL.**Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 25 abr. 2018

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Tarcísio José Martins da. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal.** Brasília: Letras Livres, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1. 2005

FRYDMAN, René. O Espectro do Eugenismo. In: _____. **Deus, a Medicina e o Embrião.** Lisboa: Piaget, 2001.

GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa de. Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 23, n. 3, p. 495-504, dec. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000300495&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 abr. 2018.

JAQUIER, Monika. **Perguntas mais freqüentes sobre anencefalia.** Disponível em: <http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php> Acesso em: 18 abr. 2018.

KERSUL, Cintia de Souza. **Aborto eugênico e o direito fundamental à vida**. Âmbito Jurídico, Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17194&revista_caderno=9> Acesso em: 6 abr. 2018.

MACHADO, de Toledo Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MARCHIORI, C. **Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente.** Monografia (Bacharelado em Direito) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/NBOOK%20X360/Desktop/MONOGRAFIA/REPOSIT%C3%93RIO%205%20-%20com%20a%20decis%C3%A3o%20dos%20ministros.pdf> Acesso em: 26 abr. 2018

MARCUZZO, Simone. **Sistema Nervoso**. Disponível em: <http://professor.ufrgs.br/simonemarcuzzo/files/aula_neuro_embriologia.pdf> Acesso em: 20 abr. 2018

MATTOS, Karina Gomes de. Os direitos do nascituro. **Revista IOB de direito de família,** Porto Alegre, v. 9, n. 47, jul. 1998. (Nota: Continuação de Revista brasileira de direito de família. Porto).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**: arts. 121 a 234 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MÔNACO, G. F. C. **O décimo quinto aniversário da convenção sobre os direitos da criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos**. Revista dos Tribunais. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais Ltda. ano 94. v. 831, 2005.

MORON, Antonio Fernandes. **Medicina fetal na prática obstétrica.** São Paulo: Santos, 2003.

REZENDE, Jorge, 1998 apud SANTOS, 2013. **ADPF nº 54 à luz do biodireito:** interrupção da gestação do feto anencéfalo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interrupcao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3> Acesso em: 13 abr. 2018.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro:** aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOI, A. A cabeça e o cérebro do feto. *In*: RUMACK, C.M.; WILSON, S.R; CHARBONEAU, J.W. **Tratado de ultrassonografia diagnóstica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

WIKIPEDIA. **Eugenia**. 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Eugenia> Acesso em 6 abr. 2018

WIKIPEDIA.**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Disponíve l em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Argui%C3%A7%C3%A3o_de_descumprimento _de_preceito_fundamental> Acesso em: 10 fev. 2018

WILLIAMS, Lippincott (2000) apud Santos (2013). ADPF nº 54 à luz do biodireito: interrupção da gestação do feto anencéfalo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interrupcao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3> Acesso em: 13 abr. 2018.

A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL NAS DECISÕES DO STF E DO STJ

Larissa Rocha Ferreira

RESUMO

O presente trabalho estudou a efetividade da obrigação da função socioambiental nas decisões de tribunais superiores em processos envolvendo propriedades rurais. Isto é, a pesquisa visou compreender a relação entre os direitos individuais – o direito à propriedade – e os direitos coletivos, in casu, o meio ambiente, o qual possui o papel de representante da função social em sua perspectiva ambiental com base na Constituição Federal. Isto porque o embate acerca dos interesses particulares e interesses coletivos têm corroborado para o esboço de uma nova cultura; o delinear de uma nova organização social e, portanto, está muito presente nos litígios extraordinários. Por isso, realizou-se uma pesquisa básica, exploratória, começando pelo desenvolvimento histórico do instituto jurídico "função socioambiental", sua definição nas leis brasileiras e, depois, a sua aplicação no mundo jurídico, como determinante do direito à propriedade rural. Para o estudo do conteúdo dos julgados, utilizou-se a Metodologia de Análise de Decisões (MAD), a qual serve como uma espécie de "protocolo", capaz de estabelecer critérios que possibilitem o controle da pesquisa, do ponto de vista científico. A hipótese trazida foi a de que a aplicação da função socioambiental é delimitadora do direito à propriedade. Observou-se a conveniência econômica em detrimento à proteção dos aspectos socioambientais das propriedades rurais. Algumas decisões consideram a função socioambiental, quando não cumprida, motivadora da intercessão estatal, entretanto, o que prevalece é uma postura enigmática do magistrado acerca da importância dos direitos ambientais nos tempos atuais.

Palavras-chave: Decisões de Tribunais Superiores. Função Socioambiental. Constituição Federal. Direito de Propriedade. Propriedade Rural.

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia possui como objetivo verificar a efetividade da função socioambiental da propriedade rural na perspectiva dos Tribunais Superiores (STF e STJ). A função socioambiental constitui uma das condicionantes da função social, sendo responsável por orientar o proprietário a zelar pelo meio ambiente, sob pena de descumprir com a função social do imóvel, no caso específico, o imóvel rural.

Com a evolução das atividades agrícolas, passou –se a exigir muito das propriedades rurais para produzirem alimentos suficientes para estocar e abastecer as comunidades locais, bem para suprirem as pessoas nas cidades. Desde então, tendo como marco histórico a Revolução Industrial, as cidades se tornaram por demais atrativas, em razão das fartas oportunidades de emprego e novidades científicas, ocasionando uma grande demanda de recursos naturais para a produção de manufaturados sem considerar os malefícios ao meio ambiente. Esse processo foi o primeiro responsável por causar o desequilíbrio entre eficiência econômica e viabilidade ambiental.

A busca pelo desenvolvimento econômico a todo custo, por meio da industrialização, passou a contribuir para a superlotação das cidades, causando transtornos, por consequência do excesso de pessoas num mesmo espaço. O mundo inteiro passou a sentir fortemente a presença humana, cuja atuação promoveu a transformação do meio ambiente natural de forma perigosa. (BETIOL, 2009)

Esse processo de urbanização e industrialização fortaleceu a propriedade privada como cerne da economia, pelo que passou a ser tida como ilimitada e absoluta. Foi então, que no início do século XX, o mundo começou a sentir o peso das suas influências no meio ambiente, o qual não conseguia se regenerar à velocidade que o homem interferia para retirar-lhe recursos, ocasionando o surgimento dos primeiros distúrbios globais provocados pela poluição.

Em virtude das misérias ecológicas que o mundo industrializado passou a produzir, tanto em âmbito social como ecológico, os países sentiram a necessidade

de abordar a temática ambiental, o que possibilitou a Conferência de Estocolmo, na Suécia, em 1972, onde o meio ambiente foi tratado pela primeira vez como tema em si. Desde então, a função socioambiental da propriedade começaria a se desenhar, já que a propriedade privada estrelava no cenário econômico.

Desde o surgimento do termo "desenvolvimento sustentável", a peculiaridade econômica da propriedade privada foi impulsionada a se adequar às demandas ambientais e também ao mister de distribuir as riquezas dela provenientes, buscando amenizar a desigualdade social ocasionada pela exploração irracional dos recursos naturais.

A nível nacional, a CF/88 destacou-se no papel de guardiã da causa ambiental, ao tornar a função socioambiental crucial em estabelecer o direito de propriedade. No entanto, o fato de a lei dispor sobre algo não significa que ela surtirá efeitos práticos na realidade. Por isso, a pesquisa busca investigar se a aplicação da função socioambiental tem sido, de fato, relevante para gerar precedentes válidos a partir das decisões judiciais, a ponto de interferir na realidade social brasileira. Considerando que as reservas ambientais e toda natureza mais densa se localizam no meio rural, a pesquisa se dará com foco nas propriedades rurais, para, afinal, constatar se os tribunais superiores (STF e STJ) julgam a função socioambiental como fator determinante para conferir o direito de propriedade sobre aqueles imóveis.

O presente trabalho tem como objeto o estudo da função socioambiental da propriedade rural, tendo como objetivo verificar a efetividade deste princípio, de acordo com as decisões judiciais dos tribunais superiores (STF e STJ). A função socioambiental da propriedade rural está relacionada ao inciso II do artigo 186 da CF/88 e, também, à alínea "c" do parágrafo 1º, do artigo 2º do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64).

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade privada sobre bens imóveis intervém no direito fundamental de propriedade justamente para evitar que um direito individual se sobreponha aos interesses da coletividade. Trata-se de um recurso jurídico proveniente do abuso do direito de propriedade; da necessidade de relativizá-lo face às desigualdades sociais dele decorrentes.

Nas palavras de (VENOSA, 2007), "a questão da propriedade imóvel, a moradia e o uso adequado da terra passam a ser a grande, senão a maior questão do século XX, agravada nesse século XXI pelo crescimento populacional e empobrecimento geral das nações. Este novo século terá, sem dúvida, como desafio, situar devidamente a utilização social da propriedade".

Os acontecimentos que legitimaram a propriedade privada lá nos primórdios das civilizações gregas e romanas, importados pelo nosso ordenamento jurídico, hoje não perduram mais. Pelo menos em tese. As leis vigentes estabelecem a função social da propriedade, por meio da qual o proprietário é forçado a prestar um retorno social em face da riqueza que detém. A necessidade de se atribuir uma função social à propriedade originou-se propriamente dos desvios da propriedade, que demonstra fortes traços de individualismo selvagem (PEREIRA, 1956).

É de se ver que a propriedade está fortemente atrelada a outras duas instituições sólidas consideradas nas sociedades ocidentais, qual seja a família e a religião. A necessidade de se criar um direito de propriedade sobre o solo tem como base a estrutura familiar e o Deus que a ela protege, ao qual se faz imprescindível um espaço definido para se fixar o altar (COULANGES, 1961).

Conquanto o conceito de propriedade naquele tempo seja extremamente ultrapassado, a verdade é que, nos dias de hoje, não há se pensar em liberdade do homem sem vinculá-lo à propriedade, pois "de que adiantaria ao homem a liberdade quando esta liberdade não permite, por si só, o atendimento de suas necessidades primárias?" (TORRES, 2007). Embora a essência da propriedade seja egoística e

selvagem, pronta para satisfazer as necessidades mais primárias do homem (MOREIRA), a definição de um território para o plantio, a moradia, até mesmo para o desenvolvimento da cultura humana, é, de fato, imprescindível.

Porém, o anseio ganancioso do homem europeu extrapolou o sentido de propriedade e isto respingou no direito brasileiro. Tanto o é que, na Roma Antiga, a propriedade era típica de uma estrutura patriarcal, concebida como absoluta (dominium est jus utendi, fruendi et abutendi), exclusiva (plurium in solidumdominium esse non potest), perpétua (semel dominus semper dominus) (MOREIRA, 1986). Em reprodução, o Tratado de Direito Civil de 1646 definiu o direito à propriedade como um direito "que a pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce numa coisa determinada em regra perpetuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar". (Grifos próprios)

Por outro lado, "ensina a história recente que, se a negação da propriedade privada contraria o anseio inarredável do homem e conduz o Estado ao fracasso, não é com o puro individualismo que serão resolvidos os problemas jurídicos e sociais" (VENOSA, 2007). Foi então que as Encíclicas Mater et Magistra, do Papa João XXIII, de 1961, e CentesimusCennus, de 1991, de João Paulo II, "nas quais se associa a propriedade a uma função social, ou seja, à função de servir de instrumento para a criação de bens necessários à subsistência de toda a humanidade" inspiraram os ordenamentos jurídicos vindouros a estabelecer o instituto da **função social da propriedade**.

É de se ver que a propriedade privada e sua função social estão intrinsecamente ligadas, porque esta deriva daquela; uma não deve existir sem a outra. A inexistência da função social faz com que o proprietário seja destituído do bem, do qual exercia os direitos de "usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha", conforme artigo 1.228 do CC/02.

Importante destacar, sobretudo por se referir a costumes e legislação brasileiros, a propriedade nem sempre participou de todas as civilizações. Muitos povos viveram em comunhão de solo, partilhando do espaço e da colheita dele advindos, como na França, e os indígenas no Brasil. Os povos indígenas do território brasileiro ocupavam as terras coletivamente para explorar a agricultura e a pesca, principais fontes de sobrevivência deles. (TORRES, 2007).

Em contrapartida, evidente que a legislação brasileira não se espelhou na cultura dos seus povos originários, uma vez que o direito de propriedade assumiu caráter fortemente individualista. Na Grécia e na Itália nunca houve evidência de uma vida em comunidade, e sim o oposto. A separação do espaço com cercas e muros foi crucial para se definir o lar, o templo sagrado dos cultos e dos túmulos (COULANGES, 1961).

Nos registros da história é de se perceber que a propriedade é instituição consagrada pela religião, uma vez que os deuses - figuras fictícias inventadas pelo imaginário humano - curiosamente, sempre legitimaram a propriedade ao homem e a sua prole. Senão vejamos essa passagem da Bíblia: “E apareceu o Senhor a Abraão e disse: à tua descendência darei esta terra. E edificou ali um altar ao Senhor, que lhe aparecera” (Gênesis 12:7).

2.1 A história da função social no Brasil

Como vimos no capítulo anterior, no Brasil, à época das colonizações, a propriedade foi compulsória, isto é, forçosamente imposta à cultura indígena. Antes da chegada dos colonizadores, os indígenas sequer cogitaram a propriedade como um direito individual. Não havia se falar em divisão de territórios para se explorar separadamente, porque a crença espiritual dos povos, a quem pertenciam as terras brasileiras, impedia que eles se tomassem posse delas sem cultivá-las.

Após a invasão dos portugueses ao solo brasileiro, acompanhada da execução em massa de indígenas – estes, os verdadeiros proprietários - as terras brasileiras passaram a pertencer a Portugal, tornando-se, pois, propriedade pública, de domínio

público (TORRES p. 119), mesmo que isso fosse totalmente ilegal, já que a posse violenta não permite seja legitimado o direito à propriedade.

Em 1536, com o advento das capitanias hereditárias, D. João III, cedeu porções de terras aos chamados donatários, que passariam a exercer a **posse** da terra para nela cultivar, construir e defendê-la dos possíveis "invasores". Conquanto a posse estivesse nas mãos dos donatários e dos seus sucessores durante o passar dos tempos, ela não poderia ser vendida em hipótese alguma. Por sua vez, a sesmaria determinava que, aquele donatário que não explorasse a terra devidamente perderia o direito de posse sobre ela (ESCOLA, 2017).

Nas palavras de (TORRES, 2007), foi com o advento da concessão de sesmaria que surgiu a função social da propriedade privada no Brasil e as suas condições eram, justamente, o melhor aproveitamento da terra, por meio do cultivo e povoamento, sob a consequência de se perder o direito sobre a área concedida. Assim também se colhe das palavras de (RAU, 1946):

> A ideia de tirar a terra aos proprietários que a não cultivassem é tão antiga entre nós que a podemos fazer remontar à apropriação pelo cultivo. Os legistas achavam no Código de Justiniano – escreveu Gama Barros – alguma coisa que se parecia com essa doutrina porquanto o Código dá a qualquer pessoa o direito de occupar para cultura o terreno abandonado pelo proprietário; se este reclama no prazo de dois annos, póderehavel-o pagando as despesas que tiver feito o occupante, não reclamando n'esse prazo, perde todo direito de posse e domínio.

"Estaria aí o germe da função social da propriedade e antes da propriedade" (TORRES, 2007), já que, nesse caso, o indivíduo exercia sobre a terra apenas o direito de posse. Percebe-se que, desde os tempos remotos, muito embora o direito de propriedade fosse consagrado como absoluto e exclusivo, sempre houve uma preocupação com a finalidade do imóvel.

Assim, mesmo sendo absoluto e exclusivo o direito de propriedade, por meio do instituto da posse, o bem poderia atingir a sua finalidade social, seja para moradia, seja para produção econômica, embora não se falasse em desigualdades

sociais. A preocupação do império aqui era somente a questão da produção econômica da terra para lhe render lucros.

Ademais disso, como bem citou (COULANGES, 1961) “não está na natureza do direito ser absoluto e imutável”, pelo que considerar o direito de propriedade acima de todas as coisas é um grande erro. Essa é uma concepção dos tempos modernos, em que se verificou a força da plebe nas tomadas de decisões na nova estrutura chamada cidade. As ideias de direito concebido pelos deuses, através das religiões, agora não fazem mais sentido, porque as multidões compreenderam que isso não passava de uma alegoria criada para manter uns no poder e outros na miséria. Vejamos essa citação de (COULANGES p. 496) sobre a nova roupagem do direito:

> Se nos colocarmos na época em que a plebe levantou-se, e passou a fazer parte do corpo político, se compararmos o direito dessa época ao direito primitivo, graves mudanças aparecem logo à primeira vista. A primeira, a mais evidente, é que o direito tornou-se público e conhecido de todos. Não é mais aquele canto sagrado e misterioso, que se repetia de idade em idade com piedoso respeito, que somente os sacerdotes escreviam, e que somente os homens das famílias religiosas podiam conhecer. O direito saiu dos rituais e dos livros dos sacerdotes, perdendo seu mistério religioso; é uma língua que todos podem ler e falar.

É claro que essa é uma visão muito teórica da lei que, na prática, diga-se de passagem, atende apenas aos interesses daqueles que a elaborou. Até mesmo a função social da propriedade foi evidente estratégia das autoridades (reinados, aristocracia, governos ditatoriais) para instigar o cultivo das terras para produção econômica, gerando, assim, retorno financeiro ao país. Sobretudo no Brasil.Esses fatores culturais acabam por influenciar a função social da propriedade a permanecer priorizando mais o aproveitamento econômico do bem, em prejuízo dos demais requisitos dispostos na lei: os sociais e os ambientais.

Segundo bem pontuou (TORRES p. 127), ao citar Fachin, o qual se refere ao instituto da desapropriação proveniente da função social da propriedade no Código de Terras de 1850, assim dizendo: “o paradoxo se mantém: entre sístoles e diástoles

de 1375 até os presentes dias, os rios da letra formal da lei e da prática fundiária concentracionista não se cruzaram. Repetem-se hoje os fatos de ontem: é o medievo contemporâneo que ainda bate às portas do terceiro milênio".

2.2 A função social nas constituições brasileiras

No Brasil, muito antes dos reclames da Revolução Francesa fazerem valer a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, atribuindo caráter absoluto à propriedade, o instituto da função social da propriedade teve seu primeiro resquício na concessão das sesmarias na época do Império de D. João III. A Lei das Sesmarias foi instituída em Portugal em 1375 e mais tarde, em 1536, foi adaptada para funcionar no Brasil (ESCOLA, 2017).

Todavia, somente em 1934, com o advento da Constituição Federal, foi jurídica e politicamente concebida a função social da propriedade como se depreende do texto do artigo 113: "é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar". (BRASIL, 1934). Anos após, a CF/37 não mencionou em seu texto nada que fizesse menção aos interesses sociais da propriedade, até porque esta Constituição foi imposta pelo governo ditatorial de Getúlio Vargas e, por isso mesmo, é denominada como "letra morta" (Buhring, 2016).

Julgando superado o boléu político, embora tenha como berço um governo extremamente liberal e, também, autoritário, a CF/46 mencionou a desapropriação em função do interesse coletivo e, em seu artigo 147, condicionou o uso da propriedade privada ao bem-estar social. Nessa época, em que pese o avanço social proporcionado por essa inovação, os palpites dos juristas eram, em sua maioria, de viés conservador, chegando a classificar o momento como "tempos antiproprietaristas" (TORRES, 2007). Estes, possivelmente, integravam o grupo dos denominados "democráticos", conhecidos como aliados do capital internacional, por defender a exploração das riquezas nacionais por empresas estrangeiras.

Contudo, foi durante a vigência da CF/67 que a função social da propriedade ganhou nome próprio. O artigo 157 dessa Constituição estabeleceu: “a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base no princípio da: (...) III – função social da propriedade”. (BRASIL, 1967). A Lei 4.132/41 abordou a desapropriação por interesse social. (BRASIL, 1941).

Os juristas conservadores, à época da CF/67, abordaram a questão da insegurança jurídica, possivelmente ocasionada pela desapropriação em prol de interesses sociais. É que a função social da propriedade é justamente um princípio norteador que permitirá a “abertura do sistema jurídico com soluções mais consentâneas com as peculiaridades do caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário” (JR.).

Atualmente, o mundo jurídico vem se impregnando cada vez mais com os sentimentos de solidariedade e fraternidade, pelo que o direito coletivo à função social da propriedade se coloca em maior evidência em relação ao direito de propriedade, porém os aspectos que a delineiam, para fins de desapropriação, ainda sofrem com certa obscuridade que dificulta a sua adequada aplicação ao caso concreto.

Assim, a CF/88, no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, garantiu a todos o direito à propriedade, desde que cumprissem os requisitos indispensáveis para a caracterização da a função social. Em consequência disso, a função social conduziu a organização econômica, por meio do artigo 170 da CF/88, cuja determinação aduz o seguinte: “a ordem econômica (...) tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III – função social da propriedade”. (BRASIL, 1988)

Em relação à função social da propriedade urbana, o artigo 182 da CF/88, §2º, estabelece que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Por sua vez, o artigo 186 da CF/88, determina que "a função social é cumprida quando a propriedade rural atende" aos requisitos elencados nos incisos I a IV, sendo eles: a) o aproveitamento racional e adequado da propriedade; b) a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; c) a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e d) a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Importante destacar que o artigo 185 da CF/88 determina que as propriedades de pequeno e médio porte, bem assim as produtivas, serão insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária. Nos próximos capítulos, abordaremos esta questão com maiores detalhes, para compreendermos se o fator produtividade é o único relevante para livrar a propriedade da pena desapropriação-sanção.

2.3 O Meio Ambiente como requisito da função social

Como se vê, o direito à propriedade constitui o cerne do desenvolvimento econômico no mundo. De fato, o direito à propriedade é um instituto do direito privado, imprescindível para fazer girar a engrenagem do capital, ao passo que a função social atua como um limitador deste direito, em regra, pela força coesiva do Estado. Sendo a propriedade um elemento determinante na economia, a designação da função social é a limitação constitucional clara de que nem só de lucro viverá o homem. A verdade é que o dinheiro possibilita ao comprador adquirir a mercadoria, mas, resta saber, de onde ela vem.

O processo para se produzir a mercadoria leva em consideração, sobretudo a matéria-prima, cuja ausência inviabilizaria a produção. A natureza é a única responsável por fornecer os insumos essenciais para manutenção da economia assim como ela é. Certamente, a cédula em papel é capaz de comprar a água, mas jamais fará brotar uma gota sequer na terra. Doravante este raciocínio, a Constituição Federal de 88 estendeu a função social da propriedade, para contemplar a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais como requisito de seu

cumprimento, uma vez que ambos servem como alicerces para a comercialização de produtos.

Até porque o art. 170 da CF/88, cujo texto se refere aos direitos econômicos, faz menção expressa ao meio ambiente, *in verbis*:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> **VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Veja que este inciso foi incluído pelo poder constituinte derivado de reforma, já em 2003, após a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida como a Eco-92, justamente por ter acontecido no ano de 1992. Essa reunião resultou no acordo entre 175 países-membros, signatários da Agenda 21, pela qual se estabeleceu um "programa de ação que viabiliza o novo padrão de desenvolvimento ambientalmente racional [...] que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica".[1]

Segundo (Antunes, 2015), "a concepção de desenvolvimento sustentado [ou sustentável] busca conciliar a conservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico". O princípio de preservação do meio ambiente acabou se tornando um princípio econômico que norteia o exercício da atividade econômica, resultando no chamado "desenvolvimento sustentável".

Em contrapartida, (Borges, 1999) afirma que a agricultura utilizada em algumas partes do mundo é "frequentemente precária, pois foi obtida mediante práticas agrícolas, florestais e industriais, que só trazem lucro e progresso a curto prazo, mostrando-se insustentáveis num prazo mais longo". Por isso, a escolha de

[1] (Wikipedia, 2018)

como crescer economicamente de cada país é crucial para definir a saúde ambiental em nível mundial.

Ante a vastidão de terras cultiváveis no Brasil, os Estados se organizaram para promover a Conferência para Nova Ordem Econômica Internacional em 1974, com o fito de "promover o desenvolvimento dos países mais necessitados". O discurso formulado visava romper com as desigualdades entre os países. Como consequência, deu-se início à agricultura "nociva", conhecida também como a "Revolução Verde", cuja proposta é abrir os caminhos para a produção agrícola nos países subdensenvolvidos, baseada na "maquinaria movida a combustível fóssil e em altas dosagens de produtos químicos". (MARÉS, 2015)

Percebe-se, então, que os atuais problemas ambientais são resultado tanto da falta de desenvolvimento – pois quando se tem miséria, significa também que o meio ambiente está em desequilíbrio – quanto de certas formas de crescimento econômico, "mas, principalmente, a degradação ambiental nos países pobres é fruto da troca ecologicamente desigual dos recursos naturais e financeiros entre estes países e os países ricos". (Borges, 1999)

É por isso que a CF/88 acrescentou a preservação do meio ambiente como requisito da função social. Como se viu, os artigos 170, VI e 186, II tratam expressamente da temática ambiental. Isto porque a Constituição se inspirou no Estado Social e compreendeu a necessidade de integrar o meio ambiente ao princípio da dignidade humana. Vejamos os demais comandos normativos acerca da defesa do meio ambiente:

> Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (grifo próprio)

Temos também o artigo 225, que encabeça o capítulo VI, do Título VII, destinado especialmente ao cuidado com o meio ambiente, tendo a seguinte redação:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Importante destacar que o parágrafo 1º do art. 225 atribuiu ao Poder Público o ofício de dar efetividade ao direito supracitado. Isto é, diante de uma conduta lesiva, o Estado deve proceder a responsabilização do sujeito, até porque este também possui o direito ao meio ambiente equilibrado. Caso seja o sujeito proprietário e ignorar o comando administrativo, sua pena corresponderá à perda do direito de propriedade, pelo efetivo cumprimento do dever estatal de defender o meio ambiente.

Trata-se de uma exceção à regra da não-intervenção, característica própria do Estado Liberal de Direito. Porém, como se sabe, por força do Estado Social, incorporado à Constituição Brasileira de 88, a intervenção estatal em prol da coletividade se fará necessária sempre que os direitos fundamentais sofrerem ameaça, possibilitando a ação do Estado, por meio do seu poder de polícia, a fim de salvaguardar esses direitos. (Adami, 2010)

O artigo 184 da CF/88 estabelece a desapropriação como forma de punir o proprietário que não cumprir a função social devidamente, inclusive a função socioambiental. A desapropriação, neste caso, competirá à União que procederá a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária. Vale suscitar uma contradição constitucional quanto ao artigo seguinte, o 185, a qual será abordada no capítulo A PRODUTIVIDADE DA TERRA SOB A PERSPECTIVA DO ARTIGO 185, II, DA CF/88.

Outrossim, fica a cargo do Estado Social inclusive a conscientização pública, por meio da educação ambiental, em todos os níveis, para o cumprimento do artigo 225. Muito embora a determinação constitucional imponha à coletividade o dever de defender o meio ambiente, importante lembrar que a conscientização das pessoas se faz imprescindível para a compreensão da problemática.

3 A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL

Em nível constitucional, como vimos nos capítulos anteriores, os artigos 225, agregado aos artigos 5º, XXII e XXIII; 170, III; 182, §2º; 184, 185 e 186 iniciam o bosquejar da função socioambiental. Assim, com exceção do Estatuto da Terra, cujo nascimento se deu no ano de 1964, doravantea CF/88 vem estimulando as legislações vindouras a caminharam em favor da preservação ambiental.

Assim, a função socioambiental passa a se definir com mais força após o triunfo em 1988, de tornar constitucional a demanda ambiental, por meio da redação do artigo 186, II, o que possibilitou a legislação brasileira a evoluir no tema, sobretudo no âmbito infraconstitucional. A transcrição do artigo 186, II, CF, *in verbis*:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
>
> I - aproveitamento racional e adequado;
>
> **II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;**
>
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O Código Civil, por exemplo, passou pela reforma de 2002, e, ao tratar da propriedade e sua função social, dispensou ao meio ambiente amparo legal, observando piamente os princípios constitucionais. Ou vejamos:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
>
> § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam **preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (grifos próprios)**

Ademais disso, a Lei nº 10.257/01, ao regulamentar os dispositivos constitucionais referentes à política urbana, estabeleceu que:

> Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.
>
> Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do **equilíbrio ambiental**. (grifos próprios)

Importante destacar que a Lei nº 12.651/12, que institui o Código Florestal, e a Lei nº 6.938/81, apresentam estreitas relações com a função socioambiental da propriedade, cujos requisitos integram a função social. Assim se infere do artigo 3º da Lei nº 12.651/12, cuja redação demonstra fortemente a precaução com a função socioambiental da propriedade. Apenas a título de observação, porque são muito extensas as recomendações desta Lei acerca da função socioambiental, nos limitemos à análise dos seguintes incisos:

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:
>
> (...)
>
> II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, **com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas**;
>
> III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, **com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural,** auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;
>
> (...)
>
> VII - manejo sustentável: administração da vegetação natural para a **obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema** objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas

> espécies madeireiras ou não, de múltiplos produtos e subprodutos da flora, bem como a utilização de outros bens e serviços;
>
> (...)

É de se ver que o Código Florestal, juntamente com as recomendações da CF/88 e as demais leis que definem a função socioambiental, é cauteloso ao estabelecer as melhores recomendações ao proprietário, haja vista o impacto ambiental de qualquer atividade que ele exerça em seu imóvel, para atender ao interesse social, não prejudicando a saúde do meio ambiente.

3.1 A função socioambiental da propriedade rural

Conforme se observou até o momento, a propriedade - elemento básico para a economia – quando não está sujeita a limitações, pode se configurar abusiva e excludente. No entanto, mesmo com a socialização que ocorreu no início do século XX, 50 % das terras brasileiras estão sob a propriedade de 1% da população.

De fato, a questão da desigualdade segue sendo peculiar ao desenvolvimento capitalista e, o mais interessante, é que essa miséria significa escassez de recursos naturais determinadas classes sociais. Por isso, a desigualdade e a destruição da natureza estão fortemente vinculadas porque a falta de insumos para se ter, ao menos, dignidade humana, funciona como mola propulsora para condutas criminosas e poluentes.

Os países desenvolvidos desfrutam de um sofisticado padrão econômico em razão da pobreza dos países subdesenvolvidos. Estes ainda se comportam como “colônias”, exportando sua matéria-prima a preços irrisórios, para comprar dos países desenvolvidos a preços exorbitantes. Vejamos o raciocínio de (PURVIN, 2004) sobre o tema:

> Com efeito, a riqueza dos países ricos advém do consumo a preços irrisórios dos bens ambientais oriundos dos países pobres: minérios e produtos de origem vegetal ou animal constituem matéria-prima de um grande número de bens de consumo de alta sofisticação. E a história econômica de nosso país, iniciada com o chamado ciclo do pau-brasil, é bastante

> enfática a tal respeito. Há, por isso, uma forte pressão comercial, isto é, uma demanda externa bastante atraente para que madeiras como o mogno continuem a ser cortadas ilegalmente, para que monoculturas como a da soja e a da cana-de-açúcar reduzam dramaticamente a biodiversidade e para que os agrotóxicos continuem a contaminar lençóis freáticos e a prejudicar a saúde dos trabalhadores agrícolas. Ironicamente, aliás, muitos desses produtos químicos são produzidos em países que expressamente proíbem a sua aplicação no território de origem.

Os EUA se recusaram a aderir ao Protocolo de Kyoto porque reduziriam o seu elevado padrão de consumo proporcionado pela economia alicerçada em intensa emissão de gases causadores do efeito estufa. Segundo (PURVIN, 2004), "é bastante razoável acreditar que a opção pela vida no planeta só possa se dar com a superação histórica do modelo econômico e social contemporâneo, dentro da mesma linha de evolução [...] que conduziu à superação do feudalismo [...]".

É nessa perspectiva que se constitui a função socioambiental da propriedade rural. Como retrocitado, a Constituição vigente, em seu artigo 186, definiu a função social da propriedade rural em 4 elementos, os quais devem ser observados pelo proprietário de forma simultânea. A função socioambiental da propriedade rural começa a se desenhar aí, conforme a orientação do inciso II: "a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente".

Desde o fim da 2ª Guerra Mundial, com as ofensivas militares provocadas por armas nucleares, os países do mundo têm demonstrado preocupação com as questões ambientais e passaram a celebrar importantes reuniões com essa temática. A partir de acordos e tratados internacionais daí resultantes, deu-se início à primeira conferência mundial para tratar de assuntos ambientais, a Conferência de Estocolmo, em 1972. (DETONI,2008)

As demandas decorrentes da Conferência de Estocolmo serviram como fonte para a elaboração da Constituição Federal de 1988, cujo alicerce é o próprio Estado Democrático de Direito, com a formulação de direitos não só individuais, como no passado, mas também sociais. Nesse momento, os princípios são convertidos em um

pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Com base nisso, o meio ambiente conquistou o status de direito fundamental difuso, cuja importância tornou-o essencial às presentes e futuras gerações. Atingiu essa posição porque o texto do capítulo VI, constante do Título VIII, da CF/88, no artigo 225, prevê uma recomendação instigante para todos os âmbitos jurídicos: a preservação ambiental, com respeito à saída qualidade de vida. Isto veio nortear as deliberações judiciais sempre no sentido de salvaguardar o meio ambiente e os recursos naturais no planeta até porque o referido artigo impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-los e preservá-los. (GONÇALVES & REZENDE, 2015)

Porém importante destacar que antes mesmo dessa conquista, já havia o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) e a Lei nº 6.938/81 sobre a Política Nacional do Meio Ambiente buscando a conservação do meio ambiente. O Estatuto da Terra, por sua vez, contemplou a função socioambiental da propriedade rural, no §1º, alínea c, do artigo 2º da norma. Senão vejamos:

> Art. 2° É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.
>
> § 1° A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:
>
> a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
>
> b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
>
> c) assegura a conservação dos recursos naturais;
>
> d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem. (Grifos próprios)

Destarte, o proprietário deve se atentar ao cumprimento da função social não só nos aspectos econômicos e sociais, mas também ambientais. Aí se configura a função socioambiental da propriedade, nesse caso da propriedade rural. Destaca-se que fazer cumprir a função socioambiental consiste nos deveres de conservar os

recursos naturais (função negativa), bem assim de praticar condutas restauradoras do meio ambiente (função positiva) (Buhring, 2016).

Em concordância com o §3º do artigo 225 da CF/88, "as condutas e atividades [...] lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores [...] a sanções [...], independentemente da obrigação de reparar os danos causados". Isto é, a depender do caso concreto, aplicar-se-ão medidas drásticas ao proprietário que não respeitar a conservação do meio ambiente.

Assim, no que tange à propriedade, não atendida a função socioambiental, possível será a desapropriação-sanção, por exemplo. Isto porque o direito ambiental, classificado como direito de terceira dimensão ou direito difuso, prevalecerá sobre os direitos individuais, como a propriedade. (Buhring, 2016)

Por isso, ante o acelerado desenvolvimento econômico, que subverteu a ordem natural da terra, os Estados têm agora o dever de atribuir à economia o caráter ecológico, de modo a se desenvolver sustentavelmente. Este vem sendo o maior desafio do século, pois a cultura de desenvolvimento econômico no mundo raramente enxerga a natureza como parceira. Senão vejamos a reflexão de (MARÉS, 2015) sobre os *defensivos agrícolas*:

> A produção agrícola, baseada na maquinaria movida a energia fóssil e em altas dosagens de produtos químicos, seja para o ajuste da fertilidade do solo já que a natureza, expulsa da agricultura, não poderia mais ajustar [...]. O nome geral dado a esses químicos foi defensivo agrícola, que é, por si, altamente revelador da ideologia que o justifica. De quem está se defendendo a agricultura senão da própria natureza?

3.2 A produtividade da terra sob a perspectiva do artigo 185, II, da CF/88

O texto do artigo 185 da CF/88 estabelece que as propriedades rurais de pequeno e médio porte e as produtivas são insuscetíveis de desapropriação. Isto significa que a propriedade rentável está isenta da pena de desapropriação mesmo não atendendo a sua função social, no que concerne às demais condicionantes, tais como a obrigação de preservação do meio ambiente?

Há parte da doutrina que comunga a compreensão de que a propriedade basta ser produtiva economicamente para não sofrer desapropriação. Por outro lado, há entendimentos baseados na interpretação maximizada dos comandos normativos, que enxergam a produtividade não só sob o prisma econômico em si, mas também sob a perspectiva social e ambiental.

Percebe-se, então, que o texto constitucional do artigo 185, II, abriu fendas para diversas interpretações, além de deixar nítida a discrepância constitucional entre os princípios de desenvolvimento econômico e a conservação do meio ambiente (art. 225 CF/88), porque a palavra "produtiva", em sua origem significa[2] aquilo "de que se obtém proveito"; aquilo "que produz"; "que produz muito"; "que é rentável".

Vejamos o art. 185, II, da CF/88 em sua integralidade:

> Art. 185 São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
>
> I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
>
> II – a propriedade produtiva

O termo "propriedade produtiva" tem alimentado incoerências diversas no campo jurídico, quando aplicado nos casos concretos. Muito embora alguns operadores do direito raciocinem a produtividade levando em consideração os princípios ambientais, outros insistem reconhecer a produção somente do ponto de vista econômico, dispensando os fatores de proteção ambiental como requisitos da função social da propriedade (D'AVILA & LEUZINGER, 2008).

Tanto é que a Lei nº 8.629/93, cujo texto abarca a regulamentação do artigo 185 da CF/88, destaca que o cálculo utilizado para definir a produtividade do imóvel rural, não contempla as áreas de preservação ambiental como sendo efetivamente utilizadas – caso fossem, os proprietários se esforçariam mais para conservá-las (D'AVILA & LEUZINGER, 2008). Conforme se observará, a redação do

[2] (Houaiss, 2009, p. 1556)

mencionado artigo 6º da Lei nº 8.629/93, delimitou categoricamente o sentido de produtividade da terra. Senão vejamos, *in verbis*:

> Art. 6º Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização de terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

Nota-se, então, que a produtividade será constatada pela soma do GUT (Grau de Utilização da Terra) e do GEE (Grau de Eficiência na Exploração). O GUT corresponde à relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel, conforme §1º, do art. 6º, da Lei nº 8.629/93.

Assim, de acordo com (D'AVILA & LEUZINGER, 2008), caso a Lei nº 8.629/93 viesse considerar as áreas de preservação como sendo "áreas efetivamente utilizadas", estaria a legislação despertando no proprietário, sobretudo aquele que explora densamente atividade econômica em áreas rurais, o interesse maior para cuidar e preservar a natureza, uma vez que isto resultaria no GUT aumentado.

Entretanto, não é o que ocorre na prática. Conforme demonstrou (D'AVILA & LEUZINGER, 2008), os fiscais do INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, autarquia federal responsável pela verificação do cumprimento à função social das propriedades rurais, calculam a produtividade da terra, conforme determina a lei, ou seja, considerando as áreas de preservação ambiental como áreas não aproveitáveis (art. 10, IV, da Lei 8.629/93), transformando-as em áreas completamente inúteis do ponto de vista econômico.

Nesse sentido, assevera (Borges, 1999): "se a lei classificasse as áreas preservadas como efetivamente utilizadas, a importância da manutenção das florestas nativas seria mais explicitada, estimulando os proprietários a terem um comportamento mais conservacionista", porque é por meio de um GUT altamente aproveitável que se classifica a "produtividade do bem".

Em consequência disso, (D'AVILA & LEUZINGER, 2008) observa que a Lei nº 8.629/93 não contempla a função socioambiental nos cálculos de produtividade:

> "Na prática administrativa, somente é objeto da ação de desapropriação o imóvel considerado improdutivo pelo não alcance dos índices de GUT e GEE, na forma estabelecida pelo artigo 6º, da Lei nº 8.629/93. Os outros critérios para cumprimento da função social da propriedade rural, dentre eles o da função socioambiental, não são tratados de maneira relevante no laudo de vistoria e fiscalização do INCRA, identificando-se aí o início da dificuldade de se fazer valer os dispositivos constitucionais e legais que tratam da matéria". (grifei)

O referido imbróglio vem corroborando o entendimento comum de que a função social está atrelada tão só à produtividade econômica do imóvel rural. (D'AVILA & LEUZINGER, 2008) Por outro lado, os juristas Valdez Adriani Farias e Joaquim Modesto, citados por (Caboclo &Massuqueto), elaboraram o seguinte entendimento sobre a produtividade para fins de cumprimento da função socioambiental:

> Como pode ser verificado através de leitura literal, o art. 6º da Lei 8.629/93 considera propriedade produtiva aquela que é explorada econômica e racionalmente. Ou a contrário sensu, a exploração econômica (produtividade) alcançada de forma irracional não será considerada para efeitos de cumprimento de uma das condicionantes da função social. Ou, em outras palavras, o conceito de produtividade previsto na norma que regulou os dispositivos da Constituição é composto por dois elementos que devem ser atendidos simultaneamente: produção econômica que atinja os índices mínimos de produtividade (GUT e GEE), observada para tanto, a racionalidade, seja ambiental ou social.
>
> (...)
>
> Logo, a propriedade que mesmo alcançando os índices de produtividade (GUT e GEE) – produtividade econômica – mas que não é explorada racionalmente, ou seja, degrada o meio ambiente, ou produz utilizando-se de trabalho escravo, não pode ser considerada produtiva para efeitos de cumprimento de uma das condicionantes da função social – a produtividade. Ou alguém diria que exploração conduzida dessa forma seria racional?
>
> (...)
>
> Isso evidenciaria o que a ordem positivada já expressa e o que este parecer visa proclamar: que no conceito de função social está contido o conceito de produtividade, mas que no conceito de produtividade também estão contidas parcelas dos conceitos de função ambiental, função trabalhista e função

> bem-estar, isto é, que a função social é continente e conteúdo de produtividade.

Percebe-se que terra produtiva pode até cumprir sua função social econômica, mas não significa que esteja livre para atropelar toda forma de vida na superfície terrena. As demandas ambientais devem ser consideradas relevantes no quesito produtividade, sob pena de se estar violando o princípio da precaução. (D'AVILA & LEUZINGER, 2008)

O meio ambiente e os recursos naturais hoje encontram-se predominantemente inseridos no meio rural, importante que eles sejam protegidos das práticas agrícolas mercantis. A agricultura, em si, é uma conquista muito nobre do homem para sua sobrevivência, desde que não sucumba à engrenagem ambiciosa do capitalismo. (MARÉS, 2015)

4 O MEIO AMBIENTE É UM DIREITO FUNDAMENTAL

Os cuidados dispensados aos recursos naturais e ao meio ambiente, que integram as propriedades rurais brasileiras, cuja evidência legal se comprova pela Constituição e as demais normas infraconstitucionais, se justificam com força nas reflexões jusfilosóficas acerca do direito constitucional interno do Estado Brasileiro (Sarlet, Marinoni, &Mitidiero, 2016).

Segundo (Vilhena, 2006), os direitos fundamentais são os direitos da pessoa humana, positivados pela Constituição de 88. Estes direitos lá transcritos servem-nos como farol para iluminar o caminho, um ideal a ser buscado por nossa sociedade; uma orientação jurídica. Todas as pessoas que se encontram naquela jurisdição são destinatárias desses direitos fundamentais. Por isso, a coletividade é legítima para protestar tais garantias em seu favor. O reconhecimento dos Direitos Fundamentais é a própria base do Estado. (Sarlet, Marinoni, &Mitidiero, 2016)

No decorrer da história dos direitos fundamentais, constata-se, em meados do século XVIII, o período das Revoluções pela liberdade humana, a luta dos povos para proteger a privacidade humana da ação invasiva e constrangedora do Estado.

Após essa conquista, a sociedade percebeu que o direito às liberdades não contemplava todas as indigências da espécie humana, arrisca-se dizer: as liberdades ali obtidas sequer favoreciam todas as pessoas, ao contrário, muitas vezes ensejava até mesmo a exclusão, especialmente das pessoas pobres, tendo em vista que estas não possuíam propriedades, voz expressiva, dignidade.

A partir de então, no curso do século XIX, no final da Primeira Guerra Mundial, os direitos sociais – os direitos de segunda dimensão - começavam a tomar corpo, caminhando para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, como esforço das nações para compelir o Estado ao seu papel essencial de prestador de direitos, os direitos sociais. Desde então, surgiram os direitos de terceira dimensão, chamados direitos de solidariedade. “Um destes é o direito ao meio ambiente sadio, consagrado pela nossa Constituição de 1988”. (Ferreira)

Os direitos de terceira dimensão são relativos “à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações”. Segundo (Ferreira), quatro são os direitos fundamentais de terceira dimensão: o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, o direito dos povos de dispor deles próprios e o direito ao meio ambiente, o qual se encontra mais elaborado por ser matéria de evidente emergência e, por isso, constar em diversos Acordos e Declarações Internacionais.

A força normativa inerente aos direitos fundamentais faz com que todo o universo jurídico gire em torno deles, considerando de que se trata de autênticos direitos positivados, de uma normatividade potencializada, já que eles estão situados no cume da pirâmide do ordenamento jurídico. (Marmelstein, 2018)

Por isso, todas as leis devem ser elaboradas a partir de tais princípios, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. Da mesma forma, o Poder Judiciário deve atuar sempre de modo a concretizar os direitos fundamentais aos seus sujeitos de direitos, por ser ele o guardião constitucional. A partir deste comportamento que

lhe é típico, naturalmente, haverá uma mudança de paradigma capaz de moldar os costumes da sociedade.

Entretanto, há ocasiões em que os direitos fundamentais se esbarram. Por exemplo, o direito de propriedade se submete a certas limitações em razão face às exigências sociais do seu meio existencial. A função social da propriedade inquestionavelmente representa os anseios da sociedade em relação a determinado bem imóvel, pois ele estará influenciando, de alguma forma, aquele ambiente onde se encontra. Diante de uma comunidade como a brasileira, peculiarmente desigual, sobretudo economicamente, resultando em desagradável discrepância social, evidente que os direitos fundamentais serão diversos. Evidentemente, nesse caso, haverá colisão entre tantos direitos, de forma que o Poder Judiciário será eleito para solucionar tais divergências, atribuindo aos direitos fundamentais caráter de relatividade.

Assim, diante da colisão entre os direitos fundamentais, o judiciário fará uso do princípio da proporcionalidade, ao que realizará um cálculo justo dos valores sociais, sempre buscando o melhor caminho para a sociedade. Por exemplo, no caso em que um imóvel rural vem, sucessivamente, mesmo após advertências administrativas, praticando agricultura nociva ao meio ambiente, considerando não só o mau uso do solo, contaminação de lençóis freáticos, desmatamento, destruição da fauna e flora nativas, mas também, a venda de alimentos contaminados por substâncias tóxicas, o mais justo seria a expropriação do referido imóvel, para evitar o prejuízo à dignidade humana das pessoas, não só daquele local, mas do Planeta.

(Marmelstein, 2018) se refere da seguinte forma a esse fenômeno:

> É nessas situações em que a harmonização se mostra inviável que surge a necessidade de sopesamento ou ponderação propriamente dita. O sopesamento/ ponderação é, portanto, uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deve prevalecer e qual deve ceder. E talvez seja justamente aí que resida o grande problema da ponderação: inevitavelmente, haverá descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional. Quando duas normas constitucionais colidem fatalmente com o juiz decidirá qual a

> que "vale menos" para ser sacrificada naquele caso concreto. Reconhecer a necessidade de sopesamento passa necessariamente pela aceitação da existência de hierarquia axiológica entre os valores constitucionais. De fato, apesar de não existir, do ponto de vista estritamente normativo, hierarquia entre os direitos fundamentais, já que todos estão no mesmo plano jurídico-constitucional (princípio da unidade da Constituição), parece inquestionável, sob o aspecto ético/valorativo, a existência de diferentes níveis de importância dos direitos previstos constitucionalmente. Certamente, alguns direitos "valem" mais do que outros, sobretudo diante de conflitos que podem surgir em casos concretos, podendo, nesse aspecto, falar-se em hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, incluindo-se aí, obviamente, os direitos fundamentais.

Quanto à exigibilidade dos direitos fundamentais, os constitucionalistas a denominam de dimensão subjetiva, que significa a possibilidade desses direitos gerarem pretensões subjetivas aos seus titulares. Isto é, o ordenamento jurídico brasileiro permite que os direitos fundamentais sejam pleiteados por meio de processo judicial. Portanto, qualquer cidadão ou organização civil ou o Ministério Público ou qualquer ente público, poderá ajuizar ação judicial para requerer o cumprimento de um direito fundamental.

Nesse ponto, cabe destacar a atuação dos Movimentos Sociais, denominados "inorgânicos"[3], como é o caso do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, que reivindicam do Estado o direito à moradia, ao trabalho e, recentemente, ao meio ambiente equilibrado, pressionando-o a deliberar acerca do direito de propriedade: se prevalece o direito do proprietário sobre as "terras" ocupadas pelo MST, face aos demais direitos fundamentais de uma maioria de pessoas carentes da prestação governamental. Doravante, gradativamente a sociedade vem despertando para as necessidades prementes do meio ambiente e se organizando de maneira autônoma para defendê-lo, haja vista se tratar de um direito amplo, que diz respeito, inclusive, à permanência da vida humana na Terra, nas próximas gerações. Em meio à incessante busca dos direitos coletivos, apresenta-se uma verdadeira crise de representatividade que imerge o povo num limbo de insegurança.

[3] (Batista, 2000). Pág. 57

Assim, movimentos como o MST, integram constantemente, seja no polo passivo ou ativo, as demandas jurídicas que deliberam sobre a disputa por propriedade rural improdutiva, contribuindo para a exposição dos proprietários latifundiários e destruidores do meio ambiente. Pode-se dizer que movimentos sociais como este, cooperam com o Estado em sua tarefa de garantir a conquista não só dos direitos fundamentais para quem não os possui, mas também para prosseguir no caminho da redução da pobreza e da desigualdade social. E, agora, para assegurar o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, indicando os proprietários que quebram com a sua obrigação de cumprir com a função socioambiental.

Consoante (Batista, 2000), ao citar Wolkmer, a mais forte peculiaridade dessas organizações sociais é perseguir as metas ligadas aos direitos fundamentais.

> o lastro de abrangência desses direitos está sedimentado em novos critérios de legitimação e eficácia social, tendo sua razão de ser na ação de direitos coletivos que, conscientes e mobilizados num espaço cotidiano de conflitualidade, reivindicam, através de fórmulas múltiplas de pressão e luta, a satisfação de suas necessidades humanas e fundamentais.

Sendo assim, considerando a importância da ação social para promover os direitos de fraternidade, correspondente aos direitos de terceira geração, dentre os quais encontra-se o direito ao meio ambiente, sendo, pois, instigada em diversas Declarações Internacionais, como forma eficiente de se coagir toda a sociedade a cumprir com tais princípios, os movimentos sociais são a representação mais direta e eficaz da sociedade pela defesa do meio ambiente. E, não só no atendimento ao direito em si, mas atuam como verdadeiras lamparinas a iluminar os caminhos para uma nova ordem jurídica e social.

5 RELATÓRIO DOS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O objetivo deste capítulo é verificar o entendimento do STF e do STJ sobre os casos que envolvem a efetividade da função socioambiental da propriedade rural. Entende-se que o poder judiciário, por meio de uma “sucessão harmônica de

decisões dos tribunais", denominada jurisprudência, interfere em sociedade a ponto de determinar as regras de convivência daquela comunidade. Isto é, partindo de um conjunto de decisões judiciais num mesmo sentido, os tribunais têm a capacidade de ditar as normas de convívio social. (Costa, 2017)

Por isso, visando cumprir o objetivo da presente pesquisa, imprescindível a análise das decisões judiciais do STF e do STJ, inclusive por se tratar de matéria peculiar ao trato desses Tribunais, a fim de se verificar a efetividade do instituto jurídico da função socioambiental nas deliberações que a eles competem. Importante destacar que o marco temporal para as decisões do STJ foi 10.01.2014 a 31.08.2018. Entretanto, não foi utilizado marco temporal para as decisões do STF, tendo em vista a escassez dos julgados sobre o assunto neste Tribunal Superior.

As palavras-chave utilizadas para pesquisa foram "função social" e "meio ambiente".

5.1 A metodologia de análise de decisões

À pesquisa aplica-se a Metodologia de Análise de Decisões (MAD). Trata-se de metodologia inovadora de se apreciar as decisões judiciais para fins de pesquisa científica, cuja pretensão é formular um protocolo com o qual o "pesquisador trabalhará para chegar a resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis". (Freitas & Moraes, 2010)

Por meio dela, torna-se viável o estudo da problemática, num determinado contexto, observando-se quase sempre a prática, com base nos objetivos da análise de decisões. Assim, considera-se a análise crítica das decisões sob uma perspectiva lógico-formal, isto é, verifica-se a coerência e a consistência dos argumentos dispostos em deliberação. (Freitas & Moraes, 2010)

Dentre os objetivos, tem-se o recorte institucional (a escolha do sujeito decisor). No caso específico, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça foram os eleitos para dar andamento à presente pesquisa, com base nos critérios da pertinência temática e relevância decisória, haja vista a função

socioambiental da propriedade rural ser assunto constitucional, logo, matéria jurídica peculiar aos Tribunais Superiores, sobretudo o STF.

Ademais disso, quanto à relevância decisória, os veredictos do STF e do STJ sobre determinada discussão repercutem de maneira considerável no meio jurídico e social. Por isso, em se tratando de direitos com caráter tão predominante de coletividade, como é a preservação do meio ambiente atrelado ao direito de propriedade, indiscutível a significância das sentenças proferidas pelos Tribunais de última instância. Ressalta-se que foram analisadas decisões colegiadas, denominadas acórdãos. O marco temporal foi definido a contar da promulgação da Constituição Federal, em 1988, até hoje.

5.2 Relatório das decisões dos tribunais

Para auxiliar na busca das decisões e suas fundamentações, foram utilizadas as seguintes perguntas: (i) a decisão utilizou a denominação "função socioambiental" para definir a dimensão ambiental da função social da propriedade rural? (ii) a decisão atribui ao meio ambiente o caráter de direito fundamental de terceira dimensão? (iii) a decisão considera os recursos naturais presente na propriedade rural como recursos vitais à espécie humana? (iv) a decisão cogita a desapropriação em casos de não atendimento à função socioambiental da propriedade rural? (v) a decisão considera a preservação dos recursos naturais como fator determinante de produtividade?

5.2.1 Relatório das decisões do Supremo Tribunal Federal

No âmbito do STF, foram analisadas as decisões abaixo descritas.

DECISÃO	JULGADO EM	TIPO	NÚMERO	RELATOR	TURMA
1	30.10.1995	MS	22.164-0 SP	Min. Celso de Mello	Tribunal Pleno
2	04.04.2002	MC em ADI	2.213-0 DF	Min. Celso de Mello	Tribunal Pleno
3	05.02.2014	MS	26.336 DF	Min. Joaquim Barbosa	Plenário

Decisão 1: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira contra ato do Presidente da República e Ministro da Reforma e Desenvolvimento Agrário, consubstanciado pelo Decreto de 11 de novembro de 1994, por meio do qual se definiu a propriedade rural, sob titularidade do impetrante, como sendo área prioritária, declarada de interesse social para fins de reforma agrária. O impetrante alegou a nulidade do decreto presidencial ao argumento de que não fora regularmente notificado, conforme determina a lei. Alegou, ainda, que o imóvel rural sob sua autoria não poderia ser expropriado, em razão de ser considerado patrimônio nacional, por estar localizado no Pantanal Mato-Grossense, conforme artigo 225, §4º, CF. Sobre isto, o acórdão proferido no Mandado de Segurança em análise, dedicou ao assunto os melhores argumentos para defender a importância dos direitos denominados de terceira dimensão (fls. 20), tais como o direito ao meio ambiente, e o que eles significam para a humanidade em nível mundial. Senão vejamos:

> (...) os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis (...). A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras - tem constituído objeto de

> regulações normativas e de proclamações jurídicas que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade.

Após reconhecer o direito ao meio ambiente como direito fundamental, cujo papel é orientar as demais legislações infraconstitucionais, bem assim iluminar as decisões que venham resolver as problemáticas advindas do mundo fatídico, o acórdão passou a tratar sobre a função social da propriedade em sua perspectiva ambiental, conforme estabelece o artigo 186, II, da CF, para rebater a ideia apresentada pelo impetrante de que não poderia sofrer os efeitos da expropriação pelo fato de sua propriedade ser localizada em região protegida ambientalmente.

Esta Suprema Corte fez questão de destacar que, o fato de o imóvel constar em local de proteção ambiental, reforça mais ainda a obrigatoriedade do proprietário em se comprometer fielmente às condições impostas pela função social, sobretudo no que tange às exigências de cuidado com o meio ambiente. Caso assim não se proceda, a expropriação de imóvel rural se fará legal e necessária atender aos fins de Reforma Agrária, em favor dos interesses sociais, conforme artigo 184 da CF c/c 186, II, da CF.

Por outro lado, o acórdão deferiu a segurança pleiteada em razão de fatores processuais, não relevantes para os fins desta pesquisa, levando, portanto à nulidade do ato administrativo que ensejou à desapropriação do bem imóvel rural. Cabe destacar que este julgado serviu de precedente normativo aos ulteriores.

Decisão 2: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213-0 DF, com pedido de Medida Cautelar, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores contra o Presidente da República em que se objetiva a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.027-38 de 2000, reeditada pela última vez como Medida Provisória nº 2.183-56 de 2001, que promoveu a inclusão do artigo 95-A e parágrafo único na Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra) e dos parágrafos 6º, 7º, 8º e 9º, no artigo 2º

da Lei nº 8.629/93. A MC em ADIn foi indeferida e a ADIn, não conhecida, por unanimidade de votos.

O Requerente alegou que a referida MP criava uma nova modalidade de propriedade rural insuscetível de desapropriação, a despeito do artigo 185 da CF, caso o imóvel estivesse incluído no Programa de Arrendamento Rural. Além disso, por meio dos parágrafos 6º, 7º, 8º e 9º, acrescentados ao artigo 2º da Lei nº 8.629/93, a MP em questão, tornara o imóvel rural objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário, impassível de vistoria. Senão vejamos na íntegra:

> Art. 2º A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais.
>
> (...)
>
> § 6º**O imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivonão será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação**, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)
>
> § 7º Será excluído do Programa de Reforma Agrária do Governo Federal quem, já estando beneficiado com lote em Projeto de Assentamento, ou sendo pretendente desse benefício na condição de inscrito em processo de cadastramento e seleção de candidatos ao acesso à terra, for efetivamente identificado como participante direto ou indireto em conflito fundiário que se caracterize por invasão ou esbulho de imóvel rural de domínio público ou privado em fase de processo administrativo de vistoria ou avaliação para fins de reforma agrária, ou que esteja sendo objeto de processo judicial de desapropriação em vias de imissão de posse ao ente expropriante; e bem assim quem for efetivamente identificado como participante de invasão de prédio público, de atos de ameaça, seqüestro ou manutenção de servidores públicos e outros cidadãos em cárcere privado, ou de quaisquer outros atos de violência real ou pessoal praticados em tais situações. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)
>
> § 8º A entidade, a organização, a pessoa jurídica, o movimento ou a sociedade de fato que, de qualquer forma, direta ou indiretamente, auxiliar, colaborar, incentivar, incitar, induzir

> ou participar de invasão de imóveis rurais ou de bens públicos, ou em conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, não receberá, a qualquer título, recursos públicos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)
>
> § 9º Se, na hipótese do § 8º, a transferência ou repasse dos recursos públicos já tiverem sido autorizados, assistirá ao Poder Público o direito de retenção, bem assim o de rescisão do contrato, convênio ou instrumento similar. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) (grifos próprios)
>
> Do ponto de vista ambiental, a novidade trazida pela MP à Lei nº 8.629/93 - que perdura ainda hoje no texto normativo - é bastante prejudicial à coletividade, ao determinar a suspensão da vistoria sobre o imóvel ocupado durante um período de dois anos. Isto é, com o argumento de frear as ocupações de imóveis rurais promovidas por grupos de pessoas sem moradia, as quais buscam compelir o Estado a proceder à justa distribuição de terras, a partir da Reforma Agrária, o ato normativo que alterou a Lei acabou priorizando o direito individual de propriedade em detrimento do direito coletivo ao meio ambiente, haja vista a suspensão da vistoria pelo prazo de dois anos.

No anseio de se proteger o direito de propriedade - o qual, diga-se de passagem, nem se estende a grande maioria dos brasileiros, mas, sim, à minoria, terminou prejudicando o bem-estar de toda a coletividade no que tange ao direito indispensável ao meio ambiente equilibrado, porque suspensa a vistoria, também resta suspensa a possibilidade de se verificar qualquer descumprimento à função socioambiental, relativa ao imóvel rural em auditoria. Veja-se que o fundamento da decisão em nenhum momento demonstra interesse em salvaguardar a terra e os recursos naturais a ela inerentes, como sendo um direito irrenunciável e fundamental, pertencente a toda sociedade, logo, imprescindível à vitalidade humana.

Em todos os votos restou demonstrado o empenho do magistrado em legitimar a Medida Provisória, renegando a ADIn, para evitar, tão somente a "invasão" das terras por grupos que lutam pela Reforma Agrária e, assim, impedir a ocupação das terras supostamente improdutivas ou em descumprimento de qualquer dos demais aspectos dispostos no artigo 186 da CF. Vejamos, nesse sentido, o voto do Ministro Celso de Mello (fls. 367):

> "(...) as normas em questão buscam neutralizar o excesso a que tem dado causa grupos organizados de trabalhadores rurais, que transformaram o esbulho possessório, praticado contra bens públicas ou contra a propriedade privada, em instrumento de ação política e de pressão social - nem sempre legítima - sobre o Poder Público, com grave ofensa a postulados e a valores essenciais resguardados pela ordem constitucional vigente em nosso país".

Veja-se que o referido voto se apoia na justificativa apresentada pelo Presidente, em sua defesa, para fundamentar a legitimidade constitucional das normas questionadas, as quais tornam o imóvel imune à vistoria. Segundo o Presidente, o "imóvel rural invadido não se encontra em condições de submeter-se à vistoria para configurar o não atingimento dos índices mínimos de produtividade" (fls. 371 do acórdão em análise). Isto é, aos olhos da norma, a vistoria se dá apenas para constatar a produtividade econômica do imóvel, sem sequer considerar a possibilidade de descumprimento da função social vinculada à dimensão ambiental do artigo 186, II da CF.

Decisão 3: Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Sebastião Figueiredo Coutinho contra ato do Presidente da República, para requerer a nulidade do ato presidencial, cujo objetivo era declarar de interesse social, para fins de Reforma Agrária, a sua propriedade rural, haja vista sua improdutividade. A nulidade, segundo o Impetrante, se concretiza em razão da normatividade do art. 2º, §6º, da Lei nº 8.629/93, a qual torna insuscetível de vistoria ou desapropriação dos imóveis ocupados por movimentos sociais que lutam por terra, há menos de dois anos.

Em defesa, a Advocacia Geral da União afirmou que "a moderna jurisprudência do STF fixou o entendimento de que não basta a invasão para nulificar o procedimento administrativo do INCRA, especialmente quando a invasão for por tempo efêmero, ou de abrangência ínfima, ou ainda, em áreas inaproveitáveis, devendo o obstáculo ao processo de desapropriação ser oposto apenas quando a ocupação seja suficientemente relevante para, de forma concreta, afetar a exploração do imóvel (...)".

Ressalta-se que, embora supostamente nulo o ato administrativo, a vistoria foi realizada, e, por meio dela, constatou-se a devastação da vegetação originária, para dar lugar ao cultivo da cana-de-açúcar. Sobre isto, o Ministro Lewandowski se manifesta pela legalidade da desapropriação, uma vez apurado o descumprimento à função socioambiental. Nas palavras dele: "(...) observo que (...) consta no decreto atacado um fundamento autônomo que é exatamente o descumprimento da função socioambiental da propriedade".

Após a referida colocação, interfere o Ministro Gilmar Mendes, dizendo: "agora, eu só queria entender: esse argumento permite a desapropriação de propriedade invadida?". Em seguida, intervém o Ministro Marco Aurélio: "o simples dano ao meio ambiente?" Dessa forma, insiste Lewandovski: "(...) esse fundamento [sobre o descumprimento da função socioambiental] não foi atacado e essa degradação ambiental foi constatada no laudo pericial. É uma realidade da qual não podemos fugir".

No mesmo sentido, o Ministro Ayres Britto declarou: "esse fundamento é tão importante, tão relevante para a Constituição que torna irrelevante a discussão sobre se a propriedade é ou não produtiva. Ou seja, mesmo que ela seja produtiva, se houver agravo relevante ao meio ambiente, se o caso for de degradação do meio ambiente, aí prevalece a motivação para o ato expropriatório".

O acórdão denegou a segurança pleiteada, por unanimidade dos votos, por entender ausentes os pressupostos legais para tanto, ao argumento de que o Impetrante carecia de direito líquido e certo, por restar prejudicada a legalidade da vistoria. Lewandowski expressou o seguinte a respeito: "E essa perícia inequivocamente constatou que a fazenda foi, do ponto de vista ambiental, integralmente depredada. Portanto, o decreto presidencial, ao meu ver, **salvo essa questão formal que me parece absolutamente secundária… Diante da degradação ambiental vastíssima, de onde se arrancou toda a mata nativa? Data venia, essa é uma consideração, com todo respeito, secundária em face do fundamento mesmo do decreto presidencial**" (grifos próprios)

Observa-se que os ministros mantêm posturas diferenciadas em relação ao caso. A segurança foi denegada justamente porque o processo não apresentava clareza sobre a legalidade, ou não, da vistoria que ensejou na desapropriação do imóvel do Impetrante. Porém, restou evidente que alguns votos serviram para denegar a segurança, independentemente da legalidade do ato de vistoria, mas puramente pelas questões ambientais, cuja inobservância ensejava o descumprimento da função socioambiental, contrariando, pois, os comandos constitucionais do artigo. 186, II, da CF/88.

Por outro lado, outros votos sequer contemplavam a possibilidade de desapropriação por descumprimento da função socioambiental.

5.2.2 Relatório das decisões do Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do STJ, foram analisadas as decisões abaixo descritas:

DECISÃO	JULGADO EM	TIPO	NÚMERO	RELATOR	TURMA
1	02.06.2015	REsp	1040296-ES	Min. Luís Felipe Salomão	4ª
2	09.06.2015	REsp	1182967-RS	Min. Luís Felipe Salomão	4ª
3	19.11.2015	REsp	843829-MG	Min. Raul Araújo	4ª
4	24.10.2017	REsp	1341090-SP	Min. Sérgio Kukina	1ª
5	04.10.2016	REsp	1276114-MG	Min. Og Fernandes	2ª

Decisão 1: Trata-se de ação ajuizada por WaldevinoFehlber e Maria Antônia de Araújo, para declarar a propriedade de imóvel rural em razão de usucapião. A sentença extinguiu o feito sem resolução de mérito, ao argumento de que a área

usucapienda era muito inferior ao mínimo legal. Os autores interpuseram recurso de apelação, ao qual se negou provimento. Interposto agravo regimental, a Corte de origem manteve a decisão unipessoal do desembargador relator, negando provimento ao recurso (fl. 1 do REsp em análise). O presente acórdão, a despeito de fazer referência à palavra-chave utilizada na pesquisa – meio ambiente e função social -, não abordou as questões relativas à função socioambiental da propriedade nos termos do artigo 186, II, da CF. A matéria abordada na decisão se prende a questões de usucapião especial, às quais se referem à função social da propriedade mas não no seu aspecto ambiental.

Sendo assim, constata-se que o instituto jurídico da função socioambiental (objeto de pesquisa) não foi assunto do REsp em questão.

Decisão 2: O acórdão em análise negou provimento ao Recurso Especial interposto por Valdir João Zamberlan, para contestar a decisão do Tribunal de Justiça que negou provimento à apelação outrora ajuizada pelo autor. A sentença, fora proferida em detrimento de João, derivou de Ação de Rescisão Contratual, cumulada com despejo, ajuizada por Stella EnildaSaatkamp Beck.

A decisão é concernente a questões contratuais e pouco tem a ver com a função social da propriedade em seu aspecto ambiental (objeto da pesquisa). Porém, por se tratar de propriedade rural, o acórdão analisa a função social da propriedade, embora o faça de modo um equivocado do ponto de vista da pesquisadora.

Assim, é de se observar que o julgador utilizou a denominação "função social da propriedade e o meio ambiente", como se uma fosse destacada da outra, dando entender que a função social da propriedade não envolve, impreterivelmente, a proteção aos recursos naturais. Senão vejamos:

> 2. Apesar de sua natureza privada e de ser regulado pelos princípios gerais que regem o direito comum, o contrato agrário sofre repercussões de direito público em razão de sua importância para o Estado, Do protecionismo que se quer emprestar ao homem do campo, **à função social da propriedade e ao meio ambiente**, fazendo com que a máxima

> do *pacta sunt servanda* não se opere em absoluto nestes casos. (grifos próprios)

O argumento utilizado em decisão se baseia no Decreto nº 59.566/66, artigo 13, *in verbis*:

> Art 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, contarão obrigatoriamente, clausulas que assegurem **a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados** a saber (Art. 13, incisos III e V da Lei nº 4.947-66);
>
> (...)
>
> (grifos próprios)

Infere-se do artigo supra que o Decreto estipula a conservação dos recursos naturais e a proteção econômica dos arrendatários, assim como, da mesma forma, faz a CF/88 em seu artigo 186, mais especificamente, em seus incisos II e IV, uma vez que trata da utilização adequada dos recursos naturais e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Isto significa que a interpretação do nobre magistrado abre fendas ao raciocínio de que a função social da propriedade e o meio ambiente não são a mesma coisa. Ou seja, perpetua-se a concepção tradicional de que a função social somente está atrelada à produtividade econômica e, por isso, a proteção ao meio ambiente está em outra seara de obrigação do proprietário, o que não é verdade.

Decisão 3: Trata-se de Ação de Retificação de Registro Público Imobiliário, com respaldo no art. 213, §2º, da Lei 6.015/73, c/c os artigos 1.103e seguintes do CPC, ajuizada por Elza Faria Costa e Livramento dos Santos Costa. Consultado, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em parecer, opinou pelo indeferimento do pedido por dois motivos: i) a retificação importaria a um acréscimo da área equivalente a dez vezes mais que a anteriormente constante da matrícula imobiliária e, também, pela ii) ausência de averbação, na matrícula, de área de reserva florestal legal, equivalente a 20% da área do imóvel.

No entanto, a sentença declarou a possibilidade da retificação ao que o MP/MG interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de

Minas Gerais, por unanimidade, negado-lhe provimento. Inconformado, o MP/MG interpôs o presente Recurso Especial, ao argumento de que:

> A demarcação de reserva legal não é incompatível com o rito ordinário estabelecido para a retificação de área, sendo inclusive expressamente previsto no § 8º do art. 16, da Lei n. 4.771/65. Portanto, tal obrigação não surge da vontade de "ambientalistas radicais" ou de Provimento da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, em vigor ou revogado, mas, substancialmente, da lei. (fl. 111).
>
> (...)
>
> A obrigação de registrar a reserva legal é do proprietário, em qualquer época. As mais propícias, no entanto, são aquelas em que, por força de atos negociais, como uma compra e venda ou permuta do imóvel, há a necessidade de se promoverem alterações do registro. Outro momento oportuno é o da retificação da área, promovida administrativa ou judicialmente, visto que o proprietário tem o dever de instruir a ação com um novo levantamento técnico do tamanho da área real do imóvel. Nesse momento, surge a oportunidade ímpar de identificar, inclusive com o auxílio do Poder Público, a área passível de ser demarcada a titulo de reserva legal.
>
> Esse trabalho técnico de levantamento da área real e daquela destinada a se constituir em reserva legal deve instruir o pedido de retificação. Pode acontecer que não haja mais área verde ou florestal a ser preservada, mas isso deve ser definido pela perícia, e não por uma presunção absoluta que libere o proprietário de imóvel rural da averbação da referida reserva.
>
> Se a prévia perícia constatar que ainda há área passível de ser
>
> Enquadrada no conceito de reserva legal, o pedido de retificação de área deverá ser autorizado com a devida anotação. Se, entretanto, verificar que não é mais o caso, o Poder Público irá definir a forma como o meio ambiente poderá ser restaurado, obrigação essa do proprietário do imóvel (...).

Percebe-se que o instituto jurídico da função socioambiental da propriedade é que serve como fundamento jurídico para a argumentação sustentada pelo il. Ministério Público, uma vez que a obrigatoriedade da averbação da área de Reserva Legal seve justamente para garantir a sustentabilidade da exploração econômica efetuada no imóvel rural.

Dessa forma, o acórdão consentiu com a alegação apresentada pelo d. Ministério Público, oportunidade em que deu provimento ao Recurso Especial, com as seguintes razões:

> Portanto, permanece na lei atual o entendimento de que a reserva legal é inerente ao direito de propriedade ou posse de imóvel rural, sendo delimitada pelo princípio da função social e ambiental da propriedade rural (CF, art. 186, II).

Muito embora a nomenclatura "função socioambiental" não tenha sido utilizada, atenta-se para o fato de a decisão considerar o aspecto ambiental da propriedade rural, nos termos do artigo 186, II, da CF/88.

Decisão 4: Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Parquet do Estado de São Paulo em face de Lázaro Pedro Barboza, Amélia Criniti Barboza, Valdir Campos Costa, Mirian Barboza Costa e Fazenda Pública do Estado de São Paulo, sob o argumento de que o imóvel de propriedade dos particulares teria causado degradação ambiental, por meio de supressão de vegetação secundária e realização de aterro em área de preservação permanente, sem licença ambiental, com o consentimento ilegal da Fazenda Pública de São Paulo. A sentença deferiu o pedido do MP/SP. Em grau de apelação, o Tribunal paulista deu provimento ao apelo da Fazenda Pública e parcial provimento ao recurso dos réus. O parquet recorreu com embargos declaratórios, os quais foram rejeitados. Por esse motivo se faz o Recurso Especial, ao qual o Ministério Público Federal opinou pelo provimento.

No decorrer do acórdão, os tópicos atinentes à função socioambiental foram devidamente abordados, nos termos do artigo 186, II, juntamente com o artigo 225, ambos da CF/88. Vejam-se:

> Como é cediço, o art. 186 da Constituição Federal estabeleceu quatro critérios que devem ser atendidos, simultaneamente, para que a propriedade rural cumpra sua função social, quais sejam: (I) aproveitamento racional e adequado; (II) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (III) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e (IV) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Portanto, o exercício do direito de propriedade não se traduz como um

> direito absoluto do proprietário, oponível à sociedade e à preservação do meio ambiente.

Decisão 5: Trata-se de Recurso Especial interposto por Minerações Brasileiras Reunidas S.A contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais, o qual decidiu que:

> A reserva legal é uma obrigação decorrente da lei, que objetiva a preservação do meio ambiente, eis que as florestas e demais formas de vegetação constituem bens de interesse da coletividade. Embora não tenha a legislação especifica determinada a oportunidade em que deva ser feita **a averbação**, **não há ilegalidade em exigi-la**, previamente, quando da realização de qualquer negócio jurídico translativo de propriedade rural.

Em resumo, a Recorrente pleiteia a dispensa, por decisão judicial, da prévia averbação da área de Reserva Legal como condição para registrar a escritura de compra e venda do imóvel rural por ela adquirido. A decisão abordou algumas matérias de cunho processual que não convém serem tratadas por não corresponderem ao objeto da presente monografia. Ao que interessa, a decisão trilhou o seguinte caminho, a começar por entender que:

> A existência da área de reserva legal no âmbito das propriedades rurais caracteriza-se como uma limitação administrativa necessária à tutela do meio ambiente para as presentes e futuras gerações e se encontra em **harmonia com a função social da propriedade**, **o que legitima haver restrições aos direitos individuais em benefício dos interesses de toda a coletividade.** A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consignou que a obrigação de demarcar, averbar e restaurar a área de reserva legal constitui-se um dever jurídico que se transfere automaticamente ao adquirente ou possuidor do imóvel, constituindo-se uma obrigação *propter rem*.

A decisão repisa a importância da averbação das áreas de Reserva Legal nas propriedades rurais por entenderem – inclusive, esta é a posição adotada pelas Terceira e Quarta Turmas do STJ – imprescindíveis para a garantia da função socioambiental. Portanto, o acórdão negou provimento ao REsp interposto, a fim de não conceder permissão ao registro de compra e venda, sem que, antes, seja feita a averbação estabelecida em Lei, nos termos do Código Florestal. Vejamos:

> Assim, cumpre ao oficial do cartório de imóveis exigir a averbação da área de reserva legal quando do registro da escritura de compra e venda do imóvel rural, por se tratar de conduta em sintonia com todo o sistema de proteção ao meio ambiente. A peculiaridade é que, com a novel legislação, a averbação será dispensada caso a reserva legal já esteja registrada no Cadastro Ambiental Rural, nos exatos termos do art. 18, § 4º, da Lei n. 12.651/12, *in verbis*:
>
> § 4º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato.

Destaca-se, ainda, a ênfase no objetivo do Cartório de Registro de Imóveis, quando da sua criação que, segundo o acórdão "surgiu como um mecanismo menos oneroso e mais simplificado de propiciar ao proprietário a regularização de sua gleba, reconduzindo-o ao caminho da legalidade e do desenvolvimento sustentável".

Segundo a declaração do Relator do projeto quando da inauguração do Código Florestal de 2012, empreendeu-se esforços por parte do Poder Legislativo "para construir nesse projeto um pacto e um acordo que preservasse, em primeiro lugar, os interesses do Brasil e os de sua população". E prosseguiu: "(...) sem a compreensão dos agricultores de que é possível e necessário renunciar a algumas coisas em nome do meio ambiente, não seria possível avançar".

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa sobre a aplicação do instituto da função socioambiental nas decisões judiciais nos leva a compreender a relevância do meio ambiente quando sujeito a exploração econômica desenfreada. Isto porque, nas áreas onde estão a maior diversidade de fauna, flora e recursos naturais, está também a atividade agrícola como predominante na economia brasileira.

Tal concomitância de interesses transforma o meio rural em campo de batalha, onde a paz está longe de ser alcançada, porque, conquanto seja o meio ambiente a pupila dos olhos do mundo no atual momento, o assunto da mais extrema importância nas assembleias internacionais, o judiciário brasileiro ainda tem postura

bastante conservadora e vorazmente capitalista, privilegiando mais o desenvolvimento econômico do que a preservação ambiental. Percebe-se, da análise das decisões, que o comando constitucional acerca do meio ambiente (art. 225 CF/88) não deixa de ser notado, mas quase sempre relativizado. Isto porque a vontade do julgador, carregada de valores culturais e reflexões próprias, é que é determinante na ocasião em que há conflito entre um direito fundamental e outro, como é o caso do direito individual à propriedade *versus* o direito coletivo ao meio ambiente equilibrado.

Por isso, a contradição nos votos quanto à aplicação da função socioambiental da propriedade rural. Muito embora o instituto seja presente na Constituição desde 1988, é de se ver que, ainda hoje, o judiciário, em geral, não cogita o desleixo ambiental como óbvio conveniente a esmaecer o arcaico e tradicional direito à propriedade. Como é possível observar, os julgados sobre o assunto são, deveras, escassos, ao menos no STJ e STF. Este último, ainda, por tratar matéria constitucional, tem polemizado pouco o assunto.

Assim, uma forma possível de lidar com o problema é intensificar a fiscalização das propriedades rurais, bem assim reforçar a necessidade de exigir dos proprietários a conduta ambiental em favor da terra. Isto é, capacitar os fiscais responsáveis para cobrar, categoricamente, o requisito do artigo 186, II, da CF, de modo que, uma vez constatada a irregularidade no imóvel, claramente especificada no auto de infração, **como descumprimento à função socioambiental**, aumenta-se a demanda pelo embate em sede judiciária, tornando a matéria mais corriqueira e menos obscura.

Enquanto isso, a ação popular da sociedade civil organizada, representada por movimentos sociais – a exemplo do MST, continua pressionando os proprietários de grandes extensões de terra a se adequarem às exigências ambientais, sob pena de disputarem judicialmente o seu direito individual de propriedade com centenas de pessoas que não possuem este direito, o que é legítimo e legal. Até porque essas entidades vêm desenvolvendo técnicas de tratamento e educação ambientais que,

facilmente, comprovarão serem mais hábeis no manuseio da terra, atendendo a todos os aspectos da sua função social, sobretudo a ambiental.

REFERÊNCIAS

1988, C. D. (10 de 05 de 2018). *PLANALTO.* Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Adami, B. d. (jan/dez de 2010). Estado Social e Democrático de Direito e Efetividade Constitucional: consideração sobre o papel das políticas públicas em face da concretização de direitos fundamentais. *Revista ESMAT*, pp. 29-45.

Antunes, P. d. (2015). *Manual de Direito Ambiental: de acordo com o novo Código Florestal.* São Paulo: Atlas.

Batista, R. C. (2000). Ministério Público e Movimentos Sociais: uma perspectiva dos direitos difusos e coletivos. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, 53-72.

BETIOL, L. S. (2009). *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente.* São Paulo: Saraiva.

BOBBIO, N. (2004). *A ERA DOS DIREITOS.* RIO DE JANEIRO: ELSEVIER.

Borges, R. C. (1999). *Função Ambiental da Propriedade Rural.* Salvador: LTR.

Buhring, M. A. (2016). *Função Socioambiental da Propriedade - A efetiva função da propriedade: a socioambiental.* Caxias do Sul: Educs.

Caboclo, N., &Massuqueto, J. T. (s.d.). Propriedade Produtiva e Desapropriação: uma marcha lenta rumo à máxima efetividade do texto constitucional. pp. 237-256.

Costa, J. P. (2017). Cidadania diferenciada e as ocupações irregulares de terras públicas no Distrito Federal. *Dissertação em Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional e Sociedade*. Brasília, DF, Brasil: Intituto Brasiliense de Direito Público.

DANTAS, G. T. (2014). *O IPTU VERDE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAMBIENTAL DA PROPRIEDADE PRIVADA URBANA.* SALVADOR: UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA.

D'AVILA, R. A., & LEUZINGER, M. (2008). O PRINCIPIO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL E A DESAPROPRIAÇÃO

POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRARIA. Em S. H. THEODORO, R. C. BATISTA, & I. ZANETI, *DIREITO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL* (pp. 257-265). RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS.

Ferreira, M. G. (s.d.). *Direitos Humanos Fundamentais.* São Paulo: Saraiva.

FILHO, J. D. (2014). *MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO.* SÃO PAULO: ATLAS.

FRANÇA, S. S. (agosto de 2012). Código Florestal, Função Socioambiental da Terra e Soberania Alimentar. *Red de Revistas Cientificas de America Latina y el Caribe, Espana y Portugal*, pp. 285-307.

Freitas, R., & Moraes, T. (julho a dezembro de 2010). Metodologia de Análise de Decisões - MAD. *Univ. JUS*, pp. 1-17.

GONÇALVES, D. O., & REZENDE, E. N. (DEZEMBRO de 2015). FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL: A BUSCA POR UMA DETERMINAÇÃO PRAGMÁTICA DE AFERIÇÃO DE CUMPRIMENTO. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ*, pp. 52-72.

Houaiss, I. A. (2009). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva.

Hundley, G. C. (2014). A DESAPROPRIAÇÃO SANÇÃO EM PROPRIEDADES RURAIS POR DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL AMBIENTAL. *PUBLICAÇÃO DE MONOGRAFIA*. BRASILIA, DF, BRASIL: UNICEUB.

MARÉS, C. F. (jan/jun de 2015). Terra mercadoria, terra vazia: povos natureza e patrimônio cultural. *Revista InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais*, pp. 57-71.

Marmelstein, G. (2018). *Curso de Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Atlas.

MASSUQUETTO, N. C. (s.d.). *ITCG.*Fonte: INSTITUTO DE TERRAS, CARTOGRAFIA E GEOLOGIA DO PARANÁ: http://www.itcg.pr.gov.br/arquivos/File/LIVRO_REFORMA_AGRARIA_E_MEIO_AMBIENTE/PARTE_3_4_NATALYA.pdf

PEREIRA, L. R. (1956). *DIREITO DAS COISAS.* LIVRARIA FREITAS.

PURVIN, G. J. (2004). *A propriedade no direito ambiental.* Rio de Janeiro: ADCOAS.

Sarlet, I. W., Marinoni, L. G., &Mitidiero, D. (2016). *Curso de Direito Constitucional*. Curitiba: Saraiva Jur.

SILVA, M. F. (2017). BRICS: Desafio do desenvolvimento econômico e socioambiental. *14*(1).

TORRES, M. A. (2007). *A PROPRIEDADE E A POSSE - UM CONFRONTO EM TORNO DA FUNÇÃO SOCIAL.* RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS.

VENOSA, S. D. (2008). *DIREITO CIVIL - DIREITOS REAIS.* SAO PAULO: ATLAS.

Vilhena, O. (2006). A gramática dos Direitos Fundamentais. Em O. Vilhena, *Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF* (pp. 20-58). São Paulo: Malheiros.

Wikipedia. (02 de junho de 2018). *ECO-92.* Fonte: Wikipedia: a enciclopedia livre: https://pt.wikipedia.org/wiki/ECO-92#Resultados

O PROBLEMA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO INSTRUMENTO PROTETOR DA PERSONALIDADE: A LIBERDADE DE IMPRENSA E A DIFUSÃO DA INFORMAÇÃO SOBRE A PESSOA

Leonardo Matheus da Silva Barbosa

RESUMO

Este estudo procura analisar a dicotomia entre os direitos da personalidade e o desdobramento da liberdade de expressão para liberdade de imprensa, bem como a análise da importância dos princípios constitucionais no contexto brasileiro, apresentando suas definições, aplicabilidade no ordenamento, igualmente as jurisprudências aplicáveis. Buscou-se através de uma acurada leitura doutrinária e legal, demonstrar a necessidade de ponderação entre os institutos, trazendo ao caso concreto a colocação da preponderância entre os princípios. Estabelecendo-se, desta forma, que o exercício da imprensa é a garantia de uma sociedade democrática, todavia os excessos erros devem ser objeto de indenização.

Palavras chave: Direitos da Personalidade. Liberdade de Expressão. Liberdade de Imprensa. Direito ao Esquecimento.

ABSTRACT

This presentaion aims to analyze the dichotomy between personality rights and the unfolding from the free speech to the press freedom. Then it will pursuit to show the importance of constitutional principles among the Brazilian context, presenting their definitions and to demonstrate the need for consideration among institutes, bringing to the concrete cases the use of balance to place the preponderance among these principles. In this way, it is established that the exercise of the press is the guarantee of a democratic society, but excesses and mistakes committed must be indemnified.

Keywords: Rights of the Personality. Free of speech. Freedom of press. Right to Forget.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho acadêmico tem por objetivo salientar a discussão existente no campo jurídico doutrinário sobre o conflito dos princípios, consequentemente normativo, entre a Liberdade de Expressão, ensejadora da Liberdade de Imprensa, quando em face dos Direitos da Personalidade.

A finalidade precípua, destarte, é mostrar que mesmo sendo um exercício democrático e basilar ao estado de direito, a Liberdade de Expressão quando exercida de maneira exacerbada ou errônea atinge aqueles, objeto da exposição, fazendo com que a aplicação dos princípios constitucionais se mostre como um sistema que busca atuar como "freios e contrapesos" impedindo que se avancem a ponto de gerar danos ou sofrimento.

A problematização se torna importante e interessante, pois ambos são princípios constitucionais balizadores do estado democrático de direito e que não possuem hierarquia entre eles, não se podendo aplicar um em detrimento do outro, contudo, deve-se utilizar da razoabilidade e de uma hermenêutica própria para que a aplicação dentro do caso concreto, se buscando a maior preponderância da decisão que ofereça maior resposta social e justiça.

Diante de tantas controvérsias e procurando sanar os questionamentos sobre o tema, houve a inicialização de uma acurada leitura doutrinária e jurisprudencial, estabelecendo um trabalho dividido, até o presente momento, em 03 (três) capítulos, a saber:

O primeiro capítulo diz respeito aos direitos da personalidade, apresentando sua conceituação, tratando de suas características, fundamentos, sua adoção frente à legislação brasileira, principalmente quanto a Carta Magna, pois será esta a balizadora de ambos os conceitos trazidos no presente expositivo e, por fim, das suas espécies.

O segundo capítulo estará focado no direito de imprensa, trazendo seu desdobramento a partir da Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Direito à Informar, apresentando sua conceituação, a tratativa dos autores clássicos em relação ao tema, o desenvolvimento de suas características, fundamentos, sua adoção frente à legislação brasileira, precipuamente na Constituição Federal de 1988 e, por fim, sua função social, bem como a autorregulação exercida.

Em seguida, analisaremos a aplicação de ambos conceitos para delimitar a zona de conflito entre ambos os direitos e como se dará a organização dos critérios a fim de resolver este conflito nos tribunais, bem como seu pensamento teórico.

Estabelecendo por fim, a formação conceitual do direito ao esquecimento, que terá grande peso e relevância quando tratar da dicotomia dos direitos, bem como reafirmar a necessidade da ponderação no caso concreto a fim de demonstrar a preponderância dos princípios a serem aplicados, buscando a forma mais justa perante o caso, indicando preeminência do interesse público ou da vida privada, *lato sensu* do termo.

2 DA PERSONALIDADE

Buscar-se-á neste primeiro capítulo a apresentação conceitual dos direitos de personalidade, com a principal finalidade de abordar suas classificações, tais como: a integridade física, intelectual e moral.

Não obstante, faz-se necessária esmiuçar tais classificações para a exposição de suas principais características, como direitos absolutos, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e inexpropriáveis. A intenção neste caso é evidenciar a aplicação destes direitos nas relações sociais, não apenas entre particulares, mas na aplicação entre o indivíduo e o Estado, diferenciando o raio de atuação dos direitos fundamentais através dos conceitos de honra, vida privada e intimidade.

2.1 Conceito dos direitos de personalidade

Preliminarmente, seria um erro afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa, servindo esta de base apoiadora aos direitos e deveres que dela irradiam, é, portanto, objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela tenha capacidade de ser quem é, adaptando-se ao ambiente em que está inserida, bem como às condições existentes ao mesmo, servindo-lhe como critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (DINIZ, 2002 p. 66).

Reafirmará esta posição Pontes de Miranda ao dizer que:

> Certo, a personalidade em si não é direito; é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direito. Mas andaram mal os juristas em não verem que, edictando-se regras jurídicas de cuja incidência resulta personalidade, conseqüentemente se criou direito de personalidade (MIRANDA, 2000 p. 216).

Faz-se necessária, contudo, a retomada do conceito de pessoa, tornando-se mais clara a compreensão do conceito principal do presente trabalho, pois a utilização correta do termo “pessoa” identificará o valor maior e o fato do direito estar voltado ao ser humano, mostrando que desde o nascimento com vida, ganhando o título de sujeito de direitos, nasce a personalidade e seus direitos. Ao se salientar aquele que será o objeto receptivo de direito, não se tornará novamente obscura o entendimento da personalidade, com este objetivo se reutilizará das palavras de Pontes de Miranda:

> […] ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de execução. Mas importa que haja “direito”. […] O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo. […] Pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, obrigações, ações e exceções. […] “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo

> desde a concepção os direitos do nascituro" (art. 4º). No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa) (MIRANDA, 2000 p. 207 - 217).

O princípio maior que concederá a "unificação da personalidade jurídica ao derredor de uma ideia central" será o princípio da dignidade da pessoa humana, postulado na Carta Magna, atrelando os direitos correlatos a personalidade ao *status* de direitos fundamentais do ser humano, uma vez que aquele é visto como o princípio "de mais precioso valor da ordem jurídica brasileira", pois é a partir dele que o homem se converge ao centro do direito, outorgando a ordem jurisdicional o papel de entregar ao ser humano uma vida com respeito às suas necessidades básicas, bem como um natural desenvolvimento daquilo que se torna básico e necessário a uma vida digna, conferindo-lhe "o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática", nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes. Procurando outras palavras, pode-se utilizar da frase de Jorge Luís Borges, como "um lugar onde tudo (o grande universo e suas muitas coisas) converge ao mesmo tempo e em um só ponto, fluindo e confluindo". (FARIAS, et al., 2011 p. 136).

Assim completarão os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> Enfim, o postulado fundamental da ordem jurídica brasileira é a dignidade humana, enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento de personalidade (FARIAS, et al., 2011 p. 136).

Os direitos de personalidade comportarão, destarte, o instrumento jurídico principal a efetivar a noção de dignidade humana, pois serão colocados como a categoria jurídica fundamental (FARIAS, et al., 2011 p. 150).

O direito objetivo autoriza, portanto, o indivíduo defender sua personalidade, pois os direitos da personalidade são direitos subjetivos. Segundo Goffredo Telles Jr., à pessoa é conferido o direito de defender aquilo que lhe é próprio, ou seja, sua identidade, sua liberdade, sua sociabilidade, reputação, honra, autoria etc. Por outra

forma, observa-se que os direitos de personalidade podem ser classificados como aqueles direitos comuns a existência do ser humano, em razão de que a norma jurídica concede permissões simples a cada pessoa, para defender um bem que a natureza lhe outorgou, de forma primordial e direta (DINIZ, 2002 p. 67).

À vista disso, os direitos de personalidade estarão, por consequência, ligados imediatamente à projeção do individuo frente a sociedade a que estará inserido. Sendo, desta maneira, considerados "próprios da pessoa em si (ou originários) diante da dignidade humana ou referentes às suas projeções para o mundo externo (ou seja, à pessoa como ente moral e social, em suas interações da sociedade)" (BITTAR, 1994 apud GUERRA, 2004 p. 15)

Apresentada por R. Limongi França, a estrutura da especificação e classificação dos direitos de personalidade, pode ser formulada da seguinte forma:

> 1) a integridade física: a vida como elemento primordial, mesmo que tratemos dos contrapontos apresentados em seu regimento, ou seja, tanto a concepção quanto a descendência, regidos também o gene artificial, inseminação artificial ou de proveta; o nascimento e por outro lado o aborto; o planejamento familiar, também regendo a limitação de filhos; a habitação; a educação; o trabalho; a liberdade física; o prolongamento artificial da vida; dentre outros como, os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, as partes separadas do corpo, como os espermatozoides, óvulos, a utilização de útero de terceiro para procriação, o transexualíssimo etc. Vemos que a vida, galgada na integridade física possui um sentido exaustivamente extenso, não se bastando a reger a continuidade da vida na mesma maneira a que se chega ao mundo ou à sociedade, mas algo maior que se pode chamar da manutenção das relações humanas, tanto estéticas quanto intrínsecas e extrínsecas.
>
> 2) a integridade intelectual: apresentada e fomentadora da liberdade do pensamento, a autoria cientifica, artística literária e a atuação de esportista participante ou não de espetáculo público.
>
> 3) a integralidade moral: estará esta ligada a honra, ao segredo profissional e religioso, a imagem, a identidade pessoal, familiar e social, a liberdade civil, política e religiosa, a segurança moral da estética humana, a identidade sexual, o nome, o título, o pseudônimo, a alcunha (DINIZ, 2002 p. 66 e 68).

É possível se depreender que os direitos de personalidade estarão completamente atrelados ao ser humano e suas relações com o mundo, sendo ele fático ou jurídico, contudo se precisássemos destacar os principais direitos de personalidade para uma forma mais didática e elucidativa, é possível se utilizar de Pontes de Miranda, onde o mesmo colocará como os principais direitos de personalidade:

> a) O direito à vida; b) o direito a integridade física; c) o direito a integridade psíquica; d) o direito à liberdade; e) o direito à verdade; f) o direito à igualdade formal (isonomia); g) o direito à igualdade material, que esteja na Constituição; h) o direito de ter nome e o direito ao nome, aquele inato e esse nato; i) o direito à honra; j) o direito autoral de personalidade (MIRANDA, 2000 p. 32)

Devido a exploração dos direitos de personalidade, propõe-se a dissecação de suas características, trazendo uma perspectiva de que serão: absolutos, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e inexpropriáveis (GUERRA, 2004 p. 14).

Absolutos, pois não terão distinções entre sua aplicação, sendo opniveis a qualquer pessoa, como salientará Pedro Frederico Caldas:

> [...] exato porque a carga de eficácia irradiada submete quem quer que seja, esteja ou não presente, de sorte que a relação jurídica formada por um tal direito não envolve, passivamente uma única pessoa, ou determinadas pessoas, mas um sujeito passivo universal, indeterminado, mas determinável toda vez que alguém, saindo das sombras da abstenção, dê um passo à frente e moleste o direito titulado do outro (CALDAS, 1997 apud GUERRA, 2004 p. 15)

Intransmissíveis por serem intrínsecos à pessoa humana, não havendo forma de se transmitir seus direitos a terceiro, compelindo a este da responsabilidade de atuar e gozar, por exemplo, do direito à vida daquele, de maneira que pousaria conflito direto com o conceito deste considerado direito natural (GUERRA, 2004 p. 15).

Irrenunciáveis sob a mesma perspectida da intransmissibilidade, pois não há maneira de escusar-se de um direito atrelado a própria existência humana. Assim

sendo, de maneira demasiadamente chula, não existiria forma de declarar-se não humano (GUERRA, 2004 p. 15).

Conforme comentará Pontes de Miranda:

> […] Toda transmissão se pudesse dar, o direito não seria de personalidade. Não há, portanto, qualquer sub-rogação pessoal; nem poderes contidos em cada direito de personalidade, ou seu exercício, são suscetíveis de ser transmitidos ou por outra maneira outorgados. [...] A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intrasmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade, irrenunciável é. Não importa, em conseqüencia, qual seja (MIRANDA, 2000 p. 32)

Imprescritíveis, não encontrar-se-á limite temporal para o exercício subjetivo da prestação jurisdicional com a finalidade de cessar qualquer abuso relacionado a ele, que eventualmente estejam ocorrendo. Por conseguinte, não há prazo prescricional para ensejar ação cabível a fim de reparação de dano, caso exista a utilização indevida da imagem de determinada pessoa, por exemplo, ou a não autorização para a mesma. Vá ressaltar, ainda, que não se pode confundir o princípio imprescritibilidade com a pretensão de indenização pelo dano sofrido, conforme dita o artigo 206, §3º inciso V[1]. (GUERRA, 2004 p. 15/ (FARIAS, et al., 2011 p. 155).

Assim completará Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald:

> […] a imprescritibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade venha a convalecer com o passar do tempo, ostando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito de personalidade. Inexiste, portanto, prazo extintivo para que seja exercido um direito de personalidade. N'ao se confunde, todavia, com a prescritibilidade da pretensão indenizatória decorrente de um eventual dano à personalidade (FARIAS, et al., 2011 p. 155)

Inexpropriáveis, se não há forma legítima para a transferência ou disponibilidade dos direitos, tampouco haveria possibilidade para a retirada de qualquer um destes direitos, tanto perante o Estado, tão quanto o particular, conferindo, portanto, forma de proteção contra abusos governamentais ou de outrem (GUERRA, 2004 p. 15).

[1] Art. 206. Prescreve: [...] § 3o Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil;

Em concordância estará a interpretação de Pontes de Miranda, quando empregar sua visão inextinguível dos direitos de personalidade:

> 3. Ligação à vida. Os direitos de personalidade são inextinguíveis, salvo morte da pessoa. Não podem ser adquiridos por outrem, nem são sujeitos à execução forçada. As pretenções e ações, que se irradiam deles, não prescrevem. Nem precluem as exceções (MIRANDA, 2000 p. 32)

Há, desta forma, uma possível diferenciação quanto aos objetivos a que se apresentam os direitos de personalidade perante as relações sociais. Por um lado, percebe-se uma proteção contra particulares, por outro procura-se a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, proteção do indivíduo contra as ações do Estado, ou como colocada pelos doutrinadores Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, uma dupla face à dignidade da pessoa humana, por um lado positiva e por outro, negativa, a fim de assegurar uma vida digna ao sujeito, alinhando a proteção da personalidade com o objetivo constitucional. Assim conceituarão:

> […] A eficácia positiva serve para vincular todo o tecido normativo infraconstitucional à afirmação da dignidade. Ou seja, são impostas obrigações ao Estado e aos particulares para a afirmação da dignidade. A outro giro, a sua eficácia negativa serve como restrição, ao Poder Público e às pessoas como um todo, ao exercício de determinados direitos (FARIAS, et al., 2011 p. 137)

Considerar-se-á, portanto, que para a proteção do indivíduo para com o Estado, serão mais relevantes os direitos à vida, liberdade, direito de ação etc. Assim leciona Carlos Alberto Bittar:

> Os direitos do homem ou direitos fundamentais da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente, os direitos à vida; à integridade; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação (BITTAR, 1995 apud GUERRA, 2004 p. 16).

Em contrapartida, portanto, nota-se o particular, também como potencial usurpador de direitos de personalidade de outrem, quando dessa seara, depreende-se

uma relação maior quanto aos direitos intangíveis, como intimidade, manifestação do pensamento, honra e imagem. Assim completa Sidney Guerra:

> […] o ângulo enfocado envolve as relações entre os particulares e que definem uma *'proteção entre os homens'*, complementa o autor, sendo, portanto, os direitos à honra, ao nome, à imagem, à liberdade de consciência e religião, à reserva sobre a própria intimidade, ao segredo, e o direito moral de autor, a par de outros (GUERRA, 2004 p. 16).

Quando desta proteção, deve se compreender um sentido normativo demasiadamente mais abrangente do que a mera sugestão na individualização dos conceitos do direito ao nome, palavra ou imagem, buscando a proteção das inúmeras formas de utilização sem autorização desses direitos, pois diferentemente daqueles de primeira geração contra o Estado, estes poderão sofrer uma disponibilidade relativa para sua utilização em estabelecimentos ou comerciais, por exemplo (CANOTILHO, et al., 2015 p. 58).

Conforme coloca José Canotilho:

> O direito ao nome, protegendo as mais variadas utilizações não autorizadas do nome (v.g., em estabelecimentos comerciais, produtos, serviços, *marketing*, *merchandising*), abrange o nome completo, nome artístico, nome de palco, assinatura, alcunhas, pseudónimos, símbolos, bem como as respectivas alterações satíricas, ou seja, qualquer nome ou símbolo pelo qual a pessoa possa ser imediatamente identificada. O direito à palavra inclui a palavra escrita e falada, a voz, a imitação da voz, frases típicas, músicas, sons e respectivas imitações. O direito à imagem inclui fotografias, pinturas, imagens digitais, hologramas, caricaturas, silhuetas, sósias, gestos, maneirismos, traços de personalidade (CANOTILHO, et al., 2015 p. 58 e 59).

Analisa-se dessa maneira, a busca pelo resguardo da dignidade da pessoa humana, mediante sanções, que devem ser suscitadas pelo ofendido. Por essa razão se salienta o artigo 12 do Código Civil[2], mostrando possibilidade de exigir para que "cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos",

[2] Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

mesmo se tratando de pessoa falecida, pois os direitos à personalidade ligados ao nome e à imagem transcendem os limites carnais, reafirmando sua característica imprescritível (DINIZ, 2002 p. 68). Contudo, vê-se ainda dentro dos próprios dispositivos constitucionais a proteção desde direito, mesmo quando tratando da liberdade de expressão, trazendo no artigo 5°, inciso IV da Constituição Federal a vedação ao anonimato, bem como o artigo 220 também de nossa Carta Magna, a restrição política, ideológica ou artística, estes artigos por ora serão deixados em aberto para uma abordagem mais aprofundada no próximo capítulo.

O que se busca alcançar com a vedação ao anonimato, portanto, é a restrição ao abuso de direito enquanto se dá a manifestação do pensamento, com violação dos direitos de personalidade de terceiros, como os vistos anteriormente, principalmente a honra, a vida privada e a intimidade, todos estes elencados no inciso X do artigo 5° da Constituição Federal[3] garantindo a indenização quando esses direitos forem aviltados (SELEME, 2011 p. 116).

2.2 Honra, vida privada e intimidade

Embora sejam conceitos demasiadamente utilizados como apenas sinônimos, é necessário que haja uma diferenciação conceitual entre estes três aspectos da vida de qualquer indivíduo, pois será este desprendimento conceitual que nos mostrará com maior clareza o raio atuador dos direitos fundamentais em seus diferentes níveis.

Sem tal complexidade, não se faria possível demonstrar a limitação colocada pelo agente analisado entre os plurais assuntos de sua vida. Este tópico, portanto, vem para demonstrar que os direitos fundamentais devem ser garantidos em todas as relações sociais que o indivíduo possa a ter e em qual nível pode reter suas informações e/ou segredos.

[3] Art. 5°[…] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

2.2.1 Da honra

Ao buscarmos no dicionário de língua portuguesa uma definição para honra, se possuirá o significado de o "princípio de conduta da pessoa que se comporta de modo virtuoso, corajoso, honesto; cujas qualidades são consideradas, socialmente, virtuosas" (DICIO, 2017), podendo ser traduzido como a "probidade; virtude; consideração; bom nome; fama; glória; culto; graça; dignidade; distinção" (BUENO, 1956 apud GUERRA, 2004 p. 49).

Sob uma ótica mais filosófica do termo, verifica-se a honra mais atrelada à conduta moral, conforme Miguel Rele irá relatar, "os homens não se vinculam em seu agir apenas por valores de transcendência, mas também se ligam por algo que está neles mesmos ou, então, nos outros homens" (REALE, 1996 apud GUERRA, 2004 p. 48), mostrando-se, desta forma, como o objetivo de proteção à honra o direito "de não ser molestado, injuriado, ultrajado, ou lesado na sua dignidade ou consideração social", mesmo que os fatos narrados sejam de fato verdadeiros, pois pressupor-se-á que a dignidade da pessoa humana não se aterá à ficcção ou à veracidade do fato narrado, mas quando houver conflito ou ataque a essa, uma vez que é um direito pessoal reservar segredo dela própria ou refutar acontecimento à ela atribuída em incompatibilidade com a verdade (GUERRA, 2004 p. 49).

Dessarte, perceber-se-á que a honra abarcará dois aspectos que poderão ser diferenciados. Um será seu aspecto objetivo e outro subjetivo.

O aspecto objetivo estará voltado a relação do indivíduo com a sociedade, englobando-se de forma ampla a "qual a opinião, a ideia, os padrões que são criados pela própria sociedade, ou seja, o bom nome, a fama, a estima que goza em sociedade", restando-se, portanto, a visão social para com aquele individuo analisado (GUERRA, 2004 p. 49).

Por outro lado, encontrar-se-á o aspecto subjetivo, como a interpretação do indivíduo para com si próprio, de sua autoestima e consciência da sua dignidade particular (GUERRA, 2004 p. 50).

> […] Aquela (a objetiva) diz respeito à reputação que terceiros (a coletividade) dedicam a alguém. É a chamada reputação. Esta (subjetiva) tangencia o próprio juízo valorativo que determina pessoa faz de si mesma. É a autoestima, o sentimento de valorização pessoal, que toca a cada um (FARIAS, et al., 2011 p. 233)

A despeito de ambos aspectos, Pontes de Miranda irá trazer que "a dignidade pessoal, o sentimento e consciência de ser digno, mais a estima e consideração moral dos outros dão conteúdo do que se chama honra" (MIRANDA, 2000 p. 71), trazendo consigo a relação com o aspecto moral, sendo um dos aspectos mais importantes do ser humano, pois ao ser social, dá a ele direito de manter seu orgulho, anda nas ruas não necessitando se esconder, bem como de ser reconhecido, ter um nome, não obstante de se autoreconhecer no espelho tendo a certeza de ser um homem honrado (GUERRA, 2004 p. 50).

Não há de se falar em ofensa à honra literária ou de qualquer movimento ou relação histórica, o direito à honra se trata de um direito absoluto, público e subjetivo, importando sua aplicação ou seu a necessidade de proteção apenas das pessoas, contudo não far-se-á distinção se a pessoa é fisica (natural) ou jurídica, extendendo-se, inclusive, a honra do ente Estatal, quando porém houver ofensa a uma determinada escola filosófica, científica e/ou artística, ficará a cargo dos integrantes daquele determinável grupo de pessoas se sentirem sua honra ofendida. Assim colocará Pontes de Miranda:

> A ofensa à obra de arte pode ser ofensa a quem a fez, mas aí, foi a pessoa do artista que foi ofendida. Em todo o caso, a ofensa à honra da escola filosófica, científica, ou artística, também pode ser a todos os que a compõem, se não há difusão que os torne indeterminàveis, ou em número acima da atingibilidade pelas injúrias e difamações (e.g., aos positivistas, ao clero, aos católicos, aos protestantes) (MIRANDA, 2000 p. 71).

O fato das pessoas jurídicas tambem possuírem direito à honra se dá pelo fato de também adquirirem personalidade, e com isso devem atrelar-se as relações de sociais de boa reputação, da boa fama. O fato a ser posto é que "ao adquirir

personalidade, o ser não-físico adquire tal direito, que não depende de substrato pessoal físico" (MIRANDA, 2000 p. 72).

Observa-se que o direito a honra se tornará tão abrangente e necessário à defesa da personalidade, pois ao analisarmos as previsãoes e disposições infraconstitucionais, o direito a honra terá previsão tanto na esfera civil, quanto na penal.

A esfera civil ficará a critério de analise por parte do magistrado, cabendo ao mesmo ater-se aos fatos, as consquencias e efeitos da lesão na reputação do ofendido, bem como quem foram os agente propagadores e receptores do ataque, o que em consequncia levou a não recepção constitucional da antiga Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/67, onde eram estabelecidos limites tarifários para a indenização por danos morais, contudo este assunto será posto em maiores detalhes nesta composição. Assim lecionará Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald:

> A reparação do dano à honra exige cuidado especialíssimo do magistrado. É que não se pode olvidar a repercussão da lesão sobre a fama do ofendido. Assim, as condições econômicas e pessoais (culturais, inclusive) dos envolvidos (lesante e lesado), além da propagação social do dano, têm de ser sopesadas pelo juiz no arbitramento do quantum indenizatório. E exige equilíbrio: não pode ser leve a ponto de não servir de desestímulo ao lesante, nem robusta de modo a propiciar o enriquecimento sem causa da vitima (FARIAS, et al., 2011 p. 234)

No campo de atuação criminalista, salientaremos o Código Penal Brasileiro, especificamente o Capítulo V[4], hora intitulado Dos Crimes Contra a Honra. No qual, verificar-se-á a presenta de 03 (três) modalidades, pontuadas aqui por Pontes de Miranda, são elas: "A calúnia ofende a honra, pela ofensa à verdade, que a atingiria; a injúria, pela ofensa à dignidade e ao decoro, na presença ou não; a difamação, pela ofensa à reputação, portanto ainda na ausência" (MIRANDA, 2000 p. 71).

Sempre que se tiver ofensa à honra sefalará em reparação civil, mesmo que tenha absolvição criminal, cabendo não só a reparação pecuniária, mas a

[4] Código Penal, artigos 138 à 145.

reintegração, quando possível, ao *status quo* do individuo, pois para a indenização, "basta a culpa; para a condenação específica, basta a ofensa objetiva" (MIRANDA, 2000 p. 72).

A diferenciação ficará mais clara no derrorrer deste trabalho, contudo vale observar, portanto, que o direito à honra "concerne ai prestígio social contra falsas imputações de fatos desabonadores que podem abalar a reputação do titular", diferentemente, todavia, da privacidade, que estará atrelada ao "interesse de preservar do público a esfera íntima de atitudes" (FARIAS, et al., 2011 p. 232)

2.2.2 Da vida privada e intimidade

A vida privada e a intimidade estão ligadas ao direito de imagem, sendo este considerado um direito autônomo dos demais direitos de personalidade, obteve sua primeira regulamentação específica no Código Italiano de 1942, tendo a finalidade precípua de salvaguardar o indivíduo contra possíveis abusos na reprodução, publicação ou exposição de sua imagem, principalmente quando não houvesse consentimento para o mesmo ou quando a exibição tivesse a intenção, ou pudesse criar qualquer embaraço, pela falta de conveniência na divulgação por parte do detentor do fato privado (GUERRA, 2004 p. 44).

Apesar de apresentar um grande avanço para garantir a proteção da intimidade da pessoa, não se fez totalmente suficiente. Sendo o tema voltar a ser tratado de maneira mais profunda na Conferência Nórdica sobre Direito à Intimidade, realizada em maio de 1967 em Estocolmo. O documento de Estocolmo enumerará 5 (cinco) ofensas à intimidade:

> Penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamenti constante ao telefone;
>
> Gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral;

> Audição de conversas privadas por interferências mecâncias de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente;
>
> Exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento;
>
> Utilização de falsas declarações; releveção de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas; utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas sub-repticiamente nas formas precedentes (FERRREIRA, 1989 apud GUERRA, 2004 p. 44)

A intimidade, desta forma pode ser genericamente conceituada, nas palavras de René Ariel Dotti como "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais" (DOTTI, 1980 apud GUERRA, 2004 p. 45). Muitas vezes se utilizará de termos como *right to be alone* ou até *right ro enjoy life*, sendo relacionado precipuamente ao direito de felicidade (CANOTILHO, et al., 2015 p. 66).

Há uma erradiação aos valores da dignidade e da autonomia individuais, que sofreriam uma grande e relevante perda de sua relevância se o plano da privacidade individual sofresse negação perante o sistema legislativo-defensivo (CANOTILHO, et al., 2015 p. 66).

Quando da diferenciação entre a vida privada e a intimidade, se torna demasiadamente complexa a diferenciação de conceitos tão similares. Alguns autores, portanto, optarão por utilizar os mesmos como sinonimos um do outro, a exemplo de Luis Alberto David Araújo e Pedro Frederico Caldas, onde este não fará, inclusive, diferenciação entre as denominações de vida privada, intimidade, privacidade ou resguardo, assim ele conceituará "como expressando igual conteúdo de conceito, embora tenhamos preferido, para a titulação do trabalho, o termo vida privada, porque, particularmente, o consideramos a acepção mais abrangente" (GUERRA, 2004 p. 45), ou seja, a utilização do termo adotado nada mais se mostra como uma adoção por afinidade nominal.

O que se denota, desta forma, é uma impressão, pelo fato dos direitos estarem elencados no inciso X do artigo 5º, que se passam como sendo sinonimos ou equivalentes, todavia não será unanime este entendimento.

O autor José Cavero, irá estabelecer uma diferenciação, mesmo que sutil entre os termos, entendendo que a vida privada estará ligada à ausência de público, como a proteção do núcleo familiar em face aos individuos externos a este núcleo, doutra forma, estará a intimidade, na qual o próprio individuo restará protegido inclusive ao seu núcleo familiar, ou seja, a intimidade abarcará qualquer relação interpessoal do individuo, assim colocará o autor:

> privacidade, que tem em conta a esfera da vida individual nucleada na ausência do público, ou seja, na esfera de comodidade onde as relações sociais exteriores ao núcleo familiar permanecem resguardadas, ou, em melhor expressão, confinadas no próprio núcleo familiar, repugnando qualquer intromissão alheia. Outro, de intimidade, ainda mais restrito que o de privacidade, que tem em vista exatamente essa interpessoalidade da vida privada (CAVERO, 1997 apud GUERRA, 2004 p. 46)

O que se denota, portanto, é a intimidade tomando forma como um direito impenetrável, intransponível, indevassável, relacionado ao espaço de consideração daquele próprio indivíduo, o que pode ser chamado de "canto sagrado", segredos, particularidades, expectativas que ninguém, além de si próprio, poderia ter acesso, não reservando diferença se o ente é privado ou público. Pode-se utilizar como exemplo recordações pessoais, memórias, ou buscar uma materialização através de um diário, álbum familiar de fotografias etc. (GUERRA, 2004 p. 47).

A vida privada obterá uma perspectiva mais branda, consistindo por exemplo, "à família da pessoa, tais como relações de família, lembranças de família, problemas envolvendo parentes próximos, saúde física e mental etc.". O que se depreende então, é uma vedação quanto algum ser externo infiltrar-se nas informações que o indivíduo compartilha com pessoas que são por ele selecionadas, podendo ser sua respectiva família ou amigos próximos, vedando ao outro não autorizado possuir acesso, ficando, desta forma, uma preponderância à defesa quando ao ente público, pelo fato de utilizar-se e expor registros de imagens, sons por investigações ilegítimas ou não autorizadas (GUERRA, 2004 p. 47).

Analisa-se por consequência, que a reserva de privacidade será entendida como uma imagem contendo diversos circulos concêntricos, ou seja, vários cículos que possuem o mesmo objeto central, no caso se encontrará aqui o individuo, estabelecendo diferentes diâmetros que delimitaram à que distância poderá se encontrar uma informação específica, assim colocará José Canotilho:

> [...] reserva de privacidade é entendida com base numa imagem contendo vários círculos, de raio variável, protegendo em maior medida uma esfera nuclear de segredo, e em medida decrescente as esferas íntima, privada, pessoal e pública (CANOTILHO, et al., 2015 p. 66)

Como assim esclarecerá Pierre Kayser, se entenderá que a guarda dos segredos da vida privada compor-se-á de dois aspectos principais: "a divulgação, ou seja, tornar público os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; e a investigação, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar" (KAYSER, 1996 apud GUERRA, 2004 p. 48).

Mostrar-se-á, contudo, mais a frente neste trabalho, que não há uma máxima, tampouco uma uniformidade, em relação à preponderancia da vida privada ou intimidade quando se tratar de figuras públicas, pois a estas figuras se atribuirá interesse público às informações relacionadas à sua privacidade, criando uma flexibilização maior em relação à proteção especifica da vida privada, tornando-se mais frequente a preponderancia do interesse público à informação, em outras palavras, interesse informatívo legítimo (*newsworthiness*) (CANOTILHO, et al., 2015 p. 66 – 67).

3 DA LIBERDADE DE IMPRENSA E O DIREITO DE EXPRESSÃO

A Liberdade Imprensa é um importante elemento dentro de uma sociedade democrática, porém essa estará atrelada a outro fator igualmente fundamental que será seu gerador, a chamada Liberdade de Expressão. Se tornando necessário, portanto, uma construção do pensamento, para a tomada conceitual do objeto do trabalho (Liberdade de Imprensa), passando pela Liberdade do Pensamento, pois

será essa o conceito precursor que se desdobrará para a liberdade de consciência e liberdade de exteriorização do pensamento (GUERRA, 2004 p. 71)

3.1 Conceito de liberdade de expressão

Segundo Jean Morange, aqui citado pelo doutor Sidney Guerra, a forma que deu início a mensagem de liberdade de difusão do pensamento foi a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1789. Ao nos depararmos com as redações de seus artigos 10 e 11[5].

Retoma-se sua afirmação legal, em âmbitos internacionais, em 1948, pela Declaração Universal Dos Direitos do Homem em seu artigo XVIII:

> Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Denota-se, portando, segundo Sampaio Dória, citado por Sidney Guerra, que um conceito simples para a Liberdade de pensamento seria "o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for" (GUERRA, 2004 p. 72).

Demonstra-se, desta forma um entendimento de que há atrelamento entre a liberdade de expressão e a informação:

> [...] tanto a liberdade de expressão quanto o direito à informação, nascerão a partir do preceito de liberal da liberdade de palavra. Evidentemente que a liberdade de palavra engloba a liberdade de pensamento, porque nada adiantaria pensamento sem liberdade de sua emissão (CARVALHO, 2003 p. 20).

[5] Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei. (1789)

Contudo, não se pode apenas manter-se neste conceito básico, pois a liberdade de expressão é um conceito altamente amplo e sua busca, garantirá a fruição no contínuo debate intelectual e o confronto de opiniões em um compromisso de permanente crítica. Seu alcance demasiadamente abrangedor, o torna um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais *Kommunikationsgrundrechte* que naturalmente decorrem dele (CANOTILHO, 2015 p. 26).

Há, desta forma, a necessidade de desdobrar seu conceito, observando o disposto legal para se denotar que sua cobertura abrange a decorrência de outros direitos correlatos, segundo a liberdade de pensamento, Sidney Guerra irá citar Pinto Ferreira:

> O sistema democrático e jurídico-constitucional da liberdade de pensamento é básico e desdobra-se das seguintes maneiras: a) liberdade de consciência, compreendendo a liberdade de crença (direito de professar qualquer religião ou de ser ateu) e a liberdade de opinião (ou direito de possuir convicções próprias em matéria política ou filosófica); b) liberdade de exteriorização do pensamento, abrangendo a liberdade de culto (organização de movimentos religiosos, proselitismo, edificação de igreja e tempo) e, além disso, a liberdade da palavra, imprensa, cátedra, ou aprendizagem científica, artística, literária (FERREIRA, 1989 apud GUERRA, 2004 p. 72).

Se observa, nesta ótica, que o desdobramento que a liberdade de imprensa estará ligada a liberdade de expressão, pois este será um meio para a livre manifestação do pensamento, pois sem esta todas as outras liberdades estariam ameaçadas, assim coloca Rui Barbosa “de todas as liberdades, a do pensamento é a maior e mais alta. Sem ela todas as demais deixam mutilada a personalidade humana, asfixiada a sociedade, entregue à corrupção o governo do Estado” (GUERRA, 2004 p. 71).

A consagração da liberdade de expressão como um direito fundamental, portanto, tem significado singular quando utilizado dentro de um contexto de Estado Democrático de direito, mesmo sendo um termo genérico que se desdobrará. Em primeiro plano, denota-se o significado de direito de personalidade, contudo nota-se

dentro da doutrina e jurisprudências Brasileiras e Estrangeiras, sua conotação maior, a de constitutiva da ideia e prática democrática. (BORNHOLDT, 2010 p. 81)

Quando se procura analisar e buscar dentro do ordenamento jurídico brasileiro as disposições a respeito da Liberdade de Expressão, encontra-se vasta presença, tanto constitucional, quanto infraconstitucional.

Quando observamos sobre a ótica Constitucional, a Constituição Federal de 1988 afirmou explicitamente o direito à liberdade de informação em seu artigo 5º, inciso IV, segunda a redação de que "é livre a manifestação do pensamento". Ainda no artigo 5°, no inciso IX, dispõe-se que será livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença. Vedando, porém o anonimato (CANOTILHO, 2015 p. 25).

Consagrando e reafirmando essa posição, encontra-se o artigo 220 da Constituição Federal de 1988[6], como um complemento que visa assegurar com maior veemência não apenas a liberdade de pensamento, mas a sua concreta manifestação, efetiva e positiva (SELEME, 2011 p. 115).

José Afonso da Silva trará, desta forma, que a liberdade de expressão e comunicação consistirá:

> [...] num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5° combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição (AFONSO DA SILVA, 1996 apud GUERRA, 2004 p. 79)

À despeito de legislações complementares fora a Carta Magna, obtém-se a Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, que buscou regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, bem como o Decreto 83.284 de 13 de março de 1979 deu nova regulamentação ao Decreto-Lei nº 972, de 17 de outubro de 1969, que dispora sobre o exercício da profissão de jornalista, em decorrência das

[6] Art. 220: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (BRASIL, 1988).

alterações introduzidas pela Lei nº 6.612, de 7 de dezembro de 1978, invalidado, contudo o artigo 4º, inciso III do Decreto 83.284/79[7], pelo Recurso Extraordinário 51.961, por entender inadequação aos valores estabelecidos pela nova Constituição de 1988. (GUERRA, 2004 p. 89 – 90).

Encontra-se, desta forma, um fomento legal para a as outras liberdades que estarão ligadas ao gênero Liberdade de Expressão, sendo possível elencar:

> a)liberdade de expressão intelectual, artística, e científica, pois são elas formas da expressão e difusão do pensamento, sendo lícito a todas as pessoas produzir obras artísticas, filosóficas, científicas e intelectuais, e divulga-las, sem temer qualquer tipo de censura ou depender de autorização ou licença de qualquer pessoa;
>
> b)elenca-se, ainda, a liberdade religiosa, incluindo-se entre as liberdades espirituais, sendo esta externada através da manifestação do pensamento, não excluindo-se a liberdade de crença, entendendo-se como a "liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro" através do culto e liberdade de organização religiosa, bem como a liberdade de não-crença, nas palavras de Pontes de Miranda sua tratativa distinta, pois "liberdade de crença compreende a liberdade de ter uma crença e a de não ter crença";
>
> c)por último, encontra-se o objeto deste trabalho, a liberdade de imprensa, que compreende não apenas esta, mas a liberdade de informação, sendo esta consagradora máxima da livre manifestação do pensamento, pois será esta que trará uma posição ativa, concedendo direito à informar, gerando a liberdade de imprensa lato sensu, quanto passiva, no direito a procurar e receber informações de interesse coletivo, geral ou particular, previamente tratado neste trabalho, em sua forma legal pura na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no artigo 11, bem como na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da ONU, de 1948, no artigo XIX (CAVALIERI FILHO, 2014 p. 118/GUERRA, 2004 pp. 73 - 76).

Fica demonstrado, portando, a grande importância dentro do preceito democrático o desdobramento da Liberdade de Expressão, pois será esta a

[7] Art 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional do Ministério do Trabalho, que se fará mediante a apresentação de: III - diploma de curso de nível superior de Jornalismo ou de Comunicação Social, habilitação Jornalismo, fornecido por estabelecimento de ensino reconhecido na forma da lei, para as funções relacionadas nos itens I a VII do artigo 11;

responsável por externar a liberdade de pensamento, tendo papel singular, se não basilar e principiológico, do processo democrático-social.

3.2 Conceito de liberdade de imprensa

A liberdade de imprensa nascerá do preceito macro, liberdade de expressão, aliada ao direito de informação. Que por muitas vezes serão tomados como sinônimos, até em uma perspectiva de fungibilidade, sendo um incluído pelo outro, pois por muitas vezes os incipientes jornais na época de geração da imprensa eram utilizados como fortes bandeiras ideológicas de seus proprietários e organizadores. Mesmo sendo utilizados desde suas origens como preceitos conceptualísticos equivalentes, se faz necessária sua diferenciação, pois a informação quando trazida ao mundo jurídico, terá significação diversa da manifestação de pensamento, sendo necessário estudá-la como um instituto próprio, que não poderá ser embaralhado no mesmo domínio jurídico da livre expressão do pensar (CARVALHO, 2003 p. 20-21).

Mesmo sendo demasiadamente claro que a separação entre informação e expressão, não possuem fronteiras profusamente demarcadas no campo do senso comum, a sua diferenciação doutrinária e jurídica deve ser posta a frente. A importância se dá, portanto, quando se toca na relação da correta transposição daquilo que está sendo expressado para formação correta da opinião pública, que possui direito de ter conhecimento se aquilo que está chegando a ele se trata de fato de uma informação, um fato, um acontecimento, ou se trata de uma opinião ou a manifestação da expressão criativa do homem. Através desta perspectiva de direito, que nasce a indispensabilidade de diferenciação da informação da expressão do pensamento, sendo que quando da informação, esta deve ser tratada com neutralidade e imparcialidade (CARVALHO, 2003 p. 21).

Abre-se desta forma um caminho duplo de tratativa da informação, pois esta terá natureza dúplice, quando se trouxer o panorama de o público e a sociedade possuir tanto o direito a informação, quanto a liberdade desta, como direito

fundamental. Sendo necessária, ainda, a diferenciação de ambas. Assim sendo, teríamos o direito fundamental ligado a liberdade da livre de expressão do pensamento, no sentido de direito a informar e o outro, seria o direito a buscar informações fidedignas, ou pelo menos pluralidade de informações para se obter uma verdade real pautada no livre direito de convencimento e pensamento, com pressuposição de ser uma informação adequada e verdadeira, sendo, portanto, o direito à informação (LEYSER, 2000 p. 06/LIMA, 2012 p. 52 – 58/ BORNHOLDT, 2010 p. 84).

Quando se analisa a construção sob a visão dos doutrinadores clássicos, observa-se que existia uma necessidade de desvencilhar-se da ideia de somatização dos conceitos de liberdade de imprensa e os meios em que essa era poderia ser exercida, bem como o desenvolvimento desta ideia da natureza dúplice do direito de informação.

Thomas Paine em artigo publicado em 19 de outubro de 1806 pela *American Citizen*, jornal que circulou em Nova York entre 1802 e 1810, irá tratar especificamente sobre a liberdade de imprensa, bem como seu surgimento. Paine atribui o uso do termo "liberdade de imprensa" ao fato da Revolução Inglesa em 1688 abolir o cargo de *Imprimateur*, este cargo consistia em um agente do governo que ficara responsável por realizar o controle prévio do conteúdo daquilo que seria impresso, isso se dá porque o uso do termo será atrelado à possibilidade de imprimir livre de controle prévio, não se fazendo, contudo, relação com o efetivo conteúdo ou assunto impresso, sendo ele ruim ou bom. O que se interpreta, portanto, é que o fato de que se obtenha a possibilidade de livre materializar a expressão do pensamento através de sua tipografia, a então chamada liberdade de imprimir, não terá qualquer relação com o conteúdo impresso, devendo aquele que escreve ser responsabilizado por aquilo de sua autoria perante os poderes constituídos. (LIMA, 2012 p. 46 – 50)

Thomas Jefferson é um autor clássico constantemente utilizado a favor dos interesses da imprensa. Uma de suas frases mais emblemáticas sobre o tema estará constada em um longo parágrafo de uma carta enviada ao delegado da Virginia no

Congresso, Edward Carrington, em 1787, quanto servia de embaixador americano em Paris:

> A base de nossos governos sendo a opinião do povo, o primeiro objetivo deve ser mantê-la exata; fosse deixado a mim decidir se deveriam ter um governo sem jornais ou jornais sem um governo, não hesitaria um momento em preferir este último (LIMA, 2012 p. 51).

Este trecho demonstra a posição de Jefferson, tanto de sua preferência midiática em detrimento de um Estado maior e mais controlador, quanto à imprensa ser o reflexo da opinião pública no âmbito real. Esta posição, todavia, ficaria a cargo de uma condicionante, de que todos devem receber estes jornais e possuir o conhecimento necessário a ler e interpretar aquilo esta sendo a ele dirigido, mostrando, desta forma que, se existe o fato, bem como a necessidade de todos recebam os jornais, logo se pensa na implícita e intrínseca existência do direito a informação. Esta informação para Thomas Jefferson deverá ser exposta ao povo através de diversas ideias, pois através do acesso a diferentes fontes, atrelados aos debates livres de ideias nas comunidades, promovidos nos *town meetings*, emergiria então a verdade, ou seja, o direito correlato de informar e ser informado (LIMA, 2012 p. 51 – 52).

Denota-se, portanto, que para os clássicos o conceito de liberdade de imprensa terá intensa correlação ao direito de imprimir na Inglaterra do século XVII, bem como a liberdade individual de pensamento e expressão (LIMA, 2012 p. 80).

Consonante a essa ideia, Afonso da Silva entenderá a liberdade de informação jornalística não se resumindo meramente a imprensa, pois esta estará atrelada à impressão de um veículo de comunicação, sendo que a informação jornalística abarcará um alcance muito maior, atingindo qualquer maneira de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social (GUERRA, 2004 p. 80).

Assim se sucede com o conceito proposto pelo professor Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

> a imprensa hoje significa informação, jornalismo, independentemente do processo que o gerou, seja a prensa ou seja a radiodifusão de sons. Neste conceito podemos incluir como imprensa a atividade jornalística dos jornais, revistas, periódicos, televisão e rádio. O que prepondera é a atividade e não o meio empregado para divulgá-la (GUERRA, 2004 p. 85).

Reafirma-se o conceito proposto através de uma matéria publicada pela revista do provão relativo ao curso de jornalismo entendendo-se que a imprensa na atualidade se mostra dentro de:

> Diversificação do mercado jornalístico nos últimos tempos é marcante. Primeiro, foram os jornais de bairro, depois vieram as TVs a cabo, a preparação de CD-Roms e home pages. A notícia on-line e o jornalismo pela internet são tendências que se espalham em grande velocidade e já ocupam um número expressivo de profissionais (GUERRA, 2004 p. 84 – 85)

Neste diapasão, prefere-se hoje utilizar-se de um conceito moderno de imprensa, depreendendo-se como qualquer forma de produção de informação, sendo ela escrita, por meio de impressões gráficas, bem como aquelas que foram produzidas e divulgadas através de radiodifusão sonora e de sons e imagens, possuindo estes um alcance ilimitado sobre a grande massa. Por essa razão que muito doutrinadores irão preferir o termo liberdade de informação, pois com todos os avanços tecnológicos retrocitados, a vinculação ao termo imprensa não se mantém completo, pois o papel da imprensa de outrora é o mesmo da livre informação, consistindo puramente em propiciar informação a população. (GUERRA, 2004 p. 77 e 85/LEYSER, 2000 p. 121)

3.3 Função social da liberdade de expressão e imprensa

Quando se transmuta da busca conceitual das liberdades para qual a sua real Função dentro do Estado em relação a sociedade, é de fácil compreensão que estarão intimamente ligadas e confundidas, pois a liberdade de imprensa será a materialização da opinião pública dentro do Estado Democrático de direito, utilizando-se dela para buscar informação e informar. O livre exercício da liberdade de informação e imprensa se mantém, portanto, como a forma mais especifica da

liberdade de expressão, pois quando essa é exercida de maneira livre a fim de realizar um trabalho com transparência, pode-se, dentro da sociedade, firmar as próprias convicções, assim sendo a imprensa exercerá papel social demasiadamente importante (GUERRA, 2004 p. 76 – 77).

Karl Marx sintetizará um pensamento, quando observado sob seu manuscrito A Liberdade de Imprensa, no sentido de "a imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é primeira condição de sabedoria" (GUERRA, 2004 p. 77)

Neste mesmo sentido John Stuart Mill irá publicar em seu texto Sobre a Liberdade *(On Liberty)*, em 1859, mais especificamente em seu capitulo III, em meio aos conceitos da questão do "jugo de opinião" *(the yoke of opinion)*, que o papel dos jornais de seus jornalistas na formação de opinião, quando se propõe que a informação seja transmitida através de uma imprensa livre de controle ou monopólio estatal:

> [...] a massa não recebe suas opiniões de dignatários na Igreja e no Estado, de líderes manifestos ou de livros. O que pensam é criado por homens muito semelhantes a eles mesmos, os quais se dirigem a eles ou falam em seu nome, impulsivamente, por meio dos jornais (LIMA, 2012 p. 55 – 56).

Desta forma, o liberalismo de Mill, se justificará quando propiciar a circulação da diversidade e da pluralidade de ideias existentes dentro de toda a sociedade, em outras palavras, deverá garantir a universalidade da liberdade de expressão individual ou do direito de comunicação, tornando-se condição necessária e basilar para a apreciação da verdade, embora nada garanta que ela de fato prevaleça (LIMA, 2012 p. 58).

A importância concedida à liberdade de imprensa se salienta quando da posição defendida por Thomas Cooley, atribuindo a essa um conceito de multiplicidade de papéis, assim salientará o autor:

> A imprensa é um meio de comodidade pública que registra os acontecimentos do dia, a fim de apresentá-los aos leitores, faz

> conhecer sucessos futuros, adverte contra possíveis desastres, e contribui de vários modos para o bem-estar, o conforto, a segurança e defesa do povo. Mas sob o ponto de vista constitucional a sua importância capital consiste em facilitar ao cidadão ensejo de trazer perante o tribunal de opinião pública qualquer autoridade, corporação ou repartição pública, e até mesmo o próprio governo em todos os seus ramos com o fim de compeli-los, uns e outros, a submeterem-se a um exame e a uma crítica sobre sua conduta, as suas medidas e os seus intentos, diante todos, tendo em vista obter a prevenção ou a correção dos males; do mesmo modo serve para sujeitar a idêntico exame e com fins idênticos, todos aqueles que aspiram a funções públicas (GUERRA, 2004 p. 78).

Atrelada a essa importância multifacetada, Norberto Bobbio, dentre outros autores, atribuirá um conceito relacionado a tripartição de poder de Charles de Montesquieu, concedendo a imprensa o título de quarto poder. Isso se dará, pois, os meios difusores de informação desempenharão "uma função determinante para a politização da opinião pública e, nas democracias constitucionais, têm capacidade de exercer um controle crítico sobre os órgãos dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário", exercendo, desta forma o papel de "controle externo" destes poderes. Pode-se dizer então, que a imprensa desempenha um papel duplo, de um lado busca informar a quem se interessa e, de outro, formará opiniões. (GUERRA, 2004 p. 78 – 79 e 82).

No Brasil, Rui Barbosa e Oliveira Vianna, irão tratar os representantes no governo e no Estado, com o papel de interpretar os interesses de seus nacionais, colocando, ainda, a imprensa em primeiro plano com a finalidade de serem estes a real expressão da opinião pública. A fim de solucionar essa dicotomia, o historiador e cientista político Aluysio Castelo de Carvalho trabalhará com um conceito interessante denominado de publicista. Onde os jornais cariocas na época de entrada do Governo Militar em 1964, teriam abandonado a concepção institucional de representatividade da opinião pública, deixando esta a cargo exclusivo do poder público por meio dos partidos, de eleições regulares e de representantes políticos, para a adoção da concepção publicista, como a materialização da expressão da opinião pública, estando condicionada a publicização das diversas opiniões individuais, constituidoras do termo público. Esta concepção que trará justificação às

críticas aos partidos políticos e ao Congresso, bem como legitima e sustenta a posição que os jornais serão os reais representantes da opinião pública (LIMA, 2012 p. 69).

Verifica-se então, tamanha importância e relevância que as liberdades de imprensa ou informação tiveram por parte dos legisladores constituintes, como uma liberdade civil, individual, expressando, contudo, toda uma opinião coletiva, fundamental e essencial, tendo sua contemplação parte dos direitos fundamentais (GUERRA, 2004 p. 79).

3.4 Da autorregulação e da boa-fé

Quando se parte para a área de julgamento e procura para atrelar um posicionamento crítico à Liberdade de Imprensa, procura-se invocar a "teoria da responsabilidade social da imprensa", estado essa pautada centralmente no pluralismo de ideias, bem como no profissionalismo dos jornalistas (LIMA, 2012 p. 59).

A responsabilidade social teve início no pós-Segunda Guerra Mundial, sendo essa aplicada através de códigos de autorregulação às empresas em geral, contudo em particular, às empresas jornalísticas estadunidenses. Tais códigos possuíam como finalidade principal estabelecer parâmetros de comportamento aos jornalistas e aos setores como rádio e televisão, ou seja, será um modelo ligado a regulação vinculado aos interesses dos grandes grupos de mídia (LIMA, 2012 p. 60).

A responsabilidade social estará baseada na crença individualista de que qualquer pessoa que possa gozar de liberdade tem certas obrigações para com a sociedade, por esta razão se encontra o caráter normativo. Contudo, quando se observa a teoria da responsabilidade social, se depreende não apenas a retribuição social pelo exercício da liberdade, mas a possibilidade de admissão da mídia servir ao sistema econômico buscando a obtenção e acumulo de capital, entretanto deve cumprir o requisito de subordinação de suas funções à promoção do processo democrático e à informação do público, ou seja, dentro daquele preceito por este

trabalho já exposto pelo professor Luís de Carvalho, que o público tem o direito de saber das informações, bem como qual o tipo utilizado para não incorrer em erro, pensando-se que se trata de informação, quando na verdade será uma opinião gerada a partir da cognição criativa do homem (LIMA, 2012 p. 60/CARVALHO, 2003 p. 21).

A fim de cumprir a teoria da responsabilidade, respondendo às críticas sofridas pelos meios de comunicação, Hutchins Commission resume as exigências que as mídias teriam que cumprir em cinco pontos principais:

> proporcionar relatos fiéis e exatos, separando notícias (reportagens objetivas) das opiniões (que deveriam ser restritas às páginas de opinião;
>
> servir como fórum para intercâmbio de comentários e críticas, dando espaço para que pontos de vista contrários sejam publicados;
>
> retratar a imagem dos vários grupos com exatidão, registrando uma imagem representativa da sociedade, sem perpetuar os estereótipos;
>
> apresentar e clarificar os objetivos e valores da sociedade, assumindo um papel educativo; e por fim,
>
> distribuir amplamente o maior número de informações possíveis (LIMA, 2012 p. 61).

Estes cinco pontos, estarão ligados a formação de critérios profissionais do considerado "bom jornalismo", estando pautado, portanto, na objetividade, exatidão, isenção, diversidade de opiniões, bem como o interesse público, trazendo consigo uma transmutação da simples liberdade de imprensa para a responsabilidade da imprensa, o que ajudou a legitimar inclusive a atividade de crítica da mídia como atividade essencial de democracias maduras. Estes pontos foram adotados pelos Estados Unidos, bem como recepcionados pelos Manuais de Redação de boa parte dos jornais brasileiros, sendo evocada como o pensamento da responsabilidade por aqueles que escolheram a mídia como atividade profissional e empresarial (LIMA, 2012 p. 61 – 62).

Quando partimos destes pontos a fim de gerar um "bom jornalismo", pode-se utilizar das palavras de Juarez Bahia para entender que para determinada conduta possa ser considerada uma atividade jornalística, deverá este:

> apurar, reunir, selecionar, selecionar e difundir notícias, ideias, acontecimentos e informações gerais com veracidade, exatidão, clareza, rapidez, de modo a conjugar pensamento e ação (GUERRA, 2004 p. 103) (grifos do autor).

Podemos destacar que a atividade exercida pelo jornalista deve estar dotada de não apenas uma conduta de autorregulação com relação a sua atividade profissional, mas completa-se por sua conduta subjetiva, quando estiver elaborando o conteúdo a ser escrito.

Ao se utilizar da autorregulação como nomenclatura, quase que automaticamente nos voltamos aos manuais jornalísticos mencionados anteriormente, no sentido de se obter um "bom jornalista", de tal maneira que ficarão imputados a estes profissionais um determinado padrão de condução para elaboração de seus escritos. Poderá ser considerado, portanto, como uma boa-fé objetiva, pelo fato de sua tradução imediata e empírica como uma "regra de comportamento", aplicando estágios de conduta, assim completará o ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, presidente da Terceira Turma: "a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade" (Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Contudo, se trabalhará com a conduta e intenção do próprio elaborador da matéria jornalística, na qual se reportará doutrinariamente como a boa-fé subjetiva, ou seja, "é uma qualidade reportada ao sujeito" (CORDEIRO, 2001 p. 407), em outras palavras, estaremos em face com a estado de consciência do indivíduo em estar atuando em conformidade com os ordenamentos jurídicos a ele aplicados. Conquanto, em processo de análise ou julgamento de sua boa-fé, será averiguado a aplicação na maneira de conduta aos sistemas jurídicos, bem como seu andamento psicológico e ético. Assim completará António Cordeiro:

> […] para o primeiro (psicológico), a boa-fé seria a simples ignorância de certo facto; para o segundo (ético), ela seria uma ignorância desculpável. A desculpabilidade corresponde a um juízo cuja fonte objectiva reside no acatar de bitolas normativas de actuação: há desconhecimento indesculpável quando o sujeito ignore certo facto, por ter procedido com desrespeito por certos deveres de cuidado. Este aspecto pode, de imediato, fundir-se com as considerações, acima tecidas, sobre os vectores protegidos pelas normas que tutelam e penalizam a boa e a má fé, respectivamente: os deveres de cuidado cuja violação, para o entendimento ético da boa fé, geram a má fé, destinam-se não a assegurar uma preocupação intelectual de conhecimentos, por parte do sujeito, mas a garantir as situações que ele, com o seu desconhecimento, vai prejudicar" (CORDEIRO, 2001 p. 512).

Importará ao jornalista para uma atuação de boa-fé, portanto, será o respeito aos aspectos de conduta impostos pelos seus determinados manuais, bem como a observância dos preceitos intrínsecos a ele, com o cuidado para estar em conformidade com as projeções disciplinares propostas pela regra objetiva, com a finalidade de apresentar um trabalho sem deturpações.

Isto posto, os aspectos do trabalho jornalístico, para que esteja dentro dos critérios para entrar em conformidade com a boa-fé, tanto objetiva quanto subjetiva, deverá estar pautado pela independência, a veracidade, a objetividade, a honestidade, a imparcialidade, a exatidão e a credibilidade. (GUERRA, 2004 p. 103).

A independência estará relacionada a disposição de bases econômicas capazes de dispensar a subvenção a tutela e o controle. Afirma Juarez Bahia que "imprensa dependente, manobrada por interesses obscuros, não pode ser confiável" (GUERRA, 2004 p. 103), isto se dá já em 1978, realizada a Conferência Geral da Unesco, em Paris, quando foi aprovada a "Declaração sobre os Princípios Fundamentais Relativos à Contribuição dos Meios de Comunicação de Massa para o Fortalecimento da Paz e da Compreensão Internacional para a Promoção dos Direitos Humanos e a Luta contra o Racismo, o Apartheid e o Incitamento à Guerra", constante em seu artigo sexto, se tinha a preocupação na utilização dos meios de mídia para instaurar um novo equilíbrio, bem como reciprocidade na troca e fluxo de informação, trazendo consigo novamente a expressão da pluralidade de

ideias para garantir a verdade real entre as sociedades através da disponibilização de informação, mas para isso seria necessária a diminuição da desigualdade no fluxo dessa informação, principalmente sofrida pelos países em desenvolvimento. O artigo ainda completa:

> [...] Para tal fim, é essencial que os meios de comunicação de massa desses países disponham das condições e dos recursos necessários para fortalecer-se, estendendo-se a cooperação entre si e com os meios de comunicação de massa dos países desenvolvidos (LIMA, 2012 p. 63)

Desta forma entende-se que a independência estará ligada à teoria da responsabilidade social, podendo a atividade jornalística obter lucro, com a finalidade precípua de conquistar sua independência e obtenha bases consistentes para que não precise obter através de torpeza ou meios obscuros a venda de seu jornal, pois quando o jornal deter essa base, ficará a cargo de publicar apenas o que é de interesse de seus acionistas ou anunciantes, devendo para tanto fabricar, omitir, distorcer fatos, para, em conluio com as instituições públicas, a quem deveriam fiscalizar e criticar, beneficiar-se ou manter seus privilégios. (GUERRA, 2004 p. 104)

A preocupação com a Boa-fé é tão relevante frente ao meio jornalístico, que se observa a declaração de princípios para a conduta de jornalistas, adotada pelo 2º Congresso Mundial da Federação Internacional de Jornalistas, realizada em Bordeaux, em 1954 e emendada pelo 18º Congresso Mundial da Federação Internacional de Jornalistas, este realizado em Helsink, em 1986, estabelecendo uma conduta padrão para os jornalistas. Deve-se analisar o exposto em seu inciso 1°[8].

Se sua autorresponsabilidade estará intimamente ligada a execução do bom jornalismo, entende-se que a boa-fé das informações é objetiva, pois deverá cumprir requisitos de específicos ligados a sua atividade para que se publique algo. Quando isso não ocorrer o maior bem que as empresas jornalísticas detêm estará ameaçado, a sua credibilidade. Afirmado por Thomas Paine, apoiando-se em Thomas Jefferson,

[8] Respeito à verdade e ao direito do público à verdade é o primeiro dever do jornalista

se considera que o maior patrimônio dos jornais será sua credibilidade, pois sem ela, qualquer informação que for recebida através deles, será derrotada pela simples afirmação de que “ninguém acredita em um mentiroso vulgar ou em um difamador comum”, desta forma apreende-se que no jornalismo deve prevalecer a honestidade, imperando-se no meio jornalístico a noção de que uma informação não é uma informação se não for verdadeira (LIMA, 2012 p. 47/GUERRA, 2004 p. 106).

Quando se analisa a regulação, no Brasil, da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, bem como do exercício da atividade jornalística, encontraremos disposições infraconstitucionais. Para regulação da manifestação ficará a Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, e o Decreto 83.284, de 13 de março de 1979, que dará nova regulamentação ao Decreto-Lei 972, de 17 de outubro de 1969, dispondo sobre o exercício do profissional de jornalismo, sendo suas principais funções, estabelecer as normas de conduta a serem exigidas pelos profissionais e as consequências, caso seus atos atingirem o direito à imagem por informações veiculadas de forma errônea ou houver narração de fato inverídico (GUERRA, 2004 p. 90 – 91).

4 A PERSONALIDADE E O CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Com a finalidade de apresentar a dissidência teórica entre os institutos da liberdade de expressão e do direito ao esquecimento este capítulo evidencia sua importância trazendo à baila o direito de informação, interesse social, possibilidade de reparação impondo aplicabilidade da legislação vigente, prevalência da razoabilidade, bem como exteriorização do juízo de ponderação.

Não obstante, se fará necessária a demonstração teórica das figuras públicas para o direito, demonstrando o valor social das informações que são prestadas a seu respeito, determinando ainda, as diferentes naturezas da informação, bem como a formação classificatória entre os diferentes tipos de figuras públicas, passando por

aquelas naturalmente públicas em relação ao seu padrão de vida ou vida laboral, tal qual transformadas em públicas em razão de uma notícia ou fato.

Por último, analisar-se-á o instituto reconhecido como direito ao esquecimento através de sua formação, discussão internacional, bem como a aplicação no sistema judicial brasileiro.

4.1 Dicotomia entre a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade

Conforme explicitado, a dicotomia entre o Direito à Liberdade de Expressão aliado ao Direito de Informação cria na imprensa o papel de propagar os acontecimentos e fatos de relevância e interesse social, contudo, mesmo com a veracidade e boa-fé presumidas ainda estão passiveis de erros de conduta e prestação, podendo causar danos irreparáveis com vistas ao dano causado em um indivíduo e seu psicológico, possibilitando reparação patrimonial e moral sobre esta condução errônea na condução das e colhimento das informações obtidas sobre um determinado objeto e/ou pessoa.

A tutela da dignidade humana e a do livre desenvolvimento da personalidade serão partes primordialmente integrantes para a constituição de elementos estruturais do Estado Constitucional. Tais valores, portanto, identificam a natureza moral e racional do ser humano, bem como sua autonomia e responsabilidade, incorporando desta maneira, um dever de proteção de certas dimensões imateriais da personalidade, como a consciência, a autonomia, o pensamento e a reputação. Nesta perspectiva estarão incrustrados os chamados direitos de personalidade, pois concomitantemente esses garantirão a liberdade de expressão, no já mencionado artigo 5°, incisos IV e IX, da Constituição Federal de 1988, determinando ainda em seu inciso X “a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Isto posto, entende-se que tanto o direito a liberdade de expressão como os direitos de personalidade devem ser considerados uma estrutura

fomentadora e basilar de uma sociedade livre, plural e democrática, repousada sobre um princípio de dignidade e autonomia (CANOTILHO, et al., 2015 p. 31 e 32).

Tais direitos e princípios devem ser entendidos em consonância com a unidade hierárquico-normativa, onde ambos fazem parte do ordenamento Constitucional como um complexo de normas coerentes entre si com mesmo grau de hierarquia e importância. Deve-se, portanto, reafirmar que o princípio constitucional apresenta a base do sistema jurídico, balizando e incorporando toda a hermenêutica jurisdicional presente, a fim de alcançar sua função estrutural da unicidade jurídico brasileira. Não há como, desta maneira, deixar de afirmar que a honra, vida privada e imagem, tanto quanto a expressão de opinião ou a informação são direitos e garantias fundamentais para a formação de um Estado Democrático de Direito (GODOY, 2001 p. 67).

A fim de elucidar a importância dos princípios dentro do sistema hierárquico-normativo, deve-se preliminarmente buscar os conhecimentos de Ronald Dworkin, no qual o autor trará à tona a diferenciação entre regras e princípios, pois a partir dessa diferenciação, se tornará evidente a impossibilidade de aplicação direta, sem analise magistral, e desconsideração de um ou de outro, mesmo porque ambos são igualmente válidos e aplicáveis, cabendo ao magistrado, conforme já mencionado neste trabalho, a aplicação que melhor se adequará a propositura factual. Assim colocará o autor:

> Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade. [...] A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não

> apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. [...] Um princípio como "Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos" não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda sim] necessita uma decisão particular. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. [...] Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (DWORKIN, 2002 p. 36 – 43)

Faz-se necessária, sempre que houver citação da matéria de conflito entre ações e garantias constitucionais, será necessária a acentuação do comportamento diverso dos princípios trazida por Robert Alexy e advertida por Luís Roberto Barroso que, diferentemente das regras, nos casos de comandos de definição com natureza conflitante só será admitido, apenas, duas espécies de situação, apresentando-se válidas, com isso aplicável em concomitância, ou inválida e, antinômicas. Os princípios, todavia, serão sempre válidos e devem ser aplicados de maneira otimizada, mesmo quando de seu conflito, pois os mesmos possuem forma mais ampla, admitindo sua aplicação de forma mais enfática ou mais flexível, de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem o menor comprometimento de sua validade, devendo atuar, mesmo em conflito, na hipótese, considerada por Ricardo Lorenzetti como em "um nível de equilíbrio". Não será possível então a aplicação meramente daqueles critérios de solução da antinomia aparente das normas, mas correrá dentro das hipóteses, para Maria Helena Diniz, de antinomia

real, procurando recorrer a uma solução ou interpretação equitativa, que contenha intrinsecamente os fatos e valores contemporâneos à realidade à que a lide está inserida e será resolvida, devendo procurar a prevalência da razoabilidade quando em face com a racionalidade, exteriorizando assim o juízo de ponderação. É possível observar este preceito exatamente quando se observa o artigo 5° da Lei de Introdução ao Código Civil[9] (GODOY, 2001 p. 68 – 72).

Entende-se, portanto, que ambos os princípios, tanto a Liberdade de Imformação e Imprensa, bem como os Direitos de Personalidade, serão analisados de maneira distinta e válida perante a constituição, e caso uma ou outra sejam aviltadas, cabe a analise do real dano e de suas dimensões conforme cada caso, conforme também já citado no presente trabalho, motivo primordial pelo qual não entendeu-se conveniente a recepção da antiga lei de imprensa, Lei nº 5.250/67, editada durante o governo militar, no qual eram estabelecidos limites tarifários para danos causados pela imprensa que eram passíveis de indenização, assim votado pela ADPF 130, com relatoria do Ilustre Ministro Carlos Ayres Brito, assim estabeleceu:

> 10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo ADPF 130 / DF escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei n° 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescondível efeito prático de ir

[9] Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente ADPF 130/D F conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilibrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso. 11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADPF 130, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j.30.4.2009, DJU 6.11.09)

A liberdade de expressão, portanto, não pode justificar a desconsideração de direitos também positivados e garantidos pelas normas constitucionais e infraconstitucionais. A metodologia de ponderação se faz necessária sob esta ótica,

pois a proporcionalidade e a harmonização equilibrada ou concordância prática serão fundamentais para criação de um ambiente onde se possa obter um discurso globalmente positivo e justo, sendo esse de extremamente necessário à radicação das oportunidades de comunicação para os indivíduos e para os diversos grupos de uma sociedade constitucionalmente plural (CANOTILHO, et al., 2015 p. 30 e 31).

À vista disso, o que se deve analisar, conforme proposto por Karl Larenz, quando do conflito destes princípios, a ponderação dos bens no caso concreto, deve confrontar de um lado, a importância para a opinião pública do assunto a que se deu a discussão, a seriedade e a intensidade do interesse na informação; de tal forma que antagonicamente estará a espécie (esfera privada ou apenas esfera profissional), bem como a gravidade (modo deformado e injurioso da reportagem) do prejuízo causado à personalidade. Em outras palavras, se afirma que é necessário verificar o caso concreto, quando o sacrifício da honra, privacidade ou imagem de determinada pessoa se impõe quando confrontada por informação ou manifestação que, de certa forma, se traje de interesse social, coletivo. Quando não for demonstrável a justificação para esta invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo, estará percebido o dano (GODOY, 2001 p. 74 e 75).

Quando estiver evidenciado o dano pelo exercício da liberdade de imprensa, então, ficará com a responsabilidade de ressarcir tanto o autor do escrito, quanto o proprietário do veículo que fora a notícia veiculada, assim evidenciada pela Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça[10] (FARIAS, et al., 2011 p. 161).

O que se infere, em fim, é a flexibilização necessária dos principios de Liberdade de Expressão e os Direitos de Personalidade, ambas constitucionalmente válidas e garantidas, conforme o caso concreto (FARIAS, et al., 2011 p. 164).

[10] Súmula 221 STJ: São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

4.2 Do direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento nasce da ideia precípua da dignidade da pessoa humana, possuindo suas raízes principais na inviolabilidade da vida privada e da proteção à privacidade, mesmo que ainda possuam objetos de análise e conceito distintos. (GUEDES, 2016/REGO, 2016).

Direito a esquecer, portanto, terá como conceito, nas palavras de Pablo Dominguez Martinez:

> [...] é a possibilidade de defesa que, como uma redoma, permite a um particular que não autorize a veiculação ou retire desta um fato pretérito que o expõe ao público em geral, causando-lhe sofrimento e transtornos. Pode-se dizer que esta esfera de proteção funciona como um mecanismo de isolamento direcionado à informação intertemporal (MARTINEZ, 2014 apud REGO, 2016).

Tem-se hoje uma discussão mais acalorada à respeito do assunto, pelo grande avanço tecnológico, principalmente quando ao deparar-se com a internet na grande era de acesso à informação, contudo esse assunto já possuía grande destaque nas doutrinas e jurisprudências internacionais como maneira de desvincular-se de informações e situações pretéritas constrangedoras e vexatórias que causam dor e sofrimento aquele que se encontra como objeto na sua prestação, mesmo que a exposição se dê de fato verídico, pois a alegação simples de *exceptio veritatis* não irá justificar a invasão da privacidade, ou neste caso, o ferimento constante da memória individual e coletiva do sujeito. (CANOTILHO, et al., 2015/GUEDES, 2016/REGO, 2016).

Apesar de não poder ser chamado de objeto novo de estudo pelos juristas brasileiros, a discussão sobre o direito ao esquecimento toma novo folego com o advento do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, realizado em Março de 2013, no qual reafirmará as origens históricas no âmbito penal com a finalidade de

facilitar o aspecto ressocializador, porém terá como objeto de análise principal a utilização da Tutela Judicial Inibitória[11] (GUEDES, 2016/REGO, 2016).

Dentre outros aspectos assim colocará o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

> […] esta é a posição conciliadora de Gustavo Tepedino (Opinião Doutrinária acerca da interpretação conforme a Constituição dos arts. 20 e 21 do CO, Organizações Globo, 15.06.2012, p. 25), ao afirmar que o direito ao esquecimento cede espaço ao interesse público inerente à publicação de biografias. Sobretudo, mais do que ser reconhecido, o caso concreto pode exigir que o direito ao esquecimento seja protegido por uma tutela judicial inibitória, conforme admitiu o STJ em dois precedentes (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ). Isso porque a violação do direito à honra não admite a restitutio in integrum. A compensação financeira apenas ameniza o abalo moral, e o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido também é incapaz de restaurar o bem jurídico violado, visto ser impossível restituir o status quo. Como afirma Marinoni, é dever do juiz encontrar, dentro de uma moldura, a técnica processual idônea à proteção do direito material, de modo a assegurar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88). **Disso se conclui que não se pode sonegar a tutela judicial inibitória para resguardar direitos dessa natureza, pois nenhuma outra é capaz de assegurá-los de maneira tão eficiente** (CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA, 2013, grifos nossos).

O objetivo do direito ao esquecimento, portanto, não é o da censura às liberdades de expressão ou informação, mas sim salvaguardar o sujeito de direitos, quando se obtiver produção ou manutenção de notícias nas quais sua divulgação constitui de fatos pretéritos que perderam o interesse público ou não possuem mais atualidade, podendo então, causar dor, sofrimento ou constrangimento a pessoa objeto da informação ou à sua família. Nestes casos, consequentemente, se procurará a proteção da memória individual, esta entendida como aspecto privado, abarcando os sonhos, valores e perspectivas do indivíduo, na qual o sujeito tem direito de esquecer aquelas memórias que lhe causam sofrimento e mal-estar, reprogramando-

[11] Tutela Inibitória, de maneira sucinta, será a ação judicial que visa evitar ilícito, independente do aparecimento de dano, a fim de amparar ou proteger direito material. Sua base legal ficará a cargo dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC (RAMOS, 2011)

as ou simplesmente não mais revivendo-as, o que se torna impossível quando se procurar veicular reiteradamente um fato ocorrido, sendo ele, conforme salientado previamente, verdadeiro ou não (REGO, 2016).

Não se poderá, entretanto, confundir o direito ao esquecimento com a vida privada ou seus efeitos, pois possuem objetos jurídicos totalmente distintos. Assim afirmará Giancarlos Coutinho do Rego, em seu artigo jurídico:

> O direito ao esquecimento vislumbra proteger a memória individual, de informações passadas, que não apresentem utilidade, isto é, que não haja um interesse público na informação, bem como atualidade. Enquanto o direito à privacidade protege as informações pessoais e recentes. Havendo os caracterizadores do direito ao esquecimento, falta de atualidade e interesse público na informação, surge para o indivíduo a possibilidade de resguardar seu passado, sua memória individual, decidindo até que ponto suas informações pessoais devem ser de conhecimento público. As informações pessoais contemporâneas serão protegidas pelo direito à privacidade, mas futuramente, essas mesmas informações poderão vir a ser objeto de proteção do direito ao esquecimento (REGO, 2016)

Demonstrando, desta forma, que além do objeto conceitual se encontrar distinto, a linha temporal para execução da ponderação fará grande influência quando se necessitar apreciar e julgar a realidade factual do conflito entre a manifestação da informação e os direitos da personalidade.

4.3 Figuras Públicas como objeto da liberdade de imprensa

Quando percebemos o ser humano e sua necessidade em viver em grupo, quando da convivência nota-se uma busca por notoriedade e inclusão dentro do espaço social. Essas pessoas que se destacam dentre uma sociedade, intitulamos figuras públicas. As figuras públicas são normalmente os alvos das campanhas publicitárias, bibliografias e matérias jornalísticas, montando o seu risco de exposição muito maior do que outros, pois a órbita de interesse social sobre os aspectos de sua vida privada se caracteriza, resultando em menor margem de resguardo de seus direitos ligados à personalidade, principalmente quando da privacidade. A classificação de figuras públicas faz-se necessária, portanto, para

estabelecer que algumas figuras serão mais passíveis de erro de conduta da mídia do que outras. A jurisprudência norte-americana existe igualmente o conceito de figura pública. A taxonomia das figuras públicas é procurada, portanto, para que haja maior diferenciação e entendimento a respeito dessas pessoas de interesse público, distinguindo-se elas em "voluntárias e involuntárias", "definitivas e temporárias", "ilimitadas e limitadas" (CANOTILHO, et al., 2015 p. 44).

Podem ser classificadas como figuras públicas voluntárias as pessoas que deliberadamente procuram pela fama e notoriedade, através de uma profissão específica, estilo de vida, realizações ou vocação, tendo decidido assumir maior protagonismo, bem como maior visibilidade perante o público geral, como por exemplo, músicos, atores, políticos, atletas profissionais etc. atraindo para si o interesse informativo ou a dignidade noticiosa, que pode ser facilmente confundida com a mera curiosidade pública (CANOTILHO, et al., 2015 p. 45).

Em contrapartida, temos as figuras involuntárias, que em virtude de sua vocação, profissão ou de seus feitos, sendo eles benéficos ou maléficos, acabam por adquirir status de notoriedade, contudo falta-lhe o elemento da voluntariedade, tornando-se figura de interesse público, sem ou contra sua vontade. Como por exemplo, um cirurgião plástico de celebridades que não ingressa em nesta profissão originalmente com interesse público, todavia o fato de suas e/ou seus pacientes possuírem notoriedade social, seus atos e omissões ganharão notoriedade e interesse. Cabível o enquadramento ainda daqueles que surgem associadas a um evento com interesse informativo, ou dignidade noticiosa, tais como as vítimas de crimes ou de acidentes, os suspeitos ou acusados de crimes, pessoas conhecidas por atos heroicos ou cuja informação colocada nas redes sociais suscitou grande interesse público. Dificilmente aquelas suscitadas como figuras públicas involuntárias poderão recuperar o status quo privado anterior à sua exposição enquanto não cessarem o alvo de interesse informativo a eles atrelado (CANOTILHO, et al., 2015 p. 45 e 46).

Quando nos deparamos com ambos os conceitos, temos caracterizado que as figuras intituladas como figuras públicas involuntárias, pois as mesmas estão muito

mais próximas das figuras privadas e devemos fazer uma comparação entre as figuras públicas e privadas no tocante a proteção, a fim de delimitar o conceito de figura pública de maneira coesa e completa. A caracterização da figura privada se concretiza pelo simples fato de não ter esta buscado a visibilidade pública ou desejado participar de forma ativa na discussão de determinado tema de relevante interesse público. Por esse motivo, não terá a sua disposição a facilidade de acesso aos meios de comunicação, privando-a da capacidade de resposta e retaliação, e tornando-a, por isso, mais vulnerável. Razão pela qual, avocasse uma acentuação na proteção desses indivíduos. Podemos colocar exemplos hipotéticos, tais quais a secretária de um determinado político, um cientista de investigação com fundos federais ou uma pessoa publicamente acusada de prática de um crime têm sido consideradas figuras privadas, mesmo que inseridas em um contexto de interesse público, pois são elas distintas das figuras públicas que possuem amplo acesso à mídias e seguidores de seu trabalho dispostos a dar-lhe oportunidade de resposta, mostra-se então uma maior dignidade de proteção dos seus direitos de personalidade (CANOTILHO, et al., 2015 p. 47).

Para maior elucidação, caberá a este trabalho trazer alguns exemplos da aplicação da ponderação e sobrepujança entre os princípios.

O caso mais emblemático sobre a proteção dos direitos de personalidade em virtude de prejuízo sofrido com a divulgação de informação midiática prejudicial à pessoa pública eventual foi o caso da Escola Base em São Paulo em 1994. O caso é conhecido como o calcanhar de Aquiles da mídia brasileira. Os donos da Escola de Educação Infantil Base, na zona sul de São Paulo, foram acusados de pedofilia. A opinião pública e a maioria dos veículos de imprensa acusaram, julgaram e condenaram Icushiro Shimada, Maria Aparecida Shimada, Mauricio Alvarenga e Paula Milhim Alvarenga, dando lhes pouco espaço para resposta das acusações à eles proferidas. Na esfera jurídica, entretanto, os acusados do crime tiveram absolvição, contudo já era tarde para a tentativa de recuperação da imagem atribuída à eles após a cobertura da imprensa, mesmo com as acusações ruídas e todos os

indícios apontados como inverídicos e infundados a escola, que já havia sido depredada pela população revoltada, teve que fechar as portas. Muitas foram as ações movidas objetivando a reparação civil pelos danos sofridos, em uma delas, Paula Milhim, antiga professora e coordenadora pedagógica da Escola Base, tem como escopo uma indenização de R$ 250 mil que ganhou na Justiça paulista. Com a repercussão do caso, Paula perdeu o emprego, se afastou da família, e acumulando dívidas em um emprego instável como auxiliar administrativa (PRAGMATISMO, 2012/LEITE, 2015)

Este caso se torna relevante, quando diante de outras jurisprudências que, irão fundamentar este tipo de acontecimento à teoria do risco que fará necessária a aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, onde haverá o afastamento da culpa, aplicando-se a responsabilidade objetiva, ou seja, a mera demonstração do dano ocorrido e o nexo causal bastão para a configuração do dever de indenizar por parte daquele que deu causa ao evento danoso. Sustentado pelo relator Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima na Apelação Cível n° 70.022.990.683, décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 26 de junho de 2008, onde a defesa demandada estava fulcrada no fato de que o erro incorrido pelo jornal se deu por ato de terceiro, qual seja a autoridade policial. Contudo, a afirmação não teria força para afastar sua responsabilidade pela divulgação da notícia, pois a atividade jornalística deve-se certificar da confiabilidade de suas fontes de informação, devendo a mesma assumir os riscos da repercussão de fato inverídico. De tal maneira que, a empresa que oferece riscos a terceiros com base no exercício de sua atividade laboral, responderá pelos eventuais prejuízos que causar à honra e ao bom nome de outrem, de forma objetiva, ou seja, independente da afirmação da culpa ou dolo do agente, conforme estabelece o artigo retrocitado, bem como aplicação do Código de Defesa do Consumidor, visto que se trata de atividade empresarial que visa lucros, podendo desta forma, ser enquadrada como fornecedora de serviços, cujo o objeto fornecido é a informação (ANDRIOTTI, 2013 p. 340 e 341).

O mesmo entendimento se estende a outros julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como exemplo: Apelação Cível n° 70.044.851.244, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 28 de setembro de 2011; Apelação Cível n° 70.020.581.161, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 17 de outubro de 2007 e; Apelação Cível n° 70.021.067.954, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ralator: Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 28 de novembro de 2007 (ANDRIOTTI, 2013 p. 341).

Em contrapartida, notar-se-á a proteção à Liberdade de Imprensa, no qual estaria em polo diverso pessoa com direitos de personalidade supostamente atingidos devido a notícia veiculada, mas conforme o padrão seguido pela reportagem, não restou dúvida da correta diligencia e do ilibado uso da Liberdade de Expressão e exercício do Direito de Informar.

Em direto contraponto ao caso da Escola Base, encontra-se o julgamento da Apelação Cível nº 75.900-4 no Tribunal de Justiça de São Paulo, pois houve mera divulgação de fatos que envolveriam a despeito de pontuais apurações procedidas pelo inquérito policial (FARIAS, et al., 2011 p. 160). Assim explicitado nesse trecho, apoiado inclusive em Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini:

> ODUVALDO DONNINI e ROGÉRIO FERRAZ DONNINI percebem que "não constitui abuso no exercício de direito de informar, quando a notícia jornalística se limita a reproduzir fatos insertos no inquérito policial", cf Imprensa livre, dano moral dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil, cit., pp. 111-2. No mesmo diapasão: "Não constitui abuso no exercício do direito de informação a reportagem jornalística que se limita a reproduzir fatos constantes de inquérito policial, embora tenha aludido a 'furto' e 'roubo', quando se trataria de apuração de 'apropriação indébita'" (TJ/SP, Ac. unân. 2ª Câm. Direito Privado, ApCív. 75.900-4 – comarca de São Paulo, rel. Des. Cezar Peluso, j. 29.6.99, in Lex-JTJ 220:88 apud FARIAS, et al., 2011 p. 160).

Conforme julgamento, também pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em Apelação Cível nº 274.956-1, recordando político que professara demasiado

moralismo e, posteriormente, foi surpreendido, através de veiculação midiática, comprovando sonegação fiscal. O que comprovadamente se torna uma informação de relevante interesse público (FARIAS, et al., 2011 p. 160). Consonante ao fragmento do julgado:

> Ao divulgar fatos de sonegação fiscal em que se trata de notícia verdadeira, reportagem comum, mero repasse de informações obtidas de forma lícita, não cabe indenização por dano moral, pois nenhum ilícito cometeu a empresa jornalística (TJ/SP, Ac. unân. 2ª Câm.Cív., Ap.Cív. 274.956-1, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 19.2.97, in Revista dos Tribunais 740:296 apud FARIAS, et al., 2011 p. 160).

Conclui-se este tópico, com a finalidade precípua de demonstrar a flexibilização necessária da Liberdade de Imprensa e dos Direitos de Personalidade, conforme a pessoa a quem está sendo direcionada a atividade jornalística, bem como o fato desta atividade, ao mesmo tempo se fazer necessária e possuir imenso poder e dever de responsabilidade. O fato de se expor um fato de interesse público, sendo de pessoa notória ou pessoa privada que tornara-se publica devido a notícia, faz com que a atividade de jornalista empenha papel primordial e indispensável a atuação democrática e realista no mundo moderno.

5 CONCLUSÃO

Desta forma, é inquestionável que a difusão da informação é importante, tomando papel ímpar na sociedade democrática, sendo esta garantidora do exercício democrático através da livre manifestação do pensamento ampliando o direito de informação à uma perspectiva positiva e passiva, no sentido de ter direito a informar, tanto quanto de ser informado, bem como visa restringir a atuação política dos representantes através da opinião pública. Porém ao nos depararmos com a colisão entre este e o direito à imagem, e quando se refere a imagem se quer dizer ao âmbito mais geral do conceito tangenciando a dignidade da pessoa humana, se trata de um direito demasiadamente frágil e de difícil reparação, no qual a situação pode ser agravada se buscarmos observar a condição dos meios de comunicação, na qual estes se revestem de boa-fé objetiva como veracidade do conteúdo por ela difundido.

Deve-se analisar e pesar os limites da liberdade de imprensa quando concorrentes à função social do direito à informação, respeito à dignidade da pessoa humana e os impactos do dano injusto sobre questões não julgadas ou difundidas com falhas, pois a ocorrência em erros pode acarretar uma pena social eterna ao indivíduo, sendo praticamente impossível se voltar ao *status a quo*.

Sendo dessa maneira, tão importante o estudo e aplicabilidade pelos magistrados do princípio da proporcionalidade dos princípios constitucionais quando necessária a ponderação diante da "antinomia real".

O que se deve ter em mente é que os órgãos de imprensa na utilização de seus meios quando confrontados com o particular demonstrarão desigualdade e sobrepujança sobre este, principalmente quando falamos de pessoas que se tornaram públicas eventualmente em virtude de evento específico, pois esta se mostrará hipossuficiente, pois mesmo quando seu direito de resposta for garantido, sua voz terá repercussão modesta ou insignificante.

Contudo não se deve analisar os meios midiáticos como um Leviatã, supremo e impiedoso, que visa, por meio de informações sempre errôneas e parciais, obter lucro com a atividade empresarial que possui o objetivo exclusivo de divulgar informações que prejudicam terceiros. Muito pelo contrário, o papel da imprensa se mostra muito maior, uma vez que esta possui uma função institucional, reservada não somente ao desenvolvimento da personalidade sócio individual (indiretamente garantidora da Liberdade de Expressão), mas exteriorização inequívoca da livre manifestação do pensamento, um dos pilares fundamentais à base de uma sociedade pautada na sócio democracia, garantida pelo regime jurídico supremo da nação brasileira, a Constituição Federal de 1988.

O que se restará, por conseguinte, é a utilização da máquina judiciária a fim de dirimir os conflitos perante o caso concreto, procurando aplicar o melhor interesse, ora devendo garantir o direito de informação, assegurando o interesse público daquela notícia, ora entendendo prejuízo a parte que se encontra como objeto do fato narrado, devendo sua vida privada e sua intimidade serem preservadas

em detrimento do interesse público ou quando da aplicação do direito ao esquecimento, onde o magistrado afirmará que mesmo sofrendo novamente veiculação por parte da indústria midiática, aquela situação não encontra-se mais em interesse social ou não possui mais relevância por sua falta de atualidade.

REFERÊNCIAS

ANDRIOTTI, Caroline Dias. 2013. A responsabilidade civil das empresas jornalísticas. [A. do livro] Anderson Schreiber. *Direito e Mídia.* São Paulo : Atlas, 2013.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. 2010. *Liberdade de Expressão e Direito à Honra Uma nova abordagem no Direito Brasileiro.* s.l. : Bildung Editora, 2010. 13:9788563230003.

BRITTO, Ministro Carlos Ayres. 2009. *ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 130 DISTRITO.* ADPF 130, ADPF 130. Brasília, Distrito Federal : Supremo Tribunal Federal, 30 de 04 de 2009. Ministro Carlos Ayres Britto.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MACHADO, Jónatas E. M. e GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. 2015. *Biografia não autorizada versus Liberdade de expressão.* [ed.] José Ernani de Carvalho Pacheco. Curitiba : Juruá Editora, 2015. 978-85-362-5197-4.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. 2003. *Direito de Informação e Liberdade de Informação.* Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. 2014. *Programa de Responsabilidade Civil.* São Paulo : Atlas S.A., 2014. 978-85-224-8466-9.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. 2013. CJF - ENUNCIADOS. *Enunciados do Conselho de Justiça Federal.* [Online] Março de 2013. http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821. 576.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. 2001. *Da boa fé no direito civil.* Coimbra : G. C. - Gráfica de Coimbra, 2001. 9789724010113.

DICIO. 2017. Dicio. *Dicio Dicionário de Português Online.* [Online] Dicio, 2017. [Citado em: 06 de 11 de 2017.] https://www.dicio.com.br.

DINIZ, Maria Helena. 2002. *Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil.* São Paulo : Saraiva, 2002. Vol. 7°. 85-02-03721-8.

DWORKIN, Ronald. 2002. *Levando os direitos a sério.* [trad.] Nelson BOEIRA. São Paulo : Martins Fontes, 2002. 8533615132.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. 2011. *Direito Civil: teoria geral.* Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011. 9788537509159.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. 2001. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade.* São Paulo : Atlas, 2001. 85-224-2901-4.

GUEDES, Luiza Helena da Silva. 2016. Conteúdo Jurídico. *Conteúdo Jurídico.* [Online] Junho de 2016. http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-ao-esquecimento,56128.html.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. 2004. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem.* Rio de Janeiro : Renovar, 2004. 8571473730.

LEITE, Teixeira. 2015. *Apelação / Indenização por Dano Moral.* 0021776-76.2005.8.26.0068, Barueri, São Paulo : 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, 28 de maio de 2015.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. 2000. *Direito à Liberdade de Imprensa.* São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. 14157683.

LIMA, Venício A. de. 2012. *Liberdade de Expressão X Liberdade da Imprensa Direito à Comunicação e Democracia.* São Paulo : Publisher Brasil, 2012. 9788585938635.

MIRANDA, Pontes de. 2000. *Tratado de direito privado.* Campinas : Bookseller, 2000. Vol. Tomo 1. 8574680057.

—. 2000. *Tratado de direito privado.* Campinas : Bookseller, 2000. Vol. Tomo 7. 8574680478.

PRAGMATÍSMO, Redação. 2012. Pragmatísmo Político. *pragmatísmopolítico.com.br.* [Online] Pragmatísmo Político, 17 de dezembro de 2012. http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/12/caso-escola-base-rede-globo-e-condenada-pagar-r-135-milhao.html.

RAMOS, Mary Cristiane Soares Neto. 2011. Boletim Jurídico. *Boletim Jurídico.* [Online] Fevereiro de 2011. https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2242. 2242.

REGO, Giancarlos Coutinho do. 2016. Ambito Jurídico: O Seu Portal Jurídico na Internet. *Ambito Jurídico.* [Online] Abril de 2016. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16578&revista_caderno=7. 147.

SELEME, Edson Ricardo. 2011. uniceub.bv3.digitalpages. *UniCEUB Biblioteca Digital.* [Online] 2011. http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520430163/pages/_1. 978-85-204-3016-3.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 2013. Jusbrasil. *Jusbrasil.* [Online] 17 de Março de 2013. https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito. 100399456.

Outros
Direitos

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E OS PARÂMETROS DO SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

Lucas Santos Carvalho

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre o direito fundamental à educação para os adolescentes em cumprimento da medida socioeducativa de internação, com ênfase à efetividade desse direito no âmbito do Distrito Federal, na perspectiva do paradigma da Proteção Integral e dos parâmetros do Sistema Nacional Socioeducativo. O ponto de partida é o contexto histórico à organização do Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, tendo como referência inicial o movimento dos reformadores, com uma breve explanação acerca do Código Mello Matos, bem como do Código de Menores de 1979, chegando ao marco democrático, qual seja, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, com realce para os princípios que informam esse paradigma e o necessário diálogo com o direito fundamental à educação. Em seguida, é abordado o modelo de responsabilização do adolescente em conflito com a lei, com destaque para o devido processo legal e apresentando a medida socioeducativa de internação, com ênfase para os direitos conferidos ao adolescente interno, notadamente o direito à educação. Por fim, são traçados os parâmetros do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE ao direito à educação e uma abordagem da aparente realidade das unidades de internação no Distrito Federal, para, na sequência, realizar um paralelo, a fim de aferir se o direito à educação é assegurado nas unidades de internação do Distrito Federal, nos moldes do SINASE.

Palavras Chave: Paradigma. Educação. Adolescente. SINASE. Proteção Integral

ABSTRACT

This research broach the basic human right to education for teenagers in compliance of socio-educational measure of committal, with emphasis to effectiveness of this right in Federal District, in perspective of the paradigm of

Integral Protection and the National Educational System parameter. The starting point is the historical background to organization of United Nations Integral Protection paradigm, has reference the initial movement of the reformers, with a brief explanation about the Mello Matos Code, as the Smaller Code of 1979 to the democratic milestone, that is the Federal Constitution of 1988 and the Children Act, with distinction to principles that inform this paradigm and the necessary dialogue with the fundamental right to education. Next, are broaching the accountability model to young offenders, with emphasis on the due process of law and introducing socio-educational measure of committal with importance to the rights given to detained adolescents, especially the right to education. Finally, the National Educational System parameters are designed to the right to education and broach the external reality of detention units in Federal District, for, in the wake drawn parallel to assess whether if the right to education is ensured in the detention units of Federal District, along pattern of SINASE.

Keywords: Paradigm. Education. Teenager. SINASE. Integral Protection.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre o direito fundamental à educação e a responsabilização penal juvenil, no cenário da efetividade deste direito aos adolescentes internos, no âmbito do Distrito Federal.

O objetivo da pesquisa consiste em refletir sobre o direito à educação no âmbito da medida socioeducativa de internação. A problemática reside nas seguintes indagações: o direito à educação é assegurado nas unidades de internação no Distrito Federal? Se sim, a efetividade desse direito está em sintonia com o paradigma da proteção integral e com o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo?

A pesquisa parte da perspectiva temática do “Direito à educação e a Responsabilidade Penal Juvenil” e nela, como há de se notar, tem-se duas esferas, sendo a primeira no campo do Direito Constitucional e a segunda voltada ao Direito dos socioeducandos que cumprem medida de internação.

O direito à educação é um direito fundamental garantido a todos e tem por objetivo o exercício da cidadania plena e a preparação profissional. Portanto, se é um direito a todos, obviamente deve abarcar inclusive todos os adolescentes que

cumprem a medida de internação, conforme art. 205 da Constituição da República Federativa do Brasil, ante a universalidade presente no texto normativo[1].

Além do preparo profissional e do exercício da cidadania, a educação visa estruturar o individuo ao convívio em sociedade, sendo dever do Estado garantir o seu acesso e proporcionar um serviço de qualidade, objetivando constituir uma sociedade igualitária e linear.

Não obstante o arcabouço normativo de proteção ao direito à educação, é notória a fragilidade do sistema educacional no Brasil. Essa fragilidade pode ser expressa nas pesquisas do Programa Internacional de Avaliação de Alunos (PISA), 2015. No que se refere às ciências, o Brasil ficou na posição 63ª; em leitura ocupou a 59ª e a situação fica ainda mais crítica quando se trata de matemática, área em que ocupou a posição de número 66. Esses números são alarmantes, considerando, sobretudo, que esta pesquisa foi feita em 70 países, por meio de uma prova, cuja coordenação é da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Nesse sentido, diante desses dados, verifica-se que a educação é um direito de suma importância para todos e, em especial, para os adolescentes em conflito com a lei, por estarem em uma situação de maior fragilidade. Sendo, assim, a educação afigura-se como um fator essencial para a ressocialização.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, reconhece a importância da educação para o processo de ressocialização do adolescente comprometido com a prática do ato infracional. Assim, dispôs as diretrizes para o cumprimento das medidas socioeducativas, inclusive quanto às atividades direcionadas ao direito à educação.

[1] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.Art. 205. À educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

No que tange ao quadro teórico, a pesquisa adotará o que se convencionou chamar de Doutrina das Nações Unidas da Proteção Integral, a partir das reflexões de João Batista Costa Saraiva, Maria Regina Maciel, Mário Luiz Ramidoff, entre outros.

Quanto à metodologia, será empreendida revisão da literatura, análise de pesquisas acadêmicas e dados oficiais sobre a questão, bem como, análise de documentos legislativos.

Para tanto, a pesquisa será estruturada nos seguintes moldes: no primeiro momento, pretende-se apresentar recortes históricos acerca do conceito de direito fundamental à educação, pautado nos pilares da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumentos que reconhecem como objetivos para direito à educação o exercício da cidadania plena, a preparação para a qualificação profissional e a preparação para o desenvolvimento da pessoa.

No segundo capítulo anseia-se elaborar o desenho da responsabilização do adolescente em conflito com a lei, o devido processo legal, bem como, aspectos acerca das medidas socioeducativas, conceitos e espécies, com destaque para a medida socioeducativa de internação.

No capítulo terceiro, serão dispostos os parâmetros do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) para a medida socioeducativa de internação. Esses parâmetros são fixados para todas as medidas, entretanto, será feito um recorte tão somente para a medida de internação, observando a Resolução nº 119 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), juntamente com a Lei Nº 12.594 de janeiro de 2012, chamada de Lei do SINASE.

A problemática é atual e revestida de importância para o ambiente acadêmico, tendo em vista que se tem pouquíssimas pesquisas a respeito. Neste sentido, acredita-se que esta pesquisa irá colaborar para o debate de um tema tão

inquietante, qual seja, o atendimento dispensado aos adolescentes infratores no Brasil.

Por fim, nesta pesquisa serão adotadas as definições de criança e adolescente inseridas no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja: considera-se criança o indivíduo com idade inferior aos 12 anos e adolescente, aquele que se encontra com idade entre 12 e 18 anos [2].

2 A CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O presente capítulo abordará aspectos históricos que levaram à construção do Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral. Dessa forma, por opção metodológica, a abordagem terá como marco inicial o movimento dos reformadores, passando pelo Código Mello Matos, pelo Código de Menores de 1979, e pela Constituição Federal em 1988.

Esses recortes históricos relacionados ao plano normativo serão úteis à compreensão do atual paradigma de atendimento à criança e ao adolescente, notadamente a sua base principiológica.

2.1 Aspectos do Paradigma Antecessor - Situação Irregular

Em meados da década de 1920 surgiu um movimento que se iniciou nos Estados Unidos da América para imputar aos menores responsabilização na esfera penal. Esse movimento foi trazido ao Brasil e teve como um dos seus idealizadores[3], José Cândido de Mello Matos, que foi o primeiro juiz de menores no Brasil.

[2] BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE 2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 19 de dezembro 2017. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

[3] SOUZA, Selma Leite Do Nascimento Sauerbronn de. Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal.2014. 189 f. Tese (Mestrado) Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas pelo ICPD do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2014, p.85.

Sauerbronn de Souza sustenta que o paradigma da situação irregular teve início por volta do ano de 1920, sendo fruto do "Movimento dos Reformadores" nos Estados Unidos da América, iniciando-se da revolta diante da má situação e maus tratos em que os "menores" autores de atos infracionais eram submetidos nas unidades de internações[4].

Em 1927 surgiu o primeiro Código de Menores e com ele nasce no Brasil a chamada "Etapa Tutelar", e da "situação irregular" implicitamente em seu texto[5]. Esse Código adotava o "Paradigma da Situação Irregular", cuja representação social do "menor" era norteada pela tríade pobre-perigoso-delinquente, vítima de uma "patologia social"[6]. Ele subdividia os "menores" em duas esferas: os "menores" delinquentes e os "menores" abandonados[7].

Na década de 1940 ocorreu na Venezuela o IX Congresso do Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente, que sugeriu aos Estados normas de amoldamento para a elaboração de seus estatutos em que deveriam conter as "situações irregulares dos menores". Deste modo, surgiu o termo "situação irregular"[8].

Embora já estivesse implícita no Código de Menores de 1927, a implantação do "Paradigma da Situação Irregular", no direito tutelado Brasileiro deu-se somente no Código de Menores de 1979, trazida por um movimento de juízes menoristas em meados de 1970.

No entanto, logo surgiram críticas ao Paradigma da Situação Irregular, sob a alegação de que a visão de uma "patologia social" não poderia ser vista

[4] Ibidem, p. 85.
[5] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.
[6] SOUZA, Selma Leite Do Nascimento Sauerbronn de. Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal.2014. 189 f. Tese (Mestrado) Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas pelo ICPD do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2014, p. 87.
[7] CAVALLIERI, Alyrio. Direito do menor. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 30.
[8] Ibidem, p. 27.

positivamente, pois existiam situações irregulares que não ofendiam a moral social, como a dos abandonados, por exemplo, e, dessa forma, serviam apenas como contribuição ao etiquetamento destes "menores". Além do mais, nas situações irregulares se enquadrava apenas o pobre, devido ao seu meio social e familiar que, via de regra se encontrava desestruturado [9].

Significa dizer que, para um juiz "tratar" (terminologia usada na aplicação de medidas ao menor) o menor e aplicar as medidas cabíveis, este deveria ser "abandonado ou infrator", ou seja, pobre [10].

Com relação ao atendimento dos adolescentes infratores, observa-se no Brasil que o Código de Menores de 1927, contemplou o Paradigma da Situação Irregular, com o etiquetamento do "menor", que se encontrasse na tríade pobre-perigoso-delinquente, fruto de uma "patologia social". Deste modo, "Menores", assim como a situação destes nas unidades de internação, causavam certo incômodo social, sendo assim, alicerçado neste incômodo, era compreensível o senso comum pautado "na limpeza junto ao meio social e reclusão para tratamento" [11].

Em reforço, a esse Paradigma, as hipóteses de situação irregular do menor foram descritas no Código de Menores de 1979 e divididas em 3 grupos. No primeiro os "menores" que estavam sob o poder familiar ou a ele análogo que não fossem angariados de assistência material ou moral, seja, pela inviabilidade dos pais ou responsáveis de fornecê-la, ou, pela ação ou omissão dos mesmos [12]. No segundo

[9] Ibidem, p. 30.
[10] CAVALLIERI, Alyrio. Direito do menor. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 39.
[11] SOUZA, Selma Leite Do Nascimento Sauerbronn de. Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal.2014. 189 f. Tese (Mestrado) Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas pelo ICPD do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2014, p. 85.
[12] BRASIL. Código de Menores, Lei Federal 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em 19 de janeiro 2018. Art.2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
Il - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

grupo estavam inseridos os “menores” que de alguma forma, ainda que eventualmente, estivessem sem seus pais e responsáveis, como os “casos de menores abandonados pelos pais, ou em locais diversos daquele da residência dos pais”, e que não pudessem prover seu sustento por conta própria [13]. Por fim, os menores que estivessem sob o poder familiar, ou sem seus responsáveis legais fossem “autores de infração penal equiparada a crime ou contravenção” [14] [15].

Nesse sentido, o Paradigma da Situação Irregular restringia-se apenas aos menores que se ajustassem às condições supracitadas. Se ocupava apenas dos menores sem as mínimas condições para sua subsistência, vítimas das mazelas das irresponsabilidades de pais e responsáveis, quando não “os que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes”[16].

Assim, o juiz analisava o caso, segundo o binômio “carência/delinquência”, análise que levava os menores para os internatos, assim não existindo preocupação com a ressocializaão, nem tão pouco com uma inclusão junto à família biológica, tendo em vista que eles eram procedentes de uma família em situação irregular, ou seja, vinham de famílias empobrecidas[17].

III - em perigo moral, devido a:

[13] Código de Menores, Lei Federal 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em 19 de janeiro 2018. IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

[14]. Código de Menores, Lei Federal 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em 19 de janeiro 2018. VI - autor de infração penal.

[15] MARREY, Adriano. Menores: legislação. Estudo das medidas judiciais, e das medidas de caráter social, do código de menores. Anotações. Indicies analíticos. Modelos. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985, p. 124.

[16] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13.

[17] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

Como já dito, ao Paradigma da Situação Irregular pode ser "sucintamente definido como sendo aquele em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social" [18].

Nesse Paradigma esses menores pré-definidos em situação irregular se tornaram um objeto de estudo em uma esfera do "direito especial", apresentados como detentores de uma "patologia social", deste modo, ou estes adolescentes eram etiquetados como em "situação irregular", ou, realmente estavam em "situação irregular" [19].

Por óbvio, o Paradigma da Situação Irregular não reconhecia os direitos infanto-juvenis, pois partia de um binômio proveniente do caráter subjetivo do "menor", isto é, a sua própria ação o colocava em situação irregular, como as infrações por ele cometidas. Há ainda, por outro lado, a situação de abandono seja pela família, seja pela sociedade, o que inclui os maus-tratos. Este paradigma não prestava um atendimento diferenciado colocando os abandonados e os infratores em um mesmo tipo de atendimento, qual seja o encarceramento massificado [20].

Esse paradigma norteou o atendimento de crianças e adolescentes no Brasil até o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais introduziram na ordem jurídica brasileira o Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral.

2.2 A Proteção Integral e os seus Princípios

Em 1979, a comunidade internacional passava por transformações nessa área. Esse ano recebeu a denominação de "Ano Internacional da Criança" pela Organização das Nações Unidas (ONU). Nesta ocasião foram formuladas várias

[18] SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.54.
[19] Ibidem, p. 55.
[20] SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.55.

normas de regulamentação à implementação das diretrizes da Declaração Universal dos Diretos da Criança de 1959.

Em 1989, após dez anos de elaboração, surge a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança com grande visibilidade, pois foi o instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o mais alteroso número de ratificações, 193 Estados-partes até o ano de 2012, dentre eles, o Brasil, que assinaram o compromisso de adaptarem às regulamentações nela descritas [21].

Para efeitos desta Convenção compreende-se como criança os indivíduos com idade inferior a 18 anos, desde que, para tanto, a maioridade não seja atingida em idade inferior, conforme legislação vigente [22]. Ela hospeda a noção do "desenvolvimento integral da criança", com o reconhecimento da condição de sujeitos de direito, com prioridade absoluta. [23]

Como o Brasil integrava a Comissão de redação desta Convenção, já em 1988 foi possível antecipar as determinações descritas pela Organização das Nações Unidas (ONU), com a adoção no plano constitucional do Paradigma da Situação Irregular, sistematizando-o no art. 227 da Constituição Federal de 1988. "O Brasil foi o primeiro país da América Latina a adequar sua legislação nacional aos termos da Convenção" [24].

Esse novo paradigma reconhece as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, se contrapondo ao Paradigma da Situação Irregular, marcado pela objetivação dessa categoria. Os chamados "menores" passam a serem crianças e

[21] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.287.
[22] ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. 1989. Disponível em; <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10124.htm>. Acesso em 26 de dezembro de 2017.Artigo1. Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.
[23] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.287.
[24] SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.90.

adolescentes, tendo um direito próprio, não sendo então coisificados e esquecidos como eram pelo paradigma antecessor [25].

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227 [26] reconheceu os direitos fundamentais à criança e ao adolescente e aponta a família, a sociedade e o Estado como os corresponsáveis pela efetividade desses direitos, em especial o direito à educação. [27]

Esse Paradigma está sedimentado em alguns princípios, os quais serão abordados a seguir [28].

O princípio da prioridade absoluta está fixado na Constituição Federal, no mencionado art. 227. Orienta a priorização quanto às crianças e aos adolescentes, no que tange à efetividade dos seus direitos, na perspectiva da proteção integral [29].

A prioridade absoluta deve ser assegurada por diversos estes. Na família se tem uma base moral, cabendo a ela zelar pelo desenvolvimento saudável da criança e do adolescente. Ainda, se tem a coletividade próxima das crianças e dos adolescentes. Essa parcela social, como a igreja, vizinhos, etc., deve garantir que os direitos desses indivíduos, em fase especial de desenvolvimento, sejam resguardados [30].

Acerca desse princípio, o art. 4°, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente aponta alguns exemplos de prioridade com destaque para a prevalência

[25] SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.65.
[26] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
[27] RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas. 3. ed. Curitiba: Juruá,2011, p.25.
[28] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.19.
[29] Ibidem, p. 19.
[30] Ibidem, p. 20.

na formulação de políticas públicas e de destinação privilegiada de recursos públicos, incluindo-se neste rol de prioridades o atendimento do adolescente autor de ato infracional [31].

Assim, diante dos exemplos de prioridades fixados em lei, cabe ao poder público zelar e garantir a efetividade dos direitos fundamentais em relação a essa categoria, de forma prioritária. "Ao Poder Público, em todas as suas esferas – legislativa, judiciária ou executiva – é determinado o respeito e resguardo, com primazia, dos direitos fundamentais infanto-juvenis" [32].

Quanto ao princípio do melhor interesse já estava disposto no Código de Menores 1979. No entanto, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança o manteve com nova roupagem, pois no Código de Menores esse princípio se destinava apenas aos "menores" que se encontrassem em situação irregular. Com a adoção do Paradigma da Proteção Integral pelo nosso ordenamento jurídico, o princípio do melhor interesse abrangeu todo o público infanto-juvenil, bem como o ambiente familiar [33].

Esse princípio orienta que na tomada de decisões envolvendo criança e adolescente, seja aferido o melhor interesse destes, devendo, deste modo, analisar as suas prioridades/necessidades para que haja uma garantia dos direitos fundamentais.

---

[31] BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude

[32] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.19.

[33] Ibidem, p. 27.

E para a tomada de decisão, o melhor interesse, nessa sua nova roupagem, será aferido considerando também a perspectiva da criança e do adolescente [34].

Quanto ao princípio da municipalização, observa-se a sua inserção no art. 227 § 7º, da Constituição Federal. Este princípio orienta a delegação da fiscalização e execução dos programas infanto-juvenis, pelos estados e municípios, incluindo-se as unidades socioeducativas de internação e as atividades desenvolvidas, dentre as quais encontram-se aquelas ligadas ao direito à educação dos adolescentes internos.

Observa-se que é mais adequado que os estados e municípios sejam responsáveis pela efetivação e fiscalização destes direitos, uma vez que esses entes públicos estão mais próximos da comunidade e, assim, reúnem melhores condições para efetivar esses direitos a partir da realidade daquele grupo comunitário [35].

Já o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, como o próprio nome já propõe, significa asseverar que crianças e adolescentes se encontram em fase especial de desenvolvimento, ou seja, que se encontram em processo de formação "sob os aspectos físico, emocional e intelectual", razão pela qual não possuem a capacidade plena para buscar a efetivação dos direitos que lhe são assegurados. Esse princípio ganha realce quando a questão envolve o direito à educação, notadamente quando voltado ao adolescente em cumprimento de medida socioeducativa [36].

O princípio da corresponsabilidade, adotado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e também presente na Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança, determina à família, à sociedade e o Estado, as

[34] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.28.
[35] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.19.
[36] VARALDA, Renato Barão Responsabilidades na garantia dos direitos de crianças e adolescentes. 2008. Artigo publicado na Revista Jurídica CONSULEX, Ano XII, nº 286, 15 de dezembro de 2008, p. 28-30, como matéria de capa, p. 1.

responsabilidades pela realização dos direitos fundamentais à infanto-adolescência [37].

O Estatuto da Criança e do Adolescente está direcionado para todas as crianças e adolescentes, pois, como já dito, deixaram de ser objetos e passaram a ser sujeitos de direitos, conforme diretrizes da Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança. Neste sentido, parafraseando Saraiva, é possível afirmar que o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma versão "aportuguesada" da Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança [38].

Os princípios que norteiam o paradigma da proteção integral perpassam por todo o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente e encontram-se em constante diálogo com os direitos fundamentais, com destaque para o direito fundamental à educação, objeto da presente pesquisa.

2.3 O Direito Fundamental à Educação

O direito à educação é um direito fundamental que tem como um dos objetivos por objetivo a igualdade entre os indivíduos. Trata-se de uma "liberdade positiva" e uma obrigação direcionada ao Estado, na perspectiva de universalidade e de melhoria na vida dos cidadãos [39].

Os direitos fundamentais estão reconhecidos no plano normativo. O objetivo central destes é a evolução da sociedade e, para tanto, é um dever do Estado garantí-los.

A educação é um direito fundamental de **TODOS,** sendo um dever do Estado e da família, a teor do art. 205 da Constituição Federal e 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A educação deve estar pautada em alguns princípios internacionais

[37] Ibidem, p. 1.
[38] SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.91.
[39] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33.ed. São Paulo: Atlas 2017, p.164.

estabelecidos pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), chamados de "Pilares da Educação", para o Século XXI, um total de quatro pilares, "quais sejam, aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a ser e aprender a viver junto". [40]

O aprender a conhecer sugere que o indivíduo possa se apropriar de mecanismos para a compreensão do mundo exterior; aprender a fazer orienta que o indivíduo aja de forma esperada no meio social o qual está integrado; aprender a viver juntos, como sinaliza o próprio termo, aponta que o indivíduo viva em sociedade, contribuindo tanto para a comunidade, quanto para os outros indivíduos e, por fim, aprender a ser que transmite a ideia de que o indivíduo possa traçar seus próprios passos sem que seja dependente de terceiros [41].

Claramente, esses quatro pilares não são quatro tipos de educação e sim, princípios norteadores para a formação de uma única educação. "O ensino formal orienta-se, essencialmente, se não exclusivamente, para aprender a conhecer e, em menor escala, para aprender a fazer" [42].

A educação não é um dever exclusivo do Estado, ao reverso, o art. 205 da Constituição Federal de 1988 [43], deixa expresso que tal direito reflete um dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade. No que se refere à promoção do direito à educação como um dever a ser partilhado entre família e Estado, há diversos instrumentos normativos que tratam deste direito fundamental. Entretanto, nos limitaremos ao enfoque infanto-juvenil, com a sedimentação normativa no art. 227 da Constituição Federal, assim como no art. 53 e seguintes do Estatuto da

[40] SOUZA, Selma Leite Do Nascimento Sauerbronn de. Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal.2014. 189 f. Tese (Mestrado) Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas pelo ICPD do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2014, p.76.
[41] Ibidem, p. 90.
[42] DELORS, Jacques. Educação: um tesouro a descobrir. Tradução de José Carlos Eufrázio. São Paulo: Cortez, 1998, p.90.
[43] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Criança e do Adolescente, disposto em sintonia com os pilares da educação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Pilares da UNESCO relatório Jaques Delors). Observa-se que esses pilares encontram-se em harmonia com os princípios do Paradigma da Proteção Integral, porquanto há um preocupação com a formação saudável da criança e do adolescente [44].

A educação, conforme disposto no art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente visa preparar a criança e o adolescente para o convívio em sociedade, assegurando o seu direito de igualdade e manifestação, bem como formar um indivíduo consciente para exercer direitos e a compreensão dos seus deveres para com a mesma [45].

Para o alcance desses objetivos, o Estatuto da Criança e do Adolescente aponta responsabilidades para o Estado, para os pais e para o dirigente de estabelecimento de ensino fundamental [46].

Considerando o recorte da pesquisa, há que se destacar a responsabilidade do Estado em assegurar uma educação de qualidade sob o viés da igualdade, conforme

[44] BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

[45] BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:
I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
II - direito de ser respeitado por seus educadores;
III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;
V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.
Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

[46] LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 20.ed. São Paulo: Saraiva 2016, p.1520.

aponta o art. 53, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio de políticas públicas, as quais devem incluir crianças e adolescentes de todos os contextos, especialmente os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa [47].

Aos pais, além de realizarem a matrícula dos seus filhos, devem participar das atividades educacionais, apoiando-os, a fim de que eles possam, a partir da educação, organizarem um projeto de vida [48].

Diante dessas obrigações previstas nos instrumentos normativos internos, verifica-se a presença delas no desenvolvimento dos pilares da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, os quais serão detalhados a seguir.

I. Aprender a conhecer

Neste pilar não há necessariamente uma passagem de conhecimento ao indivíduo; aprender a conhecer é a forma de compreensão do mundo à sua volta, ter uma compreensão de cidadania, compreender como é viver e como tem que viver em sociedade [49].

Aprender a conhecer é aprender a compreender o ambiente e se comportar neste, "é essencial que cada criança, esteja onde estiver, possa ter acesso, de forma adequada, às metodologias científicas" [50].

É necessário esse acesso às metodologias científicas, pois, aprender a conhecer é "aprender a aprender", aprender a raciocinar, compreender o que se passa metodologicamente e esse raciocínio não é passado apenas com o conhecimento e

[47] LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 20.ed. São Paulo: Saraiva 2016, p.1338/1389
[48] Ibidem, p. 1520.
[49] DELORS, Jacques. Educação: um tesouro a descobrir. Tradução de José Carlos Eufrázio. São Paulo: Cortez, 1998, p.91.
[50] DELORS, Jacques. Educação: um tesouro a descobrir. Tradução de José Carlos Eufrázio. São Paulo: Cortez, 1998, p.91.

sim no convívio, principalmente familiar, com a experiência. Neste deve ser encetado pelos pais e continuado pelos professores [51].

Aprender a aprender é um conhecimento interminável, pois a cada instante se aprende com as experiências e ter uma base importante do "aprender a conhecer" na educação infantil é de suma importância, pois ela o levará para toda uma vida. Assim "aprender a aprender" sugere privilegiar-se dos ensejos pertinentes à vida do ser humano, seja em sociedade ou não [52].

II. Aprender a fazer

Aprender a fazer está intimamente ligado com aprender a conhecer, pois para aprender a fazer é necessário ter a compreensão do que está fazendo. O pilar do aprender a fazer foi um dos que mais se teve atenção na virada do século, devido à revolução industrial, pois a partir dela houve uma substituição de humanos por máquinas [53].

Em atenção a essa modernização mundial, surgiu a preocupação com a adaptação do trabalho para futuro e, deste modo, deve-se haver uma compreensão para que haja uma "adaptação de evolução". Não apenas uma adaptação, mas deve-se pensar uma educação pronta para que o cidadão possa vir a aprender constantes mudanças sem ter a menor ideia do futuro [54].

Aprender a fazer visa, pela educação, formar o cidadão para que ele possa, compreender e auxiliar em equipe, mas isso não apenas profissionalmente, deve-se também "fazer" nas interações sociais, em todos os campos da vida a procurar

[51] DELORS, Jacques. Educação: um tesouro a descobrir. Tradução de José Carlos Eufrázio. São Paulo: Cortez, 1998, p.92.
[52] Ibidem, p 101.
[53] Ibidem, p.93.
[54] Ibidem, p.93.

literalmente aprender a fazer, assim como o pilar anterior é necessário para toda uma vida e está em constante mudança [55]

III. Aprender a Viver Juntos, Aprender a Viver com Outros

Em um determinado momento da vida, essas crianças deverão entrar na escola e esta é uma instituição de grande relevância ao desenvolvimento da criança e do adolescente, por ter como papel fundamental continuar a educação que se recebe em casa, com programas estabelecidos para que ali o individuo em formação possa ter pleno desenvolvimento [56].

A escola é o local de transição entre a fase infantil para a adolescência e é na escola que se busca a integração social por meio de experiências coletivas, pela vivência com os "amiguinhos", e posteriormente com os "colegas de turma", para que haja uma preparação quando este individuo chegar à fase adulta [57].

Na escola devem-se preparar as crianças e os adolescentes para viver em sociedade de forma igualitária criando objetivos semelhantes para trabalhar em grupos e em consequência disto não deve existir preconceitos entre colegas, por meio de diversas experiências e um currículo que deve preparar para o mercado de trabalho, isso com auxilio dos professores. Portanto, a escola é a complementação da família criando destes um ambiente para que o indivíduo na vida adulta possa viver em sociedade pautado na coadjuvação e empatia [58].

Como dito, esse pilar subdivide-se em duas esferas, conhecer o outro e ter objetivos em comum. Isso só é alcançado quando há um trabalho mútuo entre família e escola com o intento de socialização desse público infanto-juvenil, para

[55] DELORS, Jacques. Educação: um tesouro a descobrir. Tradução de José Carlos Eufrázio. São Paulo: Cortez, 1998, p..101.
[56] Brasil. Ministério da Educação. Relatório Educação para Todos no Brasil, 2000-2105 / Ministério da Educação. – Brasília: MEC, 2014. 105 p., il.
[57] Brasil. Ministério da Educação. Relatório Educação para Todos no Brasil, 2000-2105 / Ministério da Educação. – Brasília: MEC, 2014. 105 p., il.
[58] DELORS, Jacques. Educação: um tesouro a descobrir. Tradução de José Carlos Eufrázio. São Paulo: Cortez, 1998, p.96.

que possa com isso haver um respeito mútuo. Objetivando conhecer o próximo, deve conhecer-se primeiro e, deste modo, há um respeito social. [59]

IV. Aprender a Ser

Extrai-se que a educação tende ao desenvolvimento pessoal, ou seja, preparar a criança para o exercício da cidadania plena, tendo intelecto e compreensão suficientes, para um saudável convívio social.

Nesse momento cabe pontuar que a situação educacional no Brasil não é satisfatória, pois não aparenta seguir os pilares da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). As pesquisas elaboradas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), PISA 2015 apuraram que na matéria de ciências, o Brasil ficou na 63ª posição; 59ª em leitura e a situação fica ainda mais crítica quando se refere à matemática, pois o Brasil ocupou a posição de número 66. Esses dados são alarmantes, eis que essa pesquisa foi feita em 70 países, por meio de uma prova.

Observa-se que os pilares da educação destacados acima estão sintetizados nos objetivos da educação no Brasil, considerando, sobretudo, as disposições contidas nos artigos 205, 227 da Constituição Federal e 53 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda, verifica-se que os pilares da educação então em sintonia com o Paradigma das Nações Unidas da Proteção Integral, porquanto eles expressam vertentes do desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, o direito à educação, sob os moldes da UNESCO e dos instrumentos normativos em referência, afigura-se estratégia relevante para os adolescentes comprometidos com a criminalidade, dos quais, segundo levantamentos

[59] DELORS, Jacques. Educação: um tesouro a descobrir. Tradução de José Carlos Eufrázio. São Paulo: Cortez, 1998, p.101.

científicos, boa parte encontra-se em contexto de evasão escolar e consequente defasagem [60].

3 RESPONSABILIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

O presente capítulo abordará alguns aspectos sobre a responsabilização do adolescente em conflito com a lei, especialmente o devido processo legal, as medidas socioeducativas, em destaque para a medida de internação e o direito fundamental à educação do adolescente interno.

3.1 Devido Processo Legal

A Convenção das Nações Unidas dos Direitos das Crianças, além de dispor acerca da proteção, ainda apresentou determinações quanto ao devido processo legal a ser garantido ao adolescente infrator. O texto constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente normatizaram o devido processo legal, conforme abordagem a seguir [61].

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz um modelo de responsabilização penal juvenil a ser aplicado quando o adolescente pratica ato infracional, conduta

[60] O estudo revelou que cerca de 60% dos jovens entrevistados possuem entre 15 e 17 anos e que mais da metade deles não frequentava a escola antes de ingressar na unidade. A maioria dos adolescentes infratores parou de estudar aos 14 anos, entre a quinta e a sexta série, o que demonstra a necessidade de se adotar no país políticas específicas voltadas ao combate da evasão escolar no ensino fundamental. Além disso, 8% deles não chegaram sequer a serem alfabetizados. Nesse aspecto, a desigualdade entre as Regiões do país ficou evidenciada no estudo. Entre os jovens entrevistados no Nordeste, 20% declararam que não sabem ler, enquanto no Sul e no Centro-Oeste essa proporção foi de apenas 1%. Disponível no sítio do CNJ - http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58526-cnj-traca-perfil-dos-adolescentes-em-conflito-com-a-lei

[61] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.19.

descrita como crime ou contravenção penal [62], devendo-se observar a idade do adolescente na data dos fatos [63].

O adolescente não poderá ser privado do seu direito de liberdade senão, em situação de flagrante, ou mediante determinação da autoridade judicial competente para o caso [64].

Na hipótese de apreensão ou de flagrante deverá ocorrer comunicação à família e à autoridade judicial e assim, aferida a viabilidade da liberação do adolescente à sua família ou aos responsáveis [65]. Havendo possibilidade de liberação, deve-se oficiar o Ministério Público no mesmo dia e, não havendo, oficia-se o Ministério Público no dia seguinte, mediante o procedimento policial instruído com a oitiva realizada, auto de apreensão, auto de apreensão dos produtos apreendidos e requisições de exames eventualmente expedidas[66] [67].

Na hipótese da presença de indícios suficientes de autoria e materialidade, uma vez presente a necessidade imperiosa da constrição cautelar, pautada na gravidade da infração e na garantia da ordem pública, o Ministério Público solicitará

[62] BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

[63] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.20.

[64] BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

[65] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.20.

[66] BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 173. Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts. 106, parágrafo único, e 107, deverá:I - lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;II - apreender o produto e os instrumentos da infração;III - requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração. Parágrafo único. Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada.

[67] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.21.

a internação provisória, cabendo ao juiz a decisão, respeitando-se, contudo, o devido processo legal [68].

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente que nenhum adolescente em conflito com a lei será obstado do seu direito de liberdade em nenhuma hipótese sem o "devido processo legal" [69], reproduzindo o texto da Constituição da República Federativa do Brasil [70]. Extrai-se desses instrumentos que nenhum indivíduo, sobretudo adolescente, será privado de sua liberdade com o malferimento das disposições constitucionais reproduzidas no Estatuto [71].

Nessa acepção, as múltiplas garantias elencadas nos artigos 110 e 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente, objetivam a ampla defesa do adolescente. A ampla defesa é de suma importância na ação socioeducativa, tendo em vista que o adolescente pode ter extinta a punibilidade pelo um estado de necessidade, ou por legítima defesa, sendo assim, a ampla defesa serve para medir o grau de responsabilidade, ou até mesmo para aferir se esta realmente existe [72].

O adolescente tem o direito de conhecer os motivos pelos quais está sendo acusado, para que assim haja a devida ampla defesa e o contraditório[73]. Dessa forma, a peça processual que dá início à ação socioeducativa, qual seja, a representação, deve conter a narrativa fática detalhada, inclusive com data e hora do ato infracional e, para tanto, deve conter o dispositivo penal violado, tendo em vista

[68] Ibidem, p.22.
[69] BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.
[70] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
[71] Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.150.
[72] Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.150.
[73] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.24.

que as medidas socioeducativas só podem ser aplicadas a atos infracionais análogos a fatos criminosos [74].

A igualdade processual deve ser assegurada visando o contraditório e a ampla defesa, podendo o adolescente acusado de infringir determinada norma penal, produzir toda e qualquer prova em direito admitida para a sua defesa [75].

No que concerne à defesa, diferentemente do Paradigma da Situação Irregular prevalente no Código de Menores de 1979, é indispensável à defesa técnica, por meio de um advogado, que poderá ser constituído tanto pelos pais do adolescente ou por ele mesmo, desde que possua 16 anos completos e seja assistido pelos pais ou responsável [76], podendo ainda a defesa ser patrocinada pela a assistência jurídica gratuita [77]. A defesa técnica seja, por meio de advogado, seja por meio de defensor é indispensável e deve ser concedida desde o início do procedimento [78].

Por fim, os incisos V e VI do art. 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram, respectivamente, que o adolescente seja, de forma obrigatória ouvido e que a presença dos pais ou responsável seja possibilitada em qualquer momento procedimental [79].

[74] Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.152.
[75] Ibidem, p.152
[76] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.24.
[77] Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.152.
[78] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.24/25.
[79] Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.153

Assim, o devido processo legal está ancorado nas garantias constitucionais da ampla defesa, da defesa técnica por parte de advogado ou defensor público, da presunção da inocência e do contraditório [80].

Uma vez presentes a autoria e a materialidade do ato infracional será possível a procedência da ação, por meio de sentença, com a incidência de medidas socioeducativas, dentre elas, a medida socioeducativa de internação [81].

3.2 Medidas Socioeducativas

3.2.1 Conceito e Natureza Jurídica

As medidas socioeducativas são medidas fixadas na sentença pelo juízo da infância e da juventude, após o devido processo legal [82]. É sabido que as medidas socioeducativas que estão elencadas no art. 112 [83] só podem ser aplicadas aos adolescentes, com atenção aos critérios da gravidade do ato infracional [84] e das necessidades do adolescente [85].

---

[80] SOUZA, Selma Leite Do Nascimento Sauerbronn de. Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal.2014. 189 f. Tese (Mestrado) Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas pelo ICPD do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2014, p.21.

[81] Ibidem, p.21.

[82] ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas 2014, p. 280.

[83] BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano;
III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

[84] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.45.

[85] Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.155.

Assim, a medida contém caráter pedagógico, considerando a finalidade inclusiva do adolescente, eis que almeja a sua reintegração "na vida social". Não obstante, tais medidas também possuem um caráter sancionatório, bem como representam uma reação ao fato típico praticado pelo adolescente, dando uma resposta à sociedade no sentido de que, o Estado não está inerte. Portanto, é possível afirmar que as medidas socioeducativas possuem natureza híbrida, diante do caráter pedagógico e sancionatório [86].

É certo que as medidas de socioeducação são direcionadas a indivíduos que estão em uma fase sensível da vida, qual seja, a adolescência que é transitória e marcada pela condição peculiar da pessoa em desenvolvimento [87]. Portanto, as medidas socioeducativas não devem ter como finalidade sanções. Seu núcleo deve ser a natureza educativa-pedagógica [88]. Contudo, há que se reconhecer o caráter de punição, diante da ofensa de um bem jurídico tutelado. Desse modo, muito embora seu núcleo seja educativo-pedagógico há uma natureza híbrida quando esses dois itens estão conjugados em uma unidade [89].

Considerando uma de suas finalidades, qual seja a pedagógica, a medida socioeducativa deverá garantir o desenvolvimento do adolescente, físico, mental e moral, seus potenciais e suas capacidades. Neste sentido, a educação no âmbito das unidades socioeducativas, assume centralidade do atendimento, diante dos objetivos fixados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto ao preparo para o exercício da cidadania e para a qualificação profissional [90].

[86] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 829.
[87] RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas. 3. ed. Curitiba: Juruá,2011, p.98.
[88] Ibidem, p.100.
[89] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 829.
[90] RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas. 3. ed. Curitiba: Juruá,2011, p.98.

3.2.2 Espécies

Dentre as medidas de socioeducação, a advertência é a considerada a mais branda [91] está prevista no art.115 do Estatuto da Criança e do Adolescente [92]. É uma "admoestação" realizada em audiência pelo juiz, com a presença do Ministério Público [93].

O adolescente será advertido quanto às consequências do ato infracional na hipótese da reiteração, frisando que seus atos não são dignos de aprovação [94], reduzindo-se a termo.

Ressalte-se que para garantir o respeito ao direito de imagem do adolescente deverão estar presentes na sala de audiências apenas o adolescente, seus pais ou responsáveis, o Juiz da Vara da Infância e Juventude, o representante do Ministério Público e a defesa técnica, seja por meio de advogado ou defensor público [95].

No que toca a medida de reparação de dano, ela é dirigida aos atos infracionais com reflexo patrimonial [96]. Impõe que o adolescente restitua a coisa ou[97] faça o ressarcimento à vítima, observadas suas possibilidades financeiras [98].

---

[91] FONSECA, Antonio Cesar Lima da. Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas,2011, p.336.

[92] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.47.

[93] ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas 2014, p. 286.

[94] FONSECA, Antonio Cesar Lima da. Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas,2011, p.336.

[95] RAMIDOFF, Mário Luiz. Direitos difusos e coletivos IV (Estatuto da Criança e do Adolescente). São Paulo; Saraiva, 2012 (Coleção saberes do direito; 37), p.87.

[96] ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas 2014, p. 287.

[97] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.49.

[98] RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas. 3. ed. Curitiba: Juruá,2011, p.109.

Caso não haja a possibilidade de aplicação esta deverá ser substituída por outra que melhor atenda a reeducação do adolescente[99], mesmo que mais severa[100].

Outra medida socioeducativa presente no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente é a de prestação de serviços à comunidade. É direcionada aos adolescentes que cometeram atos infracionais de menor potencial ofensivo [101]. Dentre o rol de medidas de socioeducação, é uma das que possuem o caráter pedagógico mais evidente, tendo em vista que seu núcleo é de âmbito moral, [102] introduzindo ao adolescente a conscientização moral, por inserí-lo de modo produtivo na sociedade com atenção a sua aptidão[103]. Implica no desenvolvimento de atividades pelo adolescente em casa azilares, unidade de acolhimento institucional para crianças e adolescentes, etc. [104].

As atividades não poderão ultrapassar seis meses, nem tão pouco comprometer o direito à educação do adolescente.

Quanto à medida socioeducativa de liberdade assistida, para muitos é a medida socioeducativa que melhor representa o caráter educativo-pedagógico imposto pelo paradigma da proteção integral [105]. É a medida que insere o adolescente no convívio social, familiar, educativo, profissional [106].

---

[99] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.839.

[100] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.50.

[101] Ibidem, p.51.

[102] Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.159.

[103] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.51.

[104] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.52.

[105] RAMIDOFF, Mário Luiz. Direitos difusos e coletivos IV (Estatuto da Criança e do Adolescente). São Paulo; Saraiva, 2012 (Coleção saberes do direito; 37), p.88.

[106] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.53.

A liberdade assistida é a medida mais grave não privativa de liberdade, pois caso haja o descumprimento dos critérios determinados pelo juiz, ou as recomendações do orientador, esta poderá ser substituída até mesmo pela medida de socioeducativa de internação, após o contraditório [107].

Ao orientador cabe elaborar o relatório para auxiliar o juízo na análise do cumprimento da medida, se ela será mantida, cassada, ou substituída por outra mais apropriada [108].

Na liberdade assistida o adolescente continuará residindo com seus pais ou responsáveis, entretanto caberá ao orientador acompanhar o adolescente e a sua família, com a promoção e acompanhamento escolar e profissionalizante [109].

A medida socioeducativa da inserção em regime de semiliberdade é uma das medidas mais severas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente [110]. Essa medida não priva totalmente a liberdade do adolescente, contudo, requer que o adolescente seja afastado de sua família, [111] com a sua internação em unidade de semiliberdade. Ela é fixada por sentença, após o devido processo legal, a partir de um quadro probatório suficiente de autoria e de materialidade de ato infracional [112].

Não há um prazo a ser seguido, porém deve ser realizada a análise de sua manutenção a cada seis meses, respeitando o limite de três anos [113]. Observa-se que, ainda que o adolescente atinja os dezoito anos de idade, referida medida poderá ser

[107] FONSECA, Antonio Cesar Lima da. Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas,2011, p.341.
[108] Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.841.
[109]FONSECA, Antonio Cesar Lima da. Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas,2011, p.340.
[110] FONSECA, Antonio Cesar Lima da. Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas,2011, p.343.
[111] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.55.
[112] Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.164.
[113] RAMIDOFF, Mário Luiz. Direitos difusos e coletivos IV (Estatuto da Criança e do Adolescente). São Paulo; Saraiva, 2012 (Coleção saberes do direito; 37), p.88.

cumprida até os vinte e um anos de idade [114]. Cumprida e atingido o limite de três anos ou de vinte e um anos de idade, o individuo deverá ser colocado imediatamente em liberdade [115]

3.2.3 Medida Socioeducativa de Internação

A medida de internação em estabelecimento educacional prevista no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente [116], implica restringir por completo o direito de liberdade de ir, vir e estar do adolescente em conflito com a lei. Pelo fato de ser uma medida de confinamento do indivíduo, deve respeitar os princípios da brevidade, da excepcionalidade e da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento [117]. A medida de internação é destinada para as hipóteses presentes nos incisos I e II do art. 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam: ato infracional com uso de violência ou grave ameaça à pessoa e no caso de reiteração de condutas graves [118].

É medida excepcional, pois determina o encarceramento do adolescente o que sinaliza que a sua execução seja o mais breve possível. A adolescência é o menor período da vida de um indivíduo, dos 12 aos 18 anos correspondendo, apenas, 6 anos de toda uma vida, período esse que o adolescente está em desenvolvimento e a privação de sua liberdade, sem dúvida, compromete o seu pleno desenvolvimento.

---

[114] ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas 2014, p. 297

[115] Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.165.

[116] BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

[117] Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.57.

[118] BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

Deste modo, o legislador teve a preocupação em dispor que além de breve a medida socioeducativa de internação deve ser também excepcional[119].

Ainda pondera-se que a excepcionalidade restringe a aplicação desta medida apenas às hipóteses fixadas em lei, conforme mencionado acima [120].

Assim, a medida socioeducativa de internação deverá ser aplicada em estabelecimento apropriado, para que possa servir ao seu objetivo de ressocialização educativo-pedagógico [121]. Nesse sentido, estabelece o art. 123 [122] que a unidade de internação deverá ser destinada exclusivamente para adolescentes infratores, respeitando-se a "separação por idade, compleição física e gravidade da infração, com obrigatoriedade de atividades pedagógicas" garantindo-lhes "educação, saúde, esporte e lazer, assistência social profissionalização, cultura, segurança e atendimento jurídico continuado" [123].

A não observância quanto à separação dos adolescentes internos equivale a aplicação do paradigma da situação irregular, norteado pela característica de inserir em um mesmo ambiente adolescentes, abandonados e infratores, atendimento massificado, orientado pelo antigo Código de Menores [124], conforme abordagem em linhas atrás.

[119]Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.844.
[120]Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.844.
[121]RAMIDOFF, Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.45.
[122]BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Parágrafo único. Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.
[123]Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.59.
[124]Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.168.

Importante ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 124[125], enumera um rol de direitos para o adolescente internado. Esses direitos são assegurados para os adolescentes que estejam em cumprimento de internação estrita, assim como para aqueles que estejam em internação provisória[126].

A internação estrita ou definitiva não deve ultrapassar em nenhuma hipótese o prazo determinado de três anos. Ressalta-se que ao ser decretada, o magistrado não determina o período que esta perdurará no tempo, mas deverá ser reanalisada em período máximo de seis meses [127]. Necessário ressaltar que, ao completar 21 anos, o indivíduo deverá imediatamente ser liberado por determinação judicial [128].

Sabe-se a família que é um ente de extrema importância na vida do indivíduo, assim como para a sociedade [129]. Sendo assim, muito embora o art. 122 determina a aplicação da medida socioeducativa de internação ao adolescente autor de ato infracional revestido de gravidade, deve-se analisar o seu contexto familiar e escolar[130].

Via de regra, os adolescentes infratores são de famílias de baixa renda, encantados pelo mundo consumista. Pela situação de pobreza não podem adentrar no universo do consumo, contexto que leva os adolescentes, ao mundo da delinquência juvenil, com expectativa de obter bens materiais e se sentirem parte da sociedade [131].

Ao adolescente que cumpre a medida socioeducativa de internação lhe é garantido o direito de realizar tarefas em ambientes fora da unidade de internação,

[125]BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: XI - receber escolarização e profissionalização;
[126]Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas. Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito.1999, p.59.
[127]Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.851.
[128]RAMIDOFF, Mário Luiz. Direitos difusos e coletivos IV (Estatuto da Criança e do Adolescente). São Paulo; Saraiva, 2012 (Coleção saberes do direito; 37), p.89.
[129]PRATES, Flávio Cruz. Adolescente Infrator.1 ed. (ano 2001), 6 reimpr. Curitiba: Juruá 2012, p.30/31.
[130]Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.851.
[131]Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.852.

desde que essas tarefas contribuam para sua reinserção na sociedade, tais como, "profissionalização e escolarização"

Dos direitos fixados ao adolescente interno, ressalta-se o direito à educação previsto no inciso IX, do art.124, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Observa-se que esse direito fundamental está assegurado no plano constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente, de uma forma geral, para todos os adolescentes, conforme abordado no capítulo 1. Dada sua essencialidade para o desenvolvimento do adolescente, não poderia deixar de estar listado no mencionado dispositivo, considerando, sobretudo, que ele carrega a carga de objetivos, qual seja: o preparo para o exercício da cidadania plena e preparo para um qualificação profissional, vertentes indispensáveis para a ressocialização [132].

3.2.4 O Direito à Educação do Interno

O art. 5º *da Constituição Federal de 1988 proíbe discriminação entre os indivíduos, no sentido de reconhecer que todos são iguais perante a lei. Isso significa que todos fazem "jus" ao direito fundamental à educação. Estejam em liberdade ou em cumprimento de medida socioeducativa* [133]*. Observa-se que não há uma estrutura normativa específica que trate, exclusivamente, deste direito em relação aos adolescentes infratores*[134]*.*

As Nações Unidas busca minorar a ideia de punibilidade aos adolescentes em conflito com a lei e, na tentativa de executar essa proposta em âmbito global há diversos documentos internacionais, os quais orientam que a ressocialização ocorre a partir da efetividade dos direitos

[132] Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.169/170.
[133] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[134] QUEIROZ, Christina Stephano. Jovens em conflito com a lei relatam problemas ao voltar para o ambiente escolar, 2015. Revista Educação.

fundamentais, dentre eles o direito à educação[135]*. Em rápidas pinceladas, passa-se a alguns instrumentos internacionais, com enfoque à educação.*

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, no âmbito internacional, é a instituição com maior visibilidade na temática educação. Foi fundada na década de 1940, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento social por meio da educação. Dentre as diversas orientações, destacam-se os pilares já abordados no tópico 1.3 desta pesquisa[136]*.*

Em meados da década de 1960 surgiu a Convenção Relativa à Luta contra as Discriminações na Esfera do Ensino, buscando reafirmar preceitos de igualdade estabelecidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos [137] e pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO. Esses documentos vedam, independentemente das circunstâncias, a privação do direito à educação, seja total, seja parcial. Significa dizer que o indivíduo sujeito de direitos deve ter acesso a distintos graus de ensino, cabendo aos Estados signatários a criação de políticas públicas para assegurar educação igualitária a "qualquer pessoa ou grupo" [138].

[135] MARQUES, Rita de Cássia Godinho de Brito. Delinquência juvenil.2003. 27 f. Tese Programa de Pós-Graduação em Psicologia Jurídica Universidade Cândido Mendes – UCAM, Rio de Janeiro, 2003, p.21.

[136] UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Disponível em:<https://en.unesco.org/> . Acesso em 15 de março de 2018.

[137] Convenção Relativa à Luta contra as Discriminações na Esfera do Ensino. Câmara dos Deputados. Disponível em;<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes permanentes /cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRelLutContDiscEsfEns.html>. Acesso em 18 de março de 2018

[138] Convenção Relativa à Luta contra as Discriminações na Esfera do Ensino. Câmara dos Deputados. Disponível em;<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes permanentes /cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRelLutContDiscEsfEns.html>. Acesso em 18 de março de 2018 Artigo 1§1. Aos efeitos da presente Convenção, se entende por discriminação toda distinção, exclusão, limitação ou preferência fundada na raça, na cor, no sexo, no idioma, na religião, nas opiniões políticas ou de qualquer outra índole, na origem nacional ou social, na posição econômica ou o nascimento, que tenha por finalidade ou por efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento na esfera do ensino, e, em especial:
a) Excluir uma pessoa ou um grupo de acesso aos diversos graus e tipos de ensino;
b) Limitar a um nível inferior a educação de uma pessoa ou de um grupo;
c) A reserva do previsto no artículo no artigo 2 da presente Convenção, instituir ou manter sistemas ou

A Resolução N. 40/33 da Assembleia Geral, de 29/11/1985, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude, mais conhecida como Regras de Beijing, guardam relevância para a prevenção da criminalidade infanto-juvenil, tendo como base a educação e a qualidade de vida do adolescente no seu círculo social [139].

Essas Regras determinam que a medida de internação deve ser tomada como última providência. Entretanto, caso seja, a regra número 26.1 afirma que esses jovens devem ser tratados de forma a serem reintroduzidos na sociedade, com garantia de proteção, capacitação profissional, com enfoque na educação e, assim, os tornando úteis ao convívio social [140].

Observadas suas próprias recomendações, a Organização das Nações Unidas, em 1989 elaborou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que dispôs no seu art. 37 a privação da liberdade da criança, porém reconhecendo a condição de sujeitos de direito à dignidade da pessoa humana, incluindo como um direito fundamental à educação [141].

---

estabelecimentos de ensino separados para pessoas ou grupos; d) Colocar uma pessoa ou um grupo em uma situação incompatível com a dignidade humana.
§2. Aos efeitos da presente Convenção, a palavra " ensino" se refere em seus diversos tipos e graus, e compreende o acesso ao ensino, ao nível e à qualidade desta e as condições em que se dá.

[139] ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. O direito à educação do adolescente em situação de privação de liberdade. 2013. 212f. Tese (Mestrado) Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – São Paulo, 2013, p.126.

[140] Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude. Disponível em;<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47. htm>. Acesso em 19 de março de 2018.26.1 A capacitação e o tratamento dos jovens colocados em instituições têm por objetivo assegurar seu cuidado, proteção, educação e formação profissional para permitir-lhes que desempenhem um papel construtivo e produtivo na sociedade.

[141] BRASIL. DECRETO Nº 99.70, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 19 de março 2018.Artigo 37 Os Estados Partes zelarão para que:

a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade.

Como visto, a Convenção compreende como criança todo indivíduo com idade inferior a 18 anos, ressalvado o fato de lei nacional dispor o contrário [142]. Neste sentido, o Estatuto da Criança e do adolescente dispôs que considera criança sujeitos com idade inferior a 12 anos. Assim, onde se lê "criança" no âmbito internacional, leia-se "adolescente" no âmbito nacional[143].

Em dezembro de 1990 foram aprovadas as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Regras de RIAD, as quais afirmaram que a criança é um sujeito de direitos, dentre as quais, situa-se o direito à educação gratuita [144], a teor do parágrafo 5, do tópico I, das Regras de RIAD [145].

Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;

d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

[142] Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

[143] BRASIL. DECRETO Nº 99.70, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 19 de março 2018.Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

[144] Afirmando que cada criança goza dos direitos humanos fundamentais incluindo, em especial, o acesso à educação gratuita.

[145] PRINCÍPIOS ORIENTADORES DE RIAD Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – 1990. Sítio Eletrônico da *Biblioteca Virtual* de *Direitos Humanos* da Universidade *de São* Paulo. Disponível em;<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/principios-das-nacoes-unidas-para-a-prevencao-da-delinqueencia-juvenil-principios-orientadores-de-riad.html>. Acesso em 15 de março de 2018. §5. Deverá reconhecer-se a necessidade e a importância de adotar políticas progressivas de prevenção da delinquência, de efetuar um estudo sistemático, de elaborar medidas que evitem criminalizar e penalizar um menor por um comportamento que não cause danos sérios ao seu desenvolvimento ou prejudique os outros. Tais políticas e medidas devem envolver:

a) A promoção de oportunidades, em especial oportunidades educacionais, para satisfazer as várias necessidades dos jovens e servir como enquadramento de apoio para salvaguardar o desenvolvimento pessoal de todos os jovens, em especial daqueles que se encontram manifestamente em perigo ou em situação de risco social e têm necessidade de cuidados e proteção especiais.b) A adoção de concepções e de métodos especialmente adaptados à prevenção da delinquência e concretizadas nas leis, processos, instituições, instalações e numa rede de serviços destinada a reduzir a motivação, a necessidade e as oportunidades da prática de infrações e a eliminar as condições que dão lugar a tal comportamento.

No âmbito nacional, conforme tratado no tópico 1.3, a legislação tem por base os parâmetros/pilares da *Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO.*

O *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA*[146] *é o órgão responsável, dentre outras atribuições, pela normatização do atendimento socioeducativo. Nesse sentido esse Conselho aprovou a Resolução nº 46 que dispõe sobre a execução da medida socioeducativa de internação, buscando reger principalmente a educação e o seu caráter sociopedagógico*[147]*.*

Assim dispõe o seu art. 3º que dentro de cada unidade de internação deverá, dentre diversos serviços, acomodar a prestação do serviço de educação aos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação[148]*.*

O art. 4º [149] *e o art. 6º* [150] *dessa Resolução afirmam que todo adolescente que esteja sob a tutela do Estado, deve ter atendimento sociopedagógico a ser desenvolvido com a cooperação da família e da*

[146] O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA é um órgão colegiado permanente de caráter deliberativo e composição paritária, previsto no artigo 88 da lei no 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Integra a estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Ministério dos Direitos Humanos. Participação social - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Disponível em: http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda.

[147] ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. O direito à educação dos adolescentes em situação de privação de liberdade. 2013. 212f. Tese (Mestrado) Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – São Paulo, 2013, p.128.

[148] Resolução CONANDA nº 46 de 29/10/1996. LegisWeb. Disponível em;
<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95825>. Acesso em 15 de março de 2018.**Art. 3º.** Cada unidade deverá estar integrada aos diversos serviços setoriais de atendimento, tais como: educação, saúde, esporte e lazer, assistência social, profissionalização, cultura e segurança.

[149] Resolução CONANDA nº 46 de 29/10/1996. LegisWeb. Disponível em;
<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95825>. Acesso em 15 de março de 2018.**Art. 4º.** Os adolescentes em cumprimento de medida de internação deverão contar com atendimento jurídico continuado, tratamento médico-odontológico, orientação sócio-pedagógica e deverão estar civilmente identificados.

[150] Resolução CONANDA nº 46 de 29/10/1996. LegisWeb. Disponível em;
<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95825>. Acesso em 15 de março de 2018.**Art. 6º.** O projeto sócio-pedagógico deve prever a participação da família e da comunidade, como dimensão essencial da proteção integral.

comunidade, respeitando à proteção integral, considerada a fase peculiar de desenvolvimento[151]*. Importante destacar que o não cumprimento destas regras poderá redundar providências por parte do Ministério Público, no sentido de assegurar esses direitos* [152]*.*

Sobre o tema em foco, há que se destacar o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, desenvolvido por meio de ampla consulta à sociedade e com participação de entidades. Este programa fixa a responsabilidade do Estado quanto à proteção das minorias e dos excluídos[153]*.*

O Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH se divide em três versões, quais sejam: o PNDH – I Decreto Nº 1.904 de 13 de maio de 1996, o PNDH– II Decreto Nº 4.229 de 13 de maio de 2002 e o PNDH – III Decreto Nº 7.177 de 12 de maio de 2010 [154]*.*

O PNDH – I tratava da educação em três diferentes moldes: o primeiro tratava da educação para a capacitação de profissionais da área de segurança e de "lideranças sociais"; o segundo tratava da educação como mecanismo de evolução social, ambas em curto prazo; e por fim o terceiro que tratava da educação como medida de importância para ressocializar aqueles privados de liberdade, esta em médio prazo. Observa-se que o PNDH – I não tratava exclusivamente dos adolescentes privados de

[151] ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. O direito à educação dos adolescentes em situação de privação de liberdade. 2013. 212f. Tese (Mestrado) Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – São Paulo, 2013, p.128.

[152] Resolução CONANDA nº 46 de 29/10/1996. LegisWeb. Disponível em;
<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95825>. Acesso em 15 de março de 2018.**Art. 7º.** O descumprimento desta Resolução implicará o encaminhamento de representação ao Ministério Público para os procedimentos legais, além de outras sanções eventualmente cabíveis.

[153] ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. O direito à educação dos adolescentes em situação de privação de liberdade. 2013. 212f. Tese (Mestrado) Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – São Paulo, 2013, p.121.

[154] Ibidem, p.121.

liberdades e sim "do preso". O PNDH– III trata da educação focada aos adolescentes privados de liberdade [155].

O PNDH III busca atender às recomendações da Conferência de Viena da Organização das Nações Unidas, de 1993, sobre os direitos humanos. Não se trata de uma lei, mas sim de recomendações ao Estado para a promoção e garantia desses direitos em território nacional para as minorias e excluídos. No rol das diversas temáticas que o Programa aborda, está assegurado o direito à educação156.

*Dentre as diversas abordagens para a educação do PNDH– III destaca-se o Eixo Orientador V (*Educação e Cultura em Direitos Humanos), Diretriz 20 a ação "g", que cuida da educação aos socioeducandos, com orientação ao fortalecimento das experiências de educação neste campo [157].

O PNDH – III tem metas para a educação dos adolescentes que cumprem medida de internação. A curto prazo o Programa tem as metas de apoio ao *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA quanto ao seu funcionamento*[158]*. Aponta, ainda, o incentivo ao desenvolvimento e à criação de programas para as medidas socioeducativas para melhor atender os adolescentes internos*[159]*.*

---

[155] Ibidem, p.122.

[156]Ministério dos Direitos Humanos. Esclarecimentos sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos PNDH-3. http://www.mdh.gov.br/importacao/noticias/ultimas_noticias/2010/10/esclarecimentos-sobre-o-pndh-3

[157]*Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3.* Disponível em; http://www.mdh.gov.br/assuntos/direito-paratodos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3. Acesso em 12 de fevereiro de 2018.g). Fortalecer experiências alternativas de educação para os adolescentes, bem como para monitores e profissionais do sistema de execução de medidas socioeducativas.

Responsáveis: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Ministério da Educação; Ministério da Justiça

[158] *Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3.* Disponível em; http://www.mdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3. Acesso em 12 de fevereiro de 2018.92. Apoiar o funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA.

[159] *Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3.* Disponível em; http://www.mdh.gov.br/assuntos/direito-para-

A médio prazo, o PNDH – III trata da educação para todos. Contudo, não propõe tratamento exclusivo aos adolescentes internos, tampouco a longo prazo. Recomendações do Programa foram reconhecidas insuficientes na 8ª Conferencia Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, oportunidade em que foi discutida a implementação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE [160].

Embora o Programa Nacional de Direitos Humanos tenha tratado da questão da educação para adolescentes infratores submetidos à medida de internação, o tema também foi objeto de análise e de disciplina pelo Sistema Nacional Socioeducativo, conforme abordagem a seguir.

4 SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO – AS UNIDADES DE INTERNAÇÃO E O DIREITO À EDUCAÇÃO

O presente capítulo abordará o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, com enfoque nos parâmetros relacionados ao direito à educação. Será realizada breve abordagem acerca da aparente realidade das unidades de internação no Distrito Federal. Em seguida, será traçado um paralelo entre os parâmetros do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e a aparente realidade do Distrito Federal quanto ao direito à educação nas unidades de internação.

4.1 Parâmetros do SINASE Atinente ao Direito à Educação

A Lei *Nº* 12.594 de 2012, a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, foi criada para a manutenção e instrumentalização do

todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3. Acesso em 12 de fevereiro de 2018.97. Incentivar a criação de estruturas para o desenvolvimento de programas sócio-educativos para o atendimento de adolescentes infratores.

[160] ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. O direito à educação dos adolescentes em situação de privação de liberdade. 2013. 212f. Tese (Mestrado) Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – São Paulo, 2013, p.123.

sistema a qual lhe deu essa nomenclatura. Regimenta os procedimentos adotados ao cumprimento das medidas de socioeducação [161].

O art. 12 [162] do SINASE é categórico ao afirmar que deverá haver uma equipe interprofissional e, caso não seja possível uma equipe multidisciplinar, deverá ao menos e necessariamente conter profissionais da educação [163].

O art. 15, do SINASE [164] exige a comprovação da existência "estabelecimento educacional", e que esses estabelecimentos devem estar com suas estruturas compatíveis e adequadas para atender tais medidas e de acordo com as "normas de referência" [165].

O art. 24 desta lei [166] remete ao art. 94, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar das obrigações aos "programas de internação". Devida a essa remissão ao Estatuto são obrigatórios o cumprimento do direito à educação por meio da escolarização e da proteção integral, estratégias de atendimento indispensáveis à ressocialização [167].

---

[161] RAMIDOFF, Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.13.

[162] BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 19 de dezembro 2017.Art. 12. A composição da equipe técnica do programa de atendimento deverá ser interdisciplinar, compreendendo, no mínimo, profissionais das áreas de saúde, educação e assistência social, de acordo com as normas de referência.

[163] RAMIDOFF, Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.36.

[164] BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 19 de dezembro 2017.Art. 15. São requisitos específicos para a inscrição de programas de regime de semiliberdade ou internação:

I - a comprovação da existência de estabelecimento educacional com instalações adequadas e em conformidade com as normas de referência;

[165], Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.46.

[166] BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 19 de dezembro 2017.Art. 24. A avaliação dos programas terá por objetivo verificar, no mínimo, o atendimento ao que determinam os arts. 94, 100, 117, 119, 120, 123 e 124 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

[167] RAMIDOFF, Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.58.

Acerca da profissionalização, dispõe o art. 76 da mencionada lei [168] que as escolas do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI poderão oferecer aos adolescentes em conflito com a lei e que estiverem cumprindo algumas das medidas socioeducativas, vagas em cursos da instituição, conforme for celebrado entre o SENAI e os "gestores dos Sistemas de Atendimento Socioeducativo locais"[169].

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo não se reservou abordar apenas do SENAI, mas também no seu art. 77 [170] cuida de eventuais parcerias com o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC. As escolas do SENAC poderão assim, como as do SENAI, ofertarem vagas aos reeducandos, conforme ajustes entre o SENAC e os "gestores dos Sistemas de Atendimento Socioeducativo locais" [171].

O art. 78 [172] do SINASE trouxe a previsão da possibilidade da disponibilização

---

[168] BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 19 de dezembro 2017.Art. 76. O art. 2º do Decreto-Lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 2º:

"Art. 2º .....

§ 1º As escolas do Senai poderão ofertar vagas aos usuários do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) nas condições a serem dispostas em instrumentos de cooperação celebrados entre os operadores do Senai e os gestores dos Sistemas de Atendimento Socioeducativo locais.

§ 2º ....." (NR)

[169] RAMIDOFF, Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.143.

[170] BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 19 de dezembro 2017.Art. 77. O art. 3º do Decreto-Lei nº 8.621, de 10 de janeiro de 1946, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 2º:

"Art. 3º .....

§ 1º As escolas do Senac poderão ofertar vagas aos usuários do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) nas condições a serem dispostas em instrumentos de cooperação celebrados entre os operadores do Senac e os gestores dos Sistemas de Atendimento Socioeducativo locais.

§ 2º. ....." (NR)

[171] Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.143/144.

[172] BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2011-

de vagas por parte do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR, para auxiliar a ressocialização desses adolescentes, com a promoção do trabalho rural e da mesma forma que as instituições anteriores, poderá oferecer tais vagas de comum acordo entre a instituição e os gestores locais do sistema de atendimento socioeducativo [173].

Ainda, esta lei [174] dispõe acerca da possibilidade de serem ofertadas vagas aos adolescentes que cumprem medidas de socioeducativas por parte do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT, com o intuito de formação profissional, aperfeiçoamento, treinamento, entre outras hipóteses conforme acordo entre o SENAT e os dirigentes locais voltados a reeducação de adolescentes em conflito com a lei [175].

Não obstante, o art. 80 [176] do SINASE em sintonia com a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT no seu art. 429, parágrafo 2º, *fixa a possibilidade de*

2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 19 de dezembro 2017.Art. 78. O art. 1º da Lei nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:
"Art. 1º .....
Parágrafo único. Os programas de formação profissional rural do Senar poderão ofertar vagas aos usuários do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) nas condições a serem dispostas em instrumentos de cooperação celebrados entre os operadores do Senar e os gestores dos Sistemas de Atendimento Socioeducativo locais." (NR)

[173] RAMIDOFF, Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.144.

[174] BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 19 de dezembro 2017.Art. 79. O art. 3º da Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:
"Art. 3º .....
Parágrafo único. Os programas de formação profissional do Senat poderão ofertar vagas aos usuários do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) nas condições a serem dispostas em instrumentos de cooperação celebrados entre os operadores do Senat e os gestores dos Sistemas de Atendimento Socioeducativo locais." (NR)

[175] RAMIDOFF, Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.144.

[176] BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 19 de dezembro 2017.Art. 80. O art. 429 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º:
"Art. 429. .....
.....
§ 2º Os estabelecimentos de que trata o **caput** ofertarão vagas de aprendizes a adolescentes usuários do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) nas condições a serem dispostas em

vagas oferecidas aos adolescentes que cumprem medida socioeducativa por estabelecimentos "de qualquer natureza" que realizam atividades trabalhistas. Assim, aqueles estabelecimentos "de qualquer natureza" que possuem convênios, contratos, ou qualquer tipo de parceira com os serviços nacionais de aprendizagem supramencionados, deverão, também, oferecer vagas aos adolescentes que se encontram no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo 177.

O SINASE também [178] impõe a responsabilidade de inserir adolescentes que cumprem medida socioeducativa na rede pública de educação, independentemente do período letivo em que se encontram e, independentemente de sua faixa etária e seu grau de instrução, na perspectiva de se garantir o retorno às atividades escolares, sem prejuízo aos adolescentes [179].

Da descrição normativa acima, verifica-se que o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo prestigiou a efetividade do direito à educação, ao lado da proteção ao direito à profissionalização do adolescente que se encontra em cumprimento da medida socioeducativa de internação. Dessa forma, é possível inferir que o SINASE encontra-se em sintonia com o paradigma da proteção integral, ao trazer disciplina quanto ao atendimento dos direitos fundamentais, notadamente, o direito à educação, num claro reconhecimento de sua essencialidade para a ressocialização do adolescente em conflito com a lei.

---

instrumentos de cooperação celebrados entre os estabelecimentos e os gestores dos Sistemas de Atendimento Socioeducativo locais." (NR)

[177] RAMIDOFF, Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.145.

[178] BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 19 de dezembro 2017.Art. 82. Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em todos os níveis federados, com os órgãos responsáveis pelo sistema de educação pública e as entidades de atendimento, deverão, no prazo de 1 (um) ano a partir da publicação desta Lei, garantir a inserção de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa na rede pública de educação, em qualquer fase do período letivo, contemplando as diversas faixas etárias e níveis de instrução.

[179] RAMIDOFF, Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012, p.147.

4.2 A aparente realidade das Unidades de Internação no DF junto ao Direito à Educação

De início, serão apontados alguns aspectos quanto ao perfil dos adolescentes comprometidos com a criminalidade no Distrito Federal, a exemplo do grau de instrução, a fim de que seja possível traçar um paralelo entre as orientações do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE quanto ao direito à educação e à aparente realidade local.

O estudo realizado pela Companhia de Planejamento do Distrito Federal - Codeplan de 2013 nos informa as Regiões Administrativas, as quais residem os adolescentes em cumprimento da medida de internação. São as seguintes: 20,2% na Ceilândia; 13,4% em Samambaia; 8,3% no Recanto das Emas, locais aonde há escolas para atendê-los. Destaca ainda que 80,9% dos adolescentes que cumprem medida de internação são naturais do Distrito Federal e 81% são do sexo masculino [180].

Noticia que 80% dos adolescentes internos são negros e 31,2% se encontram com 17 anos, 26,7% com 18 anos, 14,3% com 16 anos, e 18,2% com 19 e 20 anos[181].

Outro ponto importante que merece destaque, é o fato desses adolescentes serem oriundos de famílias desestruturas. 40,4% residem apenas com a mãe, 23,6% residem com outros familiares, senão mãe e pai, e apenas 18,2% moram com ambos os pais [182].

Quando se trata de escolarização, os dados apontam que, pela idade os adolescentes deveriam estar concluindo o ensino médio, tendo em vista que em suas regiões possuem escolas suficientes. Porém, 82% destes adolescentes internados não

[180] Companhia de Planejamento do Distrito Federal – Codeplan. Perfil e percepção social dos adolescentes em medida socioeducativa no Distrito Federal. 122f. Codeplan, Brasília. 2013, p 22/25.
[181] Companhia de Planejamento do Distrito Federal – Codeplan. Perfil e percepção social dos adolescentes em medida socioeducativa no Distrito Federal. 122f. Codeplan, Brasília. 2013, p. 29.
[182] Companhia de Planejamento do Distrito Federal – Codeplan. Perfil e percepção social dos adolescentes em medida socioeducativa no Distrito Federal. 122f. Codeplan, Brasília. 2013, p. 33.

possuem alguma instrução ou possuem apenas o ensino fundamental incompleto. 15,8% concluíram o ensino fundamental, mas não o ensino médio e, apenas 2,2% possuem o ensino médio completo [183].

Desses adolescentes a maioria tem interesse em se profissionalizar e, 47,3% tem interesse na profissionalização na área de informática; 33,4% em mecânica de automóveis e, 28% em produção de alimentos [184].

Ainda, apurou-se as seguintes afirmações, "A equipe socioeducativa me incentiva a estudar" 77,7% responderam positivamente, "A medida ajuda na minha educação" 55,5% responderam positivamente. "A unidade é um ambiente de educação" apenas 37,3% responderam positivamente. Quanto à indagação se enxergavam se a unidade de internação mais como uma prisão 83,7% responderam positivamente [185].

Quando questionados quanto ao fato de gostar de estudar, 24,7% dos internos afirmam não gostar de estudar e, 92,2% afirmam ter um bom relacionamento com os professores [186].

Destaca-se que em 2011 a Secretaria de Estado da Criança – SECriança, devido a um grande apelo pelas melhorias e garantias dos direitos fundamentais desses adolescentes no então Centro de Atendimento Juvenil Especializado – CAJE, assumiu a política de escolarização no sistema socioeducativo do Distrito Federal [187].

Assim, a educação nos Centros de Internação do Distrito Federal passou a ser organizada por meio de ciclos, no intuito de facilitar a inclusão educacional desses adolescentes. Para o ensino fundamental, sua grade curricular se divide em dois ciclos: o 1º e o 2º *Ciclo que, por sua vez, se divide em dois blocos, o bloco 1*

[183] Ibidem, p. 38.
[184] Ibidem, p.61.
[185] Ibidem, p.61.83.
[186] Companhia de Planejamento do Distrito Federal – Codeplan. Perfil e percepção social dos adolescentes em medida socioeducativa no Distrito Federal. 122f. Codeplan, Brasília. 2013, p.85.
[187] ALBUQUERQUE, Liana Correia Roquete de. A política de escolarização para adolescentes privados de liberdade no Distrito Federal. Universidade de Brasília – UnB, p.8.

composto pelos três primeiros anos, e o bloco 2 formado pelos anos intermediários, quais sejam 4º e 5º anos. No 3º Ciclo que, novamente é divido em bloco 1, formado pelos 6º e 7º anos e bloco 2, composto pelos 8º e 9º anos[188].

Em relação ao ensino médio, existem três séries, 1ª, 2ª e 3ª. Nas unidades de internação essas séries são trabalhadas como blocos e cada bloco compreende um período de seis meses. O adolescente só obterá aprovação após ser avaliado pelo Conselho de Classe e for considerado apto, para seguir para *o bloco subsequente*[189].

Há a possibilidade de educação em tempo integral, bem como, educação de jovens e adultos e educação profissional. A educação profissional é compreendida por Cursos técnicos integrados ao Ensino Médio para os jovens com idade superior aos 18 anos e cursos de Formação Inicial e Continuada – FIC integrado ao Ensino Médio para jovens com idade superior aos 18 anos. Há ainda Cursos FIC integrados aos anos iniciais do Ensino Fundamental para adolescentes com idade superior aos 15 anos que não possuam o ensino fundamental completo, bem como, Cursos FIC integrados aos anos finais do Ensino Fundamental para os adolescentes com idade superior aos 15 anos [190].

A organização da estrutura curricular compreende cinco etapas. A primeira é a pratica social do adolescente; a segunda é a problematização que trata da identificação por parte do adolescente de determinados problemas e, como essas questões são resolvidas conforme a sua realidade; a terceira etapa é a da instrumentalização teórica, a qual disponibiliza ao adolescente por meio de "instrumentos teóricos e práticos" solução de dado problema; a quarta etapa é a catarse que introduz ao

[188] Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Diretrizes pedagógicas escolarização na socioeducação. 121f. Brasília 2014, p. 39.
[189] Ibidem, p. 40.
[190] Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Diretrizes pedagógicas escolarização na socioeducação. 121f. Brasília 2014, p.50/51.

adolescente meios culturais para a transformação da sua realidade; por fim a quinta etapa é a prática social final. A prática social final visa voltar à primeira etapa, entretanto, com uma visão mais aguçada devido a novos conhecimentos, assim se faz a construção de conhecimentos nas unidades de internação[191].

Os alunos estudam dentro das unidades de internação, porém estão matriculados na rede pública de ensino, o que garante que os socioeducandos tenham uma rotina escolar e frequência às aulas. As escolas presentes nas unidades de internação tem uma gestão diferenciada, de modo que funciona como uma engrenagem, que inclui as metas propostas no Plano Nacional, para que possa garantir o direito à educação aos adolescentes em conflito com a lei que cumprem medida internação [192].

4.3 Paralelo entre os Parâmetros do SINASE e a Realidade do DF no que toca ao Direito à Educação nas Unidades de Internação

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, com atenção aos pilares da UNESCO, Constituição Federal e Estatuto da Criança e Adolescente definiu critérios para a execução das medidas socioeducativas, de modo que reafirmou os direitos dos adolescentes internos, dentre os quais se encontra o direito à educação[193].

A escolarização desenvolvida no âmbito das unidades de internação não atende aos parâmetros do SINASE, eis que as atividades para a reeducação desses adolescentes devem ser realizadas em parceria com a família. Contudo, conforme dados da pesquisa realizada pela Companhia de Planejamento do Distrito Federal – Codeplan, Ceilândia e Samambaia são as regiões administrativas onde reside maior

[191] Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Diretrizes pedagógicas escolarização na socioeducação. 121f. Brasília 2014, p.53.
[192] ALBUQUERQUE, Liana Correia Roquete de. A política de escolarização para adolescentes privados de liberdade no Distrito Federal. Universidade de Brasília – UnB, p. 12.
[193] ALBUQUERQUE, Liana Correia Roquete de. A política de escolarização para adolescentes privados de liberdade no Distrito Federal. Universidade de Brasília – UnB, p. 12.

parte dos adolescentes internados, porém essas localidades não possuem unidades de internação, o que compromete a proximidade dos adolescentes e suas respectivas famílias. Nesse ponto se nota um caráter muito mais repressivo/prisional, que educativo, assim sinalizando para a presença do paradigma da situação irregular [194].

Muito embora haja avanços na estrutura socioeducativa do Distrito Federal, em especial a educação, para que esta atinja seu objetivo final, há de se ter uma inclusão social, familiar. Mas, a distância territorial em relação à família colabora para a exclusão que, muito embora tenha se instalado escolas da rede pública de ensino dentro das unidades de internação, se nota que ainda há brechas para a prática de ideais "menoristas, carcerários e policialescos" dificultando o interesse do socioeducando em participar da vida escolar [195].

Conforme salientado anteriormente, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo trata também da educação profissional, com possibilidades de oferecimento de cursos. Pela pesquisa da Codeplan grande parte dos adolescentes internados tem interesse em se profissionalizar em cursos como informática, mecânica de automóveis e em produção de alimentos, mas não tem a oportunidade. Deve-se abrir "possibilidades para o processo educacional na perspectiva emancipadora", com a realização de parceira com o SENAI, SENAC, etc. [196].

A escola pública nas unidades de internação deve ser voltada à emancipação do adolescente, e deve observar que esses adolescentes tinham alguma dificuldade com a educação externa, fora da unidade. Sendo assim, a educação no âmbito socioeducativo deve ser estimulada, para que assim aguce a curiosidade desses adolescentes ao conhecimento. A educação nas unidades deve ser trabalhada à conscientização dos seus benefícios, tanto profissionais, quanto pessoais. Mas,

[194] PEREIRA, Darlan dos Santos. A relação entre a educação escolar e o adolescente em conflito com a lei na percepção dos professores em uma Unidade de Internação Provisória São Sebastião (UIPSS).2015. 50 f. Monografia apresentada a Universidade de Brasília (UnB) Programa de Especialista em Educação em e para os Direitos Humanos, no Contexto da Diversidade Cultural – UnB, 2015, p. 37.
[195] ALBUQUERQUE, Liana Correia Roquete de. A política de escolarização para adolescentes privados de liberdade no Distrito Federal. Universidade de Brasília – UnB, p. 13.
[196] ALBUQUERQUE, Liana Correia Roquete de. A política de escolarização para adolescentes privados de liberdade no Distrito Federal. Universidade de Brasília – UnB, p. 14.

apenas isso não basta, pois deve haver um trabalho para atrair esses adolescentes à educação, tendo em vista que no modelo externo eles foram repelidos e este modelo é repetido nas unidades de internação [197], nos termos das informações dispostas no tópico anterior.

Quanto à proposta pedagógica, as unidades de internação seguem os padrões estabelecidos pelo SINASE com o intuito final de reeducá-los. Tem por objetivo a conscientização dos adolescentes acerca dos seus atos, de modo que mudem o comportamento e, em consequência, o não retorno às atividades conflitantes com a lei [198].

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo abarca o princípio da prioridade absoluta, razão pela qual a educação deveria ser priorizada em todas as unidades de internação, o que não ocorre. Sabe-se que educação é base para formar a sociedade e o cidadão, o que conduz a priorização da educação, especialmente para adolescentes em conflito com a lei, propiciando um lugar agradável, com professores capacitados e motivados, enfim, uma educação de qualidade. Na realidade, muitos professores terminam reproduzindo o comportamento repressivo reinante nas unidades, reduzindo, assim, o processo de escolarização e, em consequência, o processo ressocializador [199].

A educação é um direito fundamental de extrema importância para o paradigma da proteção integral, dado o seu caráter essencial para o desenvolvimento do adolescente, especialmente no âmbito da execução da medida socioeducativa de internação. A medida de internação tem como intuito reintroduzir adolescentes em conflito com a lei na sociedade, sendo a educação uma das principais estratégias.

[197] PEREIRA, Darlan dos Santos. A relação entre a educação escolar e o adolescente em conflito com a lei na percepção dos professores em uma Unidade de Internação Provisória São Sebastião (UIPSS).2015. 50 f. Monografia apresentada a Universidade de Brasília (UnB) Programa de Especialista em Educação em e para os Direitos Humanos, no Contexto da Diversidade Cultural – UnB, 2015, p. 39.
[198] Ibidem, p.39.
[199] PEREIRA, Darlan dos Santos. A relação entre a educação escolar e o adolescente em conflito com a lei na percepção dos professores em uma Unidade de Internação Provisória São Sebastião (UIPSS).2015. 50 f. Monografia apresentada a Universidade de Brasília (UnB) Programa de Especialista em Educação em e para os Direitos Humanos, no Contexto da Diversidade Cultural – UnB, 2015, p. 40.

Contudo, o que se nota é uma política pública incipiente que hostiliza o adolescente por ser interno, em descompasso com as determinações do SINASE que orienta o atendimento individualizado, visando o desenvolvimento saudável do adolescente interno [200].

Para os docentes dos centros de internação verifica-se que, há falta de atenção, vontade, entusiasmo, entre outros fatores por parte dos adolescentes quanto à educação. Os adolescentes frequentam as aulas por obrigação, por isso o atual modelo não é adequado para tirar esses adolescentes do mundo do crime. Embora o Distrito Federal venha trabalhando para a melhoria desse contexto, ainda está longe de se cumprir os parâmetros do SINASE sedimentados na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nos pilares da educação para o século XXI e da *Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO* [201].

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou do direito fundamental à educação e os adolescentes em conflito com a lei em cumprimento da medida socioeducativa de internação, no âmbito do Distrito Federal.

Apurou-se que o paradigma da situação irregular para o atendimento de adolescentes em conflito com a lei era pautado no binômio pobreza – delinquência, não demonstrava preocupação com os direitos fundamentais dessa categoria. No plano normativo o paradigma da situação irregular foi superado pelo paradigma da proteção integral adotado pelas Nações Unidas por meio da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e outros instrumentos internacionais. Este paradigma

[200] PEREIRA, Darlan dos Santos. A relação entre a educação escolar e o adolescente em conflito com a lei na percepção dos professores em uma Unidade de Internação Provisória São Sebastião (UIPSS).2015. 50 f. Monografia apresentada a Universidade de Brasília (UnB) Programa de Especialista em Educação em e para os Direitos Humanos, no Contexto da Diversidade Cultural – UnB, 2015, p. 43.

[201] PEREIRA, Darlan dos Santos. A relação entre a educação escolar e o adolescente em conflito com a lei na percepção dos professores em uma Unidade de Internação Provisória São Sebastião (UIPSS).2015. 50 f. Monografia apresentada a Universidade de Brasília (UnB) Programa de Especialista em Educação em e para os Direitos Humanos, no Contexto da Diversidade Cultural – UnB, 2015, p. 44/45.

reconheceu que o adolescente é sujeito de direitos e no contexto da prática de ato infracional fará jus a todas as garantias e direitos individuais, os quais deverão ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado, notadamente o direito à educação.

Os princípios que norteiam o paradigma foram abarcados pela ordem jurídica interna, por meio da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Notou-se que um dos direitos prestigiados pelo paradigma da proteção integral é o direito à educação, que no âmbito brasileiro, está disciplinado nos artigos 205 da Constituição Federal e 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em sintonia com denominados pilares da educação para o século XXI, elaborados pela UNESCO, os quais apregoam uma educação com base nos seguintes pilares: aprender a conhecer, aprender fazer, aprender a viver junto e aprender a ser

Esse desenho da educação deve ser assegurado para todos, inclusive para os adolescentes autores de atos infracionais, em cumprimento de medida de internação. Entretanto, levantamentos demonstraram que os adolescentes em conflito com a lei estão em situação de evasão escolar e consequentemente em defasagem.

Quanto aos adolescentes em conflito com a lei ficou demonstrado que, para que haja a responsabilização penal juvenil, terá que se observar o devido processo legal à fixação das medidas socioeducativas, dentre as quais, encontra-se a medida de internação, a mais severa, que será aplicada como última hipótese para casos graves. A medida socioeducativa de internação possui natureza híbrida, uma vez que objetiva ressocializar o adolescente, mas também castigá-lo, de modo que ele possa ser reinserido à sociedade.

Da análise restou confirmada a importância da educação como estratégia de ressocialização durante o cumprimento da medida internação, considerando que este direito fundamental tem por objetivo o preparo para o exercício da cidadania plena, para a qualificação profissional, e para o desenvolvimento saudável do adolescente. Dada sua importância esse direito restou garantido ao interno por meio de diversos

instrumentos nacionais e internacionais que tratam exclusivamente do adolescente infrator.

Contudo, observou-se que a lei do SINASE é que trouxe a melhor disciplina, abarcando parâmetros pedagógicos adequados ao adolescente, que se encontra com a sua liberdade de ir, vir e estar cerceada, sob o viés do atendimento individualizado e do empoderamento por meio da profissionalização.

Por meio das pesquisas aqui trazidas, na perspectiva das unidades de internação do Distrito Federal, aparentemente o DF cumpre os parâmetros do SINASE quanto ao direito à educação, no que toca à proposta pedagógica. Não obstante, ao analisar o plano factual contatou-se que, embora o Distrito Federal venha se esforçando para garantir os direitos fundamentais aos internos, especialmente o direito à educação, verificou-se uma série de fragilidades em relação ao SINASE.

No plano fático, o que se tem são políticas públicas insuficientes quanto à prestação do direito à educação. Percebeu-se que o sistema é seletivo, pois, via de regra os internos pertencem às camadas sociais menos favorecidas financeiramente, possuem baixíssimo grau de instrução e que, embora a maioria queira se profissionalizar, o Estado não fornece cursos que os atraiam, nem tão pouco, há convênios com os sistemas nacionais de educação para o fornecimento desses cursos profissionalizantes, em descompasso com as determinações do SINASE.

Pelas informações obtidas nas pesquisas em referência, restou demonstrado que os internos não se adequaram ao modelo educacional convencional e, ao serem internados, encontram um modelo bastante similar. O modelo que os obriga a frequentá-lo e o que encontram em período de aula é a excessiva reprimenda, exclusão e a hostilização, o que, sem dúvidas, diminui o caráter ressocializador da medida, contexto que leva à repulsa dos adolescentes pelo meio escolar, abrindo espaço a um ambiente para práticas “menoristas, carcerárias e policialescas”, o que aponta para a presença do paradigma da situação irregular.

Assim, ao chamar a hipótese de pesquisa à problemática em questão, tem-se que a política pública na área educacional para os adolescentes autores de atos infracionais em cumprimento de medida em meio fechado não atende aos parâmetros do SINASE. Há muito o que se caminhar para que as unidades de internação no âmbito do Distrito Federal possam desenvolver uma educação sedimentada nos pilares das UNESCO, e no paradigma da proteção integral.

REFERÊNCIAS

ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. O direito à educação dos adolescentes em situação de privação de liberdade. 2013. 212f. Tese (Mestrado) Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – São Paulo, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial.

CAVALLIERI, Alyrio. Direito do menor. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

Companhia de Planejamento do Distrito Federal – Codeplan. Perfil e percepção social dos adolescentes em medida socioeducativa no Distrito Federal. 122f. Codeplan, Brasília. 2013.

DELORS, Jacques. Educação: um tesouro a descobrir. Tradução de José Carlos Eufrázio. São Paulo: Cortez, 1998.

Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.8069, de 13 de julho de 1990/ Roberto João Elias. 4.ed. São Paulo: Saraiva 2010.

FONSECA, Antonio Cesar Lima da. Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas,2011

ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Atlas 2014.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 20.ed. São Paulo: Saraiva 2016.

Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos Teóricos e Práticos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, Rita de Cássia Godinho de Brito. Delinquência juvenil.2003. 27 f. Tese Programa de Pós Graduação em Psicologia Jurídica Universidade Cândido Mendes – UCAM, Rio de Janeiro, 2003.

MARREY, Adriano. Menores: legislação. Estudo das medidas judiciais, e das medidas de caráter social, do código de menores. Anotações. Indicies analíticos. Modelos. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985.

Milano Filho, Nazir David. Da apuração do ato infracional e a responsabilidade civil da criança e do adolescente: teoria e peças práticas.

Nazir David Milano Filho, Rodolfo Cesar Milano. São Paulo: Liv. Ed, Universitária de Direito. 1999.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33.ed. São Paulo: Atlas 2017.

PEREIRA, Darlan dos Santos. A relação entre a educação escolar e o adolescente em conflito com a lei na percepção dos professores em uma Unidade de Internação Provisória São Sebastião (UIPSS).2015. 50 f. Monografia apresentada a Universidade de Brasília (UnB) Programa de Especialista em Educação em e para os Direitos Humanos, no Contexto da Diversidade Cultural – UnB, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRATES, Flávio Cruz. Adolescente Infrator.1 ed. (ano 2001), 6 reimpr. Curitiba: Juruá 2012.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Direitos difusos e coletivos IV (Estatuto da Criança e do Adolescente). São Paulo; Saraiva, 2012 (Coleção saberes do direito; 37).

RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei n. 12.594, 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROUSEAU. Jean-Jaques. Do contrato social. 2. ed – 2 tiragem. Leme – São Paulo. CR EDIJUR, 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Diretrizes pedagógicas escolarização na socioeducação. 121f. Brasília 2014.

SOUZA, Selma Leite Do Nascimento Sauerbronn de. Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal.2014. 189 f. Tese (Mestrado) Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas pelo ICPD do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2014

ALBUQUERQUE, Liana Correia Roquete de. A política de escolarização para adolescentes privados de liberdade no Distrito Federal. Universidade de Brasília – UnB. Disponível em: http://www.anped.org.br/sites/default/files/trabalho-gt05-4573.pdf . Acesso em 24 de março de 2018. Brasília

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002Disponível em; < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 19 de Janeiro 2018. Brasília

BRASIL. Código de Menores, Lei Federal 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em; <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em 19 de Janeiro 2018. Brasília

BRASIL. DECRETO Nº 99.70, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 19 de Março 2018. Brasília

Brasil. Ministério da Educação. Relatório Educação para Todos no Brasil, 2000-2105 / Ministério da Educação. – Brasília: MEC, 2014. 105 p., il. Disponível em; <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002326/232699por.pdf>. Acesso em 18 de Agosto de 2017. Brasília

BRASIL. LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE2012. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm . Acesso em 19 de dezembro 2017. São Paulo

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. CNJ traça perfil dos adolescentes em conflito com a Lei. Disponível em; http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58526-cnj-traca-perfil-dos-adolescentes-em-conflito-com-a-lei. Acesso em 27 de março de 2018. Brasília

Codeplan – Companhia de Planejamento do Distrito Federal. Disponível em; http://www.codeplan.df.gov.br/estudo-sobre-jovens-e-medidas-socioeducativas-e-divulgado-na-codeplan/. Acesso em 27 de março de 2018. Brasília

Convenção da UNESCO relativa à luta contra as discriminações na esfera do ensino – 1960. Sítio Eletrônico da *Biblioteca Virtual* de *Direitos Humanos* da Universidade *de São* Paulo. Disponível em; http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-a-Educa%C3%A7%C3%A3o/convencao-relativa-a-luta-contra-as-discriminacoes-na-esfera-do-ensino.html. Acesso em 15 de março de 2018. Brasília.

Convenção Relativa à Luta contra as Discriminações na Esfera do Ensino. Câmara dos Deputados. Disponível em; <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRelLutContDiscEsfEns.html>. Acesso em 18 de Março de 2018. Brasília

CONSULEX, Ano XII, nº 286, 15 de dezembro de 2008, p. 28-30, como matéria de capa. Disponível em; <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Artigos/Artigo%20-%20ABMP.pdf> . Acesso em 15 de março de 2018. Brasília

Ministério dos Direitos Humanos. Participação social - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda> . Acesso em 18 de março de 2018. Brasília.

Ministério dos Direitos Humanos. Esclarecimentos sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/importacao/noticias/ultimas_noticias/2010/10/esclarecimentos-sobre-o-pndh-3>. Acesso em 12 de fevereiro de 2018. Fortaleza

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. 1989. Disponível em; <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10124.htm>. Acesso em 26 de dezembro de 2017. Brasília

Portal PISA, Disponível em; <http://www.oecd.org/pisa/>. Acesso em 09 de maio de 2017.

Brasília PRINCÍPIOS ORIENTADORES DE RIAD Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil – 1990. Sítio Eletrônico da *Biblioteca Virtual* de *Direitos Humanos* da Universidade *de São Paulo*. Disponível em; <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/principios-das-

nacoes-unidas-para-a-prevencao-da-delinqueencia-juvenil-principios-orientadores-de-riad.html>. Acesso em 15 de março de 2018. Brasília.

Queiroz, Christina Stephano. Jovens em conflito com a lei relatam problemas ao voltar para o ambiente escolar, 2015. Revista Educação. Disponível em; <http://www.revistaeducacao.com.br/jovens-em-conflito-com-a-lei-relatam-problemas-ao-voltar-para-o-ambiente-escolar/>. Acesso em 17 de março de 2018. Brasília

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude. Disponível em; <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acesso em 19 de março de 2018. Brasília

Resolução CONANDA nº 46 de 29/10/1996. LegisWeb. Disponível em; https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95825. Acesso em 15 de março de 2018. Brasília

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3. Disponível em; http://www.mdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3. Acesso em 12 de fevereiro de 2018. Fortaleza.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Disponível em: https://en.unesco.org/ . Acesso em 15 de março de 2018. Brasília

VARALDA, Renato Barão. Responsabilidades na garantia dos direitos de crianças e adolescentes. 2008. Artigo publicado na Revista Jurídica CONSULEX, Ano XII, nº 286, 15 de dezembro de 2008, p. 28-30, como matéria de capa. Disponível em; <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Artigos/Artigo%20-%20ABMP.pdf> . Acesso em 15 de março de 2018. Brasília

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO NO ÂMBITO DAS EXECUÇÕES FISCAIS SOB PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Maria Jocilane Silva Sousa

RESUMO

Objetivamente esse trabalho acadêmico tem como escopo trazer algumas reflexões acerca da Teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo no que se refere ao exame dos aspectos e controvérsias em matéria fiscal mais precisamente nas execuções fiscais, após a edição da Lei n.13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil – CPC/2015. Importante destacar que o CPC/2015 trouxe a essa teoria regras próprias para a sua aplicação e, com isso, criou-se a possibilidade de rediscutir os elementos de sua aplicação, pois a sua forma de aplicação tem reflexos diretamente patrimoniais na esfera do devedor/contribuinte. O objeto do trabalho é acompanhar a evolução do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação. O trabalho em seu primeiro e segundo capítulo trará a evolução do instituto, sua aplicação noutros países e bem como evoluiu doutrinariamente e jurisprudencialmente no Brasil. Já o terceiro capítulo, tratará do instituto do redirecionamento fiscal, neste ponto, que se demonstra a prática dos tribunais brasileiros, afastando a essência primordial da desconsideração da personalidade jurídica (uso abusivo da autonomia e independência da entidade), deixando de observar os requisitos legítimos para sua aplicação, passando a confundir com a responsabilização pessoal dos sócios, aplicando assim o artigo 135 do Código Tributário Nacional – CTN. O quarto capítulo, trará efetivamente o instituto em questão, bem como a sua procedimentalização no CPC/2015, buscando sempre apresentar as reais diferenças entre o redirecionamento e a desconsideração. O momento se tornou absolutamente apropriado para rediscutir o campo correto de aplicação da teoria para então prestigiar o momento contraditório, obter maior celeridade, segurança jurídica, respeitando devidamente o processo legal.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Redirecionamento fiscal. Execução fiscal. Direito processual civil e tributário.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como metodologia a dogmática instrumental. O objetivo acadêmico é estabelecer uma visão acerca da Teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo no que se refere ao exame dos aspectos e controvérsias em matéria fiscal mais precisamente nas execuções fiscais, após a edição da Lei n.13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil.

Com a vigência do CPC/2015, embora o instituto da desconsideração da personalidade jurídica nada tem alterado sua materialidade, a procedimentalização está consagrada nos arts. 133 *usque* 137. Ocorre que, a doutrina diferencia os institutos do redirecionamento fiscal da desconsideração da personalidade jurídica. Já a jurisprudência e bem como o próprio STJ acaba mitigando os preceitos e fundamentos de tal instituto, aplicando como se fossem um só, e como consequência acarreta efeitos práticos e gravosos na vida do devedor/executado/contribuinte.

Espera-se que com a entrada no CPC/2015 os tribunais revejam e reavaliem suas posições, oportunizando no momento correto o direito fundamental da jurisdição que é exercer o contraditório. Essa procedimentalização deverá trazer ao instituto sua forma correta de aplicação.

Com a regulamentação/procedimentalização do incidente no CPC/2015, o direito mínimo constitucional deverá ser assegurado de imediato, ainda na fase de pedido pela exequente (na petição inicial ou em qualquer fase processual), garantindo ao executado oportunidade de falar nos autos antes mesmo que o incidente seja instaurado pelo magistrado, grande avanço, pois é sabido que com o contraditório exercido a *priori* poderá inclusive influenciar na decisão do magistrado, dando às partes a isonomia processual.

Outra inovação do CPC/2015 foi implementação da teoria dinâmica do ônus da prova, pois, antes, apenas o devedor devia produzir as provas dos fatos contra ele alegado.

Com essa mudança, as provas caberão a parte que melhor tiver condição de fazê-la, primando sempre pela celeridade processual. Veja que abarca outro princípio, o da celeridade. Quando a Fazenda Pública pedir a desconsideração da personalidade jurídica deverá agora produzir e anexar aos autos às provas que embasam tal pedido de instauração do incidente. É perceptível que com essa mudança o direito do contraditório não mais *a posteriori*, traz uma maior segurança jurídica aos litigantes, dá o direito de se defender processualmente contra os fatos alegados antes do juiz se posicionar.

O grande receio é de que como os tribunais aplicarão o instituto em questão, pois sua aplicação correta acaba por beneficiar o devedor/executado/contribuinte. Antes quando a Fazenda pedia à instauração do incidente da desconsideração e o juiz a concedia o devedor só poderia se manifestar após a instauração do incidente através dos embargos à execução e a exceção de pré-executividade – esta última com pouca aplicabilidade, já que sempre pendia de dilação probatória. Pois bem, para que o devedor exercesse o direito do contraditório deveria garantir em juízo o valor da dívida ou muitas vezes já tinha a constrição de seus bens. Esse fato ocorria de forma jurisprudencial, pois os tribunais não tinham o cuidado de distinguir redirecionamento da execução fiscal, previsto no art. 135, III do CTN com o instituto da desconsideração, está que requer uma configuração diferente.

O CPC/2015 é aplicado de forma subsidiária à Lei n. 6.380/80 já que está possui o um rito processual próprio para aplicação das execuções fiscais. Primeiramente devemos esclarecer que essa lei é omissa ao que tange o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tratando apenas do redirecionamento fiscal. Daí surge o grande equívoco jurisprudencial. Desta forma, o CPC/2015 tem aplicação imediata à desconsideração e não a Lei supramencionada que nada fala sobre o instituto.

Essa grande incongruência que é temida pela doutrina, pois os tribunais brasileiros terão que mudar seus entendimentos sobre o tema, pois a consequência na aplicação da lei das execuções em detrimento ao CPC/2015 acarreta os prejuízos já destacados, além de mitigar os princípios do contraditório, da celeridade e o da isonomia processual. O grande cerne da questão é a confusão na aplicação entre os institutos do redirecionamento da execução fiscal e a desconsideração da personalidade jurídica, que por vezes foram tratados como um só.

A Lei de execuções fiscal deve ser aplicada nos casos de redirecionamento da execução fiscal, quando couber o preenchimento dos seus requisitos, nada mudando pelo fato da entrada em vigor do CPC/2015, pois este diploma deve ser aplicado de forma subsidiária.

Já a desconsideração da personalidade jurídica está procedimentalizada no CPC/2015, devendo ser aplicada no processo da execução fiscal somente de forma subsidiária, pois o CPC/2015 tem regramento próprio e que tem efeitos práticos na vida do devedor/contribuinte.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UM ESTUDO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Nesse capítulo será abordado as teorias acerca da desconsideração da personalidade jurídica – a teoria maior e a teoria menor. A teoria maior é considerada a mais elaborada, pois, ela tem um maior grau de abstração e consistência, ao qual deve ser caracterizado fraude ou desvio de finalidade da pessoa jurídica. Já a teoria menor afasta a autonomia patrimonial das sociedades perante uma simples inadimplência.

Importante destacar que a pessoa jurídica é uma ficção do direito concedida pelo Estado, e somente a ele cabe, por meio do Poder Judiciário ter a prerrogativa de desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica para então adentrar no patrimônio dos sócios, pessoa física.

Por óbvio, é preciso que se respeite os limites para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, cumprindo de fato finalidade da lei.

2.1 Teorias acerca da personalidade

Entende Fabio Ulhoa Coelho que, no direito brasileiro, existem duas teorias que pairam sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, a teoria maior, esta que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. De outro giro, uma teoria menos consistente, que abarca a desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, que afasta a autonomia patrimonial perante uma simples insatisfação de crédito perante a sociedade, aqui a referência é à teoria menor. Percebe-se que o distanciamento entre as duas teorias é gigantesco.[1]

Para elaboração da teoria maior, a grande influência no campo doutrinário foi Rolf Serick, considerado o principal sistematizador, é certo que alguns outros autores já haviam suscitado o tema, como, por exemplo, Maurice Wormser, nos anos de 1910 a 1920.[2]

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, pois trata-se de uma medida de repressão a atos fraudulentos. A sua não aplicação enseja dizer que a fraude está sendo amparada.[3]

A teoria menor da desconsideração, como já narrado é bem menos elaborada do que a teoria maior. Seu pressuposto é simplesmente o inadimplemento ou

[1] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 102.
[2] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 102.
[3] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103.

desatendimento de crédito titularizado perante terceiros, em razão da insolvência ou falência desta sociedade. Ainda de acordo com essa teoria quando constatado que a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso, por si, basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A teoria menor não analisa os pressupostos fundamentais para aplicação do instituto, como a utilização fraudulenta e o abuso.[4] É comumente aplicada no âmbito do Código de Defesa do Consumidor e na Lei do meio ambiental. No ponto:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE DE PROVA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL OU DE DESVIO DE FINALIDADE, BASTANDO A MERA INSOLVÊNCIA. Diante das tentativas frustradas de satisfação do pagamento da condenação fixada em título judicial, cabível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial, com base art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez comprovado que a autonomia e independência da personalidade jurídica constituem impeditivo para a satisfação dos legítimos interesses do credor. Dá-se provimento ao recurso.[5]
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - MULTA AMBIENTAL - INCLUSÃO DO SÓCIO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - CERTIDÃO OFICIAL DE JUSTIÇA - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. O colendo STJ pacificou o entendimento de que certidão expedida por Oficial de Justiça, comprovando que a sociedade não funciona no endereço indicado, pressupõe o seu encerramento irregular. A Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, consagrou a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica no direito ambiental, prevendo, em seu artigo 4º, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da

[4] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104.

[5] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI: 21699213520148260000 SP 2169921-35.2014.8.26.0000, Relator: Alberto Gosson, Data de Julgamento: 24/11/2014, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/11/2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153780457/agravo-de-instrumento-ai-21699213520148260000-sp-2169921-3520148260000 >. Acesso em: 12 de out. 2017.

> empresa quando for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.[6]

A teoria maior é um aprimoramento da pessoa jurídica. Ocorre que, no Brasil, por vezes, o instituto foi utilizado descuidadamente pelos juízes, pois não se dedicaram ao prévio e suficiente estudo da matéria e passaram a fazer de modo inadequado o uso da expressão "desconsideração".[7]

Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS AOS SÓCIOS QUANDO A SOCIEDADE POSSUÍA DÉBITOS NÃO GARANTIDOS COM A UNIÃO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 50, CC. POSSIBILIDADE. I - Havendo indícios suficientes de atos ilícitos, por infração à norma preconizada no art. 32 da Lei 4.357/64 (que veda a distribuição de lucros aos sócios quando a sociedade estiver em débito não garantido com a União), tendo sido inclusive deferida medida liminar decretando a indisponibilidade dos bens dos sócios, em sede de ação cautelar, revela-se possível, num primeiro momento, incluí-los no pólo passivo da execução fiscal, com fundamento no art. 50 do Código Civil, com a desconsideração da personalidade jurídica. II- O juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que esta for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, em favor dos sócios, a teor do art. 50 do Código Civil.[8]
>
> AGRAVO DE PETIÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Tratando-se de execução fiscal, o redirecionamento da execução contra o sócio do empreendimento executado

[6] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. MG. AI: 10110090218204001 MG, Relator: Afrânio Vilela, Data de Julgamento: 2/04/2013, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/04/2013). Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114963161/agravo-de-instrumento-cv-ai-10110090218204001-mg >. Acesso em: 12 out. 2017.

[7] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104.

[8] RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal. AG: 201002010147689 RJ 2010.02.01.014768-9, Relator: Juiz Federal Convocado THEOPHILO MIGUEL, Data de Julgamento: 07/08/2012, TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 14/08/2012 - Página: 191). Disponível em < https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22216597/agravo-de-instrumento-ag-201002010147689-rj-20100201014768-9-trf2 >. Acesso em: 12 out. 2017.

> somente tem aplicação mediante cabal demonstração de atuação abusiva ou com violação à lei.[9]

De fato, como a teoria maior nasce do esforço doutrinário, realizado a partir de decisões judiciais, o método adotado em vista da jurisprudência brasileira conduziria ao resultado de uma formulação diferente da qual se propõe a teoria, tendo em vista esse descuido. Alguns juízes brasileiros se entendem autorizados a desconsiderar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica tendo por pressuposto, unicamente, o prejuízo sofrido pelo credor da pessoa jurídica.[10]

Diverso do que possa parecer no primeiro momento, a desconsideração da pessoa jurídica não tem como objetivo se opor às teorias da separação entre a pessoa jurídica e a figura de seus sócios. De forma bem analisada, é possível verificar que a teoria aqui estudada acaba protegendo o instituto da separação subjetiva entre sócio e sociedade, pois também possui efeito de reprimir os casos em que a pessoa jurídica é fraudulentamente utilizada para outros fins senão aqueles determinados pelo seu estatuto ou pela norma legal. A desconsideração implica dizer que é uma responsabilização dos sócios por ausência de bens patrimoniais em nome da pessoa jurídica.[11]

2.2 Considerações jurídicas a respeito da personalização das sociedades: aspectos conceituais e efeitos

No direito contemporâneo, prevalece a concepção da sociedade como um sujeito autônomo, apto a titularizar deveres por sua própria conta e risco.

Interessante narrar que a pessoa jurídica é uma ficção do direito, concedida pelo estado, nada mais adequado de que o próprio estado, por meio do Poder

[9] BAHIA. Tribunal Regional Trabalho. AP: 01495000220085050195 BA 0149500-02.2008.5.05.0195, relator: SÔNIA FRANÇA, 3ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 04/11/2013.) Disponível em: <https://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165924657/agravo-de-peticao-ap-14950002200850501 95-ba-0149500- 0220085050195 >. Acesso em: 12 de out. 2017.

[10] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104.

[11] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105.

Judiciário, ter a prerrogativa de despersonalizar ou desconsiderar a sua personalidade.[12]

A personalidade é o papel que é distribuído a cada homem para que venha a representá-lo na vida jurídica e este será dado a quem seja capaz, pelo direito objetivo, de ser um centro de imputações de relações jurídicas, isto é, a tudo que esteja em condições de exercer um direito e cumprir um dever. Todo aquele que estiver nestas condições pode receber o direito à personalidade.[13]

De fato, o organismo jurídico não pode admitir que um determinado instituto fosse utilizado para fins ilícitos, razão pela qual esse mesmo ordenamento deve traçar as hipóteses de sua adequação à lei.[14]

É nessa seara da personalização que surge o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, possibilitando e afastando pontualmente a referida distinção patrimonial entre a sociedade e sócios, para que os credores daquela possam atingir o patrimônio de seus integrantes como meio de satisfação do débito inadimplido.[15]

A obediência ao princípio da autonomia da pessoa jurídica pode, por muitas vezes, impossibilitar a correção da fraude ou do abuso. Cumpre dizer que, em determinadas situações, ao prestigiar essa autonomia, o ilícito praticado pelo sócio permanece oculto, resguardado pela licitude da conduta da sociedade empresária.[16] O próprio CPC/2015 em seu artigo 795, § 4º[17] observou o princípio da autonomia

[12] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 170. v. 16.

[13] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 40.

[14] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 170. v. 16.

[15] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 170. v. 16.

[16] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 101.

[17] *In verbis:* Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. § 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.

patrimonial da pessoa jurídica previu a utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica – IDPJ.[18]

Levanta-se o véu da sociedade se o seu sócio, associado ou administrador, se utilizou ilicitamente, responsabilizando por alguma obrigação não satisfeita por ela.[19]

A desconsideração da personalidade jurídica é aplicada nos casos em que houver o abuso de direito evidente, entende-se, aqui, como desvio de finalidade ao qual a sociedade se destina, bem como o dolo e fraude que geram uma confusão patrimonial. A essência da teoria é preservar e resguardar a autonomia da personalidade jurídica protegendo-a contra tais práticas. Em linhas gerais, observa-se que os requisitos dolo, fraude e a abuso fundamentam a teoria pela formulação subjetiva, pela qual à vontade do praticante, sócio ou administrador.[20]

Proposta por Fábio Konder Comparato, em sua tese para o concurso da cátedra na Universidade de São Paulo, a formulação objetiva seria a confusão patrimonial, esta que é o pressuposto que justifica a aplicação do incidente.[21]

Registre-se que, apesar de ser uma conexão que se justifica, por motivos práticos e econômicos, a limitação da responsabilidade[22] e a autonomia da

[18]RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 337. v. 16.

[19]RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 332. v. 16.

[20] RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 333. 16.

[21] RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 333. v. 16.

[22] Os sócios respondem somente nos limites dos valores de suas quotas, ou seja, valores com que se comprometeram a aportar na sociedade.

personalidade jurídica não necessariamente caminham juntas, sendo possível a pessoa jurídica sem limitação de responsabilidade.[23]

Nas circunstâncias fora do comum, marcadas pelo abuso da entidade e, em muitos casos, também no benefício da limitação de responsabilidade, as obrigações da pessoa jurídica ultrapassam o patrimônio dessa entidade e passam a recair sobre a esfera particular de seus sócios ou administradores, aplicando-se a conhecida "disregard of The legal entity doctrine", também conhecida por "piercing the corporate veil". Trata-se do pilar que se tem atualmente por desconsideração da personalidade jurídica, direcionada a reprimir fraudes e abusos da personalidade jurídica.[24]

Importante destacar que, na seara tributária, o Código Tributário Nacional – CTN, em seu artigo 135, III, prevê que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei contrato social ou estatutos. Embora, à primeira vista tal situação pareça se enquadrar como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, é preciso fazer uma separação conceitual minuciosa de outros institutos, a exemplo do redirecionamento fiscal, pois os próprios tribunais e a própria jurisprudência têm aplicado o Instituto da consideração da personalidade jurídica de forma equivocada.[25]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO Execução fiscal - Empresa não encontrada no endereço declinado na JUCESP - Desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização tributária - Artigo 135, III do CTN - Sócio não encontrado

[23] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 146. v. 16.

[24] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 147. v. 16.

[25] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 172. v. 16.

> citado por edital - Admissibilidade - Bloqueio eletrônico de valores de sócio - Regularidade - Recurso provido.[26]

Percebe-se que a desconsideração não é sinônimo de sucessão, nem tampouco de substituição processual, os dois permanecem no polo passivo quando ocorre a desconsideração, diferentemente da sucessão e da substituição processuais.[27]

2.3 Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos históricos e conceituais

Neste capítulo serão abordadas as questões históricas sobre o instituto, bem como a sua aplicação. Foi a partir do século XIX que a doutrina se demonstrou preocupada com as pessoas jurídicas, se elas estavam sendo utilizadas para aos fins que se propunham.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi difundida mundialmente e teve berço no sistema jurídico do *common law.*

O instituto em questão foi trazido para o Brasil na década de 1960 por Rubens Requião, trataremos com mais precisão a seguir a evolução doutrinária e jurisprudencial de tal instituto.

2.3.1 Breves anotações à história do Instituto

A Teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem como finalidade primordial assegurar que os sócios das sociedades comerciais não se utilizassem da

[26] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AG: 8115655400 SP, Relator: Magalhães Coelho, Data de Julgamento: 03/02/2009, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/02/2009). Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2511697/agravo-de-instrumento-ag-8115655400-sp>. Acesso em: 12 out. 2017.

[27] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. geral). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 171. v. 16.

personalidade jurídica de maneira indevida, praticando atos ilícitos, com abuso de direito e se ocultando sob o "manto protetor" da personalidade jurídica".[28]

Constata-se que, a partir do século XIX, houve maior preocupação por parte a doutrina em verificar se as pessoas jurídicas estavam sendo usadas para os fins aos quais se destinam. Tais questionamentos aceleraram a busca de meios idôneos e coercitivos para reprimir aqueles que estavam desviando a finalidade da personalidade jurídica.[29]

A doutrina da desconsideração foi desenvolvida pela corte norte-americana para impedir o abuso da personalidade. Essa teoria é amplamente conhecida, suas designações são diversas. No Direito inglês e no americano, é conhecida como *disregard of legal entity*, *disregard of corporate entity*, *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil*, *cracking open the corporate shell;* no Direito Italiano, *superamento della personalitá giuridica;* no Direito Alemão, *durchgriff der juristichen person;* no Direito argentino, *teoria de la penetración o desestimación de la personalidad;* no Direito francês, *mise à l'écart de la personnalité morale*.[30]

A definição *disregard of corporate entity* está no dicionário *Black's Law Dictionary* traduzida como:

> [...] tratar uma companhia como se não existisse para efeitos fiscais ou certos outros propósitos de responsabilização. Em tal evento, cada acionista responderia pela distribuição das ações em todas as transações da companhia referentes a tributação ou outras responsabilidades consequentes.[31]
>
> Tratando-se de piercing the corporate veil:
>
> Perfurando o véu da companhia. Processo judicial por meio do qual o tribunal desconsiderará a imunidade habitual dos administradores da companhia ou de outras companhias pela

[28] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 13.
[29] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 13.
[30] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 83.
[31] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 84.

> responsabilidade das atividades delituosas da companhia; por exemplo quando a companhia existe com o propósito de somente perpetrar fraude. Doutrina que assegura que a estrutura da sociedade com responsabilidade limitada pode ser desconsiderada, impondo-se responsabilidade pessoal, no caso de fraude ou outra injustiça, aos acionistas, administradores e diretores que agem em nome da sociedade. Porém, o tribunal só pode olhar além da forma da companhia para anular a fraude, o erro ou corrigir a injustiça.[32]

Para Maurice Wormser, a primeira manifestação sobre a desconsideração à personalidade jurídica ocorreu no Estados Unidos, em 1809, no caso *"Bank of United States vs. Deveaux"*, na oportunidade, as cortes levantaram o véu e consideraram as características dos sócios individuais, os doutrinadores da época repudiaram tal atitude. Na verdade, nesse caso, não se aplicou a teoria da desconsideração, embora tenha sido a primeira vez em foi suscitada uma análise da pessoa jurídica sob óptica da responsabilidade individual dos sócios. O discutido, no caso, era apenas acerca da competência da justiça federal norte-americana em preservar sua jurisdição sobre as *corporations.*[33]

Para a maioria dos doutrinadores, dentre os quais se destaca Piero Verrucoli em sua obra *II superamento dela personalitá giuridica dele societá de capitali,* a verdadeira origem da teoria deu-se na Inglaterra, em 1897, no famoso caso "Salomon vs. Saloman & CO", a seguir explicado:

> O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma *Company*, em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações e garantias de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores

[32] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 84.
[33] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 13.

> quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da *Company* era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em conseqüência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da *Company* , vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários.
>
> O magistrado que conheceu do caso em primeira instância, secundado depois pela Corte de Apelação, acolheu essa solicitação, julgando que a *company* era exatamente apenas uma fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu *agent* ou *trustee*, que permanecera na verdade o efetivo proprietário do fundo de comércio. Nisto ficou a inauguração da doutrina do *disregard*, pois a Casa dos Lordes, acolheu o recurso de Aaron Salomon, para reformar aquele entendimento das instâncias inferiores, na consideração de que a *company* tinha sido validamente constituída, pois a lei simplesmente requeria a participação de 7 pessoas, que no caso não haviam perseguido nenhum intuito fraudulento. Esses acionistas, segundo os *Lords*, haviam dado vida a um sujeito diverso de si mesmos, e em última análise não podia julgar-se que a *company* fosse um *agent* de Salomon. Em consequência não existiria responsabilidade de Salomon para a *company*, e seus credores e era, consequentemente, válido o seu crédito privilegiado.[34]

Esse caso foi responsável pelo surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ensejando grandes discussões a esse respeito por todo mundo civilizado.

Desse modo pode-se afirmar que a teoria em questão nasceu nos países ligados à *Common Law*, pois suas regras propiciaram aos tribunais que restabelecessem de forma imediata o direito lesado.[35]

Em 1912, O jurista norte-americano Maurice Wormser iniciou os estudos sobre a teoria da desconsideração e agregou sua opinião no seguinte sentido:

> Quando o conceito de pessoa jurídica (*corporate entity*) se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger

[34] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 14.
[35] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 15.

> velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais.[36]

Apesar de os tribunais ingleses e norte-americanos terem se demonstrado bastante inovadores quanto à tese da desconsideração da personalidade jurídica, a doutrina desses países teve interesse efetivo em tratar do assunto. Foi na Europa Continental, principalmente na Alemanha, que os doutrinadores passaram a estudar com maior afinco a teoria, em virtude da quantidade de fraudes através da má utilização da pessoa jurídica.[37]

O jurista alemão Rolf Serick, na década de 1950, após diversos estudos dos casos do direito alemão e norte-americano, e tendo como parâmetro a teoria denominada "durchgriff der juristichen Personen", elaborou a sistematização da teoria, em que consistia basicamente em:

- a pessoa jurídica quando manipulada, se agir abusivamente, fugindo das obrigações legais ou contratualmente assumidas, lesando terceiros, é simplesmente descartada. O elemento norteador, aqui, é o abuso, se não houver o abuso, não haverá a desconsideração;
- princípio da autonomia da pessoa jurídica deve prevalecer. Somente se houver a ilicitude é que poderá haver a desconsideração;
- as normas jurídicas aplicáveis aos indivíduos isoladamente considerados são em tese também aplicáveis à pessoa jurídica;

[36] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 15.
[37] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 15.

- não deve haver confusão entre as identidades, ou seja, nos negócios em que são partes a pessoa jurídica e seus integrantes, deve haver nítida distinção.[38]

Para Calixto Salomão Filho, deve-se a Rolf Serick o desenvolvimento da teoria, fundada não apenas nos estudos, mas na teorização da jurisprudência americana.[39]

2.3.2 Visão conceitual fornecida pelas doutrinas estrangeira e brasileira.

Antes de adentrar no panorama da visão conceitual fornecida pelas doutrinas estrangeiras, é preciso rapidamente comentar o fundamento e características dos respectivos sistemas jurídicos (*Civil Law e Common Law*). Destaca-se que ambos os sistemas se pautam no mesmo fundamento.

Para os juristas romano-germânico, o sistema *civil law,* formou-se na Europa continental, a partir do século XIII d.C. Para os juristas anglo-saxônico o sistema *common law* - sistema também adotado pelo Brasil, teve sua origem na Inglaterra, a partir do século XIII d.C.

Há, pois, no sistema romano-germânico, uma disposição judicial inteiramente diversa da que existe nos países em que vigora a *common law*. O juiz do *civil law*, tradicionalmente, sente-se necessariamente subordinado ao conteúdo da lei, e a solução dos litígios dá-se pela técnica interpretativa e não pelo retorno às decisões judiciais pretéritas, submetidas ao método das distinções. Diferentemente do que ocorre no regime anglo-saxônico, em que, historicamente, coube aos juízes construir literalmente o conteúdo das regras de direito, nos países de tradição romanista, há um respeito cerimonial do magistrado às proposições normativas, porquanto

[38] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 16.
[39] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 16.

elaboradas cuidadosamente pelo legislador e sistematizadas de forma racional e lógica pela dogmática jurídica, no decorrer de séculos de ciência do Direito.[40]

2.3.2.1 O Direito Anglo-Saxônico. Sistema Common Law.

O direito inglês desenvolveu-se em duas correntes: o *common law*, desenvolvido pelos Tribunais de Westminster, e o *equity*, elaborado pelo Tribunal da Chancelaria. Ambos têm como fundamento um direito fundado na jurisprudência.[41]

Nesse sistema, o direito é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial, buscando-se sempre a justiça do caso concreto em exame.[42]

É o sistema, adotado pelo direito brasileiro.

2.3.2.2 No Direito Romano-Germânico. Sistema Civil Law.

O direito romano-germânico, cujos fundamentos se encontram na legislação escrita, que tudo deve reger, sendo possível utilizar a analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, apenas de forma subsidiara, na omissão da lei.[43]

2.3.2.3 No Direito Inglês

A primeira notícia que se teve acerca de uma norma regulamentando a aplicação da teoria da desconsideração se deu em 1929. Trata-se do *Companies Act,* que prescrevia:[44]

---

[40] LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Fundamentos do sistema jurídico romano-germânico: origem, atributos e aproximação com o sistema anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4102, 24 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30041>. Acesso em: 12 out. 2017.

[41] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 124.

[42] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

[43] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 125.

> Se no curso da liquidação de sociedade constata-se que um seu negócio foi concluído com o objetivo de perpetrar uma fraude contra credores, dela ou de terceiros, ou mesmo uma fraude de outra natureza, a Corte, a pedido da liquidante, credor ou interessado, pode declarar, se considerar cabível, que toda pessoa que participou, de forma consciente, da referida operação fraudulenta será direta e indiretamente responsável pela obrigação, ou mesmo pela totalidade do passivo da sociedade.

João Casillo, lembrando John Stuart Wortley, elenca alguns momentos em que o direito inglês se permite aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, como por exemplo:[45]

1. Casos de fraude e declarações inexatas – o primeiro caso foi conhecido como Salomon & Salomon & Co (1897). Caso em que a primeira instância e a corte de apelação concluíram pela desconsideração, fazendo com que os bens da pessoa física de Aaron Salomon respondessem pelas dívidas da *company*. Por fim a *House of cards* manteve a distinção, porém, foi o primeiro passo para aplicação da teoria.

2. Controle em tempo de guerra – no chamado caso Daimler (1916). Nsse caso discutiu-se sobre a nacionalidade das pessoas jurídicas, principalmente em caso de guerra. A empresa tinha quase a totalidade de suas ações nas mãos de cidadãos alemães, que também detinham o controle direcional. A *House of Lords*, apesar de a "*company*" ter sua sede na Inglaterra, constituída seguindo as leis inglesas e sem qualquer vínculo formal com a Alemanha, considerou-a "estrangeira" e, portanto, "inimiga". Posteriormente a tese da *Casa dos Lordes* foi transformada em texto legal, 1929.

3. Direito fiscal – quando há subordinação de uma empresa a outra, com controle de fato, podendo haver responsabilidade de uma pelo débito da outra.

---

[44] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 126.
[45] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 127.

4. Ainda as sociedades subordinadas – em função dos benefícios fiscais e outros interesses ofertados na Inglaterra, há uma tendência de que as empresas maiores controlem as menores.

2.3.2.4 No Direito Norte-Americano

A jurisprudência norte-americana tem gerado vários precedentes em que se permite aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Para aplicação da desconsideração, Alexandre Couto Silva esclarece que geralmente são aplicadas as regras ditadas pelo juiz *Sanborn*, no caso *United States v. Milwakee Refrigerator Transit Co.* Referido magistrado decidiu que:

> Uma companhia será considerada jurídica como regra geral, e até que suficiente razão contrária apareça; mas quando a noção de pessoa jurídica é usada para derrotar a ordem pública, justificar o injusto, proteger a fraude, ou amparar o crime, o direito irá considerar a companhia como uma associação de pessoas.[46]

Fábio Ulhoa Coelho, citando Clark, estabelece que, nos Estados Unidos, são utilizados quatro princípios morais que, se desobedecidos, permitem a aplicação da teoria, são eles:[47] (i) veracidade - o devedor não pode enganar o credor acerca de suas intenções; (ii) primazia – os credores devem ser satisfeitos antes da distribuição dos dividendos ou mesmo da remuneração do acionista-administrador; (iii) paridade – os credores devem ser tratados sem discriminação injustificada e (iv) desobstrução – o devedor não pode dificultar a execução da dívida pelo credor.

[46] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 128.
[47] SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 130.

2.3.2.5 No Direito Alemão

O equivalente germânico da *Disregard Doctrine* americana é o chamado *Durchgriff*, expressão que corresponde, de forma aproximada, à penetração. Hipótese em que supera o princípio da separação entre pessoa jurídica e seus membros, a fim de atribuir aos sócios responsabilidades por dívidas.[48]

Lamartine Oliveira preleciona que as primeiras decisões que introduziram o *Durchgriff* ocorreram na década de 1920, todas elas em matéria de sociedades unipessoais.[49]

Marcus Lutter aponta quatro noções às quais os tribunais geralmente devem recorrer para justificar a aplicação da teoria da desconsideração, são elas: (i) a subcapitalização, entendida como uma desproporção anormal entre o volume de negócios de uma empresa e os meios próprios de que ela dispõe. No caso dos grupos, significa que a empresa dominante, que dota a sua subsidiária de um capital manifestamente insuficiente, responde, em caso de falência desta, por todas as suas dívidas; (ii) a confusão de patrimônios é outro motivo frequentemente invocado. Entre empresas do mesmo grupo econômico, é considerada como uma manifestação do princípio proibitivo do *venire contra factum proprium:* quem desrespeita, na prática, a separação de patrimônios, não pode, posteriormente, invocar essa mesma circunstância para colocar bens pessoais ao abrigo das execuções fiscais; (iii) a confusão de esferas de atividades fundamenta-se quando a autonomia da pessoa jurídica não é respeitada, revelando-se, na prática, quando as empresas agrupadas apresentarem a mesma sede, os mesmos números de telefones, os mesmos empregados e a mesma razão social, dentre outros fatores; (iv) o abuso da

[48] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 105.
[49] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 105.

personalidade jurídica, que corresponde ao abuso da utilização da pessoa jurídica, bem como a limitação dela decorrente.[50]

2.3.2.6 No Direito Francês

A jurisprudência e a legislação francesa têm se preocupado também em coibir desvios na aplicação da personalidade jurídica. Essa preocupação fica mais latente ao que se refere aos chamados grupos de sociedade, através dos quais a concentração da economia francesa vinha operando com mais intensidade.[51]

O Direito Francês não apresenta um conjunto sistematizado de regras sobre os grupos de sociedade, tendo que recorrer à Lei de Sociedades Comerciais (1966) e a outras normas. Sobe o assunto, no ano de 1967 foi criado os G.I.E – *groupementes d'intérêt économique* como instrumento para possibilitar o agrupamento de empresas. E aqui é importante destacar que os membros do grupo são solidários e respondem por suas dívidas com seu próprio patrimônio, de tal modo que o princípio da responsabilidade limitada ao capital não existe no agrupamento francês.[52]

Já nos denominados grupos de subordinação o mesmo entendimento não ocorria, pois entendia-se, como grupo de subordinação, matriz e filial, uma sociedade que possuísse mais da metade do capital de uma outra sociedade, a segunda é considerada como filial da primeira. Isso significa dizer que, apesar de haver um controle exercido pela "sociedade-mãe" e a "sociedade-filha", cada uma delas tem uma personalidade jurídica distinta. Todavia, essa teoria clássica da filial

[50] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 108.
[51] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 111.
[52] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 111.

tem perdido força, havendo várias decisões em que os tribunais excepcionam aludida regra.[53]

No direito francês, não é possível definir uma sistematização precisa, devendo-se proceder ao exame de cada caso, conforme as suas particularidades.[54]

O que se extrai é que os tribunais têm se baseado em técnicas clássicas, como a da simulação, a da aparência, da interposição de pessoa, a confusão de personalidades e a confusão de patrimônios.[55]

2.3.2.7 No Direito Argentino

Conhecida como *desestimación* ou *penetracion de la personalidad de las sociedades.* Os casos mais frenquentes de aplicação da *Disregard Doctrine* pela jurisprudência argentina referem-se à sua utilização em matéria fiscal, nas manobras do cônjuge adverso para defraudar a esposa, bem como para estabelecer a responsabilidade do grupo econômico.[56]

A jurisprudência argentina reconheceu, no julgamento de vários casos como os dos grupos "Swift-Deltec", "Greco", "Sasetru" e "Oddone", a ocorrência de manobras fraudulentas e de direção temerária e, por isso, responsabilizou solidariamente as empresas grupadas para não prejudicar os trabalhadores.[57]

[53] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 113.
[54] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 120.
[55] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 120.
[56] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 121.
[57] KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 127.

2.3.2.8 No Direito Brasileiro

No Direito brasileiro, a *disregard doctrine* remete-se final dos anos 1960, introduzida, na época por Rubens Requião.

Sob a influência de Rolf Serick, Rubens Requião sintetizou a teoria da desconsideração como sendo aquela que autoriza o juiz a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação às pessoas que a compõem, sempre que se utilizar a entidade jurídica para fraude ou abuso de direito.[58]

Requião apresentou a posição de autores estrangeiros que se dedicaram ao tema, observando:

> [...] o mais curioso é que "a disregard doctrine" não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que trás dela se escondam. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos.[59]

Expôs, assim, Rubens Requião, explicando que a mencionada teoria poderia ser aplicada em qualquer sistema jurídico, inclusive no brasileiro, devendo o juiz observar, nos casos precedidos de fraude e abuso da personalidade Jurídica, equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas.[60]

Para Requião, a teoria não tem como fundamento anular a personalidade jurídica, mas, tão somente, declarar sem efeito alguns atos, tendo em vista o desvio

[58] BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 18.
[59] RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.l). Processo tributário. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 331. v. 16.
[60] RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 332. v. 16.

do uso legítimo da pessoa jurídica que, deliberadamente, age com o intuito de fraudar credores ou violar a lei em benefício de seus membros.[61]

Nessa seara, a importação do instituto jurídico para a realidade normativa brasileira deveria ter sido precedida da sua adaptação aos conceitos e institutos aqui existentes e consagrados, com vistas a evitar desnecessárias superposições e contradições de opiniões. Nas palavras do Professor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves:

> Como o Direito brasileiro tem seus fundamentos no sistema de tradição romano-germânica (civil law), diferentes são as soluções criadas pelo legislador, indo desde as responsabilidades solidária e subsidiária dos sócios em certos tipos, sempre para ajustar a aparência à realidade e punir o componente que agiu ilicitamente, seja por ato próprio ou através de terceiro.[62]

Nesse entendimento, a teoria deveria ter sido recepcionada e compatibilizada no Direito brasileiro com as regras e os princípios aqui consagrados.

Todavia, isso não ocorreu, resultando em dispositivos legais e precedentes judiciais incompatíveis com a origem da doutrina.[63]

A doutrina, de forma adequada alerta para aplicação desvirtuada da desconsideração da personalidade jurídica sem a efetiva identificação de seus requisitos, tudo para não prejudicar o instituto da pessoa jurídica, que exerce importante função social.[64]

---

[61] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 18.

[62] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 147. v. 16.

[63] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 148. v. 16.

[64] RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributaria. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 333. v. 16.

No direito brasileiro, a teoria em estudo está presente em vários ramos, como no CPC/2015, no Código de Defesa do Consumidor - CDC, na Lei de sanções penais e administrativas relativas ao meio ambiente, na Lei de defesa da concorrência, e na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. É preciso destacar que CPC/2015, como bem expõe Leonardo Carneiro da Cunha, não cria critérios, requisitos, pressupostos ou condições para justificar ou caracterizar a desconsideração da personalidade jurídica, apenas trata da parte procedimental.[65]

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL E NORMATIVO.

Nesse capítulo, jurisprudencialmente busca-se explanar como os tribunais têm tratado do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

No campo normativo, a previsão do instituto em todos os ramos do direito, apontando seu rito e requisitos para aplicação.

3.1 Jurisprudência formada pelos tribunais brasileiros em relação ao conceito de desconsideração da personalidade jurídica

É imprescindível a distinção entre pessoa jurídica e pessoa física. Essa distinção surgiu para resguardar os bens pessoais dos sócios. Ocorre que por vezes, muitos sócios se aproveitaram desta proteção para então cometer ilícitos.

A desconsideração da personalidade jurídica, permite adentrar a pessoa jurídica para que se investigue as possíveis fraudes, e se consiga satisfazer as obrigações dos respectivos credores com o patrimônio dos sócios.

Acontece que no direito brasileiro a teoria tem gerado grandes discussões, principalmente no âmbito do direito do trabalho, tributário, civil, ambiental e consumerista. Ao contrário do que vem se constando na prática forense, a ausência

[65] RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributaria. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 334. v. 16.

de patrimônio da sociedade, por si só, não é motivo suficiente para ensejar a aplicação da superação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a consequente responsabilização dos seus sócios ou administradores pelas obrigações sociais.[66]

Pode-se verificar, ainda, que em muitas vezes, a desconsideração é confundida com outro instituto jurídico, o que define a responsabilidade direta do sócio ou administradores por obrigações da sociedade. Nestes, a personalidade jurídica distinta da sociedade não constitui óbice para que seja fixada a responsabilidade dos sócios e administradores, em razão do que não é necessária à sua desconsideração.[67]

A responsabilidade prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional configura uma hipótese de responsabilidade por substituição, na medida em que os gestores da pessoa jurídica devem responder pessoalmente e exclusivamente pelos créditos tributários decorrentes dos atos em infração à lei ou excesso de poderes. Nesses casos, a sociedade empresária contribuinte, fica excluída da responsabilidade por estes débitos, pois na lei já existe uma previsão expressa de responsabilidade direta do sócio ou de seus administradores.[68]

Nesse sentido, veja-se acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE BENS DOS SÓCIOS. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NÃO COMPROVAÇÃO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS ARTS. 134 E 135 DO CTN. AGRAVO DE

[66] LUDVIG, Gabriel Teixeira. *Desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução na pessoa dos sócios*. 2010, 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Rio Grande do Sul, 2010.

[67] LUDVIG, Gabriel Teixeira. Desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução na pessoa dos sócios. 2010, 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Rio Grande do Sul, 2010.

[68] LUDVIG, Gabriel Teixeira. *Desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução na pessoa dos sócios*. 2010, 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Rio Grande do Sul, 2010.

> INSTRUMENTO PROVIDO. 1. A orientação do STJ firmou-se no sentido de que, se a execução fiscal foi promovida apenas contra pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o referido sócio agiu com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou que ocorreu dissolução irregular da empresa, nos termos do art. 135 do CTN. 2. No caso concreto, a execução fiscal foi proposta apenas contra a pessoa jurídica e que os agravantes não constam na Certidão de Dívida Ativa como corresponsáveis. 3. Não houve comprovação, pela União Federal, da ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 134 e 135 do CTN, de forma a atrair a desconsideração da personalidade jurídica, sendo ainda demonstrado que os agravantes sequer exerciam, à época dos fatos geradores, a gerência da sociedade devedora. 4. Agravo de Instrumento provido.[69]

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS SÓCIOS. INADMISSIBILIDADE NA ESPÉCIE. INCURSÃO NAS HIPÓTESES DO ART. 135, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL NÃO DEMONSTRADAS. ÔNUS COMPROBATÓRIO DO FISCO. EMPRESA COM FUNCIONAMENTO REGULAR NO ENDEREÇO CONSTANTE DOS CADASTROS DA RECEITA FEDERAL E NO QUAL SE EFETIVOU A CITAÇÃO. INADIMPLEMENTO DE TRIBUTO QUE, POR SI SÓ, NÃO CARACTERIZA INFRAÇÃO LEGAL. MATÉRIA PACIFICADA NA CORTE SUPERIOR. RECURSO PROVIDO. (...) 1. O mero inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional. Ademais, a quebra da empresa executada não autoriza a inclusão automática dos sócios, devendo estar comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou

[69] MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal. AG: 380303220064010000 MG 0038030-32.2006.4.01.0000, Relator: JUIZ FEDERAL MIGUEL ÂNGELO DE ALVARENGA LOPES, Data de Julgamento: 23/09/2013, 6ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.608 de 02/10/2013). Disponível em <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24259432/agravo-de-instrumento-ag-380303220064010000-mg-0038030-3220064010000-trf1 >. Acesso em: 10 out. 2017.

> infração à lei. Precedentes. (...). (STJ - AgRg no REsp 1273450/SP - Rel. Min. Castro Meira. DJ 17/02/2012).[70]

Assim, deve o Poder Judiciário ter muita cautela ao autorizar a desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que, pode não ser caso de ensejar a utilização do instituto, seja por não estarem presentes os seus pressupostos, qual sejam, desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, ou, ainda, tratar-se de um caso que nem caberia sua utilização, como o caso de responsabilidade direta do sócio ou administradores de uma sociedade, por ser infrações praticadas pelos próprios gestores.[71]

3.2 Natureza jurídica

A grande característica da desconsideração da personalidade jurídica é a não aplicação do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. O que se busca, ao se utilizar a teoria da desconsideração, é a ineficácia da pessoa jurídica para aquele determinado ato e não a invalidade daquela sociedade.[72]

Marçal Justen Filho considera a desconsideração como "suposto de ineficácia da personalidade jurídica". Entende que ela faz com que os efeitos da personificação societária sejam ignorados, mas limitando-se ao afastamento desses efeitos, permanecendo eficazes esses atos perante terceiros e os demais atos praticados pela empresa.[73]

---

[70] PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão 8510598 e 851059-8. Relator: Cunha Ribas, Data de Julgamento: 03/04/2012, 2ª Câmara Cível. Disponível em < https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21491078/8510598-pr-851059-8-acordao-tjpr >. Acesso em: 10 out. 2017.

[71] LUDVIG, Gabriel Teixeira. Desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução na pessoa dos sócios. 2010, 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Rio Grande do Sul, 2010.

[72] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 33.

[73] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 45.

Para Rubens Requião, a teoria não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem.[74]

Deve-se interpretar a natureza jurídica da desconsideração como uma forma de recusa aos efeitos do ato constitutivo societário, para aquele caso específico, mantendo-se no mais e perante aqueles que nada têm a ver com o fato, perfeitamente válido e plenamente eficaz, tendo em vista que somente irá tornar relativamente ineficaz a pessoa jurídica.[75]

3.3 Disciplinamento legal

Neste capítulo os dispositivos legais que tratam do instituto da desconsideração da personalidade jurídica até o CPC/2015, onde procedimentalizou o instituto, trazendo a essa teoria regras próprias para a sua aplicação criando possibilidade de rediscutir os elementos de sua aplicação.

Diante a consagração do Instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Capítulo IV, do Título Terceiro (denominado "Da intervenção de terceiros"), nos artigos 133 *usque* 137, o momento se tornou absolutamente apropriado para rediscutir o campo correto de aplicação da teoria.

3.4 Panorama legislativo

Sabe-se que o direito brasileiro não teve imediata recepção da teoria em questão, destaca-se a obra abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, de Rubens Requião, como grande iniciadora da discussão do tema no Brasil.

[74] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 45.
[75] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 34.

Diversos diplomas legislativos incorporam o espírito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Apesar de tais dispositivos serem desprovidos da melhor técnica, por muitas vezes confundirem institutos diversos, acolhem, ainda que de forma confusa, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, dos quais servem de exemplo:[76] alguns autores, como Rubens Requião compartilha do entendimento que o Decreto-Lei 5.452 de 1943, conhecida como a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, introduziu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já que em seu artigo 2º, § 2º, faz menção a responsabilidade solidária para as obrigações decorrentes do contrato de trabalho, e, assim, dispõe:[77]

> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.
>
> § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

A Lei 12.529/2011 (revogou a antiga Lei 8.884/1994) estrutura o sistema Brasileiro de defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, enfatizando em seus artigos 31 *usque* 34 o campo de sua aplicação:

> Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.
>
> Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade

[76] FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil. São Paulo: Atlas, 2004, p. 277.
[77] BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 69.

> individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.
>
> Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.
>
> Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.
>
> Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A Lei dos Crimes Ambientais de n. 9.605/1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, como preceitua:

> Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Na mesma controvérsia, a Lei n. 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, praticamente reproduz o mesmo entendimento, vejamos:

> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
>
> § 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Já a Lei n. 5.172/1966, também conhecida como Código Tributário Nacional - CTN, este, o qual é preciso se dar ênfase, em função da proposta do trabalho ora apresentado.

No ramo do direito tributário, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica gera discussões em razão do princípio da legalidade, que orienta este ramo, motivo pelo qual não seria possível à aplicação da teoria.[78]

Esta é a posição defendida por Marçal Justen Filho, que preleciona: "Silente a lei, omisso o legislador, seria impossível o aplicador do direito invocar a teoria da desconsideração da personificação societária, pois isso conduziria a um resultado incabível".[79]

Para que ocorra efetiva aplicação da desconsideração é preciso entender que desconsideração é diferente de responsabilidade fiscal solidária, o qual será abordado de forma mais específica no segundo capítulo deste trabalho. A priori, vejamos o artigo 134 e 135 do CTN:

> Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:
>
> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
>
> III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

É preciso destacar que para que ocorra a efetiva aplicação da teoria, faz-se necessário a presença de um resultado contrário a lei, em virtude da utilização da personificação. Na responsabilidade solidária como previsto nos artigos anteriormente citados do CTN, o legislador imputa a terceiro obrigação de efetuar pagamento de tributos, escolhendo o Fisco a quem executar.[80]

Isto quer dizer que aqueles que praticarem atos enumerados no CTN tornar-se-ão codevedores, fazendo parte do polo passivo da execução em desfavor a

[78] GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 68.
[79] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 62.
[80] GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 69.

sociedade, diferentemente do que ocorre na desconsideração, em que apenas seus bens são passíveis de penhora.[81]

3.5 Código Civil de 2002

A inclusão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil de 2002, especificamente em seu artigo 50, não foi de fato uma inovação, pois, como já analisado, outros textos de lei já o consagrava. Todavia, mister faz sempre lembrar, que à aplicação do instituto nem sempre foi utilizada de forma correta. Não se pode esquecer que a nossa tradição é romana-germânica, caracterizada especialmente pelo grande apego ao direito escrito. Embora a teoria pudesse ser aplicada, não o era, por haver quem entendesse que isso só poderia ocorrer quando houvesse expressa previsão legal. Com a inclusão do instituto no Código Civil de 2002 – CC, facilitou a sua aplicação, tendo em vista a existência de um fundamento legal explícito.[82] *In verbis*:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O Código Civil criou a possibilidade de o juiz desconsiderar a personalidade jurídica, desde que preenchidos os pressupostos legais, coibindo dessa forma eventuais fraudes praticadas por seus sócios, que se utilizam indevidamente da pessoa jurídica, ocultando-se sob seu "manto", como um escudo protetor.[83]

---

[81] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 64.
[82] FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil.* São Paulo: Atlas, 2004, p. 265.
[83] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 75.

Há de se destacar que o modelo para aplicação da teoria adotada pelo CC/2002 prevê o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial. A confusão patrimonial por si só não é suficiente para aplicação da teoria.[84]

Cabe lembrar que a desconsideração consiste em uma exceção à regra, e como tal, deve ser aplicada mediante o minucioso exame da hipótese em concreto, e a decisão nesse sentido deve resultar de processo de conhecimento com a devida observância do contraditório judicial.[85]

Fato que não ocorre no âmbito da Lei das Exceções Fiscais – Lei 6.830/1980, onde há uma confusão entre redirecionamento fiscal, o deve ser regido pela aplicação dos artigos 134 e 135 do CTN, onde há uma responsabilização pela obrigação de pagar tributos, e por vezes, ocorre equivocadamente a aplicação da teoria, não sendo observado o direito ao contraditório. Sobre essa temática, melhor será abordado no capítulo II deste trabalho.

3.6 Código de Processo Civil de 2015

Com o advento do CPC/2015, trouxe a essa teoria regras próprias para a sua aplicação e com isso criou-se a possibilidade de rediscutir os elementos de sua aplicação. Está consagrado no Capítulo IV, do Título Terceiro (denominado "Da intervenção de terceiros"), nos artigos 133 *usque* 137.

O CPC/2015 estabelece a procedimentalização do instituto, onde prevê que a desconsideração é cabível em todas as fases processuais: conhecimento, cumprimento de sentença e execução fundada em título executivo extrajudicial por iniciativa do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, não estando contemplada a possibilidade do julgador, de ofício determinar a instauração do incidente. Tal instauração enseja nas anotações devidas e haverá suspensão da tramitação principal, o que somente será dispensado caso a desconsideração da

[84] BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009, p. 77.
[85] FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil.* São Paulo: Atlas, 2004, p. 273.

personalidade jurídica seja requerida na petição inicial, hipótese em que seja citado o sócio ou a pessoa jurídica sem que ocorra a suspensão do processo.[86]

O requerimento para que tal incidente seja aplicado deverá ser fundamentado, comprovando os seus pressupostos legais para aplicação e da mesma forma, a decisão proferida também deverá ser fundamentada nos termos do art. 11[87] CPC/2015.[88]

O dispositivo 135 do CPC/2015[89] tem o efeito de possibilitar no âmbito do incidente e diferentemente do que ocorre no redirecionamento da execução fiscal, que os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam respeitados em seus sentidos formal e material. O dispositivo legal em comento tem por efeito, ao menos em tese, influenciar a decisão, apresentando argumentos a serem considerados pelo juízo quando da decisão do incidente e, assim, participar efetivamente do processo.[90]

O CPC/2015 ao compatibilizar tal teoria com os imperativos vigentes no Brasil, traz segurança jurídica e boa-fé objetiva, evitando e inibindo a proliferação de decisões surpresas ou de eventuais arbítrios por parte do órgão julgador.[91]

Concluída a instrução, o incidente deve ser resolvido com decisão interlocutória, afrontável por meio da interposição de agravo de instrumento, na

[86] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 157. v. 16.
[87] *In verbis:* "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".
[88] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 157. v. 16.
[89] *In verbis*: "Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias".
[90] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 158. v. 16.
[91] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 158. v. 16.

forma do artigo 1.015, IV, CPC/15[92]. Caso a decisão seja proferida pelo relator, cabe Agravo interno, na forma do art. 133, parágrafo único, CPC/15.[93] [94]

Antes do advento da norma processual, administradores, sócios e diretores, eram compelidos a discutir a ilegitimidade de determinadas cobranças, ou de determinados redirecionamentos, somente por meio de exceção de pré-executividade ou embargos à execução fiscal, passaram então com advento do CPC/2015 a ter a possibilidade de ampla dilação probatória (mesmo contrariando a inteligência da súmula 393[95] do STJ) haja vista a opção do legislador com a criação de tal mecanismo processual de privilegiar os princípios do contraditório e da ampla defesa, ratificados pelos arts. 9º[96] e 10[97] do CPC/2015.[98]

Antes dessa previsão no Código de Processo Civil, eram muitas as desvantagens: havia necessidade de garantir o crédito tributário desde o início da lide nos embargos à execução fiscal, assim como a plena possibilidade de, em caso de não atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, ou de ausência de concessão de tutela provisória de urgência ou de evidência, no âmbito da exceção de pré-executividade, haver protesto da certidão de dívida ativa, dentre outras consequências danosas à vida privada e profissional da pessoa física

[92] *In verbis:* "Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica".
[93] *In verbis:* Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.
[94] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 158. v. 16.
[95] A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.
[96] *In verbis:* Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
[97] *In verbis:* O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.
[98] RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 338. v. 16.

envolvida, incluindo eventual alienação judicial dos bens, que se resolveria somente com o ingresso de ação de reparação de danos.[99]

Com o CPC/2015 a exceção de pré-executividade e os embargos à execução fiscal, suspenderá o processo, com exceção quando o incidente for requerido na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou pessoa jurídica. Isso porque o incidente poderá ser requerido em qualquer fase processual, inclusive em fase de execução.[100]

3.7 Hipóteses de cabimento

A desconsideração da personalidade jurídica é aplicada nos casos em que houver o abuso de direito evidente, entende-se aqui como desvio de finalidade ao qual a sociedade se destina, bem como o dolo e fraude que geram uma confusão patrimonial.

Insta esclarecer que a confusão patrimonial não consiste por si só em pressuposto da desconsideração. O patrimônio da sociedade e do sócio podem confundir-se, praticamente, no estrito desempenho da atividade empresarial prevista nos estatutos ou atos constitutivos e, por isso, nem sempre é decorrente de atos ilícitos ou abusivos. A indistinção do patrimônio só é relevante para a desconsideração quando ela é consequência de um abuso na utilização da sociedade ou quando esta é utilizada como meio de fraudar a lei.[101]

Os tribunais não têm sido precisos na aplicação da teoria da desconsideração, a ela recorrendo, às vezes desnecessariamente, para decidir situações às quais se aplicariam, mais apropriadamente, as teorias tradicionais do abuso do poder, da

[99] RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 339. v. 16.

[100] RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 339. v. 16.

[101] LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na Lei antitruste*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 40.

solidariedade e da responsabilização pessoal dos administradores por atos contrários à lei e aos estatutos. O próprio Código de Defesa do Consumidor incorreu em confusões entre a desconsideração e os institutos da solidariedade, responsabilidade subsidiária e responsabilidade civil ordinária. As mesmas impropriedades se repetem no artigo 18 da Lei n. 8.884 de 1994 (revogada pela Lei n. 12.529/2011).[102]

Em sentido oposto, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar a Apelação Cível 3072/86, por sua Primeira Câmara Cível, não aplicou a teoria da desconsideração, tendo agido com estrito rigor técnico, conforme ementa a seguir:[103]

> Liquidação Extrajudicial de instituição financeira. Empresa holding. Empresas subsidiárias. Compensação de direitos. *Disregard Doctrine.* Compensação. Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Disregard of Legal Entity.* Não há falar-se em qualquer fraude a credores, só pelo fato de uma das empresas deter o controle acionário da outra. Sem possibilidade de compensação, a teor do artigo 1009 do Código Civil, sendo inaplicável a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. (Publicada a ementa no Diário Oficial do RJ, parte III, dia 21.4.1988, p. 102).

Em suma, é preciso muita cautela e análise do caso concreto para aplicação da teoria, para evitar resultados juridicamente indesejáveis e condenáveis sem a sua devida incidência.

3.8 Requisitos

Os requisitos para aplicação desta teoria não são somente os previstos no Código Civil, mais os decorrentes dos princípios constitucionais, da perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico e da essência da teoria.[104]

---

[102] LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na Lei antitruste*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 40.
[103] LINS, Daniela Storry. Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na Lei antitruste. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 40.
[104] SILVA, Amadeu Braga Batista. Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário Brasileiro. *Revista PGFN*, Ano II, N. 3, 2012. Disponível em:

A Desconsideração da Personalidade Jurídica para Alexandre Couto Silva, ocorre quando:

> A desconsideração da personalidade jurídica ocorrerá quando o conceito de pessoa jurídica for utilizado para promover fraude, evitar o cumprimento de obrigações, obter vantagens da lei, perpetuar o monopólio, proteger a prática do Abuso de direito, propiciar a desonestidade, contrariar a ordem pública e justificar o injusto. Nessas hipóteses o judiciário deverá ignorar a pessoa jurídica considerando-a como associação de pessoas naturais, buscando a justiça. A pessoa jurídica deve ser, obrigatoriamente, utilizada para fins legítimos, e não para negócios escusos, situação em que deverá ser desconsiderada". Entretanto, a desconsideração deve ser a exceção, não a regra.[105]

Há desconsideração quando a função social da empresa é desviada, esse é um fator determinante para aplicação da teoria, pois o cumprimento da função social é indispensável à manutenção do regime jurídico da pessoa jurídica.[106]

É entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário como já abordado anteriormente, pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos casos de fraude, abuso de direito e confusão patrimonial.[107]

4 PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA NO DOMÍNIO DOS PROCESSOS TRIBUTÁRIOS: COM ENFÂSE NO REDIRECIONAMENTO TRIBUTÁRIO.

Esse capítulo tratará da aplicação do instituto do redirecionamento, suas hipóteses de cabimento e bem como seus aspectos fundamenteis, ponto esse de importante valia, pois, é nesse momento que é preciso uma percepção da correta

<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/ano-i-numero-2-2011>. Acesso em: 04 mar. 2017.

[105] SILVA, Alexandre Couto, RT 780/47, p. 10. CONTRA.

[106] SILVA, Amadeu Braga Batista. Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário Brasileiro. *Revista PGFN*, Ano II, N. 3, 2012. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/ano-i-numero-2-2011>. Acesso em: 04 mar. 2017.

[107] SILVA, Amadeu Braga Batista. Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário Brasileiro. *Revista PGFN*, Ano II, N. 3, 2012. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/ano-i-numero-2-2011>. Acesso em: 04 mar. 2017.

aplicação do instituto para então distinguir o redirecionamento e desconsideração da personalidade jurídica.

4.1 Interesse público em matéria tributária: contribuição conceitural para a correta compreensão do tema em análise

O interesse público serve para limitar o poder de atuação da administração. O interesse público é o agir de forma adequada a necessidade, com proporcionalidade e sempre visando beneficiar o maior número de pessoas possível.

Nas questões processuais tributárias, o termo interesse público é sempre muito utilizado como argumento dos processos tributários, seu uso, na maioria das vezes, é desproporcional e muito aquém do real, por vezes visa somente ao interesse da pessoa estatal.

Nas relações tributárias, o uso das atribuições legais da Administração Pública é plenamente vinculada, conforme está preceituado no artigo 3º do CTN, o fisco age por conta da estrita legalidade, e é por isso, que não existe nenhuma previsão legal de que o ente da administração direta poderá agir em nome do interesse público. Quando, por exemplo, houver a lavratura de um auto de infração, pelo inadimplemento do contribuinte relativo a algum pagamento de tributo, a Administração Pública invocará o interesse público na modalidade primária para aplicar as normas tributárias. Por interesse público primário entende os direitos da coletividade, o interesse ao respeito e ao cumprimento das leis, arrecadação de tributos e os demais interesses do fisco (Administração tributária).

4.2 Interesse público em matéria tributária e tutela jurisdicional: capital de prerrogativas processuais fazendárias no âmbito do processo jurisdicional tributário e críticas existentes em torno do assunto.

O interesse público, em matéria tributária, é o fundamento que dá ao Estado o poder de intervir no patrimônio dos cidadãos, através da cobrança de tributos.

Dentre as mais diversas competências atribuídas aos entes estatais está a que arrecadação de tributos serão destinadas a realizar os serviços que satisfarão as necessidades públicas.

O processo de execução fiscal por exemplo, representa uma garantia fundamental pela qual o devedor somente será despojado de seu patrimônio na exata proporção do seu débito e pelo meio menos gravoso aos seus direitos. É um desdobramento da garantia ao devido processo legal, da legalidade e propriedade. É ainda um instrumento ético realizado pelo Estado para a solução de conflitos, entre o executado e a Fazenda Pública exequente a partir de regras estabelecidas perante um Órgão Constitucional investido de função jurisdicional.[108]

Tratar de tutela jurisdicional remete à noção de processo. A relação processual apresenta-se como o instrumento por meio do qual o Estado irá fornecer a tutela jurisdicional pleiteada. Como leciona Cândido Rangel Dinamarco, o processo é instrumento a serviço da ordem constitucional voltado a pacificação social, capaz de assegurar direitos e liberdades ao cidadão concretizando a proteção prometida pela ordem jurídica.[109]

Bem se sabe que a tutela jurisdicional prestada ao executado e a Fazenda Pública são bem diferentes. Embora o executado tenha seu direito robustecido com a entrada em vigor do CPC/15, onde é aplicado as normas processuais tributárias subsidiariamente, os valores constitucionais são objetivamente alcançados, pois o novo diploma imprime o direito ao contraditório e a ampla defesa, princípio valioso no âmbito da execução fiscal e da desconsideração da personalidade jurídica.

O princípio da igualdade sob uma acepção material oferece base suficiente para justificar o tratamento processual diferenciado à Fazenda Pública.

---

[108] SALOMÃO, Leonardo Rizo. *Elementos do processo de execução fiscal.* 2006, 79 f. Revista de Direito Público. Londrina, V.1, N. 1, Jan/Abr.

[109] CHAVES, Érika Gomes. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na cobrança do crédito fiscal. *Revista PGFN*, Ano III, N. 5, Disponível em http://<www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-iii-numero-5-2013/c5.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018

Remonta Aristóteles a máxima segundo a qual a igualdade material consistiria no "tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida de suas diferenças". Esta seria de fato uma forma de reestabelecer o equilíbrio entre as partes.[110]

As prerrogativas da Fazenda Pública têm fundamento no regime jurídico público ou administrativo ao qual está submetida a Administração Pública, que atua na defesa do interesse público, trazido pela busca do bem comum, pela busca da satisfação da coletividade que deve ser preservada em detrimento do interesse particular.[111]

Parte da doutrina, como p.ex. Dinamarco entende que tais prerrogativas violam o princípio da isonomia, na medida em que o particular fica em situação de extrema desvantagem perante a Fazenda Pública, comprometendo, inclusive a efetividade da tutela jurisdicional diante da demora procedimental na solução da lide.

Neste sentido, constata Dinamarco:

> Apoiados no falso dogma da indisponibilidade dos bens do Estado, os privilégios concedidos pela lei e pelos tribunais aos entes estatais alimentam a litigiosidade irresponsável que estes vem praticando, tudo concorrendo ainda para o congestionamento dos órgãos judiciários e retardamento da tutela jurisdicional aos membros da população.[112]

Como tais prerrogativas da Fazenda Pública podem ser citadas: o reexame necessário, o prazo em dobro, a intimação pessoal dos advogados públicos dentre outros.

---

[110] RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *As prerrogativas da fazenda pública no novo código de processo civil.* Disponível em http://< www.agu.gov.br/page/download/index/id/3412353>. Acesso em: 07 fev. 2018.

[111] SANTANA, Raquel Santos de. Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo x Princípio da Isonomia e sua consequência na efetividade do processo. Disponível em: http://<www. https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5758/Prerrogativas-da-Fazenda-Publica-em-Juizo-X-Principio-da-Isonomia-e-sua-consequencia-na-efetividade-do-processo>. Acesso em: 07 fev .2018.

[112] SANTANA, Raquel Santos de. Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo x Princípio da Isonomia e sua consequência na efetividade do processo. Disponível em: http://<www. https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5758/Prerrogativas-da-Fazenda-Publica-em-Juizo-X-Principio-da-Isonomia-e-sua-consequencia-na-efetividade-do-processo>. Acesso em: 07 fev. 2018.

É notável que a aplicação dessas prerrogativas inviabiliza a efetividade, tempestividade, razoabilidade, proporcionalidade e a celeridade processual e ainda, abarrota o Poder Judiciário.

4.3 Execução fiscal: considerações acerca da Lei n. 6.380/1980 e das influências do Código de Processo Civil de 2015 no ambiente processual tributário

Primeiramente cumpre destacar que por fazenda pública deve-se entender todas as entidades de direito público integrantes da Administração Pública direta e indireta, quais sejam: União, Estados, Municípios e Distrito Federal, Autarquias e Fundações além de associações públicas.

O processo de execução fiscal é regulado pela Lei n. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF), a qual dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

É compreendida como dívida da Fazenda pública, tanto os créditos tributários como os não tributários, abrangendo a atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato (art. 2º LEF).

A execução fiscal é um procedimento especial com a finalidade de executar determinado título executivo extrajudicial: a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública (CDA). Nenhuma outra espécie de título executivo judicial ou extrajudicial pode dar origem à execução fiscal. A CDA deve ser constituída através de um processo administrativo onde seja assegurado a todas as partes o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.[113]

Importante destacar que quando as pessoas integrantes da Fazenda Pública atuam em juízo costumam ter a sua disposição algumas vantagens processuais, seja

[113] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 499. v. 16.

por meio dos institutos e específicos, como, por exemplo, o reexame necessário[114] previsto no artigo 496 e seguintes do CPC/2015 ou ainda em função de ritos diferenciados como ocorre no caso da execução da dívida pública.[115]

Pois bem, mister se faz destacar que parar as cobranças dos créditos dos entes integrantes da Fazenda Pública na execução judicial, a chamada dívida ativa, embora calcada em título executivo extrajudicial, não segue de forma plena o previsto no artigo 824[116] e seguintes do CPC/2015, mas sim o rito especial estabelecido na Lei n. 6.830/80.[117]

O artigo 1º da Lei n. 6.830/80, disciplina que em sua omissão, deve-se aplicar subsidiariamente o CPC/15[118]. A LEF regulamenta a matéria de forma específica, noutras palavras, o CPC/2015 não pode ser aplicado à execução fiscal, quando houver, na referida lei, regra expressa e conforma à Constituição Federal, diversa daquela análoga existente no CPC/2015. O STJ proferiu decisão nesse sentido, em recurso especial repetitivo.[119]

Posteriormente, utilizou a teoria do diálogo das fontes para tratar da aplicação do CPC/2015 à execução fiscal, ao julgar outro recurso especial repetitivo.[120]

Isso tudo porque a CF/88 e o CPC/2015 consagram o modelo de cooperativismo de processo de todos os sujeitos processuais em prol de uma solução para o litígio das partes com mais efetividade, brevidade e razoabilidade. O princípio

[114] *In verbis*: Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
[115] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 172. v. 16.
[116] *In verbis*: A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais.
[117] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 173. v. 16.
[118] *In verbis*: Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.
[119] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.138.202/ES, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, j. 09/11/2009, Dje 01/02/2010.
[120] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.184.765/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, j. 24/11/2010, Dje 03/12/2010.

da cooperação é implícito em nossa CF, pois ele decorre de vários outros princípios constitucionais: da democracia, da solidariedade, do devido processo legal e do contraditório.[121]

É necessário destacar que a LEF entrou em vigor em 1980, antes da CF/88, foi influenciada em parte pelo paradigma inquisitorial, e assim para adequar a execução fiscal ao modelo cooperativo-constitucional de processo, faz-se necessário interpretar a LEF à luz da CF/88 e aplicar o CPC/2015 à execução fiscal, e não somente na omissão da referida lei.

4.4 Crise da efetividade no processo executivo em questão e o redirecionamento

Não há dúvidas de que o modelo de execução fiscal atualmente implantado no Brasil não consegue propiciar a satisfação dos créditos públicos, além de ser excessivamente caro para a sociedade e notadamente sacrificante e oneroso para o executado.

Como afirma Gustavo Caldas Guimarães de Campos,[122]

> a ineficiência da recuperação do crédito público viola direitos dos contribuintes que honram suas obrigações fiscais e desequilibra a distribuição da carga tributária entre os cidadãos. A ausência de efetividade na cobrança constitui conduta contrária ao ordenamento constitucional, pois infringe os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, lesando não apenas ao Estado, mas a todos os cidadãos que cumpriram suas obrigações fiscais.

Como já explanado, a Administração Pública tem várias prerrogativas, que acabam por inviabilizar a efetividade processual, processos se perpetuam e abarrotam o Poder Judiciário. Destacam-se, por oportuno, as prerrogativas da Fazenda Pública as quais não ferem apenas o princípio da igualdade, fere ainda

[121] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 505. v. 16.

[122] SILVA, Ronaldo Campos e. Mecanismos para a efetividade da execução fiscal. 2012. Disponível http://<www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/concursodemonografiajuridica_premioricardolobotorres/monografias/Ronaldo-Campos-e-Silva.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

outros importantes princípios, como tempestividade da tutela jurisdicional, dignidade da pessoa humana, inafastabilidade do controle judicial, devido processo legal, proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido, constata Dinamarco:[123]

> Apoiados no falso dogma da indisponibilidade dos bens do Estado, os privilégios concedidos pela lei e pelos os tribunais aos entes estatais alimentam a litigiosidade irresponsável que estes vêm praticando, tudo concorrendo ainda para o congestionamento dos órgãos judiciários e retardamento da tutela jurisdicional aos membros da população.

Os tribunais brasileiros atualmente têm levado o redirecionamento da execução fiscal sem que haja a prévia citação, ou oferta de contraditório, à pessoa física a ser responsabilizada por débitos fiscais da entidade. Essa oportunização de exercer esse direito constitucional (contraditório) é *a posteriori*, por meio da oposição de embargos à execução ou, quando possível, de exceção de pré-executividade.[124]

Para que tal rito ocorra regularmente, a parte exequente deverá comprovar, nos autos da execução fiscal ajuizada em face da pessoa jurídica, que existem, no caso concreto, atos praticados em excesso de poder ou violação normativa por parte dos agentes envolvidos, requerendo ao juízo competente que redirecionamento a execução fiscal face dessas pessoas físicas. Nesse sentido, a pessoa física deverá ser citada para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos, ou garantir a execução na forma prevista na Lei 6.830/80, podendo

[123] SANTANA, Raquel Santos de. Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo x Princípio da Isonomia e sua consequência na efetividade do processo. Disponível em: http://<www.https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5758/Prerrogativas-da-Fazenda-Publica-em-Juizo-X-Principio-da-Isonomia-e-sua-consequencia-na-efetividade-do-processo>. Acesso em: 07 fev. 2018.

[124] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 154. v. 16.

apresentar, conforme o caso, exceção de pré-executividade ou embargos à execução, com vistas a exercer neste momento, seu direito constitucional do contraditório.[125]

Dessa forma, administradores de pessoas jurídicas podem ser pessoalmente responsabilizados por dívidas fiscais das entidades, desde que tais débitos decoraram de atos praticados com excesso de poderes e infrações dos atos normativos aplicáveis. Veja que quando a ordem jurídica prevê regras de responsabilidade solidária ou subsidiária para os agentes envolvidos nas atividades da sociedade, por obrigações originalmente da entidade, não se está diante da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim da própria atribuição de responsabilidade pessoal.[126]

4.4.1 A importância da efetividade do processo executivo fiscal para o Estado Tributário.

O provimento do bem comum pelo Estado por meio da tutela das necessidades públicas depende da obtenção de recursos, que devem ser geridos e aplicados segundo planejamento elaborado em conformidade com as decisões políticas, objetivando primordialmente atender os direitos fundamentais previstos na Carta Magna.[127]

Sendo o tributo considerado um dos fundamentos das finanças públicas, deve ser entendido como prestação pecuniária arrecadada pelo Estado, ente capaz de exigir a obrigação, revestida pela indisponibilidade, decorrente do princípio que

[125] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 154. v. 16.
[126] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 148. v. 16.
[127] NASCIMENTO, Márgara Bezerra do. Execução fiscal: administrativa ou judicial? Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13327. Acesso em: 24 fev. 2018.

resguarda o interesse público, proibindo-o de dispensar o pagamento do tributo ou deixar de cobrá-lo.[128]

A atividade estatal não encerra apenas a cobrança fiscal, mas todos os procedimentos e etapas inerentes a ela, as quais devem ser realizadas em conformidade com as normas constitucionais vigentes, observando, igualmente, as autorizações expressas no ordenamento jurídico pátrio.[129]

É fato, entretanto, que há uma preocupação dos atores do fisco e do Judiciário com o número de processos de execução fiscal insolúveis. É dizer: processos que se prolongam de forma indefinida sem jamais encontrar bens de valor penhoráveis de modo a satisfazer o crédito público, a dificuldade também em citar o devedor é outro grande problema[130].

No âmbito das execuções fiscais movidas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN, observa-se uma duração média de 8 anos, 2 meses e 9 dias de tramitação. Considerando que o processo administrativo fiscal tem duração média de 8 anos, pode-se considerar que entre o lançamento e a satisfação da execução pode haver cerca de 16 anos de intervalo, por óbvio, isto reduz substancialmente as chances de sucesso da execução. A ineficiência da execução fiscal é mesmo um fator de desestímulo ao cumprimento voluntário de obrigações tributárias pelos contribuintes, pois, cientes da distância das consequências de seus atos, podem achar proveitosa a sonegação fiscal.

O Poder Judiciário, por sua vez, fica abarrotado por questões que não envolvem pacificação de conflitos sociais, mas sim a satisfação de interesses

[128] NASCIMENTO, Márgara Bezerra do. Execução fiscal: administrativa ou judicial? Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13327. Acesso em: 24 fev. 2018.
[129] NASCIMENTO, Márgara Bezerra do. Execução fiscal: administrativa ou judicial? Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13327. Acesso em: 24 fev. 2018.
[130] SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz. Execução fiscal: Eficiência e experiência comparada. Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet. Acesso em 24 fev. 2018.

financeiros do próprio Estado. Esses processos se acumulam ano a ano, como se viu da taxa de congestionamento, de modo que o problema atual tem exponencial chance de piora.[131]

Se o modelo tributário arrecadatório brasileiro fosse de fato efetivo geraria uma consequência potencialmente satisfatória, pois haveria um incremento da cidadania fiscal do empresariado, reduziria o montante de tributos levados a cobrança coativa, os valores sonegados e adimplidos seriam revestidos no bem-estar de toda população e não agravaria a situação econômica do País.

A falta de efetividade na execução, muitas vezes alimentada por regras protetivas ao devedor, causa prejuízos não apenas ao credor, mas a todos. Terceiros que nunca litigaram são atingidos por esse sistema, na medida em que perdem oportunidades de negócios ou pagam altas taxas de juros em razão da insegurança gerada às relações comerciais por um sistema jurídico inoperante.[132]

4.4.2 Legitimidade passiva na execução fiscal.

De acordo com o artigo 4º da Lei n. 6.380/80, a execução fiscal deve ser promovida contra: o devedor; o fiador; o espólio; a massa falida; o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e os sucessores a qualquer título. A CDA deve conter o nome do legitimado passivo.[133]

A execução fiscal pode ser redirecionada para o responsável tributário, quando não forem encontrados bens penhoráveis suficientes do devedor para

[131] SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz. Execução fiscal: Eficiência e experiência comparada. Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet. Acesso em: 24 fev 2018.
[132] PIMENTA, Andre Afeche. A efetividade da execução civil como fundamento do Estado democrático de Direito. Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-efetividade-da-execucao-civil-como-fundamento-do-estado-democratico-de-direito,51777.html. Acesso em: 24 fev. 2018.
[133] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 509. v. 16.

liquidar a dívida, apesar de terem sido realizadas todas as diligências possíveis. Neste caso, o nome do responsável tributário não precisa constar da CDA, pois a sua responsabilidade decorre da própria lei.[134]

Segundo o enunciado n. 435 da súmula do STJ, "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente". Assim, a execução fiscal pode ser redirecionada "contra o sócio que exercia a administração por ocasião da dissolução irregular da sociedade contribuinte, independentemente do momento da ocorrência do fato gerador ou da data do vencimento do tributo". Aplica-se, neste caso, o disposto no art. 135, III, CTN, pois "a dissolução irregular da sociedade inclui-se no conceito de infração à lei" previsto neste dispositivo. A jurisprudência da Segunda Turma do STJ terminou por se orientar nesse sentido. Importa destacar, todavia, que a jurisprudência da Primeira Turma desta corte é no sentido de que: "não é possível o redirecionamento da execução fiscal para o sócio responsável pela empresa ao tempo em que ocorreu a dissolução irregular, nos casos em que os fatos geradores da obrigação exequenda não eram concomitantes à sua gerência".[135]

O Superior Tribunal de Justiça - STJ já decidiu, em sede de recurso especial repetitivo, que "a pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio". Por esta razão, "a pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor agravo de instrumento no interesse dos sócios em desfavor da decisão que determinou o redirecionamento de execução fiscal" para estes.[136]

[134] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 509. v. 16.
[135] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 510 v. 16.
[136] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 510. v. 16.

Havendo o redirecionamento, o responsável tributário deve ser citado, sendo-lhe possibilitado o ajuizamento de embargos, depois de garantida a execução, tempo em vista o direito à ampla defesa e ao contraditório.[137]

Insta destacar aqui que o redirecionamento da execução fiscal não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica, disciplinada pelo art. 50, do Código Civil. O CPC/2015 procedimentalizou o modelo cooperativo-constitucional processual, impondo a observância, no que couber, do incidente disciplinado pelos arts. 133 *usque* 137, (desconsideração da personalidade jurídica) para que haja a desconsideração, o referido incidente permite à ampla defesa e ao contraditório, sem garantia do juízo, podendo assim inclusive influenciar na decisão da desconsideração. Note-se que, na hipótese do redirecionamento, o suposto responsável tributário não teve, oportunidade de exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório no processo administrativo onde a CDA foi formada, e na esfera judicial, para se defender precisa primeiramente garantir o juízo.[138]

4.4.3 Aspectos fundamentais do redirecionamento fiscal.

O aspecto fundamental para o redirecionamento da execução fiscal se dá quando administradores de pessoas jurídicas podem ser responsabilizados por dívidas fiscais das entidades, desde que tais débitos decoraram de atos praticados com excesso de poderes e infrações dos atos normativos aplicáveis. Convém mencionar que, quando a ordem jurídica prevê regras de responsabilidade solidária ou subsidiária para os agentes envolvidos nas atividades da sociedade, por

[137] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 511. v. 16.
[138] QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 511. v. 16.

obrigações originalmente da entidade, não se está diante da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim da própria atribuição de responsabilidade pessoal.[139]

De acordo com a legislação vigente, bem como de acordo com o reiterado posicionamento dos Tribunais Superiores, a mera falta de pagamento de tributos por uma empresa é não é suficiente para que os sócios sejam pessoalmente responsabilizados pela dívida, sendo indispensável que tenha ocorrido a prática de atos com excesso de poderes, infração de lei ou ao contrato social.[140]

O Superior Tribunal de Justiça na súmula n. 430 pontua que "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente". Todavia, este tribunal consolidou entendimento que, para que se haja o redirecionamento basta que a empresa não tenha sido dissolvida regularmente, é o que diz a súmula n. 435 "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

Assim sendo, baseando-se nas premissas teóricas que disciplinam o tema, em tese, somente os sócios que agiram com o intuito de fraudar o Fisco poderiam ser pessoalmente responsabilizados pelas dívidas da pessoa jurídica.[141]

Dessa forma, partindo-se do princípio que nenhum dos Contratantes praticou quaisquer atos diretamente relacionados à existência do débito, ao menos na teoria,

[139] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 148. v. 16.

[140] MERLINI, Camila. Esclarecimentos quanto ao redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa. Disponível em https://<www.camilabms.jusbrasil.com.br/artigos/333511869/esclarecimentos-quanto-ao-redirecionamento-da-execucao-fiscal-aos-socios-da-empresa>. Acesso em: 21 fev. 2018.

[141] MERLINI, Camila. Esclarecimentos quanto ao redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa. Disponível em https://<www.camilabms.jusbrasil.com.br/artigos/333511869/esclarecimentos-quanto-ao-redirecionamento-da-execucao-fiscal-aos-socios-da-empresa>. Acesso em: 21 fev. 2018.

não haveria qualquer razão para que a cobrança fosse redirecionada às pessoas físicas.[142]

4.4.3.1 Conceito: contributos doutrinários à afirmação conceitual do instituto.

Humberto Teodoro Junior discorre sobre o assunto da seguinte forma:

> Com relação à corresponsabilidade de terceiros pelos créditos tributários inscritos em nome de outrem, o que não se sabe, antes do regular processo administrativo de lançamento e inscrição do crédito também contra o possível corresponsável, é justamente se o terceiro apontado é, ou não, um legítimo responsável tributário. É precisamente, portanto, sua qualidade de responsável tributário que está a reclamar acertamento antes do ingresso da Fazenda em juízo executivo, pois do contrário estar-se-ia admitindo execução forçada sem título executivo e, consequentemente, sem a certeza jurídica da obrigação que se intenta realizar, sob coação estatal de medidas executivas concretas, imediatas e definitivas.

4.4.3.2 Natureza jurídica.

Existem três correntes que apontam diferentes natureza jurídica para o redirecionamento da execução fiscal, previsto no artigo 135, inciso III do CTN, este que é alvo de intensa divergência entre a jurisprudência e a doutrina.[143]

Doutrinadores como Luciano Amaro e Sacha Calmon entendem que a responsabilidade prevista no mencionado dispositivo não é solidária, nem mesmo

[142] MERLINI, Camila. Esclarecimentos quanto ao redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa. Disponível em https://<www.camilabms.jusbrasil.com.br/artigos/333511869/esclarecimentos-quanto-ao-redirecionamento-da-execucao-fiscal-aos-socios-da-empresa>. Acesso em: 21 fev. 2018.

[143] CURSINO, Rodolfo Botelho. A teoria da *Actio Nata* e o redirecionamento da execução fiscal com base na dissolução irregular da sociedade limitada. Revista da Advocacia Pública Federal. Disponível em http://<anafenacional.org.br/seer/revista/article/view/10/10>. Acesso em: 06.mar.2018.

subsidiária, mas, sim um terceiro tipo, em que o responsável passa a responder pessoalmente e exclusivamente pelos créditos, excluindo-se, pois, o contribuinte de referida cobrança. Justifica Luciano Amaro que o deslocamento da responsabilidade do contribuinte para o terceiro ocorre quando "o representado ou administrado é (no plano privado), assim como o Fisco (no plano público), vítima de ilicitude praticada pelo representante ou administrador.[144]

Nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN, a verificação da responsabilidade importa na exclusão da pessoa jurídica, o responsável originário do polo passivo de uma eventual execução fiscal. Quando se reconhece a responsabilidade pessoal de terceiro logo está se declarando a ilegitimidade do devedor originário, sendo este substituído na relação processual. Por isso ocorre o redirecionamento, deixa o devedor originário e passa a responsabilidade ao terceiro.[145]

Muitos julgados, entretanto, têm mantido no polo passivo a pessoa jurídica, originariamente executada, criando uma responsabilidade solidária ou subsidiária, não reconhecida pela lei. Trata-se de equívoco, o qual se propõe uma mudança de entendimento até mesmo para se preservar os diferentes efeitos jurídicos que cada instituto, desconsideração e responsabilidade pessoal, proporciona.[146]

Nesse contexto, cumpre referir um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO

[144] CURSINO, Rodolfo Botelho. A teoria da *Actio Nata* e o redirecionamento da execução fiscal com base na dissolução irregular da sociedade limitada. Revista da Advocacia Pública Federal. Disponível em http://<anafenacional.org.br/seer/revista/article/view/10/10>. Acesso em: 06.mar.2018.

[145] CARNEIRO, Lucas Sachsida Junqueira. Uma análise técnico-jurídica dos institutos da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade pessoal tributária prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional. Disponível em http://<www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9447&revista_caderno=26>. Acesso em: 27 fev. 2018.

[146] CARNEIRO, Lucas Sachsida Junqueira. Uma análise técnico-jurídica dos institutos da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade pessoal tributária prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional. Disponível em http://<www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9447&revista_caderno=26>. Acesso em: 27 fev. 2018.

> CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.
>
> [...]
>
> 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).
>
> 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

Já para uma segunda corrente, da qual fazem parte Hugo de Brito Machado e Luiz Alberto Gurgel de Faria, a responsabilidade seria solidária, pela inexistência de norma expressa que exclua o contribuinte, não possuindo o termo "pessoalmente" o condão de ser interpretado como "exclusivamente". Fundamenta-se, ainda, referida corrente no sentido de que, caso o legislador pretendesse a exclusão, em sua previsão, deveria tê-lo disposto de modo expresso. Nesse sentido, "em se tratando de responsabilidade inerente à própria condição de contribuinte, não é razoável admitir-se que desapareça sem que a lei o diga expressamente".[147]

Por fim, um terceiro entendimento, do doutrinador Leandro Paulsen, é no sentido de que a previsão no comentado artigo, corresponde a uma responsabilidade pessoal e exclusiva. No entanto, diante de situações em que o ato tenha sido praticado em benefício da empresa, incidiria o artigo 124, I, do CTN, que estabelece a solidariedade em função do interesse comum, passando, em tais casos, a ser a responsabilidade solidária e sem benefício de ordem.[148]

[147] CURSINO, Rodolfo Botelho. A teoria da *Actio Nata* e o redirecionamento da execução fiscal com base na dissolução irregular da sociedade limitada. Revista da Advocacia Pública Federal. Disponível em http://<anafenacional.org.br/seer/revista/article/view/10/10>. Acesso em: 06.mar.2018.

[148] CURSINO, Rodolfo Botelho. A teoria da *Actio Nata* e o redirecionamento da execução fiscal com base na dissolução irregular da sociedade limitada. Revista da Advocacia Pública Federal. Disponível em http://<anafenacional.org.br/seer/revista/article/view/10/10>. Acesso em: 06.mar.2018.

Desta forma, em que pese a existência de posicionamentos diversos, observa-se que, mesmo os que entendem que a responsabilidade não seria solidária, admitem que, em caso de o ato praticado pelo gestor favorecer a empresa em detrimento do Fisco, não haveria que se falar em exclusão da empresa do polo passivo, sob pena de favorece-lo por sua própria torpeza.[149]

Judicialmente, com base na Súmula n. 439 do Superior Tribunal de Justiça adotou a segunda corrente, referente à responsabilidade solidária dos sócios gerentes. Este entendimento privilegia a recuperação do crédito público em detrimento da realização de fraudes, e, ainda, por inexistir norma expressa que retire a responsabilidade do contribuinte, adotou-se, portanto, a responsabilidade como solidária.[150]

4.4.3.3 Tratamento normativo dispensado ao tema

O redirecionamento da execução fiscal se dá em decorrência da previsão expressa do art. 135, do CTN, que traz hipótese de responsabilidade tributária. A doutrina e a jurisprudência vêm admitindo o redirecionamento da execução fiscal, desde que reste comprovada a prática dos atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.[151]

A jurisprudência justifica o redirecionamento sob argumento de sua aplicação com fundamento no previsto no artigo 4º, V, da Lei n. 6.830/80:

> Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:

[149] CURSINO, Rodolfo Botelho. A teoria da *Actio Nata* e o redirecionamento da execução fiscal com base na dissolução irregular da sociedade limitada. Revista da Advocacia Pública Federal. Disponível em http://<anafenacional.org.br/seer/revista/article/view/10/10>. Acesso em: 06.mar.2018.
[150] CURSINO, Rodolfo Botelho. A teoria da *Actio Nata* e o redirecionamento da execução fiscal com base na dissolução irregular da sociedade limitada. Revista da Advocacia Pública Federal. Disponível em http://<anafenacional.org.br/seer/revista/article/view/10/10>. Acesso em: 06.mar.2018.
[151] OLIVEIRA, Janna Arielle Barreto. Possibilidade de redirecionamento da execução contra responsável tributário e o processo administrativo fiscal. Disponível em http://<www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1374/1061>. Acesso em: 06.mar.2018.

> V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

A responsabilidade tributária tem sua razão de ser consubstanciada na promoção de maior garantia à satisfação do crédito tributário para a Fazenda Pública. Todavia, isso não autoriza a exigência desarrazoada desse crédito, a qualquer momento e sob quaisquer circunstâncias, ainda mais se levado em consideração que o instituto surgiu no contexto do Estado Democrático de Direito.[152]

4.4.3.4 Hipóteses de cabimento

Caberá o redirecionamento da execução fiscal quando fundamentalmente houver a inclusão do sócio/administrador da pessoa jurídica no polo passivo da ação, passando este a responder pessoalmente pelos débitos tributários da Pessoa Jurídica, passando a ser então responsável pelo pagamento do tributo. É medida extrema, excepcional, somente autorizada quando verificada a impossibilidade de satisfação da dívida pelo devedor principal e, ainda, a comprovação da prática, pelo sócio responsabilizado, de atos de gestão com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto, nos termos do artigo 135 do Código Tributário Nacional.[153]

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
>
> III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

[152] OLIVEIRA, Janna Arielle Barreto. Possibilidade de redirecionamento da execução contra responsável tributário e o processo administrativo fiscal. Disponível em http://<www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1374/1061>. Acesso em: 06.mar.2018.

[153] RINALDI, Luciano. A execução fiscal contra sócios e administradores da pessoa jurídica. Disponível em https://<www.conjur.com.br/2016-jun-12/luciano-rinaldi-execucao-fiscal-socios-pessoa-juridica> Acesso em: 27.fev.2018.

Além dessas hipóteses, admite-se o redirecionamento quando houver a dissolução irregular da pessoa jurídica, como já assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (REsp 1.371.128/RS).[154]

Nesses termos, a presunção de dissolução irregular deverá ser reconhecida quando constatado o fechamento da empresa no seu domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes, induzindo a responsabilização do sócio/administrador, que, por sua vez, terá o ônus de comprovar a licitude dos atos praticados, ou mesmo a regularidade da dissolução.[155]

Quando o inciso III do artigo 135 do CTN aponta a responsabilidade "dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado", deve-se entender que essa menção não é genérica a todo e qualquer sócio, mais precisamente aqueles investidos de efetivos poderes de administração da sociedade, desde que configurada a prática de atos com excesso de poder, infração da lei, estatutos e contrato social, como estabelece o *caput* do mencionado dispositivo.[156]

Logo, pode-se afirmar que o sócio minoritário de reduzida participação societária não pode ser alvo de redirecionamento em execução fiscal movida em contra a pessoa jurídica, justamente pela ausência de poderes para praticar atos de gerência ou administração, que naturalmente competem ao sócio majoritário, aquele que gerencia o negócio, que detém o poder decisório.[157]

[154] RINALDI, Luciano. A execução fiscal contra sócios e administradores da pessoa jurídica. Disponível em https://<www.conjur.com.br/2016-jun-12/luciano-rinaldi-execucao-fiscal-socios-pessoa-juridica> Acesso em: 27.fev.2018.
[155] RINALDI, Luciano. A execução fiscal contra sócios e administradores da pessoa jurídica. Disponível em https://<www.conjur.com.br/2016-jun-12/luciano-rinaldi-execucao-fiscal-socios-pessoa-juridica> Acesso em: 27 fev. 2018
[156] RINALDI, Luciano. A execução fiscal contra sócios e administradores da pessoa jurídica. Disponível em https://<www.conjur.com.br/2016-jun-12/luciano-rinaldi-execucao-fiscal-socios-pessoa-juridica> Acesso em: 27 fev. 2018.
[157] RINALDI, Luciano. A execução fiscal contra sócios e administradores da pessoa jurídica. Disponível em https://<www.conjur.com.br/2016-jun-12/luciano-rinaldi-execucao-fiscal-socios-pessoa-juridica> Acesso em: 27 fev. 2018.

4.4.3.5 Requisitos para aplicação do instituto.

Entendida a dissolução irregular da sociedade e segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a não localização da empresa no endereço fiscal gera presunção *iuris tantum* dessa irregularidade.[158]

Vejamos alguns julgados que estabelecem requisitos para aplicação do redirecionamento da execução fiscal para o sócio/administrador.

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. REQUISITOS PRESENTES. SÚMULA 435/STJ. ÔNUS DA PROVA.
>
> 1. A certidão do oficial de justiça que atestou o encerramento das atividades no endereço fiscal é indício de dissolução irregular apto a ensejar o redirecionamento da execução fiscal. Exegese da Súmula 435 do STJ. Precedentes.
>
> 2. A jurisprudência adotada por esta Corte esposa o mesmo sentido, de que a não localização da empresa no endereço fornecido como domicílio fiscal gera presunção iuris tantum de dissolução irregular. Assim, é possível a responsabilização do sócio-gerente a quem caberá o ônus de provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder.

Todavia, tal orientação não é pacífica. Em vários julgados, a Primeira Turma do STJ defendeu que a simples certidão do oficial de justiça informando que não encontrou a empresa em seu domicílio fiscal, afastada de outros elementos, não é idônea para autorizar o imediato redirecionamento da execução fiscal, porquanto, vejamos:[159]

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA O SÓCIO. INFRAÇÃO AO ART. 135 DO CTN NÃO COMPROVADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FALTA DE PRESSUPOSTOS. RECURSO

[158] PEIXOTO, Fernando César Borges. Redirecionamento na execução fiscal. Disponível em: http://<www.tex.pro.br/home/artigos/176-artigos-out-2013/6317-redirecionamento-na-execucao-fiscal>. Acesso em: 03.mar.2018.

[159] PEIXOTO, Fernando César Borges. Redirecionamento na execução fiscal. Disponível em: http://<www.tex.pro.br/home/artigos/176-artigos-out-2013/6317-redirecionamento-na-execucao-fiscal>. Acesso em: 03.mar.2018.

> REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA: RESP.1.101.728/SP, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI (DJe 23.03.2009). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO BASTANTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIFICAÇÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA DE QUE A EMPRESA NÃO FUNCIONA NO LOCAL INDICADO NOS REGISTROS FISCAIS QUE, À MINGUA DE OUTROS ELEMENTOS INDICIÁRIOS, É INSUFICIENTE PARA O PRONTO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA OS GESTORES. INADMISSIBILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE GOIÁS DESPROVIDO.
>
> 1. A Súmula 435 do STJ diz que se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente; todavia, a inteligência que se deve ter desse enunciado é de que a não localização da empresa no endereço fiscal é indício de sua dissolução irregular, mas, por si só e independente de qualquer outro elemento, é insuficiente para o pronto redirecionamento da execução fiscal, que depende de prévia apuração das razões pelas quais tal fato ocorreu, bem como da comprovação do elemento subjetivo na conduta ilícita do sócio.
>
> 2. Como a declaração de dissolução irregular importa no reconhecimento de uma infração, é inadmissível essa conclusão sem prévio procedimento de sua apuração. A prova do ato infracional compete a quem alega a sua ocorrência, no caso, ao credor (Fazenda Pública) que requer o redirecionamento. A inversão do ônus probandi só deve ser feita nos casos em que a lei a admite expressamente e, ainda assim, em hipóteses excepcionais.
>
> 3. Esta Corte Superior por ocasião do julgamento do REsp. 1.101.728/SP, representativo de controvérsia, da relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI (DJe 23.03.2009), firmou o entendimento de que o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da sociedade. Na hipótese, rever o entendimento perfilhado pelo acórdão recorrido esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ.

Considerou-se que a apuração do ilícito escorada apenas em certidão emitida por oficial de justiça não observa o procedimento adequado para embasar a dissolução irregular da sociedade, havendo ofensa ao devido processo legal. Ocorre

que, a Primeira Seção do STJ, julgando embargos de divergência onde foram colocadas em xeque as duas teses acima, exarou a seguinte decisão:[160]

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EMBARGADO EM SINTONIA COM A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SOBRE O TEMA. ARESTO APONTADO COMO PARADIGMA QUE REPRESENTA ENTENDIMENTO ISOLADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 168/STJ.
>
> 1. Acórdão embargado que adota a tese segundo a qual a certidão do oficial de justiça que atesta o não funcionamento da empresa no seu domicilio fiscal faz presumir sua dissolução irregular e, portanto, permite o redirecionamento da execução fiscal aos sócios, nos termos da Súmula 435/STJ.
>
> 2. Constatado que o entendimento consignado pelo acórdão embargado observou a atual orientação jurisprudencial de ambas as Turmas de compõem a Primeira Seção sobre a matéria, aplica-se, na espécie, a Súmula 168/STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".
>
> 3. Agravo regimental não provido.

Contra a decisão proferida no AgRg no REsp 1.339.995/BA,[161] foi apontada como paradigma decisão monocrática do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, da primeira Turma, no REsp 1.268.993/DF (mantida em agravo regimental),[162] segundo a qual o redirecionamento exige outros elementos além da não localização da sociedade. E ao julgar os embargos de divergência, o relator,

---

[160] PEIXOTO, Fernando César Borges. Redirecionamento na execução fiscal. Disponível em: http://<www.tex.pro.br/home/artigos/176-artigos-out-2013/6317-redirecionamento-na-execucao-fiscal>. Acesso em: 03.mar.2018.

[161] **BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.339.995/BA,** Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, DJe de 10/10/2012; Nesse sentido: **AgRg no AREsp 10.906/SC,** Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJe de 03/08/2012; e **AgRg no REsp 1.289.471/PE,** Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe de 12/04/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03.mar.2018.

[162] **BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 16.808/GO,** Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, DJe de 28/02/2013. Ainda nesse sentido: **AgRg no AREsp 199.509/RN,** Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, DJe de 12/12/2012; e **AgRg no REsp 1.268.993/DF**, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, DJe de 11/05/2012. Disponíveis em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03.mar.2018.

Ministro Benedito Gonçalves, em fundamento, destacou que o paradigma apontado cuida de posição isolada, e embasou seu voto na Súmula 168 do STJ. Equivocadamente, o julgador desconsiderou decisões colegiadas, e não monocráticas, da Primeira Turma do STJ, que ele próprio compõe, exaradas após a edição da Súmula 435 do STJ, e que confirmam o "entendimento isolado". Não obstante, a conclusão de que basta a prova indiciária vai se firmando majoritária na Corte Superior, apesar das decisões dissidentes apontadas.[163]

4.4.3.6 Procedimentalização

Após a inscrição do débito em dívida ativa pode-se dar início ao processo de execução fiscal que atualmente está regulado por meio da Lei nº 6.830/1980, segundo o determinado pela lei, para dar início ao processo de execução fiscal a Fazenda deverá apresentar perante o órgão julgador competente a CDA acompanhada de pedido de citação para que a empresa pague a dívida.[164]

Para que tal rito ocorra regularmente, a parte exequente deverá comprovar, nos autos da execução fiscal ajuizada em face da pessoa jurídica, que existem, no caso concreto, atos praticados em excesso de poder ou violação normativa por parte dos agentes envolvidos, requerendo ao juízo competente que redirecionamento a execução fiscal face dessas pessoas físicas.

Nesse sentido, a pessoa física deverá ser citada para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos, ou garantir a execução na forma prevista na Lei 6.830/80, podendo apresentar, conforme o caso, exceção de

[163] PEIXOTO, Fernando César Borges. Redirecionamento na execução fiscal. Disponível em: http://<www.tex.pro.br/home/artigos/176-artigos-out-2013/6317-redirecionamento-na-execucao-fiscal>. Acesso em: 03.mar.2018.

[164] MERLINI, Camila. Esclarecimentos quanto ao redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa. Disponível em https://<www.camilabms.jusbrasil.com.br/artigos/333511869/esclarecimentos-quanto-ao-redirecionamento-da-execucao-fiscal-aos-socios-da-empresa>. Acesso em 21.fev.2018.

pré-executividade ou embargos à execução, com vistas a exercer neste momento, seu direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa.[165]

4.4.3.7 Percepção jurisprudencial sobre o redirecionamento fiscal: diretrizes hermenêuticas firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado o entendimento de que, em tese, somente havendo prova inconteste de que o débito tributário decorreu de ato praticado por sócio, gerente, administrador ou diretor com excesso de poderes, infração a lei ou contra o estatuto social é que se admite a atribuição da responsabilidade subsidiária a terceiro. Em outras palavras, a jurisprudência do STJ entende que é possível o redirecionamento da execução fiscal a terceiros desde que haja comprovação, por parte do Fisco, da presença dos requisitos constantes no artigo 135 do CTN, conforme se afere dos julgados constantes no AgRg no Ag 1.346.462/RJ (matéria decidida em sede de recurso repetitivo), EDcl no Ag 1150455/SC e AgRgREsp 384.860/RS, cuja ementa diz:[166]

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - ART. 135, INC. III, DO C.T.N. - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE - SUBJETIVIDADE - COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ATO PRATICADO MEDIANTE FRAUDE OU COM EXCESSO DE PODERES - NECESSIDADE - INFRAÇÃO À LEI – MERA INADIMPLÊNCIA - NÃO CARACTERIZAÇÃO. A jurisprudência deste eg. Tribunal consolidou-se quanto a ser subjetiva a responsabilidade do sócio-gerente pelo pagamento de tributo devido pela sociedade, ficando aquele obrigado pessoalmente pela dívida, somente quando restar provado ter ele agido com fraude ou excesso de poderes, não se consubstanciando em infração à lei,

[165] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 155. v. 16.

[166] VIEIRA, Pedro Henrique Leite. O redirecionamento da execução fiscal nos termos do artigo 135 do CTN e a Jurisprudência do STJ e do STF. Disponível em http://<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163676,61044-O+redirecionamento+da+execucao+fiscal+nos+termos+do+artigo+135+do+CTN>. Acesso em: 03.mar.2018.

> de per si, a mera inadimplência. Recurso especial a que se negou seguimento.

Ademais, o STJ já pacificou o entendimento de que o mero inadimplemento não configura hipótese de responsabilização de sócios, administradores ou gerentes, conforme constam nos julgados AgRg no AREsp 16813/GO, REsp 1.255.552/RS e REsp 1.101.728/SP, cuja decisão se deu em sede de recurso repetitivo:[167]

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08).
>
> 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).
> 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

No tocante ao redirecionamento da execução em razão da dissolução irregular da sociedade, vale ressalvar que na jurisprudência do STJ o pressuposto para o redirecionamento é a permanência do sócio na administração da empresa ao tempo

[167] VIEIRA, Pedro Henrique Leite. O redirecionamento da execução fiscal nos termos do artigo 135 do CTN e a Jurisprudência do STJ e do STF. Disponível em http://<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163676,61044-O+redirecionamento+da+execucao+fiscal+nos+termos+do+artigo+135+do+CTN>. Acesso em 03.mar.2018.

da ocorrência da dissolução, o STJ já se manifestou, nos casos em que o redirecionamento recai sobre sócio que não integrava a sociedade à época dos fatos. Nesses casos, a jurisprudência do STJ não admite o redirecionamento, pois não seria coerente imputar a responsabilidade pelo recolhimento de tributos cujos fatos geradores foram praticados antes do ingresso do terceiro na sociedade.[168]

4.4 Reflexões finais: importância do redirecionamento fiscal para a efetividade da execução fiscal.

O direito cria normas jurídicas com o escopo de disciplinar condutas, ordenar a convivência em sociedade e regular o comportamento entre os sujeitos, vedando, exigindo, permitindo ou facultando e, é através dessas normas que se estabelece relações jurídicas (stricto sensu). Essas, por sua vez, são definidas como um vínculo abstrato, por força de imputação normativa, entre o sujeito ativo, o qual possui o direito subjetivo de exigir de outrem, denominado sujeito passivo, o adimplemento da obrigação, que este último tem dever jurídico de cumprir. [169]

A execução fiscal, bem como seu redirecionamento da execução não deve ser visualizada como "instrumento de combate às vicissitudes sociais, como concentração de renda, evasão fiscal ou desigualdade social,[170] é um instrumento para que o Estado consiga o adimplemento do tributo não recolhido com a máxima efetividade e possibilidade de recebimento, por isso ocorre o redirecionamento, o intuito é tão somente a satisfação do crédito tributário.

---

[168] VIEIRA, Pedro Henrique Leite. O redirecionamento da execução fiscal nos termos do artigo 135 do CTN e a Jurisprudência do STJ e do STF. Disponível em http://<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163676,61044-O+redirecionamento+da+execucao+fiscal+nos+termos+do+artigo+135+do+CTN>. Acesso em: 03.mar.2018.

[169] OLIVEIRA, Janna Arielle Barreto. Possibilidade de redirecionamento da execução contra responsável tributário e o processo administrativo fiscal. Disponível em http://<www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1374/1061>. Acesso em: 06.mar.2018.

[170] OLIVEIRA, Janna Arielle Barreto. Possibilidade de redirecionamento da execução contra responsável tributário e o processo administrativo fiscal. Disponível em http://<www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1374/1061>. Acesso em: 06.mar.2018.

5 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E POSITIVAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: APLICABILIDADE DO INSTITUTO NO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL: RELAÇÕES DE CONVIVÊNCIA COM O REDIRECIONAMENTO FISCAL. ANÁLISES.

Esse capítulo apresentará as especificidades do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, bem como seus requisitos para sua devida aplicação, buscando sempre fazer um comparativo ao redirecionamento da execução fiscal.

O cerne do trabalho é exatamente a aplicação do instituto após a procedimentalização do CPC/2015, diante da real necessidade de estabelecer uma diferença no campo de aplicação, verificando que sua correta aplicação tem efeitos significativos na esfera patrimonial do contribuinte/devedor.

5.1 Desconsideração da personlidade jurídica e advento da legislação processual civil de 2015: um resgate dos aspectos conceituais essenciais

O Novo Código de Processo Civil – 2015 introduziu no ordenamento jurídico brasileira disciplina própria para o incidente da desconsideração da personalidade jurídica. Está previsto no Capítulo IV, do título terceiro (denominado: "Da intervenção de Terceiros"), nos artigos 133 *usque* 137. Além desses dispositivos, tal instituto é mencionado, ainda, em, pelo menos, outras sete ocasiões no CPC/2015.[171]

O instituto é cabível em todas as fases processuais: conhecimento, cumprimento de sentença e execução fundada em título executivo extrajudicial por iniciativa do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, não estando contemplada a possibilidade do julgador, de ofício determinar a instauração do incidente. Tal instauração enseja nas anotações devidas e haverá suspensão da

[171] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 156. v. 16.

tramitação principal, o que somente será dispensado caso a desconsideração da personalidade jurídica seja requerida na petição inicial, hipótese em que seja citado o sócio ou a pessoa jurídica sem que ocorra a suspensão do processo.[172]

O requerimento para que tal incidente seja aplicado deverá ser fundamentado, comprovando os seus pressupostos legais para aplicação e da mesma forma, a decisão proferida também deverá ser fundamentada nos termos do art. 11[173] do CPC/2015.[174]

O dispositivo 135 do CPC/2015[175] tem o efeito de possibilitar no âmbito do incidente e diferentemente do que ocorre no redirecionamento da execução fiscal, que os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam respeitados em seus sentidos formal e material.

O dispositivo legal em comento tem por efeito, ao menos em tese, influenciar a decisão, apresentando argumentos a serem considerados pelo juízo quando da decisão do incidente e, assim, participar efetivamente do processo.[176]

O CPC/2015 ao compatibilizar tal teoria com os imperativos vigentes no Brasil, traz segurança jurídica e boa-fé objetiva, evitando e inibindo a proliferação de decisões surpresas ou de eventuais arbítrios por parte do órgão julgador.[177]

---

[172] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 157. v. 16.

[173] *In verbis:* "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

[174] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 157. v. 16.

[175] *In verbis*: "Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias".

[176] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 158. v. 16.

[177] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 158. v. 16.

Concluída a instrução, o incidente deve ser resolvido com decisão interlocutória, afrontável por meio da interposição de agravo de instrumento, na forma do artigo 1.015, IV, CPC/15.[178] Caso a decisão seja proferida pelo relator, cabe Agravo interno, na forma do art. 133, parágrafo único, CPC/15.[179] [180]

O CPC/2015 expressou formas e métodos para a desconsideração da personalidade jurídica, espera-se com veemência que haja aplicação correta e não mais confusão entre os institutos mencionados, pois sua correta aplicação além de trazer uma segurança jurídica aos envolvidos aponta uma grande diferenciação que é permitir que o mínimo constitucional fosse exercido antes que a desconsideração da personalidade jurídica seja declarada: contraditório e ampla defesa.

Diferente do que ocorre (no redirecionamento da execução fiscal) e ocorria antes da vigência do CPC/2015, como havia a confusão entre os institutos, não era permitido e ainda não é (no caso do redirecionamento) que o sujeito exerça seu direito ao contraditório, a oportunidade de se manifestar era apenas ofertada nos embargos à execução e, quando possível, de exceção de pré-executividade, postergando o direito ao contraditório. A consequência era: pagar em 5 dias a dívida corrigida monetariamente ou opor embargos à execução ou exceção de pré-executividade.

Com a regulamentação expressa no CPC/2015 à desconsideração personalidade jurídica, tem efeito de possibilitar, no âmbito incidente, que o direito ao contraditório seja exercido de imediato, podendo até influenciar a decisão do magistrado, pois será ofertado argumentos e a devida participação efetiva em todas as etapas processuais.

---

[178] *In verbis:* "Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica".

[179] *In verbis:* Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

[180] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 158. v. 16.

O que se busca é a compatibilidade com os imperativos de segurança jurídica, princípio esse que sustenta toda base jurisdicional de quem busca sua tutela. Além do mais, a garantia constitucional de se manifestar evita decisões surpresas, traz celeridade e eficácia na aplicação das normas.

5.2 Desconsideração da personalidade jurídica e redirecionamento fiscal: juízo comparativo fundamental entre os institutos em questão

É imprescindível perceber que apesar de ambos os institutos resultar em consequências semelhantes (responsabilidade pessoal de pessoas físicas por débitos originalmente incidentes sobre o patrimônio da sociedade), a configuração de cada uma dessas situações tem premissa diferentes. Enquanto a desconsideração da personalidade jurídica decorre, do abuso da personalidade jurídica – caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o redirecionamento da execução fiscal é fruto do excesso de poderes ou infração dos atos normativos.[181]

Note-se ainda que, tal responsabilidade não decorre da constatação de abusos ou desvio na utilização de pessoas jurídica, mas sim de ilícito próprio, praticado pelo administrador, do que se conclui pela distinção entre o redirecionamento da execução fiscal e a desconsideração da personalidade jurídica.[182]

Nesse cenário, ao se considerar, nos casos concretos, redirecionamento da execução fiscal e a desconsideração da personalidade jurídica como um único instituto, permitia-se a supressão de garantidas mínimas de contraditório e ampla defesa aos sujeitos incluídos no polo passivo da demanda: diante da ausência de regras procedimentais próprias para a desconsideração da personalidade jurídica, comumente a decisão por implementá-la vinha desacompanhada de parâmetros

[181] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 149. v. 16.
[182] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 152. v. 16.

mínimos que permitissem a esse sujeito se manifestar e influenciar o processo, impondo-lhe, desde logo, onerosas restrições patrimoniais.[183]

5.3 Desconsideração da personalidade jurídica: aplicabilidade no processo executivo fiscal.

O Novo Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária à Lei 6.380/80 já que esta possui um rito processual próprio para aplicação das execuções fiscais. Primeiramente deve-se esclarecer que a mencionada lei é omissa ao que tange o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tratando apenas do redirecionamento fiscal. Este é o motivo do equívoco jurisprudencial. Desta forma, o CPC/2015 tem aplicação imediata à desconsideração e não a lei supramencionada que nada fala sobre o instituto.

O grande receio é de que como os tribunais aplicam o instituto em questão, pois sua aplicação correta acaba por beneficiar o devedor/contribuinte/executado. Explico. Antes da vigência do CPC/2015 quando a Fazenda pedia à instauração do incidente da desconsideração e o juiz a concedia o devedor só poderia se manifestar após a instauração do incidente através dos embargos à execução e a exceção de pré-executividade – esta última com pouca aplicabilidade, já que sempre pendia de dilação probatória. Pois bem, para que o devedor exercesse o direito do contraditório deveria garantir em juízo o valor da dívida ou muitas vezes já tinha a constrição de seus bens. Esse fato ocorria de forma jurisprudencial, pois os tribunais não tinham o cuidado de distinguir redirecionamento da execução fiscal, previsto no art. 135, III do CTN com o instituto da desconsideração, está que requer uma configuração diferente.

Essa incongruência é temida por parte dos doutrinadores, pois os tribunais brasileiros terão que mudar seus entendimentos sobre o tema, pois a consequência na aplicação da lei das execuções em detrimento ao CPC/2015 gera os prejuízos já

[183] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 160. v. 16.

destacados, além de mitigar os princípios do contraditório, da celeridade e o da isonomia processual.

5.4 Desconsideração da personalidade jurídica e redirecionamento fiscal: relações de convivência entre os institutos no processo executivo fiscal. um debate necessário.

Com o CPC/2015 apresentou-se um marco temporal e jurídico para que, ao menos matéria fiscal, pudesse se estabelecer um exame mais técnico dos assuntos em tela, tendo em vista que as hipóteses de redirecionamento fiscal e a desconsideração da personalidade jurídica eram tratadas como um instituto só. Essa confusão permitia que garantias mínimas fossem suprimidas – contraditório e ampla defesa, essa problemática de não permitir que o sujeito pudesse se manifestar inicialmente no processo, acarretava, desde logo, em onerosas restrições patrimoniais.[184]

Além do mais, não se pode perder de vista que tal equiparação jurisprudencial não reflete o entendimento tecnicamente mais a curado sobre o tema, uma vez que as premissas da desconsideração da personalidade jurídica, concernentes ao uso abusivo da pessoa jurídica por sócios ou administradores, não estão necessariamente presentes nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal.[185]

É importante destacar que não é qualquer fraude ou abuso de direito que qualifica a desconsideração da personalidade jurídica: o ato em questão deve se caracterizar pelo mau uso da própria autonomia e independência da pessoa jurídica. Se não for esse o caso, o juiz não deflagrará o incidente da desconsideração.[186]

---

[184] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 159. v. 16.

[185] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 160. v. 16.

[186] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 161. v. 16.

5.4.1 O que pensam os doutrinadores? Enfoque no retrato jurisprudencial sobre o contexto temático em exame.

Como já dito, é sabido que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução por vezes foram aplicados equivocadamente na sua essência, firmando jurisprudências aquém aos institutos, trazendo implicações e consequências diferentes para o contribuinte. Não tem como tratar esses dois institutos sem destacar a importância do contraditório, pois este, muda significativamente as possiblidades de defesa do executado/contribuinte, em relação a garantir ou não o juízo.

Entende Fredie Didier Junior:[187]

> Não se pode admitir a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sem prévio contraditório, pois a garantia do contraditório é um direito fundamental e, nessa condição, qualquer questão que envolva a possibilidade de sua mitigação ou eliminação deve ser vista como muita reserva.

Como já dito, o Novo Código de Processo Civil – 2015 introduziu o incidente da desconsideração da personalidade jurídica. Está previsto nos artigos 133 *usque* 137. Além desses dispositivos, tal instituto é mencionado, ainda, em, pelo menos, outras sete ocasiões no CPC/2015.[188]

Ao analisar tais disposições, Alexandre Freitas Câmara explica que:[189]

> [...] este incidente – que não estava previsto expressamente na legislação processual anterior – vem assegurar o pleno respeito ao contraditório e ao devido processo legal no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica. É que sem a realização desse incidente, o que se via era a apreensão de

[187] SILVA, Rodrigo Martins da. *A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário: dogmática e análise da jurisprudência Brasileira*. 2015. 174 f. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

[188] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 156. v. 16.

[189] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 156. v. 16.

> bens de sócios (ou da sociedade, no caso de desconsideração inversa) sem que fossem eles chamados a participar, em contraditório, do processo em formação da decisão que define sua responsabilidade processual.

É preciso destacar que o CPC/2015, como bem expõe Leonardo Carneiro da Cunha "não cria critérios, requisitos, pressupostos ou condições para justificar ou caracterizar a desconsideração da personalidade jurídica, apenas trata da parte procedimental".[190]

Com o CPC/15, é proposto que seja um divisor de águas no que diz respeito à técnica de interpretação e aplicação desses institutos, distinguindo-se, à luz do caso concreto, as hipóteses de verificação e ocorrência das duas premissas e efeitos, com a subsequente submissão a procedimentos próprios.[191]

5.5 Importância das reflexões até aqui desenvolvidas para a consolidação de um modelo executivo fiscal mais eficiente.

O direito ao contraditório é o cerne de todo questionamento, pois o momento processual no qual é exercido faz toda diferença para uma execução fiscal mais eficiente e mais célere.

O direito ao contraditório classicamente costuma ser compreendido como direito da parte de informação-reação, o contraditório é um elemento inerente do próprio acesso à justiça, significa em sua essência, que as partes têm o direito de se manifestar em relação às alegações formuladas pela parte contrária anteriormente. Intrinsecamente ligado ao princípio do contraditório, está o princípio da isonomia no

[190] RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributaria. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 334. v. 16.

[191] MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 160. v. 16.

âmbito processual, pois o magistrado deve ouvir ambas as partes antes de proferir qualquer decisão.[192]

O princípio do contraditório tem status de garantia fundamental, ocorre que, na prática, muitas vezes a concretização do princípio limita-se aos despachos "ao autor" e "ao réu", sendo que a decisão posterior a essas manifestações pode não levar em consideração os argumentos apresentados, vale dizer, as partes falam, mas nem sempre são ouvidas pelo juiz.[193]

A grande a essência do contraditório é o poder de influenciar, seu alcance deve ser compreendido de maneira muito mais ampla do que apenas a oitiva das partes. E é nesta seara, que as partes possuem a grande prerrogativa de por meio dos seus argumentos, estimular o juiz decidir dessa ou daquela maneira.[194]

A propósito, a lição de Antônio Cabral:

> Portanto, nem as partes nem o juiz, solitariamente, são capazes de atingir um resultado melhor. É necessário trabalhar em conjunto. Identifica-se, no processo atual, "uma máxima de cooperação" (Sammelmaxime, na expressão de Holzhammer), que reflete não só uma divisão de trabalho, mas uma repartição de responsabilidades entre o juiz e parte na condução e nos resultados do processo.[195]

O CPC/2015 busca uma maior democratização do processo, a ser alcançada por meio de um contraditório mais forte nos termos dos artigos 9º e 10, o que também é facilmente verificado no previsto nos artigos 133 a 137 que trata da intervenção de terceiros, mais especificamente a desconsideração da personalidade jurídica, o qual exige a prévia citação dos sócios antes de promover sua inclusão no

[192] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 173. v. 16.

[193] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 175. v. 16.

[194] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 175. v. 16.

[195] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 176. v. 16.

polo passivo.[196] É neste aspecto que se percebe uma grande evolução e consolidação dos direitos e garantias no processo executivo fiscal.

De fato, esta foi uma grande revolução no âmbito processual, pois, como dito não era permitido que os responsáveis pudessem se defender antes mesmo que o juiz instaurasse a desconsideração, os responsáveis só podiam se manifestar com os embargos à execução e a exceção de pré-executividade.

Dito isso, fica claro que deve-se buscar uma maior democratização do processo, alcançada por meio de uma efetiva atuação das partes, independentemente do rito aplicado. Fixada essa premissa, cabe então, verificar se o incidente previsto nos artigos 133 e seguintes do Código Civil de 2015 tem aplicação no rito das execuções fiscais.[197]

Primeiramente cabe destacar que se fizermos observância na LEF do referido o incidente - que exige prévia citação do sócio, bem como possibilita a dilação probatória antes da decisão sobre sua responsabilidade - importará certamente em uma maior demora na definição acerca da inclusão do sócio no polo passivo do feito. Tal situação poderia dar espaço ao argumento da inaplicabilidade do incidente à Lei n. 6.380/80 por contrariar o interesse público consubstanciado na obtenção mais rápida da satisfação do crédito executado.[198]

Ensina Luís Roberto Barroso que interesse público "é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que acaba a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social", que "são os interesses de toda a sociedade". Esse é o interesse público

[196] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 176. v. 16.
[197] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177. v. 16.
[198] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177. v. 16.

primário. Por interesse público secundário: "pode ser identificado com o interesse do erário".[199]

Por sua vez, quando a Fazenda Pública atua perante o judiciário está defendendo, via de regra seu interesse arrecadatório de obter receitas, como é o caso da execução fiscal, entende-se então interesse público secundário. Ora, é claro que os benefícios econômicos decorrentes de uma vitória processual contribuem para o orçamento estatal e acabam por beneficiar a consecução de interesses públicos primários. Entretanto, a atuação processual em si mesma considerada não constitui verdadeira atividade fim do Estado, pelo que não cabe atribuir-lhe como premissa inafastável um caráter de superposição em relação ao particular.[200]

Destarte, é descabido o argumento de que o interesse público oriundo de uma satisfação creditícia mais rápida deveria se sobrepor ao exercício do contraditório em favor do particular. Ademais, deve-se ter em mente que, quando há a desconsideração da personalidade jurídica sem o prévio incidente, a defesa do sócio incluído no polo passivo da execução fiscal somente ocorre a *posteriori* e por meio de embargos à execução, que exigem prévia segurança do juízo para o seu recebimento, conforme preceitua o artigo 16, § 1º [201] da Lei n. 6.380/80. Assim, além do gravame inerente à condição de executado, o sócio incluído no polo passivo ainda precisa dispor de parte do seu patrimônio como requisito ao exercício de sua defesa. É certo ainda que a jurisprudência admite o uso da chamada exceção de pré-executividade como mecanismo de defesa do executado. Entretanto, na prática tem pouca valia, pois, nos termos da súmula 393[202] do STJ seu objeto de cognição é

[199] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177. v. 16.

[200] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177. v. 16.

[201] Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: § 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

[202] A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

limitado, não sendo possível produção de provas. A exceção de pré-executividade acaba como já dito, pouco usada nos casos do redirecionamento da execução fiscal, pois, normalmente, há questões fáticas envolvidas, que demandam dilação probatória, descabida então na hipótese.[203]

Por outro lado, aplicado o incidente da desconsideração da personalidade jurídica e esse é o ponto central da Inovação do CPC/2015, observa-se um contraditório anterior à inclusão do sócio no polo passivo da execução fiscal, onde é possível a produção de provas e isso independentemente da segurança do juízo.[204]

Diante de toda abordagem já realizada, é preciso verificar os termos do artigo 1º[205] da LEF, eventual omissão dessa legislação especial importará na aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Ou seja, não havendo disposição na LEF sobre o tema deve-se aplicar então subsidiariamente o Código de Processo Civil, e, consequentemente, o disposto nos artigos 133 a 137 do referido diploma legal.[206]

Com base em todas essas considerações, conclui-se, portanto, que o incidente previsto nos artigos 133 e seguintes do CPC/2015, deve ser observado no rito da Lei n. 6830/80 - Lei de Execução Fiscal, quando for o caso da desconsideração da personalidade jurídica.[207]

---

[203] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 179. v. 16.

[204] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 179. v. 16.

[205] *In verbis:* A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

[206] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 180. v. 16.

[207] MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 180. v. 16.

5.6 Execução fiscal, redirecionamento fiscal e desconsideração da personalidade jurídica: expectativas prováveis para o processo fiscal contemporâneo: críticas e contribuições academicas.

O CPC/2015 trouxe algumas novidades que contemplou a reforma na execução o grande questionamento gira em torno do prazo processual e da garantia quando o devedor deseja ofertar como meio de defesa os embargos à execução.

O processo fiscal é regido pela Lei n. 6.830/80, e seu artigo 1º diz que o "A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil", neste contexto adoto a corrente que aduz que o artigo 16, § 1º, da mencionada lei não é silente sobre os embargos à execução, estabelecendo que "O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contatos: §1º Não são admitidos embargos do executado antes da garantida a execução".

O diploma especial expressa e clara disposição a respeito da condição de garantia do juízo, para o recebimento dos respectivos embargos e, neste caso, "*lei posterior não revoga lei especial anterior*".[208]

Embora a jurisprudência já tenha se manifestado a respeito do tema quando da vigência do CPC/73, merece destaque o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal, n. 0004078-56.2016.4.01.3801/MG, de Relatoria do Desembargador Federal Hercules Fajoses, uma vez que analisou o mesmo conteúdo disposto no CPC/2015, inclusive no que se refere ao termo de início para contagem do prazo para oposição de Embargos à Execução Fiscal, confira-se:[209]

[208] MOURA, Verônica Cristina Moura Silva. O CPC/2015 e alguns reflexos na execução fiscal. Disponível em: http://<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261267,51045-O+CPC15+e+alguns+reflexos+na+execucao+fiscal> Acesso em: 12.mar.2018.

[209] MOURA, Verônica Cristina Moura Silva. O CPC/2015 e alguns reflexos na execução fiscal. Disponível em: http://<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261267,51045-O+CPC15+e+alguns+reflexos+na+execucao+fiscal> Acesso em: 12.mar.2018.

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PENHORA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INAPLICABILIDADE DO ART. 914 DO NOVO CPC.
>
> Não há nos autos nenhum documento que comprove que houve o oferecimento de garantia do Juízo correspondente ao valor executado, possibilitando oposição dos Embargos à Execução Fiscal.
>
> Considerando que o prazo para oferecimento de embargos à execução fiscal conta-se a partir da intimação pessoal da penhora, e que esta não foi efetivada, não há que se falar em legitimidade ou interesse processual na oposição dos presentes embargos à execução.
>
> O egrégio Superior Tribunal de Justiça, já firmou entendimento no sentido de que: "Quanto à prevalência do disposto no art. 736 do CPC - que permite ao devedor a oposição de Embargos, independentemente de penhora, sobre as disposições da Lei de Execução Fiscal, que determina a inadmissibilidade de Embargos do executado antes de garantida a execução -, tem-se que, em face do princípio da especialidade, no caso de conflito aparente de normas, as leis especiais sobrepõem-se às gerais [...]. (AgRg no AREsp 621356/RJ, Rel. MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 06/04/2015). [...](AC 0004078-56.2016.4.01.3801 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSES, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 de 07/04/2017) .

É bem verdade que a linha e tênue entre os institutos por ora apresentados, todavia, há diferenças práticas em sua aplicação. No processo de execução fiscal o redirecionamento fiscal ocorre sem o contraditório prévio, sendo o executado incumbido de garantir o juízo para apresentar seus meios de defesa. Já na desconsideração da personalidade jurídica, instituto este agora procedimentalizado no CPC/2015, garante ao devedor o direito ao contraditório antes da garantia do juízo.

O que ocorre nos processos de execução fiscal é que os institutos são confundidos e sua aplicação promove um grande prejuízo ao executado/devedor. É neste sentido que é importante destacar que cada instituto tem seus requisitos de aplicação e suas consequências processuais.

A inovação que o CPC/2015 trouxe não mudou materialmente o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, apenas tratou do incidente, antes não tratado processualmente. E esta é a grande expectativa processual, que sua aplicação não seja mais confundida na prática com o instituto do redirecionamento da execução fiscal.

Outra inovação é que com essa procedimentalização prevista no CPC/2015, o devedor tem a chance de influenciar o juiz em qualquer fase processual, se ele instaura ou não o incidente. Veja que aqui, o devedor poderá convencer o juiz de que não deve haver a desconsideração, não atingindo assim seu patrimônio pessoal.

É nesse ponto que existe uma maior democratização processual e espera-se verdadeiramente que esta seja uma mudança no processo fiscal contemporâneo.

6 CONCLUSÃO

Objetivamente o trabalho teve como premissa apontar essa divergência construída pela jurisprudência, aplicando equivocadamente a Lei de Execução Fiscal e tratando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica como se fosse redirecionamento fiscal. O que, na prática, acarreta diversos prejuízos para o devedor.

Aponta ainda que grande parte dessa divergência parte da concessão ou não de exercer constitucionalmente o direito ao contraditório *a priori*.

De forma sistematizada, o trabalho apontou primeiramente o que de fato é o instituto, separando assim dos outros ramos do direito, que tem aplicação diferente. Em seguida, foi importante destacar que a sociedade tem uma função social e o descumprimento dessa função enseja à aplicação do instituto, responsabilizando, portanto, as pessoas que representam essa sociedade, atingindo assim seu patrimônio como pessoa física. Outro ponto de grande valia é exatamente na diferenciação entre redirecionamento e desconsideração da personalidade jurídica, e é nesta seara que

grande parte da problematização é construída. Pois são institutos diferentes com consequências diferentes, mas que têm sido aplicados como se fosse um instituto só.

A grande novidade para essa mudança jurisprudencial veio com o CPC/2015, que trata em um capítulo sobre a procedimentalização da instauração, deixando claro que este instituto aplicação própria e não deve seguir o rito da lei de execuções fiscais.

A desconsideração da personalidade jurídica decorre, do Abuso da personalidade jurídica (caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial), o redirecionamento da execução fiscal é fruto de excesso de poderes ou infração de atos normativos, perceba que tal responsabilização não decorre da constatação de abusos ou desvio na utilização da pessoa jurídica, mais sim do próprio ilícito.

Diferente do que ocorre (no redirecionamento da execução fiscal) e ocorria antes da vigência do CPC/2015, como havia a confusão entre os institutos, não era permitido e ainda não é (no caso do redirecionamento) que o sujeito exerça seu direito ao contraditório, a oportunidade de se manifestar era apenas ofertada nos embargos à execução e, quando possível, de exceção de pré-executividade, postergando o direito ao contraditório. A consequência era: pagar em 5 dias a dívida corrigida monetariamente ou opor embargos à execução ou exceção de pré-executividade.

A regulamentação expressa no CPC/2015 à desconsideração personalidade jurídica, tem efeito de possibilitar, no âmbito incidente, que o direito ao contraditório seja exercido de imediato, podendo até influenciar a decisão do magistrado, pois será ofertado argumentos e a devida participação efetiva em todas as etapas processuais.

A norma compatível com os imperativos de segurança jurídica, princípio esse que sustenta toda base jurisdicional de quem busca sua tutela. Além do mais, a garantia constitucional de se manifestar evita decisões surpresas, traz celeridade e eficácia na aplicação das normas. É nessa questão que é analisada a Lei de

Execuções e o Código de Processo Civil, para então estabelecer sua correta aplicação em cada instituto.

A contribuição acadêmica que este trabalho buscou é justamente apontar as reais diferenças entre os institutos mencionados, com a perspectiva de que com a procedimentalização da desconsideração no CPC/15 os tribunais possam mudar suas jurisprudências. ´

É importante acompanhar essas evoluções, para então verificar como os tribunais aplicarão a desconsideração após a vigência do CPC/2015.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BAHIA. Tribunal Regional Trabalho. AP: 01495000220085050195 BA 0149500-02.2008.5.05.0195, Relator: SÔNIA FRANÇA, 3ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 04/11/2013.) Disponível em: < https://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165924657/agravo-de-peticao-ap-14950002200850501 95-ba-0149500-0220085050195 >. Acesso em: 12 de out. 2017.

BECHO, Renato Lopes. Quais são os tipos de sujeito passivo tributário e quais as relações jurídicas entre eles? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais de Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2011. v. 15.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.138.202/ES, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, j. 09/11/2009, Dje 01/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.184.765/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, j. 24/11/2010, Dje 03/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.339.995/BA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, DJe de 10/10/2012; Nesse sentido: **AgRg no AREsp 10.906/SC,** Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJe de 03/08/2012; e **AgRg no REsp 1.289.471/PE,** Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe de 12/04/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03.mar.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 16.808/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, DJe de 28/02/2013. Ainda nesse sentido: **AgRg no AREsp 199.509/RN,** Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, DJe de 12/12/2012; e **AgRg no REsp 1.268.993/DF**, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, DJe de 11/05/2012. Disponíveis em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03.mar.2018.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.* 2.ed. São Paulo: Editora saraiva, 2009.

CARNEIRO, Lucas Sachsida Junqueira. Uma análise técnico-jurídica dos institutos da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade pessoal tributária prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional. Disponível em http://<www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9447&revista_caderno=26 Acesso em: 27 fev.2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHAVES, Érika Gomes. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na cobrança do crédito fiscal. *Revista PGFN*, Ano III, N. 5, Disponível em http://<www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-iii-numero-5-2013/c5.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CURSINO, Rodolfo Botelho. A teoria da *Actio Nata* e o redirecionamento da execução fiscal com base na dissolução irregular da sociedade limitada. Revista da Advocacia Pública Federal. Disponível em http://<anafenacional.org.br/seer/revista/article/view/10/10>. Acesso em: 06.mar.2018.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil.* São Paulo: Atlas, 2004.

GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da desconsideração da pessoa jurídica: Aspectos de direito material e processual. Revista Jurídica* 52-320/7-21, São Paulo, jun. 2004.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor – aspectos processuais.* São Paulo: Max Limonad, 1998.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Fundamentos do sistema jurídico romano-germânico: origem, atributos e aproximação com o sistema anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4102, 24 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30041>. Acesso em: 12 out. 2017.

LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

LUDVIG, Gabriel Teixeira. *Desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução na pessoa dos sócios.* 2010, 30 f. Monografia. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Rio Grande do Sul, 2010.

MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC/15 e sua aplicação no âmbito da execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 169-186. v. 16.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. 2. Arts. 96 a 218. 2°ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERLINI, Camila. Esclarecimentos quanto ao redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa. Disponível em https://<www.camilabms.jusbrasil.com.br/artigos/333511869/esclarecimentos-

quanto-ao-redirecionamento-da-execucao-fiscal-aos-socios-da-empresa>. Acesso em: 21 fev.2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. MG. AI: 10110090218204001 MG, Relator: Afrânio Vilela, Data de Julgamento: 2/04/2013, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/04/2013). Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114963161/agravo-de-instrumento-cv-ai-10110090218204001-mg >. Acesso em: 12 out. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal. AG: 380303220064010000 MG 0038030-32.2006.4.01.0000, Relator: JUIZ FEDERAL MIGUEL ÂNGELO DE ALVARENGA LOPES, Data de Julgamento: 23/09/2013, 6ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.608 de 02/10/2013). Disponível em < https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24259432/agravo-de-instrumento-ag-380303220064010000-mg-0038030-3220064010000-trf1 >. Acesso em: 10 out. 2017.

MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 143-167. v. 16.

MOURA, Verônica Cristina Moura Silva. O CPC/2015 e alguns reflexos na execução fiscal. Disponível em: http://<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261267,51045-O+CPC15+e+alguns+reflexos+na+execucao+fiscal> Acesso em: 12.mar.2018.

NASCIMENTO, Márgara Bezerra do. Execução fiscal: administrativa ou judicial? Disponível em: http://<www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13327>. Acesso em: 24 fev.2018.

OLIVEIRA, Janna Arielle Barreto. Possibilidade de redirecionamento da execução contra responsável tributário e o processo administrativo fiscal. Disponível em http://<www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1374/1061>. Acesso em: 06.mar.2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão 8510598 e 851059-8. Relator: Cunha Ribas, Data de Julgamento: 03/04/2012, 2ª Câmara Cível. Disponível em < https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21491078/8510598-pr-851059-8-acordao-tjpr >. Acesso em: 10 out. 2017.

PEIXOTO, Fernando César Borges. Redirecionamento na execução fiscal. Disponível em: http://<www.tex.pro.br/home/artigos/176-artigos-out-2013/6317-redirecionamento-na-execucao-fiscal>. Acesso em: 03.mar.2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PIMENTA, Andre Afeche. A efetividade da execução civil como fundamento do Estado democrático de Direito. Disponível em http://<www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-efetividade-da-execucao-civil-como-fundamento-do-estado-democratico-de-direito,51777.html>. Acesso em: 24 de fev.2018.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 16

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. In RT, v. 410, dez. 1969.

RINALDI, Luciano. A execução fiscal contra sócios e administradores da pessoa jurídica. Disponível em https://<www.conjur.com.br/2016-jun-12/luciano-rinaldi-execucao-fiscal-socios-pessoa-juridica> Acesso em: 27.fev.2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal. AG: 201002010147689 RJ 2010.02.01.014768-9, Relator: Juiz Federal Convocado THEOPHILO MIGUEL, Data de Julgamento: 07/08/2012, TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 14/08/2012 - Página: 191). Disponível em < https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22216597/agravo-de-instrumento-ag-201002010147689-rj-20100201014768-9-trf2 >. Acesso em: 12 out. 2017.

RIVITTI, Maria Augusta da Mata; PAES, Victor de Luna. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Processo Tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 331-349. v. 16.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *As prerrogativas da fazenda pública no novo código de processo civil.* Disponível em http://< www.agu.gov.br/page/download/index/id/3412353>. Acesso em: 07 fev.2018.

SALOMÃO, Leonardo Rizo. *Elementos do processo de execução fiscal.* 2006, 79 f. Revista de Direito Público. Londrina, V.1, n. 1, Jan/Abr.

SANTANA, Raquel Santos de. Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo x Princípio da Isonomia e sua consequência na efetividade do processo. Disponível em: https://<www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5758/Prerrogativas-da-Fazenda-

Publica-em-Juizo-X-Principio-da-Isonomia-e-sua-consequencia-na-efetividade-do-processo>. Acesso em: 07 fev.2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI: 21699213520148260000 SP 2169921-35.2014.8.26.0000, Relator: Alberto Gosson, Data de Julgamento: 24/11/2014, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/11/2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153780457/agravo-de-instrumento-ai-21699213520148260000-sp-2169921-3520148260000 >. Acesso em: 12 de out. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AG: 8115655400 SP, Relator: Magalhães Coelho, Data de Julgamento: 03/02/2009, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/02/2009). Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2511697/agravo-de-instrumento-ag-8115655400-sp>. Acesso em: 12 out. 2017.

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário.* São Paulo: Quartier Lantin, 2007.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação de desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. RT 780/47.

SILVA, Amadeu Braga Batista. Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário Brasileiro. *Revista PGFN*, Ano II, N. 3, 2012. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/ano-i-numero-2-2011>. Acesso em: 04 mar. 2017.

SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz. Execução Fiscal: Eficiência e Experiência comparada. Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: http://<www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet>. Acesso em: 24 fev.2018.

SILVA, Osmar Vieira de Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

SILVA, Rodrigo Martins da. *A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário: dogmática e análise da jurisprudência Brasileira*. 2015. 174 f. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

SILVA, Ronaldo Campos e. Mecanismos para a efetividade da execução fiscal. 2012. Disponível http://<www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/concursodemonografiajuridica_premioricardolobotorres/monografias/Ronaldo-Campos-e-Silva.pdf>. Acesso em: 17 fev.2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 2.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponívelem: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>. Acesso em: 30 maio 2010.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, HelenonTaveira; QUEIROZ, Mary Elbe. Coordenadores. *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VIEIRA, Pedro Henrique Leite. O redirecionamento da execução fiscal nos termos do artigo 135 do CTN e a Jurisprudência do STJ e do STF. Disponível em http://<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163676,61044-O+redirecionamento+da+execucao+fiscal+nos+termos+do+artigo+135+do+CTN>. Acesso em: 03 mar.2018.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Desconsideração da personalidade jurídica e seus efeitos tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira; Mary Elbe (coord.) *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALGORITMOS E REGULAÇÃO

Mariana da Costa Mesquita Corrêa

RESUMO

O objeto do presente estudo é a força regulatória dos algoritmos, aqui entendidos como o código fonte das novas tecnologias da informação e da comunicação. O objetivo é compreender, primeiramente, se estas possuem, de fato, força normativa. Posteriormente, em havendo, se esta força é democrática ou não. Ainda constitui objetivo deste trabalho estabelecer um panorama geral da regulação sobre o tema no Brasil e demonstrar formas de tornar os algoritmos mais transparente e democráticos. A pesquisa bibliográfica foi o meu escolhido para enfrentar tais questões.

Palavras Chave: algoritmos, regulação, democracia, governança.

1 INTRODUÇÃO

Certo dia, quase dez anos atrás, eu estava trabalhando quando li uma reportagem sobre os dados que o Google coletava de seus usuários. Seguindo as instruções do jornal, fui me embrenhando por um emaranhado de *links* que me redirecionavam para outras páginas até que consegui acessar tais dados. O Google mantinha uma pasta com todos os meus contatos telefônicos, endereços de e-mail (inclusive dos hospedados por outros servidores), um histórico dos lugares que eu mais frequentava e uma listagem de todos os e-mails que eu já havia trocado desde que começara a usar o Gmail.

Eu já desconfiava da coleta de dados, afinal, uma parte do meu trabalho envolvia escolher as melhores palavras-chave para que o anúncio da empresa onde eu trabalhava aparecesse sempre em primeiro lugar nas buscas do Google. Eu

entendia os conceitos de robôs de buscas e algoritmos. Mas, naquela época, eu não tinha ideia da quantidade de informações que a gigante de buscas guardava sobre mim.

Com o passar dos anos, o assunto foi se tornando cada vez mais frequente no dia-a-dia de cada um e a privacidade de dados começou a me inquietar ainda mais. Nasci quando ainda não existia internet, diferente da maioria dos meus colegas de curso. Lembro-me muito bem quando usei a rede mundial pela primeira vez, na casa de um tio. A exposição em redes sociais, para mim, não é natural, não é um fenômeno dado.

Iniciei meu trabalho de conclusão de curso tratando sobre o tema da privacidade, mas quanto mais eu pesquisava sobre o assunto, mais me deparava com inúmeras outras tecnologias que, junto com a internet, formam as tecnologias da informação e comunicação (TICs). Em um congresso no Rio de Janeiro, fui apresentada a diversas novas ferramentas recém-criadas pelas gigantes do setor de tecnologia. A cada nova apresentação, eu me dava conta de algo ainda mais profundo e anterior que a questão da privacidade em si. Comecei a perceber a força que os algoritmos têm para regular as vidas humanas.

Escrever sobre tecnologias da informação e comunicação é extremamente desafiador. Ao longo dos quase dois anos escrevendo este trabalho, me deparei com muitas mudanças significativas. No final de 2017, foi anunciado que o *AlphaGo Zero* tinha estabelecido novos horizontes na área de inteligência artificial, trazendo novos argumentos e questionamentos ao trabalho. Em março de 2018, já com o projeto praticamente finalizado, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei que regulamenta os aplicativos de mobilidade urbana, como Uber e 99, trazendo uma nova realidade à regulação das TICs no Brasil.

As TICs têm cada vez mais espaço na vida humana. Da residência ao trabalho, passando pelas compras, pelos momentos de lazer e até mesmo durante o sono, aplicativos e objetos inteligentes integram o cotidiano. Diversos avanços têm

sido feitos graças à junção das TICs, que vão desde a internet até a inteligência artificial, passando pelo *machine learning*, redes neurais, *Big Data*, entre outros.

As mudanças que circundam o assunto são constantes e, dada a novidade do tema, são também sempre significativas. A cada dia há uma nova descoberta relacionada ao tema. Novas questões são colocadas ao Direito e aos Estados Democráticas na mesma velocidade. Verdadeiras revoluções, que antes levavam décadas, séculos para acontecerem, se dão no espaço de gerações ou até mesmo de anos.

As novas tecnologias, por óbvio, não trazem apenas benesses, exatamente como tudo que é produto do homem. Diversos novos dilemas e paradigmas têm sido criados e o Direito precisa se atentar a isto. A ideia base de todo este trabalho é aquela surgida no congresso no Rio de Janeiro: toda tecnologia traz em si um aspecto regulatório, mas que isto é muito mais forte quando se trata das TICs. Não apenas a arquitetura delas as torna mais aptas a regular, quanto sua presença quase onipresente também potencializa este efeito.

A questão chave discutida neste trabalho é se a substituição, cada vez mais intensa, da lei enquanto força regulatória da humanidade pelo algoritmo que desenha todas essas tecnologias é ou não democrática, dado que a vasta maioria delas são desenhadas pela iniciativa privada.

Questiona-se, ainda, se o formato estatal brasileiro consegue conferir legitimidade às decisões tomadas em todos os poderes, em relação ao assunto principal. A forma como o Brasil tem regulado a matéria é também objeto deste estudo, que tem como método a pesquisa bibliográfica.

Ao tratar de definições técnicas próprias da engenharia computacional, recorri a trabalhos publicados pelas próprias empresas criadoras das tecnologias. Para demonstrar a magnitude, o alcance das TICs nas vidas de cada um, foram utilizados estudos acadêmicos feitos por entes públicos e privados, estudos de casos empresariais, exemplos de fatos concretos que ocorreram durante a pesquisa para

este trabalho. Sobre a força normativa dos códigos foram utilizados diversos trabalhos, mas em especial os dos professores doutores Lawrence Lessig, de Harvard e Wolfgang Schulz, da Universidade de Hamburgo.

As referências sobre democracia foram retiradas, principalmente, da obra *Democracy and the limits of self-government* do sociólogo e cientista político Adam Pzreworski. O intuito ao combinar o Direito com a Ciência Política e a Sociologia foi oferecer ao leitor uma pesquisa ampla sobre a relação entre as novas tecnologias, seu aspecto regulatório e democracia, sem se prender em um assunto particular. No entanto, como forma de exemplificação de como a regulação vem sendo feita no Brasil, optou-se por centralizar a análise nas leis e decisões judiciais sobre privacidade de dados, uma vez que inteligência artificial e outros assuntos ainda não são amplamente discutidos pelo Estado brasileiro no âmbito do Parlamento.

Após vasta pesquisa bibliográfica, foi possível concluir que é apenas por meio dos processos democráticos que as TICs conseguirão desenvolver todo seu potencial benéfico. Sem freios e contrapesos, as chances de assistirmos a verdadeiros desastres sociais são grandes. Não é possível, no entanto, precisar para qual lado a balança penderá, ou seja, não é possível saber se as TICs trarão mesmo a revolução que prometem. Quem viver, verá.

2 A PRESENÇA DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TICS) NA SOCIEDADE E SUA IMPORTÂNCIA

Cerca de quinhentos anos antes de Cristo, os chineses criaram um jogo de tabuleiro, extremamente popular na atualidade, chamado Go. O jogo desenvolve o raciocínio lógico e requer análises estratégicas profundas, tendo sido utilizado, segundo relatos históricos, por generais chineses e imperadores para estabelecer estratégias de guerra. O Go é conhecido por sua dificuldade extrema e é até mesmo considerado o jogo mais difícil do mundo (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GO, 2017).

Em maio de 2015, um computador criado pela Alphabet, holding controladora do Google, conseguiu derrotar o melhor jogador do mundo de Go por cem vezes seguidas. Engenheiros da empresa acreditavam que levaria mais dez anos até que isto fosse possível. Para alcançar o feito, os especialistas criaram um *software*, o AlphaGo, que foi alimentado com dados sobre o jogo, como as regras e jogadas possíveis e, utilizando-se deste banco de dados, o *software* aprendeu a jogar (SAMPLE, 2017).

Posteriormente, foi criada uma nova versão do programa, o AlphaGo Zero, que utiliza inteligência artificial (AI). Em outubro de 2017, o *software* conseguiu aprender o jogo sozinho e partindo do zero, sem nenhuma intervenção do homem – não foi necessário que nenhuma pessoa "ensinasse" ao *software* nenhum movimento – e em apenas três dias, o programa não apenas aprendeu todo conhecimento humano a respeito do jogo como desenvolveu jogadas novas e melhores. Enquanto *software*s comuns, como o AlphaGo, precisam de *input* de dados específicos para só então realizar cálculos, os *software*s de inteligência artificial como o AlphaGo Zero realizam sozinhos a busca pelos dados que acharem mais conveniente (SAMPLE, 2017).

O meio científico já se adiantou para classificar o evento como um enorme avanço no campo da inteligência artificial, com vasto potencial em virtualmente todas as áreas do conhecimento. Um dos projetos em andamento na *DeepMind*, braço especializado em inteligência artificial da *Alphabet*, é usar a AI para responder uma pergunta que intriga os cientistas há décadas: o que determina o formato das proteínas. Os impactos de tal descoberta podem ser tão profundos quanto a cura do câncer (SAMPLE, 2017).

Na Faculdade de Medicina de Columbia, em Nova Iorque, já se utiliza a inteligência artificial para diagnosticar acidentes vasculares cerebrais *antes* que eles ocorram. Na Universidade de Stanford, no Vale do Silício, um sistema de AI obtém diagnósticos dermatológicos acertados em 72% dos casos, contra 66% de precisão dos médicos humanos. A grande diferença entre o sistema criado por Stanford e o da

Alphabet é que o primeiro dispõe apenas das informações inseridas nele pelos humanos enquanto que o segundo busca as informações sozinho e consegue identificar o que é, ou não, relevante (MUKHERJEE, 2017).

Todos esses exemplos são viabilizados pela análise feita por inteligência artificial de uma quantidade quase infinita de dados armazenados (DEANGELIS, 2017). E se, atualmente, a humanidade já gera uma quantidade impressionante de informação, no futuro a tendência é que ela seja ainda maior. Em 2015, aproximadamente 7.910 exabites de dados foram produzidos no mundo. Um exabite equivale a um quintilhão de bites. Em termos mais concretos, se um exabite fosse gravado em DVDs e estes fossem armazenados em um avião Boeing 747, seriam necessárias 13.513 aeronaves para se guardar todos os discos. Então, para armazenar DVDs contendo 7.910 exabites de dados, seriam necessários aproximadamente 106 milhões de Boeings 747 (KUNER, CATE, *et al.*, 2012).

Um estudo realizado pela empresa sueca Ericsson mostra que 3,9 bilhões de pessoas estão conectadas à internet por meio de algum dispositivo móvel, que geram dados incessantemente. Em 2022, este número subirá para 6,1 bilhões. Em 2018, espera-se que o número de celulares conectados à internet seja ultrapassado pelo número de outros objetos com a conexão, a chamada Internet das Coisas (*Internet of Things – IoT).* Em 2022, serão 29 bilhões de objetos conectados à rede, sendo 18 bilhões relacionados à IoT (ERICSSON, 2016).

Em outubro de 2017, foi publicado um estudo sobre IoT no Brasil liderado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) em parceria com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) e realizado pelo consórcio McKinsey, Fundação CPqD e Pereira Neto Macedo Advogados. Nele, estima-se que a IoT tenha um impacto de até 11% do PIB mundial em 2025. Isso representaria um impacto econômico anual no Brasil de até 200 bilhões de dólares em 2025 (BNDES, MCTIC, 2017).

A Internet das Coisas diz respeito a objetos, que não o celular, conectados à internet e/ou conectados entre si. As implicações são infinitas e alguns resultados já se mostram muito promissores. Na agricultura, sensores espalhados pela lavoura permitem a coleta de informações sobre cada planta, otimizando enormemente o uso de recursos. Temperatura, umidade, pH, luminosidade, nível de irrigação e outros tantos dados são coletados muda a muda possibilitando a redução em 98% da quantidade de agrotóxicos utilizados (MICROSOFT, 2017). Um sensor criado por cientistas brasileiros permite diminuir em 70% o uso de água na lavoura com ganho de 40% de produtividade (AGROSMART, 2017) (SOCIEDADE NACIONAL DA AGRICULTURA, 2014).

Em Lagos, na África, o sistema de IoT da Microsoft permite o gerenciamento da rede de energia de comunidades isoladas, por meio de controle remoto. Painéis captam energia solar, que carregam baterias portáteis. Sensores conectados à internet formam uma rede remota com todas as baterias, permitindo a otimização do sistema, sendo possível prover energia a essas comunidades, que antes eram desprovidas de qualquer fonte energética. Hospitais e escolas estão sendo abastecidos desta forma, evitando o uso de energia gerada por combustíveis fósseis e melhorando a qualidade de vida da população local, que agora tem, por exemplo, acesso a água potável pelo uso de bombas elétricas (MICROSOFT, 2017).

Veículos conectados à internet permitem a coleta de informações em tempo real sobre trânsito, também sendo possível conectar toda a rede de transporte público. Desta forma, é possível fazer desvios de trânsito que diminuam engarrafamentos, assim como disponibilizar mais vagões de metrô para regiões com mais necessidade de forma muito mais rápida (CISCO, 2017).

Na saúde, o monitoramento das condições físicas em tempo real pode diminuir consultas médicas desnecessárias, assim como alcançar diagnósticos mais precisos não apenas do indivíduo, como também de populações inteiras. Os estudos que hoje são feitos com dez mil pacientes, podem ser conduzidos com dados muito mais precisos de milhares de pessoas ao mesmo tempo (IBM, 2017).

Isso tudo só é possível graças ao surgimento e utilização simultânea de várias tecnologias diferentes e complementares. Inteligência artificial, *machine learning*, redes neurais e outras tecnologias, se juntam à internet e, principalmente, ao *Big Data* para promover as intensas mudanças que a humanidade está presenciando praticamente todos os dias. Ocorre que essa junção não é fácil de acontecer. Primeiro, é necessário que haja dados a serem coletados. Para que isso ocorra, deve ser possível buscar essas informações e armazená-las, o que demanda uma grande quantidade de memória computacional e uma infraestrutura robusta para a transmissão da informação. Até o fim dos anos 1990, o preço dos componentes desta infraestrutura - circuitos eletrônicos, cabos de fibra ótica e outros – era muito alto. Com o *boom* das empresas de internet, uma avalanche de investimentos em empresas de cabos óticos fez com que os preços para transmissão de dados despencassem (FRIEDMAN, 2014).

Uma vez gerado e transmitido o dado, é preciso filtrá-lo e analisá-lo. Em trinta minutos, por exemplo, um avião pode produzir mais informações que um homem consegue analisar em toda sua vida. Obviamente, o ser humano não consegue processar essa quantidade de dados apenas com sua capacidade cognitiva. Nem mesmo um computador comercial consegue processar tamanha gama de dados. O que permite essa filtragem é a capacidade de processamento de dados existente, que aumenta ano a ano. De acordo com a Lei de Moore, a cada 18 meses, aproximadamente, a capacidade computacional de um processador comum dobra (KUNER, CATE, *et al.*, 2012).

A grande virada ocorre quando surge o *Big Data*, que é existência de três variáveis simultaneamente: alta velocidade de processamento, grande volume de dados e ampla variedade de fontes de pesquisa. Como visto, o primeiro aumenta ano a ano, o segundo é possível graças à vasta infraestrutura disponível a preços baixos e o terceiro se tornou realidade com a Internet das Coisas (OLIVEIRA, 2018).

Some o *Big Data* à Inteligência Artificial e é possível utilizar os dados passados para fazer análise futuras, surgindo então o grande salto econômico. Com o

uso de algoritmos complexos, os computadores aprendem a vasculhar dados, descartar o que não é útil, encontrar padrões e prever comportamentos póstumos. Mais ainda, as máquinas aprendem a tomar estas decisões sozinhas, sem que sejam programadas para isso, o que se chama de *machine learning.* Uma das formas de se conseguir isso é por meio de *reinforcement learning*, quando se dá uma tarefa à máquina junto com uma base de dados robusta usada para treinamento. A máquina começa, no exemplo do jogo Go, a comparar cada jogada com o que é classificado na base de dados como movimentos bem-sucedidos. A cada interação, a máquina aprende o que a faz se aproximar do objetivo e, por meio de tentativas e erros infinitos, ela acaba criando jogadas melhores que as humanas. Quanto maior a capacidade de processamento de dados da máquina, mais rápido ela aprende (SAMPLE, 2017).

Um grande avanço ocorre quando a inteligência artificial consegue aprender mesmo sem um objetivo claro ou sem uma base de dados anterior, como ocorreu com o AlphaGo Zero. Neste caso, o sistema começou a rodar com uma rede neural que sabia apenas as regras básicas do jogo. A AI começa a jogar contra si mesma, combinando a rede neural com um poderoso algoritmo de busca. À medida em que vai jogando, a rede neural vai se ajustando e aprendendo a prever os movimentos. A cada interação, o sistema aprende um pouco mais, se tornando cada vez mais robusto. A AI fica limitada apenas à sua capacidade de processamento de dados e não mais ao conhecimento humano. Em quarenta dias, não apenas o AlphaGo Zero acumulou todo o conhecimento humano sobre o jogo como desenvolveu novos movimentos e estratégias até então desconhecidos (DEEPMIND, 2017).

Para Ram Charan, consultor de empresas como GE, KLM e *Bank of America*, dados são o petróleo do século XXI (CHARAN, 2017). Assim como há interesses privados, públicos e geopolíticos em torno do petróleo, também há disputas por trás dos dados. O valor comercial destas informações é quase inestimável; o Google, especializada em coleta de dados, em 2015 registrou lucro líquido de US$ 75 bilhões, sendo US$ 67,4 bilhões em propaganda. Ao cruzar diversos dados de seus

usuários, a empresa consegue fazer com que os anúncios que chegam até eles sejam mais efetivos que qualquer outro tipo feito em outras mídias, trazendo mais retorno financeiro ao anunciante (BBC BRASIL, 2016).

Os alertas sobre os desdobramentos no futuro dessas novidades, no entanto, não são poucos. A ONU criou o Centro para Inteligência Artificial e Robótica em 2016 como forma de monitorar os avanços e alertar e conscientizar a população acerca dos riscos envolvidos (ONU, 2017). A ameaça de desemprego em massa é um dos problemas levantados não apenas pela organização, como por diversos especialistas tanto em mercado de trabalho como em inteligência artificial ao redor do mundo. Estima-se que, apenas no Reino Unido, 30% dos postos de trabalho irão desaparecer em uma velocidade preocupante, de acordo com estudo realizado pela consultoria PwC. Quanto menos qualificação o posto exige, maior a probabilidade de no futuro ele ser preenchido por robôs, e quanto mais mão-de-obra desqualificada o país utiliza, mais vulnerável está sua sociedade (PWC, 2017).

O fim da privacidade é outro dos problemas a se enfrentar, uma vez que a tecnologia caminha para a interconexão de tudo (carro, geladeira, TV, computador, caminhões, robôs, câmeras de segurança, processos judiciais, etc.), gerando a coleta instantânea e maciça de dados, que serão – e já são – analisados pela inteligência artificial. Uma das "novidades" neste campo foi a criação de um algoritmo capaz de identificar, apenas por fotos, se uma pessoa é ou não homossexual, com uma taxa de acerto média de 85%. Em países onde a homossexualidade é crime, a tecnologia poderia ser usada para prender e até mesmo matar pessoas (WANG e KOSINSKI, 2017).

Percebe-se que a segurança desses dados é uma questão fundamental a ser tratada. Se por um lado, é possível imaginar uma verdadeira revolução graças ao uso destas informações - muitas das quais pessoais e sensíveis –, por outro há de se perguntar quem irá coletar esses dados, onde serão armazenados, quais empresas – ou governos – terão acesso a eles (BNDES, MCTIC, 2017). De acordo com relatório da UNCTAD, estabelecer confiança no ambiente virtual é vital para que as

oportunidades que estão surgindo com a economia da informação sejam desenvolvidas em sua totalidade (UNCTAD, 2016)

Ao redor do mundo, a coleta e uso de dados tem despertado preocupação. Muitos países não regulam a matéria e há uma questão que adiciona ainda mais complexidade à discussão: o armazenamento de dados na nuvem (*cloud computing*) gera conflitos frequentes de jurisdição. Essa falta de segurança cria incertezas tanto nos usuários quanto nas empresas, o que tem o condão de diminuir o desenvolvimento econômico (UNCTAD, 2016).

Exemplos de mau uso de dados pessoais por empresas se proliferam. Em novembro de 2016, uma atualização de rotina no aplicativo Uber passou a forçar os usuários a compartilhar sua localização com a empresa mesmo após o usuário encerrar o uso do *software*. Para utilizar o aplicativo, ou o usuário concordava com os termos de uso que permitiam o rastreamento, ou não poderia utilizá-lo. Na prática, a empresa estava rastreando todos os seus usuários por cinco minutos após o fim da corrida, coletando dados sobre o cotidiano da pessoa sem que ela pudesse discordar e muitas vezes sem que ao menos ela soubesse que isto estava acontecendo. Após fortes protestos de usuários e advogados, a empresa acabou com essa funcionalidade em agosto de 2017 (GIBBS, 2017).

Nos Estados Unidos, empresas especializadas em montar bancos de dados sobre pessoas para serem utilizados por empresas financeiras para cálculo de risco de crédito foram flagradas usando informações muito mais amplas que as divulgadas. Usuários tinham informações sensíveis como o consumo de álcool, orientação sexual e ocorrências policiais sendo utilizadas para definir seu risco de inadimplência sem que soubessem ou dessem permissão (OLIVEIRA, 2018).

Há ainda questões de segurança nacional, pois tudo que está conectado à rede pode ser atacado. Se toda a infraestrutura de um país está interligada, então toda ela pode ser *hackeada*. O mesmo vale para casas, órgãos do governo e empresas. Um exemplo de ataque ocorreu em 2017, com o *ransomware WannaCry*, utilizado para

atacar centenas de milhares de computadores em mais de 150 países em apenas um final de semana, possibilitando que os dados de milhões de pessoas fossem roubados ou sequestrados de uma só vez (MICROSOFT, 2017). O ataque paralisou os Tribunais de Justiça de São Paulo, Espírito Santo, Minas Gerais, Roraima, Sergipe e todas as agências do INSS foram afetadas. No Reino Unido, hospitais públicos tiveram de ser fechados e cirurgias foram canceladas, pois os computadores tinham sido "sequestrados" e não era possível acessar prontuários. Dispositivos do mundo todo foram afetados e milhões de dados foram roubados (KASPERSKYLAB, 2017).

A segurança de dados é assunto tão importante que no final de 2016 foi criado no Brasil o Comando Conjunto de Defesa Cibernética, que reúne oficiais das três forças armadas nacionais. De acordo com o Ministério da Defesa, sua missão é planejar, orientar, coordenar e controlar as atividades operativas, doutrinárias, de desenvolvimento e de capacitação no âmbito do Sistema Militar de Defesa Cibernética, sendo este seu órgão central, com o objetivo de assegurar o uso efetivo do espaço cibernético pelas Forças Armadas brasileiras e impedir ou dificultar sua utilização contra interesses da Defesa Nacional (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2017).

Aprovada em dezembro de 2017, a Estratégia Nacional de Inteligência define o *Big Data* e as técnicas de análise de bancos de dados extensos (*analytics*) como uma das maiores oportunidades apara a atuação dos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Inteligência (SISBIN), entre eles a Abin, a Polícia Federal, o Ministério da Justiça, entre outros. Por outro lado, no mesmo documento, ataques cibernéticos estão entre as principais ameaças ao Estado Democrático de Direito e à segurança nacional (BRASIL, 2017).

A possibilidade de roubo de dados é preocupante, mas outro aspecto da IoT também chama a atenção: a possibilidade da vigilância em massa de cidadãos por parte do governo. O site Wikileaks, especializado em vazamento de documentos governamentais confidenciais, divulgou 8.761 documentos da *Central Intelligence Agency* (CIA) que descrevem técnicas de *hacking* e vigilância de cidadãos, norte-americanos inclusive. Alguns dos documentos descrevem uma técnica para invadir

aparelhos de televisão (TV) que possuam conexão com a internet e câmera de vídeo, dando ao órgão governamental acesso à toda atividade que se passar no cômodo onde se encontra o aparelho (MACASKILL, 2017).

Além da questão da privacidade, a evolução da inteligência artificial também vem sendo tratado com cuidado pela comunidade internacional. Em janeiro de 2017, uma série de especialistas assinaram uma carta aberta em que estabelecem padrões para a pesquisa sobre inteligência artificial, convocando os governantes do mundo todo a agirem para protegerem as sociedades. Pessoas como o físico Stephen Hawking, o cofundador da Apple Steve Wozniak, o criador da Microsoft Bill Gates, o CEO da Tesla Elon Musk, e pesquisadores de Harvard, Stanford, Berkeley, MIT, Cambridge, além de desenvolvedores de empresas como Google e Facebook, entre outros, assinam a carta e alertam que, deixadas à regulação pelo livre mercado, as novas tecnologias têm tudo para acabar com a raça humana (RUSSELL, DEWEY e TEGMARK, 2017).

Em uma segunda carta aberta, Elon Musk e Mustafa Suleyman, cofundador da *DeepMind*, em conjunto com outros 116 pesquisadores, solicitam que a ONU faça algo para banir as armas autônomas, como *drones*, tanques e metralhadoras que usam inteligência artificial e que já estão em desenvolvimento. De acordo com o documento, uma vez empregadas em larga escala, essas armas levarão a guerras em escala jamais vista. Vale lembrar que estas armas não precisam de nenhuma interação com o homem para decidir quem matar (GIBBS, 2017).

A primeira carta traz uma série de questões a serem tratadas por diversos segmentos, inclusive pelo Direito. Responsabilidade civil e penal de veículos autônomos, políticas públicas para maximizar os bons resultados e mitigar riscos da AI, ética para profissionais da área da computação e engenharia, questões sobre privacidade e sobre armas autônomas estão entre as propostas. É preciso enfatizar que toda tecnologia pode ser usada para o bem ou para o mal, quem faz essa escolha é o homem. A questão que se levanta é que, com a singularidade se aproximando,

teme-se que o homem não mais participará dessa decisão, pelo menos não como hoje (RUSSELL, DEWEY e TEGMARK, 2015).

A chegada da singularidade é praticamente consenso (KRUPAR, 2017). O termo, emprestado da física, descreve o momento em que situações tão extremas ocorrem que nenhuma equação consegue descrevê-las, o que acontece, por exemplo, nos buracos negros, onde a densidade infinita leva as equações existentes a gerar resultados absurdos. A singularidade na tecnológica designa o momento em que o próximo avanço tecnológico será tão grande, que tenderá ao infinito e deixará a capacidade cognitiva humana completamente obsoleta (KENSKI, 2016).

Se há um entendimento majoritário sobre a chegada da singularidade, o mesmo não pode ser dito sobre como enfrentar a revolução que o evento produzirá. Não se sabe nem mesmo quais serão seus desdobramentos, mas já se pode ter um vislumbre. No final de julho de 2017, o Facebook encerrou um projeto de AI depois que o robô começou a falar consigo mesmo em uma língua derivada do inglês, mas que apenas ele entendia. Ou seja, o robô, que havia sido desenhado para conversar com usuários, aprendeu uma forma mais "rápida" para estabelecer uma comunicação e criou uma nova língua, que nenhum engenheiro entendia. Antes que o robô começasse a se desviar demais do propósito para que foi construído, a equipe de inteligência artificial da empresa o desligou (KRUPAR, 2017).

O que se pode perceber logo de pronto é que a humanidade está diante de uma nova revolução, como afirma Manuel Castells. Novas situações surgirão das novas tecnologias em velocidade espantosa. Não se tem certeza sobre o que irá ocorrer, mas é unanime a percepção de que o final do século XXI em nada parecerá com seu início (CASTELLS, 1999).

Claramente, as tecnologias da comunicação e informação (TCI's), trazem muitos desafios ao sistema jurídico de qualquer país. Questões como a segurança de dados, responsabilidade civil e criminal pelo uso destes dados assim como pelos *software*s de inteligência artificial, conflitos de jurisdição entre países entre tantos

outros temas, serão cada vez mais corriqueiros no dia a dia, e além disso, novas questões irão surgir com cada vez mais frequência e em velocidade cada vez maior. No caso do uso de dados, uma antiga questão se torna cada vez mais sensível: o equilíbrio entre privacidade e segurança. Para onde se olhe, novos desafios estão sendo propostos diariamente ao Direito. Neste contexto, é preciso entender quais são os atores envolvidos na eventual regulação – ou na defesa da não regulação – sobre temas relacionados às novas tecnologias, pois quais instituições darão respostas a essas questões é que moldará o futuro.

3 O CÓDIGO E SUA FORÇA REGULADORA

A tecnologia não é boa, não é ruim, mas nunca é neutra e sempre tem um aspecto regulatório embutido em si (KOOPS, 2007). Sempre foi assim e um exemplo muito claro disto é a fissão atômica, base tanto para a bomba nuclear como para reatores que geram eletricidade. A humanidade é composta por seres humanos diferentes entre si, que formam grupos de interesses mais ou menos coesos, cada qual defendendo seu ponto de vista (PZREWORSKI, 2010). Para alguns, produzir bombas atômicas é questão de segurança nacional, afinal, nada mais justo que um povo tenha condições de se defender de outros países que já tenham a tecnologia. Para outros, o simples fato de uma nação possuir tal arma já desestabiliza o sistema internacional por completo, então o desenvolvimento de qualquer tecnologia atômica deve ser evitada a todo custo. O Brasil, por exemplo, defende uma posição intermediária, em que o veto ao uso da energia nuclear com fins armamentistas não pode se tornar obstáculo para a pesquisa e seu desenvolvimento com fins pacíficos (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2018).

Desta forma, mais atenção é dada a cada posição a depender da relação entre os grupos de poder. Ora há maior restrição ao uso de energia nuclear, ora há menor, e assim acontece com todo e qualquer tema de interesse humano, em especial quando a discussão ocorre em democracias. Com as tecnologias da informação,

acontece o mesmo. Diferentes grupos defendem diferentes posições, uns pela maior regulação outros pela menor (SCHULZ e DANKERT, 2016).

O que muda com as chamadas TIC's (tecnologias da informação e comunicação) é o poder regulatório embutido nelas mesmas. Uma bomba atômica não tem a capacidade de forçar, por si só, nenhuma pessoa a fazer nada. Um povo pode jogar uma bomba sobre outro e ambos continuarem em guerra, sem que uma parte ceda à outra. Com *softwares* e algoritmos a situação é diferente. Comportamentos podem ser de fato impossibilitados ou forçados (KOOPS, 2007).

Ao se incorporar a criptografia no WhatsApp, por exemplo, o trabalho de investigação policial tradicional, por meio de interceptações de comunicação, é impossibilitado, alterando profundamente os meios de persecução penal (COSTA, 2016). Na telefonia tradicional, há a presunção de privacidade das conversas, que só pode ser violado mediante autorização judicial. Percebe-se que a privacidade é a regra, mas há a possibilidade de uma exceção, qual seja, a escuta telefônica (BRASIL, 1996). Já no WhatsApp, a criptografia em sua forma atual impossibilita qualquer forma de interceptação de conversas, mesmo que o Estado a determine por meio de uma decisão judicial (COSTA, 2016). Ainda que haja meios alternativos para a realização de investigação policial, como a infiltração de agentes em grupos de conversas, um algoritmo criado por uma empresa privada alterou profundamente a forma como o Estado pode realizar seu trabalho policial (PARANÁ, 2017).

Exemplos de como a tecnologia consegue determinar comportamentos humanos abundam. Quando o Facebook cria filtros para eliminar conteúdo "danoso" do site, o que ocorre na prática é a censura feita por fórmulas matemáticas, resultando em excrescências como a proibição da publicação da famosa foto da garota correndo nua após ter sido atingida em um ataque com napalm na Guerra do Vietnã. O filtro, que deveria retirar do ar fotos de nudez infantil, acabou por censurar um dos registros fotográficos mais importantes da referida guerra (WONG, 2016).

Um outro exemplo chama ainda mais a atenção: *software*s estão sendo usados para fazer a dosimetria da pena em cortes norte-americanas. Em um recente caso concreto, *State vs. Loomis*, uma corte do Winsconsin, nos Estados Unidos, utilizou um algoritmo – desenvolvido por uma empresa privada – que mede a probabilidade de um indivíduo se tornar reincidente para calcular sua pena. Em 2013, Eric Loomis foi denunciado por cinco crimes relacionados a um tiroteio. O réu alegou inocência em três dos crimes e confessou os outros dois, de menor potencial ofensivo: não obedecer a ordem de parada de oficial de trânsito e dirigir sem licença (HARVARD LAW REVIEW, 2017).

Loomis foi condenado e, no momento de dosar sua pena, o Departamento de Correções de Winsconsin utilizou o *software Compas*, que determina a probabilidade de uma pessoa se tornar reincidente com base nos dados de sua ficha criminal e de uma entrevista que o condenado é obrigado a responder. Apenas o percentual de probabilidade de reincidência é entregue à Corte, já que o *software* é protegido por direitos autorais. Como exatamente o algoritmo chega ao percentual específico não é revelado nem às partes, nem à Corte (HARVARD LAW REVIEW, 2017).

No caso de Loomis, o *Compas* determinou que ele apresentava alto risco à sociedade e sua pena foi majorada. Em sede de recurso, a Suprema Corte de Winsconsin determinou que todo o procedimento era legal e que não havia nenhum comprometimento da defesa, uma vez que o algoritmo utilizou apenas dados públicos para fazer sua avaliação. O caso criou muita polêmica nos Estados Unidos uma vez que uma das principais perguntas sobre o processo decisório do algoritmo não foi respondida: o sexo e a raça do réu tiveram algum peso na avaliação? Se tiveram, isso não seria errado, pois colocaria sobre uma pessoa o fardo do comportamento de outros? (HARVARD LAW REVIEW, 2017)

Estudos mostram que, nos Estados Unidos, a pena média dada a negros é maior que a média dada a brancos pelos mesmos crimes. Além disso, negros são considerados como de alto risco para a sociedade duas vezes mais que brancos,

considerando apenas as pessoas que não reincidiram. Desta forma, ao utilizar uma base de dados impregnada de preconceitos, muito provavelmente algoritmos irão reproduzir estes pré-julgamentos e talvez legitimá-los, uma vez que os resultados são produzidos por máquinas, que são supostamente imparciais. Por outro lado, utilizados de forma criteriosa, algoritmos podem realmente retirar o preconceito humano da equação, ajudando o homem a tomar decisões mais justas (HARVARD LAW REVIEW, 2017).

No Brasil, há um caso interessante que ressurge a cada dois anos: a possibilidade de fraude nas urnas eletrônicas utilizadas nas eleições. Diego Aranha, professor da Unicamp, coordenou em 2012 um grupo de pesquisadores independentes convidados pelo governo para detectar possíveis falhas no *software* utilizados pelas urnas. De acordo com o pesquisador, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) impôs uma série de restrições sobre quais sistemas poderiam de fato ser investigados (a identificação biométrica, por exemplo, não pôde) e sobre quais pessoas podiam participar das auditorias, inclusive por questões de segurança nacional. Aranha foi um dos poucos pesquisadores independentes que participaram do processo e relata ter encontrado diversas falhas, como a possibilidade de descobrir a ordem e o horário de votação, potencialmente infringindo o sigilo de voto, além de ter encontrado o segredo de proteção do *software* inserido em seu código-fonte, o que facilita sobremaneira ataques contra o sistema (ARANHA, KARAM, *et al.*, 2014). Aranha, após participar destes testes, trabalha atualmente em conjunto com outros pesquisadores para desenvolver um *software* para urnas eletrônicas na Unicamp (PAYÃO, 2017).

Como este exemplo, outros se multiplicam. A Universidade MIT, dos Estados Unidos, conduz um estudo chamado de *Moral Machine*, sobre a responsabilidade de carros autônomos. Quando um humano provoca um acidente de trânsito, a forma de responsabilização é muito clara. O mesmo não ocorre com os carros autônomos. Em uma situação, por exemplo, em que o carro deve decidir se mata os ocupantes ou os pedestres – pois invariavelmente um dos dois fatos irá

acontecer – percebe-se um claro dilema ético. A pesquisa mostra que as pessoas acreditam ser mais correto, em um nível hipotético, que carros autônomos privilegiem aqueles que seguem as leis. No entanto, quando perguntadas quais carros elas estariam mais propensas a comprar, as mesmas pessoas preferem aqueles que protegeriam elas mesmas (MIT, 2017).

Quando esta decisão deve ser tomada por uma pessoa, em geral não se questiona como ela foi feita. O indivíduo deve reagir em milésimos de segundos e decidir se mata outros ou desvia o carro, bate em um muro e potencialmente morre. Este tipo de conflito, onde é preciso escolher o menor de dois males, costuma ser resolvido mais por princípios e valores que pela lei em si. Neste caso, seria razoável exigir de um homem médio que ele se matasse para salvar outros? (SCHULZ e DANKERT, 2016)

Já quando uma máquina toma esse tipo de decisão, a situação é mais complexa. Ou a máquina tem uma base de dados que a leva a escolher determinada opção (matar os pedestres se eles estão atravessando no sinal vermelho, por exemplo) ou a máquina decide sozinha o que fazer, por meio de redes neurais (O'NEIL, 2016). Caso a máquina utilize uma base de dados, o ser humano é quem decidiu, *ex ante,* o que deverá ser feito. Quem deverá morrer entre a criança e o idoso, entre o pobre e o rico, entre o obeso e o magro, entre quem respeita as leis e quem não respeita. A máquina apenas obedece ao comando anteriormente dado, que é definido apenas pela empresa que desenvolve o algoritmo. No entanto, o *software* pode utilizar uma rede neural que é desenvolvida justamente para aprender sozinha, sem a interação com o homem, e fazer escolhas que nem mesmo os engenheiros desenvolvedores sabem como foram feitas (TASHEA, 2017) (O'NEIL, 2016).

Fica claro, então, que um poder muito grande de regulação do comportamento humano está nas mãos de empresas e de engenheiros que desenham algoritmos amplamente utilizados pela humanidade. É importante frisar que, assim como toda invenção humana, as TIC's obedecem ao desenho elaborado por pessoas. O WhatsApp pode ou não ter criptografia ponta a ponta. O Facebook pode ou não

eliminar conteúdo que julgar impróprio. A empresa pode muito bem ser forçada a esclarecer quais critérios foram utilizados para definir que certas pessoas têm maior chance de reincidir que outras. Por mais que haja uma sensação de um certo *determinismo tecnológico* na atualidade, ou seja, de que o avanço tecnológico é inevitável, na realidade, todo o desenvolvimento ocorrido até hoje decorre do esforço humano e, como tal, é sujeito à vontade do homem (LESSIG, 2006).

Se a Bolsa de Chicago anuncia que irá negociar contratos futuros de Bitcoin, a criptomoeda acumula valorização de 1.500% em onze meses, de janeiro a novembro de 2017 (TEMÓTEO, 2017). Já se a China decide restringir operações com esse tipo de ativo, a desvalorização bate os 70% em uma semana, retirando o equivalente a quase 2 trilhões de reais de circulação no mundo todo (RIZÉRIO, 2018). Há, portanto, uma decisão humana ocorrendo, seja para fomentar a tecnologia, seja para impedi-la (SCHULZ e DANKERT, 2016).

Sendo assim, é democrático que algumas centenas de pessoas definam a vida de milhões de outras sem nenhuma possibilidade de monitoramento? Atualmente, a esmagadora maioria dos algoritmos utilizados diariamente por populações inteiras é impossível de ser auditada. O primeiro obstáculo encontra-se nas leis que protegem direitos autorais e que autorizam as empresas a não revelarem seus segredos industriais e, portanto, seus códigos-fontes. É importante ressaltar que as essas leis são as mesmas que permitem, por outro lado, que as empresas cresçam e tragam desenvolvimento econômico. O equilíbrio a se encontrar aqui não é simples (O'NEIL, 2016).

Ocorre que, mesmo que os algoritmos fossem disponibilizados para o público, em vários casos não é possível fazer a chamada “engenharia reversa” para que o ser humano entenda exatamente como a máquina chegou àquela conclusão. Como exemplo, há o caso de uma professora de Washington, nos EUA, que foi demitida em razão de uma análise realizada por um *software*, criado especificamente para tal tarefa. Sarah Wysocki, mesmo tendo avaliações sempre muito positivas de colegas, pais e superiores, acabou tendo seu desempenho classificado pelo algoritmo

como insatisfatório. Ao questionar a decisão junto à empresa, descobriu que nem mesmo os engenheiros que fizeram o programa sabiam dizer quais dados tiveram maior peso para se chegar ao dito resultado. Havia a desconfiança de que as avaliações positivas que ela constantemente recebia tiveram bem menos impacto que outros dados colhidos, mas não era possível determinar isso com certeza (O'NEIL, 2016).

Cathy O'Neil, matemática formada em Harvard com extensa experiência em *Big Data* e algoritmos, afirma que grande parte dos *softwares* criados por pequenas e médias empresas tem um defeito grave, o chamado *feedback loop*, um processo que acaba por reforçar a aplicação de dados inconsistentes. Quanto mais o *software* "roda", mais ele cria distorções. Ela cita, em contraste, o Google, que consegue testar e monitorar centenas de variáveis diferentes, dado o alcance da empresa. Lá, os engenheiros podem mudar a cor dos anúncios, torná-los visíveis para dez milhões de pessoas, comparar os resultados com a cor anterior e concluir qual cor obteve mais visualizações. Por ser feito com centenas de milhares de pessoas e dados, esse *feeback* faz com que os algoritmos de busca do Google sejam constantemente afinados (O'NEIL, 2016).

Enfatize-se que, mesmo no Google, não é possível para quem está de fora entender como alguns dos algoritmos funcionam. Isso não é possível nem mesmo para os próprios engenheiros, em alguns casos. Especialistas em computação chamam esse efeito de *black box:* uma vez desenhado o código, não é possível saber o que sairá dele. Como uma verdadeira caixa-preta, o homem só controla a escrita do código. Quais dados serão utilizados, em qual ordem, com qual peso e qual será a conclusão são tarefas da máquina (O'NEIL, 2016).

Se o código – ou algoritmo – tem o poder de definir comportamentos, é natural em uma democracia assumir que cada pessoa que o utilize tenha direito de entender seu funcionamento. Também é natural concluir que cada pessoa tenha o direito de saber quais de seus dados estão sendo coletados, por quem, para serem entregues para qual empresa ou qual governo. Como estes dados estão sendo

utilizados para, por exemplo, calcular seu risco de crédito ou o preço de sua apólice de seguro saúde. Mas não é isso que ocorre. Além de protegidos por leis que asseguram segredos comerciais e de não serem previsíveis, os algoritmos ainda são extremamente opacos (O'NEIL, 2016).

Uma questão levantada diante desta falta de transparência é que se a pessoa não concorda com a forma que a empresa trabalha, basta que ela não compre seu produto. Se os filtros utilizados pelo Facebook parecem censura, basta não utilizar a rede social. Essa regulação feita pela sociedade tende a funcionar em vários casos, mas em outros, não. Muitas vezes, até que ela funcione, diversas pessoas já sofreram majoração de suas penas de forma indevida e países viram suas eleições manipuladas por robôs de redes sociais (FARIS, ROBERTS, *et al.*, 2017).

Com os algoritmos se tornando ferramentas cada vez mais poderosas para definir e limitar comportamentos humanos, é preciso fazer uma distinção entre eles e outra forma de regulação: as leis. A diferença fundamental entre estas e a tecnologia enquanto forças de regulação do comportamento humano é que as leis definem apenas como as pessoas *deveriam* se comportar, sendo sua força de aplicação apenas psicológica (KOOPS, 2007). As leis moldam o comportamento por meio de sanções, mas não impedem a ação. Caso uma pessoa mate a outra, ela será punida, mas em momento algum a lei restringe ou impede fisicamente o crime. A lei, portanto, não retira *a priori* a liberdade humana (LESSIG, 2006).

Já o código consegue efetivamente limitar o campo de atuação das pessoas, como uma espécie de cabresto. O comportamento humano pode ser completamente inviabilizado por um *software*, muito embora o código em si não tenha passado por nenhum processo ou crivo democrático (LESSIG, 2006). A lei que define que pessoas reincidentes devem receber penas mais longas foi aprovada pelo Parlamento e é, portanto, democrática. Enquanto isso, o programa de computador que calcula que uma pessoa tem mais chances que outra de reincidir sequer é transparente (KOOPS, 2007).

A maior função das leis é integrar a sociedade, mitigando potenciais conflitos e azeitando a máquina social. A única forma de sistemas de interação social não afundarem em conflitos e caos é por meio da adesão a um conjunto de normas legítimas passíveis de serem interpretadas e aplicadas. Além disso, um ordenamento jurídico traz certa estabilidade social ao reduzir a complexidade daquele conjunto de pessoas. As ações passam a ser "legais" ou "ilegais" e cria-se um meio para a solução de conflitos. Leis democraticamente aprovadas são, portanto, fundações para a sociedade ocidental moderna (SCHULZ e DANKERT, 2016).

Uma característica importante das leis é que elas possibilitam a interpretação, transformando-as conforme o tempo passa. A sociedade vai aos poucos, a cada entendimento sobre suas normas, consolidando seu ordenamento. Interpretar as normas é parte do processo de construí-las. O código não permite isso. Há muito pouco espaço para correções feitas pela sociedade, a maior parte é feita pelos desenvolvedores. A diferença é bastante grande. Definido em outras palavras, o código tem o potencial de erodir a liberdade humana (SCHULZ e DANKERT, 2016).

Pzreworski lembra que a liberdade é mais que a base da democracia. Ela é *tudo.* A perda da liberdade seria um desastre. O cientista político faz uma distinção entre liberdade política e liberdade filosófica, como proposto anteriormente por Montesquieu. A última seria o exercício das vontades individuais. A primeira, a sensação de segurança trazida pela aplicação de leis, de forma que uns não temam aos outros. Esta liberdade só é possível quando o poder é dividido, do contrário, instala-se uma tirania. O grande desafio é equilibrar ambas, já que em geral, o aumento de uma implica a diminuição da outra (PZREWORSKI, 2010).

Como os *softwares* podem impor restrições, promover comportamentos e direcionar as pessoas, eles acabam assumindo funções de leis, mas sem obedecer a princípios democráticos. Desta forma, códigos escritos por empresas privadas acabam criando uma mudança na balança de poder, uma vez que a regulação passa a ser feita cada vez mais por atores privados, sem muita possibilidade, atualmente, de

divisão deste poder por meio de instrumentos como a auditoria, por exemplo. Lawrence Lessig em 2006 alertava que isso poderia significar um determinismo tecnológico imposto por algumas pessoas, apenas aquelas que compusessem o corpo diretivo de empresas de tecnologia (SCHULZ e DANKERT, 2016).

O mesmo fato pode ser analisado sob diferente perspectiva: códigos podem transformar leis normativas em leis constitutivas. As primeiras são normas que deixam espaço para a liberdade pessoal: a lei pode determinar que se use cinto de segurança e a polícia pode multar quem não usar, mas ultimamente é o motorista quem decide se usa ou não o aparato. Leis constitutivas, no entanto, não permitem qualquer tipo de discricionariedade. Neste exemplo, um *software* pode simplesmente impedir que o motor do carro seja acionado enquanto o cinto de segurança não estiver afivelado (SCHULZ e DANKERT, 2016).

Desde sempre, há nas sociedades o equivalente físico dos algoritmos, o que Lessig chama de "arquitetura". Caso uma prefeitura queira limitar o acesso de caminhões em determinada rua da cidade, basta que seja construído um viaduto com altura baixa e, os veículos mais altos que ele, não conseguirão acessar tal rua. Se a mesma coisa for feita por atores privados sem autorização, há instituições com poder para forçar a demolição do viaduto. Desta forma, instituições legitimamente constituídas conseguem colocar em prática as leis aprovadas de forma democrática (SCHULZ e DANKERT, 2016).

O que os algoritmos têm feito é deslocar de certa forma o centro de poder para mais perto de empresas e para mais longe do setor público (SCHULZ e DANKERT, 2016). Um ponto central da discussão é a velocidade inversamente proporcional dos avanços tecnológicos em comparação com a capacidade das instituições democráticas, por exemplo, o Congresso Nacional, de conseguirem regular essas novas tecnologias. O sistema democrático pressupõe negociação entre diversos atores com diferentes interesses, o que demanda tempo (PZREWORSKI, 2010). Inovações, por outro lado, não esperam. Na realidade, várias das novas tecnologias surgem justamente por conta da falta de regulação de determinado

mercado enquanto legisladores discutem sobre o assunto. Desta forma, o que ocorre na prática é que as inovações surgem e se consolidam antes mesmo que o Estado tenha iniciado a discussão sobre ela (COSTA NETO, 2018).

Há autores que afirmam que a democracia atual não consegue regular as novas tecnologias. Lawrence Lessig, por exemplo, defende que a melhor forma de regular as novas tecnologias é por meio delas mesmas. Muito embora as leis continuem sendo necessárias, para o professor o modo tradicional de criação de leis pelo processo democrático, por meio do Parlamento, é muito lento e não consegue dar respostas às necessidades muitas vezes urgentes que as novas tecnologias trazem. Para se proteger contra a erosão de privacidade, por exemplo, seria muito mais eficaz utilizar *softwares* de proteção de dados que esperar que uma legislação sobre o tema seja criada e que ela efetivamente consiga limitar o problema (LESSIG, 2006).

Matthew Scherer, também da Faculdade de Direito de Harvard, chama a atenção para o fato de que métodos tradicionais de regulação, como responsabilidade civil, têm pouca eficácia para proteger a sociedade dos riscos trazidos pelas novas tecnologias. Essa dificuldade se deve principalmente à opacidade destas, ou seja, a dificuldade que agentes externos têm para identificar suas falhas ou ameaças e à sua difusão, uma vez que pessoas em várias jurisdições diferentes trabalham simultaneamente no desenvolvimento da mesma tecnologia (SCHERER, 2016).

Já Schulz, da Universidade de Hamburgo, afirma que os códigos, uma vez que assumem o papel de leis, devem passar por crivos democráticos assim como estas, ainda mais considerando a força auto executória dos algoritmos. O autor lembra que a regulação privada acontece há décadas, mas que ultimamente ela tem aumentado graças à ampliação do uso de *softwares* no dia-a-dia e que ela tende a crescer mais ainda (SCHULZ e DANKERT, 2016).

Se há muita discussão sobre *como* regular as TIC's, há também muito embate sobre *até que ponto* elas devem ser reguladas. Como trazido anteriormente, leis que

asseguram o segredo empresarial, ao mesmo tempo em que tornam os algoritmos extremamente opacos, permitem avanços tecnológicos que muito beneficiam toda a humanidade. Países como a Suécia interferem demasiadamente na vida privada do cidadão, regulando comportamentos nos mínimos detalhes. Outros, como os EUA, entendem que o Estado deve interferir o mínimo possível no mercado (PZREWORSKI, 2010). O equilíbrio é delicado e é preciso levar em conta o poder que os consumidores têm para fazer uma empresa, ideia ou algoritmo emplacar ou não. Basta lembrar do Orkut, que já foi a maior rede social do mundo e hoje não passa de lembrança (SCHULZ e DANKERT, 2016).

De uma forma ou de outra, o cerne da questão é o debate em si. Da forma como a maioria dos algoritmos é desenhada atualmente, não há espaço para debates. Empresas usam o fato de o indivíduo ser alcóolatra para cobrar mais juros em seu empréstimo e isso não é nem autorizado, nem divulgado, sequer a pessoa sabe como esse dado foi parar na empresa. Estados usam algoritmos para demitir servidores e estes não conseguem descobrir nem quais dados foram utilizados. No modelo atual, falta muita transparência, um dos pilares da democracia, que possibilita com que as pessoas consigam fazer decisões informadas (PZREWORSKI, 2010).

É por meio desta transparência que os indivíduos conseguem definir até que ponto querem que o Estado interfira no cotidiano. A população de certa cidade pode escolher que aplicativos de carona podem funcionar sem nenhuma interferência estatal. A mesma população pode escolher justamente o contrário, caso descubra que os aplicativos estão usando a cor da pele do usuário como métrica para precificar corridas, por exemplo. Caso opte por mais restrições, isso deve ser feito por normas aprovadas pelos poderes estatais legitimamente constituídos. Não há outro caminho para a democracia a não ser por meio da escolha da maioria (PZREWORSKI, 2010).

Vale lembrar que não existe “democracia”. O que se tem são diferentes democracias, no plural, cada uma com suas particularidades, seus limites e suas características. Não existem dois regimes democráticos idênticos em lugar nenhum do mundo. Igualdade, participação, representação e liberdade variam conforme a

profundidade, maturidade ou consistência de uma democracia (PZREWORSKI, 2010).

Desta forma, é importante que a sociedade tenha formas de se expressar e definir o que deseja, seja por meio de leis elaboradas por instituições democráticas, seja pela força reguladora que os consumidores têm. Pzreworski, no entanto, pondera que, apenas onde o livre mercado de fato funciona, é que a sociedade consegue limitar a atuação de empresas da forma como entender ser melhor para ela. Ou seja, apenas onde o mercado funcione com concorrência de fato, sem oligopólios significativos, ao mesmo tempo em que o Estado interfira na economia para garantir essa livre concorrência, é que a sociedade consegue ter poder de limitar a atuação de empresas pela via do consumo (PZREWORSKI, 2010).

Assim, por mais que haja diferentes tipos e níveis de democracias, alguns elementos básicos devem estar presentes para que se fale em poder do povo de fato. Aqui, vale a pena retomar um pouco o nascimento do regime político para melhor contextualizar o propósito do trabalho. Desde o seu surgimento, a democracia já passou por diversas mudanças de conceito. Os *founding fathers*, líderes políticos norte-americanos que escreveram e assinaram a Constituição de 1776 dos Estados Unidos, criaram um sistema que limitava o poder central, no intuito de se retirar o poder da aristocracia representante da metrópole britânica e concedê-lo às colônias locais. De forma alguma o intuito originário era o governo do povo, tanto que muitos estados do país continuaram a proibir o voto de afrodescendentes até meados do século XX. Na França não foi diferente. A Revolução Francesa de 1789 não objetivava dar o poder ao povo. Ao contrário, a burguesia temia um governo composto por ele. O intuito era substituir a aristocracia como detentora de poder (PZREWORSKI, 2010).

O que hoje se entende por democracia é algo muito diferente do imaginado pelos *founding fathers* ou pela burguesia francesa. É também extremamente distinto do modelo grego clássico, de atuação direta, onde todos os cidadãos tinham a certeza de que governariam Atenas, nem que fosse por um dia. Ainda hoje há aqueles que

defendem que o sistema democrático deve ser direto, com a atuação efetiva de todo o povo. No entanto, em países populosos como na atualidade, a democracia direta é simplesmente impossível, assim como indesejável (PZREWORSKI, 2010).

A forma representativa de governo é a melhor opção, dado que a atuação direta é inviável, e a melhor forma de se escolher representantes é pelo voto. Por mais carregadas de defeitos que sejam a democracia e suas eleições, ainda assim, são a melhor e menos custosa forma de se colocar pessoas para governar outras. É por meio do voto que se elegem parlamentares, principais responsáveis por criar leis. É, então, por meio do Parlamento e de instituições democraticamente estabelecidas que se consolida um Estado democrático. Não é possível falar em democracia se a grande maioria das leis e normas são feitas por atores privados, sem espaço para conferências (KOOPS, 2007). Também não é possível falar em democracia quando a liberdade é erodida, por quem quer que seja (PZREWORSKI, 2010).

Diante de tantos desafios, onde um lado da balança parece anular o outro, talvez a melhor – e mais democrática solução – para o problema da falta de transparência dos algoritmos seja o estabelecimento de formas de governança dos mesmos, de modo que a população tenha acesso ao seu funcionamento, sem que haja perigo demasiado de roubo de informações sigilosas (SCHULZ e DANKERT, 2016).

4 A REGULAÇÃO NO BRASIL

Para compreender o impacto das novas tecnologias na regulação social, é necessário analisar como se dá a aprovação de leis sobre o tema no país. Neste ponto, dada a vastidão de assuntos abrangidos pelo termo “novas tecnologias”, optou-se por avaliar a legislação sobre privacidade, uma vez que esta permeia quase todo o tema. Desde redes sociais a aplicativos de compartilhamento, praticamente todos se valem do uso de dados pessoais, como já vastamente explorado neste trabalho.

Desde pelo menos o século XIX, a privacidade é tema de discussão no Direito ocidental. Em 1890, no artigo *The right to Privacy* publicado na revista *Harvard Law Review*, Samuel Warren e Louis Brandeis estabelecem um marco para a discussão sobre o tema. À época, a fotografia instantânea, que passou a ilustrar jornais, era novidade e havia o sentimento de que representava séria ameaça à vida privada de todos. Bastava a pessoa sair de casa para que estivesse sujeita a ser fotografada e ter sua imagem publicada em jornais de grande circulação. Os autores do artigo defendiam o *right to be left alone*, ou seja, o direito de "ser deixado em paz", como forma de proteger a privacidade de cada um (FONTES, 2018).

O intuito do estudo era formular um princípio que resguardasse a intimidade das pessoas contra a invasão da imprensa. Surgiu então o direito à privacidade, que nada mais era que conferir a cada um a total disponibilidade para decidir como suas emoções e pensamentos podem ser transmitidos a outros. Assim, o indivíduo conserva em seu poder a capacidade de manter reservado o assunto que não quer ver divulgado. O direito à privacidade garante, então, proteção aos assuntos mais íntimos, imateriais e emocionais que são parte da formação da própria subjetividade da pessoa. O princípio se sustenta, ainda, no fato de que, na tradição anglo-saxã, ninguém pode ser forçado a dizer nada, a não ser na condição de testemunha e, ainda que decida falar fora deste contexto, a pessoa sempre deve ter autonomia para definir o alcance de suas palavras (FONTES, 2018).

Em entendimento mais recente, no contexto das décadas de 1960 e 70, Malcolm Warner e Michael Stone propuseram que o direito à privacidade também diz respeito a garantir que as informações geradas por uma pessoa sejam utilizadas exatamente da maneira que pretendeu, não podendo as mesmas serem empregadas contra o próprio indivíduo que as produzir. Percebe-se que o conceito adquire diferentes nuances ao longo do tempo e de acordo com quem os interpreta. De qualquer forma, há um consenso majoritário de que a privacidade é entendida como direito humano e, portanto, fundamental (FONTES, 2018).

Mesmo com tamanha importância, a privacidade, ou o uso de dados pessoais não encontra proteção direta no Brasil. No ordenamento jurídico pátrio não há uma norma geral que trate especificamente sobre proteção de dados pessoais. É possível encontrar regulação sobre o tema em diferentes diplomas, desde a Constituição Federal até leis ordinárias, no entanto, em todas elas, a proteção conferida é indireta. Os principais diplomas que tratam do tema são a Carta Magna, a Lei 9.507/1997 que regula o *Habeas Data*, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014).

No Brasil, há o entendimento doutrinário de que os dados pessoais são parte da personalidade do indivíduo e devem, portanto, ter a mesma proteção que outros direitos correlatos, como o direito ao nome, por exemplo. O Código Civil traz em seus Artigos 11 a 21 os direitos de personalidade e embute ali as suas características fundamentais: a generalidade (são concedidos a todos), a oposição absoluta ou *erga omnes* e a extrapatrimonialidade, ou seja, a impossibilidade de ser avaliado economicamente. Estas características também estão presentes nos dados pessoais, o que os tornam verdadeiros direitos personalíssimos, que dizem respeito à dignidade da pessoa humana (LINDOSO, 2018).

O Inciso X, do Artigo 5º, da Constituição Federal determina que "são invioláveis a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem das pessoas", o que também confere um certo grau de proteção às informações pessoais, desde que sejam entendidas como parte da intimidade e da vida privada do ser humano. O Inciso XII do mesmo Artigo traz que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Isto também confere proteção indireta aos dados pessoais, em especial contra avanços do Estado sobre o indivíduo. Além disso, o Inciso LXXII do mesmo Artigo 5º assegura a concessão do

Habeas Data para garantir o conhecimento ou retificação de dados constantes de registros públicos (BRASIL, 1988).

Essa proteção que a Constituição confere à intimidade das pessoas protege indiretamente os dados gerados por elas, mas não traz nada a respeito de consentimento, transparência e outros tópicos importantes sobre o tema. O *habeas data*, regulamentado pela Lei 9.507 de 1997, diz respeito apenas a dados que estejam em registro ou banco públicos, não contemplando os que estejam sob domínio privado, o que torna sua eficácia limitada. O sigilo de dados ser inviolável também não tem muita eficácia prática quando se trata de dados pessoais colhidos na internet, com autorização do usuário, mas que são utilizados para fins diferentes daqueles autorizados pelo seu dono (BRUM DA SILVA e LEAL DA SILVA, 2016).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), embora tenha sido o primeiro diploma no ordenamento brasileiro a trazer efetivamente a proteção de dados, o fez apenas no caso de concessão de crédito nas relações de consumo. O CDC e também o Código Civil tratam ainda do contrato de adesão, aquele elaborado unilateralmente por uma das partes, sem que o aderente tenha possibilidade de realizar qualquer mudança. Em geral, os termos de uso de plataformas que coletam dados pessoais são verdadeiros contratos de adesão que demandam muito tempo de leitura. Os termos de uso do Instagram formam um documento com quarenta páginas, enquanto os do Facebook preencheriam trinta e seis. Já se discute se estes tipos de contrato, que definem o uso dos dados pessoais dos usuários, são abusivos ou não (VIOLA, 2017).

Outro diploma que trata de dados pessoais é a Lei Complementar 105/2001, exclusivamente sobre sigilo bancário e financeiro. Em 2011, houve a aprovação da Lei 12.414, que trata do cadastro de crédito positivo, primeiro dispositivo a trazer o conceito de consentimento: para figurar o cadastro, a pessoa deveria consentir e os dados só poderiam ser utilizados para aquela finalidade específica (VIOLA, 2017). Com a nova lei, inverteu-se a lógica anterior de que apenas informações desabonadoras sobre os clientes, que tratavam apenas da inadimplência, poderiam

ser divulgadas. Abriu-se espaço no Brasil para a criação de bancos de dados que alimentam sistemas de pontuação para concessão de crédito (OLIVEIRA, 2018).

A referida lei ainda veda a coleta de dados excessivos para a formação do cadastro individual, evitando assim que dados potencialmente discriminatórios sejam utilizados para a avaliação do risco de crédito. Também fica restrito o uso de dados que apresentem juízo de valor sobre as pessoas. O artigo 3º da Lei 12.414 define os conceitos do que seriam dados objetivos, dados que apresentam juízo de valor, informações sensíveis e excessivas. No entanto, tudo isto se aplica apenas aos bancos de dados com informações sobre adimplemento (OLIVEIRA, 2018).

A chamada Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11), foi a primeira a definir o que era "informação pessoal" e dar tratamento diferenciado a informações sensíveis ou sigilosas em relação a outros tipos de dados. O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), trata sobre o tema da privacidade sem se aprofundar. Ele estabelece a proteção de dados e da privacidade como princípios norteadores da internet no Brasil, assegura a inviolabilidade da intimidade dos usuários e a necessidade de consentimento qualificado para a coleta de dados, mas não passa disso (VIOLA, 2017).

A legislação existente no Brasil não trata de diversos assuntos relacionados aos dados pessoais, como a venda dessas informações por empresas, a anonimização, a responsabilização dos agentes que coletam e tratam esses dados em caso de vazamento ou roubo, entre outros pontos que são fundamentais tanto para a proteção dos usuários quanto para o estabelecimento de empresas de tecnologia no Brasil. Para o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ricardo Villas-Bôas Cueva, é urgente a aprovação de uma lei que trate de proteção de dados pessoais, inclusive para fomentar o desenvolvimento econômico do país (CANÁRIO, 2017).

Neste sentido, tramitam nas casas parlamentares três projetos de lei com objetivo de regular a questão da privacidade na internet no país: o PL 5.276/12, o PL 4.060/12, ambos com tramitação inicial da Câmara dos Deputados e o PLS 330/13,

que teve início no Senado Federal. O primeiro foi de iniciativa do Poder Executivo, por meio do Ministério da Justiça, que realizou consultas públicas online e é, dentro todos os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, o mais completo e preciso, de acordo com diferentes pesquisadores (OLIVEIRA, 2018) (VIOLA, 2017).

O PL 5.276/12 foi apensado ao PL 4.060/12, de iniciativa do Deputado Federal Milton Monti de São Paulo, e tanto estes quanto o PLS 330/13 tiveram intensa movimentação nas Casas Legislativas. Em outubro de 2017, o PLS chegou a entrar na pauta de votação da Comissão de Assuntos Econômicos, mas foram apresentadas subemendas que obstaram a votação. O PLS é de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares de Sergipe (SENADO FEDERAL, 2018) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

O PLS 330/13, embora mais completo que o PL 4.060/12, carece de maior especificidade. No entanto, a movimentação legislativa parece ser no sentido de incorporar a este projeto o texto do PL 5.276. Uma questão política fez com que o PLS 330 tramitasse com mais rapidez que o PL 5.276: este último foi de iniciativa do Ministério da Justiça e foi apresentada à Câmara dos Deputados no último dia de governo da ex-presidente Dilma Rousseff, um dia antes da votação de seu *impeachment*. Parece haver nas casas legislativas uma certa resistência em levá-lo adiante por este motivo, mas está se trazendo para o corpo do PLS 330 a maior parte do texto do PL 5.276 (VIOLA, 2017) (LEMOS, 2017).

O PL 4.060/12, dos três em tramitação acima citados, é o mais impreciso por não definir uma série de questões fundamentais. O texto trata de disposições gerais, firma alguns princípios, traz requisitos necessários para o tratamento de dados, trata de forma superficial em dois parágrafos sobre direitos do titular dos dados e fala sobre fiscalização e sanções, também de forma genérica. Critica-se o projeto por ser incompleto, deficiente e genérico e por não tratar do tema na profundidade necessária (VIOLA, 2017).

Já o PL 5.276 se aprofunda bastante no tema e traz proteção adequada à coleta de dados. No modelo do Marco Civil, o projeto é muito mais principiológico que normativo, no intuito de não o deixar envelhecer rápido, uma necessidade premente quando se trata de regular novas tecnologias. O texto traz definições claras sobre o que são dados pessoais, dado sensíveis, bancos de dados, entre outros que são de suma importância para a devida proteção dos usuários. Traz também requisitos para a coleta e tratamento de dados, como a implementação de governança que permita aos usuários o acesso a que dados estão sendo coletados e para onde eles estão indo. Fala sobre a transferência internacional de dados, dos direitos do titular, dos agentes responsáveis pela coleta e da fiscalização (VIOLA, 2017).

A exposição de motivos do PL 5.276/2016 traz o projeto como forma de garantir o "livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural". Ressalta que foram seis meses de consultas públicas promovidas pelo Ministério da Justiça, com mais de mil contribuições. O texto da lei foi elaborado pelo Ministério em conjunto com a Universidade Federal de Minas Gerais e o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.Br). De acordo com o texto, o intuito do projeto é "assegurar ao cidadão o controle e a titularidade sobre suas informações pessoais, com fundamento na inviolabilidade da intimidade e da vida privada", além de reforçar que a coleta de dados é importante para o desenvolvimento de novos conhecimentos, mas é também potencial fonte de riscos para a privacidade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

A justificativa para o projeto ainda chama a atenção para o fato de o Brasil ter sido o principal articulador, junto com a Alemanha, para a aprovação da resolução "Direito à privacidade na era digital" pela ONU. O documento apoia fortemente o direito à privacidade e solicita que todos os países tomem providências para coibir as violações neste sentido, seja por atores privados ou públicos. A aprovação do documento se deu no contexto do "caso Snowden", em que o ex-funcionário da *NSA (National Security Agency)* revelou que os EUA mantinham um programa de

espionagem que mirou a então Presidente Dilma Rousseff e a Chanceler alemã Angela Merkel (ONU, 2013)

O PL 5.276/16 lembra ainda que 109 países possuem normas sobre proteção de dados e 90 têm alguma autoridade pública especializada no assunto. Ressalta ainda o caráter transnacional da coleta de dados e o perigo potencial no tratamento de dados sensíveis, que podem levar à discriminação. A conclusão do documento é que a regulação sobre o tema se faz necessária tanto para proteger o titular dos dados quanto para estimular seu uso de forma segura, transparente e com base no princípio da boa-fé (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Uma das críticas sobre o PL 5.276 é que ele dispõe sobre o aparato fiscalizatório, mas sem ser específico o suficiente. Ele prevê a criação de um órgão com participação da sociedade civil, academia, setor privado, mas com ampla maioria de membros do governo, que é um dos agentes que coleta e armazena dados. Há um claro conflito de interesses na forma como a lei define a composição do órgão e também não há definições claras sobre sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento da lei (VIOLA, 2017).

Por óbvio, não é possível adiantar qual dos três projetos será aprovado, sendo também possível que nenhum deles o seja. O que se observa é que existe um diálogo democrático ocorrendo, como demonstram as diversas audiências públicas que têm sido feitas, com representantes da sociedade civil, do governo e da academia sempre presentes. Já participaram destes encontros representantes de associações de indústrias de *software*s e de eletrônicos, professores de diversas universidades nacionais e internacionais, promotores de justiça, prepostos de institutos de pesquisa sobre internet e inovação, associações de empresas de marketing, delegados federais, diretores de empresas de tecnologia, entre outros (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018) (SENADO FEDERAL, 2018).

Além das discussões no âmbito legislativo, está em andamento um estudo sobre *IoT* financiado majoritariamente pelo BNDES. Atuam no projeto, além do

Banco, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), o Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações (CPqD), a consultoria McKinsey e o escritório Pereira, Neto e Macedo Advogados. O projeto se divide em três fases: levantamento do mercado de IoT no mundo, definição dos setores prioritários da economia brasileira para receber os investimentos necessários para o desenvolvimento de IoT e a formulação de ações voltadas para acelerar a implantação do mercado de IoT no país. Em diversos momentos destas etapas, estão previstas consultas públicas sobre o tema. (MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES, 2017).

Como a tramitação das leis sobre privacidade de dados e do estudo sobre IoT se dão de forma paralela e com vários atores semelhantes, espera-se que um seja complementação do outro. O Plano Nacional de IoT tratará de ações para o desenvolvimento de tecnologias que usam a internet no dia a dia das pessoas e das empresas. E irá além, tratando também de temas como segurança de dados, regulação, privacidade e capacitação de recursos humanos (MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES, 2017).

O que se percebe é que a discussão sobre o tema está ocorrendo de forma democrática, no âmbito do Congresso Nacional, absorvido pela instituição legitimamente constituída para tanto. Um ponto crucial, no entanto, é o que está acontecendo enquanto a lei não é aprovada. Neste ínterim, o judiciário tem se tornado cada vez mais atuante, quase que substituindo o legislativo em sua função. Dois casos demostram tal situação: a presença da Uber e uma decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a Lei 12.414/11. No primeiro caso, a atuação do judiciário é que garante a permanência da empresa em diversas cidades brasileiras. A Uber é internacionalmente conhecida por atuar burlando a lei, se aproveitando da pressão social e de decisões monocráticas para forçar os poderes Executivos locais a aprovar leis que beneficiem a empresa (COSTA NETO, 2018).

Em que pese a sociedade pressionar o legislativo para que a empresa seja regularizada, o que reveste o processo de legitimidade democrática até certo ponto,

surge a dúvida se a empresa não estaria apenas se aproveitando do apoio para se estabelecer como monopólio, o que no final vai contra a vontade social que, no caso do Brasil, seria pelo fim do monopólio dos taxistas. Além disso, é notório que a empresa burla os meios democráticos de discussão para garantir sua atuação, se valendo de liminares concedidas pelo Judiciário para tanto. A empresa, que tem um caixa robusto, tem condições financeiras de ingressas na justiça, enquanto os próprios motoristas ou outras empresas concorrentes não têm, provocando distorções no mercado (COSTA NETO, 2018).

Em todas as vinte cidades onde houve a regulação do transporte por aplicativos, a discussão se limitou à concorrência entre taxistas e motoristas de aplicativos. Em nenhuma delas houve propostas para modernizar o serviço de taxi nem discussões sobre mobilidade urbana, sustentabilidade ou qualquer coisa neste sentido. As leis aprovadas se limitaram a impor barreiras aos aplicativos como forma de igualar a concorrência com os taxis, impedindo a livre concorrência e deixando de lado a vontade e bem-estar dos cidadãos. Percebe-se, nestes casos que, muito embora as leis tenham sido aprovadas conforme manda o rito democrático, elas possuem pouca legitimidade (COSTA NETO, 2018).

O segundo exemplo de como o Judiciário tem substituído o Legislativo na regulação de novas tecnologias é a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a Lei 12.414/11. A Súmula 550, aprovada em 2015, dispensa o consentimento do usuário para que seus dados constem do cadastro positivo de empresas de *credit scoring*, muito embora a referida lei, em seu parágrafo 4º, seja explícita ao afirmar que a inscrição no cadastro só pode ser feita mediante consentimento informado. São dois entendimentos completamente contrários e a decisão do Tribunal muda a própria essência da lei (COSTA NETO, 2018).

Ocorre, também, que nem toda discussão que ocorre no Congresso Nacional sobre o tema é de grande valia. A Senadora Vanessa Grazziotin, do PCdoB do Amazonas, propôs um projeto de lei (PL 347/2016) que determina que a inclusão de pessoas em grupos, páginas e comunidades virtuais só pode ser feita com

consentimento prévio do usuário. Ou seja, antes de adicionar os netos nos grupos de família, as avós terão, primeiro, que solicitar o consentimento informado dos mesmos. Caso a pessoa seja adicionada a grupos sem ter dado o consentimento "livre, específico, inequívoco e informado", a empresa desenvolvedora do aplicativo – Facebook, WhatsApp, Telegram, entre outros – poderá responder por danos morais. E caberá à empresa provar que houve o consentimento, invertendo-se o ônus da prova. O projeto de lei já foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e seguiu para ser votado na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (SENADO FEDERAL, 2018).

Diante do exposto, pode-se extrair algumas características da regulação das novas tecnologias no Brasil, que se aplicam diretamente aos dados pessoais. De fato, há uma discussão democrática sendo feita em uma instituição legitimamente constituída para tanto, em âmbito federal, muito embora nem toda proposta levada adiante seja de qualidade. Nos estados e municípios, pontos fundamentais têm ficado de fora do debate, na maioria das vezes. Além disso, enquanto a regulação é feita em âmbito federal, há forte judicialização da demanda, que acaba por distorcer o mercado antes que a lei seja aprovada. Talvez seja o caso de o Brasil olhar para fora e buscar exemplos de como regular a questão sem limar a livre iniciativa.

5 GOVERNANÇA

Atualmente, no sistema internacional há basicamente dois tipos gerais de regulação sobre o tema: o norte-americano e o europeu. O primeiro consiste em uma série de normas feitas por cada setor social, sem regulação federal ou geral. Nos EUA, por exemplo, o setor de educação, de saúde e o bancário têm, cada um, normas próprias sobre privacidade de dados. Já a União Europeia trata o tema com regulações gerais, que se aplicam a todos os casos. A tendência mundial é seguir a forma normativa europeia, uma vez que as leis deste continente determinam que transações comerciais, cooperações jurídicas e várias outras formas de intercâmbio só podem ocorrer se os países adotarem certas medidas definidas pela União

Europeia. Como exemplo, o Brasil tem uma série de barreiras na cooperação jurídica com o continente justamente por não ter uma regulação geral sobre privacidade de dados (VIOLA, 2017).

Em ambos os casos, uma parte fundamental da regulação passa pela chamada governança. Grupos de governança têm diferentes propósitos e estruturas mais ou menos complexas. Possuem desde objetivos mais simples, como definir conceitos, até os mais complexos, como complementar a atuação de uma agência governamental ou ajudar na elaboração de leis. Em todos os casos, os grupos de governança ajudam a unificar a linguagem entre os atores envolvidos, facilitando a comunicação e colocando todos os participantes na mesma página (GASSER, BUDISH e MYERS WEST, 2015).

Estes grupos podem ter um papel central na definição e implantação de normas e conceitua-los se torna cada dia mais difícil. Um grande exemplo é o que ocorre na internet, que forma um verdadeiro ecossistema, onde incontáveis atores têm papel fundamental para que ela seja como a conhecemos. Para que um computador se conecte a outro, é preciso gerenciar os endereços de IP, de forma que cada máquina tenha uma identidade única. A rede física de cabeamento ótico, que transmite os dados entre esses computadores, é gerenciada por diferentes empresas e, em alguns países, pelo governo central, que precisam conversar entre si para que os dados trafeguem entre as nações. Os domínios precisam ser unificados no mundo todo, de forma que haja apenas uma internet - ou seja, o endereço www.google.com deve levar ao site da empresa Google, independentemente de onde o internauta esteja. Estes são apenas alguns exemplos do que envolve a internet e cada decisão acerca de cada um desses tópicos envolve milhares de pessoas em dezenas de países diferentes que, de forma coordenada, trabalham nos chamados grupos de governança, de forma que a internet seja uma só e não várias. O principal grupo de governança da internet é o ICANN, que tem grande proximidade com o governo norteamericano, uma vez que nasceu no Departamento de Defesa do país (ICANN, 2018).

Outros grupos de governança atuam de forma mais local ou regional. O INCB (*Israel National Cyber Bureau)*, por exemplo, reúne diversos atores apenas daquele país para garantir a execução de leis locais sobre *cyber* segurança. Alguns grupos pretendem, ainda, se tornar alternativas para as instituições estabelecidas, como é o caso dos desenvolvedores do Bitcoin, que atuam totalmente fora das instituições e pretendem substituir as moedas nacionais, o que demonstra que nem sempre esses grupos se propõem a ser democráticos, no sentido de promover discussões na sociedade (GASSER, BUDISH e MYERS WEST, 2015).

Um caso emblemático no Brasil foi o a formatação do Marco Civil da Internet que envolveu a sociedade civil, os Poderes Executivo e Legislativo federais, a academia, a comunidade técnica e a iniciativa privada, de forma colaborativa. Utilizando a própria internet, o Ministério da Justiça iniciou consultas públicas que duraram dezoito meses e tiveram grande participação popular. Vários encontros pessoais realizados com os atores já citados ocorreram ao longo do processo. Após redigir um documento inicial, que contava com colaborações elaboradas tanto nas consultas quanto nas reuniões, o projeto foi submetido ao Congresso, que ainda o alterou, antes de aprova-lo. Nas casas legislativas ainda foram realizadas mais consultas públicas e mais reuniões. Foram sete anos desde o início das discussões até que a lei fosse aprovada. O processo foi bastante transparente, mesmo tendo sido tão complexo e envolvendo diversas forças antagônicas (GASSER, BUDISH e MYERS WEST, 2015). Pode-se afirmar que toda a aprovação da lei foi extremamente democrática, levando-se em conta os parâmetros definidos por Pzreworski, quais sejam, a transparência, a participação e a igualdade entre os envolvidos (PZREWORSKI, 2010).

A tabela abaixo, retirada de um estudo feito em Harvard, demonstra que cada ator definiu claramente sua posição sobre cada assunto em discussão, assim como nenhum deles saiu vitorioso em todos os quesitos.

Tabela 1: posição de cada ator envolvido versus legislação aprovada, por tema.

Issues/Actors	Net Neutrality	Highly Enhanced Privacy	Safe Harbor for Speech	Data Retention	Forced data Localization	Safe Harbor for Copyright	Express Removal for Revenge Porn
Telcos	Against	Against	Neutral	Neutral	Neutral	Neutral	Neutral
Civil Society	For	For	For	Against	Against	For	Against
Global Internet Companies	Neutral	Against	For	Neutral	Against	For	Neutral
Brazilian Internet Companies	For	Against	For	Against	Against	Against	Neutral
Broadcast sector	For	For	For	Neutral	Neutral	Against	Neutral
Government (Executive branch)	For	Neutral	Neutral	For	For	Neutral	For
Law enforcement lawyers/ Federal Police	Neutral	Against	Against	For	For	Against	For
Passed legislation	Passed	Passed	Passed	Passed	Rejected	Rejected	Passed

Fonte: GASSER, U.; BUDISH, R.; MYERS WEST, S. Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies. Cambridge. 2015.

Percebe-se que houve transparência nas posições defendidas, os atores foram agrupados conforme sua atuação e a lei foi aprovada pela instituição legitimidade constituída para tanto. Todos os envolvidos tiveram suas demandas ouvidas e nenhum deles conseguiu ter peso suficiente para pesar demais a balança para seu lado. A discussão foi feita de forma democrática e, de fato, refletiu não apenas a vontade popular, entendida como coletividade, como a de todos os grupos de interesse, entendidos como individualizações. A legislação aprovada é um equilíbrio aceito por todos, onde nenhum envolvido teve todas as suas posições aceitas ou rejeitadas (GASSER, BUDISH e MYERS WEST, 2015). Exatamente o que Adam Przeworski define como decisão democrática (PZREWORSKI, 2010).

A atuação de grupos de governança no processo legislativo, então, não conflita *per si*, com a democracia. No entanto, para que funcione, é necessário que haja muitos indivíduos envolvidos, com representação de diversas posições, que haja espaço para negociações intensas, muito debate e que haja organização. O processo que utiliza o conceito de *multistakeholders* não garante que a lei aprovada será

melhor, mas, no caso do Marco Civil, deu mais transparência ao processo legislativo (GASSER, BUDISH e MYERS WEST, 2015).

No caso brasileiro, o que se pode afirmar que contribuiu positivamente para o resultado final da legislação foram seis fatores: instituições governamentais de fato estavam interessadas na participação pública; a comunidade tinha muito interesse no tópico em discussão; um grupo de pesquisadores com vontade genuína de contribuir com suas experiências, influenciando o debate; uma *interface* que permitiu construir uma narrativa comum para políticos e cidadãos, de forma que não houvesse ruídos demais nas discussões; políticos que conseguiram identificar os pontos chave dos debates e transforma-los em um texto coerente; e recursos financeiros suficientes para que o processo avançasse (GASSER, BUDISH e MYERS WEST, 2015).

Não há um modelo definido de como um grupo de governança deva ser ou trabalhar de forma a maximizar as chances de sucesso. No entanto, alguns pontos surgiram no estudo realizado pelo *Berkman Center for Internet & Society* da Universidade de Harvard. Os mais bem-sucedidos são aqueles que se mantêm atentos durante todo o processo ao contexto histórico e cultural da sociedade, aos potenciais grupos de apoio e às oportunidades de barganha relacionadas a inclusão, transparência e *accountability*. Os grupos que se mantiveram atentos a estes fatores e como eles mudam ao longo do tempo foram aqueles que, no estudo, tiveram os melhores resultados. Ou seja, aqueles mais aptos a entender o contexto cultural do local onde operam são os mais bem-sucedidos (GASSER, BUDISH e MYERS WEST, 2015).

Não há um consenso sobre qual a melhor forma para se regular as novas tecnologias (SCHULZ e DANKERT, 2016). Como já trazido anteriormente pelo trabalho, há os que defendem que a melhor regulação de uma TIC é aquela feita por ela mesma (LESSIG, 2006). Outros entendem que qualquer coisa feita fora das instituições estatais tem um vício de legitimidade (O'NEIL, 2016). Há um posicionamento intermediário que estabelece que é o meio termo entre as duas coisas que melhor atenderá ao propósito (SCHULZ e DANKERT, 2016).

O estabelecimento de grupos de governança como uma forma auxiliar à discussão parlamentar parece ser a saída mais interessante, levando-se em conta que a democracia implica necessariamente em debate. Se os conflitos não são absorvidos por instituições legitimamente constituídas, o que se tem a prevalência de uma posição em detrimento de outra baseado em outros poderes que não o da argumentação, como por exemplo, a capacidade financeira de uma empresa (PZREWORSKI, 2010).

É preciso ter em mente que grupos de governança podem ter inúmeros objetivos diferentes, não apenas discutir políticas públicas. Eles podem servir, por exemplo, para ajudar a implementar a política definida, juntamente com agências reguladoras (SCHERER, 2016). Há nos projetos de lei sobre privacidade dados em tramitação no Congresso a previsão de constituição de um órgão formado por entes estatais e privados para supervisionar a aplicação da lei, nos moldes de um grupo de governança.

Se por um lado, Przeworski afirma que a democracia direta não funciona e nem é desejável sua aplicação, por outro também não é interessante que o poder regulador seja demasiadamente aplicado por empresas e atores privados. O estabelecimento de grupos de governança parece ser um caminho viável entre as duas coisas, desde que eles de fato consigam compreender e exprimir o contexto social em que estão inseridos (PZREWORSKI, 2010) (SCHULZ e DANKERT, 2016) (GASSER, BUDISH e MYERS WEST, 2015).

6 CONCLUSÃO

Inteligência artificial, *Big Data, analytics, machine learning*, redes neurais, *internet of things*. Termos há pouco tempo inexistentes e que hoje estão diariamente estampados nos jornais, nos artigos científicos, nas conversas pessoais, no dia-a-dia. As tecnologias da informação e comunicação se tornam cada vez mais onipresentes. Mais da metade da população mundial é conectada à internet e, com o crescimento da *IoT*, esse número tende a crescer. São bilhões de pessoas interagindo todos os

dias na rede, produzindo dados sobre suas preferências, seus amores, seus dessabores, suas paixões. São bilhões de pessoas utilizando, direta ou indiretamente, essas novas tecnologias da informação. São bilhões de pessoas, de alguma forma, sendo utilizadas pelas TICs.

Desde que o homem criou a primeira ferramenta e conseguiu dominar o fogo, a tecnologia e seus desdobramentos fazem parte do dia-a-dia da humanidade. Desde sempre, novas descobertas são a glória e o fracasso humano. O mesmo instrumento de ferro utilizado para plantar alimentos, também é usado para matar pessoas. O avião, que encurtou distâncias e aproximou pessoas, pode ser utilizado para jogar bombas em civis. Toda tecnologia sempre foi e sempre será utilizada para o bem e para o mal. Com as TICs não seria diferente.

Verdadeiras revoluções são esperadas graças ao uso de inteligência artificial, *big data*, *analytics*, entre outros. É plausível esperar que *todos* os campos do conhecimento sejam afetados de alguma forma. Medicina, psicologia, engenharia, biologia, enfim, tudo o que se conhece será impactado pelas novas tecnologias, uma vez que *a humanidade* em si será atingida. Direito, sociologia e ciências políticas também passarão por transformações, como não poderia deixar de ser.

Não é possível prever como será o mundo daqui cem anos, muito embora seja plausível afirmar que em nada se parecerá com o que existe hoje. As cidades, os carros, os tratamentos médicos, as formas de locomoção, tudo isso e muito mais será diferente. Cem anos atrás, em 1918, ainda se acreditava que doenças se propagavam pelo miasma. Carros eram tão pouco populares que a arquitetura das cidades era diferente, com ruas mais estreitas e mais espaços para pedestres. Muito mudou nos últimos cem anos e a humanidade tem fortes razões para acreditar que muito mais irá mudar nos próximos cem.

Se todas as áreas do conhecimento humano serão afetadas pelas novas tecnologias e elas podem ser usadas tanto para construir quanto para destruir, é preciso que se assegure a máxima utilização benéfica das mesmas. Mesmo assim, a

humanidade errará e, tentando fazer o bem, pode ser que o resultado seja só o mal, conforme demonstra a história. Antes da eclosão da Primeira Guerra Mundial havia uma sensação generalizada, talvez muito parecida com a atual, de que os avanços tecnológicos seriam de alguma forma a panaceia para todos os problemas humanos. Acreditava-se que o progresso era infinito e constante. A Grande Guerra tratou de mostrar que não é bem assim.

Toda tecnologia criada é fruto da invenção humana e, como tal, é intrinsecamente suscetível a falhas. O homem erra e, portanto, a tecnologia erra. A melhor forma de se proteger as pessoas destes erros é, primeiramente, admitir a possibilidade de falhas – o que não raro é rechaçado por entusiastas das TICs. O pensamento é lógico: se há risco de falha, é necessário que se monitore, que haja checagem, que se tenha transparência. Do contrário, se a tecnologia é infalível, não há razão para seu controle. É muito recorrente no mundo das *startups* e da *disrupção* encontrar pessoas que creem piamente na infalibilidade das tecnologias e aqui está o perigo. É preciso que as sociedades se conscientizem da necessidade de transparência e *accountability* para que os algoritmos tragam os resultados tão promissores que se espera.

Em um mundo onde *tudo* traz consigo algum algoritmo, a força regulatória das fórmulas matemáticas passa a ser gigantesca. Se toda atividade do homem que vive em sociedade passará, de forma direta ou indireta, por *softwares*, nada mais justo que cada um tenha a possibilidade, se desejar, de entender como isso funciona. Mesmo quem não esteja conectado à internet, de forma alguma, em algum momento, terá sua vida impactada por algoritmos. Pode ser no dia em que for buscar um empréstimo, quando *softwares* de análise de risco de crédito serão utilizados para calcular os juros a se pagar. Pode ser no dia em que o preço do alimento cair em função da maior produtividade no campo. Pode ser, ainda, em um futuro não muito distante, quando algum conhecido for morto por um policial robô que apresentou um *bug*.

Conectados ou não, a todos interessa o assunto. Saber o que são algoritmos, como funcionam, como fazem seus cálculos, como chegam a determinados resultados. Se as pessoas não puderem saber isso, não existirá mais democracia. Um mundo onde a vida é regulada por algoritmos feitos por empresas privadas – ou governos – sem a possibilidade de conferência pelo povo nada mais é que uma tirania, onde poucos governam muitos, sem que haja a menor satisfação ou responsabilização pelos atos cometidos.

Ultimamente, quem deve decidir o alcance das novas tecnologias e seus usos lícitos ou ilícitos é o povo, por meio de seus governantes eleitos ou ainda por meio da força de mercado. Por óbvio, para que isso seja minimamente legítimo e funcional, é preciso que se haja um sistema político de fato representativo e uma economia de livro mercado. Desta forma, é possível garantir que o sistema de freios e contrapesos funcionará sempre que exageros forem criados.

Não se espera, no entanto, que cada cidadão fique de vigília o tempo todo, sempre acompanhando *tudo* relacionado a novas tecnologias. A solução mais viável é aquela que mescla pessoas bem informadas sobre os assuntos que mais lhe afetam fazendo pressão pelo que desejam, em um mercado livre e concorrencial, que permita que empresas nasçam, inovem e também que quebrem. Além disso, é preciso que as instituições sejam legitimamente constituídas, que o Parlamento de fato represente a vontade da maioria e que ele seja apto a absorver as demandas sociais. Por fim, a formação de grupos de governança, com pessoas especializadas e capazes de auditar as TICs, é fundamental para que o ciclo virtuoso se complete.

No Brasil, a regulação tem sido feita, até hoje, de forma mista. O Parlamento trabalhou em consonância com a população e com grupos de interesse na aprovação do Marco Civil da Internet. A população se fez presente de forma direta, por consultas públicas e de forma indireta, por meio dos grupos de pressão, grupos de interesse ou grupos de governança. A lei foi discutida no âmbito do Parlamento, aprovada após intensa negociação. Por mais que tenha demorado, obedeceu a todos os trâmites democráticos. No entanto, nem toda aprovação de leis passa pelo mesmo

procedimento e não raro as normas aprovadas simplesmente não se conectam com políticas públicas voltadas para a inovação.

Quando se fala em controle pelo mercado, não são as raras as distorções geradas no país. Decisões judiciais diferentes em cada município, em cada Estado, geram deformidades no mercado, seja forçando, seja barrando a atuação de empresas. Por outro lado, a pesada burocracia também acaba por não permitir que a pressão popular funcione de forma adequada. O Estado e as empresas ainda precisam melhorar muito no quesito transparência e os cidadãos precisam se educar para entender certas questões, como por exemplo a exposição de privacidade nas redes sociais.

Sopesando todo o pesquisado neste trabalho, percebe-se que é de extrema importância que se assegure a liberdade individual das pessoas frente ao poder regulatório dos algoritmos, seja quando utilizados pelo Estado, seja quando utilizados pela iniciativa privada. E é garantindo a transparência que se garante a liberdade. É preciso que se atente ao meio e não ao fim da jornada. De nada adianta tentar prever os resultados. O que a humanidade deve fazer é engendrar seus melhores esforços para assegurar a forma democrática de se escolher as coisas, com seus freios e contrapesos. Invariavelmente, as sociedades errarão. Tecnologias serão, mais de uma vez, utilizadas com efeitos nefastos. No entanto, o que mais importa é que a possibilidade de controle democrático e a liberdade nunca sejam afastadas.

REFERÊNCIAS

AGROSMART. *Para alimentar o mundo, é preciso trazer inovação para a agricultura*, 2017. Disponivel em: <https://www.agrosmart.com.br/blog/alimentar-o-mundo-trazer-inovacao-para-agricultura/>. Acesso em: 37 março 2018.

ARANHA, D. et al. *(In)segurança do voto eletrônico no Brasil*, 2014. Disponivel em: <http://www.kas.de/wf/doc/13775-1442-5-30.pdf>. Acesso em: 27 março 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GO. *Site*, outubro 2017. Disponivel em: <https://abrago.org/>. Acesso em: 20 dezembro 2017.

BBC BRASIL. *Como o Google Ganha dinheiro?* BBC Brasil, 2016. Disponivel em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160329_google_dinheiro_fn>. Acesso em: 27 março 2018.

BNDES, MCTIC. IoT: *Relatório do Plano de Ação*, Brasília, 2017. Disponivel em: <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/269bc780-8cdb-4b9b-a297-53955103d4c5/relatorio-final-plano-de-acao-produto-8-alterado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m0jDUok>. Acesso em: 27 março 2018.

BONNEFON, J.-F.; SHARIFF, A.; RAHWAN, I. *The social dilemma of autonomous vehicles*. Science, 352, 2016. Disponivel em: <http://science.sciencemag.org/content/352/6293/1573.full>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1988. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. *Lei 9.296, de 24 de julho 1996*, julho 1996. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em: 27 março 2018.

BRASIL. *Estratégia Nacional de Inteligência*, Brasília, 15 dezembro 2017. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Dsn/Dsn14503.htm>. Acesso em: 27 março 2018.

BRUM DA SILVA, L.; LEAL DA SILVA, R. *A proteção jurídica de dados pessoais na internet*: análise comparada do tratamento jurídico do tema na União Europeia e no Brasil., 2016. Disponivel em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e4d8163c7a068b65>. Acesso em: 27 março 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 5.276/2016*, 2016. Disponivel em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DEB418EB573EA373E107BAC0BA0F2DCB.proposicoesWebExterno2?codteor=1457459&filename=PL+5276/2016>. Acesso em: 27 março 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Atividade Legislativa*: PL 4.060/12, 2018. Disponivel em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066&ord=1>. Acesso em: 27 março 2018.

CANÁRIO, P. *Brasil precisa de lei sobre proteção de dados pessoais, diz Villas-Bôas Cueva*. Conjur, Agosto 2017. Disponivel em:

<https://www.conjur.com.br/2017-ago-15/brasil-lei-protecao-dados-pessoais-cueva>. Acesso em: 27 março 2018.

CASTELLS, M. *A sociedade em Rede*. 6a edição. ed. São Paulo: Del Rey, v. I, 1999.

CHARAN, R. *Estratégias para vencer em tempos de incerteza*. São Paulo: [s.n.]. novembro 2017.

CHIEN, A.; KARAMCHETI, V. *Moore's Law*: The First Ending and a New Beginning. Computer, v. 46, n. 12, 2013.

CISCO. *Cisco connected mass transit*, 2017. Disponivel em: <https://www.cisco.com/c/dam/en_us/solutions/industries/docs/sdmts-casestudy.pdf>. Acesso em: 27 março 2018.

COSTA NETO, A. F. D. Entre os novos comportamentos sociais e as velhas ferramentas regulatórias: uma análise sobre a trajetória da regulação do Uber nas capitais brasileiras. In: FERNANDES, R. V. D. C.; COSTA, H. A.; DE CARVALHO, A. G. P. *Tecnologia jurídica e direito digital*: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COSTA, C. *Quatro coisas que mudam com a criptografia no WhatsApp*. BBC Brasil, 2016. Disponivel em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160406_whatsapp_criptografia_cc>. Acesso em: 27 março 2018.

DEANGELIS, S. *Practical Artificial Intelligence Is Already Changing the World*. Wired, 2017. Disponivel em: <http://insights.wired.com/profiles/blogs/practical-artificial-intelligence-is-changing-the-world>. Acesso em: 27 março 2018.

DEEPMIND. *AlphaGo Zero:* Learning from scratch, 2017. Disponivel em: <https://deepmind.com/blog/alphago-zero-learning-scratch/>. Acesso em: 27 março 2018.

ERICSSON. *Ericsson Mobility Report*, Estocolmo, 2016. Disponivel em: <https://www.ericsson.com/assets/local/mobility-report/documents/2016/ericsson-mobility-report-november-2016.pdf>. Acesso em: 27 março 2018.

FARIS, R. et al. *Partisanship, Propaganda, and Disinformation*: Online Media and the 2016 U.S. Presidential Election. Berkman Klein Center, 2017. Disponivel em: <https://cyber.harvard.edu/publications/2017/08/mediacloud>. Acesso em: 27 março 2018.

FLECK, I. *Apoio a governo militar no Brasil é maior que média global*, diz pesquisa. Folha de São Paulo, 2017. Disponivel em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1927419-parcela-que-apoia-governo-militar-no-brasil-e-maior-que-media-diz-pesquisa.shtml>.

FONTES, V. B. A incorporação dos direitos de privacidade na internet no sistema jurídico brasileiro. In: FERNANDES, R. V. D. C.; COSTA, H. A.; DE CARVALHO, A. G. P. *Tecnologia jurídica e direito digital:* I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FRIEDMAN, T. L. *O mundo é plano*: o mundo globalizado no séxulo XXI. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

GASSER, U.; BUDISH, R.; MYERS WEST, S. *Multistakeholder as Governance Groups*: Observations from Case Studies. Berkman Center Research, Cambridge, 2015. Disponivel em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549270>. Acesso em: 27 março 2018.

GIBBS, S. *Elon Musk leads 116 experts calling for outright ban of killer robots*. The Guardian, 2017. Disponivel em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/aug/20/elon-musk-killer-robots-experts-outright-ban-lethal-autonomous-weapons-war>.

GIBBS, S. *Uber pulls U-turn on controversial tracking of users after trip has ended*. The Guardian, Agosto 2017. Disponivel em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/aug/29/uber-u-turn-tracking-users-after-trip-ended-app-user-privacy-new-ceo>. Acesso em: 27 março 2018.

GOODMAN, M. *Future Crimes*. São Paulo: HSM Editora, 2015.

HARVARD LAW REVIEW. *State v. Loomis*, Boston, 2017. Disponivel em: <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>. Acesso em: 27 março 2018.

IBM. *6 Benefits of IoT for Hospitals and Healthcare*, 2017. Disponivel em: <https://www.ibm.com/blogs/internet-of-things/6-benefits-of-iot-for-healthcare/>. Acesso em: 27 março 2018.

ICANN. ICANN. *Site*, 2018. Disponivel em: <https://www.icann.org/>. Acesso em: 27 março 2018.

INTERNET SOCIETY. *Internet Governance*, 2017. Disponivel em: <http://www.internetsociety.org/what-we-do/internet-issues/internet-governance>.

KASPERSKYLAB. *WannaCry: o que você precisa saber*, 2017. Disponivel em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/wannacry-for-b2b/7324/>. Acesso em: 27 março 2018.

KENSKI, R. *Singularidade*. Superinteressante, São Paulo, 2016. Disponivel em: <https://super.abril.com.br/ciencia/singularidade/>. Acesso em: 27 março 2018.

KOOPS, B.-J. *Criteria for Normative Technology*. Tilburg University, 2007. Disponivel em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=%201071745>. Acesso em: 27 março 2018.

KRUPAR, F. *A match made in hell? Distributed Ledgers and Artificial Intelligence*, 2017. Disponivel em: <https://feed.itsrio.org/a-match-made-in-hell-distributed-ledgers-and-artificial-intelligence-aa38b2641daf>. Acesso em: 27 março 2018.

KUNER, C. et al. *The challenge of 'big data' for data protection*. International Data Privacy Law, Oxford, v. 2, n. 2, 2012.

LEMOS, R. *Curso sobre Marco Civil da Internet*: histórico. [S.l.]: [s.n.]. 2017.

LESSIG, L. *The Constitution of Code*: Limitations on Choice-based Critiques of Cyberspace Regulation. CommonLaw Conspectus, 1997.

LESSIG, L. *Code version 2.0*. [S.l.]: Amazon, 2006.

LINDOSO, M. C. B. Conflitos no uso da tecnologia do Big Data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, R. V. D. C.; COSTA, H. A.; DE CARVALHO, A. G. P. *Tecnologia jurídica e direito digital*: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MACASKILL, E. *WikiLeaks publishes 'biggest ever leak of secret CIA documents'*. The Guardian, Março 2017. Disponivel em: <https://www.theguardian.com/media/2017/mar/07/wikileaks-publishes-biggest-ever-leak-of-secret-cia-documents-hacking-surveillance>. Acesso em: 27 março 2018.

MICROSOFT. Schneider *Electric harnesses the sun to power remote Nigerian schools and clinics*, 2017. Disponivel em: <https://blogs.microsoft.com/transform/feature/schneider-electric-harnesses-the-sun-to-power-remote-nigerian-schools-and-clinics/#sm.0001wu94xi1fpecu11569oi7t4m36>. Acesso em: 27 março 2018.

MICROSOFT. *The need for urgent collective action to keep people safe online*: Lessons from last week's cyberattack, maio 2017. Disponivel em: <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2017/05/14/need-urgent-collective-action-keep-people-safe-online-lessons-last-weeks-cyberattack/#sm.000003khb86r9mehlpiuxwgjhzrel>. Acesso em: 5 maio 2017.

MICROSOFT. *Veja como a Microsoft IoT apoia a agricultura sustentável*, 2017. Disponivel em: <https://www.microsoft.com/pt-br/internet-of-things>. Acesso em: 27 março 2018.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES. *MCTIC anuncia diretrizes do Plano Nacional de Internet das Coisas nos próximos dias*, fevereiro 2017. Disponivel em: <http://www.mcti.gov.br/noticia/-/asset_publisher/epbV0pr6eIS0/content/mctic-anuncia-diretrizes-do-plano-nacional-de-internet-das-coisas-nos-proximos-dias>. Acesso em: 5 maio 2017.

MINISTÉRIO DA DEFESA. *Comando Conjunto na Defesa Cibernética*, 2017. Disponivel em: <http://www.defesa.gov.br/noticias/30417-comando-conjunto-na-defesa-cibernetica>. Acesso em: 27 março 2018.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Desarmamento nuclear e não proliferação*, 2018. Disponivel em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/146-desarmamento-nuclear-e-nao-proliferacao-nuclear>. Acesso em: 27 março 2018.

MIT. *Moral Machine*. Site, 2017. Disponivel em: <http://moralmachine.mit.edu/>. Acesso em: 20 dezembro 2017.

MUKHERJEE, S. *A.I. versus M.D.* The New Yorker, New York, 3 abril 2017. Disponivel em: <https://www.newyorker.com/magazine/2017/04/03/ai-versus-md>. Acesso em: 27 março 2018.

NETMUNDIAL. *Global Multistakeholder Meeting on the Future of Internet Governance*, 2014. Disponivel em: <http://netmundial.br/about/>. Acesso em: 2018.

OLIVEIRA, C. E. G. D. Credit Scoring e Big Data no regime jurídico brasileiro. In: FERNANDES, R. V. D. C.; COSTA, A.; CARVALHO, A. G. P. D. *Tecnologia jurídica e direito digital*: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

O'NEIL, C. *Weapons of Math Destruction*. New York: Broadway Books, 2016.

ONU. *Assembleia Geral da ONU aprova resolução de Brasil e Alemanha sobre direito à privacidade*, 2013. Disponivel em: <https://nacoesunidas.org/assembleia-geral-da-onu-aprova-resolucao-de-brasil-e-alemanha-sobre-direito-a-privacidade/>. Acesso em: 27 março 2018.

ONU. *UNICRI Centre for Artificial Intelligence and Robotics*, 2017. Disponivel em: <http://www.unicri.it/in_focus/on/UNICRI_Centre_Artificial_Robotics>. Acesso em: 27 março 2018.

PARANÁ. *Ação Penal n. 504686367.2016.4.04.7000/PR*, 2017. Disponivel em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/SENTENAHASHTAGINTEGRA.pdf.pdf>. Acesso em: 27 março 2018.

PAYÃO, F. *Urnas eletrônicas: falhas, vulnerabilidades e fraudes do mesário*. Tecmundo, 2017. Disponivel em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/122152-urnas-eletronicas-falhas-vulnerabilidades-fraudes-mesario.htm>. Acesso em: 20 dezembro 2017.

PEW RESEARCH CENTER. *Globally, Broad Support for Representative and Direct Democracy*. New York. 2017.

PWC. *Will robots steal our jobs? The potential impact of automation on the UK and other major economies*, Londres, 2017. Disponivel em: <https://www.pwc.co.uk/economic-services/ukeo/pwcukeo-section-4-automation-march-2017-v2.pdf>. Acesso em: 27 março 2018.

PZREWORSKI, A. *Democracy and the limits of self-government*. New York: Cambridge University Press, 2010.

RIZÉRIO, L. *Bitcoin*: a enxurrada de más notícias que leva à nova queda livre e perda de US$ 550 bi das criptomoedas. Infomoney, 2018. Disponivel em: <http://www.infomoney.com.br/mercados/bitcoin/noticia/7251944/bitcoin-enxurrada-mas-noticias-que-leva-nova-queda-livre-perda>. Acesso em: 27 março 2018.

RUSSELL, S.; DEWEY, D.; TEGMARK, M. *Research priorities for robust and beneficial artificial intelligence*. Future of Life Institute, 2017. Disponivel em: <https://futureoflife.org/ai-open-letter/>. Acesso em: 27 março 2018.

SAMPLE, I. *'It's able to create knowledge itself':* Google unveils AI that learns on its own. The Guardian, Londres, 2017. Disponivel em: <https://www.theguardian.com/science/2017/oct/18/its-able-to-create-knowledge-itself-google-unveils-ai-learns-all-on-its-own>. Acesso em: 27 março 2018.

SAMPLE, I. T*he algorithms that are already changing your life*. The Guardian, 2017. Disponivel em: <https://www.theguardian.com/science/2017/nov/03/from-health-to-crimefighting-ai-has-brought-us-to-the-threshold-of-a-new-era>. Acesso em: 27 março 2018.

SCHERER, M. U. *Regulating artificial intelligence systems:* risks, challenges, competencies, and strategies. Harvard Journal of Law & Technology, 2016. Disponivel em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2609777>. Acesso em: 27 março 2018.

SCHULZ, W.; DANKERT, K. *'Governance by Things' as a challenge to regulation by law.* Internet Policy Review, 5, n. 2, 30 junho 2016. Disponivel em: <https://policyreview.info/articles/analysis/governance-things-challenge-regulation-law>. Acesso em: 27 março 2018.

SENADO FEDERAL. *Atividade Legislativa: Projeto de Lei do Senado n. 330 de 2013*, 2018. Disponivel em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113947>. Acesso em: 27 março 2018.

SENADO FEDERAL. *Inclusão em grupos virtuais deverá ter consentimento prévio de internauta*, fevereiro 2018. Disponivel em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/02/07/inclusao-em-grupos-virtuais-devera-ter-consentimento-previo-de-internauta>. Acesso em: 27 março 2018.

SHANAHAN, M. *The Technological Singularity*. [S.l.]: MIT Press, 2016.

SOCIEDADE NACIONAL DA AGRICULTURA. *Sistema ajuda a reduzir gasto de água na irrigação*, 2014. Disponivel em: <http://sna.agr.br/embrapa-desenvolve-sistema-para-reduzir-gasto-de-agua-na-irrigacao/>. Acesso em: 27 março 2018.

TASHEA, J. *Courts are using AI to sentence criminals. That must stop now*. Wired, 2017. Disponivel em: <https://www.wired.com/2017/04/courts-using-ai-sentence-criminals-must-stop-now/>. Acesso em: 20 dezembro 2017.

TEMÓTEO, A. *Bitcoin causa euforia e preocupação; valorização é de 1.500% em 2017*. Correio Braziliense, 2017. Disponivel em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/12/12/internas_economia,647223/o-que-e-bitcoin.shtml>. Acesso em: 27 março 2018.

TERRA. *Fog Computing é o novo paradigma para a Internet das Coisas, diz Cisco*, 2017. Disponivel em: <http://cio.com.br/tecnologia/2017/01/23/fog-computing-e-o-novo-paradigma-para-a-internet-das-coisas-diz-cisco/>.

THE GUARDIAN. *I asked Tinder for my data. It sent me 800 pages of my deepest, darkest secrets*, 2017. Disponivel em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/26/tinder-personal-data-dating-app-messages-hacked-sold>.

THE NEW YORK TIMES. *Sent to Prison by a Software Program's Secret Algorithms*, 2017. Disponivel em: <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html>.

UNCTAD. *Data protection regulations and international data flows:* Implications for trade and development, New York, 2016. Disponivel em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlstict2016d1_en.pdf>. Acesso em: 27 março 2018.

VIOLA, M. *Marco Civil da Internet*. Encontro sobre PLs de proteção de dados pessoais e direito ao esquecimento. Rio de Janeiro: [s.n.]. 2017.

WANG , Y.; KOSINSKI,. *Deep neural networks are more accurate than humans at detecting sexual orientation from facial images.* Journal of personality and social psychology , 2017.

WONG, J. C. *Mark Zuckerberg accused of abusing power after Facebook deletes 'napalm girl' post*. The Guardian, Setembro 2016. Disponivel em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/08/facebook-mark-zuckerberg-napalm-girl-photo-vietnam-war>. Acesso em: 27 março 2018.

WORLD SUMMIT ON THE INFORMATION SOCIETY. *Tunis Agenda for the Information Society*. [S.l.]. 2005.

O USO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO FORMA DE REGULAMENTAÇÃO INDIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: APOSENTADORIA ESPECIAL POR INSALUBRIDADE

Matheus Alves Barcelos da Cruz

RESUMO

Os questionamentos que orbitam sobre a problemática da atuação proativa do Poder Judiciário não é algo atual. No entanto, no que diz respeito à prolação de precedentes obrigatórios, trata-se de matéria de discussão novidadeira e relevante, uma vez que com o Novo Código de Processo Civil em 2015, percebe-se maior respeito aos motivos determinantes da sentença. Com o advento do constitucionalismo, aplica-se à atuação judicial maior respeito aos valores da Constituição, consequentemente impondo-os normatividade frente ao ordenamento jurídico subalterno. Soma-se a isso a tendência juspositivista do Judiciário, o que, de fato, pode criar um verdadeiro conflito entre as convicções que se tem à respeito dos princípios da segurança jurídica e da máxima eficácia da norma constitucional. Nesse sentido, parece que a sistemática de precedentes trazidas com o novo diploma legal busca conferir equilíbrio aparente contraposição dos valores. É neste amplo contexto de debate sobre a legalidade da prolação de precedentes e a omissão legislativa inconstitucional, na regulamentação do exercício de direitos fundamentais que possuem sua norma instituidora dotada de eficácia limitada em face da sua garantia de exercício, que se insere a problemática desta pesquisa.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Constitucionalismo; Democracia; Judiciário; Legislativo; Omissão Legislativa; Crise de Representatividade; Direitos Fundamentais; Construção do Direito.

ABSTRACT

The issues surrounding the Judiciary proactivity are not new. However, regarding the provision of mandatory precedents, this is a current and relevant discussion, due to the advent of the new Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, there is a greater respect for the purpose of the sentence. With the advent of constitutionalism, a greater respect for the constitutional values are applied to the judicial action, consequently imposing normativity on the subordinate legal system, adding to this the legal positivism tendency of the Judiciary, what could create a real conflict between the convictions one has about the principles of the legal certainty and the maximum effectiveness of the constitutional norm. In this sense, it seems that the systematics of precedents brought by the new legislation aims to balance the apparent opposition of values. It is in this broad context of debate about the legality of the precedents and the unconstitutional legislative omission, in regulating the exercise of fundamental rights that have its establishing norm limited by the effectiveness of its guarantee of exercise, that this research is based.

Keywords: Judicial Activism; Constitutionalism; Democracy; Judiciary; Legislative; Legislative omission; Crisis of Representation; Fundamental rights; Construction of Rights.

1 INTRODUÇÃO

Em um contexto democrático, no qual o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos direta ou indiretamente, faz se necessário compreender a constitucionalidade quando da prolação de precedentes em matérias afetas às normas constitucionais de eficácia limitada, cuja regulamentação é deficiente pelo Poder Legislativo. Uma vez que tal atividade impacta de forma coletiva à toda sociedade e também individualemnte, é fundamental conhecer os parâmetros para aferição da legalidade dessa construção jurisprudencial.

Do princípio da legalidade previsto no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal (CF/88), decorre a existência do sistema baseado na normatividade, ao estabelecer que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", característica do Estado de Direito. Sabe-se, entretanto, que cabe ao Poder Judiciário a fiscalização e freio do exercício do poder de *imperium*[1] e

[1] Atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (ius imperii), não intervindo a vontade dos administrados para sua prática. Como exemplo, os atos de

dominium[2] característico do próprio Estado e de sua soberania. Com isso, faz-se com que as tomadas de decisões do Estado estejam adstritas aos limites da lei (DANTAS, 2016), obrigando-o a agir dentro dos limites que definem as competências e mantêm o regular funcionamento das funções estatais de legislar, administrar e julgar.

Por este motivo não se tem claro em que medida o Judiciário possui a referida capacidade para criar e estabelecer estes parâmetros de exercício de direitos fundamentais carentes de regulamentação sem que haja a extrapolação dos limites de sua atuação. Isso porque, aparentemente, se contrapõem os princípios da legalidade e da máxima eficácia do constitucional e seus direitos fundamentais, uma vez que se discute a eventual atuação legislativa do Poder Judiciário.

Para os fins desta pesquisa, deve-se observar que o Estado já possui legitimidade social para a execução de seus atos típicos, seja por meio de órgãos ou dos próprios poderes, e verificar se, em sua prática, os limites impostos pela separação de Poderes foram respeitados (art. 2º da Constituição). Na presente monografia busca-se compreender se as competências constitucionais estão sendo respeitadas quando da prolação de precedente obrigatório que versa sobre direitos fundamentais que possuem eficácia limitada e depende, em alguma medida, de regulamentação para o seu exercício.

Busca-se compreender se a sociedade tem alcançado o retorno devido das instituições estatais, responsáveis pela manutenção do regime democrático, seja pela produção legislativa, pela aplicação da norma, ou ainda pela convergência das competências em prol do exercício de direitos (MARINONI, 2014, p. 138).

Não se pode olvidar que a aprovação de normas jurídicas pelo legislador sobre determinados assuntos frequentemente demanda tratativas que perduram por

polícia (apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação etc. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 187)

[2] [...] é comum, de um lado, a referência ao domínio público no sentido dos bens que pertencem ao domínio do Estado ou que estejam sob sua administração e regulamentação. Nesse caso, o adjetivo público fica entrelaçado à noção de Estado, a quem é conferido um poder de dominação geral. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 1.235)

longos períodos de tempo, próprios do devido processo legislativo. Por outro lado, também não se pode esquecer que as demandas apresentadas pela sociedade ao Poder Judiciário não podem ficar ilimitadamente sem respostas (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição). E, em razão da morosidade do Poder Legislativo em prover estas normas jurídicas, frequentemente se observa que as razões que levaram as partes à lide se dá pelo conflito de interesses que deveriam estar regulamentados por determinado provimento legislativo. Por consequência da omissão e o advento de oposições de interesses, os litígios serão dirimidos pelo Poder Judiciário.

A despeito da sua previsão na norma constitucional, as normas com eficácia limitada têm aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, uma vez que somente incidem plenamente após uma normatização ulterior por parte do legislador.

Para José Afonso da Silva a classificação da eficácia de uma norma se divide em três subespécies graduais de autonomia para produção de efeitos. A primeira produz efeitos instantâneos à promulgação da Constituição, bastando sua presença no texto constitucional para que os efeitos pretendidos sejam postos em prática, enquanto a última, em escala de gradação, possui características de dispositivos legais que são inteiramente inservíveis individualmente, necessitando de posterior atenção do legislador derivado.

Com relação as normas constitucionais de eficácia limitada, essa posterior atividade do Poder Legislativo necessita de mais ou menos tempo, a depender das predileções de momento dos representantes do povo, deixando, por vezes, a sociedade, que é destinatária final de toda a sistematização das normas, em estado de vacância normativa até que esta seja suprimida por meio da edição da lei que assegura eficácia plena ao exercício dos direitos.

A atuação do Poder Judiciário, no entanto, vem sendo frequentemente questionada a respeito da legalidade de seus atos, uma vez que, sob o pretexto de se estar fazendo justiça e de estarem atendendo às necessidades da sociedade, os limites

das competências institucionais vêm, gradativamente, caldeando-se, dificultando a identificação do limiar para suas atuações.

A presente pesquisa se justifica na medida em que busca identificar os principais efeitos do protagonismo adotado pelo Poder Judiciário por meio de seus órgãos jurisdicionais, e também por investigar os limites desta atuação. Isso porque, em tese, se trata de fixação de normas gerais de condutas com efeitos concretos ao indivíduo, ainda que indiretos, dado que, uma vez que prolatado o precedente por órgão colegiado, este vincula apenas os órgãos jurisdicionais a ele subordinados a adotarem o mesmo posicionamento.

Em última análise, este estudo busca compreender se o corpo político Estado, por meio da jurisdição constitucional democrática, vem assegurando à sociedade o efetivo exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição dentro dos limites impostos pela separação estatal de Poderes.

Pensando nisso, o estudo dos precedentes obrigatórios demandará a exploração qualitativa de bibliografia pertinente às unidades teóricas conformadoras do objeto deste trabalho, de ordem nacional e estrangeira, visando amparar a criação do conhecimento crítico necessário para se chegar em uma resposta coerente frente à problemática trazida pela pesquisa.

No primeiro capítulo será realizado um estudo sobre o direito previdenciário como um direito fundamental, dando especial enfoque ao direito de aposentadoria especial, que, muito embora esteja previsto na CF/88, para o seu exercício é necessária a regulamentação e a imposição de limites objetivos pelos poderes constituídos.

Passo seguinte a esta construção do arcabouço acerca do direito material, necessário para a prospecção do conhecimento acerca do tema, no segundo capítulo será explorado o que foi assentado no julgamento do RE 797.905/CE com o objetivo de verificar, na prática, a aplicação das informações anteriormente apresentadas. Será identificada a *ratio decidendi* dos votos conformadores do caso concreto, bem

como a tese jurídica firmada em abstrato, que servirá de orientação para o julgamento de casos futuros que se amoldarem aos fatos e ao direito enfrentado no caso paradigma.

Ainda no segundo capítulo, igual tratamento será dado ao sistema de precedentes obrigatórios instituído com o advento no Novo Código de Processo Civil (NCPC – Lei n. 13.105/2015), especialmente quanto aos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a teoria que o permeia.

No terceiro capítulo, será realizado um estudo sobre a divisão dos poderes na Constituição Federal, bem como a evolução desta repartição até os dias atuais e seus reflexos nas competências destes Poderes, essencialmente no que tange à observância da máxima eficácia dos normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais.

Espera-se que reste comprovado a tese inicial de que a estabilização de precedentes obrigatórios por parte do Poder Judiciário configura uma atuação que usurpa as funções típicas do poder Legislativo. Neste caso, eventualmente será proposto forma de solução do desalinho institucional observado.

Para tanto, buscando responder os questionamentos concernentes à legalidade da prolação de precedentes obrigatórios por parte do Poder Judiciário em matérias afetas a direitos fundamentais de eficácia limitada, esta pesquisa se utilizará da dogmática de uma pesquisa teórica para construir o arcabouço argumentativo, se utilizando do estudo da doutrina engajada na temática, bem como da legislação pertinente.

Por fim, soma-se ainda à metodologia adotada a ilustração, por meio do estudo de caso para demonstrar, no caso concreto, das conclusões inerentes à pesquisa científica, bem como da doutrina e legislações pertinentes ao caso a fim de se chegar à resposta que do questionamento inicial.

2 O DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL

2.1 Natureza jurídica

Para a total compreensão desta pesquisa, que se presta a responder a indagação que se faz quanto a legalidade da atuação do Poder Judiciário quando da prolação de precedentes obrigatórios que versam sobre direitos fundamentais cuja norma instituidora é de eficácia limitada, é necessário esclarecer outra premissa: O que é um direito fundamental?

É sabido que, no decorrer da história, a sociedade elegeu e implementou direitos que devem ser garantidos a qualquer homem em razão de sua própria qualidade e condição humana. Direitos cujo conteúdo é tão necessário que garantem condições mínimas para a sobrevivência e manutenção até mesmo da própria subsistência. Esses direitos são, quase sempre, advindos de lutas sociais que representaram, de alguma forma, um avanço em face ao poder do Estado em favor das liberdades individuais e melhores condições de vida.

> O reconhecimento dos direitos naturais do homem, porém, não basta por si só para assegurar ao seu respeito. Este precisa ser garantido contra a tendência ao abuso que tão frequentemente se apossa dos Governantes. Para isso a declaração de direitos se completa com os enunciados das garantias que protegerão os referidos direitos, enunciados este que a constituição formaliza. (FERREIRA FILHO, 1990, p. 41)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que “os direitos fundamentais (na sua primeira fase), nos termos em que o pacto os preserva, constituem limitação ao Poder”, portanto, constituem formas de defesa da sociedade em face as ambições do Estado. Quanto à sua garantia, também em face das predições estatais assevera que: “o Poder Político, estabelecido pela Constituição, nada pode contra eles” (FERREIRA FILHO, 1990, p. 6). Acontece que, a despeito de serem normas estabelecidas pelo próprio Estado, estas também possuem a característica de essencialidade. Uma vez que visam a proteção do indivíduo elas estão salvaguardadas de alterações que visam apenas predileções do Poder estatal. Não

podendo este, em favor próprio, mitiga-los por qualquer motivo, senão para melhorar a condição social.

> O termo '*direitos fundamentais'* se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direitos constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão '*direitos humanos'* guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinado ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempo, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (SARLET, 1996, p. 31)

Ainda sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho observa a localização dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico: "Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direito jurídico-positivamente vigente numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exato dessa positivação jurídica é a Constituição". (CANOTILHO, 1998, p. 353). Isto porque a Constituição de um Estado é resultado de um projeto social elaborado pelos constituintes originários, que tornam dinâmicas as instituições, por meio de normas que espelham as necessidades sociais, e institucionalizam princípios impessoais em defesa dos fundamentos democráticos.

Paulo Bonavides afirma que, para criar pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade, devem ser nomeados todas as garantias e direitos no instrumento constitucional, bem como devem receber desta carta o status de imutável, ou pelo menos de mudança dificultada (BONAVIDES, 2016). Solidificando-se, assim, o entendimento de que os direitos fundamentais necessitam estar prescritos na Constituição para conferir-lhe o status de pressupostos de validade das demais normas subalternas.

Ingo Sarlet aponta que os direitos fundamentais assumiram papel de assegurar o cumprimento das garantias fundamentais e também de lastrear, com valores básicos e diretivos, a ação positiva do Estado, em que este, efetivamente, presta um serviço público, por exemplo. Destaca também que o principal

desdobramento desta função consiste na força normativa que, segundo ele, assegura instrumentalidade às garantias fundamentais.

Deste modo, os direitos fundamentais, incluídos na Constituição, respeitando princípios garantistas, pois protegem os indivíduos, tal como o da supremacia da Constituição, possuem o condão de manutenção da ordem jurídica democrática, e serão diretamente responsáveis por nortearem a criação, a aplicação e também a intepretação de normas jurídicas subalternas, infraconstitucionais. De José Joaquim Gomes Canotilho vem este posicionamento, conforme excerto a seguir:

> igualmente vinculada à dimensão objetiva, e que, além disso, demonstra que todas as funções dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva jurídico-objetivo, quanto na dimensão subjetiva, guardam direta conexão entre si e se complementam reciprocamente (embora a existência de conflitos), poder ser genericamente designada de função organizatória e procedimental. Neste sentido, sustenta-se que, a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível extrair consequências não só para a aplicação e intepretação das normas procedimentais, mas também par a uma formatação dos direitos organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução de seu significado e conteúdo material. (CANOTILHO, 2013, p. 186)

Daí decorre que garantias fundamentais possuem o condão de instrumentalizar o direito constitucional, por consequente, o ordenamento jurídico. Deste modo, as garantias fundamentais são normas presentes na Constituição que, não obstante também garantirem a proteção das funções estatais, também asseguram a proteção do indivíduo em face destas mesmas funções estatais, impondo-as limites objetivos de atuação, portanto, configurando, sobretudo, um meio de defesa.

O direito constitucional brasileiro, desde a Constituição de 1824 tem dedicado atenção às garantias fundamentais, introduzindo desde então, conceitos que induzem esta dupla proteção à sociedade por meio dos controles exercidos pelas funções estatais, nos limites de suas competências. Ivo Dantas faz um breve apanhando histórico acerca da passagem desta categoria de direito em nossas constituições.

> A Carta Politica Imperial de 1824, a matéria ocupava o Titulo VIII, denominado "Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros" compreendido nos arts. 173 a 179, e dos quais apenas o último deles, compostos por 35 itens, preocupava-se com Direitos e Garantias.
>
> A Constituição de 1891, em seu Título III, dedicado à Declaração de Direitos, regulava a matéria no Cap. II, arts. 72 a 78, enquanto que a Constituição de 1937 tratava "Dos Direitos e Garantias Individuais" nos arts. 113 e 114. A Carta de 1937 ressalvava-lhe os arts. 122 e 123, embora se saiba que, na pratica, foi letra more.
>
> O art. 141 em seus 38 parágrafos e incisos I a IV, além dos arts. 142, 143 e 144 da Constituição de 1946 eram referentes aos "Direitos e Garantias Individuais", enquanto que no texto de 1967 em sua redação originária e após a Emenda Constitucional 1/69, apontam-se os arts. 140 e 153 respectivamente.
>
> Por fim, a Constituição de 1988 inovou profundamente, o tratamento da matéria, inclusive, modificando até mesmo, a terminologia utilizada. Neste sentido, utiliza o texto constitucional a expressão "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", frente a qual constata-se a omissão da palavra Garantias, em uma falha que deve ser destacada, sobretudo, em razão de que aquelas sem encontram incluídas ao longo de vários inciso do art. 5º. (DANTAS, 2016, p. 118)"

Na CF/88 se verifica especial tratamento quanto aos direitos fundamentais, onde se observa, sem prejuízo de outros que possam se encontrar de forma esparsa pelo texto, um título inteiro denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* que conta ao todo com sete artigos, seis parágrafos e 109 incisos, todos visando garantir, de imediato, o vigor e a defesa destes direitos.

No entanto, obrigatória se faz a distinção havida entre direitos e garantias fundamentais. Carlos Sánches Viamonte é categórico ao afirmar que "garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, aramado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política" (VIAMONTE, 2010, p. 1)

De Ruy Barbosa vem o contraste havido entre direitos e garantias fundamentais que melhor esclarece tal distinção, que o faz com severa crítica e

insurgência contra a inadvertência dos juristas que ao utilizar os conceitos como sinônimos. Tal conceito, inclusive foi adotado pelo *grand dictionnaire littré:*

> A confusão, que é irrefletidamente se faz muitas vezes entre direito e garantia, desvia-se sensivelmente do rigor cientifico, que deve presidir à interpretação dos textos, adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de a ocorrência mais ou menos fácil. (BARBOSA R. , 1893, pp. 193-194)

Assim, para finalizar a distinção, Rui Barbosa ainda conceitua garantias fundamentais, afirmando, ainda, que estas devem ser compreendidas em dois níveis graduais de sentido:

> vem a serem acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalanceada e simultâneo das suas prerrogativas;
>
> em sentido estrito, se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizada pelos autos de nossa Lei Fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana. (BARBOSA R. , 1999, p. 273).

Por fim, a respeito destas classes de direitos e garantias fundamentais, outras características ressaltam sua importância, sua rigidez e garantia de proteção e aplicação. São vedadas as tentativas de abolição, até mesmo por emenda constitucional (art. 60º, §4, IV da CF/88), de qualquer um deles.

Por mais que não garanta, de imediato, eficácia de direitos fundamentais, em razão da classificação de J.J. Canotilho, a Constituição Federal (art. 5º, §3º da CF/88) impõe o vigor da norma. O que assegura a fundamentação dos atos praticados em defesa destes direitos, ainda que sejam carentes de plena eficácia.

Importante esclarecer que o recorte desta pesquisa, o direito à aposentadoria, por si só se caracteriza como um direito fundamental pelas qualidades que lhes são próprias, uma vez que é abalizado como um destes direitos considerados fundamentais à boa convivência entre o Estado e a sociedade e entre os próprios

integrantes. O direito a aposentadoria, seja ela por quaisquer motivos elencados na CF/88, integra um conjunto de direitos que, juntos, formam o sistema de previdência social brasileiro.

A previdência social, no entanto, prevista na CF/88, em seu art. 6º, geograficamente localizado no *Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, no capítulo que trata *Dos Direitos Sociais*, é classificada como um sistema de garantias sociais, portanto, indissolúvel ao indivíduo. Impossível, deste modo, a sua abolição no texto constitucional, bem como aplicável de forma imediata, conforme prevê a Constituição.

Historicamente, a previdência social se caracteriza como um tradicional mecanismo de proteção diante das adversidades da vida do ser humano, tais como a fome, doenças, acidentes e até mesmo a velhice. Este instituto é considerado, no direito positivo brasileiro, como componente da seguridade social. Por sua vez, se configura como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e também da própria sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos previdência e à saúde, conforme prescreve o art. 194 da CF/88.

> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
>
> Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos.

No entanto, conforme se observa em seu parágrafo único, compete ao Poder Público a organização e regulamentação, e que esta atividade deverá, além de observar os princípios gerais da administração, perseguir uma série de objetivos principiológicos que buscam conferir isonomia e equidade aos seus assegurados, dentre os quais se tem: *I - universalidade da cobertura e do atendimento*; *V - equidade na forma de participação no custeio* e *VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos*

colegiados. Segundo João Ernesto Aragonés Vianna estes princípios, adotados pela Constituição, são desdobramentos dos enunciados pela Organização Internacional do Trabalho, OIT, (VIANNA, 2014)

Deste modo, tem-se que a aposentadoria é apenas um dos direitos fundamentais que busca proteger o assegurado com benefícios em casos de adversidades, previsíveis ou não, a ser propiciado pelo Estado dentro do sistema previdenciário. Direito este que se caracteriza por ser fundamental e da ordem social, portanto, tipicamente de 2ª dimensão.

No entanto, considerando que a aposentadoria se trata de um direito com eficácia limitada, para que seus efeitos sejam plenamente exercidos, respeitando princípios como isonomia e dignidade da pessoa humana, é necessário que o poder público implemente a sua regulamentação, o que torna pertinente o estudo de sua situação legislativa.

2.2 Situação Legislativa

Segundo estudo publicado no sitio eletrônico do STF, originalmente, a Constituição possuía 245 artigos em seu texto. No entanto, com o passar dos anos e a atuação dos Poderes estatais em seus misteres, especialmente no que diz respeito a sobrevinda de Emendas Constitucionais, mudanças em seu texto ocasionaram inclusões e exclusões de artigos, fazendo-a possuir atualmente 250 artigos[3].

Destes 250 artigos do texto constitucional, considerando os incisos, parágrafos e alíneas, a CF/88 possui cerca de 380 dispositivos passíveis de regulamentação e que, portanto, possuem eficácia limitada em razão da necessidade de regulamentação infraconstitucional. Deste total de 380 dispositivos passiveis de regulamentação, 263 já foram objeto de atividade legislativa. [4]

[3] NOTÍCIAS STF, *O STF e os 25 Anos da Constituição*, disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=250119

[4] CONSTITUIÇÃO FEDERAL: dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação, disponível em: http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm.

Deste modo, depois de transcorrido quase 30 anos desde a data em que fora promulgada, é possível verificar a existência de 117 dispositivos constitucionais que ainda não possuem devida regulamentação, e causam atritos nos Poderes Estatais constituídos quanto a sua vigência e aplicação.

Para os fins a que se presta esta monografia, deve-se ter em mente que os dispositivos constitucionais são dotados de eficácia, e por serem a base de todo o ordenamento jurídico gera efeitos concretos no mundo das coisas. Considerando que este texto se reveste da expressão política do Estado, as consequências de sua aplicabilidade merecem de um acurado estudo doutrinário para construir as bases do estudo.

Em primeiro momento, eficácia pode ser classificada quanto a sua capacidade de gerar os efeitos em dois planos, o jurídico e o social. Eficácia no plano social se refere à potencialidade que uma norma constitucional possui de ser observada pela sociedade à que se destina, sem a necessidade de maior coerção por parte do Estado.

Eficácia no plano jurídico, por sua vez, se refere à potencialidade jurídica que uma norma constitucional possui para produzir efeitos em maior ou menor grau no mundo das coisas, ou seja, há um aspecto coercitivo em que o Estado, no uso do poder de polícia, cria meios para lhes dar cumprimento e executoriedade. Ainda no plano jurídico de eficácia, as normas devem ser classificadas quanto a sua aplicabilidade no tempo e sua aptidão para produzir efeitos jurídicos entre seus destinatários. São assim as chamadas normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

> Normas constitucionais de eficácia plena – não necessitam de legislação integradora pois produzem todos os seus efeitos de plano; possuem aplicabilidade imediata. Todas as normas que atribuem competência (artes. 21, 25 a 29 e 30; 145, 153, 154 e 155.
>
> Normas constitucionais de eficácia contida – as que possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata até o advento de norma infraconstitucional que venha a conter a extensão do mandamento constitucional. Exs: art. 5º, VIII, XIII. Às vezes a

> contenção pode ocorrer em função de um conceito vago, tal como "ordem pública", "bons costumes" etc.
>
> Normas constitucionais de eficácia limitada – são as que necessitam de legislação integradora, pois não produzem seus efeitos de imediato; possuem aplicabilidade mediata. Dividem-se em:
>
> Normas const. de princípio institutivo – as que traçam esquemas gerais de órgãos ou entidades. Ex: art. 224
>
> Normas constitucionais de princípio programático- as traçam princípios a serem observados pelo legislador comum. Exs: arts. 196 (direito à saúde), 205 (à educação), 215 (à cultura), 227 (proteção à criança) (SILVA, 1998)

As normas constitucionais com eficácia jurídica limitada, conforme mencionado, podem ser classificadas como normas institutivas de eficácia limitada e normas constitucionais programáticas.

As normas institutivas também são chamadas de organizativas, uma vez que apenas possuem comandos de estruturação geral da instituição de determinado órgão, de modo que a referida organização deve ser realizada por outra norma infraconstitucional. À título de exemplo desta espécie de norma constitucional com eficácia limitada com características institutivas temos o art. 201 da CF/88, que organiza a previdência social em dois regimes de critérios para concessão.

As normas constitucionais de eficácia limitada que possuem característica de serem programáticas, por seu turno, são normas que, literalmente, estabelecem programas que devem ser implantados por determinado ente ou instituição, objetivando fins sociais, securitários, econômicos, educacionais, culturais, etc. O importante é que ao regulamentar o dispositivo, a *mens legis*[5] seja obedecida.

Em diversos casos parecidos que, embora se perceba a existência de um direito a ser exercido que necessite de uma ulterior regulamentação pelo Poder Legislativo, não se nota efetiva ação legislativa com o intuito de conferir a eficácia

[5] Segundo o doutrinador alemão Rudolph von Ihering, para se encontrar a mens legis, deve-se *procurar o pensamento da lei na alma do seu autor, passando por cima das palavras*. (IHERING, 1953). Portanto, pode-se dizer que a mens legis é o significado atribuído ao texto jurídico irrigado das intenções do legislador quando da sua produção.

pretendida pelo Constituinte Originário. Tal situação se caracterizada como abusiva, uma vez que impede que o indivíduo exerça seus direitos, portanto, deve ser coibida por meio da adoção de medidas previstas no ordenamento jurídico

Um exemplo de direito que não possui sua máxima eficácia que se pode mencionar, em razão de omissão legislativa, é o direito de greve dos servidores públicos, que, conquanto se note como um direito fundamental, presente no texto constitucional, seu exercício está vinculado a criação, pelo Poder Legislativo, de instrumentos que criem contornos objetivos para a aferição de sua legalidade. Para Ivo Dantas

> [...] se, de um lado, o Estado tem consigo instrumentos eficazes de Controle Social, de outro, os indivíduos são titulares de direitos públicos subjetivos que servem para limitar o abuso de poder. Assim, por exemplos, se ao Estado é dado o direito de desapropriar, de executar seus créditos, de criar tributos, enfim, de impor comportamentos, por outro lado é assegurado ao indivíduo opor-se a atos do poder público quando estes atinjam de forma ilegal, direitos a ele pertencentes, agindo, em tais circunstancias, através do Mandado de Segurança Individual ou Coletivo; do Habeas datas e Habeas Corpus. Do Mandado de Injunção e do Controle de Constitucionalidade das Leis e dos atos administrativos. (DANTAS, 2016, p. 99)

Tendo como base estas lacunas legislativas, reconhecidas pelo Poder Judiciário como omissões inconstitucionais[6], esta pesquisa se justifica ante a relevância de se dar maior eficácia às normas constitucionais, bem como pela necessidade de conferir à sociedade maior acesso aos direitos e garantias que porventura se encontram com eficácia ou pleno exercício mitigado em razão da inércia do Poder competente para se realizar tal atividade.

No que concerne ao direito de aposentadoria, classificado como direito fundamental, tal como anteriormente demonstrado no início deste capítulo, é preciso

[6] O sítio eletrônico do STF elenca um conjunto de 30 decisões, sendo a mais antiga delas de 1992, nas quais se declarou a mora do Legislativo e foi feita a notificação do órgão competente, cujas matérias ainda estão pendentes de regulamentação pelo Parlamento. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional, acesso em: 09 maio 2018.

estabelecer a atual situação legislativa e a sua aplicabilidade, especialmente na modalidade escolhida como recorte da pesquisa, aposentadoria especial por insalubridade.

Muito embora o art. 40 da CF/88 consigne que os servidores públicos dos Entes federativos estão assegurados pelo Regime Próprio de Previdência Social, RPPS, de caráter contributivo e solidário, estando estes, portanto, garantidos em caso de adversidades da vida, tal como o acometimento de doenças e acidentes, em razão do pagamento obrigatório deste seguro, a matéria não se encontra em sua máxima potência de eficácia.

A Constituição, no entanto, traz balizas gerais que regem o sistema previdenciário dos Entes Federativos. José dos Santos Carvalho Filho, quando da disposição acerca das características da autonomia político-administrativa, afirma que cabe ao ente federativo a regulação que disciplina e identifique a natureza estatutária dos servidores públicos a ele vinculado (CARVALHO FILHO, 2005), bem como questões afetas a administração dos regimes que, porventura, a União, Estado, Municípios e o Distrito Federal estabeleça aos seus segurados.

Todavia, não está dentro desta autonomia política-administrativo a discricionariedade para escolha dos critérios específicos para a concessão dos benefícios de aposentadoria dos servidores vinculados ao ente federativo. O artigo 40 da CF/88 garante o acesso destes desde que comprido os requisitos que agora transcrevo:

> II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015)
>
> III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
>
> a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de

> contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
>
> b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Com a leitura do parágrafo 4º do dispositivo retro se percebe que, muito embora seja vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo RPPS, apenas nas hipóteses de seus incisos, é possível a adoção de novos parâmetros para esta investidura.

> I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).
>
> II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
>
> III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Portanto, na modalidade de aposentadoria por insalubridade, inciso II, é possível a adoção de parâmetros de concessão diferentes da regra geral. Contudo, para que sua aplicação seja na máxima eficácia, a matéria necessita de provimento do Poder Legislativo que regulamente as exceções, visando a observâncias de princípios gerais que regem a administração pública, tal como os princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade.

No entanto, a despeito da existência da norma e a premente necessidade de regulamentação da matéria, até os dias atuais o dispositivo que trata das exceções, não possui sua eficácia em máxima potência. Isso porque, do contrário que se espera, o Poder Legislativo se manteve inerte em sua tarefa de suprir a lacuna existente e deixou que ao Poder Judiciário, em razão de interposição de diversos Mandados de Injunção, a tarefa de garantir o exercício claudicante.

A lacuna legislativa quanto aos direitos previdenciários do assegurados pelo RPPS, somada ao fato de boa parte da população brasileira se encaixar no perfil adequado para o exercício deste direito, demonstra a premente necessidade da

referida regulamentação. No entanto, o que se tem visto é a crescente judicialização de pedidos de aposentadoria especial por parte de servidores públicos submetidos à essas circunstâncias que, por ausência de regulamentação e conveniência do exercício de seus direitos, vem instando o Poder Judiciário a se manifestar acerca da legalidade para a concessão individual nos casos concretos postos.

O Poder Judiciário, em razão dos motivos que serão melhor abordados futuramente, firmou o entendimento de ser aplicável aos assegurados pelo RPPS, no que couber, todos as regras concernentes a aposentadoria especial do Regime Geral de Previdência Social, RGPS. Esta tese restou firmada após a elaboração da Súmula do STF de nº 33, que possui o fito de conferir maior homogeneização na aplicação do instituto por parte dos órgãos judicativos, bem como garantir o exercício do direito fundamental por parte dos servidores públicos.

> Súmula 33: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

A súmula fora firmada em razão do julgamento de caso representativo da relatoria da ministra Carmen Lúcia, o MI 975. No caso do julgado mencionado, a Ex.ma Ministra entendeu ser cabível a aplicação do art. 57 da lei 8.213/91 aos servidores públicos em razão do reconhecimento da omissão legislativa na matéria.

> Ementa: Mandado de injunção. Aposentadoria especial do servidor público. Artigo 40, § 4º, da Constituição da República. Ausência de lei complementar a disciplinar a matéria. Necessidade de integração legislativa. 1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91. (MI 795, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgamento em 15.4.2009, DJe de 22.5.2009)

Importante frisar que, originalmente, as regras previstas na Lei Complementar 8.213/1991 não são aplicáveis aos servidores públicos, uma vez que se destinam aqueles que se enquadram ao Regime Geral de Previdência Social, RGPS, regidos pelo decreto-Lei n. º 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis Trabalhistas- CLT). Portanto, considerando que o regime estatutário de contratação da administração é regido pela Lei 8.112/1990, não há que se falar em sua aplicação aos servidores por inadequação legal.

Deste modo, percebe-se o movimento do Tribunal no sentido conferir eficácia ao direito de aposentadoria dos assegurados pelo RPPS, se valendo de interpretação lógica e sistemática do ordenamento jurídico. Assim, a lacuna legislativa que afeta a aposentadoria especial tem seus efeitos abrandados pelo Poder Judiciário, que aguarda o fim da inércia do Poder legislativo, com a instituição dos seguintes parâmetros para a concessão da aposentadoria especial, nos termos da Lei 8.112/91:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.
>
> § 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
>
> § 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
>
> § 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

A atual situação legislativa e judicial do instituto da aposentadoria especial por insalubridade dos servidores públicos é marcada pela a utilização de um precedente vinculante obrigatório criado pelo STF, no qual foi reconhecida omissão inconstitucional e determinada a aplicação de regulamentação diversa a fim de garantir o exercício de um direito constitucionalmente previsto aos servidores públicos.

No RE n. 797.905 /SE, julgado à luz da sistemática da repercussão geral, o Plenário do STF reforçou o posicionamento de que deve ser aplicado aos servidores públicos, no que couber, os requisitos propostos aos trabalhadores regidos pela CLT quanto a aposentadoria especial por insalubridade.

Neste julgado mencionado, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, além de conferir eficácia *erga omnes* ao posicionamento do Tribunal quanto a aplicabilidade da norma subsidiária, o Plenário ainda afirmou que a omissão se deu ante a inércia conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que se trata de lei de iniciativa privativa do Presidente da República e posterior tratamento pelo Congresso Nacional.

Deve-se considerar que a regulamentação de normas constitucionais com eficácia limitada deve ser interpretada como garantia do respeito integral da Constituição, e que a ausência destas regras legais fomenta a procura jurisdicional pelos cidadãos para resolução de suas demandas e exercício de seus direitos. Para que a Constituição seja plenamente eficaz em suas normas, é necessário que estes dispositivos sejam regulamentados.

Em vista disso, no dia 05/10/2017, os, à época, Presidentes dos Poderes Legislativos e Judiciário, Rodrigo Felinto Ibarra Epitácio Maia e Cármen Lúcia Antunes Rocha, respectivamente, assinaram o protocolo de intenções pelo qual se comprometem a conjugarem esforços, cada qual no limite de suas respectivas

competências constitucionais, para promoção de ações destinadas a dar maior efetividade às normas constitucionais.[7]

A medida se dá justamente em razão da ausência de regulamentação de tantos dispositivos constitucionais que possuem eficácia limitada, mesmo depois de transcorrido 29 anos desde a promulgação da CF/88. Fora aventada a problemática de que a omissão legislativa, seja ela reconhecida ou não, vem estimulando a "terceirização" da regulamentação indireta de matérias pelo poder Judiciário, que por meio do manejo de remédios constitucionais adequados vem garantindo o exercício de direitos presentes na Constituição por via diversa da prevista originalmente.

Por fim, convém ainda mencionar que, diante do movimento para se aprovar no Congresso Nacional a reforma constitucional previdenciária, eventual aprovação da matéria, possivelmente causará mudanças no atual posicionamento quanto à aplicação deste instituto. A Proposta de Emenda à Constituição, PEC, de n. 284/2016, no ponto específico deste trabalho dispõe:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
>
> III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, vedada a

[7] Notícias STF: Solenidade para assinatura de protocolo de intenções entre STF e Câmara dos Deputados marca os 29 anos da CF/88, disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358194

caracterização por categoria profissional ou ocupação. ”
Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 [8]. (grifei)

Embora se note apenas uma sutil diferença na redação do inciso III do artigo 40 da Proposta de Emenda à Constituição, os resultados práticos podem ser profundos nas leis orgânicas que regulamentam categorias profissionais, uma vez que veda o reconhecimento dos requisitos ensejadores apenas pelo exercício de uma função ou de categoria profissional. O reconhecimento dos motivos ensejadores, portanto, deve ser realizado quando da solicitação do benefício pela Administração Pública.

Neste sentido, o estudo não apenas doutrinário, mas também prático, por meio da pesquisa de um julgado onde se discute o exercício de um direito fundamental com eficácia mitigada, é uma medida que se impõe, uma vez que se pretende observar a atuação do Poder Judiciário neste papel de garantidor de direitos, especialmente quando da prolação de precedentes obrigatórios.

3 ANÁLISE DE PRECEDENTE PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE Nº 797.905 COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Precedentes obrigatórios

A justiça brasileira tem dificuldade em dar eficácia aos princípios fundamentais da previsibilidade das decisões judiciais e da segurança jurídica, considerados pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, uma vez que inibem a prolação de decisões que visam o mero casuísmo e interesses privados. Estes princípios vão muito além da simples subsunção do fato à norma, vez que sua interpretação pode variar de acordo com o órgão julgador, o que não afastaria a instabilidade jurídica, objetivo se pretende sempre alcançar com a efetiva prestação jurisdicional.

[8] Proposta de Emenda à Constituição 287/2016.

Pode-se notar a importância do princípio da segurança jurídica para a sociedade como destinatária das decisões observando que, segundo Luiz Guilherme Marinoni, esta se caracteriza como sendo um *direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito* (MARINONI, 2010, p. 571), uma vez seu objetivo, segundo Roque Antônio Carrazza, é *preservar e proteger as justas expectativas das pessoas, diante de provimento jurisdicional, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais que frustrem a confiança depositada nas normas jurídicas* (CARRAZZA, 2009, p. 43).

Quanto ao direito de previsibilidade das decisões judiciais Jorge Maury Maia Nunes preleciona que a certeza do direito é fundamental ao homem, porque lhe permite saber qual a qualificação que poderá esperar para a sua ação ou para a ação dos demais (NUNES, 2007, p. 7), nesse prisma, tem-se que a previsibilidade, não só das decisões judiciais, mas do próprio direito, é essencial para o homem tome consciência de seus atos, de modo que este os adeque no sentido de gerar expectativas quanto suas consequências.

> Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos [...] Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. (CANOTILHO J. J., 2000, pp. 243-245)

Recentemente, com o advento do NCPC, um novo sistema de interpretação de normas ganhou importância no nosso ordenamento, uma vez que objetiva unificar entendimentos acerca de um determinado assunto. O sistema de precedentes visa a resolução de casos análogos por meio do julgamento de um caso concreto paradigma, vinculando aos novos casos não apenas a parte dispositiva da sentença, mas também a sua fundamentação, a *ratio decidendi*, conforme leitura dos arts. 926-928 do Código de Processo Civil.

No entanto, antes do prosseguimento desta pesquisa, se faz necessário uma pequena pausa para que seja posto alguns pressupostos básicos para a continuação. Aqui muito se tem falado sobre precedentes sem, contudo, indicar definições claras dos conceitos que permeiam a teoria dos precedentes.

Conforme observa Teresa Arruda Alvim Wambier *no Brasil, assim como nos pais de civil law, em geral, as decisões são decisões e não precedentes, necessariamente* (WAMBIER, 2014), necessária se faz, portanto, a distinção entre os conceitos de precedentes e decisão.

De forma apertada, um precedente é uma decisão judicial tomada em um caso concreto que pode vir a ser usada como razão de decidir em outros casos similares. Conforme observa Luiz Guilherme Marinoni, *uma decisão, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, constitui precedente que deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar*. (MARINONI, 2013, pp. disponível em e-book). Portanto, para que uma decisão seja considerada um precedente, seja ele obrigatório ou não, é necessário que o sujeito que o prolatou seja competente e dotado de autoridade para tanto e que o seja firmada tese jurídica aplicável a outros casos análogos.

Segundo Hélio Ricardo Diniz Krebs, Teresa Arruda Alvim afirma que *a parte da decisão que realmente vincula é a ratio decidendi.* (KREBS, 2015, p. 123). A razão de decidir é a tese de direito que se extrai do julgado em razão da intepretação da norma conjugada com os fatos postos no caso concreto.

Ao passo que os precedentes se configuram em decisões, cujo os processos foram submetidos à técnica processual da nova sistemática, nem todas as decisões prolatadas, seja ela por um juízo singular ou colegiado, se revestem do poder vinculativo do entendimento previamente firmado. Hermes Zanetti Júnior indica duas razões para que nem toda decisão constitua um precedente:

> Não será precedente a decisão que aplicar a lei não objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria

> força da lei não gera um precedente, pois a rega legal é uma razão determinativa, e não depende de força de precedente para ser vinculativo.
>
> A decisão não pode cita uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso precedente, e não da decisão no caso atual. (ZANETI JÚNIOR, 2014, pp. 8-9)

Assim, pode-se concluir que os precedentes obrigatórios, formalmente integrados no sistema jurídico brasileiro com o advento do NCPC, se caracterizam por ser uma técnica processual que visa conferir objetividade ao direito. Trata-se de procedimento no qual se insere determinado julgado representativo no sistema de precedentes obrigatórios com vistas a dirimir questão controvertida com grande repercussão social, resolve-o firmando uma tese jurídica geral e abstrata possível de aplicação em casos análogos.

Tal mecanismo causa impacto direto no trato dos casos por parte do Poder Judiciário, uma vez que como é de conhecimento público, quantitativamente falando, a Justiça brasileira se encontra em situação de total assoberbamento. [9] No entanto, uma vez que se trata de um caso paradigma a outros tanto, se observa maior debruçamento na matéria em busca de intepretações de normas legais visando conferir ao exercício do poder jurisdicional maior efetividade, segurança jurídica e celeridade.

Sabe-se que, não raro, a interpretação das normas em um mesmo lapso temporal, pode variar de acordo com os ditames de consciência do juiz e outras questões de fundo que influenciam no momento do exercício da atividade interpretativa. Pensando nisso, o NCPC autorizou apenas que tribunais, portanto, órgãos colegiados, pudessem firmar e conferir força vinculante e maior higidez aos seus precedentes, em razão do debate e argumentações que subsidiam a tomada de decisão.

[9] Sobre o tema, ler a pesquisa "Justiça em Números" do Conselho Nacional de Justiça. O Relatório Justiça em Números divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira.

Por isso, para se compreender e utilizar de forma correta o precedente, o agente que pretende pôr em pratica e exigir sua vinculação ao caso concreto deve considerar todas as situações de fato e de direito, bem como teses jurídicas que envolveram a construção da razão de decidir original.

Ao contrário do que possa parecer, a sistemática dos precedentes não se presta a conferir rigidez eterna a um posicionamento adotado em um caso concreto para outros análogos que ainda virão ao Poder judiciário. A sistematização processual dos precedentes adota algumas técnicas processuais para a manutenção do caráter hígido do precedente, seja pela sua superação e revisão ou a distinção entre o caso que se deu a origem e o análogo.

O *overrulling* (art. 927, §2 e 986 do CPC) garante a colegiado julgador, fundamentadamente, superar o posicionamento jurídico adotado, revogando-o tácita ou explicitamente, *quando se detecta a necessidade de mudança, ou porque (a) se considera agora, a norma errada; ou porque (b) se considera agora a norma errada, embora ela não estivesse errada quando foi criada* (WAMBIER, 2009, p. 7), como pondera Teresa Arruda Alvim.

A segunda razão levantada pela autora citada anteriormente se justifica na constante evolução da sociedade e a necessidade da sistematização de seus princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento jurídico. Por isso, em razão da convicção de que o direito precisa ser, antes de qualquer coisa, um reflexo da sociedade a que se destina, representando valores e ideais, afim de garantir alguma pacificação social.

De outra sorte, a técnica do *distinguishing*, por sua vez, é o método que o tribunal utiliza para a redução da aplicação do precedente originário. Este meio visa a consideração, pelo tribunal, das nuances e particularidades do caso análogo em detrimento da aplicação da regra geral estabelecida na tese jurídica do precedente.

> A regra do precedente não é abandonada, mas reformulada, levando em consideração características específicas do caso. Um exemplo interessante dado por Melvin A. Eisenberg: a

> regra é a de que *bargains are enforceable* (a parte pode ser obrigada a adimplir contratos não cumpridos). No caso, tem-se um negócio celebrado com um menor. O tribunal nunca decidiu se um negócio jurídico envolvendo menores é exequível. Pode ser formulada uma nova regra para excepcionar da regra geral a circunstância de um negócio ter sido celebrado com um menor, embora a regra geral continue valendo para todos os outros casos (WAMBIER, 2009, p. 7)

À título de exemplo desta última técnica, o *distinguishing*, temos o que decidido no RE 1.014.286/SP, que, em apertadíssima síntese, tal qual o julgado escolhido para estudo, busca o reconhecimento da aplicação da súmula 33 do STF ao caso concreto.

O enunciado da referida súmula dispõe sobre a aplicação da lei 8.213/91 aos assegurados pelo RPPS no que couber. A demanda visa o reconhecimento a aplicabilidade averbação do tempo de serviço aos autores, por serviços prestados em atividades insalubres para a obtenção de outros benefícios previdenciários.

Após todo o trâmite e análise pelos Tribunais competentes, o Plenário decidiu pela não aplicação no caso em razão do não amoldamento e alcance do enunciado da súmula 33, tal como no precedente firmado no RE com agravo e Repercussão Geral nº 797.905. Portanto, reduzido o campo de aplicação do precedente alegado, uma vez embora aplicável a lei, não é cabível para benefícios previdenciários, conforme ementa seguinte:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PEDIDO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADES EXERCIDAS SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS QUE PREJUDIQUEM A SAÚDE OU A INTEGRIDADE FÍSICA DO SERVIDOR, COM CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM, MEDIANTE CONTAGEM DIFERENCIADA, PARA OBTENÇÃO DE OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. **QUESTÃO NÃO ABRANGIDA PELO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE 33.** REITERAÇÃO DA CONTROVÉRSIA EM MÚLTIPLOS PROCESSOS. IMPACTO DA DECISÃO NO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DA PREVIDÊNCIA PÚBLICA. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE

> REPERCUSSÃO GERAL. (RE 1014286 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 20/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 17-05-2017 PUBLIC 18-05-2017) **(grifei)**

Assim, percebe-se que não há um enrijecimento *ad eternum* das decisões que versam acerca de um único tema que fora objeto de fixação de precedentes, baseada na razão de decidir do acórdão. É facultado apenas ao mesmo tribunal que firmou um determinado precedente, sempre baseado em uma razão de decidir, superar o seu próprio entendimento apoiado em uma nova posição jurídica acerca do tema. Sem embargos da necessidade de fundamentação em função da vinculação formal da nova tese jurídica.

Existem dois modelos predominantes de vinculação[10] do juízo julgador ao precedente alegado. O primeiro é o modelo de vinculação formal, que subordina plenamente o juízo da resolução da causa quando alegado um precedente de vinculação formal, estando o juiz adstrito a mera aplicação do precedente caso não seja alegado qualquer das técnicas de superação ou distinção.

A vinculação formal se caracteriza pela fiel subordinação do juízo *ad quem* que pretende utilizar para com o julgado. Em caso de desrespeito à precedente com vinculação formal em sede de sentença, cabe a reclamação (art. 988 do CPC), ou em caso de decisão interlocutória, embargos de declaração.

Interessante mencionar que, ainda sobre as hipóteses de cabimento da reclamação por inobservância de precedente com vinculação formal, o pedido da ação não será o novo julgamento da ação, sob pena de supressão de instância. Deverá ser analisado apenas a vinculação do juízo *a quo*, se houve obediência ou

[10] É valido esclarecer que toda decisão judicial e vinculante, ou seja, produz uma determinação a ser obrigatoriamente observada. Algumas decisões vinculam apenas as partes (eficácia Inter partes). Outras vinculam também terceiros que não são partes (eficácia erga omnes). Entretanto, a expressão "precedente vinculante" é utilizada pela comunidade jurídica como sinônimo de "precedente normativo", para referir-se a julgados que produzem efeitos não apenas vinculantes, mas também contra todos (erga omnes), obrigando, portanto, terceiros que não atuaram no feito (MELLO, 2015, p. 42)

não ao precedente firmado, o que em caso negativo, causa prejuízo a prestação jurisdicional.

Em se tratando de precedente com mera vinculação persuasiva, à parte que a tenha indicado não há meios cogentes para se induzir o julgador a acata-los, uma vez que se trata apenas de uma trivial orientação para auxiliar o livre convencimento do juiz, o que apenas está obrigado a justificar a não aplicação no caso concreto

> Um julgado pode, por outro lado, produzir um precedente de eficácia meramente persuasiva, ao manifestar um entendimento que obriga às partes de uma ação apenas, mas que não ter de ser obrigatoriamente observado pelos demais órgãos judiciais, no julgamento de casos diversos, ainda que tenham por objeto questão jurídica idêntica. O julgado com esse tipo de eficácia não é, de todo, irrelevante: presta-se para apoiar argumentativamente a defesa de uma parte ou um posicionamento judicial no mesmo sentido; demonstra que a tese de direito em que se funda já foi acolhida por um órgão judicial; pode dar ensejo a uma série de decisões e resultar na consolidação de uma linha jurisprudencial. Este tipo de eficácia contribui, em alguma medida, para a redução da indeterminalização do direito (MELLO, 2015, p. 42)

À título de suporte, abaixo tabela de que demonstra a hierarquia dos precedentes de vinculação formal e dos de vinculação persuasivas

Tabela 3 - Hierarquia dos Precedentes

VINCULAÇÃO FORMAL	VINCULAÇÃO PERSUASIVA
1º - STF em controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF) 2º - STF em Sumulas Vinculantes – administração pública 3º - STF, STJ em recursos repetitivos RE e Resp. 4º - Tribunais de Justiça em IRDR, Assunção de Competência e Sumulas Vinculantes Estaduais e TRF em IRDR e Assunção de Competência	1. Sumulas persuasivas emanadas do STF. 2. Sumulas persuasivas emanadas do Superior Tribunal de Justiça, STJ. 3. *Obter Dictum*

Fonte: Autor

Por fim, é mister reforçar que sumulas são, de fato, precedentes que, mesmo não se tratando de decisão prolatada por um julgador, mas sim, de um ato administrativo de redação de um enunciado, que traduz o entendimento de uma série de decisões que convergem num mesmo sentido, poderá assim, conferir a esta, vinculação formal, por meio sumula vinculante, ou ainda mantê-las apenas como sumulas meramente persuasivas

Isso porque, apesar das súmulas vinculantes e os precedentes se aproximarem do conceito de leis, uma vez que se tratam de normas gerais e abstratas com efeitos concretos, não se pode os confundi-los. Precedentes, em sentido lato, somente determinam a real forma de aplicação de uma prescrição legislativa. Pode-se, então, em falar em súmulas vinculantes com uma espécie do gênero precedentes em razão de suas características próprias.

Somente é possível a utilização de uma súmula, seja ela vinculante ou persuasiva, quando considerada todas as situações de fato, teses jurídicas que envolveram a construção deste entendimento, para só então realizar a adequação processual do enunciado com o caso concreto.

3.1 Fundamentos conformadores dos precedentes

3.1.1 Relatório em primeira instância

Trata-se de análise de acórdão prolatado em 14 de agosto de 2013 em sede de Recurso Extraordinário em demanda que, em sua origem, buscava aplicação subsidiária do artigo 57 e 58 da Lei 8.213/91 em razão de omissão legislativa. Uma vez existente enunciado de súmula vinculante a respeito do assunto, a discussão passou a cingir-se a respeito da imputação da mora ao Governador do estado de Sergipe ou ao Presidente da República

A princípio, o Tribunal de Justiça de Sergipe entendeu ser o Governador o responsável pela edição de normas regulamentadoras da concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos estaduais, conforme *obter dictum* extraído da decisão.

> Assim, deve ser aplicado o princípio da simetria, tendo o Governador do estado de Sergipe a iniciativa para legislar sobre a aposentadoria dos servidores públicos estaduais, sendo, portanto, parte legitima para figurar no polo passivo do presente mandado de injunção. (Sergipe. Tribunal de Justiça, 2013)

A desembargadora Maria Aparecida Santos Gama Da Silva, relatora do caso no tribunal de segunda instância afirmou, fundamentada no art. 24 da CF/88, que é competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios legislar sobre previdência social, restando a União a regulamentação geral de normas afetas a matéria. No entanto, considerando a inexistência desta norma geral, os estados podem exercer competência plena para atender suas peculiaridades (art. 24, §3 da

CF/88). Com isso, apontou o Governo do Estado como o agente omisso no que se refere a regulamentação do regime próprio de previdência de Sergipe.

No mérito, a relatora trouxe efetividade ao enunciado 33 da súmula do STF, elidindo, desta forma, os debates os debates e eventuais votos divergentes. Observa-se a utilização de uma espécie de precedente formulado pelo STF como razão de decidir adotada pela relatora, que julgou parcialmente o pedido para reconhecer a mora legislativa do Governador do estado de Sergipe, que no caso concreto se refere ao direito estabelecido da aposentadoria especial por insalubridade.

Inconformado com a decisão, por entender ser o Presidente da República o agente omissivo, a procuradoria do Estado de Sergipe se insurgiu em face ao *decisium* com o manejo do RE n 797.905, autuado em 27 de fevereiro de 2014, distribuído para a relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Intimadas para apresentarem contrarrazões do RE, a parte autora apenas se reportou inteiramente ao acórdão recorrido, uma vez que, em razão de sua alegada clareza e correção, dispensavam qualquer retoque.

3.1.2 Votos proferidos no Supremo Tribunal Federal

a) Voto Vencedor – Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Relator)

No voto proferido pelo relator, buscou-se, identificar o requisito de admissibilidade da repercussão geral da questão apontada, reconhecendo-a, em razão da potencialidade o tema ser objeto em diversas outras demandas que versarem a respeito do reconhecimento aos assegurados do RPPS os direitos e garantias inerentes ao assegurados pelo RGPS, bem como a análise do mérito que permeia a questão.

No mérito, o ministro também se baseou na força normativa do enunciado 33 da súmula do STF, aprovado no dia 09 de abril de 2014, para aplicar o posicionamento de ser aplicável, que assim dispõe:

> Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica.

O ministro ainda defendeu que, embora a compete ao STF julgar ações que versem a respeito de dispositivos com eficácia limitada de competência concorrente, uma vez que a matéria deve ser regulamentada uniformemente, em norma de caráter nacional, de iniciativa do Presidente da República. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013), e por isso, deve-se imputar a este a mora legislativa acerca da matéria afeta ao direito de aposentadoria especial por insalubridade dos servidores públicos.

Em seu voto, o Ministro apontou que a força normativa de um precedente vincula todo o Poder Judiciário e a administração pública, razão pela qual, sequer seria necessária a impetração do mandado de injunção para o exercício do direito, uma vez que garantido mediante a aplicação da eficácia *erga omnes* à tese firmada. Não obstante, manifestou-se pelo reconhecimento da repercussão geral do caso debatido nos autos visando reafirmar a jurisprudência da Corte no sentido de ser aplicável ao servidor público, em razão de reconhecida omissão inconstitucional, as regras previstas ao RGPS, bem como no sentido de reafirmar, também, que a inércia deve ser imputada ao Presidente da República.

Importante mencionar que o caso fora objeto de análise nos moldes que prescreve os art. 543-A e 543-B do NCPC, que dispõe sobre a o reconhecimento de repercussão geral do RE para o seu conhecimento da matéria pelo STF incluídos no diploma legal pela lei 11.418/2006. Deste modo, julgado em meio eletrônico, no plenário virtual, o Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou o Ministro Joaquim Barbosa.

No entanto, de acordo com o que dispõe o regimento interno do STF, decorrido o prazo de 20 dias, disposto no art. 334 do referido diploma legal, sem, contudo, que haja manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral (§1º, art. 334 do regimento interno do STF).

Da análise do acórdão, percebe-se que apenas o Min. Joaquim Barbosa não se manifestou a respeito da matéria, tão pouco do juízo de prelibação, razão pela qual, aplica-se a presunção de existência da dita repercussão geral ao caso, tal como anteriormente mencionado. No entanto, não se sabe o teor do posicionamento dos demais ministros, todavia, a julgar que por unanimidade o Tribunal reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, havendo apenas a menção da ausência de manifestação apenas do Min. Joaquim Barbosa, julga-se que os demais ministros acompanharam na integralidade o voto do relator, reputando-o vencido.

Por fim, para além de reafirmar a força normativa do enunciado 33 da súmula do STF, o precedente ainda conferiu ao caso concreto a repercussão geral no que concerne a competência para elaboração de normas regulamentadoras da Previdência Social, a fim de reconhecer a adesão dos casos semelhantes em que se discute o direito pertencente ao sistema previdenciário.

b) Voto Dissidente – Ministro Marco Aurélio Mello

Em se tratando de análise de precedentes, se faz mister, também, fazer o exame do voto divergente, uma vez que além de compor o próprio acórdão, nos moldes do art. 941, § 3º do NCPC, o voto divergente também aponta grau de incerteza da tese. Por este motivo, passo a decomposição do voto do Ministro Marco Aurélio, marcado pela divergência, no mérito do voto vencedor, *isso ajuda no desenvolvimento judicial do direito, ao estabelecer uma pauta a partir da qual se poderá identificar, a viabilidade de superação do precedente (art. 486, §1º, VI, e art. 927, §§ 2º e 4º do NCPC)* (DIDIER, 2016, p. 39).

Coube ao ministro Marco Aurélio, em sede de juízo de prelibação do RE, avaliar dentre outras questões processuais, o reconhecimento da existência de repercussão geral, nos moldes que prevê do art. 2º da lei 11.418/2006, que acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, então código de processo civil vigente, dispositivos que regulamentam o § 3o do art. 102 da Constituição Federal. Atualmente a matéria encontra respaldo no art. 1.035 do NCPC.

Por ocasião do voto, embora tenha preferido não se manifestar a respeito do mérito, o Min. Marco Aurélio sustenta que a defesa da competência dos demais entes Federativos para a regência da relação jurídica mantida com seus prestadores de serviço, *in verbis*:

> Está-se diante de tema que possui repercussão geral. No Plenário, venho sustentando que o artigo 40, § 4º, da Constituição Federal versa leis complementares, ou seja, dele consta a expressão no plural. A razão é muito simples: cumpre a estados e municípios a regência da relação jurídica mantida com prestadores de serviços. Mas essa óptica tem sido isolada.

Mesmo assim, quando no plenário físico, o Min. optou por manter seu posicionamento anteriormente mencionado, restando-o vencido.

3.2 O precedente firmado

Firmou-se o precedente no sentido de ser aplicável aos servidores públicos de todos os níveis federativos o enunciado 33 da súmula do STF, que assim dispõe:

> Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Assim, considerando que a razão de decidir deste julgado, se baseia na potencialidade que a norma possui de dar origem a outras tantas novas ações, bem como na competência e necessidade do Presidente da República de regulamentar uniformemente, em norma de caráter nacional, a matéria afeta ao direito de aposentadoria dos servidores públicos, extrai-se os seguintes dispositivos do acórdão

a) Imputasse ao Presidente da República a mora legislativa que incorre na omissão inconstitucional que concerne o §, 4º, art. 40 da CF/88; e b) Aplica-se ao servidor público no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Percebe-se que com esta técnica da aplicação do julgado na sistemática dos precedentes obrigatórios, maior robustez e fortalecimento para a chamada teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, que ocasiona a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Explico-me.

Embora se trate de hipótese que se refira a atuação precípua do STF em controle incidental de constitucionalidade (art. 102, III, da CF/88), via de regra, o RE, diverso do que ocorrer no controle abstrato de normas, que tem por parâmetro o controle constitucional em face a lei, exprime aos seus julgados eficácia *inter partes*. No entanto, tendo como marco histórico os julgados no STF dos casos de "Mira Estrela" e "Progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos" (RE 197.917 e HC 82.959/AC, respectivamente), observa-se a maior aplicação da eficácia *erga omnes* aos julgados com vistas a conferir força normativa à Constituição e exercício de guarda do STF sobre o texto constitucional.

Trata-se nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes de "autentica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, inc. X, da Constituição sem expressa modificação do texto" (MENDES G. F., 2004, p. 165). Ou seja, se o STF em sede de controle difuso declarar inconstitucionalidade, essa decisão disporá de efeitos gerais e abstrato, aplicáveis a todos, portanto, com eficácia *erga omnes*.

Dito tudo isso, convém mencionar que o verbete 33 da sumula do STF já possui proposta de alteração de seu enunciado. Visando conferir aplicabilidade,

também, aos assegurados pelo RPPS que possuem algum tipo de deficiência, deve passar a ser veiculado da seguinte forma:

> Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, incisos I e III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica

Trata-se de julgamento Proposta de Emenda Vinculante n 118, proposta pelo Procurador Geral da República que busca incluir no rol de legitimados a invocar a aplicação subsidiaria da lei n. 8.213/91 também aos servidores públicos portadores de deficiência.

O Ministro Ricardo Lewandowski (então Presidente) se manifestou pelo acolhimento da proposta, no que foi acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio. Afirmou que, à época da aprovação do Enunciado 33, observara-se que, com relação ao inciso I do § 4º do art. 40 da CF, pertinente aos portadores de deficiência, não haveria ainda processos suficientes para reconhecer-se uma jurisprudência consolidada.

No entanto, agora existiria a possibilidade de incluir na redação do verbete tal inciso I, porquanto a orientação jurisprudencial do STF teria se firmado no sentido de que também aos servidores públicos com deficiência deveriam ser aplicadas analogicamente as regras do regime geral da previdência social. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso.

Atualmente, visando conferir maior grau democrático ao verbete, fora expedido ofício ao Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Conade, para que se manifeste a respeito da inclusão do inciso I, do parágrafo 4º, art. 40 da CF/88, que dispõe que será aplicável ao servidor público portador de necessidades especiais regras diferenciadas para a concessão de aposentadoria, portanto, também observado inércia do Parlamento.

Percebe-se, deste modo, que a tendência de intepretação dos valores da norma serem aplicados aos casos concretos visam a garantia do exercício de direito

fundamentais. Por isso, com o fito de revestir de legitimidade a decisão que conferirá força normativa ao verbete, que incluirá outros legitimados a reivindicarem a aplicação subsidiaria da Lei 8.213/91, foram chamados a se manifestarem os interessados.

Posto todo este apertado panorama, necessário para situar o leitor quanto ao problema de pesquisa, há se considerar a importância do fiel cumprimento da Constituição e dos limites de atuação que ela impõe, principalmente entre os Poderes do Estado. Estas competências estabelecidas pela Lei Maior são acompanhadas de intensos entreveros em relação a atuação de cada um deles, visto que os limites desta separação funcional dos poderes por vezes não são bem claros.

A Teoria da Separação dos Poderes foi concebida em um contexto de abusos de reinados absolutistas, que Bonavides chama de *Caduca Sociedade de privilégios ainda presente no corolário da herança feudal enxertada no corpo da Monarquia absoluta, tal como um apêndice morto ou cadáver de uma ordem econômica extinta: a dos feudos medievais* (BONAVIDES, 2016, p. 28), e busca alcançar uma melhor atuação do Estado no gerenciamento dos interesses do bem comum.[11]

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES AO CASO CONCRETO.

4.1 Atuação dos Poderes Estatais.

Sendo o homem eminentemente racional, portanto social, naturalmente surgiu à compreensão da necessidade de um poder que pairasse acima das vontades individuais (SILVEIRA P. F., 1999, p. 18), Paulo Fernando Silveira inicia umas de suas obras justificando a necessidade de se instituir uma força que estivesse acima

[11] Segundo Ives Gandra Martins, Bem Comum nada mais é do que o próprio bem particular de cada indivíduo, enquanto este é parte de um todo ou de uma comunidade: "O bem comum é o fim das pessoas singulares que existem na comunidade, como o fim do todo é o fim de qualquer de suas partes". Ou seja, o bem da comunidade é o bem do próprio indivíduo que a compõe. O indivíduo deseja o bem da comunidade, na medida em que ele representa o seu próprio bem. Assim, o bem dos demais não é alheio ao bem próprio. (MARTINS FILHO, 2000, p. 4)

das vontades individuais em busca da obtenção de benefícios comuns a este corpo social

É com a leitura conjugada de outra frase, todo aquele que detém poder tende a dele abusar, até que encontre um limite." (MONTESQUIEU, 1997, p. 200), agora do autor da clássica racionalização desta repartição dos Poderes, na obra "O Espírito das leis" do Barão de Montesquieu, que se justifica a referida necessidade de não concentrar em poucas mãos o domínio de tais funções, tipicamente estatais, que são necessárias para a manutenção das relações institucionais voltadas ao bem comum do destinatário final.

E por este motivo, Paulo Fernando Silveira aponta, em sua obra, a tensão existente na relação havida entre os Poderes instituídos, a necessidade de se impor limites ao exercício destas suas atribuições, visando garantira máxima efetividade dos preceitos constitucionais.

Dentro de um contexto que se enxerga um Estado organizado, também se vê a necessidade de se exercer funções que garantam as ordens jurídica, econômica e social desta sociedade constituída. Para tanto, surgem formas de governo e de exercício das funções estatais, que devem ter amparo na legitimidade e na consciência do corpo social e eleitoral.

Para que tenham essa legitimidade social, seus atos devem ser reconhecidos sem a necessidade do uso da força para fundamenta-los, se baseando majoritariamente em leis previamente constituídas, evitar-se a condução despótica e, em caso de colisão de interesses, a atribuição da lide a um corpo jurisdicional capaz de dirimir com independência e imparcialidade a demanda.

De forma apertada, essa é a estruturação ideal das funções de um Estado, dispostas na forma de três poderes distintos e independentes entre si proposto por Montesquieu. Este será objeto de estudo deste capítulo, que busca entender, não apenas os limites de atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas também de que forma estes devem atuar em busca do bem comum.

Tal repartição é feita segundo um critério funcional em três funções estatais maiores, legislação, administração e jurisdição, tal como posto por Montesquieu que aperfeiçoou a obra de Jonh Locke, que incialmente previa apenas as atividades Legislativa e Executiva. Segundo Locke, a função jurisdicional estava implícita na função administrativa, uma vez que cabia ao administrador aplicar a força pública interna para assegurar a ordem e o direito, consistente em manter as relações de Estado.

Por mais complexa que possa parecer essa divisão, deve-se ter em mente que ela representa apenas uma divisão de funções que pertencem ao Estado. E por isso, para que estas passam trabalhar de forma harmoniosa não pode haver dissonâncias entre normas, cabendo este cuidado ao Poder responsável pela função estatal de legislar, uma vez que existente desacordo entre em as leis legitimamente promulgadas culmina na necessidade de atuação de outro poder, cuja a função estatal é julgar e definir, segundo critérios de legalidade decorrentes da Constituição, qual destas normas prevalecerá.

Em uma nação, a Constituição tem a função de consubstanciar a figura do próprio Estado, organizando as instituições e seus órgãos, a forma que se exerce e delimita o poder daqueles que operam as funções tipicamente estatais. Este controle se dá, precipuamente, pela edição de normas com características de Direitos e Garantias Fundamentais que visam uma proteção individual, ao passo que também mantém uma ligeira submissão destes ao Estado com a disposição de uma pequena parte das liberdades individuais.

> [...] mesmo uma Constituição defeituosa, é seguramente melhor do que nada, na medida em que reduz o arbítrio e assegura os direitos individuais. Incontestavelmente, se não for boa o suficiente, já se teria um ponto de partida definido (ATALIBA, 1998, p. 16).

A CF/88 previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que pudessem exercê-

las, bem como criou mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado de Direito, tal como a defesa das garantias fundamentais, inerentes ao sistema democrático.

Atualmente, a figura clássica da tripartição dos poderes como uma medida de se evitar que arbítrios sejam perpetuados já não se mostra tão eficaz ante a evolução das relações entre eles em razão da defesa de seus misteres. No Brasil, por exemplo, a figura do Ministério Público se encaixa ao lado das três figuras centrais dos Poderes constitucionais, portanto, com igual autonomia e prerrogativas, uma vez que cabe a este a manutenção e guarda do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis[12].

O Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático, há de ser estruturado em função da defesa do exercício pleno dos direitos e garantias presentes na Constituição, precipuamente por meio da atuação legislativa negativa, conforme entendimento que a muito tempo já vem sendo adotado, inclusive, pela Corte Constitucional anteriormente a promulgação da atua Constituição, conforme *obter dictum* extraído do bojo da Representação 1.451, da relatoria do Ministro Moreira Alves:

> Ora, a jurisprudência desta Corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de lei, não pode ela alterar o sentido inequívoco desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo. (RP 1.451, Relator(a): Min. Moreira alves, julgado em 24/06/1988)

Todavia, atualmente diante da premente necessidade de se garantir o exercício da vida cotidiana e a constante colidência de interesses esparsos na sociedade, Luís Roberto Barroso denomina de *desilusão com a política majoritária* (BARROSO L. R., 2012., p. 7) [13], a em disfuncionalidade do parlamento em prover

[12] Sobre o tema, ler: MARQUES, J. B. de Azevedo. Direito e Democracia - O Papel do Ministério Público. São Paulo: Cortez, 1984.

[13] Sobre a Judicialização de temas naturalmente políticos "(...) há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente,

regulamentações que atendam às necessidades da sociedade, por meio de processo que, por excelência, é normativo.

Em razão desta disfuncionalidade o Poder Judiciário vem sendo instado a resolver a anomia existente. Este processo é chamado de Judicialização da Política[14], em que se verifica um Poder estatal deixar de agir em razão de motivos diversos, enquanto outro toma para si esta função que está sendo preterida.

> Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO L. R., 2013, p. 6).

Luís Roberto Barroso estrutura a jurisdição constitucional democrática como sendo o poder geral que todo órgão julgador do Poder Judiciário possui para interpretar e aplicar o texto constitucional em razão do controle difuso de constitucionalidade, sendo o STF o seu guardião legal[15]. Em decorrência deste papel que desempenham as Cortes Constitucionais, estas passam a ser responsáveis pelo fiel cumprimento não apenas do que está escrito, mas das orientações dadas pela Constituição, de forma a se estabelecer o equilíbrio entre os Poderes do Estado, e também com a própria sociedade.

> Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um **núcleo essencial** caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem

como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade.".

[14] Sobre o tema, ler: WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2004 e CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: Luiz Werneck Vianna (Org). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

[15] Vide art. 102 da Constituição Federal. Art. 102. "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a **guarda** da Constituição, cabendo-lhe: " (grifei).

> ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre o órgão e a função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. (CANOTILHO J. J., 2000, p. 545)

Hélio Tornaghi faz referência a duas concepções acerca da jurisdição democrática em defesa de determinados valores, a saber: *a jurisdição como atividade complementar a da formulação jurídica* e *a jurisdição como atividade substitutiva da administração* (TORNAGHI, 1974, pp. 72-100).

Quanto à proposição que versa sobre a função complementar da jurisdição na formulação jurídica discorre que:

> Chegamos ao grau mais adiantado, os povos têm na jurisdição uma atividade complementar da legislação. Para ordenar a coexistência harmônica, esclarece o que é direito e evitar os litígios, impõem-se normas (leis) e apontam-se soluções (precedentes) que, seguidas, preservam os interesses de cada um e a paz de todos. Mas as formulas jurídicas contidas nas leis e nos procedentes podem ser desconhecidos[16] ou inobservadas. É então precioso fazer que prevaleça o direito no caso em que ele foi atingido. Isso é realizado pelo Juiz, que desfaz as dúvidas, decide as controvérsias e impõem coativamente, se necessário, a própria decisão". (TORNAGHI, 1974, p. 72)

Em seguida, com relação a atuação adjetiva da jurisdição, como forma da administração da própria justiça, Hélio Tornaghi diz o seguinte:

> Como acabou de mostrar-se, o Juiz junta-se ao legislador na tarefa de assegurar a ordem jurídica (de todos) e o direito (de cada um). O legislador o fez de maneira geral e abstrata, isto é, arquitetando a norma seguivel em cada gênero de casos, e de considerações particulares de um por um; o Juiz declara o que é correto em cada caso e tem em conta respectivas circunstâncias. " (TORNAGHI, 1974, p. 87).

[16] Importante ressaltar que, o principio mencionado por Tornaghi, "desconhecimento da lei", não possui aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, onde, de forma taxativa, e consagrada a ficção jurídica contida no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto Lei nº 4.657, de 04.09.1942), com alterações introduzidas e consolidada pela Lei 3.238 de 01.08.1957. (TORNAGHI, 1974, p. 87)

Nota-se, portanto, que a função do Poder Judiciário, há muito tempo não se limita apenas como jurídica, em que há a aplicação fria da Lei em face do caso posto. Percebe-se que, no controle dos atos praticados pelos demais poderes, evidencia-se o caráter político jungido à execução da atividade judicativa, nos limites de sua competência, julga inconstitucional, ou até mesmo a invalidade dos atos praticados por aqueles.

O Poder Judiciário, por meio da Corte Constitucional, por ser esta a guardiã da Constituição, possui como encargo democrático, a atuação como árbitro entre a separação dos Poderes estatais estabelecidos, buscado, ao fim, dar cumprimento à Constituição mediante prolação de decisões judiciais, dando continuidade e eficácia ao trabalho desempenhado pelos constituintes originários.

Uma vez instado a decidir demandas nas quais se observa o conflito entre as funções, ainda que reflexo, o Poder Judiciário será impelido a emitir decisão, que deverá ser aceita entre as partes, juntamente com seus efeitos. Portanto, considerando que a lide foi posta dentro dos limites legais de admissibilidade de demandas, o juiz do caso estará atuando dentro da legalidade.

Nesse sentido, sobressai a necessidade de se verificar a manutenção incólume do princípio democrático, e se o exercício da jurisdição constitucional democrática afigura-se salutar e legítima para a concretização dos valores dos direitos e garantias fundamentais inseridos no texto constitucional[17], posto que, ainda que haja a separação das funções estatais, convém retomar que estas representam em unidade a função estatal.

> Surge, assim, o debate da legitimação das cortes constitucionais, visto que estas não são corpos democráticos, eletivos ou representativos, não obstante suas decisões afetem

[17] Nesse sentido, editou-se, como reação parlamentar, uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 33/2011) que visa a alterar alguns dispositivos do texto magno a fim de aumentar, ou criar, diriam alguns, o controle do Legislativo sobre algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal. É nesse amplo contexto de exercício da jurisdição constitucional, da legitimidade de seu exercício e do conflito institucional daí exsurgente que se insere o presente trabalho, que pretende abordar os principais aspectos controversos sobre essa questão, concluindo, ao final, pela legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal

> diretamente a vida do corpo social ao qual elas se referem; mesmo com uma mínima participação da sociedade civil nos debates realizados. Florescem, a partir daí questões bastante polêmicas, cujo debate é diverso. ” (ARABI, 2013, p. 11)

Nesse sentido, mais uma vez Luís Roberto Barroso afirma que

> O processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de integração. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador (BARROSO L. R., 2012., p. 351).

Sem embargos, quanto ao Poder Legislativo, interessa compreender melhor **s** respeito de suas funções típicas, legislar e fiscalizar, para os fins desta pesquisa, especialmente relacionado à primeira, uma vez que se trata da atividade que exerce maior impacto as relações privadas, em razão das regulamentações produzidas.

Para se analisar o Poder Legislativo brasileiro, deve-se compreender primeiro que o Sistema Legislativo adotado no País é o bicameralismo federativo, ou seja, composto por duas casas de representação, a Câmara dos Deputados Federal e o Senado Federal, conforme dispõe o art. 44 da CF/88.

Sendo a Câmara dos Deputados Federal constitucionalmente prevista no art. 51, o órgão incumbido de materializar o princípio da representação popular indireta, onde *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*, nos termos da Constituição, com encargo ainda de representar o povo [18] e a defesa da vontade popular em cada Estado Membro, devendo seus membros serem eleitos democraticamente pelo sistema proporcional em relação ao número de eleitores.

Ao passo que a segunda casa, o Senado Federal, também com previsão constitucional, art. 52, enquanto representante dos Estados Membros e do Distrito Federal, tem seus membros eleitos seguindo o princípio majoritário, uma vez que

[18] Entendam-se como Povo os brasileiros natos e naturalizados, ambos descritos no art. 12 e seus incisos da Constituição Federal

não se trata de estabelecer um número proporcional à população, mas, sim, de eleger ao Senado, com mandato de oito anos, aquele candidato que obtiver, nas urnas, o maior número de votos, conforme o argumento de representação (SILVA, 1998, p. 515), tem ainda por encargo, como órgão deliberativo, a função de analisar e debater questões inerentes aos interesses de gestão dos Estados Membros e do Distrito Federal.

Desta forma, fica desenhada a estrutura básica do Poder Legislativo brasileiro, base da edição normativa primária, que instituem direitos e criam obrigações, o que, incialmente, se caracteriza como pressuposto de regulação a qualquer forma de atuação estatal. Portanto, trata-se de mais uma forma de controle estatal das relações Estado x Sociedade, bem como em relação à própria atuação.

Conforme artigo inaugural da Constituição Federal, onde se respalda os preceitos constitucionais, *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*, tem-se que a função dos indicados para comporem o corpo político é dar representação as vontades daqueles que os indicaram. Nota-se a natureza dúplice da função do cidadão, se de um lado estes são os sujeitos detentores de direitos[19] e deveres, estes também possuem a prerrogativa de encaminharem seus representantes para a criação normativa dos seus direitos.

E com essa legítima representação exercida pelo Poder Legislativo, por meio do devido processo legislativo, que se garante a particpação popular na elaboração das normas, se verifica o escopo democratico da atividade exercida pelo Poder Legislativo. Primordial a função positivista exercida pelo Estado, que se pretende regular as relações públicas e privadas sem que haja predileções arbitrárias para qualquer das partes.

[19] Segundo Alexandre de Moraes, os direitos políticos compõem: O conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos e subjetivos que investem o indivíduo no status activae civitatis, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado. (MORAES, 2012, p. 207).

Deve-se ter em mente que, uma vez superada as proposições normativas oriundas das relações consuetudinárias primordiais que as normas representavam, estas passam agora a significar um pacto social em prol do bem comum[20], representado pelas legislações. E por isso, Waldron oberva que a atual cofiguração normativa transparece como arrivista, uma vez que sua observancia não reflete com extatidão os costumes praticados no território de vigência, (WALDRON, 2003), mas uma disposição de parte da liberdade inerente a cada um.

No entanto, esta posição inicial acerca da origem das normas se justifica no que concerne o papel que estas desenvolvem em torno da sociedade, uma vez que como menciona o autor, anteriormente, a normas consuetudinárias possuiam acestralidade nas tradições praticadas, e que por isso, possuiam herança. De certo se referia quanto a legitimidade intrínseca à obediencia natural, enquanto as atuais legislações, se configuravam de puro poder (WALDRON J. , 2003).

Contudo, não se deve encarar a crítica apontada como um obstáculo à tendencia positivista das normas. Muito pelo contrário, trata-se de um posicionamento derivado do pensamento de Jonh Robert Seeley [21], que se empenhava em estudar a função da ciência política e seus impactos nas grandes sociedade (Seeley, 1896) à época. Portanto, não se está a negar a legitimidade do Poder Legislativo na prudução de leis, mas de sim reafirmar a sua função, uma vez que, desde de que superada a fase consuetudinária da normatização, o legislador passou a ostentar papel de coesão que os costumes exerciciam nas pequenas comunidades.

> Portanto, - de um posto de vista sociológico-, uma sociedade vem a ter um sistema jurídico, na descrição da Hart, quando algumas de suas regras e das práticas morais tradicionais passam a desempenhar um papel diferente na vida de seus

[20] O bem comum está, portanto, para permitir aos indivíduos a consecução de seus bens particulares, mas é superior a estes: o bem particular de um indivíduo não pode ser buscado em detrimento do bem comum da sociedade. (MARTINS FILHO, 2000, p. 6)

[21] Regius Professor of modern history in the University of Cambridge Fellow of Gonville and Caius College; Fellow of the Royal Historical Society, and Honorary Member of the Historical Society of Massachusetts.

> membros – um papel que faz, primeiro, a sua articulaçãoe, depois, sua emenda, ab-rogação ou revisão, ser pensada de uma maneira que não era antes. Daí a necessidade do aparelho que Hart torna centra na sua versão particular de positivismo jurídico: refero-me ao aparelho das regras secundárias, regras de reconhecimento e práticas para não perder de vista quais regras foram modificadas e quais não foram. Esse aparelho é necessário porque o papel que as regras agora desempenham na vida da sociedade signficia que os membros não mais tem acesso às regras, 'instintivamente' ou "intuitivamente" ou apenas em virtude da sua socialização e criação (WALDRON, 2003, p. 15)

Daí se infere que o Poder Legislativo exerce primordial função de controle social de natureza dúplice, uma vez que se destina a controlar as funções estatais buscando a proteção do bem comum do ponto de vista porposto por Ives Gandra da Silva Martins Filho.

> a) O princípio do bem comum é peça chave para a compreensão das relações sociais, tanto dos indivíduos entre si, como destes com a sociedade, sendo que sua exata captação é elemento que propicia, quando respeitado, a otimização do convívio social.
>
> b) Para se formar um conceito de bem comum, necessário se faz conjugar 5 noções básicas: finalidade, ordem, participação, comunidade e ordem.
>
> h) Bem Comum é o bem singular, considerado como parte de um todo. (MARTINS FILHO, 2000, pp. 9-10)

O controle realizado pelo Poder Legislativo se dá por meio da edição de veículos normativos previstos no art. 59 da CF/88, ou seja, de normas abstratas de condutas com reflexos concretos à sociedade, e também ao cidadão, individualmente falando. Portanto, a sua atuação no meio social, com a edição de normas de conduta geral com efeitos concretos se dá de forma por meio destes veículos normativos.

José Levi Junior da Amaral entende existir um mito quanto à separação harmônica dos Poderes e aponta que o estabelecimento de sistemas presidencialistas é um vetor do enfraquecimento do Poder Legislativo, uma vez que ocorre a *perda de seu poder de estabelecer o orçamento governamental, tarefa cada dia mais técnica e autolimitada pela trajetória de gastos do governo* (AMARAL JUNIOR, 2016, p. 10); o autor ainda menciona a perda do Legislativo do poder de propor leis

e aprova-las sem a concordância do Governo como fator determinante na limitação da área de atuação do Poder Legislatório.

> Tal enfraquecimento reflete-se em seu poder de controle, seja pelo papel desempenhado pelas maiorias partidárias – que atuam em consonância com os objetivos do executivo –, seja pela necessidade de compor maioria qualificada para reverter um governo. (AMARAL JUNIOR, 2016, p. 10).

No entanto, a despeito da perda funcional do Poder Legislativo em razão da ingerência de outros Poderes, é possível se verificar ainda outro fator que enrijece essa supressão, a "terceirização de matérias" ao Poder Judiciário.

Em conformidade com o que já foi aqui exposto[22], o fato da aprovação legislativa demandar tempo e esforço político e a aparente inércia frente a aprovação popular de seus atos, somada a necessidade de provimentos regulamentários e de administração do Estado, diversas matérias, consideradas de cunhos contramajoritários, estão sendo encaminhadas ao Poder Judiciário.

4.2 Atuação Democrática do Judiciário

Para Montesquieu, *quando em uma república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser uma democracia* (MONTESQUIEU, 1997, pp. 23-24). Nesse sentido, a substancia do Estado Democrático está intimamente ligada a legitimação social do exercício no poder nos moldes do que hoje é assentado na Constituição (parágrafo único, art.1, CF/88), o poder é exercício pelos representantes do povo, elegidos por estes. [23]

Para Montesquieu, aquele que detém o poder tende a dele abusar em razão de sua concentração em mãos únicas (MONTESQUIEU, 1997), já se considera a

[22] Vide capítulo 1 desta monografia.

[23] De acordo com Micheli Pereira para *Sério Fernando Moro a definição de democracia como 'governo do povo' é criticada como insuficiente e mistificada, uma vez que, em muitas situações, não há identificação da vontade do representante com a vontade do representado, e que, para Robert A. Dahl, tal concepção de democracia só pode ser considerada válida se concebida como um ideal a ser atingido, segundo o qual a participação popular nas decisões políticas deve ser o mais ampla possível (MORO, Sérgio Fernando. Op. cit., p. 113).* (PEREIRA, 2009, p. 5)

separação de Poderes como um mecanismo para o controle destes abusos e alcance de interesses públicos. Por isso, tem-se que estes poderes exercem funções democráticas na medida em que garantem exercício de direitos fundamentais a vida humana.

Para José Afonso da Silva, democracia é um conceito histórico. Assim, ela não constitui um valor-fim, mas um valor-meio, a partir do qual ocorre a concretização gradual de valores essenciais à convivência humana, (PEREIRA, 2009, p. 5), deste modo, é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história (SILVA J. A., 2005, p. 299).

Maria Lucia Luz Leiria a respeito da compreensão da democracia como um valor a ser alcançado, afirma que, democrática é a sociedade que o Estado busca a realização dos direitos fundamentais representativos das necessidades apresentadas (LEIRIA, 2009).

Deste modo, temos que, tradicionalmente, da separação constitucional dos Poderes, resulta em especial ao Judiciário, em razão da autoridade política no qual é investido, a função de se pronunciar como árbitro final de leis e atos administrativos emitidos pelos demais poderes. Tendo por encargo ainda, segundo José Antônio Pimenta Bueno, apud Cláudio Lacombe, o domínio e aplicação das leis.

> O domínio, a aplicação das leis que formam o direito particular, a ordem civil, que regulam e compõem os interesses dos indivíduos entre si na qualidade de particulares e ainda o consagra como o protetor dos direitos e interesses individuais da liberdade, da propriedade, da honra, da vida e de tudo que é caro aos homens como homens (LACOMBE, 2010, p. 80).

Imputa-se, portanto, ao Poder judiciário, a missão da jurisdição constitucional, que nas palavras de Hans Kelsen é a garantia jurisdicional da Constituição, e é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais (KELSEN, 2007, pp. 123-124).

Desta conjugação de valores temos que também é imputável ao Poder Judiciário, no uso de sua representação da função estatal, o desempenho da atribuição democrática na medida em que atua em defesa da garantia do exercício de valores fundamentais.

Essa posição possui como pedra angular os direitos fundamentais, que por sua vez, segundo Katya Kozicki e Estefânia Maria de Queiroz Barboza, representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte, de máxima manifestação da soberania popular (KOZICKI & BARBOZA, 2008). Portanto, a atuação do Poder Judiciário visando dar maior efetividade às normas constitucionais se configura como uma verdadeira atuação democrática, uma vez que estão a proteger o povo como um todo.

Não basta, no entanto, que a jurisdição democrática exerça suas funções pautadas em princípios democráticos, uma vez que ela, sobretudo, deve visar os resultados produzidos. Dworkin defende que os procedimentos democrático-deliberativos não são suficientes para alcançar resultados justos, sendo necessário, também, juízos de valores substantivos adequados a cada caso, de modo que estes se voltem à concretização de resultados (PEREIRA, 2009, p. 6).

É bem verdade, no entanto, que esta postura judicial não possui guarida na doutrina como um todo. Bem afirma Habermas que *há divergências quanto às concepções de bem comum nas sociedades modernas e complexas* (PEREIRA, 2009, p. 6), razão pela qual, segunda a autora, Habermas valoriza em maior grau os consensos alcançados em um processo deliberativo, onde é posto, por meio dos representantes, as posturas políticas. Deste modo, a atuação política, é o que mais importa, independente do resultado alcançado pelos atores.

Exatamente neste ponto os classistas divergem, enquanto Habermas se preocupa corretamente com o formalismo e a representatividade que reveste a edição de uma Lei pelo Poder Legislativo, portanto, procedimentalista. Dworkin almeja que

as normas produzidas tenham além da função de controle social, representem os anseios de valores que a sociedade necessita.

Por este motivo Habermas questiona a atuação da jurisdição constitucional quando se trata da revisão de normas concebidas seguindo o processo legislativo, uma vez que se trata de processo realizado seguindo valores democráticos de representatividade dos cidadãos.

> O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial. (HABERMAS, 2003, p. 301)

Dworkin, por sua vez, apresenta um modelo de atuação do Poder Judiciário que possui fins garantísticos, representada pelo constitucionalismo que garante normatividade aos princípios, em que se vislumbra a atuação desse Poder como verdadeiro defensor do direito

> Não é somente contra as debilitações políticas, da administração, ou do Congresso, que os tribunais não dispõem de autoridade revogatória. Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos substituir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo; mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir. (BARBOSA R. , 1893, p. 99).

Percebe-se que os conceitos que uma norma possui, para ambos os autores, são opostas uma à outra. Enquanto para Habermas a se apresenta como uma materialização da vontade popular, que deve seguir um procedimento democrático de formulação. Para Dworkin as normas devem representar valores dos quais a sociedade necessite, as quais a Corte Constitucional é legitima para conferir

adequação com a realidade vivida, o que permite uma mutação dinâmica em defesa das minorias.

Não há a menor pretensão desta pesquisa acadêmica definir, de forma conclusiva, qual dos dois modelos ideológicos de interpretação das normas deve, ou não, se considerado correto. Até porque, na medida em que não são divergentes, uma vez que defendem a importância de uma norma positivada, considera-se que ambos possuem suas parcelas de acertos e erros.

Na teoria de Dworkin a Constituição e seus valores se apresentam no centro do sistema jurídico, e por isso temos uma maior defesa de direitos fundamentais, em razão de sua eficácia horizontal. Entretanto, também apresenta maior grau de insegurança jurídica em razão da possibilidade inúmera de interpretação a respeito de um mesmo tema com o passar do tempo.

Korrad Hesse não obstante, afirma que a Constituição possui uma eficácia dirigente, segundo a qual os direitos fundamentais desencadeiam efeitos sobre as relações havidas entre os Estado e o indivíduo. Segundo o autor, ao primeiro incumbe a permanente função da concretização à sociedade dos efeitos dos direitos fundamentais e a realizar os seus valores, por meio da adoção de medidas positivas. (SARLET, 1996, pp. 146-147)

> "[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida." (HESSE, 1991, p. 18)

Por outro lado, na teoria em que Habermas propõe a supremacia do Legislativo, em razão de seu caráter democrático e representativo, o cientificismo da produção legislativa impõe maior rigor com a segurança jurídica, uma vez que incumbiria ao Poder Judiciário apenas a aplicação da lei, seja pela subsunção silogística ou pela intepretação em menor grau. No entanto, este modelo também

traz consigo a carga da morosidade que ao Poder Legislativo é característico, o que acarretaria a o distanciamento contumaz da norma a realidade vivida pela sociedade.

> What do they imply about institutions? Should we embody our rights in legalistic formulae and proclaim them in a formal Bill of Rights? Or should we leave them to evolve informally in dialogue among citizens, representatives and officials? How are we stop rights from being violated? Should we rely on a general spirit of watchfulness in the community, attempting to raise what Mill called "a strong barrier of moral conviction' to protect our liberty? Or should we also entrust specific branch of government-the courts, for example with the task of detecting violations and with the authority to overrule any other agency that commits them? [24] (WALDRON J. , 1993, p. 18)

Dito isso, sobrevém a importância de verificar, portanto, a legalidade, e sobretudo, a constitucionalidade desta atuação do Poder Judiciário, deixando questões ideológicas que envolvem a adoção das posturas do Poder, indicadas anteriormente.

A atual Constituição valorizou a atuação do Poder Judiciário em defesa destas garantias constitucionais individuais e coletivas, dando-lhe a prerrogativa do exercício da Jurisdição Constitucional Democrática por meio das ações constitucionais, quais sejam: o Habeas Corpus (LXVIII), o Mandado de Segurança (LXIX), a Ação Popular (LXXIII), o Mandado de Segurança Coletivo (LXX), o Habeas Data (LXXII), e o Mandado de Injunção (LXXI), todos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

O constituinte originário previu o mandado de injunção no art. 5º, LXXI, da CF/88 para casos de omissão legislativa que obstasse o exercício de direitos ou liberdades fundamentais constitucionalmente previstas. Considerando a inúmeras

[24] O que eles implicam sobre as instituições? Devemos incorporar nossos direitos em fórmulas legalistas e proclamá-los formalmente em uma *Bill of Rigths*? Ou devemos deixá-los evoluir informalmente no diálogo entre cidadãos, representantes e funcionários? Como podemos impedir que os direitos sejam violados? Devemos confiar em um espírito geral de vigilância na comunidade, tentando levantar o que Mill (Jonh Stuart Mill) chamou de "uma forte barreira de convicção moral" para proteger nossa liberdade? Ou devemos também confiar um ramo específico do governo - os tribunais, por exemplo -, com a tarefa de detectar violações e com a autoridade para anular qualquer outra agência que as cometa?

proposições deste instrumento processual com vistas que o Judiciário de modo geral e o STF de forma concreta, supra, preencha as omissões atribuíveis aos outros poderes da República, omissões inconstitucionais, este instrumento tem mostrado sua fundamental importância para os princípios republicanos de democráticos com a edição das respectivas normas faltantes.

Em vista disso, percebe-se o papel de árbitro do Poder Judiciário na distribuição e equilíbrio dos poderes entre o Legislativo e o Executivo, bem como entre a União e os estados, e continua como protetor da liberdade e dos direitos individuais e coletivas assegurados pela Constituição (LACOMBE, 2010). A sua atuação nestes casos de supressão de lacunas não se dá pela edição de leis, mas sim da intepretação destas preexistentes.

Luís Roberto Barroso afirma que toda intepretação jurídica é, também, uma intepretação constitucional (BARROSO L. R., 2005), em razão do status de centralidade do ordenamento que a constituição passou a adotar após a promulgação da CF/88. *Isso porque de maneira gradual, em maior ou menor relevância, todos os principais ramos do direito infraconstitucional têm aspectos seus abordados na Constituição* (BARROSO L. R., 2005, p. 26).

> Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional (BARROSO L. R., 2005, p. 28)

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, ao discorrer sobre o princípio da unidade da Constituição reconhece a importância do método de interpretação da constituição como um sistema, e não como normas isoladas.

> Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituída na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade (MENDES & BRANCO, 2016, p. 114)

E por isso, para a intepretação de um sistema jurídico que possui como norte os valores expressos na Constituição, deve-se compreende-la e interpreta-la como uma unidade. Desta forma, resulta que não podemos, de forma alguma, separar a norma do conjunto ela integra o sentido da parte e o sentido do todo são mutuamente dependentes

Como já dito, tem-se que o ato praticado pelo Poder Judiciário, especialmente por meio do STF, se caracteriza por serem interpretações das normas constitucionais. Portanto, considerando que a própria constituição atribui esta competência ao Poder jurisdicional por meio da jurisdição dos remédios constitucionais, não há que se falar que esta atuação que extrapola as competências das funções estatais.

> as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco atribuídos entre eles, de modo a proteger os indivíduos o contra o abuso potencial de um poder absoluto. (BARROSO L. R., 2005, p. Acesso em: 3 mar. 2018)

Por fim, considerando que a função do Poder Judiciário é atuar como árbitro, visando a defesa da eficácia da Constituição, e que esta atuação se dá por meio da intepretação dinâmica em casos concretos, deve-se considerar, portanto, que se trata do exercício de uma função estatal dotada de caráter, embora não exercício pelos representantes do povo, republicano, senão democrático.

> A função judiciária, que aos magistrados incumbe exercer, não se pode considerar como atividade estritamente jurídica. No controle sobre os atos do Legislativo e do Governo evidencia-se o caráter político de que está investido o Judiciário no desempenho da competência para proclamar a inconstitucionalidade ou invalidade desses atos. (SILVEIRA J. N., 1994, pp. 3-4).

Percebe-se que esta atuação do Poder Judiciário, dita como proativa, não possui a finalidade de usurpar as funções do Poder Legislativo, o qual reconhecidamente é omisso em prover regulamentações, mas de cessar o estado de omissão em que se encontra os direitos fundamentais.

> Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. [25]

Deste modo, tem-se ao final que na atual conjuntura, em que se observa uma força direta da constituição no sentido de conferir ao Estado a permanente tarefa de exercício dos direitos fundamentais, a separação dos poderes, nas palavras de Christine Oliveira Peter da Silva ganha nova roupagem, a partir da premissa de que "as funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário atuam em permanente relação de interação, que pode se apresentar sob a forma de cooperação e, por vezes, também sob a forma de tensão e conflito, estando ambas contempladas igualmente no jogo democrático-constitucional" (da SILVA, 2015, p. 76). E por isso, a defesa dos diretos fundamentais assumem o norte da atuação das funções estatais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretende negar a importância a atuação do Poder Legislativo no que diz respeito ao controle social exercido por meio da produção legislativa no cenário democrático brasileiro. Como visto, sabe-se que este Poder tem primordial função institucional em razão de sua função representativa prescrita no parágrafo único do art. 1º da CF/88. Sua atuação, conforme Waldron, representa a pequena disposição de liberdade, que era inerente a vida em pequenas sociedades, e que agora representa

[25] Trecho do voto proferido pelo Ministro Eros Grau, relator do MI 712, durante seu julgamento. O inteiro teor dos votos proferidos na oportunidade encontram-se disponíveis em na pesquisa de jurisprudência do sítio do STF.

maior segurança social, jurídica em face a atuação do próprio Estado, portanto, indiscutível o respeitável controle exercido por este poder.

Não se pode olvidar, porém, que o Parlamento brasileiro tem experimentado notáveis perdas funcionais, mencionadas pelo José Levi do Amaral, somadas aos problemas em torno de sua representatividade em razão de omissões em prover regulamentações de direitos, também, inerentes a sociedade. Justamente em virtude desta omissão, o Poder Judiciário vem sendo instado a se posicionar acerca de uma crescente quantidade de processos individuais e coletivos versando sobre tais hiatos legislativos.

Percebeu-se que a crescente procura pelo Poder Judiciário para a resolução destas lides o obrigou a criar técnicas processuais que fossem capazes de dar maior uniformidade e objetividade às interpretações dos sistemas jurídicos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. E é neste exato contexto que surge a técnica processual de transcendência dos motivos determinantes da decisão na jurisdição constitucional, que confere contornos democráticos à atuação jurisdicional proativa, uma vez que visa a garantia de exercício de direitos fundamentais pela sociedade.

No decorrer da pesquisa se nota que o principal questionamento que se faz acerca desta forma de atuação do Poder Judiciário estava jungido à sua legitimidade democrática para a fixação destas condutas gerais com efeitos concretos de observância obrigatória, tal como leis emanadas do Poder Legislativo. Isso porque se conferiu o apego ao formalismo na produção legislativa alto grau de valor democrático como forma de se garantir segurança jurídica.

No que tange a legitimidade para a atuação, não deve haver a mera invocação de apoio a soberania popular, expressa por meio da vontade popular majoritária para apoiar uma lei, uma vez que esta não basta para legitimar os atos emanados do Estado. Isso porque no processo de construção legislativa nem todos são representados no Parlamento, e esta questão das minorias afeta de forma real o sentido de democracia e assevera, ainda mais, a dita crise de representatividade.

Soma-se a isso o fato de a aclamação popular não ser suficiente para a sustentação de normas que prejudiquem estas minorias que não possuem voz, nem representatividade.

Por este motivo se tem que, em uma situação hipotética que se considera uma atuação que o Poder Legislativo seja plenamente capaz de suprir a sociedade com suas necessidades, sendo capaz de observar as nuances que envolvem conflitos de interesse entre classes políticas dominantes e minorias representativas, de fato, não subsiste fundamento para se cogitar a regulação por outro Poder senão o Legislativo.

No entanto, não se deve considerar o termo 'democracia' como um processo de tomada de decisões dotada de ampla vontade popular, mas sim como um valor-meio de realização dos valores essenciais à convivência humana, nos moldes apontados por Micheli Pereira, a fim de se considerar a jurisdição constitucional que busca a garantia de exercício de direitos fundamentais um mecanismo protetor do indivíduo.

Assim surgiu a necessidade de concepção de novos modelos que fossem capazes de garantir a proteção do exercício dos direitos e garantias fundamentais em função da insuficiência do mecanismo de representação majoritário, seja pela gradual perda funcional apontada por José Levi Junior do Amaral ou pela predominante descrença da sociedade no mecanismo apontado por Luís Roberto Barroso ou ainda pela inércia inconstitucional do Poder Legislativo na garantia do exercício de direitos fundamentais de normas instituidoras com eficácia limitada, demonstrada com o estudo do caso trazido

Embora se tenha que não se ajusta ao melhor quadro a atuação do Poder Judiciário de forma proativa em vistas a supressão de lacunas existentes, as deficiências do Poder Legislativo a justificam. Esta justificativa desenha contornos democráticos ao desempenho desta jurisdição constitucional, em especial a realizada pelo STF, em razão de seu caráter garantista.

Por este motivo, deve-se ter a Constituição como sendo uma lei suprema, superior às demais, sendo o pressuposto de validade destas, como o projeto social comumente adotado, que atua em defesa das liberdades individuais, garantidora e instituidora de base para os atos tomados por aqueles que atuam como reformadores e defensores de seus desígnios, e que por esta requer de seus operadores incansável luta para que seja mantida o Estado de Direito nela preceituado.

Para além de fatos e hermenêutica, a própria CF/88 atribui legalidade à atuação do STF em situações análogas em que se observa conflitos de competências. A presença dos remédios constitucionais, e especialmente o Mandado de Injunção visa atribuir do Poder Judiciário o equilíbrio institucional.

A CF/88 ainda afirma que, em se tratando da declaração da inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Uma medida que visa a redução dos desgastes entre os Poderes diante de uma tentativa de diálogo institucional, e que como apontou, Abhner Youssif Mota Arabi, tentativa que restou falha em razão da permanente inercia do Poder Legislativo

Diante da responsabilidade de guarda da Constituição e seus fundamentos, extrai-se que também compete ao STF a guarda dos valores prescritos, tal como teoria defendida por Ronald Dworkin. Por este motivo, as decisões do Poder Judiciário não podem se afastar de imprimir interpretações dos valores contido na norma constitucional, a fim de adequar o conflito de interesses.

Existem ainda leis infraconstitucionais que visam dar maior expressão às decisões judiciais, tal como a que reconheceu eficácia *erga omnes* em decisões com reconhecida repercussão geral. O próprio NCPC, ao dispor a respeito da obediência dos precedentes firmado pelos tribunais, confere-lhes força normativa ao atribuir vinculação em sua observância. Portanto, mais uma vez se observa movimentações por parte do próprio Poder Legislativo reconhecendo a função proativa do Poder

Judiciário em defesa do equilíbrio entre os poderes, ainda que em razão da própria ineficiência do Legislativo.

No entanto, conforme mencionado inicialmente, não se pretende reduzir a importância do Poder Legislativo em razão de sua deficiência. Por este motivo, há que se fazer uma breve consideração no que diz respeito a limitação desta atuação do Poder Judiciário, uma vez que, de fato, existe uma separação de poderes em funções.

A contraposição dos valores de segurança jurídica e a máxima eficácia da norma constitucional, quando da prolação de precedentes obrigatórios, exige a existência de um justo motivo para se justificar a atuação em tais termos, em razão do perigo que motivou Montesquieu a desenhar a repartição de poderes. A nova sistemática dos precedentes se mostra com uma forma de redução dos riscos, uma vez que ao passo que se firma a tese jurídica, se impõe a obediência como método de estabilidade jurídica e da nova consciência da participação do Poder Judiciário na construção do direito (MARINONI, 2014)

Embora não havendo confirmada a hipótese inicial de que regulamentação indireta de direitos fundamentais por meio da fixação de precedente obrigatórios significa uma atuação prejudicial ao equilíbrio harmônico dos poderes, mas o oposto. Restou comprovado que além estar dentro da legalidade, em razão de previsões legais, cabe ao Poder Judiciário a interpretação das normas constitucionais e seus valores, e por isso, a intepretação das normas constitucionais e utilização de métodos processuais de uniformização implica na sua máxima aplicação.

E por isso, embora indiscutível que o maior dogma de um Estado de direito repousa na supremacia das leis, visto que esta é a representação da própria vontade estatal, não se pode negar que as atitudes que serão tomadas a partir de agora devem ser pautadas sobre a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a limitação imposta pela separação de competência das funções estatais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. São Paulo/SP: Revista dos tribunais, 2013.

AMARAL JUNIOR, José Levi do. *O Mito da Separação de Poderes e a Necessidade Real da Legislação Delegada:* The Myth of Separation of Powers and the Real Need for Delegated Legislation. v. 20, nº. 42, p. 85 - 112, maio/ago. 2016.

ARABI, Abhner Youssif Mota. *A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo:* controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Monografia (Bacharelado em Direito) —Universidade de Brasília. 2013.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 1998

BARBOSA, Rui. *A Constituição e os Atos Institucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida. 1893

BARBOSA, Rui. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal*. Razões Finais. V. 20. Rio de Janeiro, 1893.

BARBOSA, Rui, *Pensamento e Ação*. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. Interesse Público*, Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30970.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, 1-42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*: Revista da Faculdade de Direito da UERJ, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo/SP.: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Ciência Política*. Brasília: Ed. UNB, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL, Câmara dos deputados: *CONSTITUIÇÃO FEDERAL*: dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação. Disponível em: http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm, Acesso: 26 fev. 2018.

BRASIL, Câmara dos deputados: Proposta de Emenda à Constituição 287/2016. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881. Acessado em 04 fev 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Solenidade para assinatura de protocolo de intenções entre STF e Câmara dos Deputados marca os 29 anos da CF/88* Disponivel em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358194, acessado em 04 fev. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Tribunal Pleno - meio eletrônico. Recorrentes: ESTADO DE SERGIPE e INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE SERGIPE – SERGIPEPREVIDÊNCIA. Recorrida: ANA LUIZA BARRETO PINHEIRO. Relator(a): Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 9 dez, 2015. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+797905%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+797905%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/m52z5zs >. Acesso em 04 abr 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *O STF e os 25 Anos da Constituição*, disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=250119, acessado em 25 mar. 2018.

VON BULLOW, Oskar. *La teoria de las excepciones procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtshein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dureuti Constitucional e a teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira., SARLET, Ingo Wolfgang & STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 1989.

da SILVA, Christine Oliveira Peter. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 63-88, 2015.

DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*: Direito Processual Constitucional. Curitiba: JURUÁ, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

HABERMAS Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. Volume I. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social como Direito Fundamental*. Revista Impetus, 2010.

IHERING, Rudolf von. *A evolução do direito* (Zweck im Recht). Salvador: Progresso, 1953.

JUNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KOZICKI, Katya., & BARBOZA Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional brasileira*: entre Constitucionalismo e Democracia. Sequencia; V. 29 n. 56, 151-176, 2008.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de Precedentes e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LACOMBE, Cláudio. O Judiciário na atual estrutura constitucional. em SADEK, Maria Tereza., *O judiciário em debate* (pp. 44-47). Rio de Janeiro/RJ: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

LEIRIA, Maria Lucia Luz Icon. *Jurisdição Constitucional e Democracia*: uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle difuso de constitucionalidade. Florianópolis: Conceito Editorial. 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOCKE, John. *Two treatise of government*. USA. Norwalk, CT: Easton Press, 1991

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitution*. Barcelona: Ariel, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Os precedentes na dimensão da segurança jurídica*: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Revista Jurídica, 25-42, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedente*: recompreensão do sistema processual da Curte Suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *As teorias de ação e a posição do novo CPC:* Primeiros apontamentos para uma concepção adequada ao Estado Constitucional e à realidade normativa brasileira. em., *Curso de Direito de Processo Civil*. Vol I, Teoria do Processo Civil (pp. 192-215). São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público*. Revista Jurídica da Presidência, 2-12, 2000.

MASSON, Nathalia; FARAGE, Bruno, GOMES, Luiz Flavio. *Direito Constitucional* V. 14. Niterói: Imputus, 2012.

MEDEIROS, F. J. *Separação de poderes*: de doutrina liberal a princípio constitucional. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 178, 195-205, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo e os precedentes constitucionais*: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Universitas Jus, 41-53, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira., & BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na américa latina e seus impactos nos princípios de seguridade social*. Trad. Secretaria de Políticas de Previdência Social. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2007.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Bréde. *Dos Espírito das Lei* Vol.I, Livro XI, cap. III,. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional* 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUNES, Jorge Amaury. (Acesso em 14 de março de 2018.). *Segurança Jurídica. Revista dos Estudantes de Direito Da UnB*, disponível em meio digital em: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6aedicao/seguranca.

PEREIRA, Micheli. (2009). *Atuação Do Poder Judiciário Na Defesa Dos Direitos Fundamentais*: Uma Tensão Entre Constitucionalismo e Democracia. Direitos Fundamentais e Democracia, Disponível em meio digital: http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/55.

PIÇARRA, Nuno José Cardoso da Silva. *A separação dos poderes como doutrina e princípios constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1996.

SAVINGY, Friedrich Carl von. *System des beutigen romischen rechts*, V, §§ 2004, 2005; Berlim: Veit und Comp, 1840-1849.

SEELEY, John Robert. *Introduction to political science*: two series of lectures. London: Macmillian and CO, 1896.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVEIRA, José Nery. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. em TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *O Judiciário e a Constituição*. (pp. 1-22). São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos*: (cheques and balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Decisivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 14ª Ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1998.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil – arts. 1 – 153.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

VIAMONTE, Carlos Sánchez. *El habeas corpus: garantía de la libertad, Edition, 2.* Pennsylvania: Editorial Perrot, 2010

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIDIGAL, Erick. *Protagonismo Político dos Juízes: Risco ou Oportunidade*? prefácio à magistratura da pós-modernidade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WALDRON, Jeremy. *A riqth Critique of Constitutional Rigths*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 13, Nº 1., 18-51, 1993.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Brazilian Precedents*, informativo eletrônico *Migalhas*, 24 jun 2014 disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito*: civil law e common law. Revista de Processo, 121-153, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Precedentes Normativos Formalmente*: A Mudança Paradigmática do Novo CPC. Precedentes. Cadernos jurídicos, 31-49, 2014.

"REFUGIADOS AMBIENTAIS": CONCEITO E EXTENSÃO, SUA PROTEÇÃO LEGAL NO DIREITO INTERNACIONAL E AS FUTURAS PERSPECTIVAS DE AMPARO JURÍDICO

Raphael Balduino Morais

RESUMO

O planeta Terra está passando, inegavelmente, por rápidas mudanças ambientais, sem precedentes na história da humanidade. Sejam essas causas naturais, sejam estas causas - em grande parte - antrópicas, como defendem a maioria dos cientistas, suas consequências para indivíduos e comunidades são incalculáveis, gerando milhares de deslocamentos forçados por fatores ambientais. O presente trabalho tem por fim analisar, no primeiro capítulo, o instituto do refúgio, para, no segundo capitulo, definir quem seriam os "refugiados ambientais", assim como analisar os instrumentos jurídicos já existentes para sua proteção. Por fim, no último capítulo serão analisadas propostas de instrumentos jurídicos de proteção a esse grupo de deslocados, ainda não vigentes, capazes de conferir ou ampliar a proteção já existente. Para a realização deste trabalho, foram consultadas diversas obras acadêmicas, nacionais e internacionais, assim como a legislação pátria sobre o refúgio e outros importantes documentos internacionais sobre o tema.

Palavras-Chave: Refugiados Ambientais. Direito Internacional. Refugio. Desastres Ambientais. Deslocados ambientais.

1 INTRODUÇÃO

O mundo vive hoje uma das maiores crises de refugiados de sua história, sendo que tamanho fluxo migratório não ocorria desde a Segunda Guerra Mundial. Com a primavera árabe no oriente médio, e especialmente a guerra na Síria, iniciada em 2011 e até o presente momento sem fim, milhões de pessoas se deslocaram de

seus países de origem em direção à Europa ou a países vizinhos, assim como a outros lugares do globo, em busca de proteção, dignidade, ou simplesmente para garantir sua sobrevivência.

Em meio a essa crise, amplamente noticiada nos diversos meios de comunicação, encontra-se um outro grupo, formado por milhões de indivíduos provenientes de diferentes países, porém ainda pouco visíveis pela comunidade global, que se desloca não em razões de guerra ou outras formas de perseguição, e sim em razão de alterações ambientais drásticas no meio ambiente, que impossibilitam ou tornam extremamente difícil a subsistência em determinada localidade.

São os denominados “refugiados ambientais”, termo controverso, sem grande uniformidade de significado no meio acadêmico. Não obstante, é utilizado muitas vezes por estudiosos para se referir a esse crescente número de indivíduos, cada vez mais afetados pelas mudanças ambientais pelas quais o mundo atravessa, derivadas muitas vezes de causas humanas.

O aquecimento global, o aumento do nível do mar, os desastres ambientais causados ou não pelo homem, ou muitas vezes intensificados por ele, a poluição, a desertificação, entre vários outros, são exemplos de fatores ambientais que muitas vezes obrigam indivíduos a se deslocarem de seus locais de origem em busca de subsistência em outro lugar, seja dentro das fronteiras de um mesmo país, seja para fora destas.

O presente trabalho tem por fim verificar as questões que envolvem os “refugiados ambientais”, desde a sua conceituação, analisando o signigficado do termo atribuído por diversos autores, sua extensão, assim como as causas que permitiriam caracterizar um indivíduo como tal.

Para isso, inicia-se, no capitulo 1 do presente trabalho, uma análise dos intrumentos internacionais existentes que permitem caracterizar e garantir a indivíduos o status de refugiado, quais os seus elementos essenciais, assim como a

possibilidade de enquadramento dos “refugiados ambientais” no conceito de refugiado propriamente dito.

Além da Convenção Relativa ao Estauto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo Adicional de 1967, serão analisados outros instrumentos regionais que tratam sobre refúgio, quais sejam, a Declaração de Cartagena e a Convenção da Organização da Unidade Africana sobre refugiados, que ampliam a definição de refugiado.

A análise desses intrumentos é essencial para que se tenha uma noção das possibilidades de proteção aos “refugiados ambientais” perante o atual estágio em que se encontra o Direito Internacional. Da mesma forma, é importante identificar seus princípios guiantes, que porventura poderiam ser aplicados a essa “nova” categoria de deslocados, já há muito existente, mas que apenas há pouco vem sendo estudada e debatida, ao menos no meio acadêmico.

O estudo da possibilidade de enquadramento dos “refugiados ambientais” aos atuais intrumentos de proteção dos refugiados em geral será realizado no capítulo 2. Verificar-se-á, assim, a necessidade ou não de criação de novos instrumentos jurídicos para a proteção desse grupo de indivíduos.

O resultado desse estudo, após uma análise minuciosa dos requisitos essenciais de caracterização dos refugiados através dos intrumentos de proteção internacional existentes, assim como os meios de proteção assegurados, resultará no capítulo 3. Neste serão analisadas as propostas de tratados e outros instrumentos normativos específicos aos “refugiados ambientais”, realizadas por estudiosos e Organizações Internacionais.

A análise dessas propostas será feita para analisar uma possível ampliação da proteção já existente a esses indivíduos (ou especificá-la às suas necessidades), ou para conferir inédita proteção a essas pessoas, desprovidas de abrigo perante o atual arcabouço jurídico internacional, caso não se enquadrem nos atuais institutos protetivos.

Essas propostas, por fim, serão confrontadas com a realidade sócio-política vivenciada na atualidade, tendo em vista a viabilidade fática de cada uma para ser adotada e respeitada em âmbito internacional, assim como a (in)suficiência de seus instrumentos protetivos para assegurar uma ampla e definitiva proteção aos "refugiados ambientais".

2 ENTENDENDO O INSTITUTO DO REFÚGIO

O direito internacional, até o começo do século XX, não contava com normas ou instituições específicas para aqueles que, ao fugirem de seu país de origem, necessitavam de abrigo em outro lugar. Dessa forma, o tratamento dispendido a estas pessoas dependia, em maior parte, das leis nacionais de cada Estado. (CARVALHO, 2011)

Foi somente após a criação da Sociedade das Nações, em 1919, que iniciou-se a discussão a respeito do tratamento que a comunidade internacional deveria dar aos refugiados, especialmente depois da Revolução Russa e da crise do antigo Império Otomano. Dessa forma, em 1921 foi criado um Alto Comissariado para Refugiados. Inicialmente, a intenção era que este comissariado fosse voltado aos refugiados russos. Porém, após o aparecimento de vários refugiados armênios na Grécia, "[...] optou-se por uma definição abrangente e geral do mandato do Comissariado, voltado para toda e qualquer questão relativa aos refugiados." (CARVALHO, 2011, p. 25).

Em 1951 foi adotado o principal documento relativo à proteção desses indivíduos, a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados. A importância deste tratado se deve, principalmente, ao fato de que foi o primeiro tratado internacional a tratar da condição genérica dos refugiados, assim como seus direitos e deveres, ao contrário dos tratados anteriores, aplicáveis apenas a grupos específicos como o dos refugiados russos e alemães (CARVALHO, 2011).

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, Carta Magna do Direito Internacional dos Refugiados, traz a definição jurídica do instituto do

refúgio, estabelecendo seus critérios de aplicação, elementos e âmbito de incidência. Assim, a convenção uniformizou a proteção internacional dos refugiados, sem distinguir sua aplicação a determinados grupos de refugiados, como era feito antes de sua formulação, a exemplo dos instrumentos de proteção que restringiam sua aplicação a determinadas nacionalidades, como o "Acordo sobre Refugiados Armênios" de 1924 e a "Convenção sobre a Condição de Refugiados Oriundos da Alemanha", de 1936. (PEREIRA, 2017)

No entanto, tal convenção estabeleceu um limite temporal em sua aplicação: somente seria válida aos fluxos de refugiados anteriores a 1951. Ao mesmo tempo, conferiu aos Estados assinantes a possibilidade de estabelecerem uma "limitação geográfica", interpretando a aplicação do *status* de refugiado apenas aos indivíduos vítimas de acontecimentos ocorridos no continente europeu. É o que se depreende da leitura do art. 1º, §2, a) e b) da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, aqui transcrito. Serão considerados refugiados, segundo a Convenção de 51, aqueles.

> 2) Que, em conseqüência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em conseqüência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (ACNUR. CRER)
>
> B. 1) Para os fins da presente Convenção, as palavras "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951", do art. 1º, seção A, poderão ser compreendidas no sentido de ou (ACNUR, CRER)
>
> a) "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa"; ou b) "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa ou alhures" (ACNUR, 1951)

Em 1967, o Protocolo Adicional à Convenção dos Refugiados foi editado, vindo a suprimir a limitação temporal e geográfica da convenção de 1951, ampliando assim a definição de refugiado nos Estados que o assinassem, podendo

assim advir de qualquer parte do globo, assim como motivado por eventos de qualquer período, não se restringindo mais aos acontecimentos anteriores a 1951. (CARVALHO, 2011). Dessa forma, segundo Liliana Jubilut (2007, p.44):

> [...] com a Convenção de 1951 e com o Protocolo de 1967, o status de refugiado é reconhecido a qualquer pessoa que sofra perseguição em seu Estado de origem e/ou residência habitual, por força de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social[...]

Os motivos relacionados acima dizem respeito a direitos civis e políticos, protegidos internacionalmente, e que não estavam sendo resguardados aos refugiados. Constituem-se, assim, em "[...] padrões mínimos de proteção a serem resguardados[...]" (JUBILUT, 2007 p. 44). Essa proteção pode, no entanto, ser majorada dentro de cada Estado, possuindo a faculdade de ampliar o rol dos motivos causadores da condição de refugiado, como ocorreu no caso brasileiro, com a internalização do conceito da Declaração de Cartagena, adotando a grave e generalizada violação de direitos humanos como uma das justificativas para a concessão do refúgio.

No ambito internacional, em 1969, foi criada a Convenção da Organização da Unidade Africana sobre refugiados. Em vigência a partir de 1974, foi a primeira a estabelecer a denominada "definição ampla" do conceito de refugiado, considerando como refugiado aquele que, devido a graves perturbações da ordem pública, se vê obrigado a deixar sua residência habitual para refugiar-se em outro pais.

Essa definição ampliada foi, em 1984, acolhida e estendida pela Declaração de Cartagena, estabelecendo que a definição de refugiado abrangeria tanto os elementos da Convenção de 51 e do Protocolo Adicional de 67, como também contemplaria como refugiados "[...] as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tivessem sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos

direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública." (CARVALHO, 2011 p. 26)

2.1 Elementos essenciais do instituto do refúgio de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo Adicional de 1967

Constituem-se, portanto, como elementos essenciais do instituto do refúgio, em âmbito global, segundo a Convenção de 51 e o Protocolo Adicional de 67, (i) a perseguição, (ii)o bem fundado temor e (iii) a extraterriotorialidade. (JUBILUT, 2007)

(i) A perseguição

A perseguição, elemento essencial do instituto do refúgio, não é definida em diplomas internacionais sobre o tema, de forma a gerar problemas e dúvidas ao aplicar o instituto (JUBILUT, 2007)

O ACNUR, em seu "Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar a Condição de Refugiado – de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados", de 1979, expressa esse problema, ao afirmar que "Não existe uma definição universalmente aceita de "perseguição", e as diversas tentativas de se formular essa definição obtiveram pouco sucesso (ACNUR, 2011, p. 22). Assim, de acordo com esse manual, qualquer ameaça à vida ou à liberdade por motivo de raça, religião, nacionalidade, opinião política, pertencimento a determinado grupo social é sempre caracterizada como perseguição, tendo em vista o art. 33 da Convenção de 1951. Afirma também que outras graves violações aos direitos humanos, pelo motivos mencionados, poderiam ser caracterizadores da perseguição.

Em face da ausência de solução pacífica a respeito da abrangência do termo *perseguição*, diversas proposições acadêmicas, administrativas e de precedentes jurisdicionais surgiram, na tentativa de complementar a proposição dada pelo ACNUR e também aprimorá-la. Assim, segundo Goodwin-Gill e McAdam (2008,

apud PEREIRA, 2009) a perseguição poderia ser, além da definição data pelo ACNUR, toda e qualquer grave violação aos direitos humanos, em consonância, assim, com a Declaração de Cartagena.

Por sua vez, para James Hathaway (2005 apud PEREIRA, 2009), perseguição seria qualquer violação aos direitos reconhecidos como *jus cogens*, como a liberdade de religião, o direito à integridade física e psíquica e os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Uma outra questão relativa ao elemento *perseguição* é sobre quem seria o agente. Muitos Estados, ao aplicarem o instituto do refúgio, só consideram como agente perseguidor o Estado, fechando os olhos para a realidade, em que diversas vezes a perseguição pode se dar por grupos armados, não estatais, milícias, ou grupos étnicos e religiosos em conflito.

Essa interpretação restritiva, não constante nos documentos internacionais a respeito do Direito Internacional dos Refugiados, pode ser considerada contrária à Convenção de Viena sobre os Tratados, de 1969, que aponta como fonte de interpretação dos tratados, além do sentido comum e literal de seus termos e artigos, o recurso a seu preâmbulo. Assim, observando o preâmbulo dos documentos internacionais relativos ao refúgio, vê-se que os mesmos adotam um caráter humanista, da forma mais protetiva possível, sem qualquer restrição ao termo "perseguição", podendo ser considerada a interpretação restritiva do termo como uma "[...] violação de dispositivo de tratado desses Estados". (JUBILUT, 2007, p. 47)

(ii) O fundado temor

Atualmente, o *fundado temor* de perseguição é considerado em sua esfera objetiva, presumindo-se, na esfera subjetiva, o medo, o temor que todos os solicitantes do *status* de refugiado gozam, pelo simples fato de terem requisitado o refúgio. Assim, para se verificar esse elemento essencial do instituto, deve-se proceder à analise das condições objetivas do Estado do qual o indivíduo solicitante

provém, com fins a se determinar se este temor é fundado ou não. Assim, "[...] as informações sobre a situação objetiva do Estado de proveniência do solicitante de refúgio e a relação dessas com cada indivíduo passam a caracterizar o elemento essencial do refúgio. (JUBILUT, 2009, p. 47)

Esse *fundado temor* é verificado por meio de entrevistas individuais, nas quais cada solicitante e o entrevistador dividem a responsabilidade de evidenciar que há razões para a existência do fundado temor de perseguição. Segundo Liliana Jubilut, isso se deve em face de "[...] o solicitante ser o único que conhece realmente a sua história e de o entrevistador ser o ente com capacidade de buscar informações mais detalhadas sobre a real condição do Estado de proveniência." (JUBILUT, 2009, p. 48)

(iii) Extraterritorialidade

Por fim, o último elemento essencial do instituto do refúgio conforme a Convenção de 51 e seu Protocolo de 67, a extraterritorialidade é indispensável para a concessão do *status* de refugiado. Em outras palavras, é necessário que o solicitante do refúgio se encontre fora de seu local de origem ou residência habitual para que lhe seja concedida a proteção. Dessa forma, os indivíduos e grupos que se deslocam forçadamente, mesmo que em face de perseguição odiosa, mas sem sair de seus respectivos Estados ou regiões, não ultrapassando as fronteiras ou limites territoriais, não podem ser considerados refugiados. (PEREIRA, 2009)

2.2 Os motivos ensejadores do reconhecimento do status de refugiado

São 5 os motivos de perseguição previstos na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 que ensejam o reconhecimento do *status* de refugiado: perseguição em virtude da (i) raça, (ii) nacionalidade, (iii) religião, (iv) grupo social ou (v) opiniões políticas.

(i) Raça

Em relação à raça, esta seria considerada como a discriminação e perseguição de indivíduos em virtude de suas qualidades genéticas que o particularizam, diferenciando-o de outros grupos humanos. Geralmente é fundamentada na ideia de superioridade de uma raça sobre a outra, gerando o fenômeno do racismo. (PEREIRA, 2009)

Segundo Goodwin-Gill e Jane McAdam (2008 apud PEREIRA, 2009), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, definiu como conduta ilícita a prática de distinguir indivíduos em função de sua raça, cor, descendência, etnia ou nacionalidade, de forma que ações nesse sentido configuram desrespeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Em seu artigo 5º, d), i) e ii) obrigam os Estados Contratantes a proibir e eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, cor, origem nacional ou étnica, e a gozar, dentre outros direitos mencionados no artigo, o direito de circular livremente e escolher residência dentro das fronteiras do Estado, assim como o direito de deixar qualquer país, inclusive o seu, e a ele retornar. (ONU, 1966)

Assim, conforme Luciana Pereira, (2009, p. 80) "obrigar um indivíduo ou um grupo de pessoas a, forçadamente, deixar seu Estado de origem ou residência habitual em virtude de discriminação racial responsabiliza o Estado signatário da Convenção e enseja aos indivíduos perseguidos o direito de refúgio."

(ii) Religião

Segundo o Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiados (ACNUR, 2011, p. 26), a perseguição por motivos religiosos pode assumir várias formas, tais como: "[...] a proibição de fazer parte de uma comunidade religiosa, de praticar o culto em privado ou em público, da educação

religiosa ou a imposição de graves medidas discriminatórias sobre pessoas por praticar em a sua religião ou pertencerem a uma comunidade religiosa específica."

O Manual ressalta, ainda, que o simples fato de pertencer a determinada comunidade religiosa pode não ser suficiente, por si só, para fundamentar a concessão do status de refugiado. No entanto, em certas circunstâncias, como por exemplo valendo-se das circunstâncias objetivas de um determinado Estado em que é notória e grave a perseguição religiosa a determinados grupos e indivíduos (poderia-se mencionar o caso recente dos Rohingyas, em Myanmar – ou Burma), é possível que o mero pertencimento a determinada comunidade religiosa fundamente sim a solicitação de refúgio.

(iii) Nacionalidade

O Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiados deixa claro que o termo "nacionalidade" não deve ser interpretado exclusivamente como "nacionalidade jurídica" ou "cidadania", que seria o vínculo jurídico que une indivíduos a um Estado específico. O termo nacionalidade deve ser interpretado de forma mais ampla, a abranger também determinados grupos étnicos ou linguísticos, sobrepondo-se ocasionalmente ao termo "raça". Assim, "[...] a perseguição por motivos de nacionalidade pode consistir em ações e medidas adversas dirigidas contra uma minoria nacional (étnica, lingüística) e, em determinadas circunstâncias, o fato de pertencer a essa minoria pode, por si só, fundamentar o temor de perseguição" (ACNUR, 2011, p. 26)

Segundo Liliana Jubilut (2007, p. 126) "A nacionalidade é, ainda hoje, motivo de discriminação em Estados multiétnicos […] e provoca a fuga de indivíduos desses, os quais, sem o instituto do refúgio, estariam desprovidos de qualquer proteção." Entre os exemplos que a autora cita de perseguição em função da nacionalidade estão os curdos, no Iraque, assim como as diversas perseguições ocorridas na guerra da ex-Iugoslávia.

(iv) Opinião Política

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, afirma: "Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras." (ONU, 2009, p. 10)

O dispositivo transcrito faz referência somente a "ter opinião", sem qualquer restrição, podendo se concluir que as "opiniões políticas" e afins também estão protegidas por este dispositivo da DUDH. Assim, conforme explica Luciana Pereira (2009, p. 82), "[...] perseguições a indivíduos em virtude de suas convicções, preferências ou militâncias políticas configuram-se como atos de violação ao direito humano essencial de liberdade de opinião e, assim sendo, embasam a proteção oriunda do direito de refúgio."

É importante observar que não é necessário que um indivíduo esteja sofrendo perseguição em função de sua opinião política ao solicitar o refúgio. Pode ser que o mesmo tenha mantido em segredo suas opiniões e nunca sofrido qualquer perseguição. É o que afirma o Manual de Procedimentos e Critérios Para a Determinação da Condição de Refugiado, que informa que o solicitante deve apenas demonstrar que receava se expressar, sob pena de sofrer medidas coercitivas, ocultando assim a sua opinião. (PEREIRA, 2009)

(v) Filiação a certo grupo social

A definição de grupo social é imprecisa, sendo justamente este o objetivo de sua inclusão na Convenção de 51. Como ensina Liliana Jubilut (2007, p. 132):

> […] percebeu-se que nenhuma definição taxativa, de quem é, ou não, refugiado abarcaria todos os indivíduos, em todas as épocas, que necessitassem dessa proteção, mas, ao mesmo tempo, verificou-se a indispensabilidade de uma positivação internacional que objetivasse a aplicação homogênea do instituto, sendo, portanto, necessário o estabelecimento de critérios.

Assim, ao incluir o "pertencimento a determinado grupo social" no rol de motivos clássicos, supre-se a necessidade de positivação de um rol taxativo e homogêneo, que ao mesmo tempo possa ser flexibilizado ao longo do tempo para abarcar, durante a evolução da humanidade, novos indivíduos que poderiam não se enquadrar como refugiados pelos demais critérios.

Para Liliana Jubilut existem três critérios para a definição de grupo social:

> (1) o que se baseia no grupo em si, e no fato de ele se identificar enquanto um grupo social – o critério da coesão do grupo; (2) o que funda seu método na sociedade e no modo como esta percebe a existência de um grupo, se a sociedade se posiciona em face de um conjunto de indivíduos considerando-o um grupo ou não – o critério contextual; e (3) o mais adequado para o reconhecimento do status de refugiado – o critério do agente de perseguição –, a partir do qual se deve analisar a postura do agente de perseguição em relação ao grupo, uma vez que, caso ele aja ao perseguir como se estivesse em face de um membro de um grupo de indivíduos, há um grupo social. (JUBILUT, 2007, p. 132)

2.3 Definições regionais ampliadas

Em 1969, foi criada a Convenção da Organização da Unidade Africana sobre refugiados. Em vigência a partir de 1974, foi a primeira a estabelecer a denominada "definição ampla" do conceito de refugiado, considerando como refugiado aquele que, devido a graves e generalizadas violações aos direitos humanos, se vê obrigado a deixar sua residência habitual para refugiar-se em outro pais.

Essa definição ampliada foi, em 1984, acolhida pela Declaração de Cartagena, a qual estabeleceu que a definição de refugiado abrangeria tanto os elementos da Convenção de 51 e do Protocolo Adicional de 67, como também contemplaria como refugiados "[...] as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tivessem sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública." (CARVALHO, 2011 p. 26)

2.3.1 Convenção da organização da unidade africada sobre refugiados

A OUA foi celebrada tendo em vista o contexto da região africana durante as décadas de 1960 e 1970, período em que ocorreram alguns movimentos de independência em colônias africanas e asiáticas, gerando novos fluxos de refugiados. (HAYDU, 2011)

A Convenção da Organização da Unidade Africana, em seu preâmbulo, afirma:

> 1 - Registrando com inquietação a existência de um incessante número crescente de refugiados em África e, desejosos de encontrar os meios de atenuar a sua miséria e sofrimento e de lhes assegurar uma vida e um futuro melhores;
>
> 2 - Reconhecendo que os problemas dos refugiados devem ser abordados de uma maneira essencialmente humanitária para se encontrar uma solução; (ACNUR, 1969)

Dessa forma, com o intuito de conferir proteção as novas ondas de refugiados que haviam surgido no continente africano, e procurando tratar o tema da forma mais humanitária possível, estabeleceram, pela primeira vez, o chamado conceito "ampliado" de refugiado, válido no âmbito regional africano para os Estados contratantes, que incorpora, além da definição clássica de refugiado presente da Convenção de 51 e no Protocoloco Adicional de 67, a seguinte:

> O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. (ACNUR, 1969, p. 2)

Ou seja, além de a OUA considerar como refugiados aqueles que, por fundado temor de perseguição em virtude de sua raça, opinião política, religião, nacionalidade e pertencimento a determinado grupo social, são obrigados a deixar seu país e valer-se da proteção de outro Estado, também reconhece como refugiado

aqueles que são obrigados a deixar sua residência habitual por motivos de agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou acontecimentos que pertubem gravemente a ordem pública, em parte ou em todo o território de origem ou de nacionalidade do refugiado.

2.3.2 Declaração de Cartagena

A Declaração de Cartagena foi criada para solucionar a questão de "[...] cerca de um milhão de deslocados dos conflitos civis da América Central (Nicarágua, El Salvador e Guatemala), das décadas de 1970 e 1980, que estavam em diversos países vizinhos sem proteção por não se enquadrarem no conceito clássico de refugiado". (MENEZES, 2011, p. 94)

Assim, com a intenção de proteger os refugiados advindos da America Central, a Declaração de Cartagena sugeriu várias medidas, dentre as quais a ampliação da definição de refugiado que já estava prevista na Convenção de 51 e no Procoloco de 67. Dessa forma, ampliou o conceito para, além dos casos já previstos, reconhecer como refugiados aqueles que

> […] tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (ACNUR, 1984)

Segundo Liliana Jubilut (2007, p. 135),

> A grave e generalizada violação de direitos humanos é extremamente relevante nos contextos africano e latino-americano, uma vez que os Estados que os compõem apresentam sistemáticas violações à dignidade da pessoa humana em formas diversas das dos cinco motivos consagrados internacionalmente. .....

No entanto, segundo a autora, a grave e generalizada violação de direitos humanos possui duas limitações: a primeira de ordem geográfica, já que a Declaração de Cartagena constitui-se em um instrumento regional, e a segunda de

ordem política, já que a definição de uma situação como de grave e generalizada violação de direitos humanos não possui critérios objetivos, dependendo assim da vontade política e da discricionariedade de cada Estado. (JUBILUT, 2007)

A Declaração de Cartagena não possui natureza jurídica de tratado internacional, ou seja, não vincula os Estados que não tenham inserido a definição "ampla" dentro de seus ordenamentos internos (GODOY, 2011). Entretanto, mesmo não se tratando de documento vinculante, foi extremamente importante para a evolução do Direito dos Refugiados nas Américas, já que, conforme explica Luciana Pereira (2015, p. 226), "[...] estabeleceu-se como modelo normativo paradigmático a ser perquirido pelos Estados, constituindo-se como texto orientador, como guia à feitura e publicação de leis nacionais sobre o refúgio."

2.4 O Instituto do Refúgio no Brasil e o Conare

Segundo Renato Zerbini (2010), a obrigação pátria em relação aos refugiados advém, principalmente, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e de seu Protocolo Adicional de 1967, somando-se a estes instrumentos a Lei nº 9.474/97, que determina providências a serem tomadas pelo país sobre a temática dos refugiados e cria o CONARE (Comitê Nacional Para os Refugiados).

Tal lei foi resultado do Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996, sendo criada conjuntamente por membros do ACNUR e do governo brasileiro, e posteriormente aprovado pelo Congresso Nacional, passando pela Comissões de Constituição e Justiça, de Relações Exteriores e de Direitos Humanos (JUBILUT, 2007)

Nessas comissões foi adotado o "Espírito de Cartagena", que refere-se à adoção da definição ampliada do conceito de refugiado presente da Declaração de Cartagena de 1984, conforme explicado no capítulo anterior. Entretanto, apesar de a definição clássica estipulada pela Convenção de 51 e pelo Protocolo Adicional de 67 ter sido ampliada, não foi de forma tão abrangente como na referida Declaração, de

forma a reconhecer como refugiados aqueles que se deslocam por motivos de grave e generalizada violação aos direitos humanos. (JUBILUT, 2007)

Assim, segundo o art. 1º da lei nº 9.474/97, será considerado refugiado:

> I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
>
> II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
>
> III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (BRASIL, 1997)

Dessa forma é possível verificar que a referida lei adotou, em seu art. 1º, I e II, a caracterização de refugiado dada pela Convenção de 51 e pelo Protocoloco Adicional de 67. No seu inciso III, porém, a lei inova no ordenamento jurídico brasileiro, adotando a definição ampliada do conceito de refugiado, elencando a grave e generalizada violação dos direitos humanos entre as situações passíveis de caracterizar o reconhecimento do refúgio. (JUBILUT, 2007)

Liliana Jubilut destaca que o fato da criação de um diploma legal específico para o tema dos refugiados é algo pouco usual na comunidade internacional, que geralmente, ao regular internamente a matéria, introduz o tema dos refugiados dentro de uma legislação mais ampla que trata sobre imigração ou asilo, como fizeram os Estados Unidos e o Japão. Assim, destaca "[...] a relevância da legislação nacional brasileira, posto que tal fato permite uma maior adequação do texto legal às necessidades dos refugiados." (JUBILUT, 2007, p. 191)

A lei 9.474/97 também instituiu o CONARE. Segundo Renato Zerbini Leão (2011, p. 1). o CONARE é

> […] um órgão de deliberação coletiva e tripartite do Estado e da sociedade brasileira de elevado conteúdo humanitário, que se dedica à elegibilidade do refúgio no país. Ademais, orienta e coordena as ações necessárias à eficácia da proteção,

> assistência e apoio jurídico aos refugiados reconhecidos pelo Brasil

Dessa forma, o CONARE é o órgão que decide, em primeira instância, o reconhecimento ou não do status de refugiado aos indivíduos solicitantes. Possui competência, também, para expedir resoluções regulamentadoras de "questões práticas relativas aos refugiados, como, por exemplo, a Resolução Normativa 1, que traz em seu anexo o modelo do termo de declaração que deve ser preenchido pelo refugiado quando de sua solicitação de refúgio." (JUBILUT, 2007, p. 192)

Segundo o art. 14 da lei 9.474/97, o CONARE possui a seguinte composição:

> Art. 14. O CONARE será constituído por:
>
> I - um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá;
>
> II - um representante do Ministério das Relações Exteriores;
>
> III - um representante do Ministério do Trabalho;
>
> IV - um representante do Ministério da Saúde;
>
> V - um representante do Ministério da Educação e do Desporto;
>
> VI - um representante do Departamento de Polícia Federal;
>
> VII - um representante de organização não-governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País. (BRASIL, 1997)

Verifica-se, portanto, que a presidência do órgão caberá a um representante do Ministério da Justiça, e, segundo o regimento interno do CONARE, a vice-presidência caberá ao Ministério das Relações Exteriores (BARRETO, 2010)

Com relação ao representante de organização não-governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País, este representante atualmente é a Caritas

Arquidiocesana do Rio de Janero e São Paulo. Segundo Luiz Paulo Barreto (2010, p. 171)

> A Cáritas do Rio de Janeiro trabalha com os refugiados no Brasil desde as décadas de 1960 e 1970, quando ditaduras militares levantaram-se em vários países da América do Sul, assim como no Brasil. […] A Cáritas Arquidiocesana de São Paulo, por meio do cardeal Dom Paulo Evaristo Arns e de seu diretor, padre Ubaldo Steri, também promoveu amplo trabalho de acolhida, proteção e integração de refugiados no Brasil. Essa experiência foi, então, levada ao Conare, tendo a Cáritas auxiliado o Brasil a formular e implementar toda uma política para o refúgio

Segundo Liliana Jubilut (2007), a presença de uma entidade representante da sociedade civil (no caso a Cáritas) no órgão responsável pela elegibilidade da solicitação de refúgio é fator de destaque da lei 9.474/97, não possuindo paralelo em nenhum outro Estado da América do Sul.

Segundo o §1º do art. 14 da lei 9.474/97, o ACNUR será sempre membro convidado para as reuniões do CONARE, em que terá direito a voz, mas não a voto. Segundo Luiz Paulo Barreto (2010), essa participação é de suma importância, haja vista o suporte técnico que oferece em temas jurídicos, assistenciais, protetivos e de promoção dos refugiados.

Com relação ao procedimento de refúgio, este é regulado no Título IV da lei 9.474/97. Como já dito, caberá ao CONARE decidir, em primeira instância, se reconhece ou não o pedido de refúgio. No entanto, para que se chegue até essa decisão, é necessário um procedimento específico, regulamentado pela referida lei, que se inicia pela externação da vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado, feita pelo estrangeiro à autoridade competente, conforme o art. 17 caput da lei

A autoridade competente referida pela lei é o Departamento de Polícia Federal, que, segundo Luiz Paulo Barreto (2010, p. 174) “[...] por meio de qualquer uma das suas representações nas capitais ou em outras cidades brasileiras, ou até mesmo nos portos, aeroportos e fronteiras, pode receber esse primeiro pedido do estrangeiro, a solicitação de refúgio.”

A autoridade competente, então, irá notificar o solicitante a prestar declarações, marcando a data de abertura do procedimento. Tais declarações poderão ser prestadas com ajuda de um intérprete, conforme prevê o art. 19 da lei 9.474/97, e então preencherá um formulário que contenha sua "[...] identificação completa, qualificação profissional, grau de escolaridade do solicitante e membros do seu grupo familiar, bem como relato das circunstâncias e fatos que fundamentem o pedido de refúgio, indicando os elementos de prova pertinentes." (BRASIL, 1997)

O art. 20 caput garante o sigilo das informações, medida essencial para a proteção do solicitante, pois "o simples fato de ser divulgado um pedido de refúgio pode expor o solicitante a retaliações no país de origem." (BARRETO, 2010, p.176) O solicitante receberá uma autorização de estada até o término do processo, que abrangerá também seus membros familiares que estiverem em território nacional, segundo o art. 21 caput da lei 9.474 (BRASIL).

Instruído o processo, com averiguação dos fatos necessários ao julgamento justo e célere da solicitação de refúgio, e elaborado o relatório pela Polícia Federal nos moldes exigidos pela lei 9.474/97 (BRASIL, 1997), será o mesmo enviado imediatamente ao Secretário do CONARE, a fim de incluir-se na próxima reunião do órgão.

Decidindo o CONARE, caso reconheça a condição de refugiado do solicitante, tal ato será considerado declaratório (e não constitutivo), o que gera efeitos "ex tunc", retroativos ao "momento em que o fundado temor de perseguição determinou a saída do indivíduo de seu país de origem." (BARRETO, 2010, p. 179)

Da decisão, caso seja negativa, caberá recurso para o Ministro da Justiça, que deverá ser feita no prazo de 15 dias contados da data de notificação do solicitante, conforme o artigo 29 da lei 9.474/97 (BRASIL, 1997).

3 A DEFINIÇÃO DE "REFUGIADO AMBIENTAL" E A POSSIBILIDADE DE SUA PROTEÇÃO PELOS ATUAIS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS

3.1 A definição de "refugiado ambiental"

Inicialmente, cabe ressaltar que não há, até hoje, uma definição oficial para o termo "refugiado ambiental". Conforme afirma Erika Ramos (2011, p. 74)

> sequer há consenso sobre a expressão ou termo mais adequados e representativos para o fenômeno. Há inúmeras sugestões constantes na literatura especializada, tais como, "refugiados ambientais", "refugiados climáticos", "migrantes ambientalmente forçados", "migrantes ambientalmente induzidos". No entanto, não há uma nomenclatura tampouco uma definição considerada oficial para a expressão "refugiado ambiental"

Há, inclusive, entre os diversos estudiosos sobre o tema, opiniões a favor e contra a criação da categoria "refugiados ambientais" (RAMOS, 2011), o que demonstra a tamanha complexidade do tema sobre os indivíduos e grupos que se deslocam em razão do meio ambiente. Sendo assim, será abordado neste tópico diversas nomenclaturas e definições criadas pelos estudiosos sobre o tema, assim como as críticas por parte daqueles que são contrários à utilização da nomenclatura "refugiados ambientais".

Astri Suhrke faz uma diferenciação entre duas principais perspectivas existentes na literatura sobre o tema, denominando "minimalistas" aqueles que vêem as alterações ambientais como uma variável que pode contribuir para o deslocamento, mas defendem não possuirem "conhecimento o bastante sobre o processo para retirar conclusões" (SUHRKE, 1993, p. 4, tradução nossa). A outra perspectiva, que chama de "maximalista", defende que a degradação ambiental já forçou o deslocamento de milhares de pessoas e continuará a obrigar milhares de pessoas a se deslocarem no futuro.

Segundo James Morrissey (2013), o primeiro uso do termo "refugiado ambiental", em 1970, pode ser creditado a Lester Brown, fundador do World Watch

Institute. Sua popularização e ínicio dos debates a respeito, no entanto, se deu quando Essam El-Hinnawi o utilizou em um relatório para o Programa nas Nações Unidas para o meio ambiente (PNUMA), em 1985, alertando para o crescente número de deslocados motivados por desastres ambientais (CLARO, 2011).

Em seu discurso, El Hinnawi caracterizou os refugiados ambientais como sendo "aquelas pessoas que foram forçadas a deixar seu *habitat* natural, temporária ou permanentemente, em razão de uma determinada ruptura ambiental (natural ou ocasionada pelo homem), que ameaçou sua existência ou seriamente afetou sua qualidade de vida" (EL-HINNAWI, 1985 apud CLARO, 2011)

Posteriormente, em 1988, Jodi Jacobson também conceituou o tema em um artigo elaborado para o World Watch Institute, definindo refugiados ambientais como:

> Aquelas pessoas temporariamente deslocadas devido a perturbações ambientais locais, como avalanches ou terremotos; aqueles que migram por causa da degradação ambiental que tem prejudicado a sua subsistência ou apresenta riscos inaceitáveis para a saúde; e aqueles reassentados porque a degradação da terra resultou em desertificação ou por causa de outras mudanças permanentes no habitat (RAMOS, 2011, p. 78)

Tanto a definição de refugiado ambiental de El-Hinnawi quanto de Jodi Jacobson criam uma noção geral de refugiado ambiental, não separando entre deslocados internos e externos, de extrema importância para o Direito Internacional (RAMOS, 2011)

Em 1995, Norman Myers, alertando para o grande número de "refúgiados ambientais" já existentes nessa época, que afirmou totalizarem no mínimo 25 milhões, comparados com 27 milhões de refugiados tradicionais (abarcados pela Convenção de 51 e pelo Protocolo Adicional de 67), e que poderiam dobrar em número nos anos seguintes, definiu os refugiados ambientais como sendo aqueles que

> não podem mais viver de forma segura em seu países por causa da seca, erosão do solo, desertificação, deflorestamento e outros problemas ambientais, associados a problemas causados pela pressão populacional e pobreza extrema. Em seu desespero, essas pessoas sentem que não possuem alternativa senão buscar abrigo em outro lugar, por mais perigosa que esta tentativa seja. Nem todos fogem de seus países, muitos são deslocados internos. Mas todos abandonaram seus locais de origem de forma temporária ou permanente, com pouca esperança de retornarem (MYERS, 2005, p.1, tradução nossa)

Para a Organização Internacional para Migrações (2007, p. 1-2, tradução nossa), refugiados ambientais são:

> Pessoas ou grupos de pessoas os quais, por razões de súbita ou progressiva alterações no meio ambiente que afetam adversamente suas vidas ou condições de vida, são obrigadas a deixar sua moradia, temporariamente ou permanentemente, deslocando-se dentro do próprio país ou para fora dele.

Para Carolina Claro (2011 p. 245-246), os "refugiados ambientais podem ser divididos em três grupos:

> (i) "refugiados ambientais" lato sensu, correspondente a todo e qualquer migrante influenciado não exclusiva, mas majoritariamente por alterações ambientais de vulto; (ii) "refugiados do clima", para aqueles migrantes forçados exclusivamente em decorrência da mudança e variabilidade climática abruptas; e (iii) "refugiados da conservação", relativo àquelas pessoas que foram forçadas a deixar sua morada habitual em razão da criação de uma área de preservação ambiental ou similar, mas que necessariamente implique migração humana como efeito direto de políticas públicas – vale afirmar que a maior parte dos "refugiados da conservação" é composta por comunidades tradicionais, embora não apenas por estas.

A Conferência Internacional sobre Meio Ambiente, Migrações Forçadas e Vulnerabilidade Social (EFMSV, na sigla em inglês), ocorrida entre os dias 9 a 11 de outubro na cidade de Bonn, Alemanha, em que 300 especialistas, dentre outras atividades, responderam a 9 perguntas formuladas pelos organizadores do evento, sendo a primeira relativa a como se poderia chamar as pessoas que migram em função do meio ambiente, tiveram como proposta as seguintes terminologias:

> "Migrantes Ambientais de Emergência", que fogem dos graves impactos ambientais para salvar suas vidas, "Migrantes Ambientais Forçados", que "são obrigados a se deslocar" para evitar as graves consequências da degradação ambiental, e "Migrantes Motivados pelo Meio Ambiente", que "podem deslocar-se" para evitar o pior em função de uma contínua degradação ambiental. (Afifi, Jäger, 2010, p. 263-264, tradução nossa)

A nomenclatura "ecomigrantes" também pode ser encontrada sobre o tema. Wood (2001) os diferencia dos "refugiados ambientais" ao afirmar que, ao contrário destes, os "ecomigrantes" não seriam deslocados de forma forçada, mas somente induzidos pelo meio ambiente, sendo o deslocamento mais relacionado à questão econômica.

Também é necessário discorrer sobre as circunstâncias fáticas que fundamentariam o conceito de "refugiados ambientais". Segundo Suhrke (1993), 6 eventos naturais podem ocasionar a migração forçada: o aumento do nível do mar, a degradação do solo, a desertificação e as secas, o desmatamento, a degradação do ar e da água. Muitos destes eventos, afirma Shurke, são indiretamente provocados pelo homem, como no desmatamento, e não necessariamente são isolados, podendo ocorrer diversos eventos simultaneamente, forçando o deslocamento de pessoas sob o risco de sua subsistência.

Para Trolldalen, Birkeland, Borgen e Scott, no trabalho *Environmental Refugees: a Discussion Paper* (1992 apud PEREIRA, 2011, p. 226) também identificam 6 elementos naturais que podem gerar deslocamentos populacionais: "desastres naturais, a degradação dos recursos do solo cultivável, o reassentamento involuntário, os acidentes industriais, as mudanças climáticas e as situações de pós-conflito.". Os autores fazem uma distinção entre "causas naturais propriamente ditas" e "causas naturais indiretas", estas últimas sendo aquelas provocadas pelo homem a "curto, médio ou longo prazo". No primeiro grupo encontram-se os desastres naturais propriamente ditos, como furacões, tsunamis, terremotos, e diversas outras catástrofes naturais, que implicam de imediato a vida humana na

Terra. No segundo grupo estariam os acidentes industriais, como cita a autora o exemplo do desastre de Chernobyl, na Ucrânia (PEREIRA, 2011).

Mattson e Rapp (1991 apud PEREIRA, 2011) incluem a seca e a fome como impulsores dos deslocamentos de "refugiados ambientais", afirmando que a seca e a fome estão diretamente relacionadas à migração de refugiados:

> Para os autores […] a seca é, essencialmente, o evento da natureza causador do deslocamento dos indivíduos e a sua ocorrência, por tornar inviável a colheita de alimentos pelos agricultores locais, leva a população à fome, sendo esta, portanto, motivo indireto para a ocorrência da emigração. (PEREIRA, 2011 p. 227).

Percebe-se assim, claramente, a sobreposição de fatores econômicos e ambientais, reforçando a expressão "ecomigrantes" cunhada por William B. Wood (PEREIRA, 2011)

No mesmo sentido, discorre Sanders (1991 apud PEREIRA, 2011) sobre o fenômeno do êxodo rural, ocorrido no Brasil nas décadas de 1960 e 1970, em que habitantes da área rural deslocaram-se para os centros urbanos em virtude da seca e pobreza que assolavam e até hoje ainda assolam o sertão brasileiro, relacionando assim a seca e a pobreza como fatores essenciais e indissociáveis na geração do fluxo migratório.

Por fim, Black (2001), em seu artigo "*Environmental Refugees: myth or reality?"* aponta os fenômenos da desertificação, do aumento do nível mar e dos "conflitos ambientais". Estes últimos seriam "[...]a noção de que a degradação ambiental está se aprofundando, até o ponto de poder ser configurada como raiz de conflitos que, por sua vez, dão origem a movimentos de refugiados. " (PEREIRA, 2011, p. 228)

3.2 A possibilidade de proteção aos "refugiados ambientais" pelos atuais instrumentos jurídicos de internacionais

Já analisado o termo "refugiado ambiental", será agora analisada a possibilidade de enquadramento desses indivíduos perante algum diploma legal internacional de proteção.

3.2.1 Da possibilidade de proteção dos "refugiados ambientais" pela convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951 e pelo protoloco adicional de 1967

Segundo a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu respectivo Protocolo Adicional de 1967, é considerado refugiado, conforme já analisado no primeiro capítulo deste trabalho, aquele que, por fundado temor de perseguição em virtude de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a determinado grupo, encontra-se fora de seu país de nacionalidade e não pode, ou não quer, em virtude desse temor, valer-se da proteção fornecida por este país, ou, ainda, não possue nacionalidade e se encontra fora do seu país de residência habitual em decorrência destes acontecimentos, não podendo retornar a ele.

Os elementos essenciais do instituto, já analisados no primeiro capítulo, consistem na (i) perseguição, (ii) fundado temor, e (iii) extraterritorialidade, assim como pelos motivos clássicos: religião, raça, nacionalidade, opinião política e grupo social.

Segundo Luciana Pereira, uma das razões pelas quais os "refugiados ambientais" não podem se enquadrar no conceito de refugiado desta Convenção, ou mesmo em outros instrumentos do Direito Internacional dos Refugiados em seu atual estado de desenvolvimento, se dá pela:

> […] ausência do elemento da perseguição na definição de "refugiado ambiental". Este que é essencial, segundo a CRER, para a configuração do reconhecimento dos status de refugiado

> a alguém, não se encontra presente, mesmo em análise forçada, quando indivíduos ou populações deslocam-se para outros locais que não o de sua origem e moradia habitual em decorrência de fatores ambientais.
>
> […]
>
> Assim, para o reconhecimento do status de refugiados, os indivíduos devem, obrigatoriamente, comprovar a existência da perseguição ou, pelo menos, do real temor de ser perseguido. O agente desta ação tem que ser palpável e dotado de personalidade jurídica, até mesmo para lhe atribuir futuramente, se for o caso, responsabilidade internacional pelos atos praticados. (PEREIRA, 2009, p. 113)

Percebe-se, assim, a impossibilidade de caracterizar o meio ambiente como um elemento perseguidor, a fim de possibilitar a aplicação do instito do refúgio a estes indivíduos. Segundo a autora, é necessário a existência de um real agente perseguidor para a caracterização da perseguição, que seja dotado de personalidade jurídica para que seja futuramente responsabilizado por seus atos. Desta forma, mesmo face a uma definição "ampliada" do conceito de refugiado, o elemento "perseguição" jamais poderia se caracterizar, haja vista a inexistência objetiva do agente perseguidor.

No mesmo sentido, Carolina Claro (2015, p. 99) afirma que "para fins da Convenção, é necessário determinar uma perseguição fundada (critério objetivo) diante de um temor (critério subjetivo), no qual o agente perseguidor precisa ser identificado." Dessa forma, o agente perseguidor deve ser objetivo, o que não ocorre nos casos em que é mencionado o meio ambiente como agente de perseguição.

Erika Ramos afirma que "no tocante à perseguição, a literatura especializada entende que esta decorrerá tão somente de eventos provocados pelo homem, ou seja, por um "agente perseguidor". Não estão contempladas, in casu, ocorrências ou situações espontâneas, como os desastres naturais (p. ex.: terremotos)." (RAMOS, 2011, p. 105)

Porém, nos casos em que o agente perseguidor utiliza a degradação ambiental como instrumento de perseguição, seria possível a caracterização deste elemento

essencial e a consequente aplicação do instituto do refúgio, conforme explica Liliana Jubilut e Silvia Apolinário (2010 p. 288):

> Diferentemente das vítimas de perseguição, as pessoas que se deslocam em razão de um desastre ambiental podem, em geral, valer-se da ajuda e do suporte do próprio governo, mesmo que tal suporte seja limitado. Isso não se confunde com a situação em que o agente perseguidor utiliza a degradação ambiental como meio de perseguição. Neste caso, a razão da perseguição pode ser uma das previstas na Convenção de 1951, e a forma de perseguição é o dano ambiental; assim, trata-se de um refugiado. Nesse sentido, deve-se estabelecer o fundado temor de perseguição.

Segundo Erika Ramos (2011, p. 105), "o caráter individualista impregnado na Convenção dificulta qualquer interpretação de modo a abranger as vítimas de desastres ambientais cujos impactos não podem ser individualizados com tal finalidade."

Esses traços de especificidade, segundo a autora, também estão presentes no rol de motivos presentes na convenção, restritos a questões de raça, religião, nacionalidade, opinião política e grupo social. Situações de fuga de indivíduos motivadas por grave insegurança e opressão generalizada, como na ocasião de conflitos armados por exemplo, nem sempre gera a aplicação da Convenção de 1951. Essa insegurança generalizada, traço também das catástrofes ambientais e outros eventos ambientais extremos estaria portanto excluída do rol de motivos, não podendo ser alegada como motivação para a aplicação do instituto do refúgio. (RAMOS, 2011)

Da mesma forma argumenta Luciana Pereira, no sentido da impossibilidade de aplicação do instituto do refúgio nos moldes atuais do Direito Internacional dos Refugiados aos "refugiados ambientais", em virtude do rol de motivos presentes na Convenção de 1951 não abarcar fatores ambientais como motivadores de aplicação do instituto:

> […] o rol previsto na Convenção de 1951, responsável por dispor sobre as razões clássicas de perseguição, é exaustivo, ou seja, trata-se de hipótese de numerus clausus.

> […]
>
> Nesse sentido, motivos outros que não raça, religião, opinião política, vinculação a determinado grupo social ou nacionalidade não são amparados pela CRER e, portanto, não permitem o reconhecimento do status de refugiado aos indivíduos. Conseqüentemente, como não consta no rol do artigo 1º, §1º, (c) do Estatuto dos Refugiados a previsão dos fatores ambientais e climáticos como motivadores da perseguição, tal ausência configura-se como uma limitação à possibilidade de se contemplar os chamados "refugiados ambientais" com a proteção oriunda do instituto jurídico do refúgio. (PEREIRA, 2009, p. 114)

Nesse mesmo sentido, Carolina Claro afirma: "para que o "refugiado ambiental" possa ser considerado refugiado nos termos da Convenção, portanto, ele precisa demonstrar fundado temor de perseguição por um dos cinco motivos do artigo 1A(2) (*r*aça, religião, nacionalidade, opinião política e grupo social*)* e apenas naquelas hipóteses, o "refugiado ambiental" será também refugiado convencional". (CLARO, 2015, p. 99)

Observa-se, assim, a impossibilidade de aplicação do instituto do refúgio nos moldes da Convenção de 1951 e seu protocolo adicional de 1967 aos "refugiados ambientais", seja pela impossibilidade de enquadrar o meio ambiente como um agente perseguidor objetivo, como requer a Convenção, seja pela inexistência, no rol de motivos taxativamente elencados, do elemento ambiental como motivo do fundado temor de perseguição a ser arguido pelo deslocado em seu pedido de refúgio.

3.2.2 A (im)possibilidade de proteção dos "refugiados ambientais" pelos instrumentos regionais de proteção aos refugiados

Tendo em visa a impossibilidade de aplicação do instituto do refúgio aos "refugiados ambientais" através da Convenção de 51 e seu Protocolo Adicional de 67, que atualmente são os maiores instrumentos de proteção aos refugiados em âmbito global, amplamente reconhecido pela comunidade internacional, parte-se para a análise dos instrumentos regionais de proteção aos refugiados, em busca de

elementos que possibilitem o enquadramento dos “refugiados ambientais” como refugiados propriamente ditos.

a) A proteção pela Declaração de Cartagena

Conforme explicado no capítulo anterior, a Declaração de Cartagena foi formulada em 1984, em um cenário de grande instabilidade política, especialmente na América Central, que gerou mais de 1 milhão e meio de refugiados que não possuiam proteção por não se adequarem ao conceito de refugiado da Convenção de 51 e do Protocolo Adicional de 67 (MENEZES, 2011)

Ao adotar a definição ampliada, considerando como refugiado, além daqueles já enquadrados pelo conceito clássico, também aqueles que

> […] tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (ACNUR, 1984)

Cabe questionar, portanto, se tal ampliação da definição de refugiado seria suficiente para abarcar os “refugiados ambientais”. Cançado Trindade afirma que o conceito ampliado da Declaração de Cartagena poderia ser aplicado nos casos de desastres ou catástrofes ambientais provocadas pelo ser humano, mas não nos casos de catástrofes puramente naturais. (TRINDADE, 1993, p. 134.)

Pergunta-se, no entanto, se a Declaração de Cartagena, ao elencar como causas que podem gerar a aplicação do instituto do refúgio “a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública”, limitou-se, quanto aos deslocamentos forçados por degradações ou desastres ambientais, a considerar somente aqueles causados pela ação antrópica. Isto porque, em nenhum momento de seu texto, há informação a essa restrição.

A Declaração de Cartagena, no entanto, constitui-se em norma de *soft law*, regional e sem caráter vinculante, devendo portanto, ser integrada no ordenamento

jurídico interno dos Estados para produzir efeitos. Dessa forma, tal instrumento não é suficiente, por si só, para resolver o impasse dos "refugiados ambientais", nem em caráter regional, por não possuir força jurídica obrigatória e depender da boa vontade dos Estados a sua internalização no ordenamento jurídico, assim como a extensão que dará a sua interpretação, e muito menos em âmbito global.

No Brasil, por exemplo, apesar de se ter internalizado parte da declaração, não interpreta o conceito ampliado da Declaração de Cartagena de forma a conferir amparo legal aos "refugiados ambientais". Neste sentido, o CONARE, ao se manifestar reiteradamente sobre a extensão conceitual do instituto do refúgio, afirmou que sua configuração está: "intimamente vinculada a duas circunstâncias que se podem dar individualmente, conseqüentemente e/ou simultaneamente: a perseguição materializada e/ou o fundado temor de perseguição consubstanciado por parte da/o solicitante" (LEÃO, 2011, p. 75)

Dessa forma, o inciso III do art. 1 da lei 9.474, que adotou como hipótese para o reconhecimento do refúgio "graves e generaliadas violações aos direitos humanos", presente na Declaração de Cartagena, não possui aplicação isolada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme entendimento do CONARE, não permitindo a concessão do status de refugiado única e exclusivamente por esse motivo. Sempre que usado pelo CONARE na fundamentação para a concessão do status de refugiado a um indivíduo solicitante, é necessariamente agregado à existência de uma perseguição materializada ou um fudado temor desta. Neste sentido, afirma Renato Zerbini Leão (2011, p. 77):

> […] todos os casos resolvidos pelo CONARE materializam, em maior ou menor grau, a importância crucial da perseguição materializada e/ou o fundado temor de perseguição consubstanciado por parte do solicitante para a concessão do refúgio face à Lei 9.474/97

Como, conforme analisado no capítulo 1, o elemento "perseguição" é inexistente quando se trata de "refugiados ambientais", o instituto do refúgio é

inaplicável a estes, mesmo diante da adoção do conceito ampliado da Declaração de Cartagena pelo ordenamento pátrio.

b) A proteção pela OUA

Malgrado ter a Organização da Unidade Africana (hoje União Africana) ter sido a pioneira em ampliar o conceito de refugiado em âmbito regional, ela não o fez de forma tão abrangente quanto a Declaração de Cartagena. Ao afirmar que "o termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública" (ACNUR, 1969), percebe-se que ao elencar acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública no rol de motivos ensejadores do reconhecimento do refúgio, juntamente com outros motivos vinculados diretamente a violência humana, típica do contexto africano, interpreta-se que tais acontecimentos também estejam vinculados à "violência generalizada". Neste sentido, Luciana Pereira (2015, p. 225) afirma que a "violência generalizada" como elemento persecutório só era(é) aplicável em casos de ocupação e agressão externa".

Há quem entenda, no entanto, que a grave perturbação da ordem pública poderia se dar por fatores ambientais. Neste sentido, Flávia Piovesan afirma que poderia ser considerado como refugiado o indivíduo que "cruzar as fronteiras nacionais em razão de desastres causados pelo homem, independentemente da existência do temor de perseguição" (PIOVESAN, 2006. p. 35)

No entanto, mesmo que a Convenção da OUA fosse aplicável aos "refugiados ambientais", "ela se limitaria apenas às populações daqueles países signatários da Convenção de OUA e não a todos os povos. Além disso, sua utilização se daria por analogia e não a uma referência direta à questão ambiental, alvo da necessidade de uma reformulação do conceito de refugiado." (JESUS, 2009, p. 49), possuindo, portanto, a mesma limitação da Declaração de Cartagena, não solucionando a questão dos "refugiados ambientais" em âmbito global.

3.3 A via da proteção complementar

A Proteção Complementar surgiu no Direito Internacional dos Refugiados como forma de complementar a proteção deste ramo, conferindo àqueles que não fazem jus à proteção legal internacional, especialmente perante a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, outras formas de proteção.

Segundo Carolina Claro, a proteção complementar remonta "[...] à proteção concedida para pessoas ou grupos que não fossem abarcados pela proteção de refugiados no período da Liga das Nações" (CLARO, 2015, p. 186). Porém, segundo a autora, somente em 2005 tal instituto de proteção foi reconhecido formalmente pelo ACNUR, através da Conclusão nº 103 de seu Comitê Executivo, transformando-se assim em um documento global com caráter de *soft law*. Segundo o documento:

> [...] (h) Reconhece que formas complementares de proteção providas pelos Estados para assegurar às pessoas em necessidade de proteção internacional de fato a recebam são uma forma positiva de responder pragmaticamente a algumas necessidades de proteção internacional
>
> (i) Encoraja o uso de formas complementares de proteção para indivíduos em necessidade de proteção internacional que não se enquadrem na definição de refugiado da Convenção de 51 e do Protocolo Adicional de 67" (ACNUR, 2005, p. 1 tradução nossa)

Assim, mesmo sem reconhecer os "refugiados ambientais" como refugiados propriamente ditos à luz da Convenção de 1951 e do Protocolo Adicional de 1967, o ACNUR tem provido, ao longo dos anos, ajuda a esses deslocados em razão de princípios humanitários, em respeito aos direitos humanos e pela aplicação do princípio do non-refoulement quando, diante da situação dos países de origem desses indivíduos, é inviabilizado uma forma de retorno seguro. (CLARO, 2015)

O Brasil, quando da chegada de milhares de Haitianos no Brasil em virtude do terremoto de 2010 que devastou o Haiti, deparou-se com um limbo jurídico no Direito dos Refugiados para proteger esses deslocados, que em sua maioria solicitavam refúgio ao chegarem no Brasil (GODOY, 2011).

Conforme mencionado no item 3.1 deste capítulo, o CONARE, ao analisar aprocedência das solicitações de refúgio, considera ser essencial a caracterização da perseguição ou do fundado temor desta para reconhecer o status de refúgiado.

Inexistindo, diante de deslocamentos forçados por desastres naturais a caracterização da "perseguição", pois inadmissível seria afirmar que determinado indivíduo ou grupo é perseguido pelo meio ambiente, o CONARE chegou à conclusão de que "a proteção de pessoas que não podem voltar a seu país de origem devido a catástrofes naturais deveria ser pensada no marco de outro cenário, para além da Convenção de 1951 e da lei de refúgio brasileira." (GODOY, 2011, p. 62)

No entanto, como bem afirma Gabriel Godoy (2011, p. 62) "a ausência de perseguição individual que justifique o reconhecimento do status de refugiado não faz com que a situação do Haiti seja menos trágica para seus cidadãos, nem que estes deixem de ter necessidades de proteção internacional." Portanto, a solução nacional adotada para conferir proteção a estes deslocados foi a criação do denominado "visto humanitário", que consiste em:

> um visto de permanência outorgado pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg) do Ministério do Trabalho e Emprego. Tal visto pode ser concedido ao estrangeiro solicitante de refúgio em necessidade de proteção humanitária que não se inclui nos critérios estabelecidos pela lei brasileira de refúgio.Os casos de solicitantes de refúgio são analisados pelo CONARE do Ministério da Justiça. Este é o órgão estabelecido pela lei 9.474/97 para analisar e reconhecer a condição de refugiado. Quando um pedido de refúgio é negado, mas subsistem preocupações humanitárias, o CONARE pode encaminhar o caso para o CNIg. (GODOY, 2011, p. 63)

Portanto, nos casos em que os solicitantes de refúgio não se enquadrem como refugiados perante as Convenções de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967, nem perante a lei 9.474/97, mas persistirem as necessidades de proteção internacional, o CONARE pode enviar a solicitação ao CNIg para que este conceda o visto de permanência por razões humanitárias. Tal visto "permite aos haitianos obter

documentos de identidade, carteira de trabalho e acesso aos serviços públicos de saúde e educação fundamental." (GODOY, 2011, p. 64)

Dessa forma, a proteção complementar pode se mostrar extremamente útil em situações emergenciais, mas não resolve de forma definitiva a questão dos "refugiados ambientais". Isso porque a proteção complementar não advém de um instrumento rígido de *hard law* ou jus cogens que obrigue os Estados a conferirem proteção a estes deslocados, mas sim da vontade unilateral dos Estados a conferirem proteção a estes indivíduos, que ficam então sujeitos a insegurança quanto a sua acolhida, dependendo caso a caso como será a sua proteção, se houver.

Neste sentido, Luciana Pereira afirma que os "refugiados ambientais", ainda que amparados pelo visto humanitário no caso brasileiro e demais institutos de proteção complementar adotados por outros países, "[...] não possuem uma tutela universal que lhes garanta, indiscutivelmente, segurança, seja no ato migratório em si, seja no resguardo de seus mais primordiais direitos, como a vida, a integridade física e emocional, a liberdade e a dignidade." (PEREIRA, 2015, p. 295)

Assim, a lacuna existente no Direito Internacional dos Refugiados a respeito dos "refugiados ambientais", ainda que de certa forma contornada pelo instituto da proteção complementar e alguns instrumentos regionais, não resolvem de forma definitiva nem são aptas a conferir segurança jurídica àqueles que se deslocam por razões ambientais, haja vista a inexistência de um documento legal que crie uma obrigação global e vinculante dos Estados a fornercer proteção a esses deslocados.

4 PROPOSTAS NORMATIVAS PARA A FUTURA PROTEÇÃO DOS "REFUGIADOS AMBIENTAIS"

Tendo em vista a impossibilidade de proteção específica aos "refugiados ambientais" por instrumentos atuais do direito internacional de forma a conferir segurança e garantia à recepção e ao acolhimento destes deslocados e ao mesmo tempo criar responsabilidades e obrigações aos Estados acolhedores, este capítulo tem por fim elencar as principais propostas de tratados e outros instrumentos

internacionais tendentes à proteção deste grupo de indivíduos que se deslocam forçadamente por razões ambientais.

A professora e pesquisadora Carolina Claro (2015), em sua tese de doutorado intitulada "A proteção dos "Refugiados Ambientais" no Direito Internacional" monta um quadro com as principais propostas de proteção existentes no âmbito da literatura internacional até 2014. Dentre as principais propostas de tratados específicos, de grande rerpercussão na literatura especializada, a autora ressalta o Projeto de Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais, já escrita em forma de projeto internacional, e considerada a "mais completa existente sobre a proteção internacional dos "refugiados "ambientais" (CLARO, 2015, p. 151)

Além dos tratados específicos para a proteção aos "refugiados ambientais", destacam-se também propostas de *soft law*, que poderiam encontrar menor resistência política e ser mais facilmente alcançadas do que tratados específicos vinculantes, geradores de obrigações rígidas aos Estados ratificantes, e por isso mais viáveis em tempos de repulsa cada vez maior ao acolhimento de refugiados e outros imigrantes.

As principais propostas serão analisadas neste capítulo, a fim de tentar encontrar o melhor caminho para se conferir proteção a este grupo crescente de pessoas que se deslocam forçadamente em virtude de alterações no meio ambiente, levando em conta o contexto atual da sociedade internacional e as possíveis resistências políticas a cada uma delas.

4.1 Projeto de convenção relativa ao estatuto internacional dos deslocados ambientais

Este projeto de convenção, já estruturado em forma de um tratado internacional (CLARO, 2015 p. 151) foi proposto por Michel Prieur, da Universidade de Limonges e visa a proteger os deslocados ambientais, que segundo o art. 2º do projeto são "os indivíduos, famílias, grupos e populações confrontadas

com um rápido ou gradual desastre ambiental que inexoravelmente impacta em suas condições de vida, resultando em seu deslocamento forçado, imediato ou paulatino, de suas residências habituais." (PRIEUR et al., 2013, p. 3, tradução nossa)

Neste projeto são considerados tanto os desastres ambientais rápidos quanto os graduais, de origem natural ou antropogênica. O deslocamento forçado seria caracterizado como qualquer deslocamento inevitável, seja temporário ou permanente, dentro de um mesmo Estado ou para fora dele. (PRIEUR et al., 2013, p. 4, tradução nossa)

O projeto de convenção elenca os seguintes princípios protetores:

I – solidariedade: "tanto os Estados e as autoridades públicas quanto os particulares devem fazer o máximo possível para aceitar deslocados ambientais e contribuir para os esforços financeiros necessários." (PRIEUR et al., 2013, p.4, tradução nossa)

II - da responsabilidade comum, porém diferenciada: "levando em conta os interesses das atuais e futuras gerações, assim como a equidade, as obrigações estipuladas nesta convenção devem ser implementadas com base no princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, e em função da capacidade de cada um dos Estados participantes, inclusive em relação à de recepção dos deslocados ambentais." (PRIEUR et al., 2013, p.4, tradução nossa)

III - da proteção efetiva: "Com vistas a assegurar concretude e efetividade aos direitos conferidos pela convenção, a Agência Nacional para os Deslocados Ambientais e os Estados Participantes possuem obrigações positivas a fim de desenvolver e implementar políticas que permitam aos deslocados ambientais exercitarem os direitos garantidos pela convenção" (PRIEUR et al., 2013, p.4, tradução nossa)

IV - da não discriminação: "O gozo dos direitos assegurados na presente convenção deve ser garantido a todos, sem distinções de gênero, orientação sexual, raça, cor, idioma, religião, opiniões políticas ou outras, nacionalidade ou origem social, etnia,

poder aquisitivo, nascimento, deficiência ou idade." (PRIEUR et al., 2013, p.4 tradução nossa)

V - da não expulsão: "Os Estados Participantes não podem expulsar um candidato que possui o status de deslocado ambiental. (PRIEUR et al., 2013, p.4, tradução nossa)

Com relação aos direitos assegurados pelo projeto de convenção (capítulo 4), este faz uma diferenciação entre pessoas ameaçadas de deslocamento e pessoas já deslocadas. São assegurados às pessoas ameaçadas de deslocamento: direito à informação e à participação; direito ao deslocamento (interno ou externo ao seu país de origem); e o direito a recusar o deslocamento (exceto em casos grave e iminente perigo).

Em relação às pessoas que já se deslocaram (interna ou externamente), são assegurados os seguintes direitos: à assistência; à água e comida; à saúde; à personalidade jurídica; aos direitos civis e políticos; ao abrigo (salubre e seguro); ao retorno (ao seu local de origem quando novamente habitável); à proibição do retorno forçado; ao respeito à sua família; ao trabalho; à educação; à manutenção de suas tradições culturais; e ao respeito à propriedade e objetos pessoais;

O reconhecimento do status é garantido a todos aqueles que se encaixem na definição de deslocado ambiental dada pelo art. 2º do projeto, já mencionada, e farão jus a todos os direitos do capítulo 4 da convenção, assim como à imunidade criminal no que concerne à entrada ilegal do deslocado ambiental no território dos Estados Participantes, provido que a pessoa tenha feito, dentro de 1 mês, a comunicação aos serviços policiais, conforme o art. 15 do projeto (PRIEUR et al., 2013)

O art. 16 do projeto, que trata sobre o procedimento, estabelece que,

(1) dentro de 2 anos da entrada em vigor da convenção, os Estados participantes deverão adotar um procedimento que permita às pessoas solicitarem o reconhecimento do status de deslocado ambiental; (PRIEUR et al., 2013)

(2) “a pessoa solicitante do status de deslocado ambiental tem direito à residência temporária até a decisão final da Comissão Nacional para os Deslocados Ambientais, ou, caso interposto recurso, da decisão da autoridade superior”; (PRIEUR et al., 2013, p. 9 tradução nossa)

(3) o procedimento deve assegurar ao solicitante a possibilidade de fornecer o maior número de informações possível para documentar seu pedido, e poderá fazê-lo com a ajuda de um tradutor fornecido de forma gratuita; (PRIEUR et al., 2013)

(4) a decisão, dada por uma Comissão Nacional sobre Refugiados Ambientais, só será proferida após uma audiência pública em que o solicitante e um representante do Estado deduzam seus argumentos; (PRIEUR et al., 2013)

(5) grupos de deslocados ambientais em razão do mesmo desastre ambiental poderão ser ouvidos conjuntamente; (PRIEUR et al., 2013)

(6) a decisão final deve ser fundamentada e individualizada para cada solicitante, em todos os casos (PRIEUR et al., 2013)

O art. 17 (PRIEUR et al., 2013) prevê a criação, por cada um dos Estados Participantes, de uma comissão nacional sobre deslocados ambientais, que conterá cada uma 9 membros independentes com expertise nos campos do saber sobre direitos humanos, meio ambiente e paz.

O art. 18, em conjunto com o artigo 22 (PRIEUR et al., 2013), prevê a existência de uma Alta Autoridade, que será composta por 21 membros eleitos, com os mesmos requisitos de conhecimento exigidos para compor as comissões nacionais, e terão, entre outras funções, a responsabilidade de julgar recursos, com efeito suspensivo, interposto contra as decisões proferidas pelas comissões nacionais.

Por fim, o art. 19 (PRIEUR et al., 2013) dispõe sobre a cessação do status de deslocado ambiental, que ocorrerá quando as condições necessárias ao seu reconhecimento não mais existirem, e também sobre a estada dessas pessoas no

território do Estado Participante, que deverá ser facilitada para que o indivíduo nele permaneça, mesmo após finda a necessidade de proteção.

Ficam também criados, conforme os artigos 21 e 23 (PRIEUR et al., 2013): a Agência Nacional para os Deslocados Ambientais, órgão especializado da ONU que deverá, entre outras funções, supervisionar a aplicação da convenção; e o Fundo Mundial para os Deslocados Ambientais, que terá como função primordial prover recursos materiais e financeiros para o recebimento e o retorno dos deslocados ambientais.

Percebe-se, assim, com essa rápida análise de importantes artigos do Projeto de Convenção relativa ao Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais, a abrangência protetiva que seria conferida aos "refugiados ambientais", com uma vasta estrutura institucional a ser estabelecida em âmbito global para a eficaz proteção desse grupo cada vez maior de indivíduos.

No entanto, cumpre questionar, primeiramente, a real possibilidade de um projeto dessa magnitude ser aprovado nos dias atuais, em que os Estados cada vez mais se fecham ao recebimento de imigrantes, em especial os países mais ricos, que teriam as melhores condições de receber esses deslocados e garantir-lhes a devida proteção, assim como, se aprovado, a verdadeira eficácia que a convenção possuiria.

Em tempos que sequer a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967 são devidamente respeitados e cumpridos pelos Países Contratantes, muito baixas são as chances de cumprimento efetivo de uma convenção que amplia ainda mais a obrigação dos Estados em receber uma nova categoria de deslocados forçados, ou sequer sua adesão por um número mínimo de países capaz de viabilizar uma segurança mínima de proteção em face dos crescentes fatores de deslocamento ambiental forçado.

4.2 A proteção dos "refugiados ambientais" via *soft law*

Tendo em vista as dificuldades que um tratado internacional de *hard law* sobre o tema poderia travar para ser ratificado por um número mínimo de países e possuir eficácia prática, questiona-se a possibilidade de um instrumento de menor força vinculante, porém com maior facilidade de tramitação e aprovação na ONU, seria a melhor opção a seguir para conferir proteção aos "refugiados ambientais".

A proposta de *soft law* que mais repercutiu no mundo acadêmico sobre o tema foi a de Benôit Mayer, em seu trabalho: "*The International Legal Challenges of Climate-Induced Migration:* Proposal for an International Framework". Cabe transcrever aqui, em função da precisão e didatismo, o resumo inicial de seu trabalho, que indica precisamente as razões pelas quais entende ser necessário trilhar o caminho da *soft law* para conferir proteção atual aos "refugiados ambientais":

> Dezenas e talvez centenas de milhares de pessoas foram ou estão para ser deslocadas por causa do aumento do nível dos oceanos ou pela degradação ambiental produzida pelo aquecimento global. […] O crescente número de migrantes do clima não podem se beneficiar de nenhuma proteção apropriada em face das atuais leis internacionais, por não preencherem as condições legais para serem tratados como "refugiados". [...] Uma estrutura legal internacional sobre os "migrantes climáticos" deve ser estabelecida o mais cedo possível para prover uma solução sustentável, proteger indivíduos e comunidades afetadas, e conciliar o financiamento internacional com a tomada de decisões locais. Seria pouco provável que um tratado internacional recebesse um número suficiente de ratificações para ser eficaz e, adicionalmente, não seria capaz de levar em conta a especificidade de cada cenário de migração. Assim, este trabalho propõe uma estrutura que poderia ser adotada por uma resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas. A proposta de resolução reconheceria os direitos fundamentais dos "migrantes climáticos", e também criaria uma agência com a responsabilidade de facilitar e supervisionar negociações bilaterais ou regionais visando o reassentamento das populações mais afetadas. (MAYER, 2011, p. 1-2, tradução nossa)

Dessa forma, conforme o exposto acima, a proposta de *soft law* seria criada através de uma resolução da Assembléia Geral da ONU, necessitando apenas de um

quórum relativo para ser aprovada. Para chegar a essa conclusão, Mayer analisa, primeiramente, as diversas formas pelas quais poderia ser fornecida proteção aos deslocados ambientais, quais sejam: (1) a ampliação da competência de instituições protetivas para abarcar também os deslocados ambientais; (2) a via judicial internacional (3); a criação de um tradado internacional específico; e (4) a via da *soft law*.

Ao analisar, primeiramente, a possibilidade de estender a competência de instituições já existentes para abarcar os deslocados ambientais em seu manto protetivo, Mayer (2011) cita o exemplo histórico do ACNUR ao estender sua competência para abarcar os deslocados internos, não abrangidos inicialmente pelo estatuto original do órgão, que delimitava sua própria jurisdição às pessoas que estavam fora de seus países de origem ou nacionalidade. Como resultado dessa ampliação, Mayer (2011) afirma que ao final de 2008, cerca de 14,4 milhões de deslocados internos estavam sob cuidados do ACNUR, número maior que o de refugiados assim considerados pela Convenção de 51 e pelo Protocolo Adicional de 67.

Porém, uma reinterpretação da definição de refugiado para abarcar os deslocados ambientais exigiria uma enorme reformulação organizacional do próprio órgão, já que o número de pessoas sob a competência do órgão mutiplicar-se-ia várias vezes, possivelmente sem o correspondente comprometimento de outros Estados que não tomaram qualquer ação para que tal alteração fosse feita. Assim, os problemas surgiriam desde a falta de recursos para tamanha reorganização do órgão e correspondente expansão de suas atribuições, como pela ausência de comprometimento por parte dos Estados em colaborar com as ações protetivas, limitando a sua própria soberania em face de um programa que não apoiaram (MAYER, 2011).

Uma segunda opção seria a via do litígio judicial para a busca, pelos países mais afetados frente às mudanças climáticas, de reparações ou compensações pelos danos sofridos em virtude dessas mudanças, argumentando uma correlação entre a

emissão, especialmente pelos países desenvolvidos, de gases que produzem o efeito estufa, e os danos que os países afetados sofrem, gerando a necessidade de seus habitantes se deslocarem compulsóriamente (MAYER, 2011)

Essa via ganha força especialmente quando se trata de pequenos países insulares que correm o risco de ter seu território completa ou parcialmente submergido pelo aumento do nível dos oceanos, além de outros desastres naturais intensificados pelas mudanças climáticas que podem comprometer seriamente as condições de vida nesses lugares.

A principal dificuldade a ser enfrentada pela via do lítigo nas cortes judiciais internacionais se dá pelo fato de ser improvavél a possibilidade de estabelecer, individualmente, a responsabilidade de cada Estado no contexto do aquecimento global, assim como uma relação direta entre este e os danos causados ao Estado requerente. Como bem afirma Mayer, a imigração muitas vezes é causada por uma série de fatores em conjunto com as mudanças climáticas, e não por estas isoladamente. (MAYER, 2011)

O ideal, assim, ao invés de argumentar que os gases geradores do efeito estufa emitidos por um país específico produziram uma tempestade em um país, ou intensificou a mesma, relação quase impossível de ser provada na prática, a via do litígio judicial teria maior eficácia caso não focasse na responsabilidade de países específicos, e sim na responsabilidade coletiva internacional. (MAYER, 2011)

No caso da responsabilização individual, Mayer afirma que (2011, p. 48, tradução nossa)

> a consequência da responsabilização estatal por atos ilícitos normalmente inclui a restituição; se a restituição é impossível, então deve ser realizada uma compensação. Enquanto a restituição é impossível no caso de um território que foi submergido ou tornado inabitável, a cessão de território pode ser uma compensação adequada depois que o território do demandante se tornou inabitável. Lítigios bem-sucedidos poderiam forças Estados a aceitar um certo número de mgirantes climáticos, dividindo a população afetada entre numerosos países acolhedores.

É difícil imaginar, no entanto, que tal situação viesse a acontecer de fato. O próprio autor afirma que, na responsabilização individual, alguns países, sob jurisdição da Corte Internacional de Justiça, poderiam vir a carregar uma responsabilidade maior ao ter que ceder parcela de território acima da devida por sua fração de responsabilidade, tendo em vista ainda há muitos países que ainda não aceitam a jurisdição da CIJ. Portanto, é uma solução difícil de se vislumbrar na prática.

Por sua vez, a via do tratado internacional, conforme já exposto, apesar de ser a solução mais sólida e duradoura que se poderia vislumbrar para a proteção dos "refugiados ambientais", dificilmente será viável nos próximos anos, tendo em vista todos os impasses políticos e restrições que atualmente circundam temas que envolvem o recebimento de imigrantes, forçados ou não.

Portanto, Mayer (2011) chega à conclusão de que a melhor solução seria a adoção, por meio de uma resolução da Assembléia Geral da ONU, de um arcabouço jurídico para proteção internacional dos "refugiados ambientais". Essa resolução, no entanto, deve ser precedida de outra resolução, por parte do Conselho de Segurança da ONU, que reconheça "[...]o desafio de segurança imposto pela migração em função de fatores ambientais e a necessidade de sua proteção internacional[...]" (MAYER, 2011, p. 55, tradução nossa). A resolução do Conselho de Segurança seria necessária para gerar conscientização pública sobre o tema e pressionar os Estados a se mobilizarem, possibilitando então a adoção de um arcabouço jurídico internacional de *soft law* que fosse respeitado pela comunidade internacional.

A adoção desse arcabouço jurídico internacional para a proteção dos "refugiados ambientais" por meio de uma resolução da Assembléia Geral da ONU não seria, todavia, o último passo para a proteção deste grupo de indivíduos, mas sim o que seria possível no momento da história em que vivemos, dando início a uma longa e árdua tarefa de se adotar, posteriormente, tratados internacionais que vinculem, através de obrigações rígidas, os Estados a se comprometerem com a proteção dos "refugiados ambientais", em especial aqueles que se deslocam para

fora de seus paises em razão de alterações ambientais de causa antropogênica (MAYER, 2011)

4.3 Projeto de Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos ao Meio Ambiente

Em 2017, o Centro Internacional de Direito Ambiental Comparado (CIDCE, na sigla em francês), uma ONG formada por especialistas em direito ambiental, com representação em mais de 50 países, propôs, ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, um projeto de convenção que reconheça, internacionalmente, Direitos Humanos ao Meio Ambiente a serem protegidos.

O projeto de convenção não trata especificamente sobre os "refugiados ambientais", sendo estes mencionados diretamente apenas no art. 16 do referido projeto (CIDCE, 2017). No entanto, não há como negar que o reconhecimento, em uma convenção internacional específica, de Direitos Humanos ao Meio Ambiente está intimamente ligada à problemática desses deslocados, tendo em vista que, a partir do reconhecimento de obrigações internacionais positivas ou negativas, referentes à preservação e à manutenção de um meio ambiente saudável, uma série de responsabilidades acompanhariam o descumprimento dessas obrigações, encontrando-se os "refugiados ambientais" no cerne do problema.

Da mesma forma, o comprometimento dos Estados em manter e criar um ambiente saudável, assim como de prevenção à catástrofes ambientais, ajudaria em muito a diminuir os casos de deslocamento forçado por fatores ambientais, implicando uma redução substancial da quantidade de "refugiados ambientais".

O projeto de convenção sobre os Direitos Humanos ao Meio Ambiente parte da premissa de que, para o gozo total dos direitos fundamentais, assim como para se atingir os objetivos de crescimento econômico e desenvolvimento sustentável, é indispensável o reconhecimento do meio ambiente como direito indivisível de todas as pessoas, em que não apenas os Estados se comprometam a protegê-lo, mas também a socidade civil como um todo.

O projeto de convenção também reconhece, em seu preâmbulo, que "alguns abusos aos direitos humanos são acompanhados pela destruição do meio ambiente" (CIDCE, 2017, p. 7, tradução nossa) e que "[...] paz, Estado de Direito, respeito aos direitos humanos, desenvolvimento sustentável, direito ao desenvolvimento, e proteção ambiental são indivisíveis[...]" (CIDCE, 2017, p. 6, tradução nossa)

O projeto inicia-se, em seu art. 1º, prevendo que todos (incluindo as próximas gerações) tem o direito a um meio ambiente saudável, e para se alcançar esse direito, todas as pessoas possuem a obrigação de proteger e contribuir com o meio ambiente, assim como os Estados possuem o dever de implementar todos os deveres e obrigações previstas no projeto. (CIDCE, 2017)

O projeto segue, em seu art. 2º, estabelecendo o princípio do não retrocesso, e o direito a um aumentado nivel de proteção ambiental (CIDCE, 2017). Já o art. 3º prevê o direito a medidas de precaução, e o art. 4º, a medidas de prevenção, entre as quais se pode citar a proibição de que atividades realizadas em um Estado e sob seu controle "[...] causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou a áreas além dos limites nacionais de sua jurisdição" (CIDCE, 2017, p. 9, tradução nossa)

O art. 5º prevê o direito à avaliação ambiental, a qual afirma que "projetos, planos ou programas devem se submeter a uma avaliação sobre seus impactos no meio ambiente" (CIDCE, 2017, p. 9, tradução nossa), incluindo os impactos transfronteiriços, devendo os Estados interessados serem notificados e consultados.

Uma importante regra de proteção também se encontra no art. 6º do projeto, que prevê o direito à reparação de danos ambientais. Assim, "todos os responsáveis por danos ao meio ambiente são obrigados a restaurarem-no ao seu estado original." (CIDCE, 2017, p. 10 tradução nossa). Não há previsão, no entanto, a respeito de danos ambientais irreparáveis.

O art. 7º prevê o direito à educação ambiental; o art. 8º, o direito à liberdade de expressão relativa a ideias sobre o meio ambiente, reforçando o que já está implicitamente abarcado pela liberdade de expressão geral, prevista na Declaração

Universal dos Direitos Humanos em seu art. 19 (ONU, 2009); e o art. 9º, o direito à informação sobre o meio ambiente, incluindo o direito a "[...] informações sobre atividades e materiais perigosos, obtê-las e disseminá-las." (CIDCE, 2017, p. 10, tradução nossa)

O art. 10 prevê a todos o direito à participação, relativa à formulação de políticas públicas ambientais; o art. 11, o direito de recurso "perante órgãos judiciais competentes ou qualquer órgão administrativo imparcial e independente" (CIDCE, 2017, p. 11, tradução nossa).

Os arts. 12 e 13 prevêem, respectivamente, o direito à água potável e o direito à comida saudável e nutritiva a todos (CIDCE, 2017). O art. 14, os direitos das comunidades indígenas, que engloba tanto o direito à proteção de seu meio ambiente como o acesso "aos recursos naturais essenciais à sua subsistência e cultura" (CIDCE, 2017, p. 12, tradução nossa)

Os arts. 15 e 16 (CIDCE, 2017), no entanto, são os que tratam mais diretamente do tema caro a esta tese, ao mencionar, no art. 15, os direitos das pessoas em situação de desastre e, no art. 16, os direitos dos "refugiados ambientais" e dos deslocados internos. O projeto de convenção utiliza expressamente o termo "refugiados ambientais", abrindo margem para um futuro reconhecimento formal dos mesmos.

Prevê o art. 15 que os Estados que aderirem à convenção deverão "[...] assegurar que todos os direitos humanos previstos pela legislação internacional sejam garantidos àqueles vulneráveis a desastres naturais ou industriais" (CIDCE, 2017, p. 12, tradução nossa)

Já o art. 16, que menciona diretamente os "refugiados ambientais", afirma que "todos os direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, e ambientais sejam garantidos a pessoas deslocadas voluntariamente ou à força, como resultado de uma repentina ou insidiosa alteração em seu meio ambiente. (CIDCE, 2017, p.12, tradução nossa)

Assim, a proteção englobaria tanto aqueles deslocados forçados, seja por desastres naturais, seja por alterações drásticas no meio ambiente (imediatas ou que se prolongam no tempo), como também os migrantes que não de deslocam forçadamente, mas que tendo em vista as alterações ocorridas em seu meio ambiente, optam por deslocar-se em razão destas. O projeto, ao não especificar qualquer outra causa para o deslocamento, dá a entender que o fator ambiental deve ser o principal motivo do deslocamente, enquanto demais fatores (econômicos, sociais e culturais por exemplo) devem ser apenas secundários.

A parte final do art. 16, de suma importância para o tema em questão, prevê ainda um "status jurídico especial para assegurar seu direito à "estadia regular" e seus direitos fundamentais" (CIDCE, 2017, p. 13, tradução nossa).

Dessa forma, os "refugiados ambientais" possuiriam direito a um status protetivo, que não se confunde com o status de refugiado estabelecido pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo Adicional de 67, mas um status diferenciado, específico aos "refugiados ambientais", destinados a garantir sua permanência regular no território para o qual se deslocaram, assim como aos demais direitos previstos na convenção. O projeto termina, assim, estabelecendo uma nova categoria de refugiados, inconfundíveis os os refugiados ditos "clássicos".

Os arts. 17, 18 e 19 prevêem que os direitos e obrigações da convenção devam ser exercidos de maneira justa e solidária, sem discriminações baseadas em raça, religião, nacionalidade, origem social, gênero, ou qualquer outro status, e que todas as políticas públicas e de desenvolvimento sejam sustentáveis (CIDCE, 2017)

A segunda parte da convenção, que trata sobre a cooperação internacional, prevê a cooperação internacional entre Estados e sociedade civil, em âmbito global, para "fiscalizar, avaliar, conservar, proteger e restaurar a saúde e integridade dos solos e ecossistemas marinhos"(CIDCE, 2017, p. 13, tradução nossa) principalmente nos países subdesenvolvidos, e assistência através da "[...] transferência de

tecnologia e cooperação internacional, particularmente em âmbito científico, econômico, legal e técnico.” (CIDCE, 2017, p. 14, tradução nossa)

Prevê também a notificação de desastres, e que limitação de direitos previstos na convenção não pode ultrapassar aquelas previstas na própria lei, devendo haver compatibilização da restrição com a natureza do próprio direito, com “o único propósito de promover o bem estar social na sociedade democrática” (CIDCE, 2017 p. 14, tradução nossa). Essa previsão é importante, pois limitaria a discricionariedade dos Estados que ratificassem a convenção quanto ao recebimento de “refugiados ambientais”, que não poderiam sofrer limitações em seus direitos senão aquelas previstas na própria convenção

Por fim, caberia ao Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU a responsabilidade por “monitorar e controlar a conformidade com as obrigações estabelecidades pela convenção” (CIDCE, 2017, p. 15, tradução nossa), através de relatórios submetidos, a cada 4 anos, pelos Estados assinantes, sobre as “medidas adotadas e o progresso realizado para assegurar o respeito aos direitos e obrigações contidas na presente convenção” (CIDCE, 2017, p. 15, tradução nossa)

5 CONCLUSÃO

A problemática questão dos “refugiados ambientais” está longe de ter um fim. Em tempos de repulsa, cada vez maior, por parte das nações em receber imigrantes ou refugiados em estado de necessidade, as perspectivas para a concretização de medidas protetivas a esse crescente grupo de indivíduos são dificultadas.

A dificuldade surge, como demonstrado já no primeiro capítulo, da dificuldade em definir o que seriam os “refugiados ambientais”. A imprecisão terminológica, que deu margem a dezenas de conceituações diferentes por diversos autores, contribui para a dificuldade em fornecer proteção àqueles indivíduos deslocados forçadamente por razões predominantemente ambientais.

Posteriormente, na tentativa de enquadrar os “refugiados ambientais” dentro do conceito de refugiado propriamente dito, conforme a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo Adicional de 1967, verificou-se a impossibilidade de sua realização, haja vista que os elementos “fundado temor de perseguição” e a motivação por “raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social” não permitem a subsunção dos deslocados ambientais neste conceito dito clássico.

Mesmo diante de definições ampliadas, como a Declaração de Cartagena, a inclusão dos “refugiados ambientais” como indivíduos que sofrem graves violações de direitos humanos não é pacífica, dependendo da interpretação que o Estado ratificante der a ela, não constituindo documento hábil para a inclusão dos “refugiados ambientais” no rol de refugiados propriamente ditos.

Cumpriu-se, então, questionar a possibilidade de proteção desses deslocados através da criação de uma normativa internacional específica. Essa proteção dar-se-ía de 2 formas: através da criação de um tratado específico de proteção aos deslocados ambientais, ou a partir de normas de *soft law*, que criariam um arcabouço jurídico guiante que reconhecesse os direitos fundamentais dos deslocados ambientais

Foram analisadas, no 3º capítulo, 2 propostas de tratados internacionais. O primeiro, encabeçado por Michel Prieur, da Universidade de Limonges, define “refugiado ambiental”, assim como os eventos passíveis de caracterizarem o seu deslocamento forçado; define princípios e regras aplicáveis a esses deslocados, assegurando diversos direitos e obrigações por parte dos Estados e da sociedade; estabelece o procedimento a ser seguido para a concessão do status de proteção e, por fim, cria um organismo central encarregado da administração e fiscalização do cumprimento da convenção.

A grande maioria dos pesquisadores sobre o tema reconhece que a melhor forma de conferir proteção aos “refugiados ambientais” seria através de tratados

internacionais específicos, de *hard law*, que vinculassem os Estados à proteção desses deslocados de forma mais rígida, conferindo maior segurança jurídica e compulsoriedade no cumprimento das normas estabelecidas. Assim, a proposta de Michel Prieur poderia ser considerada a ideal, abstratamente considerada, dentre as existentes, para a proteção dos deslocados ambientais.

Não se pode, todavia, abstraír-se da realidade política e social pela qual o mundo atravessa, em que muito dificilmente um tratado internacional com tais características seria bem recepcionado pela comunidade internacional. Em um período que grupos anti-imigrantes estão em plena ascensão; em que grandes potências dificultam cada vez mais a imigração, especialmente por parte dos mais necessitados; e em que sequer aos refugiados que se enquadram na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo Adicional de 1967 são assegurados seus direitos, quem diria sobre a adesão a um novo tratado internacional que conferisse novas obrigações para com um novo grupo de indivíduos, em número talvez maior do que aos refugiados já existentes.

O mesmo se pode dizer a respeito da Convenção sobre os Direitos Humanos ao Meio Ambiente. Apesar de não ter como tema central os “refugiados ambientais”, é inegável que, em seus arts. 15 e 16, há o seu reconhecimento, assim como a obrigação de protegê-los.

Portanto, por melhor que sejam as propostas de tratado internacional em questão, suas chances de aprovação e ratificação por um grande número de países são ínfimas, quiçá nulas. Por essa razão, tendo em vista as dificuldades em se aprovar um tratado amplo e vinculante sobre o tema, Benôit Mayer sugeriu que o tema fosse tratado através de normas menos rígidas e vinculantes, que não necessitassem de ratificação por parte dos Estados para surtirem efeitos, ainda que com uma proteção menor do que a produzida por um tratado internacional de *hard law*. Isso seria feito através de uma resolução da ONU, que necessita apenas de maioria simples para ser aprovada

Questiona-se, todavia, a eficácia que tais normas teriam na atual conjuntura sócio-política vivenciada em âmbito global. Em um período que sequer a CRER de 51 e seu Protocolo Adicional de 67, documentos amplamente aceitos na comunidade internacional, estão sendo devidamente cumpridos, quem diria normas menos rígidas e vinculantes, aprovadas por maioria simples na Assembléia Geral das Nações Unidas. Por isso que, conforme afirma Mayer (2013), tal resolução deveria ser precedida de ampla divulgação da problemática, com o engajamento da sociedade perante a questão, para que tal resolução alcançasse um mínimo de eficácia.

A solução, no entanto, não acabaria com a aprovação dessa resolução. Esta seria apenas o primeiro passo, de forma a guiar futuros tratados internacionais de âmbito regional para que seguissem seus moldes protetivos, garantindo uma proteção mais certa aos "refugiados ambientais" e menos volátil às conjunturas políticas.

Percebe-se, portanto, que todas as soluções de longo prazo desembocam na criação de tratados internacionais, sejam de âmbito global ou de âmbito regional. A conjuntura política internacional nos permite afirmar que este tema ainda levará muito tempo para ser pacificado, dependendo o seu sucesso de uma maior difusão de informações perante a sociedade, e consequentemente um maior engajamento dos Estados perante tais indivíduos.

A aprovação de qualquer medida normativa atualmente, sem grande participação e aprovação da sociedade como um todo, estaria fadada a não possuir grande eficácia prática, e ainda aumentaria as convulsões político-sociais já crescentes. Talvez, por isso mesmo, a proposta de Benôit Mayer seja a que melhor se adeque à conjuntura atual, por ser a com maiores possibilidades de aprovação, e também a única que lida com o tema de forma paulatina, sem a intenção de estabelecer de imediato obrigações rígidas, levando em consideração a necessidade de haver um processo amplo de conscientização para que se adote, enfim, obrigações vinculantes para com esse crescente número de indivíduos deslocados por fatores primordialmente ambientais.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Manual de Procedimentos e Critérios para a determinação da condição de refugiado.* Genebra, 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado>. Acesso em: 10 fev. 2018

ACNUR. *Convenção da Organização da Unidade Africana*, Adis-Abeba, 1969. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=586&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1>. Acesso em 15 fev. 2018

ACNUR, *Declaração de Cartagena de 1984*, Cartagena das Índias, 1984. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1>. Acesso em: 25 mar 2018

ACNUR, *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*, 1951. Disponível em:<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados>. Acesso em: 28 mar. 2018

ACNUR, *Conclusion on the provision on international protection including through complementary forms of protection.* 2005. Disponível em:<http://www.unhcr.org/43576e292.h>. Acesso em: 26 mar 2018.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. *Refúgio no Brasil*: A proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas américas. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2010/Refugio_no_Brasil>. Acesso em: 26 mar. 2018

BLACK, Richard. *Environmental Refugees*: Myth or Reality? Disponível em: <http://www.jha.ac/articles/u034.htm>. Acesso em: 23 abr. 20017.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.* Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 05 de maio 2017.

BRASIL, Lei 9.474, de 22 de Julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 de julho 1997. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018

BRASIL. Ministério Público. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em 23 abr. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: Semelhanças, diferenças e perspectivas. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). *60 anos de ACNUR*: Perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

CIDCE, *Draft of the International Covenant on the Human Right to the Environment*, 2017. Disponível em:<https://cidce.org/wp-content/uploads/2016/08/Draft-of-the-International-Covenant-on-the-Human-Right-to-the-Environment_15.II_.2017_EN.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018

CLARO, Carolina de Abreu Batista. O aporte jurídico do direito dos refugiados e a proteção internacional dos "refugiados ambientais". In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). *60 anos de ACNUR*: Perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. *A proteção dos "Refugiados Ambientais" no Direito Internacional*. 2015. 312f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GODOY, Gabriel Gualano de. O caso dos Haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). *60 anos de ACNUR*: Perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

HAYDU, Marcelo. *A integração dos refugiados no Brasil*. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). *60 anos de ACNUR*: Perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. *Discussion Note:* Migration and the Environment, Geneva, 2007. Disponível em:<https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/en/council/94/MC_INF_288.pdf>. Acesso em 14 abr. 2017.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate Change 2007*, Cambridge, 2007. Disponível em: < https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg2/ar4_wg2_full_report.pdf> Acesso em: 23 abr. 2017.

JESUS, Tiago Schneider de. *Um novo desafio ao direito: deslocados/migrantes ambientais*. Reconhecimento, proteção e solidariedade. 2009. 128f. Tese (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2009

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo, Método, 2007

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S. *A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração*. 2010 Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI*. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. *Refúgio no Brasil*: A proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas américas. Brasília, Athalaia, 2010

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *CONARE*: 14 anos de existência. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/194>. Acesso em 26 mar. 2018

MAYER, Benoit. *The International Legal Challenges of Climate-Induced Migration:* Proposal for an International Legal Framework, 2011. Disponível em:<http://benoitmayer.com/files/The_International_Legal_Challenges_of_Climate-induced_Migration.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018

MENEZES, Fabiano L. de. O panorama da proteção dos refugiados na America Latina. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). *60 anos de ACNUR*: Perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

MORRISSEY, James. *Rethinking the "debate on environmental refugees"*: from "maximilists and minimalists" to "proponents and critics". Disponível em: <http://jpe.library.arizona.edu/volume_19/Morrissey.pdf.>. Acesso em: 26 mar. 2018

MYERS, Norman. *Population and Environment*. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1023%2FA%3A1024623431924?LI=true>. Acesso em: 20 abr. 2017.

ONU. Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 1966. Disponível em: < http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836> Acesso em 05 jan. 2018

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em: 25 mar. 2018

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. *Discussion Note:* Migration and the Environment, Geneva, 2007. Disponível em < https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/en/council/94/MC_INF_288.pdf>. Acesso em 14 abr. 2017.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. *O Direito Internacional dos Refugiados*: Análise Crítica do Conceito "Refugiado Ambiental". 2009. 171f. Dissertação (Pós-Graduação)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. Uma visão brasileira do conceito "refugiado ambiental". In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). *60 anos de ACNUR*: Perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. *A proteção internacional da pessoa humana, a hospitalidade e os deslocamentos forçados por mudanças climáticas e por desastres ambientais:* O por vir no Direito Internacional dos Refugiados à Luz do Direito Internacional para a Humanidade. 2017. 375f. Dissertação (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRIEUR, Michel et al. *Draft Convention on the international status of environmentally-displaced persons*, 2013. Disponível em:<https://cidce.org/wp-content/uploads/2016/08/Draft-Convention-on-the-International-Status-on-environmentally-displaced-persons-third-version.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados Ambientais:* em busca de reconhecimento pelo direito internacional. 2011. 150f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SUHRKE, Astri. *Pressure Points:* Environmental Degradation, Migration and Conflict, 1993 Disponível em: < http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.453.1998&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 15 abr. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente*: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editora, 1993.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Humanitarian assistance, emergency relief, rehabilitation, recovery and reconstruction in response to the humanitarian emergency in Haiti, including the devastating effects of the earthquake*. 2011. Disponível em: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/RSG_A-66-332_EN.pdf> Acesso em: 14 abr. 2017.

WOOD, William B. Ecomigration: Linkages Between Environmental Change and Migration. In: ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M (Ed.). *Global Migrantes, Global Refugees* – problems and solutions. Nova Iorque: Berghahn Books, 2001. p. 42-61.

INOVAÇÃO, ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO E DIREITO REGULATÓRIO NO BRASIL: ANÁLISE DA LEI Nº 13.640/2018, QUE REGULAMENTA O TRANSPORTE REMUNERADO PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

Rebeca Nunes Ramos Trezza

RESUMO

O surgimento de iniciativas inovadoras tem imposto novos desafios para o direito, especialmente no campo regulatório. O presente trabalho propõe-se a analisar os instrumentos à disposição do direito regulatório atual e a eficácia dos agentes reguladores ao disciplinar atividades que agregam alto grau de inovação. Para tanto, busca analisar a trajetória da Uber no Brasil e as medidas regulatórias eleitas para disciplinar a atividade da empresa e de suas congêneres no país. A comparação do caso concreto brasileiro aos resultados da pesquisa teórica sobre o direito regulatório e a Uber foi capaz de revelar falhas da regulação proposta pelo legislador brasileiro, como a influência do lobby para além dos limites desejáveis e o desconhecimento sobre a matéria de regulação. Ao final, verifica-se que os instrumentos à disposição do direito regulatório afiguram-se suficientes, satisfatórios e eficazes para lidar com a inovação. Concluiu-se, ainda, que o tipo de abordagem adotada para enfrentar a regulação de atividades caracterizadas pela inovação parece ser o elemento mais determinante para o êxito ou ineficácia dos resultados obtidos.

Palavras-chave: Inovação. Direito regulatório. Uber.

1 INTRODUÇÃO

Em 2019, a Uber completará uma década de existência. Ao longo desse período a popularidade da empresa já alcançou escala global: hoje, a Uber está posicionada nos mercados dos mais diversos países. A disrupção provocada pela

empresa sobre os mercados de transporte individual de passageiros – tradicionalmente dominados pelos serviços de táxi –, e a inovação, constituem duas de suas características mais marcantes.

No lado da inovação, o papel de destaque desempenhado pela tecnologia no negócio proposto pelas plataformas digitais de transporte de passageiros é mais um diferencial. Os impactos da tecnologia para o oferecimento de novos produtos, serviços, e até no comportamento social, também são traços distintivos de iniciativas pertencentes à economia do compartilhamento, da qual a Uber faz parte.

A novidade em torno do modelo de negócio inaugurado pela Uber provocou uma série de polêmicas no campo do direito, relacionadas a aspectos de ordem trabalhistas, tributários, consumeristas, e, principalmente, regulatórios.

Assim, ao final deste trabalho, pretende-se encontrar resposta para a seguinte pergunta: o atual paradigma regulatório brasileiro possui instrumentos adequados e suficientes para disciplinar modelos de negócio como a Uber, que tenham como característica o alto grau de inovação?

Deste modo, o trabalho pretende refletir sobre as características do direito regulatório brasileiro, as medidas já implementadas pelo agente regulador para lidar com o caso da Uber, e seus resultados práticos.

Para tanto, serão perseguidos os seguintes objetivos específicos: analisar os impactos da tecnologia na sociedade contemporânea, definir a economia do compartilhamento, compreender o funcionamento da Uber e seu aspecto disruptivo, e discutir aspectos conceituais e práticos do direito regulatório no Brasil.

O atingimento de tais objetivos permitirá a verificação da hipótese de que o direito regulatório brasileiro atual não possui instrumentos suficientes para disciplinar, de forma eficiente, atividades econômicas marcadas pela inovação.

A importância desse estudo se revela na medida em que, na mesma velocidade do desenvolvimento das novas tecnologias, o direito tem sido instado a se

manifestar sobre as condições para sua aplicação de ordem prática. Debater como o direito regulatório tem encarado atividades, como as desenvolvidas pela Uber, faz parte das primeiras de muitas reflexões sobre inovação e direito que deverão surgir daqui pra frente.

Nesse trabalho de pesquisa será empregado o método dedutivo, auxiliado pela coleta de dados bibliográficos e documentais, que contribuam para a obtenção de resposta ao problema proposto.

A monografia está dividida em três capítulos. O primeiro analisará a transição do paradigma industrial para o tecnológico, ocorrido no decorrer dos últimos séculos, e seus impactos sociais e econômicos; compreender e definir o fenômeno da economia do compartilhamento; e apresentar a Uber como um de seus expoentes. O segundo capítulo analisará, sob a ótica neoconstitucionalista, os princípios constitucionais que orientam a ordem econômica no Brasil e apresentará características e categorias básicas do direito regulatório brasileiro. Finalmente, o terceiro capítulo examinará o processo legislativo e os agentes que influenciaram a edição da Lei nº 13.640/2018; e apresentará a abordagem regulatória alternativa para o enfrentamento da inovação.

2 O PAPEL DA TECNOLOGIA NO ESTÍMULO ÀS TRANSFORMAÇÕES E INOVAÇÕES SOCIAIS, E O ADVENTO DA UBER COMO AGENTE DISRUPTIVO DO MERCADO TRADICIONAL DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

2.1 O desenvolvimento tecnológico como elemento propulsor da economia do compartilhamento: revolução tecnológica, novos padrões de consumo e inovações disruptivas

Nos últimos anos a tecnologia tem proporcionado novas formas de produzir e compartilhar bens e serviços, ultrapassando as fronteiras da simples colaboração

desinteressada entre indivíduos e fomentando o surgimento e desenvolvimento de novas atividades econômicas.

Assim, torna-se lícito afirmar que compreender o desenvolvimento tecnológico e sua permeabilidade, cada vez mais latente na sociedade, é ponto de partida adequado à assimilação do que propõe e como se constitui a economia do compartilhamento, ou *sharing economy*, fenômeno surgido recentemente e que pode ser brevemente definido como pessoas e empresas envolvidas em atividades, com ou sem fins lucrativos, de compartilhamento de bens ociosos, serviços ou equipamentos de produção e conectadas através de uma plataforma digital[1]. Um dos objetivos deste capítulo será demonstrar de maneira mais pormenorizada esse conceito.

Para isso destaca-se, em breve síntese, alguns aspectos do desenvolvimento tecnológico, a partir da perspectiva de autores específicos, que se revelam de maior importância para este estudo, quais sejam: características da revolução tecnológica, os impactos da lógica de redes na formação de novos padrões de consumo e as inovações disruptivas.

O sociólogo espanhol Manuel Castells somou importantes contribuições aos esforços dos cientistas sociais que há algum tempo buscam compreender de que maneira o desenvolvimento tecnológico rápido e contínuo interfere e influencia o contexto social.

Na obra *Sociedade em Rede*, primeiro volume da trilogia *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, Castells filia-se a outros estudiosos que consideram o final do século XX como marco de uma terceira Revolução Industrial, caracterizada pela transição do paradigma tradicional industrial para um novo paradigma tecnológico.

A Revolução Tecnológica remonta às décadas de 70 e 90, especialmente aos Estados Unidos e a polos tecnológicos como o Vale do Silício, na Califórnia, locais

[1] Para definições detalhadas e maiores informações sobre o tema, recomenda-se a leitura de trabalhos de Rachel Botsman e Roo Rogers, Arun Sundararajan e Juliet Schor.

em que prosperavam "a cultura da liberdade, inovação individual e iniciativa empreendedora" [2]. Em ambientes assim é que surgiram inovações responsáveis por um grande salto qualitativo na difusão da tecnologia, como o computador de uso pessoal e a internet, que Castells considera "o mais revolucionário meio tecnológico da Era da Informação", responsável por um novo grau de conectividade global e principal promotora de desenvolvimento tecnológico e inovações. O autor afirma que o grande caráter revolucionário desse novo paradigma está não no conhecimento de novas tecnologias, mas em sua aplicabilidade, uso prático, e fomento à inovação [3]:

> O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento /comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.

Segundo o autor o paradigma tecnológico caracteriza-se pela penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias em todas as atividades humanas individuais e coletivas, e à reestruturação da sociedade sob a lógica de redes, com alto grau de conexão, fluidez e flexibilidade, que privilegia relações horizontais e menos hierarquizadas.

Outros reflexos da tecnologia são observáveis também na economia e no sistema produtivo. Sobre a economia de modo geral, ainda em 1999, Castells previa que a economia do século XXI tenderia a organizar-se cada vez mais em torno de empresas e negócios relacionados a internet. Em relação ao sistema produtivo, afirmou que expressiva velocidade nas trocas de informações, em consideração aos períodos anteriores, provoca importantes transformações na lógica de produção e distribuição de bens e serviços, além de possibilitar a diminuição de custos.

[2] CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação*: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1 - O Poder da Identidade. São Paulo, Paz e Terra, 1999. p. 43.
[3] Ibid., p. 69.

As transformações e o aumento no uso da tecnologia geram impactos não apenas nas atividades econômicas, sistemas produtivos e padrões de consumo. De fato, é possível afirmar que a lógica em torno da ascensão da tecnologia parece estar relacionada com o início de um novo paradigma econômico, social e cultural.

Em certa medida, o comportamento humano tem sido e continuará sendo influenciado no novo contexto econômico, tecnológico e social que teve início nas últimas décadas.

Para o economista e teórico social Jeremy Rifkin[4], estamos vivenciando hoje uma nova fase do capitalismo, que, dentre outros fatores, é responsável por alterar radicalmente a maneira pela qual nos relacionamos com um dos elementos mais fundamentais da sociedade moderna até a atualidade: a propriedade.

Para Rifkin, em pouco tempo os mercados tradicionais terão cedido espaço para novas realidades econômicas. Enquanto a economia capitalista tradicional está baseada na troca de bens dentro dos mercados, a "nova era" se organiza através da lógica da economia de rede. Neste modelo econômico os mercados não deixarão de existir, mas passarão a operar de acordo com o paradigma de redes, e a detenção da propriedade não será mais importante do que o acesso.

A "abordagem de redes" foi propiciada pela convergência de fatores tecnológicos como o desenvolvimento de computadores, das telecomunicações e a popularização da internet, que criaram uma nova forma de realizar negócios na economia. Destaca o autor [5]:

> A visão de Hawthorne agora está se tornando realidade com a vinda dos microeletrônicos, dos processadores e das telecomunicações para uma única grade integrada de comunicações, um tipo de sistema nervoso global envolvendo o mundo. A mudança das formas analógicas de comunicação para digitais apressou o processo de convergência. Tecnologias modernas tornaram possível uma nova forma de

[4] RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso*. São Paulo: Makron Books, 2001.
[5] RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso*. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 13.

> conduzir os negócios, o que economistas chamam de "abordagem de rede" à vida econômica.

Nessa etapa do capitalismo, a dinâmica do mercado se desenvolve sob outra ótica. Ao invés da troca de propriedade entre compradores e vendedores, há a comercialização do acesso de curto prazo a determinados bens – entre fornecedores e usuários –, por meio de aluguéis, cobrança de taxas de admissão, associação, ou outras formas de cessão temporária.

Com a velocidade em que produtos recém adquiridos se tornam obsoletos hoje, é mais importante ter acesso aos bens do que adquiri-los. Assim, ao mesmo tempo em que empresas passam a terceirizar atividades, reduzir estoques e alugar equipamentos, as pessoas continuam consumindo bens duráveis mais baratos, enquanto passam a preferir por alugar itens mais dispendiosos como casas, carros e aparelhos[6].

Apesar de ter apresentado a teoria da economia de redes no início dos anos 2000, os dias atuais tem comprovado a tese de Rifkinº Uma pesquisa realizada nos Estados Unidos[7] constatou um movimento de reavaliação do valor da propriedade entre um determinado grupo de americanos. Dentre os entrevistados, 81% afirmaram que é mais barato compartilhar bens do que possuí-los individualmente, 43% concordaram que em certas circunstâncias possuir algo representa uma carga desnecessária, enquanto 57% acreditam que o acesso é a nova propriedade.

De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), uma inovação disruptiva é aquela que altera drasticamente o mercado, seja alterando radicalmente as feições de um mercado já existente, ou criando um novo mercado. Isso pode ocorrer pela introdução de um novo bem ou

[6] Ibid. p. 5.
[7] PRICEWATERHOUSE COOPERS. *The sharing economy: consumer intelligence series*. Disponível em: <https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwc-consumerintelligence-series-the-sharing-economy.pdf>.

serviço, mas também pela criação de um novo modelo de negócios para bens e serviços já existentes [8].

Clayton Christensen foi o responsável pela criação desse conceito. Em 1995, após observar trajetórias de sucesso e fracasso de empresas em diferentes mercados, publicou um artigo no periódico Harvard Business Review [9] – que dois anos mais tarde foi popularizado pelo livro "Dilema da Inovação" -, no qual apresentou sua teoria das inovações disruptivas.

Christensen apresentou a teoria da inovação disruptiva explicando que normalmente as principais empresas de um mercado buscam atender primordialmente as expectativas de consumo dos clientes majoritários. Contudo, isso acaba criando brechas para que empresas iniciantes encontrem espaço, buscando suprir as demandas dos consumidores periféricos de determinados produtos e serviços, ou mesmo criando novas necessidades que acabam por fomentar mercados até então inexistentes, através do oferecimento de soluções inovadoras e geralmente alicerçadas no emprego de novas tecnologias, a menores custos do que os praticados por suas concorrentes já estabelecidas.

Em muitos casos, rapidamente a nova demanda de consumo criada pelas empresas "pioneiras" chega aos consumidores majoritários daquele mercado. Neste ponto as empresas até então dominantes, e agora em desvantagem, se deparam, dentre outras possibilidades, com duas opções de trajetória: adaptam-se às inovações, ou não são capazes de acompanhar o ritmo das mudanças e fracassam,

[8] Carvalho e Mattiuzo afirmam o seguinte: "O que faz com que uma inovação seja classificada como disruptiva, segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é o fato de que ela "altera drasticamente o mercado". Em termos concorrenciais, diríamos que a disrupção se caracteriza quando há uma quebra, ou seja, quando a invenção ou cria um novo mercado ou faz com que as feições do mercado anteriormente definido sejam alteradas de forma radical. Ainda segundo a OCDE, isto pode ocorrer não só por meio de um novo bem ou serviço, mas também de um novo modelo de negócio para bens e serviços já existentes." CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela. Confiança, reputação e redes: uma nova lógica econômica? In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A. F (Org.). *Economias do compartilhamento*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 41- 57.

[9] BOWER, J. e CHRISTENSEN, C., Disruptive Technologies: Catching the Wave, *Harvard Business Review*, p. 43-53, jan–fev. 1995.

cedendo a posição de dominância às novas empresas, concluindo a disrupção do mercado.

Vale ressaltar que em recente artigo revisional[10] da teoria da inovação disruptiva, Christensen afirma que *a teoria corre o risco de se tornar vítima do seu próprio sucesso.* Segundo o autor, o uso frequente da teoria da inovação disruptiva para falar de inovações tecnológicas de maneira geral é uma invocação inadequada.

Ana Frazão[11] também alerta sobre a generalização da inovação disruptiva, especialmente em relação a regulação da economia do compartilhamento. Para a professora - a partir das lições de Benkler - apenas a cooperação desinteressada – *networked information economy* - intermediada pela internet pode ser considerada efetivamente disruptiva, e não os negócios de grandes agentes como Airbnb e Uber, *diante da estrutura claramente empresarial que orienta a prestação de serviços e acaba sendo a sua característica mais marcante.*[12]

2.2 Economia do Compartilhamento: Contexto de surgimento, características e conceito.

O hábito de compartilhar bens e realizar trocas está incorporado nas práticas humanas desde os primórdios. Tradicionalmente, o estudo das formas de compartilhamento entre indivíduos tem sido objeto de estudo da Antropologia, sob a perspectiva social, na busca por compreender o que impulsiona a solidariedade e reciprocidade observáveis em tais práticas. Nesse contexto de análise o

[10] CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; e MCDONALD, Rory. What is Disruptive Innovation? *Harvard Business Review*, 2015. Disponível em: < https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>.

[11] FRAZÃO, Ana. Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas: a compreensão dos referidos fenômenos e suas consequências sobre a regulação jurídica. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economia-do-compartilhamento-e-tecnologias-disruptivas-14062017>.

[12] O aspecto da disrupção na inovação trazida pelo modelo de negócio da Uber será debatido em tópico específico.

compartilhamento assume característica de trocas recíprocas, em sistemas cooperativos estimulados por traços de aproximação afetiva.[13]

Ainda assim, já em 1925 o antropólogo Marcel Mauss foi capaz de relacionar a prática do compartilhamento como parte relevante de sistemas econômicos indígenas rudimentares. Na mesma linha, mas 20 anos mais tarde, Karl Polanyi também discutiu a importância do papel do compartilhamento de bens materiais no modelo produtivo de sociedades antigas.[14]

Contudo, se no passado as trocas tinham como característica a não onerosidade e alguma pessoalidade – costumávamos compartilhar nossos bens e habilidades com aqueles que conhecíamos[15] –, no século XXI, a prática tem ganhado novos contornos, em razão de fatores como a sua utilização em um novo modelo econômico e produtivo, estimulado pelo contexto do pós-crise, e a diversificação e capilaridade do emprego de recursos tecnológicos nas atividades cotidianas.

Yochai Benkler é frequentemente apontado como um dos primeiros teóricos a tratar do compartilhamento sob a perspectiva abordada neste estudo. Apesar de não utilizar especificamente o termo economia do compartilhamento[16], suas conclusões sobre as práticas modernas de compartilhamento estão em consonância com a ideologia por trás das atividades desenvolvidas por indivíduos e empresas participantes desse movimento.

[13] ZANATTA, R. Economias do compartilhamento*:* superando um problema conceitual. In: ZANATTA, R.; DE PAULA, P.; KIRA, B. (Orgs.). *Economias* do Compartilhamento e o Direito. Curitiba: Juruá, 2017. p. 83.

[14] MAUSS, 1917, POLANYI, 2001, apud ZANATTA, R. Economias do compartilhamento*:* superando um problema conceitual. In: ZANATTA, R.; DE PAULA, P.; KIRA, B. (Orgs.). *Economias* do Compartilhamento e o Direito. Curitiba: Juruá, 2017. p. 83.

[15] Para a socióloga Juliet Schor o "compartilhamento com estranhos" é uma inovação superestimadas da economia do compartilhamento: "While the discourse of novelty in this sector is overrated, there is something new afoot: what I call "strangersharing." (...), people have historically limited sharing to within their own social networks. Today's sharing platforms facilitate sharing among people who do not know each other and who do not have friends or connections in common". SCHOR, Juliet B. Debating the Sharing Economy. A Great Transition Initiative Essay, Out 2014. Disponível em: <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharingeconomy>.

[16] ZANATTA, op.cit. p. 87.

Benkler propõe que além dos bens públicos, privados e comuns, existe mais uma categoria, a dos *shareable goods*, ou bens compartilháveis, que se diferenciam dos demais por serem de propriedade individual, compartilháveis, e terem capacidade excedente, para além do seu uso habitual[17].

Segundo o autor um bom exemplo de bens compartilháveis são os livros[18]. Quando optamos por comprar um livro em vez de pegarmos emprestado de uma biblioteca ou com um amigo, por exemplo, o livro continua mantendo a capacidade de entregar sua funcionalidade principal – disseminação de conhecimento -, mas normalmente permanece inutilizado.

Algumas variáveis podem ilustrar o contexto de surgimento dos movimentos de compartilhamento dos últimos anos. Boa parta delas se relacionam de alguma forma à reflexão crítica sobre o modelo de consumo tradicional e o interesse na transformação social[19].Uma variável importante para a disseminação das economia do compartilhamento foi a crise econômica recente. As atividades de compartilhamento apresentaram uma forma encontrada pelas pessoas para reagir aos efeitos da recessão econômica global eclodida em 2008.

A crise financeira provocou debate entre os especialistas sobre o modelo de consumo vigente. Enquanto alguns previam o fim do consumismo, outros afirmavam que as pessoas deveriam ser estimuladas a consumir novamente[20]. O que a maioria não imaginava era a existência de mais uma possibilidade entre as duas crenças. O crescimento do compartilhamento, que já vinha ganhando espaço anos antes, foi

[17] Benkler define o termo da seguinte maneira: "While the goods I call here "shareable goods" could be understood as a subclass of "club goods" or "common pool resources," the additional specification more precisely isolates individually owned goods that have excess capacity and are available for sharing". BENKLER, Y. Sharing nicely: On shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production. *Yale Law Journal*, v. 114, n. 2, p. 296-297.

[18] Ibid. p. 305.

[19] Em suas pesquisas Juliet Schor constatou que: " (…) a commitment to social transformation is an important motivator. (…) many respondents emphasize the value of sharing and collaboration, and some are highly critical of capitalism, the operation of the market, and the business-as-usual economy." SCHOR, op.cit. Disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharingeconomy>.

[20] Botsman, Rachel; Rogers, Roo. O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Porto Alegre: Bookman, 2011. p. xvii.

potencializado por oferecer uma alternativa ao suprimento das necessidades econômicas daqueles que precisavam encontrar nova forma de gerar renda, e de consumir bens ou serviços.

Como explica Rachel Botsman[21], "A necessidade econômica tornou as pessoas mais abertas a novas formas de ter acesso às coisas de que elas precisam e de como consegui-las". Ao mesmo tempo, o destaque às questões ambientais e a conscientização sobre a importância de investir em hábitos mais sustentáveis tem feito com que muitas pessoas comecem a repensar o consumo exagerado, baseado na aquisição, descarte e reposição de bens. Nesse contexto tornam-se atraentes as propostas de indivíduos e empresas que vendem o compartilhamento como uma forma de redução da pegada de carbono, por exemplo. Apesar de não concordar que a economia do compartilhamento estimule práticas de sustentabilidade a socióloga Juliet Schor descreve o posicionamento de defensores dessa tese[22]:

> Many sites advertise themselves as green and present sharing as a way to reduce carbon footprints. It is a truism among "sharers" that sharing is less resource intensive than the dominant ways of accessing goods and services (e.g., hotels, taxis, shopping malls) because of the assumed reduction in demand for new goods or facilities.

Por fim, o economista Arun Sundararajan[23] cita o papel da tecnologia no surgimento da economia do compartilhamento. Se nas décadas passadas os recursos tecnológicos estavam mais restritos ao uso de empresas e governos, com a disseminação da tecnologia pra o uso pessoal nos últimos anos, e o acesso a *smartphones* e GPS, por exemplo, ficou mais fácil o desenvolvimento de negócios diretos entre as pessoas[24]:

---

[21] Botsman, Rachel; Rogers, Roo. O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Porto Alegre: Bookman, 2011.

[22] SCHOR, Juliet B. Debating the Sharing Economy. A Great Transition Initiative Essay, Out 2014. Disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharingeconomy>.

[23] SUNDARARAJAN, Arun. Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues. Jan 2014. Disponível em <http://smallbusiness.house.gov/uploadedfiles/1-15-014_revised_sundararajan_testimony.pdf>.

[24] O conceito de *peer-to-peer business*, citado no trecho em destaque, será trabalhado adiante. SUNDARARAJAN, Arun. Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative)

> In the 1980's and 1990's, innovation in digital technologies was driven by the needs of business and government; the needs of consumers were generally an afterthought, met by adapting technologies developed primarily for businesses into consumer products. However, over the last ten to fifteen years, we have witnessed the "consumerization" of information technologies, whereby radical innovation is driven by the needs of consumers rather than of businesses or government. (Social media and mobile technologies provide two recent examples.) This trend is pertinent because it is often the mass-market placing of the capabilities of these new digital technologies (powerful mobile computers, GPS technology) in the hands of millions of consumers that creates the possibility of digitally intermediated peer-to-peer business.

A conjunção dos fatores tecnologia, recessão econômica e sustentabilidade fomentaram um terreno fértil para o surgimento de novas culturas, comportamentos e preferências entre as pessoas, que explicam a explosão de atividades e negócios relacionados ao compartilhamento que temos observado nos últimos anos, desde propostas puramente colaborativas como o Crouchsurfing[25], até as mais populares empresas do ramo, como a Uber.

Rachel Botsman resume a reunião dessas variáveis da seguinte maneira[26]:

> A convergência de redes sociais, uma crença renovada na importância da comunidade, preocupações ambientais urgentes e a consciência de custos estão nos afastando das formas antigas, desequilibradas, centralizadas e controladas de consumismo, e nos aproximando de meios de compartilhamento, agregação, abertura e cooperação.

Na sociedade contemporânea, o tempo durante o qual efetivamente usufruímos de boa parte dos nossos bens tem sido cada vez menor, e a mudança na forma de como nos relacionarmos com eles é a grande novidade introduzida pela economia do compartilhamento.

Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues. Jan 2014. Disponível em <http://smallbusiness.house.gov/uploadedfiles/1-15-014_revised_sundararajan_testimony.pdf>. p. 3.

[25] De acordo com a descrição do site: "No ano de 1999 CaseyFenton registou o domínio couchsurfing.com com o intento de criar o projeto CouchSurfing. O mais legal da ideia é ser um projeto sem fins lucrativos, apenas com o intuito de conectar pessoas atrás de hospedagem e anfitriões. Sua estada com anfitriões é gratuita! " http://couchsurfing.com.br/.

[26] Botsman, Rachel; Rogers, Roo. O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Porto Alegre: Bookman, 2011. p. xviii.

Trazendo a discussão para os dias atuais, apesar de conseguirmos apontar com naturalidade exemplos de atividades e negócios representativos da economia do compartilhamento como Uber, Airbnb, Spotify ou Netflix, estabelecer um conceito é tarefa mais difícil.

Parte da dificuldade reside na grande diversidade de atividades que se abrigam sob o "guarda-chuva" oferecido pelo termo[27]. De outro lado está a forma como a economia do compartilhamento é vista por diferentes observadores. O embate de interpretações é sempre ressaltado na literatura especializada. De um lado, a compreensão proposta por cientistas sociais e entusiastas, ancorados nas crenças do empreendedorismo individual e compartilhamento como finalidade primordial e, do outro, o posicionamento das mídias digitais, das próprias empresas participantes, além do o olhar crítico dos que afirmam que o movimento que foi capturado por empresas que pretendem apenas atuar nos moldes exploratórios da economia tradicional, e afastar a regulação.[28]

Ainda assim, existe certo consenso quanto a algumas das características comuns a todas as atividades enquadráveis no fenômeno.

A primeira delas é que a economia do compartilhamento acontece através do negócio entre pares, ou peer-to-peer business[29]. Para Rafael Zanatta, em referência a

[27] Nas palavras de Ana Frazão: "Ocorre que, sob o "guarda-chuva" da economia do compartilhamento, encontra-se uma multiplicidade de interações humanas, que podem ter configurações bem distintas." FRAZÃO, Ana. Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas: a compreensão dos referidos fenômenos e suas consequências sobre a regulação jurídica. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economia-do-compartilhamento-e-tecnologias-disruptivas-14062017> .

[28] Para mais detalhes sobre a afirmação ver: SCHOR, Juliet B. Debating the Sharing Economy. A Great Transition Initiative Essay, Out 2014. Disponível em http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharingeconomy, FRAZÃO, Ana. Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas: a compreensão dos referidos fenômenos e suas consequências sobre a regulação jurídica. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economia-do-compartilhamento-e-tecnologias-disruptivas-14062017>, ZANATTA, R. Economias do compartilhamento: superando um problema conceitual. In: ZANATTA, R.; DE PAULA, P.; KIRA, B. (Orgs.). *Economias do Compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 79-106.

[29] Ver SUNDARARAJAN, Arun. Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues. Jan 2014. Disponível em <https://smallbusiness.house.gov/uploadedfiles/1-15-014_revised_sundararajan_testimony.pdf>

Bauwens[30], o modelo de negócio entre pares é definido por uma "*forma específica de dinâmica relacional, baseada na equipotência dos participantes e organizada por meio da livre cooperação de partes iguais, tendo em vista realização de uma tarefa comum, com processo de tomada de decisão amplamente distribuídos pela rede*". Em outras palavras esse tipo de negócio representa um modelo descentralizado onde os indivíduos são capazes de negociar bens – ou serviços, equipamentos de produção e até o tempo[31] – diretamente entre si, sem a intermediação de terceiros ou empresas.

Outra característica é o uso da tecnologia, através das plataformas digitais que propiciam o *marketspace* para o desenvolvimento das atividades de compartilhamento. O papel da tecnologia é tão essencial que de acordo com Ryan Calo e Alex Rosenblat[32], o que distingue as atividades de hoje de suas predecessoras é exatamente o acesso a dispositivos tecnológicos, que proporcionam maior facilidade na criação de um vínculo de confiança entre estranhos.[33]

Por fim, um dos princípios fundamentais da economia do compartilhamento tem a ver com a utilização eficiente de bens ociosos. Como observado por Benkler, muitos dos bens que possuímos e que dispomos cotidianamente são subutilizados, "ficam parados", ou ociosos, boa parte do tempo. Carros, computadores e furadeiras elétricas são bons exemplos de bens ociosos. A estimativa média de uso de uma

[30] BAUWENS, 2005 apud ZANATTA, R. Economias do compartilhamento*:* superando um problema conceitual. In: ZANATTA, R.; DE PAULA, P.; KIRA, B. (Orgs.). *Economias* do Compartilhamento e o Direito. Curitiba: Juruá, 2017, p. 87.

[31] Espaços como o Brasília FabLAb que permitem a utilização de impressoras 3d e outras máquinas para o desenvolvimento de projetos pessoais são exemplos de compartilhamento de equipamentos de produção. http://www.brasiliafablab.com.br/conhecer. Outras inciativas como a plataforma Time Republik permitem que pessoas de todo o mundo ofereçam e encontrem serviços, que prestam através da troca de habilidades pessoais, e utilizem o tempo como moeda de pagamento. (https://timerepublik.com/ 07/02) Após compartilhar uma habilidade com alguém ganha-se crédito de tempo, que pode ser utilizado em necessidades futuras.

[32] CALO, Ryan; e ROSENBLAT, Alex, The Taking Economy: Uber, Information, and Power. Columbia Law Review, v. 117, 2017. Disponível em: <http://columbialawreview.org/content/the-taking-economy-uber-information-and-power/>.

[33] "What distinguishes today's services is the widespread availability of smartphones and other connected devices, as well as technologies like rating systems, that facilitate trust among strangers.". Ibid, p. 1625.

furadeira durante toda a vida útil, por exemplo, varia entre 6 e 13 minutos[34]. Iniciativas como as do Uber e Airbnb permitem que nossos carros parados na garagem ou os quartos desocupados de casa, uma vez compartilhados com outras pessoas que busquem pelo acesso a esses bens, tenham uso mais eficiente e racional.

Alguns estudiosos se arriscam na formulação de definições, que costumam combinar as características supracitadas a elementos de suas perspectivas individuais.

A definição sugerida por Andrew Bond[35] frisa a alternativa introduzida pela economia do compartilhamento em relação às práticas econômicas dominantes de compra e venda de bens:

> The sharing economy is a microeconomic system built around the utilization of unused human and physical resources. This collaborative economic model attempts to make full utilization of available resources, as opposed to the traditional singular focus on the initial buying and selling of goods and human resources.

Ryan Calo e Alex Rosenblat[36] reforçam o aspecto da tecnologia que proporciona a criação de redes de confiança entre estranhos:

> There is no consensus definition of the sharing economy. We define the sharing economy loosely as a set of practices and techniques that leverage digital architectures to facilitate trusted transactions between strangers.

Rafael Zanatta[37] destaca a amplitude do termo, razão pela qual prefere falar em economias do compartilhamento:

---

[34] Botsman, Rachel; Rogers, Roo. O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Porto Alegre: Bookman, 2011. p. 70.

[35] BOND, Andrew T. An App for That: Local Governments and the Rise of the Sharing Economy. Notre Dame Law Review, vol. 90, no 2, p. 77-96. Notre Dame: 2015. Disponível em: http://scholarship.law.nd.edu/ndlr_online/vol90/iss2/3

[36] CALO, Ryan. E ROSENBLAT, Alex, The Taking Economy: Uber, Information, and Power. Columbia Law Review, Vol. 117, 2017. Disponível em: http://columbialawreview.org/content/the-taking-economy-uber-information-and-power/., p.1634.

[37] ZANATTA, R. Economias do compartilhamento: superando um problema conceitual. In: ZANATTA, R.; DE PAULA, P.; KIRA, B. (Orgs.). *Economias* do *Compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 80.

> O conceito de economias do compartilhamento é abrangente o suficiente para incluir sistemas de utilização de recursos ociosos para consumo, como a comunidade Airbnb (dedicada à exploração comercial de quartos vazios e apartamentos para viajantes de todoo mundo), bem como incluir sistemas de compartilhamento de bens para produção colaborativa, como a Wikipédia (dedicada à construção da maior enciclopédia aberta do mundo). O que há em comum nesses sistemas de consumo e produção é a existência de uma arquitetura de conexão de sujeitos pela Internet e a superação de modelos tradicionais de negócio e trabalho, caracterizados por verticalização e estruturas organizacionais rígidas.

Para Carlos Affonso Pereira de Souza e Ronaldo Lemos,[38] a economia do compartilhamento traz como um aspecto relevante o simbolismo de um momento de ultrapassagem da lógica de consumo em massa que vigorava até o presente:

> A chamada economia do compartilhamento constitui o que diversos autores caracterizam como uma nova etapa no processo de desenvolvimento econômico, simbolizado pela superação da lógica de consumo em massa e visando ao acúmulo de bens, típica do final do último século, por um momento em que o mercado, já saturado por crises financeiras e pautado por necessidades ligadas à sustentabilidade e ao uso racional dos bens, passa a privilegiar novas formas de acesso a bens e a serviços. Em última instância, a economia do compartilhamento está baseada no uso de tecnologia da informação em prol da otimização do uso de recursos através de sua redistribuição, compartilhamento e aproveitamento de suas capacidades excedentes.

A pluralidade de atividades da economia do compartilhamento faz com que alguns autores adotem outras abordagens sobre o assunto. Juliet Schor prefere falar de categorias[39] em detrimento de uma definição rígida. Para a socióloga as atividades da economia do compartilhamento podem ser dividas em 4 categorias: recirculação de bens, que podem se dar através de espaços como o eBay ou mercado livre, por exemplo, uso expandido de bens duráveis, como é o caso do Uber, , troca de serviço, popularizadas por sites de bancos de horas que permitem a troca de

[38] LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A.F (Org.). Economias do compartilhamento. Curitiba: Juruá, 2017. p. 59-77. p. 60.

[39] SCHOR, Juliet B. Debating the Sharing Economy. A Great Transition Initiative Essay, Out 2014.Disponível em http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharingeconomy P. 24-27.

serviços entre seus participantes, como o Time Republik, e compartilhamento de bens produtivos. Tradicionalmente proporcionado pelas cooperativas, essa categoria hoje pode ser representada por *coworkings* ou espaços como o FabLab[40].

2.3 A Uber como expoente da economia do compartilhamento: funcionamento, disrupção do mercado de serviço de táxi e recepção social da plataforma.

A empresa Uber é um dos maiores expoentes da economia do compartilhamento[41]. Conhecida e atuante ao redor de todo o mundo, tem sido objeto de estudo de especialistas de diversas áreas de conhecimento[42]. Por isso, levando em consideração a quantidade de dados e referenciais teóricos prévios disponíveis sobre a empresa ao longo de sua recente trajetória, será também objeto de estudo eleito por este trabalho.

De acordo com os criadores da Uber, Travis Kalanick e Garret Camp, em 2009, enquanto participavam de uma conferência sobre tecnologia em Paris, após uma suposta dificuldade para conseguir um táxi de volta para o hotel em que estavam hospedados, devido ao mau tempo, teriam tido as primeiras ideias sobre como criar um modo de conectar motoristas particulares e pessoas interessadas em se deslocar pelas cidades usando apenas o celular.

A Uber se autodenomina uma empresa de tecnologia[43] com o objetivo de melhorar a mobilidade urbana. Lançada oficialmente no ano de 2010, em São Francisco, nos Estados Unidos, a empresa já atua hoje em mais de 600 cidades – cem delas no Brasil – e 78 países. Apenas no Brasil, onde iniciou atividades em 2014, já são em torno de 500 mil cadastrados como motoristas parceiros e vinte

[40] Ver nota 31.
[41] No Brasil, outras empresas atuam nos mesmos moldes da Uber, como Cabify, EasyTaxi e 99 Pop.
[42] A Uber como atividade do grupo da economia do compartilhamento suscita questionamentos em diversas áreas, a exemplo do próprio subtópico anterior, que foi construído a partir de diferentes visões de sociólogos, administradores, economistas e profissionais do direito.
[43] Críticos afirmam que o foco da empresa em se apresentar como empresa de tecnologia não passa de estratégia para evitar o enquadramento como empresa de transporte de passageiros e afastar regulações. Em seu site a Uber afirma expressamente que não é uma empresa de transportes nem um aplicativo de táxi.

milhões de passageiros. A estimativa da Uber é de que ocorrem em média 15 milhões de viagens por dia em todo o mundo[44].

A curta existência e os números expressivos alcançados pela Uber têm reflexo direto no lucro da empresa. Apesar de não divulgar seus resultados financeiros publicamente, desde 2014 a Uber é considerada uma *startup unicórnio*. No jargão do mercado financeiro "unicórnio" é o termo usado para designar "um grupo seleto de *startups* que passam por um crescimento exponencial, alcançando a avaliação de US$ 1 bilhão por uma agência de capital de risco"[45]. Atualmente existem por volta de 200 empresas no mundo com tais características. Além disso, até o fim do ano passado a Uber ainda se mantinha como a *startup* mais valiosa do mundo, avaliada em US$ 62,5 bilhões[46].

O bom desempenho pode ser explicado em grande parte pelo uso intensivo de tecnologia e a inovação do modelo de negócio. A plataforma digital criada pela Uber funciona da seguinte forma: através de um aplicativo de *smartphone*, e os recursos de localização espacial que o acompanham – GPS – a empresa opera seu sistema que conecta motoristas formalmente habilitados a dirigir pelas autoridades competentes de uma determinada localidade às pessoas interessadas em se deslocar em um trajeto previamente indicado no aplicativo.

Para utilizar o serviço da plataforma, todos os usuários, motoristas e passageiros, precisam realizar um cadastro e indicar determinados dados pessoais requisitados pela Uber. Para os passageiros as informações a serem prestadas envolvem o fornecimento do CPF, número de celular e dados de um cartão de crédito para a cobrança da tarifa de viagem, por exemplo.

Para os "motoristas parceiros", como a empresa denomina os usuários que utilizam a plataforma para oferecer transporte, além do fornecimento de dados

[44] Dado disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>.
[45] Informação disponível em: <http://www2.espm.br/espm-na-midia/artigos/startups-unicornio-o-que-sao-o-que-comem-e-onde-vivem>.
[46] Dado obtido em: <http://link.estadao.com.br/galerias/geral,veja-15-startups-famosas-que-estao-entre-as-mais-valiosas-do-mundo,35257>.

pessoais, a Uber afirma realizar uma checagem de antecedentes para confirmar as informações prestadas e garantir segurança ao negócio. O processo envolve exigência de apresentação da carteira de motorista e documento do carro que será utilizado, confirmação da permissão para Exercer Atividade Remunerada – EAR, expedida pelo DETRAN, além de conferências em bases de dados públicos como publicações de diários oficiais e dados de tribunais de justiça do país[47].

Outra inovação do negócio proposto pela Uber, que estimula a confiança entre os usuários e garante um controle sobre a qualidade do serviço prestado é a ferramenta de avaliação virtual. Motoristas e passageiros participam de um sistema de avaliação mútua, em que dão notas entre si após a prestação do serviço. As avaliações são anônimas e disponibilizadas para todos os usuários do aplicativo. Motoristas e passageiros que não alcancem a uma nota de aprovação mínima determinada pela Uber são desconectados da plataforma. Atualmente também é possível realizar avaliações por escrito, que podem ser visualizadas nos perfis dos motoristas.

Em pouco tempo a fórmula apresentada pela Uber trouxe bons resultados para a empresa, além de impactar o próprio setor de transporte de passageiros. Não demorou para que grupos, sindicatos e associações de taxistas de todos as cidades em que a empresa está presente começassem a se manifestar contrariamente a atuação desse novo modelo. A oposição está diretamente relacionada ao caráter disruptivo do negócio da Uber.

Apesar de posicionamentos contrários a classificação da Uber como inovação disruptiva, dos quais o próprio Christensen é partidário, ao afirmar que de acordo com a teoria desenvolvida por si a trajetória da Uber não é *genuinamente disruptiva em relação ao transporte de táxis,* ao contrário da Netflix, por exemplo, que teria

[47] Informçaões disponíveis em: <https://www.opovo.com.br/jornal/cotidiano/2017/09/uber-investiga-ingresso-de-motorista-que-tem-antecedentes-criminais.html> e <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/nova-economia/o-que-uber-e-outros-aplicativos-fazem-para-garantir-a-seguranca-dos-usuarios-1ktruszeayv6t8hcwjswejac4>.

sido disruptiva para as locadoras de filmes[48], existem elementos para identificar o perfil disruptivo da empresa.

A forte oposição e protestos levados à cabo por taxistas de todo mundo são exemplo da magnitude do impacto provocado pelo modelo inovador da Uber no mercado tradicional de transporte de passageiros. No entanto, a empresa não só capturou alguns tradicionais consumidores do serviço de táxi, por causa dos seus preços competitivos, qualidade do serviço e comodidades oferecidas, como também foi capaz de atrair pessoas que não costumavam utilizar esse tipo de serviço antes, mas foram atraídas pelas características inovadoras do negócio. Nas palavras de Vinícius Marques de Carvalho e Marcela Mattiuzzo:

> A Uber não inventou os carros, as corridas, as caronas, sequer o smartphone. O que fez foi desenvolver uma tecnologia que possibilita que todos esses bens sejam utilizados de uma maneira inovadora, e consequentemente que os termos em que se dão as transações sejam alterados.[49]

Essa também foi a conclusão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em recente nota técnica publicada sobre o impacto da entrada da Uber sobre o mercado de táxis. Segundo a análise do órgão a empresa foi responsável não só por deslocar a demanda por transporte individual de passageiros, rivalizando com os agentes tradicionais, mas também por atrair novos consumidores para esse tipo de serviço[50].

---

[48] CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; e MCDONALD, Rory. What is Disruptive Innovation? Harvard Business Review, 2015. Disponível em: < https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>.

[49] CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela. Confiança, reputação e redes: uma nova lógica econômica? In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A. F (Org.). Economias do compartilhamento. Curitiba: Juruá, 2017. p. 42.

[50] De acordo com o CADE: "Uma primeira evidência que pode ser observada é que após um período maior de entrada no mercado, o serviço da empresa *Uber* além de criar uma nova demanda (capturando usuários que antes não utilizavam o serviço de táxi) está rivalizando e conquistando passageiros dos aplicativos de táxi (*99Taxis* e *EasyTaxi*)." CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. NOTA TÉCNICA Nº 39/2017/DEE/CADE. Brasília, 2017. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOga6sYPx-zVdZE9mniP_nGN9ZYEOAjLUQraO13nEdXPegV54qhH9WdPt2xe1DgYIwoJc5h7mBbQioCCvAyDWHy>

Os resultados financeiros alcançados em tempo recorde e o impacto no mercado provocado pela Uber são conseqüências diretas da recepção social da plataforma. Em termos econômicos a receptividade em relação a iniciativas como a da Uber se refletem em aumento do consumo, provocado pela criação de novos nichos e experiências de consumo, ganhos de produtividade, com a otimização de recursos humanos e materiais ociosos, e novos níveis de empreendedorismo[51].

Isso porque tanto consumidores quanto prestadores de serviços envolvidos na dinâmica das plataformas digitais de compartilhamento de viagens de carro enxergaram nesse tipo de negócio uma alternativa mais vantajosa e atraente do que aquelas ofertadas tradicionalmente.

Para os passageiros – consumidores - as vantagens se manifestam no aumento de competição, os menores custos praticados pela Uber e outros aplicativos em relação aos táxis, melhoria na qualidade do serviço prestado e comodidades oferecidas, o que já leva inclusive a ponderação de alguns sobre as vantagens e desvantagens de possuir ou não um carro próprio[52].

Já sob a perspectiva dos motoristas – prestadores do serviço – a atratividade da Uber está relacionada a dinâmicas menos rígidas de trabalho, com flexibilidade de horário e maior autonomia individual, e com o uso da plataforma como fonte de renda extra. No contexto de crise econômica a empresa aparece como forma de complementar a renda pessoal, por proporcionar uma maneira de auferir dinheiro que antes não seria segura ou acessível[53], além da cobrança de taxas menores, pela Uber, do que as exigidas por empresas de transporte tradicionais[54].

[51] Arun. Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues. Jan 2014. Disponível em <http://smallbusiness.house.gov/uploadedfiles/1-15-014_revised_sundararajan_testimony.pdf>.

[52] Informação disponível em: <https://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/vale-a-pena-ter-carro-brasileiros-avaliam-custo-de-trocar-carro-por-taxi-ou-uber.ghtml>.

[53] Seria o caso dos “transportes piratas”.

[54] SCHOR, Juliet B. Debating the Sharing Economy. A Great Transition Initiative Essay, Out 2014. P. 29. Disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharingeconomy.

3 DAS "CARONAS" ÀS PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRANSPORTE REMUNERADO PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS: QUAIS AS DIRETRIZES PARA REGULAÇÃODE ATIVIDADE DE EMPRESAS COMO A UBER?

3.1 Noções gerais sobre a interpretação de princípios e normas constitucionais a partir da abordagem neoconstitucionalista.

O século XX representou um marco temporal de transição, transformação e construção de novos paradigmas em muitos aspectos, como abordado no capítulo anterior, acerca do desenvolvimento tecnológico. O direito, da mesma forma, não passou ileso por essa onda de mudanças.

Na metade do século passado – especialmente influenciado a partir do pós-guerra– o mundo ocidental passou por um estágio de reflexão sobre o significado de Estado e remodelou o conceito de democracia, influenciando, assim, o Direito, por meio da redefinição do papel das Constituições. No Brasil, o marco histórico desse movimento, denominado neoconstitucionalismo, se deu nos anos 80, período de redemocratização do país. Essa nova fase pode ser simbolizada pela elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988[55].

A ascensão do paradigma neoconstitucionalista representa uma transformação substancial da função e dos feitos da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico nacional. Se, até então, à Carta Magna cabia o papel de carta política da Nação, que nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, significava apenas *um convite à atuação dos Poderes Públicos*, e de certa forma, deixava a concretização dos pressupostos constitucionais à liberdade do legislador e discricionariedade do administrador[56], a nova diretriz interpretativa do Direito inaugurou o paradigma da supremacia da Constituição, alçando o regramento constitucional ao status de normas jurídicas efetivas, dotadas de imperatividade e observância incondicionais.

[55] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Themis: revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-15, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf>.
[56] Ibid. p. 21.

Nesse paradigma o princípio da legalidade se confunde com a própria constitucionalidade[57], fazendo com que as atuações do legislador e do administrador passem a estar diretamente subordinadas aos limites e promoção dos preceitos constitucionais[58].

Até meados do século XX, no contexto cientificista do positivismo jurídico, a abordagem do direito estava alicerçada no juízo de fato, supostamente relacionado ao conhecimento da *verdadeira* realidade[59], em detrimento de qualquer forma de valoração, incluindo a própria noção de justiça.

A rigidez da abordagem positivista impunha limitações ao Direito que o pós-positivismo, característico do neoconstitucionalismo, procura solucionar através da construção de nova hermenêutica constitucional, capaz de estabelecer convivência mais equilibrada e harmônica entre a legalidade estrita e a valoração[60]. A interpretação neoconstitucionalista adota categorias como cláusulas gerais e reconhecimento da normatividade dos princípios.

As cláusulas gerais[61] estão fundamentadas na indeterminação dos conceitos jurídicos, permitindo a observância das normas constitucionais a partir de um

[57] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Themis: revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-15, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf>. p. 47-48.

[58] Ibid. p. 41.

[59] BOBBIO, Norberto, O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.

[60] Sobre o pós-positivismo Barroso afirma: "A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos (...). No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional." BARROSO, op. cit. p. 20.

[61] Segundo Barroso: "As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da

contorno valorativo, cujo aspecto positivo reside em dotar os enunciados constitucionais de maior elasticidade e abrangência interpretativa, fazendo com que a lei, quando bem operada pelos seus operadores, forneça maior gama de respostas às questões sociais, nos mais diversos momentos e contextos de desenvolvimento da sociedade.

Para Alexy[62], uma forma eficaz de reger o ordenamento jurídico é o emprego combinado de níveis de regras e princípios[63]. Defende que princípios são normas e diferenciam-se qualitativamente das regras por apresentarem *grau de generalidade relativamente alto, pelo caráter explícito de seu conteúdo axiológico*[64], e, principalmente, por serem *mandamentos de otimização.*

Ao contrário das regras que só admitem satisfação ou não satisfação, princípios como mandamentos de otimização são normas que preceituam que *algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*[65].

Nessa linha de raciocínio, nas freqüentes hipóteses de conflito normativo dentro de determinado ordenamento jurídico, as soluções ofertadas no âmbito de regras e princípios são distintas. Enquanto os conflitos de regras são resolvidos no campo da validade[66], a colisão entre princípios exige que haja juízo de ponderação – auxiliado pelos critérios de proporcionalidade[67] e razoabilidade[68] - e sopesamento,

norma." BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Themis: revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-15, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf>, p. 26-27.

[62] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2 ed., 2012. , p. 87.

[63] Ibid. p. 135.

[64] Ibid. p. 87-88.

[65] Ibid. p. 90-91.

[66] Alexy explica que havendo conflito "pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras". Ibid., p. 93.

[67] Ibid. p. 116-120.

[68] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Themis: revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. p. 81.

para determinar, diante do caso concreto, a qual princípio deve ser concedido maior peso e determinada precedência sobre os demais[69].

A contribuição da abordagem neoconstitucionalista para este trabalho está no argumento de que qualquer atuação de intervenção estatal com fins de regulamentação de atividades integrantes da economia do compartilhamento deve se pautar pela observância de balizas predeterminadas em nome do melhor interesse social em relação a esse tema.

Objetivamente, a atividade regulatória incidente sobre plataformas digitais de prestação de serviços como Uber, por mais que deva ser balizada por parâmetros técnicos, estritos e objetivos, precisa também empregar hermenêutica que contemple juízo valorativo, força normativa e amplitude de conteúdo dos princípios, e emprego de proporcionalidade e razoabilidade na solução de conflitos de normas, de forma a escapar dos riscos e limitações conseqüentes da interpretação estática do Direito, e garantir a promoção e satisfação dos princípios constitucionais, principalmente àqueles relacionados à ordem e atividade econômica.

3.2 Princípios gerais da atividade econômica como indicadores de legalidade e adequação da Uber ao programa econômico do Brasil.

O Título VII da Constituição Federal de 1988 traz disposições programáticas sobre a ordem econômica e financeira a serem seguidas no país. Logo no primeiro artigo do Capítulo I[70]– elenca os princípios gerais responsáveis por dirigir as atividades econômicas desenvolvidas no Brasil–, o legislador preocupou-se em dar o tom para a condução da economia nacional.Ao balizar a ordem econômica nos princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, deixou claro a

[69] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ª Edição. 2012. p. 93-98.

[70] BRASIL, Constituição (1988). Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social (...).

opção constitucional por um modelo híbrido[71], entre liberalismo estatal e estado intervencionista[72]. A menção expressa ao componente social demonstra que a atuação estatal no domínio econômico deve limitar-se pela preservação do interesse da coletividade[73].

Sobre a livre iniciativa, Eros Grau[74] ao discorrer sobre a ordem econômica constitucional vigente, esclarece que o princípio pode ser compreendido pelo direito de exercício da liberdade – ainda que não absoluta – , como nas seguintes hipóteses: *não ingerência estatal; faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado; e neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial em igualdade de condições dos concorrentes*[75].

O *caput* dos artigos 173 e 174[76] ilustram a opção constitucional pela primazia da iniciativa privada e subsidiariedade do papel do Estado, ao definirem, explicitamente, as competências da atuação estatal sobre o controle de atividades de relevante interesse coletivo indelegáveis à iniciativa privada, e a função de fiscalização e regulação[77].

Nesse sentido, é indispensável ao legislador, quando voltado para a regulamentação da atividade desenvolvida pela Uber, que se leve em conta os limites constitucionais da sua atuação, como representante do Estado no domínio econômico, ao âmbito da regulação e fiscalização, e o respeito às liberdades

[71] SPITZCOVSKY. Celso. Princípios do Direito Administrativo Econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Coord). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011. p. 61.
[72] GUERRA, Sérgio. Controle judicial dos atos regulatórios. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 34.
[73] SPITZCOVSKY, op.cit. p. 60.
[74] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14 ed. São Paulo: Malheiros.
[75] Ibid. p. 206.
[76] BRASIL, Constituição (1988). Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (...) Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.
[77] GUERRA, op. cit. p. 36-37.

resguardadas pela própria vontade constitucional, sempre em harmonia ponderada com os demais princípios regentes das atividades econômicas em geral.

Ao contrário do que ocorreu recentemente em outros países[78], nos quais houve proibição dos aplicativos, o legislador brasileiro, em respeito à livre iniciativa, consubstanciável, por exemplo, na criação e exploração de atividade privada, deve preocupar-se não em obstar as plataformas, o que implicaria, inclusive, violação ao parágrafo único do artigo 170[79], mas em elaborar estratégias regulatórias que conduzam as empresas do ramo a atuar em consonância com os princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes para a economia no Brasil.

O artigo 170 traz, ainda, subprincípios que devem servir como sistema de freios e contrapesos para a atividade econômica, dentre os quais importam, especificamente para este trabalho, aqueles dispostos nos seus incisos II, III, IV, V, VII e VIII.

Os incisos II e III, artigo 170, da Constituição Federal de 1988, dispõem sobre os princípios gerais da atividade econômica atinentes à propriedade privada e a função social da propriedade. A função social da propriedade urbana, de acordo com o artigo 182, § 2º, da CF[80], o artigo 39 do Estatuto das Cidades[81], é cumprida quando atende ao bem-estar dos habitantes, à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas. Considerando o princípio como cláusula aberta, a orientação tradicional para os bens imóveis pode ser estendida aos

[78] No ano de 2016, em algumas localidades da Espanha, Coréia do Sul, Alemanha, França e Índia, a Uber foi proibida de atuar. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/9-paises-que-nao-cedem-um-centimetro-ao-uber/9/>

[79] BRASIL, Constituição (1988). Art. 170. (…) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[80] BRASIL, Constituição (1988). Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

[81] BRASIL. Lei N.10.257 / 2001. Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

bens em geral. Nesse contexto, Carlos Afonso Pereira de Souza e Ronaldo Lemos acreditam que o *uso eficiente* dos automóveis proporcionado por aplicativos como Uber concretiza o preceito constitucional da função social da propriedade[82]:

> Por fim, a compatibilidade entre o discurso sobre a função social dos bens e os aplicativos de transporte no ambiente de desenvolvimento de atividades econômicas é também uma particularidade que chama atenção, justamente porque todo o discurso sobre função social da propriedade (seja dos bens imóveis, como dos bens móveis) está geralmente ligado à tentativa de se limitar o uso daquele proprietário que abusa do seu direito sobre a coisa, valendo-se dela sem que o bem seja explorado em benefício da coletividade. No caso presente, tem-se justamente o contrário, já que através dos aplicativos se torna possível ao proprietário de um bem (no caso um automóvel) explorar o mesmo de modo a atender a sua função social.

O princípio da livre concorrência está preceituado pelo inciso IV, art. 170, da CF 88 e tem por objetivo *impedir a formação de monopólios no mercado*, e garantir *iguais oportunidades* para os agentes que busquem atuar em determinado setor, independentemente de autorização do poder público[83]. Um dos maiores argumentos dos taxistas – tradicionais detentores do monopólio no transporte individual de passageiros – contra empresas como a Uber, é que a falta de regulação estatal resultaria em concorrência desleal.

Os grupos e associações de taxistas argumentam, ainda, que Lei Federal 12.468/2011– instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana – lhes confere exclusividade na prestação do transporte público individual de passageiros, o que tornaria a atuação dos aplicativos uma prática ilegal. Contudo, para alguns juristas, a interpretação daquela lei leva à conclusão de que os táxis representam, apenas, uma

[82] LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A.F (Org.). Economias do compartilhamento. Curitiba: Juruá, 2017, p. 70.

[83] SPITZCOVSKY. Celso. Princípios do Direito Administrativo Econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Coord). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011. p. 66.

das modalidades possíveis de transporte individual de passageiros em centros urbanos, o que abre espaço para a legalidade das plataformas digitais.[84]

A redução dos custos de transação é um dos elementos responsáveis pela popularidade do Uber no mercado brasileiro. Através do uso eficiente da tecnologia para promover a conectividade entre motoristas e usuários e emprego dos *smartphones* como ferramenta para esse fim, a empresa foi capaz de provocar queda significativa dos preço desse tipo de transporte[85].

O Uber Black, primeira categoria de serviço disponibilizada pela empresa, é composta por carros sedãs pretos e novos de categorias de luxo, obrigatoriamente equipados com ar-condicionado, oferta de água ao usuário, e motoristas com vestimentas ao estilo social[86], visando a proporcionar maior conforto e comodidade que as alternativas de mercado. A qualidade do padrão de serviço oferecido é controlada pelo sistema de avaliação virtual criado pela empresa e gerou expressivo contraste em relação à qualidade de boa parte do serviço até então disponível no mercado.

Ao estatuir a defesa do consumidor como princípio ordenador para a atividade econômica no Brasil, através do artigo 170, inciso V, o legislador legitimou a intervenção do Estado na área econômica para *coibir atividades econômicas executadas em detrimento do consumidor*[87].

A qualidade na prestação do serviço e a competitividade dos preços ofertados no mercado são uma das principais preocupações do consumidor ao fazer escolhas

---

[84] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **NOTA TÉCNICA Nº 39/2017/DEE/CADE. Brasília, 2017. Disponível em:** < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOga6sYPx-zVdZE9mniP_nGN9ZYEOAjLUQraO13nEdXPegV54qhH9WdPt2xe1DgYIwoJc5h7mBbQioCCvAyDWHy> **p. 4.**

[85] Ibid. p. 4.

[86] Informação disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/4092360/uber-lanca-servico-de-transporte-com-carros-compactos-no-brasil>.

[87] SPITZCOVSKY. Celso. Princípios do Direito Administrativo Econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Coord). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011. p. 68.

de consumo, bem como elementos indispensáveis à sobrevivência das empresas. Tanto que o impacto do ingresso da Uber no mercado de transporte fez com que os próprios taxistas se adequassem à novidade, recorrendo ao uso de aplicativos[88] e reproduzindo os padrões de conforto e comodidade inaugurados pela competidora[89].

Dessa forma, é nítido que os impactos da chegada da Uber no mercado brasileiro, como a queda de preços, incentivo à concorrência, e a influencia sobre a melhora da qualidade do serviço de transporte privado individual como um todo, vão ao encontro da vontade constitucional no que tange ao estímulo aos princípios preceituados nos incisos IV e V do artigo 170/CF 88. Cabe ao legislador responsável pela regulação dos aplicativos adotar, como instrumento decisório da questão, o juízo de ponderação, ao decidir entre a interpretação pela legalidade estrita desejada pelo setor de táxis e o melhor interesse da coletividade no caso concreto.

Finalmente, o caput do artigo 170, e seus incisos VII e VIII, alinhados ao disposto no artigo 1º, inciso III, e artigo 5º, reafirmam a escolha constitucional de institucionalizar, no Brasil, o Estado Democrático de Direito, ao elevar o direito à dignidade, em todas as suas formas, ao status de fundamento constitucional soberano. Vê-se que à economia incumbe *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*.

Nesse sentido, é mandatório que o Estado tenha como meta, em suas ações e decisões relacionadas ao direcionamento econômico, a busca pela redução das desigualdades regionais e sociais e pelo pleno emprego.

Durante a recessão econômica, as marcas da desigualdade no Brasil foram agravadas e, mesmo após vencidos os piores anos da crise, a alta taxa de desemprego[90] ainda é questão a ser superada. Como mencionado anteriormente, o

[88] A Taxi Machine é uma plataforma digital criada exclusivamente para cooperativas e empresas de táxi: http://www.taximachine.com.br/

[89] Sobre as estratégias de adequação dos taxistas, ver: <https://oglobo.globo.com/rio/taxistas-tentam-driblar-concorrencia-do-uber-com-mimos-passageiros-18961827>.

[90] De acordo com dados recentes do IBGE o Brasil possui, atualmente, em torno de 12 milhões de pessoas desempregadas: <http://www.valor.com.br/brasil/5352207/brasil-tem-127-milhoes-de-desempregados-mostra-ibge >.

surgimento da economia do compartilhamento, em meio a esse contexto, representou alternativa acessível para que as pessoas driblassem os efeitos da crise. O ingresso da Uber no Brasil, em um momento de fechamento de postos de trabalho e falta de oportunidades, é opção ao desemprego e fonte de complementação de renda para muitos brasileiros[91]. Representa meio de auxílio na busca pela efetivação dos princípios supracitados.

Diante de toda a análise empreendida neste capítulo, parece adequada a ideia de que a hermenêutica neoconstitucionalista – munida da valorização da força normativa dos princípios, uso da ponderação e reconhecimento das cláusulas abertas – pode ser proveitosa ao Estado, na qualidade de agente regulador da economia, ao se deparar com questões que envolvam o alto grau de inovação como característica marcante. Essa ferramenta interpretativa poderá auxiliar ao agente regulador encontrar, na norma, respostas para situações até então não previstas ou enfrentadas pela realidade fática ou pelo Direito.

No caso concreto, esse estudo defende que, antes de optar, de maneira prematura, por impor medidas de proibição aos aplicativos de transporte individual privado de passageiros, como foram as primeiras reações legislativas estaduais no Brasil[92], o legislador poderia ter partir optado por compreender em que medida a inovação proporcionada pelos novos modelos de negócio podem contribuir para a efetivação das diretrizes constitucionais destinadas à condução da economia no País e o melhor interesse da coletividade, e, assim, a partir daí, definir a política regulatória.

[91] Para mais informações sobre a Uber como fonte alternativa de renda para os brasileiros, ver: <http://infograficos.estadao.com.br/focas-ubereconomia/mobilidade-1.php>.

[92] Em um primeiro momento estados como Rio de janeiro, Belo Horizonte e São Paulo decidiram proibir a atuação da Uber e outras empresas de aplicativos de transporte: <https://tecnoblog.net/204136/lei-proibe-uber-rio/>, <https://tecnoblog.net/180728/vereadores-proibicao-uber-sp/> e <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/04/decreto-de-lei-para-uso-de-aplicativos-de-transporte-remunerado-e-publicado.html>.

3.3 Premissas do dever de regular: por que as regras do livre mercado não são suficientes; função e limites da regulação estatal; e desafios jurídicos da Uber.

Durante a vigência do Estado Liberal, a supremacia do ideal de liberdade, herdado da Revolução Francesa, manifestava-se no setor econômico pela ausência de intervenção estatal[93]. Naquele período, imperava a ideia de que o próprio mercado possuía os mecanismos necessários para se auto-regular e corrigir falhas.

Como aponta Eros Grau, as conseqüências negativas desse modelo econômico alteraram a ótica sobre os mercados[94]:

> O fato é que, a deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males. "Por mais paradoxal que seja – dizia Karl Polanyi – não eram apenas os humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado auto-regulável, mas também a própria organização da produção capitalista.

A substituição do Estado Liberal pelo Estado Interventor também não surtiu melhores resultados. Sérgio Guerra assinala que, no Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o país aposta no triunfo do modelo do Estado Regulador[95]. Nesse sistema, a intervenção estatal na economia é um gênero que admite duas espécies: o Estado como produtor direto de bens e serviços; e como agente fomentador das atividades privadas através da regulação[96].

---

[93] Sobre o Estado Liberal, Sérgio Guerra afirma o seguinte: "Como se vê, no período Liberal o Estado adotou uma postura absenteísta, sendo mero gestor da manutenção da ordem, do direito de propriedade e do fiel cumprimento dos contratos, de modo que as atividades estatais nesse período contemplavam apenas alguns serviços públicos, haja vista que o pleno exercício das atividades econômicas competia à iniciativa privada, deixando o Estado de promover qualquer regulação." GUERRA, Sérgio. Controle judicial dos atos regulatórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 15-16.

[94] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14 ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 28.

[95] GUERRA, op.cit. p. 20.

[96] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.22.

Para Alexandre Santos de Aragão[97] o conceito de regulação estatal pode ser assim sintetizado[98]:

> *(...)* a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição, e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

Aragão esclarece que dentre as atribuições da regulação estão a atuação para evitar a formação de monopólios, o estímulo à competição e livre concorrência no setor privado, e a garantia da universalização, qualidade e preço justo dos serviços públicos. Para atingir esses objetivos a regulação conta, dentre outros, com os poderes de *editar regras, assegurar a sua aplicação e reprimir as infrações*[99].

Há outras hipóteses de regulação que não a intervenção estatal nos moldes acima apresentados. Quando entes privados, como conselhos de classes, estabelecem seus próprios regulamentos e códigos de conduta por força de delegação do poder público, trata-se de *regulação pública - não estatal.* A regulação promovida espontaneamente por empresas, sem a participação ou chancela estatal, como a criação de selos de qualidade para produtos e serviços, por exemplo, é um caso de *auto-regulação privada.* Já a ausência de qualquer regulação, seja de caráter público ou privado, que deixe a economia submetida apenas *aos livres movimentos do mercado,* é uma hipótese de *desregulamentação*[100].

Em relação as combinações possíveis dos instrumentos disponíveis para a efetivação da regulação estatal é possível falar em *regulação direta* ou *regulação indireta.* No que diz respeito à finalidade da regulação, a classificação distingue a

[97] Ibid. p. 22.
[98] Ibid. p. 37.
[99] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 24-25.
[100] Ibid. p.30-31.

regulação imediata da economia – quando o Estado atua *na* economia -. da *regulação mediata* – ação do Estado *sobre* a economia.[101].

Por melhores que sejam as intenções e os objetivos buscados pela intervenção estatal na economia, o exercício da regulação corre o risco de provocar algumas distorções, minando a livre iniciativa ou favorecendo interesses privados específicos, provocando custos sociais indesejados[102].

Partindo desta premissa, Floriano de Azevedo Marques Neto[103] tece considerações sobre os limites do exercício da regulação estatal. O autor sugere o estabelecimento de dois vetores de limitação: no eixo horizontal a limitação diz respeito à abrangência da regulação estatal, e deve ser pautada pela observância do princípio da subsidiariedade, e no eixo vertical a limitação à intensidade e profundidade da regulação deve se balizar pelo princípio da proporcionalidade[104].

Ao se orientar pelo princípio da subsidiariedade, o regulador terá parâmetros para definir o momento em que a intervenção será necessária, considerando o equilíbrio almejado entre liberdade e autonomia dos agentes do mercado – no limite de suas capacidades – e a defesa de interesses gerais da coletividade[105].

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, auxilia o regulador a limitar o "peso" no exercício dos seus poderes, sendo capaz de avaliar, em cada caso, qual a medida ideal de intervenção. O juízo prévio de proporcionalidade ameniza os riscos da regulação exacerbada, que imponha sobre os agentes *restrições incompatíveis*

---

[101] Segundo Aragão a regulação direta consiste em "ordens juridicamente vinculantes aos participantes para deles se obter uma ação", a regulação indireta quando "a finalidade pública é atingida não pela coação, mas por incentivos ou meios adaptados a outros fins", como por incentivos fiscais. A regulação imediata se dá pela "coibição da concentração do poder econômico", por exemplo, enquanto a regulação mediata representa "os reflexos na economia da realização de finalidades sociais do Estado". ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 36-37.

[102] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf. p. 21.

[103] Ibid. p 21.

[104] Ibid. p. 8-10.

[105] Ibid. p. 10-14.

com o benefício coletivo, atribua ônus desproporcionais ou sancione condutas de forma exacerbada[106].

Tecidos alguns comentários de ordem teórica sobre a regulação estatal, passa-se à análise fática deste estudo. As polêmicas em torno da legalidade, ilegalidade e regulação da Uber estão diretamente relacionadas às normas regulatórias impostas ao serviço de táxi, considerado serviço público delegado a agentes privados.

No Brasil, o transporte individual de passageiros por táxis é composto de três segmentos – pontos de táxi, segmentos de rua, porta a porta. Esse é, historicamente, um mercado fortemente regulado, que visa adequar o serviço à preocupações como segurança pública, proteção dos consumidores, e desempenho[107].

Ao serviço de táxi é imposta regulação de entrada – limites para concessão de novas licenças –, regulação tarifária – determinação de tarifas fixas, máximas e hipóteses de variação – e, em alguns municípios, há também regulação de qualidade – define critérios mínimos de segurança e qualidade da frota de veículos[108].

Mesmo com a rigidez da regulação, o mercado ainda apresenta expressivas falhas. A atividade criada pela Uber contribuiu para redução de algumas delas. De

[106] Ibid. p. 14-20.

[107] Em estudo para o CADE sobre o mercado de transporte individual de passageiros, Luiz Alberto Esteves detalha as mencionadas preocupações da regulação: "Segurança pública: envolve a proteção física dos consumidores, de terceiros e da adequação dos veículos. Isso implica estabelecer padrões mínimos de requerimento para os condutores e para os veículos;" Proteção econômica dos consumidores: envolve prevenir os consumidores de incorrer em prejuízos em situações de barganha desproporcionalmente desvantajosa. Por exemplo, os táxistas cobrarem em uma condição de barganha favorável um preço significativamente maior do que cobrariam em uma situação com condições de barganha inferior; Desempenho: os reguladores podem manipular diferentes combinações de disponibilidade de pontos, tarifas máximas e número de licenças para alcançar um mercado que opere sob um grau de desempenho desejado. ESTEVES, L. A. O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Documento de Trabalho do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, v. 1, n. 1, 2015a. p. 21.

[108] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. NOTA TÉCNICA Nº 39/2017/DEE/CADE. Brasília, 2017. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOga6sYPx-zVdZE9mniP_nGN9ZYEOAjLUQraO13nEdXPegV54qhH9WdPt2xe1DgYIwoJc5h7mBbQioCCvAyDWHy>, p. 2.

acordo com estudo do CADE, certas assimetrias de informações e externalidades[109] foram solucionadas a partir do momento que o consumidor pode ter acesso prévio aos dados da corrida, como: *previsão de preço; percurso sugerido; tempo de duração da corrida; avaliação do motorista; e tipo e modelo do veículo*[110].

Entretanto, uma abordagem da Uber e de suas congêneres, que se limite a destacar aspectos positivos do negócio, oferece análise superficial e até ingênua da questão. Após quase uma década de atividades da Uber e de suas concorrentes no mundo, é possível citar uma série de pontos que demandam aperfeiçoamento e exigem olhar atento por parte da regulação estatal.

Com efeito, as próprias plataformas digitais de transporte de passageiros acabam acabaram gerando próprias falhas de mercado, a partir de assimetrias e externalidades negativas até então inexistentes.

Ryan Calo e Alex Rosenblat, ao estudarem algumas das falhas provocadas pela criação da Uber e como o direito pode auxiliar na correção das mesmas[111], assinalaram, dentre outros, três focos de problemas: ausência de arbitragem regulatória; discriminação; e privacidade.

Como anteriormente mencionado, as concorrentes tradicionais argumentam que a falta regulação sobre a Uber provoca concorrência desleal. Para os autores, de fato é *muito difícil para um serviço regulado concorrer com uma empresa que não é*. Normas regulatórias existem, inclusive, para estabelecer direitos e deveres das

[109] De acordo com Hal Varian as externalidades positivas e negativas podem ser entendidas como impactos das ações de produção e consumo de um determinado agente econômico em relação aos demais pares (p. 671). Assimetrias de informação, por sua vez, estão relacionadas aos custos para se obter mais ou menos informações que orientem determinada decisão econômica (p. 745). VARIAN. Hal. *Microeconomia: Princípios básicos*. *Uma abordagem moderna*. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

[110] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. NOTA TÉCNICA Nº 39/2017/DEE/CADE. Brasília, 2017. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOga6sYPx-zVdZE9mniP_nGN9ZYEOAjLUQraO13nEdXPegV54qhH9WdPt2xe1DgYIwoJc5h7mBbQioCCvAyDWHy>, p. 2.

[111] CALO, Ryan. E ROSENBLAT, Alex, The Taking Economy: Uber, Information, and Power. Columbia Law Review, Vol. 117, 2017. Disponível em: http://columbialawreview.org/content/the-taking-economy-uber-information-and-power/. p. 1623.

partes envolvidas em determinada atividade econômica. Do ponto de vista dos usuários das plataformas, esses autores questionam até que ponto as empresas proporcionam proteção adequada e satisfatória aos passageiros e motoristas.

A ausência de regulação ou fiscalização sobre as atividades da Uber deixou brecha para que ela classifique motoristas como profissionais autônomos "parceiros" e, a si mesma, como uma espécie de "árbitro neutro de transações tecnológicas"[112] entre os usuários, afastando a características tradicionais de relação de emprego[113] e obrigações derivadas. Nesse contexto, uma questão importante é a definição dos limites possíveis para a responsabilização civil desse tipo de empresa[114].

A Uber declara, em seus Termos e Condições de Uso[115], que não garante a qualidade, adequação, segurança do serviço prestado, nem tampouco a habilidade dos motoristas. Não se responsabiliza por qualquer tipo de dano derivado das relações entre usuários do aplicativo e considera-se isenta de pagar indenizações[116].

---

[112] Termo utilizado por Calo e Rosenblat em: The taking economy: Uber, information, and power. Columbia Law Review, Vol. 117, 2017. Disponível em: http://columbialawreview.org/content/the-taking-economy-uber-information-and-power/. p. 1637.

[113] Os termos de condição de uso disponibilizados pela Uber em seu site, atualizado em março de 2017, assim dispõem: "Os Serviços integram uma plataforma de tecnologia que permite aos(às) Usuários(as) de aplicativos móveis ou sítios de Internet da Uber, fornecidos como parte dos Serviços (cada qual um "*Aplicativo*"), providenciar e programar Serviços de transporte e/ou logística e/ou compra de certos bens com terceiros provedores independentes desses Serviços (...)VOCÊ RECONHECE QUE A UBER NÃO É FORNECEDORA DE BENS, NÃO PRESTA SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA, NEM FUNCIONA COMO TRANSPORTADORA, E QUE TODOS ESSES SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA SÃO PRESTADOS POR PRESTADORES TERCEIROS INDEPENDENTES QUE NÃO SÃO EMPREGADOS(AS) E NEM REPRESENTANTES DA UBER(...)"

[114] Para mais informações sobre esse debate ver: MACHADO; José Mauro Decoussau, e MENEGUETTI; Pamela Gabrielle. A responsabilidade dos intermediários na economia do compartilhamento. In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A.F (Org.). Economias do compartilhamento. Curitiba: Juruá, 2017. p. 199-216

[115] Disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/

[116] "5. RECUSA DE GARANTIA; LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE; INDENIZAÇÃO. RECUSA DE GARANTIA. OS SERVIÇOS SÃO PRESTADOS "NO ESTADO" E "COMO DISPONÍVEIS". A UBER RECUSA TODAS AS DECLARAÇÕES E GARANTIAS, EXPRESSAS, IMPLÍCITAS OU LEGAIS, NÃO EXPRESSAMENTE CONTIDAS NESTES TERMOS, INCLUSIVE AS GARANTIAS IMPLÍCITAS DE COMERCIALIZAÇÃO, ADEQUAÇÃO A UMA FINALIDADE ESPECÍFICA E NÃO INFRINGÊNCIA. ADEMAIS, A UBER NÃO FAZ NENHUMA DECLARAÇÃO NEM DÁ GARANTIA SOBRE A CONFIABILIDADE, PONTUALIDADE, QUALIDADE, ADEQUAÇÃO OU DISPONIBILIDADE DOS SERVIÇOS OU DE QUAISQUER SERVIÇOS OU BENS SOLICITADOS POR MEIO DO USO DOS SERVIÇOS, NEM QUE OS SERVIÇOS SERÃO ININTERRUPTOS OU LIVRES DE ERROS. A UBER NÃO

Ryan Calo e Alex Rosenblat concluíram, ainda, que ao mesmo tempo em que os aplicativos proporcionam que populações marginalizadas tenham acesso ao serviço em suas áreas de residência e novas oportunidades de geração de renda, usuários e motoristas também não estão livres de discriminação racial, por exemplo[117]:

> A National Bureau of Economic Research study shows that African Americans wait longer for rides on ride-hailing services. Another analysis by Rosenblat and various coauthors concluded that the Uber rating system can mask passenger-sourced discrimination, which may, for example, lead to lower ratings for drivers with protected-class characteristics and could result in lower pay or leave them more vulnerable to termination by the platform.

Finalmente, como boa parte das empresas que utilizam a tecnologia em seus negócios, a Uber lida com grande volume de dados pessoais de seus usuários, o que

---

GARANTE A QUALIDADE, ADEQUAÇÃO, SEGURANÇA OU HABILIDADE DE PRESTADORES TERCEIROS. VOCÊ CONCORDA QUE TODO O RISCO DECORRENTE DO USO DOS SERVIÇOS E DE QUALQUER SERVIÇO OU BEM SOLICITADO POR MEIO DA TECNOLOGIA SERÁ SEMPRE SEU NA MÁXIMA MEDIDA PERMITIDA PELA LEI APLICÁVEL. LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE. A UBER NÃO SERÁ RESPONSÁVEL POR DANOS INDIRETOS, INCIDENTAIS, ESPECIAIS, PUNITIVOS OU EMERGENTES, INCLUSIVE LUCROS CESSANTES, PERDA DE DADOS, DANOS MORAIS OU PATRIMONIAIS RELACIONADOS, ASSOCIADOS OU DECORRENTES DE QUALQUER USO DOS SERVIÇOS AINDA QUE A UBER TENHA SIDO ALERTADA PARA A POSSIBILIDADE DESSES DANOS. A UBER NÃO SERÁ RESPONSÁVEL POR NENHUM DANO, OBRIGAÇÃO OU PREJUÍZO DECORRENTE DO: (i) SEU USO DOS SERVIÇOS OU SUA INCAPACIDADE DE ACESSAR OU USAR OS SERVIÇOS; OU (ii) QUALQUER OPERAÇÃO OU RELACIONAMENTO ENTRE VOCÊ E QUALQUER PRESTADOR TERCEIRO, AINDA QUE A UBER TENHA SIDO ALERTADA PARA A POSSIBILIDADE DESSES DANOS. A UBER NÃO SERÁ RESPONSÁVEL POR ATRASOS OU FALHAS DECORRENTES DE CAUSAS FORA DO CONTROLE RAZOÁVEL DA UBER E, TAMPOUCO, PELA QUALIDADE E INTEGRIDADE DOS BENS DISPONIBILIZADOS POR PRESTADORES TERCEIROS. (...) VOCÊ CONCORDA QUE QUALQUER PAGAMENTO FEITO A VOCÊ COM BASE NO SEGURO CONTRA ACIDENTES PESSOAIS DE PASSAGEIROS (APP) MANTIDO PELA UBER OU PELO PRESTADOR TERCEIRO REDUZIRÁ QUALQUER INDENIZAÇÃO DEVIDA A VOCÊ DECORRENTE DAQUELE MESMO ACIDENTE. (...) INDENIZAÇÃO. Você concorda em indenizar e manter a Uber, seus diretores(as), conselheiros(as), empregados(as) e agentes isentos(as) de responsabilidade por todas e quaisquer reclamações, cobranças, prejuízos, responsabilidades e despesas (inclusive honorários advocatícios) decorrentes ou relacionados: (i) ao uso dos Serviços, de serviços ou bens obtidos por meio do uso dos Serviços; (ii) descumprimento ou violação de qualquer disposição destes Termos; (iii) o uso, pela Uber, do Conteúdo de Usuário(a); ou (iv) violação dos direitos de terceiros, inclusive Prestadores Terceiros."

[117] CALO, Ryan. E ROSENBLAT, Alex, The Taking Economy: Uber, Information, and Power. Columbia Law Review, Vol. 117, 2017. Disponível em: http://columbialawreview.org/content/the-taking-economy-uber-information-and-power/. p. 1647.

levanta questões sobre como a empresa manipula a coleta, processa e guarda essas informações[118]:

> Uber needs to know where riders are in order to connect them to drivers. But it bothers some that Uber continues to record a passenger's whereabouts after she has left the car. Moreover, there is evidence that sharing economy firms, like other start-ups, may have inadequate internal safeguards around privacy. Many were alarmed, for instance, to learn that senior managers at Uber in 2014 enjoyed an unrestricted God's eye view of the system, which permitted a senior manager to track the arrival of a reporter who was interviewing him.

Em que pesem os citados problemas, defensores da economia do compartilhamento, como Arun Sundararajan[119], são partidários da desregulamentação de atividades como da Uber, pela crença de que a auto-regulação privada é suficiente para promover padrões aceitáveis de qualidade e funcionamento. Como será visto no tópico a seguir, a escolha pela regulação pública estatal direta, tipo de intervenção escolhida no Brasil, tampouco foi capaz de oferecer resultados satisfatórios.

4 O CASO BRASILEIRO: ANÁLISE CRÍTICA DA ESTRATÉGIA REGULATÓRIA FIXADA PELA LEI Nº 13.640/2018

4.1 Contexto da propositura do PL 28/2016 – que originou a Lei nº 13.640/2018 - e principais disposições.

Uma das principais questões para as empresas como a Uber, e que permeou parte significativa dos debates sobre a regulação dos aplicativos, é a definição sobre o caráter público ou privado do transporte individual de passageiros.

[118] Ibid. p. 1648.

[119] Para mais informações sobre os argumentos de Sundararajan à favor da auto-regulação da Uber e outras empresas semelhantes, ver: Cohen, Molly and Sundararajan, Arun (2015) Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy, University of Chicago Law Review Online: v. 82. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev_online/vol82/iss1/8>.

No Brasil, segundo Zanatta, De Paula e Kira[120], essa modalidade de transporte foi, historicamente, tratado como serviço público, cuja regulação remonta a década de 60 – à exemplo das alterações inseridas no Código de Trânsito Brasileiro em 1968[121] sobre o tema – e permaneceu praticamente inalterada, em *termos estruturais,* até o governo da presidente Dilma Rousseff, quando foram implementadas a "lei dos taxistas" – Lei Federal nº 12.468/2011 – e a Política Nacional de Mobilidade Urbana – Lei Federal nº 12.587/2012[122]. Em todos esses diplomas legais, o transporte individual de passageiros é tratado como serviço de interesse público.

Desde o inicio, a relação entre taxistas e a Uber foi marcada por cenários de conflitos, chegando a gerar inúmeras situações de violência, no Brasil e no mundo[123]. Até mesmo em uma audiência pública realizada na Câmara dos Deputados, destinada a debater a regulamentação dos aplicativos de transporte, o encontro entre as partes interessadas foi motivo de tensão[124].

Em meio a esse cenário, surgiram as primeiras iniciativas legislativas para propor medidas sobre como lidar com empresas como a Uber no Brasil até que, no dia 27 de março de 2018, o Diário Oficial da União publicou a Lei Federal nº 13.640/2018, que definiu a estratégia regulatória adotada pelo poder público brasileiro para o tema.

A lei nº 13.640/2018 altera a Política Nacional de Mobilidade Urbana, incluindo a regulação do transporte remunerado privado individual de passageiros. A

[120] KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A.F. Inovações regulatórias no transporte individual. O que há de novo nas megacidades após o Uber. In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A.F (Org.). Economias do compartilhamento. Curitiba: Juruá, 2017. p. 131-178.

[121] Nas palavras dos autores: "No governo Costa e Silva, o Decreto 62.926/1968 alterou o Código de Trânsito Brasileiro e atribuiu ao município a competência para "*conceder, autorizar ou permitir exploração de serviço de transporte coletivo para as linhas municipais*", "*regulamentar o serviço de automóvel de aluguel (táxi)" e "limitar o número de automóveis de aluguel*" (art. 37)." Ibid., p. 136.

[122] Ibid., p. 138.

[123] Para mais informações, ver: https://tecnoblog.net/181336/taxistas-uber-ameacas/

[124] KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A.F. Inovações regulatórias no transporte individual. O que há de novo nas mega cidades após o Uber . In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A.F (Org.). Economias do compartilhamento. Curitiba: Juruá, 2017. , p. 141.

legalização das plataformas digitais pode ser considerada uma vitória das empresas que operam plataformas digitais. Contudo, a análise detalhada do processo legislativo que culminou com a edição daquela lei revela os percalços superados até o alcance dos citados resultado.

O normativo que autoriza o funcionamento dos aplicativos de transporte de passageiros foi originado pelo Projeto de Lei nº 5587/2016, de autoria do parlamentar Carlos Zarattini (PT-SP). No entanto, na prática, a proposta em comento inviabilizava o funcionamento da Uber, transformando-a em uma empresa de táxi.

O projeto original de Zarattini mantinha o caráter público do transporte individual de passageiros[125], mas permitia a utilização de aplicativos. Contudo, dentre as disposições, propunha: exigência de taxímetro para a cobrança das tarifas do serviço, "utilização de caixa luminosa externa no veículo com a palavra "Táxi", e exclusividade da prestação de serviço por profissionais taxistas, sob pena de infração e proibição do exercício da atividade.

Na justificação do projeto, o deputado defende exclusividade da prestação do serviço de transporte individual por taxistas, além de afirmar que *o crescimento do transporte clandestino, inclusive por meios tecnológicos, está impactando negativamente a gestão pública, além de desconstruir o mercado de táxi, invadir o campo restrito ao profissional taxista e causar insegurança aos consumidores*.

A versão final do PL nº 5587/2016, quando tramitava na Câmara dos Deputados, obteve 276 votos favoráveis, 182 contrários, 5 abstenções, e aprovou substitutivo do deputado relator Daniel Coelho (PSDB)[126]. A redação final do projeto encaminhado ao Senado Federal, apesar de suprimir as exigências de taxímetro, denominação de táxi, e passar a definir a atividade como "transporte

[125] BRASIL.Câmara dos Deputado. Projeto de Lei nº 5.587, de 15 de junho de 2016. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EC28A62E4687517BEBDA4A43B465DFA8.proposicoesWebExterno2?codteor=1468253&filename=Tramitacao-PL+5587/2016>.

[126] Dados disponíveis em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-04/camara-aprova-projeto-de-lei-que-cria-regras-para-aplicativos-de-transporte>.

remunerado privado individual de passageiros", condicionava o direito de realizar o transporte à autorização da autoridade pública local e restringia o exercício das atividades a motoristas detentores de licenças específicas para atuação, tal como o uso de placas vermelhas[127].

No Senado Federal a matéria, recepcionada pelo PLC 28/2017, obteve aprovação para tramitar em regime de urgência[128] e, ao ser aprovada, acolheu emendas que alteraram a versão proposta pela Câmara dos Deputados, excluindo a exigência de placas vermelhas e de que o condutor fosse proprietário do veículo, bem como restringiu a competência das autoridades locais à fiscalização, e não a de conceder autorização para a atividade.

O texto final da Lei nº 13.640/2018, aprovado pela Câmara dos Deputados e sancionado pelo presidente Michel Temer, acolheu duas das três emendas propostas pelo Senado Federal, mantendo a competência de regulação, e não apenas fiscalização, no domínio dos municípios e do Distrito Federal.

A legalização dos aplicativos de transporte de passageiros e a ampliação das autorizações para o exercício da atividade, no âmbito privado, por outros agentes que não os profissionais taxistas e fora do domínio do serviço público, pode ser considerada uma conquista das empresas que optam por este modelo de negócio, mas não representa medida suficientemente satisfatória para os usuários de aplicativos.

A despeito dos avanços, como a obrigatoriedade de contratação de seguros de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT), outros problemas a que se expõem os usuários da Uber - definições sobre responsabilidade civil em caso de danos

[127] BRASIL.Câmara dos Deputado. Projeto de Lei nº 5.587, de 15 de junho de 2016: redação final. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EC28A62E4687517BEBDA4A43B465DFA8.proposicoesWebExterno2?codteor=1642597&filename=Tramitacao-PL+5587/2016>.

[128] Informação disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/24/votacao-do-projeto-sobre-transporte-com-uso-de-aplicativo-fica-para-a-proxima-semana>

oriundos do uso dos aplicativos, discriminação de certos grupos de usuários e questões de privacidade das informações pessoais fornecidos às plataformas – ainda carecem de solução.

4.2 Riscos da regulação responsiva impulsionada pelo *lobby* de grupos de pressão.

A reviravolta legislativa em torno da Lei nº 13.640/2018 sugere a de intensa participação de agentes a favor e contra a legalização dos aplicativos de transporte durante o processo deliberativo da matéria. Certamente, tanto grupos e associações de taxistas quanto empresas de aplicativos lançaram mão de recursos de *lobby* e *marketing,* com o objetivo de influenciar decisões parlamentares sobre o tema de vital importância para seus interesses.

No Brasil, o *lobby* tem sido associado, costumeiramente, a corrupção[129]. Por outro lado, o teor pejorativo da expressão, importada do inglês, tem sido objeto de debate e esclarecimento[130] indispensáveis para o alcance da transparência que tanto se espera da Administração Pública.

Segundo o dicionário Aurélio[131], o termo *lobby* é compreendido da seguinte forma:

> {ingl. 'corredor', 'antessala'.] Grupo de pessoas ou organização que tem como atividade profissional influenciar, aberta ou veladamente, decisões do poder público, esp. no legislativo, em favor de determinados interesses privados.

A palavra tem origem na prática de aguardar autoridades no lobby dos hotéis ou do próprio parlamento, para ter a possibilidade de expor suas ideias sobre determinados temas de interesse de um grupo. Arthur F. Bentley, em *The Process of Government*, no ano de 1908, pela primeira vez, utilizou o termo para designar o ato

[129] Informação disponível em:< http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2017/11/historia-da-shell-mostra-que-lobby-e-corrupcao-estao-no-dna-da-empresa>.
[130] A título de exemplo, ver: <https://oglobo.globo.com/opiniao/lobby-nao-corrupcao-21504734>
[131] FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da lingua portuguesa. 4. ed. Curitiba: Positivo; 2009. p 1223.

de influenciar a tomada de decisões públicas[132]. Sobre o tema, Andréa Oliveira afirma:

> O lobby surgiu como processo de diálogo entre grupos de interesses econômicos e o governo, tendo sido apropriado por organizações que não tinham motivos econômicos, as quais poderiam ser denominadas de entidades sociais ou idealísticas, comprovando a validade do processo para representar interesses face aos agentes governamentais.

Atualmente, o *lobby* é entendido como a tentativa de determinado grupo de expor seus interesses e tentar influenciar decisões públicas por meio de empresas, organizações, pessoas físicas, entre outros meios. O conceito é usualmente aplicado no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo.

Sobre o assunto, Said Farhat afirma o seguinte[133]:

> Lobby é toda atividade organizada, exercida dentro da lei e da ética, por um grupo de interesses definidos e legítimos, com o objetivo de ser ouvido pelo poder público, para informá-lo, e dele obter determinadas medidas, decisões ou atitudes.

Apesar de ter sido formalmente descrito apenas no início do século passado, Farhat assinala que a prática é muito antiga, remontando, inclusive, nos textos bíblicos.

Consta do livro do Gênesis o relato de que Deus, farto da corrupção moral e política que assolava Sodoma e Gomorra, decidiu destruir as cidades. Diante disso, convocou Abraão e ordenou que reunisse seus familiares e abandonasse as cidades, para evitar que também fossem destruídos. Abraão teria tentado persuadir a Deus, argumentando que se houvesse ao menos cinquenta homens corretos, a destruição de Sodoma e Gomorra seria injusta, pois alguns bons morreriam pelas práticas pecaminosas de outros.

---

[132] OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil. 2004. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004. p. 22.

[133] FARHAT, Saïd. Lobby: o que é: como se faz: ética e transparência na representação junto a governos. São Paulo: Peirópolis, 2007. p. 42.

O relato bíblico ilustra perfeitamente a noção de *lobby*. Abraão, em nome de um grupo, advogava, perante Deus, para que os poupasse, e desistisse da decisão de destruir as duas cidades. Ou seja, Abraão tentou apresentar argumentos para influenciar a tomada de decisão de uma autoridade em nome dos interesses de um grupo específico.

Vale ressaltar que o *lobby* é sempre praticado por um grupo de pressão. Normalmente, as autoridades são buscadas por representantes daqueles que querem ver seus interesses atendidos, ou, ainda, por um profissional do *lobby*.

Para os fins deste estudo, é relevante distinguir os conceitos de grupo de pressão e grupo de interesse, usualmente utilizados de forma incorreta como sinônimos. Os grupos de pressão podem ser entendidos como a mobilização organizada de um grupo de interesse para a defesa de seus objetivos e alteração de determinada realidade fática. Farhat[134] sugere a seguinte definição:

> Grupo de interesses é todo grupo de pessoas físicas e/ou jurídicas, formal ou informalmente ligadas por determinados propósitos, interesses, aspirações ou direitos, divisíveis dos de outros membros ou segmentos da sociedade. Sua razão de ser consiste em manter vivos os laços de união. Esses grupos podem permanecer em estado latente, sem adotar um programa formal de ações destinadas a tornar seus objetivos aceitáveis pelo Estado, pela sociedade ou por determinados segmentos desta.
>
> Grupo de pressão é o grupo de interesses dotado de meios humanos e materiais necessários e suficientes – e da vontade de utilizá-los ativamente – para a promoção dos seus objetivos, até vê-los atingidos. Atua perante toda a sociedade, ou parte dela, ou, ainda, diante de órgãos do Estado – Legislativo ou Executivo –, com competência para mudar ou manter o *status quo* referente ao seu interesse.

Pode-se dizer, portanto, que grupo de pressão é uma subespécie do grupo de interesse. Enquanto o segundo não necessariamente possui organização formal, ou meios para promover a defesa dos seus interesses, a existência do primeiro depende destes elementos.

[134]FARHAT, Saïd. Lobby: o que é: como se faz: ética e transparência na representação junto a governos. São Paulo: Peirópolis, 2007. p. 145.

Por isso, é importante frisar que o *lobby* não merece ser visto, conforme já mencionado, como uma prática ilícita[135]. De forma contrária, toda e qualquer tentativa de manipular decisões públicas por vias ilegais deve ser rigidamente reprimida pelos órgãos de controle, como o Ministério Público.

Ainda que careça de regulação no Brasil[136], a prática do *lobby* em favor dos mais diversos grupos é extremamente comum no nosso parlamento, a exemplo dos acontecimentos em torno da elaboração das normas para regulação ora em debate.

Considerando os conceitos apresentados na breve discussão sobre o *lobby*, é fácil reconhecer que todos os taxistas fazem parte de um mesmo grupo de interesse. Ainda que não se organizassem sob qualquer forma, os objetivos, interesses e preocupações comuns a todos eles, reúne esses profissionais em um grupo que compartilha das mesmas afinidades.

As associações, sindicatos e cooperativas de taxistas representam a organização desta classe profissional sob a forma de grupo de pressão, empenhados em promover a defesa de seus interesses frente ao Estado e a sociedade.

A leitura da proposição do deputado Carlos Zarattini (PT) deixa clara a intenção do projeto de priorizar interesses de taxistas, em detrimento das empresas de aplicativos. O *lobby* dos grupos de taxistas envolveu manifestações, protestos no parlamento, participação em audiências públicas, e visitas ao gabinete de parlamentares para discutir a defesa do projeto[137]. Vale lembrar que, historicamente,

[135] Na seara das práticas ilegais, Farhat aponta que o *lobby* não deve ser*: 1)tráfico de influência ou intercâmbio de interesses; 2) jogadas escusas, "por baixo do pano"; 3)uso de dinheiro para obter favores, "tratamento especial", exceções às regras gerais; 4)também não é tudo aquilo mais bem caracterizado e entendido, sob a rubrica própria, pelo nome certo de corrupção.p. 71*

[136] O preconceito em relação ao *lobby*, em parte justificado pelos inúmeros casos de corrupção no Brasil, evidencia a necessidade de regulamentação da atividade no país, a exemplo do que fizeram os Estados Unidos, em 1995, através do *Lobbying Disclousure Act*. As ferramentas de *lobby*, quando bem manejadas, por profissionais sérios e qualificados, e sob regras de atuação claras, podem resultar em ganhos positivos para grupos e interesses sociais de todo espectro.

[137] Informação disponível em: < https://www.huffpostbrasil.com/2017/10/30/o-lobby-dos-taxistas-para-travar-o-uso-de-aplicativos-de-transporte_a_23261135/>.

taxistas são considerados grupo formador de opinião[138], e representam apoio estratégico para os parlamentares em período de eleições.

Apesar disso, a legalização dos aplicativos ao final do debate no parlamento, também evidencia a força da Uber e congêneres em influenciar o processo legislativo. A resistência à chegada da Uber em muitos países faz com que a empresa destinasse significativos investimentos à área de relações institucionais e defesa de interesses. Além de poder contar com o apoio de investidoras de peso como Google e Goldman Sachs, nos Estados Unidos a Uber chegou a contratar o mesmo coordenador da campanha do ex-presidente Obama, para angariar mais capital político a sua causa[139].

No Brasil, além das práticas utilizadas pelos taxistas, o lobby da Uber envolveu muito *marketing*. A empresa incentivou os usuários a aderirem a um abaixo-assinado que coletou cerca de 800 mil assinaturas[140] e movimentou redes sociais lançando campanhas sob as *hashtags* #LeidoRetrocesso e #JuntosPelaMobilidade.

Os bastidores do processo legislativo que fixou a regulação dos aplicativos sugere questionamentos sobre riscos e conseqüências da regulação impulsionada por grupos de pressão. No caso da Lei nº13.640/2018, como ambos os grupos interessados na regulação dispunham de meios humanos e materiais relativamente equivalentes para a defesa de seus interesses, quais as conseqüências do *lobby* para a regulação de setores e atividades em que os grupos envolvidos não disponham de recursos equivalentes e meios para defender suas posições? E quais os reflexos para a economia e a sociedade em geral?

[138] Idem.
[139] SCHOR, Juliet B. Debating the Sharing Economy. A Great Transition Initiative Essay, Out 2014. Disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharingeconomy. , p. 5.
[140] Informação disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2017/10/30/o-lobby-dos-taxistas-para-travar-o-uso-de-aplicativos-de-transporte_a_23261135/>.

4.3 Comentário sobre os futuros desafios para a regulação de atividades que envolvam alto grau de inovação.

Como evidenciado no início desse trabalho, em todos os mercados em que a Uber se instalou, uma das características mais marcantes foi a disrupção sobre o setor de transportes. A inovação via solução tecnológica, ou mesmo pela sugestão de novas maneiras de fazermos algo que já estamos acostumados, é característica básica dos negócios disruptivos.

Sofia Ranchordás[141] traz boas contribuições ao debate sobre os desafios na busca do equilíbrio para situações que envolvam inovação, direito e estratégias regulatórias. Afirma serem inegáveis os benefícios e vantagens de cunho econômico e social, proporcionados pela inovação, para o desenvolvimento da sociedade, seja *melhorando a qualidade de vida* ou promovendo *diversidade, qualidade e segurança aos produtos e serviços disponibilizados nos mercados*[142].

Por isso, ainda que haja interesse do Estado em fomentar ambientes propícios ao desenvolvimento de iniciativas inovadoras, o desconhecimento sobre como surgem e se desenvolvem as inovações dificulta a elaboração do arcabouço normativo para esses fins[143].

Ranchordás explica que o conceito de inovação é amplo e varia de acordo com certo contexto ou campo de observação. No Direito, é normalmente associado a *algo significativamente novo*. Na perspectiva social, pode ser entendido como *a concepção e implementação de formas criativas de atender às necessidades sociais*, como redução da pobreza ou descriminação, por exemplo. A definição adotada pela autora classifica inovação como o sucesso na transformação de novas ideias em

[141] RANCHORDÁS, S. Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 2015. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol16/iss1/9

[142] Ranchordás ilustra a importância da inovação como objetivo econômico e social dos países com a informação de que o estímulo à inovação já está incluído no rol de prioridades estratégicas de desenvolvimento da Europa para os próximos anos. Ibid., p. 425.

[143] Ibid., p. 426.

resultados comerciais ou sociais pelo emprego de novos processos, produtos ou serviços[144]:

> For the purposes of this Article, innovation is defined as "the ability to take new ideas and translate them into commercial [or effective social] outcomes by using new processes, products, or services . . . ." Innovation is more than an idea or a novelty; it must be the first successful concretization of an idea in the marketplace or in society.

Tradicionalmente a regulação é vista como um entrave à inovação, muitas vezes por características inerentes ao próprio direito[145]:

> Regulation has been traditionally thought of as an obstacle to innovation and creativity: the law is about routine and regulation, defining boundaries and standardizing procedures, here as innovation emerges from freedom, room for new ideas, and openness to diversity. (Grifo nosso).

No caso do Brasil é possível mencionar, ainda, o excesso de burocracia e a rigidez e verticalidade das normas como fatores de desestímulo aos inovadores.

A autora afirma que a intervenção estatal pode provocar três tipos de resultados sobre a inovação[146]: não produzir efeitos diretos; estimular seu desenvolvimento; ou dificultá-la. A ausência de regras também produz conseqüências indesejadas, por permitir o choque entre inovação e outros valores relevantes para a sociedade. Cite-se como exemplo possível oposição entre inovação e direito à privacidade e defesa do consumidor.

---

[144] RANCHORDÁS, S. Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 2015. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol16/iss1/9. p. 427- 428.

[145] Ibid., p. 438-439.

[146] Segundo Ranchordás: "First, **regulation can hinder innovation by placing excessive burdens on entrepreneurs**.176 **This is the case of licenses on industries or entry requirements or by forbidding, often on a precautionary** basis, the production of new products due to their potential risks. **Innovation can also be frustrated by the very same laws that are aimed to promote it**. Second, law and **regulation may facilitate the introduction of innovations in the market**, notably **by waiving requirements or the observance of standards, granting exemptions, or authorizing companies to develop novel activities** and projects **on a temporary or permanent basis.** Third, regulation **can have no direct effect on innovation** and only accidentally foster it, since innovation might simply emerge serendipitously." (Grifo nosso). RANCHORDÁS, S. Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 2015. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol16/iss1/9. p. 441.

Aspectos como a velocidade entre o surgimento, desenvolvimento, e popularização de uma inovação, sua complexidade, incertezas, e falta de informações prévias sobre os prováveis efeitos diretos e colaterais no o meio em que se insere, são alguns dos desafios da inovação para o trabalho dos operadores do Direito na elaboração de políticas públicas e normas regulatórias que permitam a convivência equilibrada entre o estímulo às inovações e o respeito às regras e princípios regentes de um ordenamento jurídico[147].

Refletindo sobre esses desafios, e destacando a incerteza, complexidade e transitoriedade com bons pontos de partida para a abordagem da inovação sobre a perspectiva do direito, Ranchordás faz algumas observações e propostas que podem ser aproveitadas pelos reguladores quando postos frente a frente com situações complexas, como a regulação da Uber.

A incerteza é uma característica da inovação, que remete a indeterminação e imprevisibilidade de efeitos e resultados, e pode ser considerada tanto do ponto de vista interno quanto externo da inovação. Ou seja, no caso da Uber, de início, certamente seus fundadores se questionavam se a ideia daria certo, se o sistema que criaram funcionaria como esperado, ou se o negócio atrairia o interesse das pessoas. Ao mesmo tempo, após o surgimento do negócio, depararam-se com questões como necessidade de regulação, vantagens e desvantagens geradas pela plataforma e suas conseqüências jurídicas.

Todos esses questionamentos são pesados por indivíduos e empresas para decidir até que ponto é vantajoso ou não inovar. Se os agentes reguladores não possuem regras claras preestabelecidas, ou demoram muito para se pronunciar quando instados, todos os envolvidos pagarão um preço alto.

Para as empresas, não saber se seu produto ou serviço será autorizado, ou qual será a regulação incidente, é motivo de desestímulo ao investimento em inovação, o que reflete em retardo no desenvolvimento econômico de maneira geral.

[147] Ibid., p. 437 - 438.

Já para os consumidores e usuários, o atraso na resposta regulatória significa incerteza sobre a existência de garantias mínimas para o uso desses produtos e serviços, como qualidade e segurança[148].

Na prática, a inovação pode surgir de diversas fontes e assumir diferentes formas. Para Ranchordás, *pode ser um processo, resultado, produto, serviço, tecnologia* ou uma nova prática social. A inovação pode ser definida, portanto, como um fenômeno complexo, sobre o qual, frequentemente, nos falta compreensão exata dos seus efeitos e resultados.

A intervenção estatal, desprovida do entendimento necessário sobre as complexidades inerentes a certo tipo de inovação, resulta na criação de regras e políticas que a inibem ou oferecem soluções dispendiosas e incorretas[149]:

> In some cases, governments try to promote innovation without first understanding what it truly implies, which can result in the enactment of laws that place too many burdens on innovators, stifling innovation instead of stimulating it. In other cases, the lack of knowledge as to what the innovation process entails can be visible in the development of innovation policies that are costly but incorrectly targeted.

De fato, a regulação da Uber no Brasil valida parte do argumento de Ranchordás. A ausência de aprofundamento no debate legislativo, até que fosse alcançado entendimento adequado e suficiente sobre o tema, além de quase ter provocado a proibição do negócio, inibindo a inovação, entregou resposta regulatória superficial e incompleta à sociedade, que não abrange todas as variáveis de interesse relacionadas ao funcionamento dos aplicativos de transporte.

Para a autora – em consonância com o argumento defendido neste estudo – uma boa saída é o uso de princípios como normas norteadoras para abordar fenômenos complexos[150]. Outra sugestão é que o regulador combine instrumentos

[148] RANCHORDÁS, S. Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 2015. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol16/iss1/9 p. 446- 447.
[149] Ibid. p. 444.
[150] "John Braithwaite argues that complex phenomena should be regulated by principles instead of rules, which may be more adequate for simple realities." RANCHORDÁS, S. Does sharing mean caring?

regulatórios dos mais variados, para auxiliar no estabelecimento de estratégias regulatórias[151] que tenham amplo alcance sobre as diferentes formas de inovação[152]. Dessa forma, quanto mais soluções disponíveis, seja por meio de *hard ou soft regulation*, regulação pública, privada ou híbrida, mais eficiente será a resposta conferida ao caso concreto.

Por fim, a transitoriedade é outra característica importante da inovação. Em analogia, Ranchordás explica que, para o Direito, tentar regular a inovação é o mesmo do que seguir um camaleão, pela impossibilidade de acompanhar a rapidez com que a segunda caminha. Para lidar com esse problema, o direito regulatório deve adotar flexibilidade e experimentação como balizas.

Flexibilidade e experimentação permitem que o agente regulador adquira informações necessárias para rever e adaptar as estruturas de suas políticas e normas conforme as transformações provocadas pela inovação demandarem.

Ranchordás acredita que a abordagem regulatória experimental é um meio de otimizar a intervenção estatal nas atividades econômicas. Essa abordagem permite que o Estado divida o processo regulatório em várias etapas, que sirvam como laboratórios de observação sobre a eficácia ou ineficácia da interação entre as "regras temporárias" aplicadas e as inovações que pretendem regular[153].

A proposta dessa estratégia regulatória é que as regras criadas não sejam imutáveis, e sim dinâmicas, capazes de serem revistas e reavaliadas ao final de cada etapa do "experimento", quando o regulador terá reunido mais informações e aprendido mais sobre os efeitos positivos, negativos ou neutros da regulação. Assim,

---

Regulating innovation in the sharing economy. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 2015. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol16/iss1/9 . p. 448.

[151] Ranchordás sugere para que em cada caso o regulador crie a combinação necessária para satisfazer a necessidade de adequar seus instrumentos a uma resposta regulatória eficiente para a inovação: In addition, the regulation of innovation may be hard or soft; technology- or information-forcing or adaptable public, private, or hybrid. Ibid., p. 448.

[152] Ibid. , p.447-449.

[153] Ibid. p. 450.

poderá adaptá-la para que produza resultados mais satisfatórios e adequados ao caso concreto.

Pensando na experiência brasileira, as propostas da autora, principalmente sobre a abordagem experimental na regulação de empresas como a Uber, poderia trazer benefícios maiores do que os resultados até agora obtidos. A adoção dessa estratégia traria vantagens na medida em que o Estado poderia entregar resposta regulatória inicial rápida, apaziguando conflitos entre os grupos interessados na sua manifestação. Paralelamente, disporia de mais tempo para aprender sobre o objeto da regulação, podendo criar regras que, para além da imposição de condições e regras para motoristas dos aplicativos, abrangesse outras questões e problemas relevantes para a atuação desse tipo de empresa no mercado brasileiro, como os já citados aqui.

5 CONCLUSÃO

Ao longo desta monografia, buscou-se relacionar uma série de dados teóricos e práticos sobre a relação entre inovação, principalmente quando representada sob a forma de novas tecnologias, e direito, com enfoque no campo da regulação, para tentar analisar os êxitos, falhas e limites do direito regulatório brasileiro ao lidar com atividades econômicas caracterizadas por alto grau de inovação. Para viabilizar a análise, foi eleita, como objeto de estudo, a atuação da Uber, e suas congêneres, no mercado de transporte de passageiros do país e o exame da resposta regulatória construída pelo parlamento nacional.

Compreender as variáveis e o contexto histórico, econômico e social que propiciaram o surgimento de iniciativas como a Uber, exigiu apresentação de dois cenários prévios: o primeiro sobre os avanços e impactos do desenvolvimento tecnológico das últimas décadas; o segundo sobre a definição e características da economia do compartilhamento.

A partir das lições de Castells, Rifikin e Christensen, foi possível compreender a função cada vez mais central da tecnologia na sociedade contemporânea. Os últimos séculos foram marcados pela superação do paradigma

industrial e pelo estabelecimento do paradigma tecnológico. No contexto social e econômico, a popularização de ferramentas tecnológicas anteriormente restritas, como a internet, contribuíram para a criação da economia de redes, e transformações no padrão de consumo. Para boa parcela de indivíduos, usufruir do acesso a bens e serviços já tem substituído as vantagens, e, principalmente, os ônus, de ser proprietário. Nos mercados, foi visto que, a inovação tecnológica pode, inclusive, desestabilizar atores tradicionais de um setor e impulsionar o domínio de novos agentes.

A associação de tais características à criatividade individual e ao contexto da crise financeira global, eclodida no ano de 2008, fomentaram as condições ideais para a mudança de hábitos e práticas sociais que culminaram no surgimento da economia do compartilhamento. No século XXI os indivíduos desenvolvem, sob diversas atividades e formas distintas, o compartilhamento de bens ociosos, com fins solidários ou lucrativos, sem intermediação direta de terceiros e através de plataformas digitais.

A Uber é, atualmente, um dos exemplos mais populares de atividades originada das premissas da economia do compartilhamento. A inovação, tanto conceitual, quanto tecnológica, provocada pela empresa, provocou grandes impactos no setor de transporte privado de passageiros, incluindo sua disrupção. Para os consumidores a Uber se tornou sinônimo de mais qualidade no serviço, enquanto para os motoristas representa fonte de complementação de renda, maior autonomia e flexibilidade de trabalho. No entanto, nem todos ficaram felizes com a chegada da novidade. Taxistas de todos os países, tradicionais detentores do monopólio desse setor de transportes, questionam legitimidade e legalidade das novas concorrentes.

Após apresentadas as principais características e peculiaridades do objeto de estudo, e evidenciada a necessidade de manifestação do direito para apaziguar os confrontos e dúvidas dos agentes no setor de transporte de passageiros no Brasil, a pesquisa voltou-se para os marcos teóricos da regulação.

Inicialmente, foram expostas as premissas do neoconstitucionalismo, apontado como técnica hermenêutica moderna e eficaz para a interpretação dos princípios constitucionais que orientam a ordem econômica e suas atividades. A ideia principal neste ponto do trabalho foi esclarecer as vantagens da adoção de institutos como a força normativa dos princípios, ponderação e interpretação de cláusulas abertas, para identificar a vontade constitucional, mesmo diante de contínuas e ininterruptas mutações da realidade fática, frutos do desenvolvimento social. Simultaneamente, foi demonstrado como tal interpretação permite observar a adequação da atividade da Uber às diretrizes constitucionais fixadas no Título VII, Capítulo I, da Constituição Federal de 1988.

Concluindo as considerações teóricas, foram discutidas as limitações e desvantagens do mercado em promover sua auto-regulação e a evolução do papel do Estado como agente interventor na economia. Ademais, ponderou-se sobre a atual concepção do direito regulatório como instrumento de orientação da dinâmica econômica, e promotor do equilíbrio entre a autonomia dos agentes econômicos e os interesses e garantias sociais. Por fim, foram expostas classificações e categorias de relevância para o tema da regulação, balizas para a limitação da regulação estatal, e os principais desafios regulatórios da Uber.

Iniciando o estudo de caso, a partir das premissas teóricas estabelecidas, buscou-se, analisar como foi conduzida a regulação da Uber no Brasil. A reflexão sobre a regulação das atividades da Uber, e demais plataformas digitais de transporte de passageiros, parecia conduzir para a confirmação da hipótese de pesquisa.

No Brasil, a regulação da Uber ocorreu através de edição de norma pelo Congresso Nacional. A Lei nº 13.640, que alterou a Política Nacional de Mobilidade Urbana para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros, apesar de, na prática, ter legalizado a atuação de empresas como a Uber, supostamente por reconhecer as vantagens delas decorrentes para o mercado e para os atores envolvidos, parece não ter sido fruto de debate aprofundado.

Com efeito, a análise dos bastidores do processo legislativo levou a conclusão de que a regulação da matéria pelos parlamentares parece ter sido mais decorrente da influência de grupos de pressão – de taxistas e plataformas digitais de transporte de passageiros – que do debate aprofundado sobre a matéria. O *lobby* desses grupos fez com que a resposta regulatória sobre atuação das empresas de aplicativos para transporte de passageiros se concentrasse mais em regras e pressupostos para o exercício da atividade por motoristas não profissionais, do que em outros aspectos relevantes, e preocupantes, da atividade.

O debate mais interessado, rico e cuidadoso sobre o tema teria permitido aos legisladores a elaboração de normas regulatórias mais eficazes. Se compreendessem melhor o funcionamento desse modelo de negócio, seus riscos e excessos, como questões relacionadas à responsabilidade civil das empresas, a privacidade de informações pessoais dos usuários dos aplicativos, e práticas discriminatórias dos usuários, a regulação implementada no país poderia ter tido caráter mais abrangente, e produzido resultados socialmente mais desejáveis para todos os envolvidos.

O último tema mencionado no trabalho trata das contribuições da autora Sofia Ranchordás para a regulação da inovação e alguns de seus efeitos. Ao considerar como características básicas da inovação a complexidade, incerteza a transitoriedade, a autora explica como a abordagem regulatória pode contribuir para o estímulo ou inibição de iniciativas que envolvam alto grau de inovação.

A autora sugere que a utilização da abordagem regulatória experimental seria uma boa saída para reguladores, quando confrontados com a necessidade de disciplinar atividades inovadoras, cujas características, funcionamento e efeitos sobre o mercado e participantes são de difícil constatação prévia.

Essa abordagem permite que o regulador faça “experimentações”, aplique regras em caráter temporário, compreenda o objeto de regulação, e possa, a partir do seu aprendizado sobre a dinâmica da atividade, adaptar os instrumentos regulatórios empregados, otimizando, ao final, os efeitos da regulação definitiva.

A perspectiva apresentada por Ranchordás permitiu concluir, ao contrário do que se esperava, que não faltam, ao direito regulatório brasileiro, instrumentos suficientes para lidar com atividades inovadoras, como a Uber e outras representantes da economia do compartilhamento. Na verdade, o olhar, os instrumentos utilizados e a abordagem do direito regulatório sobre certa matéria é que determinará o sucesso ou deficiência das medidas implementadas pelo regulador no caso concreto.

A estratégia regulatória adotada, certamente, deve considerar a posição e os argumentos dos agentes envolvidos na atividade ou setor a ser regulado. Contudo, quando se trata de inovação, é indispensável que a intervenção estatal busque, primordialmente, compreender o objeto da regulação e estudar os possíveis efeitos de suas medidas, antes de estabelecê-las de forma definitiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis*: revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: < http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>. Acesso em: 2 dez. 2017.

BENKLER, Yochai. Sharing nicely: On shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production. *Yale Law Journal*, v. 114, n. 2, p. 273 - 358, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOND, Andrew T. An app for that: local governments and the rise of the sharing economy. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame. v. 90, n. 2, p. 77-96. 2015.

Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr_online/vol90/iss2/3>. Acesso em: 6 jan. 2018.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. *O que é meu é seu*: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Porto Alegre: Bookman, 2011.

BOWER, J. e CHRISTENSEN, C., Disruptive Technologies: Catching the Wave, *Harvard Business Review*, p. 43-53, jan/fev. 1995. Disponível em: <file:///C:/Users/PC/Downloads/Bower%20Christensen%20-%201995%20-%20Disruptive%20Technologie%20Catching%20the%20Wave.pdf>. Acesso em 8 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BRASIL. *Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 23 out 2017.

BRASIL. *Lei no 12.587, de 3 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13640.htm>. Acesso em: 29 març. 2018.

BRASIL.Câmara dos Deputado. *Projeto de Lei nº 5.587, de 15 de junho de 2016*. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EC28A62E4687517BEBDA4A43B465DFA8.proposicoesWebExterno2?codteor=1468253&filename=Tramitacao-PL+5587/2016>. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL.Câmara dos Deputado. *Projeto de Lei nº 5.587, de 15 de junho de 2016: redação final*. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EC28A62E4687517BEBDA4A43B465DFA8.proposicoesWebExterno2?codteor=1642597&filename=Tramitacao-PL+5587/2016>. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 28, de 5 de abril de 2017*. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7253770&disposition=inline>. Acesso em: 17 fev. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 39/2017/DEE/CADE. Brasília, 2017. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOga6sYPx-zVdZE9mniP_nGN9ZYEOAjLUQraO13nEdXPegV54qhH9WdPt2xe1DgYIwoJc5h7mBbQioCCvAyDWHy>. Acesso em: 3 jan. 2018.

CALO, Ryan. E ROSENBLAT, Alex, The taking economy: Uber, information, and power. *Columbia Law Review*, v. 117, n. 6, p.1623-1648. 2017. Disponível em: <http://columbialawreview.org/content/the-taking-economy-uber-information-and-power/>. Acesso em: 29 nov. 2017.

CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela. Confiança, reputação e redes: uma nova lógica econômica? In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A. F (Org.). *Economias do compartilhamento*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 41- 57.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação, Economia, Sociedade e Cultura.* v. 1. O Poder da Identidade. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; e MCDONALD, Rory. What is Disruptive Innovation? *Harvard Business Review*, 2015. Disponível em: https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation. Acesso em: 12 nov. 2017.

ESTEVES, L. A. *O Mercado de Transporte Individual de Passageiros:* Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Documento de Trabalho do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, v. 1, n. 1, p. 5 – 49, 2015a.

FARHAT, Saïd. *Lobby*: o que é: como se faz: ética e transparência na representação junto a governos. São Paulo: Peirópolis, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; FERREIRA, Marina Baird, ANJOS, Margarida dos. (Coord). 4 ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FRAZÃO, Ana. *Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas*: a compreensão dos referidos fenômenos e suas consequências sobre a regulação jurídica. Disponível em: https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economia-do-compartilhamento-e-tecnologias-disruptivas-14062017. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A. F (Org.). *Economias do compartilhamento*. Curitiba: Juruá, 2017.

LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A.F (Org.). *Economias do compartilhamento.* Curitiba: Juruá, 2017. p. 59-77.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação Estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador. n.4, p. 1-21. nov./dez. 2006. Disponível em: < https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano_azevedo.pdf >. Acesso em: 11 fev. 2018.

MACHADO; José Mauro Decoussau, e MENEGUETTI; Pamela Gabrielle. A responsabilidade dos intermediários na economia do compartilhamento. In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A.F (Org.). *Economias do compartilhamento.* Curitiba: Juruá, 2017. p. 199-216.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil.* 2004. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004.

PRICEWATERHOUSE COOPERS. *The sharing economy: consumer intelligence series.* 2015. Disponível em: <https://www.pwc.com/us/en/advisory-services/publications/consumer-intelligence-series/sharing-economy.html > Acesso em: 10 dez. 2017.

RANCHORDÁS, S. Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1356&context=mjlst>. Acesso em: 03 out. 2017.

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso*. São Paulo: Makron Books, 2001.

SCHOR, Juliet B. *Debating the Sharing Economy*. A Great Transition Initiative Essay, Out. 2014. Disponível em <http://greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>. Acesso em: 27 out. 2017.

SPITZCOVSKY. Celso. Princípios do Direito Administrativo Econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Coord). *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 34-80.

SUNDARARAJAN, Arun. *Peer-to-peer businesses and the sharing (collaborative) economy*: Overview, economic effects and regulatory issues. Jan. 2014. Disponível em: <http://smallbusiness.house.gov/uploadedfiles/1-15-2014_revised_sundararajan_testimony.pdf>. Acesso em: 28 out. 2017.

SUNDARARAJAN, Arun. Self-regulation and innovation in the peer-to-peer sharing economy. *University of Chicago Law Review Online*: v. 82, p. 116-133. 2017. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev_online/vol82/iss1/8>. Acesso em: 27 out. 2017.

VARIAN. Hal. *Microeconomia: Princípios básicos. Uma abordagem moderna.* 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ZANATTA, R. Economias do compartilhamento*:* superando um problema conceitual. In: ZANATTA, R.; DE PAULA, P.; KIRA, B. (Orgs.). *Economias* do Compartilhamento e o Direito. Curitiba: Juruá, 2017. p. 79-106.

A LEI Nº 12.694/2012 E SUA RELAÇÃO COM A FIGURA DO JUIZ SEM ROSTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS

Sara Maria Dias Rocha Fiorillo

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto central um estudo acerca da Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que visa estabelecer mecanismos de proteção aos magistrados e membros do Poder Judiciário, e dispõe acerca da formação de um órgão colegiado em primeiro grau, para o julgamento de crimes cometidos por organizações criminosas. A Lei é comparada rotineiramente com o instituto do "Juiz Sem Rosto", pois, além de trazer alterações no curso do processo penal nos casos de julgamentos de crimes cometidos por organizações criminosas, autoriza a adoção de medidas de segurança nos prédios da Justiça, em especial, criminal. Com isso, será exposta uma análise de direito comparado acerca do instituto do Juiz Sem Rosto ao qual o colegiado é associado, e acerca da observância a princípios constitucionais e processuais penais, sempre em face ao colegiado instituído. Ainda, será realizada uma análise de um artigo específico da referida Lei, que permite, em síntese, a supressão do voto divergente parte do colegiado, para garantir a eficácia na proteção dos magistrados. Ao fim, verifica-se que a Lei Brasileira não deve ser comparada à figura do Juiz Sem Rosto por possuírem características totalmente diferentes, principalmente no tocante ao anonimato. A Lei observa em todos os aspectos o princípio processual da identidade física do juiz, e ainda o princípio do juiz natural, e quanto ao princípio da publicidade e da ampla defesa, afirma-se que a Lei deixa de notar, visto que, a supressão do voto divergente do colegiado é causa que impede a idealização de uma defesa plena e eficaz, prejudica a defesa técnica do réu principalmente em grau recursal, quando se busca reforma de sentença, por exemplo. Dado isso, o último capítulo será dedicado a análise a respeito da aplicação da lei na prática, com dados de aplicação obtidos junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, além de entrevistas semiestruturadas realizadas com magistrados que participaram de colegiado

instituído nos moldes da Lei. A partir de então, será possível auferir a aplicação da Lei em relação aos princípios abordados ao longo do trabalho e ainda realizar uma análise acerca do desuso do instituto nela previsto.

Palavras-chave: Juiz sem rosto. Lei nº 12.694/2012. Princípios. Aplicação.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.694/2012 possibilitou a formação de um colegiado em primeiro grau de jurisdição para o julgamento de crimes praticados no âmbito de organizações criminosas com o intuito de oferecer maior proteção à integridade física dos magistrados que julgam estes processos, tendo em vista o crescente aumento de violência praticada contra estes agentes do estado. Além disso a Lei também trouxe outras formas de garantir mais segurança aos magistrados que, porém, são vistas como medidas administrativas e não judiciais, tendo em vista que se referem à segurança dos prédios da Justiça.

O colegiado instituído nos moldes da referida Lei, vem sendo comparado com o instituto do "Juiz Sem Rosto" já encontrado na legislação de outros países, de forma que aqui serão abordadas suas semelhanças e/ou diferenciações em uma pesquisa de direito comparado com os países da Colômbia, Peru, Itália e França, sendo que ao fim poderão ser observadas suas diferenças e notado que esta comparação é um tanto quanto errônea.

Feito isto, o presente trabalho será continuado com a alusão a possíveis ofensas a princípios processuais e constitucionais que a formação do colegiado e suas decisões poderiam ensejar. Para tanto, serão conceituados e relacionados com a Lei em si, os princípios do Juiz Natural, Identidade Física do Juiz, Publicidade e Ampla Defesa, tendo em vista que se relacionam facilmente com o objeto proposto pela Lei. A partir de tal estudo será possível auferir que a Lei infringe os princípios da Publicidade e consequentemente da Ampla Defesa, o que não acontece com os princípios do Juiz Natural e da Identidade Física do Juiz, por motivos que serão postos ao longo do segundo capítulo.

O terceiro e último capítulo será dedicado a análise acerca da aplicação prática da Lei. Para tanto será realizada uma pesquisa de dados estatísticos junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando será possível identificar a quantidade de casos em que houve a aplicação da Lei, e consequente formação do órgão colegiado em primeiro grau de jurisdição. Este capítulo ainda contará com um diálogo realizado com magistrados que participaram de colegiado nos moldes trazidos pela Lei, onde será possível auferir como vem sendo utilizado este instituto, de forma que será possível trazer o ponto de vista daqueles que são os protagonistas do instituto previsto na Lei.

De posse destas informações, o presente será finalizado com uma análise relacional dos dados obtidos junto aos Tribunais e magistrados em confronto com a pesquisa realizada no segundo capítulo acerca dos princípios do direito a serem aplicados, além de que, será posta uma análise quanto a quase que inutilização do instituto de proteção aos magistrados trazido pela Lei nº 12.694/2012 e seu porquê.

2 A LEI Nº 12.694/2012 E O JUIZ SEM ROSTO

O presente estudo será iniciado a partir de uma explanação conceitual a respeito da Lei nº 12.694 de 2012, que visa trazer uma maior proteção à integridade física dos magistrados atuantes em varas criminais e em processos que tenham como objeto a investigação de crimes praticados por organizações criminosas. A Lei foi sancionada após uma proposição advinda de uma associação de juízes que visava instituir processos de melhoria em relação à segurança destes, em razão de diversos tipos de violência que vinham sofrendo e que se notavam cada vez mais presentes. Ainda nesse passo, verifica-se que a Lei foi sancionada a partir de um momento de grande repercussão midiática social a respeito das inseguranças sofridas pelos magistrados (JOSÉ, 2013).

Com isso, a lei normatizou uma série de medidas de segurança e proteção aos magistrados, como a permissão de controle de acesso e instalação de câmeras de vigilância e detectores de metais nos prédios da justiça, além de autorizar a fixação

de placas especiais nos veículos utilizados pelos magistrados ameaçados por organizações criminosas. No entanto, a mudança mais significativa trazida pela lei é a permissão para a instauração de um órgão colegiado em primeiro grau de jurisdição para a tomada de diversas decisões no âmbito do processo. Tal colegiado é comparado à figura do Juiz Sem Rosto, fenômeno instituído em alguns países com a mesma finalidade da Lei brasileira.

Esta figura será apreciada em comparação com as experiências de países como Colômbia, Peru, França e Itália. Abordar-se-á, neste tocante, os fundamentos e conceitos primordiais contidos no modelo exercido por cada país, de forma a propiciar uma devida comparação com o colegiado permitido pela legislação brasileira.

Ao fim deste capítulo, de posse da devida conceituação a respeito dos avanços trazidos pela lei, será possível concluir que não se trata da mesma figura intitulada como 'Juiz sem rosto', e que portanto, se trata de errônea comparação popularmente empregada, pois, apesar de ter sido sancionada em um momento de grande clamor social, a legislação brasileira não permite a supressão da identificação dos magistrados, característica primordial da figura do juiz sem rosto estabelecida em outros países.

2.1 Conceitos Fundamentais

A partir da formação de uma Comissão de Segurança dos Magistrados pela entidade de classe de representação AJUFE, Associação dos Juízes Federais do Brasil, com intuito de conferir maior segurança aos juízes federais, foi apresentada à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, a sugestão de nº 258/2006. A Comissão constituída pela AJUFE concluiu, em um trabalho desenvolvido com a participação de mais de 1.400 associados, que válida e oportuna seria a formação de um órgão colegiado em primeiro grau de jurisdição para o processamento de crimes cometidos por organizações criminosas (AJUFE, 2006).

Tal sugestão foi fundamentada na forma de que este colegiado além de não atentar contra os direitos individuais do acusado, diminuiria substancialmente o risco de retaliações contra o juiz individual. Além disso, a sugestão conta com a imposição de medidas de reforço na segurança dos prédios da Justiça Federal e meios de arresto de bens apreendidos das organizações criminosas, como meio de enfraquecimento da organização criminosa (AJUFE, 2006).

Com o recebimento da sugestão pela Câmara dos Deputados, deu-se então, a criação do projeto de lei nº 2.057 do ano de 2007 pela Comissão de Legislação Participativa (BRASIL, 2007). No projeto, a ideia da formação do colegiado se limitava à jurisdição da Justiça Federal, assim como na sugestão apresentada pela Associação dos Juízes Federais; no entanto, após tramitação no Congresso, o texto que restringia a aplicação da norma aos Juízes Federais foi suprimido, de forma a estender tal prerrogativa a todos os Juízes em primeiro grau de jurisdição. Outra alteração significativa foi a inclusão de um conceito legal para o que se denominava organização criminosa, o que até então não era tipificado pela legislação brasileira (BRASIL, 2007).

Observa-se que apesar da tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional dar-se desde o ano de 2007, apenas em 2012, cinco anos depois, fora decretada e sancionada a lei, pela então Presidenta da República Dilma Rousseff. À época, os noticiários de nível nacional retratavam o assassinato da juíza Patrícia Acioli. A juíza vinha sendo ameaçada constantemente, porque atuava em processos que envolviam organizações criminosas perigosas (CNJ, 2011). As investigações apontaram que Patrícia estava marcada para morrer, tinha fama de “durona” e já havia condenado mais de 60 policiais ligados a milícias e outros grupos, utilizando durante um tempo a segurança oferecida pelo Tribunal; que no entanto, dispensou-a por acreditar que esta interferia diretamente em sua liberdade (LAURIANO, 2011).

Inúmeras críticas são empregadas ao chamado direito penal de emergência, àquele que surge a partir de uma lógica motivada pela globalização e disseminação de informação a partir de um posicionamento único e controlador da sociedade, que

absorve ideias e as tornam verdades absolutas. Nota-se este fato quando um crime tem grande repercussão em meios de comunicação de fácil acesso, e a partir da divulgação manipulada deste, a sociedade passa a usufruir do sentimento de ameaça e desproteção, acarretando no direito penal de emergência, quando um fato isolado depreende um posicionamento emergencial por parte do Poder Legislativo (JOSÉ, 2013).

Considerando-se o seu contexto de discussão no Parlamento, a Lei pode ser considerada típica Lei Penal de Emergência, que surge em meio a um clamor social e/ou midiático e sentimento generalizado de insegurança ou pânico. A apelidada Lei dos "Juízes Sem Rosto" abriu um enorme espaço para discussões doutrinárias em seu conteúdo, tendo em vista que o estado de obrigação que o legislador se coloca ao atendimento dos desígnios da sociedade, se mostra ineficaz diante do ponto de vista de um Estado Democrático de Direito (JOSÉ, 2013)

No entanto, compreende-se que as decisões tomadas pelo magistrado no âmbito de um processo podem ser influenciadas por diversos fatores sociais, morais, entre outros. A finalidade de preservação da vida, da integridade física, dos juízes e seus familiares pode gerar uma enorme influência em suas decisões no processo, impedindo um julgamento objetivo e justo (OLIVEIRA, 2013).

Com efeito, a principal maneira de depreender uma maior segurança a integridade física do magistrado natural do processo, trazida pela lei, é a inovação do instituto do Órgão Colegiado em primeiro grau de jurisdição, descrita logo no art. 1º, abaixo transcrito (BRASIL, 2012):

> Art. 1º Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente:
>
> I - decretação de prisão ou de medidas assecuratórias;
>
> II - concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão;
>
> III - sentença;

> IV - progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena;
>
> V - concessão de liberdade condicional;
>
> VI - transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e
>
> VII - inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.
>
> § 1º O juiz poderá instaurar o colegiado, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento ao órgão correicional.
>
> § 2º O colegiado será formado pelo juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição.
>
> § 3º A competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado.
>
> § 4º As reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial.
>
> § 5º A reunião do colegiado composto por juízes domiciliados em cidades diversas poderá ser feita pela via eletrônica.
>
> § 6º As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro.
>
> § 7º Os tribunais, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento (BRASIL, 2012).

A lei estabelece limites para a instituição do colegiado, isto é, somente poderá ser instituído diante de "associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional" (Art. 2º) (BRASIL, 2012). Tal conceituação fora posteriormente abarcada por uma lei de maior alcance, a Lei nº 12.850/2013, que traz no art.1º um conceito pouco diferente de organizações criminosas, que porém, entende-se que deve ser utilizado também para a legislação em comento, já que

causa um conflito com a definição de um mesmo instituto, aplicando-se a eficácia revogatória ao conceito supramencionado (OLIVEIRA, 2014).

Ainda neste tocante, entende-se ser necessária a existência de um processo judicial para a formação do colegiado em primeiro grau, atrelando-se a fase processual e de execução penal, afastando a fase do inquérito policial. A lei possibilita esta interpretação, pois, estabelece de forma expressa no art. 1º, caput, o processo ou procedimento, ainda afirmando, ao fim, a pratica de atos processuais, e não procedimentos investigatórios, como o inquérito policial, bem como, entende-se como exemplificativo o rol do art. 1º, que deixa bem clara a faculdade do juiz na instauração do colegiado para a prática de qualquer ato no processo (OLIVEIRA, 2014).

Com isso, o colegiado será instaurado pelo juiz natural da causa, de forma fundamentada, ao entender que a tomada de decisões ou atos naquele processo poderá expor sua integridade física a riscos. A decisão da formação do colegiado deve indicar os motivos e as circunstâncias geradoras do risco (BRASIL, 2012). Verifica-se aqui, um ponto importante. Isso porque o magistrado deverá atentar-se a linguagem que utilizará em sua decisão evitando o abuso de figuras linguísticas que possam caracterizar um prejulgamento para com os acusados, tornando-se suspeito. Além disso, apesar da lei ser silente, parecer ser razoável o entendimento de que o colegiado pode ser formado quando os familiares do magistrado estiverem em circunstâncias que evidenciem riscos à integridade física (CAVALCANTE, 2012).

A partir decisão de formação do colegiado, deve ser dado conhecimento ao órgão corregedor da instituição. Conforme leciona Eugênio Pacelli de Oliveira, não parece ser conveniente a interpretação literal do art.1º §1º, parte final, “da qual será dado conhecimento ao órgão correcional”, pois, fica intrínseco o desejo do legislador de que a decisão final acerca da instauração do colegiado seja de responsabilidade do Tribunal (segunda instância) ao qual o magistrado se encontra vinculado (OLIVEIRA, 2014). Porém, ainda cabe espaço para interpretação mais enxuta, a qual deduz-se que tal comunicação se dará apenas para fins administrativos, de

estatística e controle, pois a lei não cita competência da corregedoria para revisão da decisão de instauração do colegiado, e não se trata de questão disciplinar ou algo semelhante (CAVALCANTE, 2012).

A composição do colegiado será formada por mais dois juízes com competência criminal em primeira instância, escolhidos por meio de sorteio eletrônico, conforme art. 1º, §2º da Lei. A norma possibilita que o sorteio seja realizado não só entre os juízes da mesma comarca ou seção judiciária; acredita-se que o legislador considerou que existem comarcas em que não possuem três juízes de competência criminal atuando no primeiro grau de jurisdição, prevendo assim a possibilidade das reuniões do colegiado que houver em sua composição juízes domiciliados em cidades diversas, serem realizadas por via eletrônica (CAVALCANTE, 2012).

Uma vez instaurado o colegiado na esfera de certo processo, sua competência se limitará para o ato ao qual foi convocado, de forma que finda a sua finalidade, o processo segue com seu curso normal, somente com o juiz de natural, conforme o enunciado do art.1º §3º. Aqui pode ser vista uma certa prudência do legislador, que buscar evitar que sejam formados verdadeiros juízos de exceção (OLIVEIRA, 2014). No entanto, a lei não restringe a formação do colegiado para um único ato do processo, de forma que, pode ser instaurado para, por exemplo, a instrução e julgamento de determinado processo, utilizando dos três juízes para todo o curso do processo, desde que esta finalidade esteja expressa na decisão de sua instauração (CAVALCANTE, 2012).

Como regra, pode-se depreender que as reuniões das quais o colegiado utiliza para a tomada de decisões no processo sejam públicas, pois o art.1º, §4º permite a supressão de tal publicidade quando houver risco de prejuízo à eficácia da decisão judicial em questão, de forma excepcional (BRASIL, 2012).

Avançando na conceituação do referido diploma legal, um dos mais importantes pontos observados está situado no art.1º, §6º, “As decisões do

colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro" (BRASIL, 2012).

O parágrafo mencionado não constava na redação da proposta trazida à Câmara dos Deputados pela Associação do Juízes Federais (AJUFE), e foi apresentado pelo então senador José Sarney, à época presidente do Senado Federal, após tramitação naquela casa (BRASIL, 2007).

Certo é que a Constituição Federal de 1988 prevê a fundamentação em todas as decisões judiciais, o que também é previsto pelo parágrafo da lei em comento; no entanto, com a supressão do voto divergente do colegiado, o que se tem é a supressão de parte da decisão, tendo em vista que o voto divergente também integra a decisão em sua extensão. O colegiado e o acórdão são caracterizados exatamente pela pluralidade de julgadores, e com a supressão de parte desta decisão final, retira-se a parte da fundamentação que questionou a interpretação da maioria (OLIVEIRA, 2014)

A ideia inicial trazida pela alteração seria de que, suprimindo o voto divergente existiria um certo conforto para os magistrados quais em suas decisões contrariaram o interesse do réu, como o exemplo trazido por Márcio André Lopes Cavalcanti, em minuta de texto em que se analisa a instituição do colegiado trazido pela lei em comento: "se dois juízes votarem pela condenação e o terceiro magistrado pela absolvição, a decisão será publicada sem que seja mencionada essa divergência, a fim de preservar a segurança dos juízes que contrariaram os interesses do réu" (CAVALCANTE, 2012, P. 6). A divulgação de divergências na decisão judicial seguiria no sentido contrário do próprio objetivo principal da lei, seja a proteção dos magistrados, pois deixaria explícita a informação de quem votou contra os interesses do réu (CAVALCANTE, 2012). No entanto, verifica-se uma grande divergência acerca da interpretação deste parágrafo, que será abordada pontualmente no próximo capítulo, abarcando as diversas formas de entendimento doutrinário.

Embora seja vista como a mais importante inovação trazida pela referida Lei, a formação do colegiado de juízes não é a única. A lei também instituiu alterações no Código Penal, acrescentando no art. 91 os parágrafos 1º e 2º. O art. 91 do Código Penal trata dos efeitos da condenação, e a Lei n°12.694/2012 inseriu formas de confisco de bens ou de valores, quando o produto ou proveito do crime não for encontrado ou estiver no exterior, utilizando do confisco de bens ou de valores equivalentes a tal produto ou proveito. Isto porque parte-se do pressuposto de que os delitos cometidos por organizações criminosas geram lucros financeiros, que estão sujeitos aos efeitos da condenação (CAVALCANTE, 2012).

Além disso, a Lei nº12.694/2012 inclui o art. 144-A no Código de Processo Penal. Trata-se da alienação antecipada de bens, visando a preservação de seus valores econômicos. É certo que é medida indispensável para o combate às organizações criminosas em geral a indisponibilidade dos produtos, bens e valores auferidos por elas, dificultando a continuidade das atividades delituosas. Com a alteração trazida, após a tomada destes bens como medida assecuratória, poderá ser determinada a alienação antecipada daqueles bens que estiverem sujeitos a depreciação ou deterioração, ou ainda, quando houver dificuldade de manutenção, por meio de leilão preferencialmente eletrônico. A alteração incluída dispõe sobre o procedimento a ser cumprido para alienação (CAVALCANTE, 2012).

No entanto, apesar de trazer alterações importantes no Código Penal, e de Processo Penal, o principal objetivo da lei é mesmo a proteção aos serventuários do Poder Judiciário. Alguns mecanismos de segurança trazidos pela Lei parecem não ser muito significativos ou inovadores para os dias atuais, como a autorização para que os Tribunais possam proceder com a instalação de câmeras de vigilância, controle de acesso nos prédios da Justiça e instalação de detectores de metais, e outros são mais abrangentes, como a inclusão do § 7º, no art. 115 do Código de Trânsito Brasileiro, abaixo transcrita, permitindo a fixação de placas especiais nos veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e Ministério Público que

exerçam atribuição criminal, visando à preservação da identificação destes, (BRASIL, 2012):

> Art. 6º O art. 115 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:
>
> "Art. 115.
>
> § 7º Excepcionalmente, mediante autorização específica e fundamentada das respectivas corregedorias e com a devida comunicação aos órgãos de trânsito competentes, os veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que exerçam competência ou atribuição criminal poderão temporariamente ter placas especiais, de forma a impedir a identificação de seus usuários específicos, na forma de regulamento a ser emitido, conjuntamente, pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e pelo Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN." (NR) (BRASIL, 2012).

Ainda passa a permitir a utilização de armas de fogo pelos servidores da Justiça em exercício de função de segurança, visando segurança, somente podendo serem utilizadas quando em serviço, e em responsabilidade da respectiva Instituição responsável, como trazem os art. 7º e 8º, caput, abaixo transcritos (BRASIL, 2012):

> Art. 7o O art. 6o da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XI:
>
> "Art. 6o
>
> XI - os tribunais do Poder Judiciário descritos no art. 92 da Constituição Federal e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP." (NR)
>
> Art. 8o A Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7o-A:
>
> "Art. 7º-A. As armas de fogo utilizadas pelos servidores das instituições descritas no inciso XI do art. 6o serão de propriedade, responsabilidade e guarda das respectivas instituições, somente podendo ser utilizadas quando em serviço, devendo estas observar as condições de uso e de armazenagem estabelecidas pelo órgão competente, sendo o

> certificado de registro e a autorização de porte expedidos pela Polícia Federal em nome da instituição (BRASIL, 2012).

Diante disto, verifica-se a finalidade inequívoca da Lei em ofertar maior segurança aos magistrados e membros do Ministério Público. O crime organizado tem se mostrado um dos maiores problemas a ser enfrentado pelos Estados em todo o mundo, a estrutura articulada destas instituições vem colocando em prática ações de coação e ameaça a autoridades, juízes e membros do Ministério Público, de forma a tornar a resposta do Poder Judiciário fragilizada (BRASIL, 2007). A Lei nº 12.694/2012 vem como instrumento no combate das organizações criminosas de forma indireta, proporcionando maior segurança aos membros do Poder Judiciário, de forma que estes possam exercer suas funções plenamente.

2.2 Direito comparado: Juiz sem Rosto

A expansão da criminalidade, cerceada pela análise midiática que constitui forma de controle social, somada às influências sob as quais estão sujeitos os magistrados, gerando imparcialidade em suas decisões, são fatores que forçam o Estado à adoção de medidas de emergência, que tem como característica a maximização do direito penal e supressão garantias dos indivíduos (ROSA & CONOLLY, 2015) (OLIVEIRA, 2013).

Neste contexto, passaram a ser criados institutos com finalidade de atribuir uma resposta emergencial aos “clamores da sociedade”; como exemplo, a criação da figura a ser abordada neste capítulo, o “Juiz Sem Rosto”, o juiz anônimo, que não é identificado, e que vem sendo confundido com o colegiado de juízes instituído pela Lei nº 12.694/2012 no Brasil (ROSA & CONOLLY, 2015).

O juiz sem rosto, encontrado no direito comparado, fora assim intitulado pela sua característica de anonimato, ausência de identificação civil, cujo nome não é divulgado ou é desconhecido, pela situação de emergência e de excepcionalidade. Trata-se de um sistema no qual ao réu não é possível a identificação daquele que o julga (ANDREUCCI, 2012).

Sabe-se que o sistema do juiz sem rosto ou anônimo é conhecido mundialmente e já foi adotado por países como a Colômbia e o Peru, havendo discussão quanto a existência desta figura na França e Itália (ANDREUCCI, 2012) (MISAKA & ALONSO, 2012). O que todos têm em comum é a criação do instituto como forma de resposta ao crime organizado, que punha em risco a vida de magistrados, passando então a ser esta ferramenta de proteção, cada qual com suas características, que serão abordadas pontualmente no decorrer deste capítulo (ANDREUCCI, 2012) (MISAKA & ALONSO, 2012).

Entretanto, é possível concluir que a Lei nº 12.694 de 2012 não instituiu o perigoso sistema do juiz sem rosto no Brasil, conforme análise de direito comparado a seguir exposta; esta apenas permitiu a formação de um colegiado em primeiro grau de jurisdição para a prática de atos no processo, visando resguardar a integridade física dos magistrados atuantes em causas cujo objeto seja a investigação de crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas, quando estes entenderem ser necessário. Diferente da proposta exercida pelos países latinos supracitados, por exemplo. No Brasil, assim como na Bélgica e na França, existe apenas a formação de um colegiado de juízes que são conhecidos, tem seus nomes divulgados e assinaturas em atas ou sentenças, não restando espaço para o termo "juiz anônimo ou sem rosto" (JOSÉ, 2013).

2.3 Colômbia

Na Colômbia, a criação da figura do Juiz Sem Rosto se deu por meio do decreto nº 2700 de 1991, o Código de Procedimento Criminal, como uma forma desesperada de resposta ao crime organizado, que na década de oitenta ameaçava os magistrados, demostrando poder e liberdade (ROSA & CONOLLY, 2015). Pablo Escobar, narcotraficante poderoso, ostentava uma política de ameaças, o famoso "plata ou plomo?" – dinheiro ou chumbo – quando, juízes ao se negarem a aceitar valores de propina em troca de sentenças favoráveis aos membros da organização criminosa liderada por Escobar, eram executados sem a menor chance de defesa,

sendo esta uma presente forma de ameaça principalmente aos magistrados, bem como policiais, políticos, jornalistas (BENGOCHEA, 2010).

Neste tocante, e sob a liderança do narcotraficante Pablo Emilio Escobar Gaviria, membros da facção denominada M19 invadiram o Palácio da Justiça de Bogotá e assassinaram cerca de 11 magistrados, entre eles o presidente da Corte Suprema de Justiça, entre outros funcionários, integrantes da Força Pública, civis e advogados que estavam presentes (ROSA & CONOLLY, 2015).

Face a tal situação, o artigo nº 158 do decreto supracitado estabeleceu a figura do juiz sem rosto, concretizada pela possibilidade de o juiz ocultar sua identidade e assinatura em suas decisões, tornando-se anônimo. O decreto estendeu a proteção a partir do anonimato não somente para magistrados, mas para todos os funcionários envolvidos em causas provocadas por organizações criminosas, conforme transcrição do artigo nº 158, abaixo (COLÔMBIA, 1991):

> Protección de la identidad de funcionarios. En los delitos de competencia de los jueces regionales, los servidores públicos distintos del fiscal que intervengan en la actuación pueden ocultar su identidad conforme lo establezca el reglamento, cuando existan graves peligros contra su integridad personal.
>
> Las providencias que dicte el Tribunal Nacional, los jueces regionales o los fiscales delegados ante estos deberán ser suscritas por ellos. No obstante, se agregarán al expediente en copia autenticada en la que no aparecerán sus firmas. El original se guardará con las seguridades del caso.
>
> Mecanismo análogo se utilizará para mantener la reserva de los funcionarios de policía judicial cuando actúen en procesos de competencia de los jueces regionales.
>
> La determinación acerca de la reserva de un fiscal será discrecional del Fiscal General de la Nación (COLÔMBIA, 1991).[1]

[1] Proteção da identidade de funcionários. No que diz respeito aos serviços públicos, os servidores públicos e os magistrtados podem ocultar sua identidade, caso existam graves perigos contra sua integridade pessoal. As decisões do Tribunal Nacional, dos juízes regionais e dos fiscais delegados diante deste recurso são assinadas por eles. Não obstante, é anexada uma cópia autenticada que não aparecerá sua identidade. O original se guarda com as autoridades de segurança do caso. Mecanismo análogo se utiliza para manter a preservação dos funcionários da polícia judicial quando atuantes em processos de

As decisões originais deviam ser guardadas em sala própria e segura designada pelo Tribunal, enquanto que, cópias seriam publicadas sem constar a assinatura do magistrado (COLÔMBIA, 1991).

Os magistrados se escondiam através de uma redoma de vidro blindada, de forma que seus rostos jamais pudessem ser revelados, além de que, suas vozes eram modificadas por meio de aparelhos eletrônicos. Somente integrantes do Poder Judiciário tinham acesso à identidade do juiz atuante naquele processo (BENGOCHEA, 2010).

No entanto, o exemplo orquestrado na Colômbia não passa de um fracassado sistema que se mostrou ineficaz, tendo em vista que os juízes, mesmo que anônimos continuaram a morrer, pois os funcionários do Tribunal, de forma corrupta, repassavam informações para as organizações criminosas, que não deixaram de agir contra a vida daqueles detentores da representação Estatal, face a sociedade. Além disso, o sistema também se mostrou como um retrocesso no tocante aos direitos fundamentais da pessoa humana (ROSA & CONOLLY, 2015). A Corte Suprema Colombiana aboliu o sistema no ano 2000 atestando a sua inconstitucionalidade em razão de ofensa ao direito de publicidade das informações do processo, em especial o conhecimento da identidade dos funcionários da justiça, entre eles os juízes (COLÔMBIA, 2000).

Este modelo já foi discutido no Brasil. Apresentado ao Senado Federal pelo então senador Hélio Costa no Projeto de Lei do Senado nº 87 de 2003, a redação continha expressa instituição do anonimato em decisões que poderiam ensejar risco à vida do magistrado, bastando serem autenticadas por selo do Tribunal, justificando o Autor, que a manutenção de sigilo da identidade do juiz não violaria o princípio da publicidade, tendo em vista que o anonimato seria apenas em relação à pessoa do magistrado e não, ao ato por ele praticado. No entanto, esta proposta foi vetada pelo Congresso Nacional tendo em vista tamanha afronta aos princípios constitucionais,

concorrência de juízes regionais. A determinação sobre a proteção de um fiscal será discricional do Fiscal Geral da Nação. (tradução nossa)

em especial o do juiz natural e da publicidade dos atos, além da violação aos direitos fundamentais do indivíduo (SILVA, 2012).

2.3.1 Peru

A outorga concedida à Justiça Militar do Peru mascarou uma perigosa ofensa aos direitos fundamentais da pessoa humana. Naquele país, a criação da figura do juiz sem rosto ou juiz mascarado se deu com a promulgação do decreto-lei nº 25.475 de 1992, conhecido como a Lei do Terrorismo, que visava combater o agravamento do terrorismo nas proximidades da Capital, Lima (ROSA & CONOLLY, 2015).

Foi criada uma competência própria para os crimes de terrorismo: o Tribunal Militar de exceção, julgando somente tais casos, com permanência rotativa e em regime absoluto de sigilo, disposto no artigo nº 13 do Decreto-lei. Além disso, os indiciados eram julgados em uma "sala especializada", sem a possibilidade de arguir suspeição dos magistrados e auxiliares da justiça, demonstrando ofensa e danos aos direitos fundamentais, tornando este mecanismo de proteção aos juízes uma verdadeira arma destruidora dos direitos básicos do ser humano acusado (ROSA & CONOLLY, 2015).

Ainda neste passo, os advogados peruanos também tiveram seus direitos violados, quando o exercício da profissão passou a ser dificultado pelo Tribunal Militar que utilizou de procedimentos de segurança humilhantes, impedindo-os de terem acesso aos processos, proibindo a entrada nos prédios da Justiça, exigindo a utilização de capuzes sobre o rosto para a obstrução da visão, entre outras atrocidades, retirando-lhes a capacidade de exercer direitos fundamentais como o do devido processo legal, é o que se exprime do relatório da organização internacional Human Rights Watch, transcrito em parte, abaixo (HUMAN RIGHTS WATCH, 1996):

> Las limitaciones al derecho de defensa son aún más graves en los tribunales militares sin rostro. La dificultad de acceso a la documentación del juicio, que afecta igualmente a los

abogados en los tribunales civiles sin rostro, es más grave en los militares. Con frecuencia las solicitudes de revisar el expediente se deben presentar con meses de anticipación. El fotocopiado está estrictamente prohibido. A menudo se notifica a los abogados recién un día antes de una audiencia importante y con frecuencia se dicta sentencia sin que se les dé ningún aviso.

Los procedimientos de seguridad a los que se somete a los abogados en las bases militares donde se realizan juicios son humillantes. En la base naval del Callao, los abogados primero se identifican en la caseta de entrada, donde deben subir a un minibús, de cuatro asientos y sin ventanas, en el cual los llevan durante cinco o diez minutos, en la oscuridad absoluta, al lugar del juicio. Los jueces ejercen con la cara cubierta con máscaras de esquiar. En la base de la fuerza aérea peruana, en Surco, el personal militar cubre la cabeza de los abogados con capuchas, y si ellos se niegan, se les prohíbe la entrada. Los soldados los conducen a un vehículo en el que viajan al lugar del juicio. Al llegar, se les pregunta si necesitan leer algún documento, en cuyo caso se les retira la capucha; de lo contrario, el procedimiento se lleva a cabo con la capucha puesta. Cuando hacen su alegato, los abogados deben pararse mirando un armario o estantería grande, para evitar que vean a los jueces.(28) El colocar capuchas a los abogados es excesivo y contraría el requisito de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Artículo 289.8), en el sentido de que a los abogados se les debe otorgar las facilidades y la consideración que su función amerita. Puesto que los efectos pueden ser los de intimidar a la defensa, el encapuchar a los abogados es una abierta violación de las normas de debido proceso legal (HUMAN RIGHTS WATCH, 1996) (...)[2]

[2] As limitações ao direito de defesa são ainda mais graves em tribunais militares sem rosto. A dificuldade de acesso à documentação do juízo, que afeta igualmente aos advogados em tribunais civis, entretanto é mais grave nos militares. Com frequência, as solicitações de revisão são bem-sucedidas. A fotocópia está estritamente proibida. A secretaria notifica os advogados, que recebem a notificação um dia antes de uma audiência importante e com frequência se dita sentença sem que se expeça o aviso. Os procedimentos de segurança em que se encontram alguns dos casos se baseiam nas bases militares, e os locais onde se realizam os julgamentos são humilhantes. Na base naval do Callao, os advogados primeiro se identificam na recepção de entrada, onde devem subir, um mínimo de quatro sessões e sem ventilação, o que é necessário para os cinco minutos e para a obscuridade absoluta, em lugar do juízo. Os juízes exercem a função com 'máscaras de esquiar'. Na base da força aérea peruana, em Surco, o pessoal militar cobre a cabeça dos advogados com capuzes, e se eles se negam, é proibida a entrada. Os soldados conduzem um veículo em que viajam ao lugar do juízo. Na chegada, preguntam se precisa ler algum documento, e nesse caso o capuz é retirado; caso contrário, o procedimento é realizado com capuz. Enquanto fazem seus pedidos, os advogados devem ficar olhando para um grande armário ou estante, para evitar ver o juiz (28). A colocação de capuzes em advogados é excessiva e contrária à exigência da Lei Orgânica do Poder Judicial (Artigo 289.8), no sentido de que os advogados devem receber as facilidades e a consideração que seu papel merece. Posto que os efeitos podem ser os de

Ao tempo, diversos cidadãos supostamente inocentes foram irregularmente processados e/ou condenados pelo Tribunal Militar. A Human Rights Watch afirma que tais pessoas foram condenadas com base apenas em depoimentos de terroristas, ou em confissões obtidas por meio da prática de tortura, ou ainda, por simplesmente se encontrarem em locais onde houveram manifestações pelo terrorismo, como é o caso de Julio Rondinei Cano (HUMAN RIGHTS WATCH, 1996).

O caso do chileno Castillo Petruzzi, "Castillo Petruzzi e outros vs. Peru", acusado de liderar o grupo armado terrorista "Túpac Amaru" e preso em 1993 pela prática de terrorismo no solo Peruano, teve como resultado sua condenação decretada por juízes mascarados. Tal caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que sob o argumento de violação a diversos preceitos contidos no Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Peru, condenou o país por tais infrações, afirmando a incompatibilidade do sistema de juízes anônimos com os direitos fundamentais da pessoa humana. O julgamento foi unânime (CORTEIDH, 2011).

2.3.2 França

Na França, apesar de sempre ser arguida como referência da figura do juiz sem rosto, diferentemente dos sistemas da Colômbia e do Peru, e muito mais parecido com o Tribunal do Júri do Brasil, o que se tem é o Cour d'Assises. Trata-se de um Tribunal de procedimento especial com a finalidade de julgar fatos conceituados como "crime". Neste país existe uma diferenciação entre "crime" e "delito", sendo que são considerados crimes apenas aqueles cuja pena seja mínima de 10 anos até a prisão perpétua, entre eles o estupro, o homicídio, a tortura, o terrorismo, o tráfico de drogas, ou seja, infrações mais graves, todas julgadas pelo Tribunal de Assises (MISAKA & ALONSO, 2012).

intimidar a defesa, os advogados encapuzados demonstra uma violação aberta das regras do devido processo legal. (tradução nossa)

O Cour d'Assises é uma jurisdição não permanente, pois se reúne somente a cada três meses, durante cerca de uma quinzena, composta por três juízes profissionais, identificados e competentes para o exercício do direito, que se dividem em um presidente, que ocupa cargo de presidente da câmara ou conselheiro no tribunal recursal, e dois assessores, que geralmente são juízes de primeiro grau dos tribunais estaduais. O Ministério Público é representado por um advogado-geral membro, que exige a aplicação da lei, defendendo os interesses da sociedade. A composição do procedimento especial definido por Cour d'Assises, é completada por seis cidadãos franceses selecionados por meio de sorteio eletrônico quando em primeira instância; subindo este número para nove, quando em segunda instância (FRANÇA, 2017).

A partir da lei de 15 de junho de 2000, que passou a vigorar em janeiro de 2001 permitiu-se que as condenações proferidas pelo Cour d'assises pudessem ser contestadas. O recurso é interposto no Tribunal, que analisa o caso em grau recursal, desta vez com nove jurados, e deste acórdão pode ser interposto recurso, desta vez a ser apreciado pelo Tribunal Recursal, o Assise Court os Appeal, destinado somente ao julgamento de recursos (FRANÇA, 2017).

O procedimento do Cour d'assises é voltado ao exame dos fatos ocorridos na busca de uma verdade, conforme se depreende a partir da conceituação do advogado francês Maurice Fagot, abaixo transcrita (FAGOT, 2015):

> Le procès d'Assises est un complexe cheminement, destiné à permettre d'examiner des faits, de comprendre la personnalité de celui ou celle qui les a commis, également (malheureusement dans une moindre mesure!) de celui ou celle qui les a subis, d'apporter la réponse de la société à l'acte commis, et de permettre à la victime d'obtenir autant qu'il est possible, la réparation du préjudice subi.
>
> Aussi complet et précis et rigoureux que soit le dossier constitué par le Juge d'Instruction, en amont, le procès d'Assises constitue une nouvelle "instruction du dossier", au profit en particulier des jurés, qui n'ont pas accès de manière globale au dossier établi par le Juge d'Instruction.

> Au fur et à mesure du déroulement du procès, sous la conduite du "chef d'orchestre" qu'est le Président de la Cour d'Assises, différentes phases vont se succéder, pour tenter d'établir une vérité, et d'apporter des réponses (FAGOT, 2015)[3].

Com isso, observa-se que conforme abordado ao início, o sistema empregado pela França em muito se parece com o nosso Tribunal do Júri. Ocorre, no entanto, que a sessão plenária é presidida por um colegiado de três juízes, que devem deliberar em conjunto com os cidadãos jurados que foram previamente sorteados, podendo convencer uns aos outros, não exercendo ali apenas a função de presidente da sessão, tendo inclusive dever de votar pela absolvição ou condenação do acusado, assim como os jurados (FAGOT, 2015).

Os juízes do Cour d'assises, o presidente e seus assessores, são identificáveis, não existe aqui a figura do juiz sem rosto empregada na Colômbia e no Peru, não existe a supressão de direitos fundamentais. Existe sim um tribunal de exceção destinado a tratar de infrações de perigo maior, porém, nem tampouco foi objetivo de sua criação a segurança ou proteção aos magistrados, apenas pode-se afirmar que o Cour d'assises foi instituído para possibilitar uma organização judiciária naquele país, definindo quais crimes seriam passíveis de julgamento em tal tribunal, assim como pode-se ter exemplo com o Tribunal do Júri exercido pelo Brasil atualmente, que apesar de ser caracterizado como uma exceção, é meio de julgamento amparado por direitos fundamentais (MISAKA & ALONSO, 2012).

[3] O julgamento de Assises é um processo complexo, projetado para examinar fatos, para entender a personalidade da pessoa que os cometeu, também (infelizmente em menor medida). Da pessoa que os sofreu, trazer a resposta da sociedade ao ato cometido e permitir que a vítima obtenha o máximo possível, compensação pelo prejuízo sofrido. Tão completo e preciso e rigoroso como o arquivo constituído pelo Magistrado Examinador, de antemão, o julgamento das Assises constitui uma nova "instrução do processo", em benefício, em particular, dos jurados, que não têm acesso no arquivo preparado pelo Magistrado de exame. À medida que o julgamento progride, sob a liderança do "condutor" que é o Presidente do Tribunal de Assenações, diferentes fases se seguirão, tentar estabelecer uma verdade e trazer respostas. (tradução nossa)

2.3.3 Itália

O crime organizado na Itália, constituído de diversas máfias, era de proporção tão grande nos anos 1990 que forçou as autoridades a deflagrarem uma série de reformas legislativas visando a impedir as retaliações contra os integrantes do sistema de justiça criminal. Magistrados, promotores e servidores eram constantemente ameaçados, vários atentados foram sofridos por eles, como o de Giovanni Falcone, morto pela máfia Cosa Nostra há mais de 20 anos (FUX, 2012).

Neste sentido, Ricardo Antonio Andreucci destaca a "operação mãos limpas":

> Na Europa, a Itália se destacou no combate ao crime organizado, principalmente a partir de 1992, quando a denominada "operação mãos limpas" foi iniciada pelo promotor Antonio di Pietro, para combater a corrupção que então assolava o país, envolvendo em tráfico de influência e corrupção diversos líderes políticos, ex-chefes de governo e empresários poderosos que foram parar no banco dos réus. As investigações envolviam a máfia, colocando em risco a vida e a integridade corporal dos promotores, juízes e suas famílias(...) (ANDREUCCI, 2012).

Dentre as medidas adotadas pelas autoridades italianas, previstas no Código Antimáfia da Itália (FUX, 2012), estão a permissão de operações com agentes do governo infiltrados, e a criação do "colaborador da justiça" – figura semelhante a delação premiada do Brasil, para somente então a adoção do sistema do juiz sem rosto. Neste procedimento, a decisão é publicada sem referência ou identificação quanto a sua autoria, nas palavras de Márcio André Lopes Cavalcante (CAVALCANTE, 2012):

> Na Itália, o combate ao crime organizado somente foi possível com a proteção da magistratura, o que ocorreu por meio de uma medida ainda mais drástica: a adoção do instituto do "juiz sem rosto" em que a decisão é publicada sem a identificação de sua autoria, ou seja, não é divulgado o nome do juiz que sentenciou o processo (CAVALCANTE, 2012, p.8).

Dentre as tentativas da Itália de combate às organizações criminosas, a adoção do instituto do "juiz sem rosto" se deu como forma de permissão para que os magistrados e promotores se vissem com liberdade para a atuação nos processos

criminais envolvendo tais organizações, gerando um maior conforto ao expedir decisões (FUX, 2012).

Embora se tenha notícia da existência deste procedimento no país, o jurista italiano Sr. Pino Arlachi declarou em audiência pública que discutia a adoção deste método no Brasil, realizada na Câmara dos Deputados, que o juiz sem rosto é uma criação de países latinos, como a Colômbia, abaixo (ROSA & CONOLLY, 2015):

> O juiz sem rosto é uma instituição colombiana e de outros países da América Latina. Eu, pessoalmente, não concordo com a importação desse método. Acho que a situação brasileira é diferente da colombiana. Conheço bastante bem aquele país e lá a situação é limítrofe, sem extremo no mundo. A justiça sem rosto não é uma justiça normal; não é válida para um país grande e confiante nas próprias possibilidades (ROSA & CONOLLY, 2015).

Conforme pode-se depreender da análise deste capítulo, a lei nº 12.694/2012 adveio a partir de proposta formulada por uma entidade de classe representativa dos magistrados federais do Brasil, que, diante das ameaças e ataques sofridos pelas autoridades, formou um comitê de segurança, destinado a propor ações de melhorias neste quesito (AJUFE, 2006). O comitê, elaborou a justificativa do Projeto de Lei junto à Câmara dos Deputados, contendo diversos quesitos com a finalidade empregar efetivamente mais segurança aos magistrados.

A Lei foi sancionada pela Presidenta Dilma Rousseff em meio a uma situação de clamor vindo da sociedade, tendo em vista que à época muito se tinha notícias de casos de violência contra magistrados atuantes em causas criminais de alta complexidade, como o caso da juíza Patrícia Acioli, assassinada à época com mais de vinte tiros, após diversas ameaças sofridas por parte de milicianos (LAURIANO, 2011).

Reforço de medidas de segurança nos prédios da justiça, com controle de acesso e instalação de câmeras de vigilância, bem como a instalação de detectores de metais e possibilidade de fixação de placas especiais nos veículos utilizados pelos magistrados, até o porte de arma dos servidores responsáveis pela segurança de

juízes, são elementos autorizados pela lei em razão do emprego de mais segurança a tais autoridades (BRASIL, 2012).

No entanto, o destaque se dá em relação à criação de um colegiado em primeiro grau de jurisdição para o julgamento de processos onde se tenha como objeto crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas, que aos mais desatentos pode-se configurar a instituição da figura do Juiz Sem Rosto no Brasil, o que, no entanto, não deve ser afirmado, pelas suas próprias características (ANDREUCCI, 2012).

O colegiado pode ser definido como uma reunião, em situação igualitária, o que permitiria ao juiz natural do processo um maior conforto na disposição de decisões do processo, tendo em vista que estas não partiriam de apenas uma pessoa, causando-lhe exposição, mas sim de um trio de julgadores, diminuindo a reponsabilidade individual de cada um, e consequentemente garantindo em maior nível de segurança à sua integridade física, tendo em vista o maior número de pessoas (LIMA, 2012).

Desta forma, o juiz natural de um processo que versa sobre organizações criminosas, ao sentir-se ameaçado, notando risco à sua integridade física, ou de sua família, poderá, fundamentando as circunstâncias que o levaram a fazê-lo e comprovando a existência fática de indícios do risco, requerer pela composição do colegiado, que será admitida pelo Tribunal, e terá sua formação completada por outros dois juízes da mesma competência e em primeiro grau de jurisdição. O colegiado poderá ser formado para a prática de qualquer ato no processo, sua composição será instituída por meio de sorteio eletrônico, para que se evitem critérios subjetivos e parciais na escolha dos magistrados, e somente será aceito em fase processual e de execução penal, inadmitindo-se sua formação em fase inquisitorial. Uma vez promovido, o colegiado é exclusivo ao ato para o qual foi convocado (BRASIL, 2012).

A figura do Juiz Sem Rosto instituída na Colômbia, onde o juiz era totalmente anônimo, se escondia por trás de uma redoma de vidro, não havia identificação nem assinatura em suas decisões, não havia chances para arguição de impedimento, bem como no Peru, onde advogados não tinham acesso aos processos de seus clientes, e os juízes eram totalmente anônimos e sigilosos, além de se revezarem em rodizio para dificultar a identificação, não deve ser confundida com o colegiado brasileiro (ROSA & CONOLLY, 2015). A lei brasileira não permite tal situação, apenas foi possibilitada a formação do colegiado, que no entanto, não deve ser composto por juízes anônimos ou sigilosos (BRASIL, 2012).

"Juiz Sem Rosto" é uma nomenclatura definida para um ato institucional velado pelo anonimato de quem o produz, isto é, passível de não-identificação, qual foi utilizado por países como a Colômbia e que não se amolda à Constituição Federal Brasileira, por motivo de violação a seus princípios que norteiam e permitem uma interpretação uniforme do ordenamento jurídico como um todo (ROSA & CONOLLY, 2015).

Além disso, e em contraponto com o Projeto de Lei formulado pelo ex-senador Hélio Costa, já explanado aqui, a Lei nº 12.694 de 2012 impõe que todas as decisões do colegiado deverão ser assinadas por todos os membros integrantes, não deixando margens para a expressão de anonimato (BRASIL, 2012).

Constata-se que a Lei nº 12.694 de 2012 não versa sobre este instituto, pois não existe emprego da característica de anonimato, e sim a formação de um colegiado de juízes que é arguido pelo juiz natural do processo, após a manifestação de risco a sua integridade física ou de seus familiares, prestigiando a atuação dos membros do Poder Judiciário, que é de suma importância face a defesa cidadania (ANDREUCCI, 2012).

O exemplo orquestrado na Colômbia e no Peru não passou de um fracassado sistema que se mostrou ineficaz, pois no caso da Colômbia, as mortes continuaram acontecendo em virtude da corrupção existente nos Tribunais com o repasse de

informações a respeito dos juízes sem rosto, além de que nos dois países o instituto abordado causou inúmeras ofensas aos direitos da pessoa humana causando nítida desordem no sistema processual (ROSA & CONOLLY, 2015).

Assim, nota-se que não se aplica a comparação do instituto estabelecido pela lei nº 12.694 de 2012, em relação ao do juiz sem rosto. Não pode ser relacionado, pois, apesar de a Lei Brasileira também ter surgido em um momento de caos social, e a partir da extrema demanda da sociedade face ao Estado por um posicionamento em razão dos acontecimentos deflagrados contra os magistrados no Brasil, o colegiado trazido pela legislação brasileira não permite a instituição de um juiz anônimo e sem rosto, não permite a supressão de sua identidade, o que é característica única da figura do juiz sem rosto estabelecida nos países supracitados, conforme explanado (FERREIRA, 2012).

3 TENSÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E A LEI Nº12.694/2012

A partir da conceituação dos institutos trazidos pela lei nº 12.694/2012, tomando como objeto principal a formação do colegiado em primeiro grau para a tomada de decisões no processo criminal, na investigação de delitos cometidos no âmbito das organizações criminosas, neste capítulo será abordada a observância da aplicação dos princípios constitucionais e processuais penais, em especial, os seguintes: Juiz Natural, Identidade Física do Juiz, Publicidade e Ampla Defesa, no tocante a tal colegiado.

Temos por princípios, os conceitos que fundamentam e condicionam toda uma orientação para compreensão e aplicação do direito, formulando um padrão de interpretação ou aplicação dele. Existem casos em que uns derivam do outro, assim como existem garantias que originam de princípios. O que importa neste caso, é que os princípios, independentemente de suas derivações, atuam como importantíssimos elementos para a formação de um ordenamento jurídico e nunca podem deixar de

serem observados, pois conduzem todo o sistema à uma lógica e harmônica intepretação.

A Constituição abriga muitos dos princípios norteadores do direito, alguns diretamente vinculados com a pessoa humana; outros são relacionados com o processo e o procedimento em si, de forma que não significa que são utilizados sempre diretamente com exclusividade ao réu, mas também ao Estado, de forma a orientar sua atuação.

O Estado, exerce o jus puniendi com exclusividade, é subordinado a princípios, que não deixam de beneficiar a pessoa do réu diretamente. Neste passo, verificou-se a partir do presente estudo, que a formação do colegiado é meio de supressão de certos princípios norteadores do direito.

Quanto aos princípios do Juiz Natural e da Identidade Física do Juiz, será possível observar que a lei não deixa de os observar e atender. Isto porque, no tocante ao Princípio do Juiz Natural, a formação do colegiado se dá em razão de instituição mediante lei, a questão é normatizada, e de forma imparcial permite que o colegiado tenha sua formação completada, os juízes integrantes do colegiado serão sorteados por meio de sorteio eletrônico assim como o primeiro juiz, em meio àqueles juízes de competência criminal. Apesar da formação do colegiado após a ocorrência do fato, este está previamente designado em lei, sendo ato de faculdade do juiz, ao sentir-se ameaçado, e não em razão do processo em si. Muito oportuno seria afirmar, que no tocante ao Princípio do Juiz Natural, a lei afirma sua mais efetiva aplicação. Neste passo, a maior garantia que o referido princípio vem assegurar é a aplicação da lei por meio de um juiz imparcial, e nota-se que este assim será se vendo isento de possíveis e inoportunas pressões psicológicas.

Ao Princípio da Identidade Física do Juiz, verifica-se que se trata de aplicação infraconstitucional, constituída de inúmeras exceções previstas jurisprudencial e doutrinariamente. Isto porque, fisicamente, nem sempre é possível possibilitar que ao réu seja assegurada a garantia de ser sentenciado pelo mesmo juiz

que instruiu a produção de provas do processo. Excelente seria, se humanamente possível. No entanto, como já dito, princípio é composto de inúmeras exceções, como por exemplo, aposentadorias dos magistrados, licenças médicas, férias, promoções, sendo corriqueira a prática da tomada de atos decisórios por juiz diferente àquele da fase instrutória do processo. Para tanto, o colegiado é, também, uma exceção. Argui-se a possibilidade da instauração do colegiado em momento anterior à produção de provas, o que, também, trata-se de exercício humanamente impossível, pois poderia o magistrado estar usufruindo de argumentos pretensiosos, já que para a instauração do colegiado é necessária a existência do risco à integridade física, que não escolhe momento processual adequado, concluindo enfim, pela inexistência de inobservância a tal princípio.

No tocante aos princípios da Publicidade e Ampla Defesa, verifica-se a partir da explanação de ambos, que se tratam de princípios implícitos um ao outro, no tocante ao objeto principal deste estudo. Isto porque, o princípio da Publicidade, conceituado como a obrigatoriedade de publicitação de todos os atos processuais, com a finalidade de proibir a formação de decisões de forma oculta, permitindo o exercício da democracia por meio da transparência, proíbe a supressão de publicidade da fundamentação das decisões. Isto implica diretamente no exercício da Ampla Defesa do réu, que ao ver-se diante de uma decisão a qual não lhe foi explicitado o inteiro teor, os fundamentos, tem sua defesa técnica suprimida, principalmente em grau recursal, em possível reforma da sentença, momento processual de extrema importância para o réu.

Com isso, será visto que existem fundamentos para conceituar a supressão de publicidade do voto divergente do colegiado, permitida pela lei nº 12.694/2012, como inconstitucional, por inobservância às garantias da Publicidade e Ampla Defesa, prejudicando substancialmente o réu, parte hipossuficiente na relação processual.

3.1 Princípio do Juiz Natural face à formação do colegiado

Existem registros de surgimento do princípio do juiz natural na Carta Magna de João-sem-terra, em 1215, que garantia a indexação de multas somente por meio de homens da vizinhança, porém, é na Carta Constitucional Francesa do ano de 1814 que se tem notícia da primeira referência jurídica do termo 'juiz natural', prevendo a garantia do cidadão ser julgado somente por tal juiz (CINTRA, 2012) (LIMA, 2013).

A sua formação tem como base três aspectos históricos, encontrados por exemplo, nas legislações inglesa, americana e francesa. São eles: a proibição do poder de comissão (fundação de órgãos jurisdicionais sem prévia definição legal), do poder de evocação (indicação de competência de julgamento à órgão diferente do previsto em lei), e a proibição do poder de atribuição (destinação de competência a órgão do judiciário com justificação na matéria, anteriormente a ocorrência do fato objeto da lide, equivalendo-se hoje aos Juizados Especiais) (LIMA 2013).

No Brasil, o princípio foi recepcionado desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, e, embora não conste na Constituição Federal de 1988 com estas palavras, entende-se presente de forma intrínseca no art. 5º, inciso XXXVII, e inciso LIII, pelos seus próprios fundamentos, transcritos abaixo (BRASIL, 1824) (BRASIL, 1988):

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;
>
> LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (BRASIL, 1988);

Ainda neste tocante, existe previsão no Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Brasil, dispondo acerca da garantia de existência de um juiz competente para a oitiva de toda pessoa, expressa no art. 8º, 1, abaixo transcrito (CIDH, 1969):

> Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CIDH, 1969).

A legislação brasileira recepcionou em seu ordenamento jurídico uma manifestamente dúplice garantia vinculada ao princípio do juiz natural, encontrada na Constituição Federal. Isto é, por aqui proíbe-se a instituição de tribunais de exceção (poder de comissão), bem como, proíbe-se a delegação de julgamento para tribunais que não tem tal atribuição designada por lei (poder de evocação) (FERNANDES, 2010).

Por conseguinte, no sistema brasileiro, o princípio do juiz natural é garantia do indivíduo que não pode ser subtraída. A ninguém pode ser retirado o direito de ser julgado por um juiz natural e constitucional, a quem a Constituição atribui a função de julgador representante do Estado (DÓRO, 1999).

Com isso, o princípio deve ser compreendido como a garantia de qualquer cidadão saber a autoridade competente legalmente, por meio da Constituição, para o processamento e julgamento de seu caso. Em outras palavras, deve ser assegurado ao cidadão o conhecimento do juiz competente, aquele estabelecido previamente por meio de lei, para julgar determinada matéria, vedando-se, assim, a existência de tribunais de exceção, conceituados mais à diante (LIMA, 2013).

No HC nº 110.237/PA, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello constitui duas funções fundamentais exercidas pelo princípio do juiz natural: uma para o réu, outra para o Estado (BRASIL, 2013):

> Vê-se, desse modo, que o postulado da naturalidade do juízo, ao qualificar-se como prerrogativa individual (“ex parte subjecti”), tem, por destinatário específico, o réu, erigindo-se, em consequência, como direito público subjetivo inteiramente oponível ao próprio Estado. Esse mesmo princípio, contudo, se analisado em perspectiva diversa, “ex parte principis”, atua como fator de inquestionável restrição ao poder de persecução

> penal, submetendo, o Estado, a múltiplas limitações inibitórias de suas prerrogativas institucionais (BRASIL, 2013).

Ou seja, se por um lado o princípio traz a exigência de que o réu se submeta a uma persecução por parte do Estado, na forma de um juiz previamente designado, e unicamente competente para julgá-lo, o Estado, por outro lado, se vê limitado ao exercício desta persecução na forma descrita em lei, ou seja, limitado pelo texto legal, sem margens para a criação de tribunais de exceção com o intuito de ofertar julgamento diferenciado para tal réu (JOSÉ, 2013).

Este tribunal de exceção é caracterizado pela promoção do órgão após a pratica do ato delituoso, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

Do inciso XXXVII do art. 5º da Constituição Federal extrai-se a vedação aos juízos ou tribunais de exceção. Mas o que se deve entender por juízo ou tribunal de exceção? Juízo ou tribunal de exceção é aquele juízo instituído após a pratica do delito com o objetivo especifico de julgá-lo. Contrapõe-se, portanto, o juiz de exceção ao juiz natural, que pertence ao Judiciário e está revestido de garantias que lhe permitem exercer seu mister com objetividade, imparcialidade e independência (LIMA, 2013, p. 37).

Em outras palavras, tal tribunal é constituído de forma excepcional, de forma imparcial e com sua atribuição designada para um caso especifico, prejudicando uma série de garantias do indivíduo, tendo em vista a subtração da garantia do juiz natural, ao qual se contrapõe, é inverso deste princípio. Aqui, não existe observância à definição previa de um juiz constitucional e competente (JOSÉ, 2013).

Com isso, para a fiel observância ao princípio do juiz natural é necessária que sejam observadas a três regras de proteção que estão implícitas no conceito do referido princípio. São elas: a garantia de que o exercício da jurisdição somente possa ser efetivado por meio de órgãos criados pela Constituição; a garantia de julgamento por órgão instituído anteriormente ao fato objeto do processo; e a observância à ordem taxativa de distribuição das competências entre os juízes, exonerando a discricionariedade de qualquer um para tal (FERNANDES, 2010).

Assim, pode-se concluir que o princípio do juiz natural tem fundamentação legal no texto constitucional, equivalendo-se a garantia do indivíduo, a qual estão sujeitos Estado e pessoa, com função de atribuir um julgamento justo exteriorizado por meio de juízes previamente designados em razão de suas competências (FERNANDES, 2010).

Entretanto, a lei n° 12.694/2012 instituiu a formação de um colegiado de juízes, formado por três juízes de competência criminal, no primeiro grau de jurisdição, para a tomada de diversas decisões no âmbito do processo cujo objeto seja a investigação de delitos cuja autoria seja atribuída a sujeitos integrantes de organizações criminosas (BRASIL, 2012).

Neste âmbito, o juiz natural do processo, investido na persecução como representante do Estado, devida e previamente designado pela lei no âmbito de sua competência, ao sentir-se ameaçado pelos membros da organização criminosa a qual lhe foi designado o processamento e julgamento criminal, poderá fundamentadamente, instituir o colegiado, que terá sua formação completada por outros dois juízes da competência criminal em primeira instância, por meio de sorteio eletrônico (NUCCI, 2016).

Nota-se, a respeito, importante ligação da garantia constitucional, com a formação do colegiado prevista na lei nº 12.694/2012. Isto porque, se é considerado o juiz natural do processo aquele previamente designado por lei, investido no exercício da jurisdição em razão de sua competência e atribuição no órgão jurisdicional, poderia, então, tal competência ser estendida a outros dois juízes, que apesar de usufruírem das mesmas prerrogativas do primeiro, estaria designado para o exercício da jurisdição em processo originalmente de competência de outro juiz natural (NUCCI, 2016).

Continuamos: ao legitimar a formação de um órgão colegiado, com o objetivo da tomada de importantes decisões no processo, inclusive sentença, estaria a Lei nº 12.694/2012 infringindo o Princípio do Juiz Natural? Tendo em vista que, o

colegiado, assim como define a lei, é restrito do ato para o qual foi convocado, em razão da excepcionalidade contida no âmbito das organizações criminosas, restaria então ao colegiado ser comparado com um órgão ou tribunal de exceção, vedado pela Constituição, por suas próprias características? É o que se discute na doutrina, demonstrados os entendimentos majoritários a seguir (FURTADO, 2014).

Para Márcio André Lopes Cavalcante, a formação do colegiado não viola o princípio do Juiz Natural:

> Não há violação ao princípio do juiz natural, considerando que é ele quem convoca o colegiado, dele fazendo parte. Ressalte-se, ainda, que a composição do colegiado é feita mediante sorteio eletrônico (critério impessoal) que envolve apenas os magistrados com competência criminal, não havendo designações casuísticas dos julgadores. Em verdade, a previsão legal reforça uma das facetas da garantia do juízo natural, que é a da certeza de um julgamento imparcial, o que somente é possível quando o magistrado encontra-se isento de pressões espúrias (CAVALCANTE, 2012, p. 7).

Em seu entendimento, o autor considera que o colegiado não infringe o princípio do Juiz Natural. Isto porque a convocação será realizada pelo juiz natural do processo, aquele investido em sua função jurisdicional previamente, de forma constitucional, se fazendo também parte do colegiado. Além disso, o autor indica que o critério para a formação do colegiado é o mesmo pelo qual se deu a instituição do juiz natural do processo, por meio de sorteio eletrônico, reforçando ainda mais a essência do Princípio do Juiz Natural, a imparcialidade do juiz, não deixando margens para a designação discricionária dos magistrados, como ocorre em tribunais de exceção, anteriormente conceituados, pois a formação se dá por meio impessoal (CAVALCANTE, 2012).

O autor ainda cita que o critério da imparcialidade estará ainda mais presente com a formação do colegiado, partindo do pressuposto que o Juiz de Direito investido no processamento de uma causa em que os réus oferecem risco à sua integridade física e/ou de sua família, julgaria imparcialmente objetivado pela garantia da manutenção de sua vida (CAVALCANTE, 2012).

No mesmo sentido, entretanto com argumentos singelamente diferentes, está Guilherme de Souza Nucci, que afirma que um requisito basilar garantido pelo Princípio do Juiz Natural é sua prévia instituição em lei, mesmo que de forma abstrata, resguardando o direito do réu de não ser surpreendido, nem julgado por um tribunal de exceção. Para o autor, a simples disposição em lei, no tocante à formação do colegiado, constitui validade ao órgão, inclusive porque a legislação impõe regras específicas para a sua instituição (NUCCI, 2016).

O princípio do Juiz Natural é constituído de forma abstrata, na forma que é oportunizado às partes o direito de saber previamente o juízo designado constitucionalmente para o julgamento imparcial, entretanto, se referindo ao cargo e competência, e não à pessoa singular do juiz (MISAKA & ALONSO, 2012).

Quanto a isto, Hugo Barbosa Torquato Ferreira afirma que, em momento oportuno, o juiz designado por meio de sorteio como o Juiz Natural do processo, ou ainda os designados como integrantes do colegiado de forma natural, serão todos devidamente identificados, assim como nos demais processos, oportunizando a arguição de suspeição ou impedimento (FERREIRA, 2012).

De posse de todos estes argumentos trazidos por meio da doutrina especializada, pode-se afirmar que a formação do colegiado previsto pela lei nº 12.694/2012 não afronta o princípio do juiz natural. Tal princípio é de suma importância no ordenamento jurídico pelas suas próprias características de garantia constitucional, preservando o direito do indivíduo de ser processado e julgado por uma autoridade previamente designada por meio de lei, sendo meio para a formação de um julgamento imparcial e impessoal (NUCCI, 2016).

A formação do colegiado em muito aproxima à mais efetiva prestação da garantia do Princípio do Juiz Natural. Sua instituição se dá por meio de processamento previsto em lei, e reforça um dos principais objetivos ou razões da aplicação do referido princípio, a imparcialidade do juiz, tendo em vista que a tomada de decisões do juiz é muito mais imparcial quando este se vê isento de

pressões inoportunas. Neste tocante, o colegiado atenderá, em sua formação, às três regras definidoras do princípio, de modo que a jurisdição será realizada por meio de um órgão previamente definido por lei; os juízes serão sorteados em meio àqueles de competência criminal, e, por fim e mais importante, apesar de a formação do colegiado ser completada após a ocorrência do fato, este está previsto anteriormente como ato de faculdade do juiz, em razão de assegurar sua integridade física, e não em razão da matéria casuística ou acontecimento a ser processado e julgado (CAVALCANTE, 2012).

Se, por um lado, a formação do colegiado não demonstra afronta ao Princípio do Juiz Natural, este instituto ainda deve atentar-se ao Princípio da Identidade Física do Juiz, a ser abordado no próximo capítulo com o objetivo de esgotarem-se questionamentos a respeito da constitucionalidade do órgão.

3.2 Princípio da Identidade Física do Juiz

A formação do órgão colegiado, composto pelo juiz natural do processo e outros dois juízes da mesma competência designados por meio de sorteio eletrônico, deve atentar-se à observância ao Princípio da Identidade Física do Juiz. Isto porque tal princípio foi inserido no âmbito do processo penal, com intuito de potencializar a garantia do exercício da ampla defesa do acusado e, ainda, de resguardar a formação do convencimento do juiz, posterior prolator da sentença (NUCCI, 2016).

Embora o referido princípio não ostente exigência constitucional, é considerado um importante norteador do direito processual penal (NUCCI, 2016). Encontra-se a fundamentação legal no art. 399, §2º do Código de Processo Penal, de forma bastante taxativa:

> Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.
>
> § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.(Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008) (BRASIL, 1941).

Conforme informação de referência trazida pela transcrição do artigo, a imposição legal fora inserida pela reforma processual penal, a Lei nº 11.719/2008. Anteriormente, só havia notícia desta regulação no que tange ao procedimento do júri popular, no qual aqueles jurados investidos no momento da produção de prova testemunhal e dos debates, deveriam ser os mesmos julgadores do fato (CAPEZ, 2014).

Com o advento da reforma processual penal, o princípio deve ser observado em todos os procedimentos. Segundo Fernando Capez, o princípio em verdade veio "ao encontro da nova sistemática dos procedimentos penais que privilegiou o princípio da oralidade, do qual decorre a concentração dos atos processuais em audiência única e o imediato contato do juiz com as provas" (CAPEZ, 2014)

Por conseguinte, a observância do referido princípio tem mesmo como consequência a potencialização da ampla defesa do acusado, visto que o juiz que teve o contato direto com toda a prova produzida nos autos concluirá, a partir delas, a formação de sua convicção (NUCCI, 2016). Valendo-se deste entendimento, parece oportuna a referência ao chamado efeito cliquet, presente na teoria dos direitos fundamentais, regendo a máxima de que aos direitos fundamentais é vedado o retrocesso, permitindo-se apenas avanços de forma a resguardar cada vez mais tais garantias (CANOTILHO, 2002).

Com isso, a lei nº 12.694/2012 se mostra falha ao não determinar o momento processual em que o colegiado deverá ser formado. Isto porque, em fiel observância ao Princípio da Identidade Física do Juiz, deve o colegiado ser formado desde a colheita da prova, isto é, deste a fase inicial do processo (NUCCI, 2016). Partindo do pressuposto de que é de suma importância a colheita das provas e depoimentos que são elementos imprescindíveis à formação do convencimento do juiz no processo penal, e ao passo de que a formação desta convicção se realiza a partir das provas, esta estaria influenciada em caso de repasse de informações - do juiz natural do processo aos juízes chamados ao colegiado - restando prejudicada a imparcialidade

destes últimos, que passariam a tomada de decisões influenciados pela convicção do primeiro (CAVALCANTE, 2012).

No entanto, em razão da motivação pela qual se dá a formação do colegiado, em reflexão prática, é tanto quanto desafiador que o juiz instaure o órgão logo em fase instrutória, possibilitando assim que os demais colegas possam auferir suas convicções diretamente dos elementos probatórios em si. Isto porque, entende-se que a motivação da instituição do colegiado não advém unicamente da vontade do juiz singular do processo, é necessário haver a predisposição de situações de ameaça a sua integridade física ou de sua família, o que obviamente não está sob sua prerrogativa, ora, não é humanamente possível ao juiz saber objetivamente o momento processual em que se sentirá ameaçado pelos membros integrantes da organização criminosa a qual lhe foi atribuído o julgamento. A lei, neste tocante, é omissa ao não impor limite ao momento adequado para esta instituição (CAVALCANTE, 2012).

Por outro lado, as provas passíveis de valoração por parte do juiz devem todas estar juntadas aos autos do processo; os documentos devem estar disponíveis para os juízes chamados ao colegiado, e, no mais, que restaria importante o depoimento de testemunhas, interrogatório do réu, quais são obrigatoriamente gravados em sistema audiovisual posteriormente anexado aos autos, de forma a possibilitar o acesso do colegiado a tais provas, atribuindo assim, a exígua formação de sua própria convicção pelos autos (CAVALCANTE, 2012).

Ainda neste passo, verifica-se que o procedimento previsto no art. 399, §2º do Código de Processo Penal é passível de exceções, como, por exemplo, em casos de promoção, licença ou afastamento e até morte do juiz presidente da instrução, e nem por isso ocorridas estas situações os processos deixam de ser julgados, ou incida o descumprimento ao princípio da identidade física do juiz. O referido princípio, se mostra um tanto quanto ineficaz, visto que sua aplicabilidade é bastante dificultosa, em razão de diversas causas que muitas das vezes vão além do controle jurisdicional (OLIVEIRA, 2016).

Desta forma, tendo em vista os posicionamentos aqui elencados, conclui-se como inoportuno alegar a inconstitucionalidade da Lei nº 12.694/2012 acerca da formação do órgão colegiado por ideia de ofensa ao Princípio da Identidade Física do Juiz, pois este é constituído de inúmeras exceções possíveis no curso do processo, humanamente impossível de serem suprimidas. Ainda neste tocante, difícil seria a execução da ideia proposta por Guilherme de Souza Nucci, ou seja, a instituição do órgão colegiado antes mesmo da fase de instrução do processo, para que este acompanhe toda a produção de provas (CAVALCANTE, 2012).

Inadequada seria esta possibilidade pelo fato de que a Lei não regula expressamente sobre a formação do colegiado para todos os atos processuais desde o recebimento da denúncia, como sugere o Autor; o que se interpreta do dispositivo é que o órgão deve ser arguido para a tomada das decisões elencadas e outras, mas inerte é, no sentido de possibilitar a atribuição do colegiado continuamente, por todas as fases do processo (BRASIL, 2012). Além disso, a pretensiosa arguição do colegiado em fase inicial do processo poderia ser enxergada como pretenciosa antecipação por parte do magistrado, que, ao passo de ainda desconhecer do processo já sinta-se ameaçado (CAVALCANTE, 2012).

Com isso, entende-se que razoável seria a interpretação ao passo da não inconstitucionalidade do dispositivo face ao Princípio da Identidade Física do Juiz, uma vez que este não é absoluto no processo brasileiro, não é de fonte constitucional e existem diversas exceções previstas jurisprudencialmente que podem ser arguidas, sendo uma delas possibilidade trazida pela lei objeto deste trabalho (CAVALCANTE, 2012).

3.3 Princípio da Publicidade – A supressão da publicidade do voto divergente

O colegiado em primeiro grau, uma vez que instituído no âmbito do processo penal, tem como atribuição a razão pela qual foi promovido, e para que o objetivo da lei seja concluído com êxito e sem qualquer prejuízo quanto à integridade física dos

juízes integrantes, esta faculta a referência a qualquer voto divergente do colegiado. De forma exemplificativa, no caso de dois juízes julgarem pela condenação do réu, e o terceiro juiz julgar pela absolvição, em caso de publicitação deste voto divergente, a integridade física dos outros dois juízes restaria prejudicada, tendo em vista que contraria o interesse do réu, existindo ainda um segundo exemplo possível para adequar o entendimento da matéria. Em caso de dois juízes julgarem pela absolvição do acusado, e um terceiro juiz pela condenação, restaria a este um prejuízo em relação a preservação de sua integridade física, pelo fato de estar de contrário aos interesses do réu, mesmo que em um plano em que efetivamente o interesse do réu foi atendido (CAVALCANTE, 2012).

No entanto, o sistema processual penal é cerceado de garantias e princípios fundamentais, elementos constituidores da formação de um justo processo. Entre eles, está o Princípio da Publicidade, princípio constitucional, inerente do devido processo legal (JÚNIOR & SENNA, 2009).

Tal princípio encontra fundamentação legal em diversos dispositivos, na Convenção Americana de Direitos Humanos, na Constituição Federal, e antes mesmo desta no Código de Processo Penal. A Constituição assegura, por sua vez, no art. 93, IX, talvez a mais expressa redação no sentido do Princípio da Publicidade, dispondo a forma pela qual deve agir o Poder Judiciário (JÚNIOR & SENNA, 2009):

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
>
> IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988);

De forma mais discricionária no tocante do processo em si, o Código de Processo Penal versa no art. 792, caput, que todos os atos processuais, bem como as audiências e sessões serão públicos (BRASIL, 1941).

A definição do princípio, pode ser agregada como a garantia inequívoca de acesso aos atos praticados pelo Poder Judiciário no âmbito do processo penal. Isso vem a preservar uma transparência no exercício da atividade jurisdicional, e possibilitar o exercício de fiscalização, podendo, entretanto, ser dirimida em razão de proteção a interesses que sejam relevantes para o processo (FERNANDES, 2010).

A publicidade, funciona efetivamente como uma forma de controle e pressuposto de validade dos atos não só processuais, é garantia de independência e imparcialidade. É instrumento contra o segredo, impõe credibilidade para a justiça em suas decisões, que, no entanto, diante da possibilidade do afastamento de voto divergente do colegiado, restará com tais adjetivos suprimidos (JÚNIOR & SENNA, 2009).

A supressão do voto divergente de qualquer membro, está descrito no art. 1º, § 6º, da Lei nº 12.694/2012, que permite expressamente a publicação da decisão sem nenhuma referência ao voto divergente (BRASIL, 2012).

Ocorre que, um órgão colegiado tem como característica a troca de posições, o aproveitamento de experiências divergentes. Com a possibilidade do afastamento e supressão de voto divergente em colegiado, a decisão final irá corroborar para um entendimento unânime, o que não traduzirá a realidade, estará o magistrado com a voz suprimida em relação ao ato para o qual foi convocado, e as partes não terão conhecimento do conteúdo deste voto divergente, impedidas de o utilizarem para fundamentação em instâncias superiores, em possível grau recursal (ROSA & CONOLLY, 2015).

Entende-se, que a retirada do voto divergente é como a supressão de parte da decisão, tendo em vista que esta divergência é ponto fundamental para a consolidação do voto vencedor, e deve ser levada em conta para a decisão final, de

forma que, os argumentos trazidos em um voto divergente, são refutados pelos formadores dos votos vencidos, em sua totalidade, para somente então, serem formalizados em uma decisão uma (OLIVEIRA, 2016).

O acórdão é uma decisão judicial caracterizada pela diversidade de opiniões acerca do mesmo tema, e ainda, pluralidade de pessoas, de forma que, não faz sentido a supressão de um dos votos acerca desta decisão, mesmo que, tenha como causa justificável a proteção da integridade física dos demais magistrados formadores da opinião vencedora (ROSA & CONOLLY, 2015).

Não se duvida da eficiência da Lei, neste ponto, em assegurar a integridade física dos magistrados formadores de votos como o exemplo supramencionado, pois, sem dúvida alguma, sem a referência à algum voto divergente estariam os dois seguros, pois a parte ré teria para si o entendimento de que este foi um julgamento com votos unânimes e que não fora levantada alguma divergência, de forma que, obrigatoriamente, estariam os três magistrados componentes do colegiado responsáveis por àquela decisão, recaindo sobre eles todo e qualquer encargo (CAVALCANTE, 2012).

A finalidade da Lei aqui estaria cumprida em relação aos magistrados componentes do órgão colegiado formado para aquela finalidade, que estão menos expostos e menos responsáveis pela decisão tomada, afinal, a decisão agora não é de uma única pessoa, e sim de um colegiado, e, ainda, sem exposição de nenhum voto divergente, ficando para a parte ré uma impressão de unanimidade naquela decisão, de forma que restaria esta possibilidade como uma dificuldade maior para a organização criminosa ao cometimento de algo contra a integridade física do magistrado (CAVALCANTE, 2012).

No entanto, em contraponto à segurança do magistrado está a insegurança jurídica do acusado, utilizando do mesmo exemplo já mencionado. Obviamente, a defesa plena e ampla do acusado resta prejudicada, quando este não toma ciência do

fundamento do voto divergente, tendo em vista que este é parte do acórdão firmado em decisão de ato processual e pode ser utilizado em seu favor (OLIVEIRA, 2016).

Desta forma, nota-se que a Lei é clara quanto ao seu objetivo único de proteção aos magistrados, que veio a partir de um momento social de imensa repercussão de desproteção destes por parte do estado, gerando uma enorme insegurança à sociedade, pois, se nem mesmo os magistrados estão seguros, quem diria o cidadão comum? No entanto, observa-se que a referida Lei não traz uma profunda análise do processo penal e suas garantias como um todo, respeitando as posições de todos os integrantes do processo (OLIVEIRA, 2016).

Não se verifica emprego de erros ou de inconstitucionalidade na formação do colegiado designado para os atos processuais que couberem nas formas da lei, no entanto verifica-se que a Lei é discrepante em relação à possibilidade da não publicitação do voto divergente deste colegiado, visto que uma vez a defesa sem acesso ao conteúdo fundamentado de toda a decisão em sí, não será possível exercer uma defesa plena sobre todos os fatos apontados, em especial, em grau recursal, quando visa-se à reforma da sentença. Neste ponto a Lei é prejudicial ao réu e o ordenamento jurídico brasileiro não permite situações em que o réu saia em desvantagens, devendo ele ser plenamente assistido por uma defesa plenamente capaz em todos os atos e em todas as provas existentes no processo, o que restará suprimido. A defesa técnica do réu necessita dos argumentos constantes de todos os votos do colegiado (OLIVEIRA, 2016).

Demonstra-se a clara ofensa ao princípio da Publicidade, amparado constitucionalmente, que determina a publicação de todos os atos do processo, pelas próprias características de publicidade que os tem (ROSA & CONOLLY, 2015).

Com a supressão da publicitação do voto divergente do colegiado, o que se tem é a inobservância de uma garantia constitucional, que por sua excelência tem como dever assegurar direitos fundamentais do indivíduo, é inaceitável a formação de decisões de forma oculta, sem que sejam elas juntadas aos autos do processo. O

réu tem a garantia constitucional de saber o teor de todos os argumentos expostos em seu favor e desfavor, para utilizá-los tecnicamente da melhor forma possível no atributo de sua defesa (ROSA & CONOLLY, 2015)

Com isso, verifica-se que a supressão da publicação do voto divergente do colegiado gera por sua essência a supressão de certa garantia constitucional não somente no que diz respeito ao Princípio da Publicidade, mas também encontra-se diretamente ligada ao Princípio da Ampla Defesa, pois, no momento em que o réu deixa de tomar conhecimento sobre todos os argumentos contidos numa decisão colegiada, tem suprimida a garantia de exercício de uma defesa plena, prejudicando-o (OLIVEIRA, 2012). A respeito, ao próximo tópico incumbe-se o exercício de enfrentamento desta questão.

3.3.1 Ampla defesa sem acesso ao voto divergente do colegiado

O Princípio da Ampla Defesa, inserido no tocante aos direitos individuais do cidadão, cuja gênese é uníssona da doutrina francesa, e resultante na declaração de direitos fundamentas do homem e do cidadão, tem fundamentação legal no ordenamento brasileiro, no art. 5º LV da Carta Magna, abaixo transcrito (MARTINS, 2001):

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988);

Em vista disto, o Princípio da Ampla Defesa pode ser conceituado como a condição de que o sujeito submetido a um procedimento, aqui criminal, possa vir a se defender da acusação utilizando para tanto todos os meios possíveis previstos, excluindo assim a possibilidade de ser colocado em condição subalterna no processo

é garantido uma defesa de qualidade, plena e capaz, ampla e utilizando de métodos extensos o quanto possíveis para se defender de qualquer imputação, ou seja, uma defesa efetiva (MARTINS, 2001).

Segundo Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2014, p. 35):

> Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. (...) Considerando, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal (NUCCI, 2012, p. 35).

Para tanto, a plenitude desta defesa é de extrema importância principalmente no curso do processo penal, onde pode haver o resultado de privação de liberdade, vista como um dos maiores dons do indivíduo, de onde decorre a imprescindibilidade de buscar a efetiva aplicação deste princípio garantidor. Aqui a amplitude deve ser extrema, possibilitando abraçar todas as opções possíveis para garantir uma defesa plena e técnica, trata-se de garantia individual de interesse da parte hipossuficiente, o réu (MARTINS, 2001).

A ampla defesa encontra relação com o princípio do contraditório, no entanto não se restringe ao dever do Estado de propiciar ao acusado a possibilidade de reação a todos os atos contidos no processo. A ampla defesa não decorre apenas da garantia de autodefesa, caracterizada principalmente no ato do interrogatório, mas em relação de complementariedade com a defesa técnica, plena e efetiva, que é direito além de ser garantia (FERNANDES, 2010).

Neste tocante, Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, 2014, p. 46):

> (...) o princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar todas e quaisquer modalidade de provas situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art. 5º) (OLIVEIRA, 2014, p. 46).

Guarda-se que a Ampla Defesa se realiza por meio da defesa técnica e efetiva, e por meio da autodefesa neste sentido Antonio Scarance Fernandes (FERNANDES, 2010):

> Quando, nas constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para obervância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa. Colocam-se ambos em relação de diversidade e complementariedade (FERNANDES, 2010, p. 255).

Com isso, pode-se auferir que a defesa técnica é elemento essencial para o bom desenvolvimento das demais, sendo indeclinável, e não bastando, portanto, a existência de um defensor, mas sim, a existência de uma defesa plena no sentido de assistência ao acusado (CAMPOS, 2013). Este é o elemento de ligação com o objetivo desta pesquisa. O colegiado instituído pela lei em apreço, deve cientificar-se da fiel observância aos direitos e garantias fundamentais do sujeito, entre elas, a efetividade de uma ampla defesa (ROSA & CONOLLY, 2015).

No âmbito do órgão colegiado, verificou-se a inobservância ao Princípio da Publicidade, abordada ao início deste item, em relação à supressão da publicitação de voto divergente, pelos próprios fundamentos deste princípio que rege que todos os atos processuais devem ser públicos, evitando assim a formação de atos suspeitos acerca de sua validade e imparcialidade. O princípio garante a transparência da atividade jurisdicional, assegurando uma postura democrática (LIMA, 2013).

Com a supressão da divulgação deste voto divergente, que entende-se fazer parte da decisão do colegiado, pelos conceitos e fundamentos de um órgão colegiado, além da inobservância ao Princípio da Publicidade como já explicitado, decorre a inobservância ao Princípio da Ampla Defesa (ROSA & CONOLLY, 2015).

Neste sentido, Ali Mazloum afirma:

> "A formação do colegiado para a análise e eventual julgamento de crimes praticados por organizações criminosas é salutar, merecendo maior reflexão a omissão quanto ao voto

> divergente, quando houver, tendo em vista o primado constitucional da necessária publicidade e fundamentação das decisões judiciais" (BEZERRA & MAZLOUM, 2012).

Isto porque o Princípio da Ampla Defesa, em seu fundamento, efetiva a garantia do exercício de uma defesa técnica utilizando-se de todos os meios de provas possíveis visando garantir que àquele sujeito tenham sido oportunizadas todas as formas possíveis de provar a sua inocência, ou similar (LIMA, 2013)

Com a supressão do voto divergente esta garantia de exercício de uma ampla defesa restará prejudicada, tendo em vista que este voto divergente é parte da decisão e pode, assim como deve, ser utilizada em favor do réu, neste passo, Odilon Oliveira afirma:

> A lei impõe que o voto divergente fica sem ser revelado. A parte não vai saber quem foi que votou de maneira divergente e isso prejudica a defesa. Vamos supor que você seja réu, o voto do juiz que optou pela absolvição não aparecerá. Nesse caso, o condenado teria interesse em saber qual foi o voto favorável para saber qual o teor do voto e fundamentar algum recurso. A questão fere o princípio da ampla defesa e o do livre convencimento do juiz que é obrigado a ir contra seu entendimento em relação ao voto divergente (OLIVEIRA, 2012).

Dado o contexto de que a decisão tomada pelo órgão colegiado instituído nos limites da Lei 12.694/2010, é uma sentença condenatória, o voto divergente, é parte da decisão do colegiado, pelos próprios motivos aqui já expostos anteriormente, e sua supressão é supressão de parte da decisão que será arguida para apreciação em grau recursal. Neste tocante, a defesa técnica do réu, ao ter em seu desfavor a supressão dos fundamentos e argumentos quais fizeram o voto divergente ser vencido, estará prejudicada, ferindo obviamente o princípio constitucional e norteador do direito processual penal, o da ampla defesa (OLIVEIRA, 2016).

A defesa técnica restará prejudicada, pois, foi impedida de ter acesso ao voto que expressava posição divergente em relação aos outros dois, não poderá utilizar daqueles argumentos, se favoráveis ao réu, para uma possível reforma da sentença em segundo grau, ou ainda, se desfavoráveis estes argumentos contidos no voto

vencido, o réu estará prejudicado novamente, pois sua defesa não mais será técnica e plena se apresentar argumentos que já foram trazidos e que se mostraram fracos e desfavoráveis ao réu (ROSA & CONOLLY, 2015).

Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa e Ricardo Conolly, "o acesso ao voto divergente é inerente à ampla defesa das partes, que servirá como fundamento ao seu recurso. Não se pode admitir que apenas uma das partes tenha acesso aos fundamentos que embasem a sua versão das decisões judiciais" (ROSA & CONOLLY, 2015).

O teor do voto divergente é de suma importância para o exercício da ampla defesa do acusado. A fundamentação de toda decisão é elemento obrigatório imposto pelo conjunto normativo do direito brasileiro, e isto se deve em razão da importância presente nesta fundamentação; é a partir daí que será disposta a razão pela qual aquela decisão veio a ser tomada, permitindo que o sujeito possa estar ciente do exercício da igualdade e da ausência de arbitrariedade ou abuso por parte do juiz (CAVALCANTE, 2012).

É inaceitável a formação de decisões de forma oculta, que não é juntada aos autos do processo. O réu tem a garantia constitucional de saber o teor de todos os argumentos expostos em seu favor e desfavor, para utilizá-los tecnicamente da melhor forma possível no atributo de sua defesa (ROSA & CONOLLY, 2015).

Com isso, a formação do colegiado no âmbito de processo criminal, de acordo com as normatizações impostas pela lei que o institui, deve ser vista como forma de preservação da integridade física dos magistrados atuantes em varas criminais pelo país. No entanto, esclarece o presente estudo que, juntamente com a maior oferta de segurança aos magistrados, a lei, em razão disto, deixou de exercer certas garantias constitucionais do indivíduo investigado.

A inobservância destas garantias, em especial a publicidade dos atos processuais e a ampla defesa, deixa de ofertar ao sujeito investigado um processo justo com o efetivo exercício da plenitude de defesa, abarcando todas as

possibilidades de produção de provas. O voto divergente deve ser visto como parte integrante da decisão, e não deve, portanto, ser suprimido em detrimento da preservação da integridade física dos magistrados. É de extrema importância a publicação de todos os argumentos contidos na decisão, inclusive àqueles divergentes da decisão final, pois, aí estará intrínseca a possibilidade de reforma desta decisão, valendo-se dos mesmos argumentos e fundamentos. Resta por meio da supressão da publicidade do voto divergente do colegiado, a ofensa aos princípios constitucionais da Publicidade e consequentemente da Ampla defesa.

4 A APLICAÇÃO EFETIVA DA LEI

O presente capítulo é reservado a análises quanto à aplicação da Lei nº 12.694/2012, em especial quanto à formação do colegiado em primeiro grau de jurisdição possibilitado pela referida.

A princípio, será posta uma análise de dados estatísticos auferidos a partir de pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que permitiu acesso a poucos dados em razão de sigilo judicial das informações, mas que contribuiu de forma significativa para o capítulo e o trabalho como um todo, tendo em vista que fora possível conhecer casos em que foram instituídos o colegiado nos moldes previstos pela Lei em cada competência territorial. Além disso, é exposta a regulamentação interna de cada Tribunal acerca da formação do colegiado.

Em segundo plano, o presente capítulo apresenta entrevistas semiestruturadas com magistrados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que tiveram a oportunidade de participar de um colegiado a partir da Lei nº 12.694/2012. Fora realizada entrevista pessoal com os magistrados, que responderam a diversas questões acerca da formação do colegiado, trazendo importantes considerações para a análise de aplicação da Lei.

A partir de então, o presente capítulo retoma aos pontos abordados no primeiro e em especial segundo capítulo, a fim de relacioná-los com os dados de

aplicação efetiva da Lei, fazendo uma ponderação dos conceitos definidos com a aplicação prática, o que demonstra a efetividade do colegiado, sendo excluídas as críticas quanto ao instituto trazido pela Lei.

Por fim, registra-se uma breve análise acerca da pouca aplicação do colegiado em casos concretos, que conclui pela existência de três possíveis causas que convergem para este resultado.

4.1 Dados estatísticos

A despeito da aplicação da Lei n° 12.694/2012, é de interessante apresentar dados estatísticos que comprovem esta aplicação ou a falta dela na referida Lei. Estes dados foram informados pelas das Corregedorias de Justiça dos respectivos Tribunais, em razão de que o fato da instituição do colegiado pelo magistrado ameaçado por organizações criminosas, deve ser comunicado à elas, como demanda a própria Lei.

Com isso, sabendo-se da importância destes dados, foram realizadas solicitações de informações com base na Lei nº 12.527/2011 a Lei de Acesso à Informação, junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, bem como. Em síntese, as solicitações realizadas por meio eletrônico demandaram informações acerca da existência de aplicação da Lei, a quantificação destes incidentes, e características dos desdobramentos que a formação do colegiado propicia.

Ambos os contatos foram prontamente atendidos no limite de suas atribuições, razão pela qual foi possível auferir dados acerca da regulação dada pelos Tribunais citados, bem como o número de casos efetivos em cada um. Dados que, certamente contribuirão para uma conclusão acerca da aplicação da Lei em estudo.

Todos os dados obtidos junto aos Tribunais estão dispostos a seguir, de maneira a identificar que a aplicação da Lei é bastante restrita, quase que rara, o que não diminui a sua importância, demonstrada ao longo do trabalho.

4.1.1 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Em cumprimento à exigência trazida pela Lei n°12.694 de 2012, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios regulamentou o procedimento a ser adotado pelo magistrado no âmbito das prerrogativas trazidas pela lei, por intermédio da Resolução n°10 de 19 de junho 2013 e da Portaria GC 78 de 5 de junho de 2017, respectivamente do Presidente e do Corregedor da Justiça daquele Tribunal, em anexos ao presente trabalho (DISTRITO FEDERAL, 2013) (DISTRITO FEDERAL, 2017).

Tais regulações podem ser vistas como norma interna, que disciplinaria, a partir de então, os procedimentos a serem adotados pelo Tribunal, e em especial pelos magistrados que opinarem pelo julgamento nos moldes postos pela Lei. Ambas regulam somente o procedimento de instauração do colegiado, ainda que no máximo regulem o acompanhamento deste processo administrativo para a sua futura extinção, não interferindo em questões jurisdicionais, mas somente administrativas internas (DISTRITO FEDERAL, 2013) (DISTRITO FEDERAL, 2017).

Como se espera, ambas as regulações demonstram claramente que a decisão de instauração do colegiado é exclusiva do magistrado, seja titular ou substituto, e que este fato deve ser comunicado à Corregedoria de Justiça com a devida justificação ou fundamentação e indicação das circunstâncias que promovam risco à sua integridade física (DISTRITO FEDERAL, 2013) (DISTRITO FEDERAL, 2017).

A Corregedoria, de posse da informação de instauração do colegiado, procederá imediatamente ao sorteio eletrônico dos outros dois juízes que irão compor o colegiado, sendo que o sorteio será realizado com base em uma lista atualizada com o nome de todos os magistrados titulares de competência criminal do Distrito Federal, observando a circunscrição judiciária de tramitação do processo, excluindo-se somente os juízos de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (DISTRITO FEDERAL, 2013). Ainda com relação ao sorteio de membros do

colegiado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios resolve pelo sorteio de 4 (quatro) nomes, de modo que, os dois últimos sorteados servirão de suplentes em caso de suspeição ou impedimento dos dois primeiros, estando restritos a estas condições (DISTRITO FEDERAL, 2013).

Caberá também à Corregedoria da Justiça, por meio de certidão, dar ciência do sorteio aos sorteados e ao juiz requerente, que deverá fazer juntada desta aos autos. O colegiado se limitará para o ato ao qual foi chamado, e não poderá ser instaurado em Plantão Judiciário. As reuniões poderão ser sigilosas, e a decisão deverá ser una, conforme art. 9° da Resolução n° 10 de 2013, abaixo transcrito (DISTRITO FEDERAL, 2013):

> Art. 9º A decisão do colegiado é una e deverá ser firmada, sem exceção, por todos os seus integrantes, dela não constando nenhuma referência a eventual voto divergente de qualquer membro (DISTRITO FEDERAL, 2013)

Por fim, as normatizações internas impõem a comunicação da extinção do colegiado, para arquivamento do processo administrativo junto à Corregedoria da Justiça (DISTRITO FEDERAL, 2013).

No âmbito destas regulações, a Corregedoria da Justiça do TJDFT dispõe de dados estatísticos acerca da aplicação da lei, em especial a instauração do colegiado no primeiro grau de jurisdição, que são de suma importância para o estudo acerca da aplicação prática da lei nos casos concretos. Com isso, buscou-se do órgão corregedor informações que pudessem demonstrar como a lei vem sendo aplicada na jurisdição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (APÊNDICE A, 2018).

É sabido que a lei opera em casos muitíssimos peculiares em razão de seu próprio objeto, lê-se a proteção aos magistrados ameaçados por organizações criminosas e voltadas para o cometimento de delitos. A primeira restrição se dá em razão da investigação ou apuração de crimes envolvendo organizações criminosas, e a partir daí, deve o juiz, para a aplicação da lei no caso concreto, sentir-se ameaçado

e indicar as circunstâncias destas ameaças em sua decisão, afunilando ainda mais a aplicação da lei, o que se entende por correto.

Com isso, a Corregedoria da Justiça informou em processo administrativo junto à Ouvidoria do Tribunal, cujo objeto era a prestação de informações acerca da aplicação da lei nesta jurisdição, formulado por esta Aluna, importantes dados para auxiliar a análise da aplicação da lei, em especial, a formação do colegiado (APÊNDICE A, 2018)..

O documento emitido pela Corregedoria da Justiça, formulado com base em perguntas demonstra que desde a regulação dos procedimentos administrativos no ano de 2013 por meio da Resolução n° 10, em todo o Distrito Federal, houve apenas 4 (quatro) casos de aplicação da lei para a formação de colegiado em primeiro grau, sendo que dois deles já foram extintos (APÊNDICE A, 2018).

Em questionamento acerca dos processos que ainda se encontram ativos, a fim de apurar as circunstâncias da aplicação da lei, a Corregedoria se limitou a informar que o processo administrativo de instauração do colegiado é mantido em sigilo, o que limita o órgão a não divulgação de tais dados. Informa ainda, que a Corregedoria atua somente no procedimento de sorteio dos membros, mantendo controle somente acerca da abertura e encerramento das atividades do colegiado, e, se for o caso, a troca de membros, por exemplo, em casos de afastamentos, férias e promoções (APÊNDICE A, 2018).

Nos quatro processos em questão, a formação do colegiado teve competência para todo o andamento do processo até a prolação da sentença, por critério do juiz. Com relação à publicitação de voto divergente do colegiado, o órgão aduziu que não trata de questões de cunho jurisdicional, e que, portanto, não possui a informação (APÊNDICE A, 2018).

Ainda, como informação relevante, não há solicitação de segurança ou escolta por nenhum dos juízes membro de colegiado em primeiro grau no Distrito Federal (APÊNDICE A, 2018).

Embora tenha aparência de informações simples, os dados estatísticos obtidos através da Corregedoria da Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios são importantes para contribuir na formação de uma conclusão acerca da aplicação da lei no plano fático, o que será posto adiante neste capítulo.

4.1.2 Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Quanto à Justiça Federal, no âmbito da competência de sua 1ª Região, os dados apontam para o mesmo sentido do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Assim como naquele Tribunal, foi necessária a regulamentação interna acerca do procedimento administrativo a ser utilizado para a instauração do colegiado, como exige a Lei em estudo. Tal regulamentação deve ser vista como normatização interna do Tribunal para a efetivação da aplicação da Lei (BRASIL1, 2015).

A regulamentação da Justiça Federal da 1ª Região se deu em março do ano de 2015, a partir da Resolução do Presidente nº 13, que definiu, em seu texto, a competência da Corregedoria Regional para criação de grupos de magistrados elegíveis para integrar os colegiados, a partir de cada seção judiciária (BRASIL1, 2015). Com isso, a Corregedoria Regional do Tribunal Regional Federal da 1ª Região constituiu após a regulamentação dada pela Presidência, 12 (doze) grupos de varas federais de competência criminal em todo território de competência do TRF1, que concentraram, a partir de então, magistrados titulares ou substitutos elegíveis para sorteio nos moldes previstos pela Lei nº 12.694/2012 (BRASIL2, 2015).

A Justiça Federal da 1ª Região deixa claro em sua normatização interna que a decisão de instauração do colegiado é ato exclusivo do juiz natural da causa, não fugindo à descrição da Lei, que deverá comunicar tal decisão ao juiz federal diretor do foro de sua seção judiciária para que, em até 24 (vinte e quatro) horas seja realizado o sorteio eletrônico dos outros magistrados que comporão o colegiado, sorteio este realizado a partir do grupo de varas elegíveis da subseção ou seção

judiciária que atua o juiz natural da causa, conforme criação da Corregedoria explicitada acima (BRASIL1, 2015).

Assim como regula o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, serão sorteados 4 (quatro) juízes, sendo que os dois últimos servirão de suplentes. Havendo arguição de impedimento ou suspeição, será realizado um novo sorteio visando o preenchimento da vaga, o que cabe interpretar, que os suplentes sorteados servirão para casos de afastamentos, promoções, entre outras causas que poderiam ocasionar a incompletude do colegiado (BRASIL1, 2015).

Caberá ao juiz federal diretor do foro comunicar a realização do sorteio e consequente formação do colegiado aos juízes sorteados e à Corregedoria Regional, através de um documento oficial criado pelo Tribunal para este ato, denominado "Comunicação da Composição do Colegiado", que será encaminhado por via eletrônica (BRASIL1, 2015).

Com o colegiado devidamente formado, o juiz natural do processo deverá intimar o Ministério Público e a defesa para conhecimento do ato (BRASIL1, 2015).

Assim como determina a Lei, o Tribunal certifica que as reuniões poderão ser sigilosas, mas quando não o forem deverá constar o registro com as datas de realização das mesmas no processo, vedando-se a transcrição dos debates realizados. Quanto às decisões do colegiado, a regulamentação do Tribunal afirma que estas devem ser unas, firmadas por todos os membros e não constando referência a voto divergente, sendo que o texto deve ser redigido por um dos membros em acordo dos demais e em conformidade com o entendimento majoritário (BRASIL1, 2015).

Por fim, e seguindo a normatização exposta anteriormente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a Justiça Federal da 1ª Região também não permite a formação do colegiado em plantão forense, em razão de suas peculiaridades (BRASIL1, 2015).

Seguindo para o ponto de maior relevância objetivado pela pesquisa junto à Justiça Federal da 1ª Região, serão expostos dados estatísticos acerca da formação de

órgãos colegiados em primeiro grau de jurisdição sobre a prerrogativa trazida pela Lei nº 12.694/2012, no âmbito das competências deste Tribunal (APÊNDICE B, 2018).

Em menção ao texto exposto quando da análise dos dados advindos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, é possível auferir que a Lei atua em casos muitíssimos pontuais e peculiares em razão de seu próprio objeto, o que restringe uma ampla aplicação.

Solicitei junto à Corregedoria da Justiça do Tribunal Regional Federal da 1ª Região dados acerca da aplicação concreta da lei. Em síntese, a solicitação realizada com base na Lei de Acesso à Informação requeria o fornecimento da quantificação de casos em que houve aplicação e efetiva formação do colegiado nos moldes da Lei nº 12.694/2012, bem como informações acerca da regulação interna do Tribunal, listagem dos processos ativos visando aprofundamento do estudo de aplicação da Lei em caso concreto e outros desdobramentos (APÊNDICE B, 2018).

A Corregedoria é órgão competente para o fornecimento de tais informações, tendo em vista que a decisão de formação do colegiado pelo magistrado deve à ela ser comunicada e, ainda, vista-se de que esta é a responsável pela regulação de tal procedimento nos moldes da Lei (BRASIL, 2012).

Em resposta ao Processo Administrativo de requerimento de informações, a Corregedoria limitou-se a informar dados referentes apenas à última gestão, que iniciou-se em abril de 2016, de responsabilidade do Desembargador Federal João Batista Moreira (APÊNDICE B, 2018).

Com isso, a informação obtida é de que desde abril de 2016 foram comunicadas as formações de 3 (três) colegiados no âmbito da competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Destes, 2 (dois) ocorreram na Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais e 1 (um) na Seção Judiciária do Estado do Amazonas (APÊNDICE B, 2018).

Nos três processos, a Corregedoria informou que não pode responder aos demais questionamentos realizados no intuito de auferir melhor conhecimento sobre a aplicação prática da Lei, pois estes dados seriam de caráter sigiloso, impedindo a publicidade de informações (APÊNDICE B, 2018).

Com isso, não foi possível auferir informações simples acerca da aplicação da Lei, como por exemplo a competência dos colegiados, se somente para um ato do processo em concreto, ou se para todos eles desde o recebimento da inicial acusatória, se houve em algum momento solicitação de outros meios de garantia de segurança e integridade física dos magistrados membros do colegiados como por exemplo, escolta policial de segurança – ou se somente a formação do colegiado foi significativa para garantir a integridade dos magistrados, entre outras questões. No entanto, o único dado trazido pela Corregedoria da Justiça é de suma importância para o estudo da aplicação efetiva da Lei (APÊNDICE B, 2018).

É a partir destes dados estatísticos trazidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que é possível auferir um baixíssimo número instauração de colegiados em casos concretos. Isto porque deve-se considerar a larga atuação da Justiça Federal da 1ª Região, abrangendo 14 (quatorze) Estados Brasileiros, e a competência territorial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

É possível concluir, a partir destes dados, que inexiste uma aplicação da Lei em larga escala, o que deve ser visto como uma boa informação, já que é requisito da Lei a demonstração de circunstâncias que empreguem risco à integridade física do magistrado. Nota-se que se a Lei não vem sendo aplicada rotineiramente, sua razão pode ser vista pela inexistência de ameaças que demonstrem risco efetivo aos juízes. No entanto, serão trazidas ao longo do capítulo mais informações acerca da aplicação da Lei, com intuito de dirimir outras possibilidades que contribuem para que o instituto do colegiado seja pouco utilizado (APÊNDICE B, 2018).

4.2 Com a palavra, os integrantes do Colegiado

A presente pesquisa estendeu-se para a realização de entrevistas pessoais com magistrados que participaram de colegiados instituídos nos moldes da Lei nº 12.694/2012, no âmbito da competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Para isso, em razão da inexistência de informação advinda do órgão corregedor deste Tribunal indicando os processos em que houve tal atuação, fora realizada pesquisa jurisprudencial nesta competência territorial, visando a possibilidade de agregar informações acerca da aplicação da Lei nos casos concretos (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Desta pesquisa de jurisprudência, somente foi possível localizar um dos quatro processos em que houve a formação do colegiado no primeiro grau de jurisdição, o qual se encontra em julgamento pela segunda instância (DISTRITO FEDERAL, 2014). O referido processo, registrado sob o número 2014.01.1.184157-2, encontra-se em sigilo judicial, o que não permite a tomada de maiores informações acerca do caso em si, mas sabe-se a partir das poucas informações que é possível obter junto aos andamentos processuais disponíveis no endereço eletrônico do Tribunal, que se trata de um processo que julga o cometimento de crimes por pelo menos 6 (seis) réus possíveis integrantes da organização criminosa conhecida como PCC – Primeiro Comando da Capital, que buscava exercer suas atividades no Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2014).

O processo teve início no ano de 2014, e em vários andamentos processuais com tomada de decisões, foi possível identificar o nome de três magistrados vinculados a estas, o que permitiu uma pesquisa de campo com os referidos magistrados para melhor conhecer a aplicação da Lei no caso concreto, com a consequente formação do colegiado em primeiro grau de jurisdição. Com isso, buscou-se a palavra dos três magistrados integrantes do referido colegiado do caso concreto apresentado (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Em síntese, foram realizadas entrevistas presenciais onde fora apresentado o plano fático a ser questionado e realizadas diversas perguntas abarcando todo o conteúdo já estudado nesta pesquisa, ficando as perguntas condicionadas ao critério do magistrado em respondê-las ou não. Ainda, quando possível, foi realizada a gravação em áudio de toda a entrevista, visando uma melhor explicitação e citação da mesma (APÊNDICE C, 2018) (APÊNDICE D, 2018).

Nota-se que a palavra dos magistrados contribuiu efetivamente para a conclusão acerca da aplicação da Lei em si, visto que, são eles os protagonistas do instituto aqui estudado, sendo a partir deles que todo o trâmite de aplicação da Lei terá início.

Com isso, passo a descrever as entrevistas com magistrados membros do colegiado em primeiro grau instituído nos moldes da Lei nº 12.694/2012 no Distrito Federal. Saliento que não haverá identificação dos magistrados visando manter um critério no decorrer do texto, tendo em vista que nem todos autorizaram expressamente tal citação.

4.2.1 Juiz 1

O "Juiz 1" foi o juiz natural do processo nº 2014.01.1.184157-2 (TJDFT) em que foram apurados fatos delituosos cuja autoria foi empregada à integrantes da organização criminosa conhecida como PCC – Primeiro Comando da Capital e responsável por arguir e decidir pela formação do colegiado em primeiro grau de jurisdição a partir da Lei nº 12.694/2012 (APÊNDICE C, 2018).

Em entrevista realizada em 2 de março do corrente ano, nas dependências do Fórum Desembargador José Júlio Leal Fagundes, não foi possível auferir gravação em áudio ou vídeo, o que não diminuiu a importância de suas palavras e opiniões acerca da aplicação da Lei e o caso concreto em si, tendo em vista seu papel de protagonista do colegiado em razão de sua decisão pela instauração do instituto

(APÊNDICE C, 2018). A pesquisadora, assim, tomou nota das informações prestadas pelo "juiz 1" durante a entrevista.

Ao início, cabe ressaltar que em razão do tempo decorrido e da quantidade de processos julgados nos últimos anos, o juiz 1 afirma não se recordar totalmente do caso concreto e de suas peculiaridades, inclusive questões pontuais acerca da instauração do colegiado, o que pode diminuir a amplitude das informações trazidas, porém, buscou-se aqui a exposição destas informações em razão da importante atuação nos moldes da pesquisa (APÊNDICE C, 2018).

Ao ser questionado acerca dos motivos que o levaram à decisão, o MM. Juiz limitou-se em dizer que utilizou da normatização do Tribunal, através de Resolução e Portaria já explicitadas aqui. Isso importa dizer que a decisão de instauração do colegiado empregada nos moldes da normatização dada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é consequentemente derivada da Lei em estudo, o que pressupõe alguma situação de ameaça à integridade física do juiz, visto que este é um requisito empregado pela Lei. Ademais, neste ponto, o MM. Juiz ainda acrescentou, informando que se tratava de uma causa muito complexa, com vários réus, de uma dimensão muito grande, e que o colegiado seria naquele momento uma decisão acertada (APÊNDICE C, 2018).

Com o colegiado formado, as reuniões com os demais membros para a discussão acerca das tomadas de decisões no processo se davam segundo o MM. Juiz, sempre de forma presencial, sendo que poderiam ser tratados alguns pontos de menor importância através de tecnologias disponíveis no Tribunal, como por exemplo o uso de e-mails. No entanto, é enfático em afirmar que as reuniões sempre se deram de maneira institucional, nunca de forma informal. Não pôde afirmar se houveram reuniões sigilosas, como a Lei prevê sendo uma possibilidade, e aduz não poder falar mais deste ponto em razão de sigilo (APÊNDICE C, 2018).

Quanto à tomada de decisões, o MM. Juiz afirma que estas se davam de maneira uniforme, de forma que os diálogos e as discussões realizadas nas reuniões

contribuíam para a unificação de um entendimento acerca do caso concreto e da decisão a ser tomada naquele momento processual, de forma que não houve a possibilidade de excluir a publicitação de algum voto divergente de membro do colegiado, como possibilita a Lei (APÊNDICE C, 2018).

Ademais, o MM. Juiz afirma que não pode trazer maiores informações pois é cercado pelo sigilo judicial da causa, e ainda, conforme explicitado acima, o tempo decorrido não contribui para o emprego de expressões incontestáveis (APÊNDICE C, 2018).

No entanto, é possível auferir a opinião particular do magistrado acerca da aplicação da Lei, o qual considera que a possibilidade de instituir um colegiado neste caso em concreto contribuiu para a tomada de uma decisão final muito bem elaborada, robusta e democrática, atentando-se sempre a legalidade em todos os sentidos. O magistrado opina ter sido uma excelente experiência do ponto de vista da elucidação do caso concreto, sendo o debate entre os membros do colegiado um importante instrumento de aprendizado para o juiz e de decisão fundamentalmente legal para o réu (APÊNDICE C, 2018).

Não opina, entretanto, acerca da efetividade da Lei no fim para o qual se propõe, ou seja, a proteção aos magistrados, limitando-se a dizer que a Lei surgiu como um importante mecanismo de auxílio ao juiz. Quanto aos dados obtidos através da Corregedoria da Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o magistrado opina que o Distrito Federal não é um território com características de atuação de grandes organizações criminosas que possam atentar contra a integridade física dos magistrados, e que talvez este possa ser um motivo para o baixo índice de aplicação da Lei nesta competência territorial (APÊNDICE C, 2018).

No entanto e em síntese, complementa que o colegiado é um órgão com características de composição, debate, troca de informações e conhecimentos e que para sua perfeita harmonia é necessário o gosto por estas características e pela

democracia, não sendo uma boa opção para magistrados que não dispõem intrinsecamente desta qualidade. O magistrado de primeiro grau é acostumado à tomada de decisões em seu livre convencimento, de forma singular, é acostumado a decidir sozinho, e esta rotina pode contribuir para a ineficiência na aplicação da Lei (APÊNDICE C, 2018).

Por fim, o magistrado suscitou que teve oportunidade de participar de outro colegiado nos moldes da Lei n° 12.694/2012, em razão de ter sido sorteado eletronicamente para sua composição, e descreveu que nesta ocasião em específico não foi obtida uma experiência consideravelmente boa, exatamente em razão da dificuldade para a formação de uma decisão em caráter de colegialidade. Aqui, o magistrado não decide sozinho como a rotina, existe a necessidade do debate, da troca de posições e este pode ser um segundo motivo pelo qual a Lei não é aplicada em maior escala (APÊNDICE C, 2018).

Em conclusão, evidencia-se que o depoimento do magistrado traz importantes informações a respeito da aplicação prática da Lei, mas principalmente em relação à pouca procura pelo instituto, o que poderá ainda ser apurado na próxima entrevista que segue (APÊNDICE C, 2018).

4.2.2 Juiz 2

Juiz convocado a compor o colegiado do processo em referência por meio de sorteio eletrônico conforme determina a Lei, aqui identificado como “Juiz 2”.

Seguindo o mesmo critério da entrevista anterior, esta fora realizada em 23 de março deste ano nas dependências do Fórum Professor Júlio Fabbrini Mirabete, ocasião em que fora utilizado sistema de gravação de áudio com expressa autorização do interlocutor, a degravação está disponível em apêndice ao final deste trabalho. A entrevista se deu em forma de perguntas idealizadas por esta Aluna, de maneira a abranger todo o conteúdo exposto no presente trabalho, ficando a critério do magistrado respondê-las (APÊNDICE D, 2018).

O magistrado, de posse de informações breves a respeito da aplicação da Lei e a respeito do caso concreto em si, afirmou que fora notificado pela Corregedoria da Justiça do Tribunal acerca de sua designação a partir de sorteio para compor o colegiado em razão da arguição do procedimento pelo Juiz Natural da causa, além de também ser informado pelo próprio Juiz titular do processo (APÊNDICE D, 2018).

A formação do colegiado teve início a partir do recebimento da denúncia, sendo mantido na prolação da sentença e, salvo engano em razão do decurso de tempo, o magistrado se recorda ainda do colegiado atuando no recebimento de recurso. Com isso, o colegiado foi responsável e atuante em toda a formação de provas e culpa pela parte ré (APÊNDICE D, 2018).

O magistrado afirma que se trata de um procedimento relativamente novo, e que não existe vasta aplicação, o que fez com que o colegiado aprendesse na prática como seria atuar em um processo com esta peculiaridade trazida pela Lei em discussão (APÊNDICE D, 2018).

Colegiado formado, o magistrado afirma que as reuniões para a tomada de decisões no curso do processo se davam de maneira informais, isto é, não seriam publicadas nos autos do processo, e tinham a finalidade de discutir as questões trazidas pelo feito, de maneira presencial quando existia a necessidade de realização de algum ato formal no processo, como a designação de alguma oitiva, designação de datas de audiência, entre outros. Neste passo, fora possível auferir, que não houve a necessidade de realização de reuniões sigilosas como permite a Lei, assim como também não houve a necessidade de suprimir a publicidade de algum “voto” divergente nas decisões (APÊNDICE D, 2018).

As decisões foram tomadas a partir de uma unificação de entendimentos, uma construção em conjunto. Em óbvio, houve divergências, mas que foram elucidadas e relativizadas para a formação de uma decisão una. O magistrado se recorda em especial de divergência quanto à fixação da pena, que, no entanto, fora solucionada entre os membros (APÊNDICE D, 2018).

Questionado acerca da nomenclatura popularmente empregada à Lei, como sendo a "Lei do Juiz Sem Rosto", o magistrado não identifica esta semelhança, visto que o instituto aqui empregado trata-se de uma busca pela diluição da responsabilidade das decisões visando a proteção dos magistrados, e não converge com a não identificação dos juízes como prega o "Juiz Sem Rosto", pelo contrário, aqui todos os membros do colegiado são facilmente identificáveis. Em suas palavras, o instituto "não pode se assemelhar", acrescentando que todos os magistrados sempre estiveram presentes no contato com os réus em audiência, contato com os advogados, etc (APÊNDICE D, 2018).

Quanto à aplicação do colegiado, o magistrado reforça a tese de que fora um instrumento importante para o curso do processo em si, mas que o magistrado de primeiro grau não está acostumado com este tipo de julgamento. O magistrado de primeiro grau está sempre sozinho em suas decisões e este se trata de um instrumento um tanto quanto alheio a esta rotina, julgando, entretanto, como uma experiência extremamente enriquecedora (APÊNDICE D, 2018).

Não houve alusão a críticas ou quaisquer comportamentos por parte da Defesa e do Ministério Público. Quanto à opinião individual do magistrado acerca da pouca procura pelo instituto, na competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o magistrado atribui ao fato de ser um procedimento relativamente novo em que os magistrados ainda não estão acostumados, ainda se sentem inseguros com o instituto em razão disto, além de que as circunstâncias de criminalidade locais não contribuírem para tanto (APÊNDICE D, 2018).

Por fim, considera a Lei uma importante aliada na proteção aos magistrados, com a percepção de que existe o objetivo de propiciar um ambiente livre de coibição no julgamento do processo, além de entender que inexiste qualquer possibilidade de ofensa a princípios constitucionais (APÊNDICE D, 2018).

4.3 Análise acerca da aplicação da Lei

Diante dos dados apresentados, a presente pesquisa pretende relacioná-los com as demais informações trazidas nos primeiros capítulos, em especial, quanto aos princípios processuais e constitucionais aqui investidos. Isto porque, para uma análise efetiva do emprego da Lei, não basta que sejam trazidas informações acerca de sua aplicação sem uma análise pontual da forma pela qual é aplicada, observando-se os pontos fundamentais que constroem sua utilização pelos magistrados.

Em princípio, cabe ressaltar a partir de todos os dados obtidos ao longo desta pesquisa, em especial quando tratou-se da possível identificação do instituto previsto na legislação brasileira, com àquele empregado por outros países conhecido como "Juiz Sem Rosto", que ambos não ostentam de analogias que possam ser empregadas de maneira correta. De fato, os institutos não se assemelham e não devem ser comparados entre si, a não ser que para distinção (FERREIRA, 2012).

Assim como o texto construído ao início deste trabalho propiciou esta conclusão, os dados obtidos quando a pesquisa circundou a respeito da aplicação prática da Lei, em entrevista aos magistrados e em obtenção de informações junto às Corregedoria dos Tribunais também convergem para esta mesma conclusão, de maneira que as duas formas de pesquisa contribuem para o mesmo resultado, não deixando dúvidas quanto à sua veracidade (APÊNDICE D, 2018).

No tocante aos princípios do direito trazidos ao longo do segundo capítulo, fora possível concluir para a existência de inobservância da Lei aos preceitos trazidos por alguns destes princípios, em especial o Princípio da Publicidade e consequente Ampla Defesa (OLIVEIRA, 2016) (FERNANDES, 2010). A partir das conclusões trazidas naquele capítulo, será realizada uma correlação com os dados trazidos pelos Tribunais quando da aplicação efetiva da Lei, mas em especial, aos dados trazidos pelos magistrados atuantes em colegiado instituído nos moldes da Lei nº 12.694/2012 (APÊNDICE D, 2018).

Os referidos princípios foram objetos de uma conclusão negativa quanto à existência de observância no âmbito da Lei nº 12.694/2012, no tocante à possibilidade trazida de não publicação de voto divergente de membro do colegiado na decisão (OLIVEIRA, 2016). Isto é, havendo divergência de votos dos magistrados integrantes do colegiado, a Lei permite não haver publicação deste voto divergente, o que demonstra ofensa ao princípio constitucional da publicidade e consequentemente o princípio da ampla defesa, pelos motivos expostos ao longo do segundo capítulo, dentre eles, a existência de prejudicialidade na elaboração de uma boa defesa técnica, direito resguardado pela Constituição (OLIVEIRA, 2016) (FERNANDES, 2010).

Com isso, buscou-se junto aos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região informações acerca da existência de supressão da publicidade de voto divergente nos colegiados instituídos nos moldes da Lei e em competência de seus territórios. Contudo, em resposta, os dois tribunais afirmaram a impossibilidade de disponibilizar esta informação em razão do sigilo judicial (APÊNDICE A, 2018) (APÊNDICE B, 2018). Desta forma, passou-se ao questionamento dos magistrados que atuaram em órgãos instituídos segundo a Lei, a fim de verificar as condições em que fora publicada a decisão do colegiado (APÊNDICE C, 2018) (APÊNDICE D, 2018)..

Quando questionados pontualmente a respeito da existência de supressão de publicidade de algum voto divergente do colegiado, os magistrados afirmaram categoricamente que as decisões eram elaboradas a partir de uma junção de todos os argumentos trazidos para o colegiado. Não houve existência da possibilidade de ausência de publicação de divergência, pois as decisões eram construídas em conjunto pelos três membros do colegiado e unificadas em um único texto, de forma que as divergências foram relativizadas (APÊNDICE A, 2018) (APÊNDICE B, 2018).

Isso permite dizer que, assim como se espera, não existe a construção de três decisões onde se suprime aquela que houver divergência, entendendo-se que as

outras duas são decisões majoritárias e construindo a decisão a partir delas, somente. Assim como já exposto ao longo deste trabalho, um colegiado tem características de troca de argumentos e posições, o que fora demonstrado pelos magistrados entrevistados (ROSA E CONOLLY, 2015). Entende-se não haver a supressão de um argumento divergente quando existe um debate em que a opinião de todos os magistrados é levada em conta, relativizada em razão da opinião dos outros para a formação de uma decisão unânime, que seja frisado, transmitirá o argumento dos três magistrados (APÊNDICE A, 2018) (APÊNDICE B, 2018)..

A forma utilizada pelos magistrados entrevistados, no caso concreto, parece ser um meio efetivo de construir uma decisão que não permita que o réu seja prejudicado em sua defesa em razão da inexistência de algum argumento benéfico para si (ROSA E CONOLLY, 2015).

Com isso, entende-se que, apesar de existir um óbice quanto aos princípios constitucionais da publicidade e, em consequência, da ampla defesa, a prática dos magistrados que decidiram pela formação do colegiado e seus integrantes vem contribuindo para que isto não prejudique o réu, utilizando a possibilidade trazida pela Lei de forma inteligente e democrática, na forma que todos os argumentos contribuirão para a formação de uma decisão uma (APÊNDICE C, 2018).

Esta é uma conclusão a partir das entrevistas realizadas com os magistrados atuantes em um caso concreto, o que não impede que em outros casos a decisão possa ter sido construída de maneira diferente, informação inexistente neste trabalho. Com isso, não pode-se afirmar que a ofensa aos princípios constitucionais está dirimida, pois a Lei cita expressamente a possibilidade de supressão do voto divergente, porém, nota-se que na prática é possível a depender dos magistrados, que este problema seja resolvido de forma muito sábia (APÊNDICE D, 2018) (APÊNDICE C, 2018).

4.4 Colegiado frustrado

Em remissão ao primeiro capítulo, nota-se possível auferir que o colegiado disciplinado pela Lei n°12.694/2012 foi constituído como uma opção para o enfrentamento às frequentes ameaças para com os magistrados, em especial os de competência criminal (AJUFE, 2006). A formação do colegiado é cercada pela necessidade de dissolução da responsabilidade atribuída ao magistrado na tomada de decisões no curso do processo penal, como meio de prevenção de possíveis retaliações que pudessem interferir na forma pela qual o magistrado decide, além de resguardar a sua integridade física em razão da dissolução da responsabilidade pela tomada de decisões (OLIVEIRA, 2013).

Entretanto, a partir dos dados obtidos junto às Corregedorias da Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, é possível verificar que existe uma baixa procura pelo instituto do colegiado, quando que em todo o território de competência da Justiça Federal da 1ª Região somente foram instaurados 3 (três) colegiados e na Justiça do Distrito Federal houve a ocorrência de apenas 4 (quatro) casos. Isso imprime uma curiosidade acerca destes baixos números, considerando-se que a Lei tem mais de cinco anos de vigência (APÊNDICE A, 2018) (APÊNDICE B, 2018).

Uma possível causa para este baixo índice de aplicação da Lei e efetivação da formação do colegiado no primeiro grau de jurisdição, é, de fato, o baixo número de ameaças à integridade física dos magistrados, visto que este é um requisito trazido pela Lei para a convocação do colegiado. O que é excelente, pois os magistrados estão resguardados a partir de outros meios, seja a própria segurança pública, ou qualquer outro meio (APÊNDICE D, 2018). Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que no primeiro semestre de 2016, houve notícia de 98 (noventa e oito) possíveis casos de magistrados em risco. Tal pesquisa foi realizada em todo o território nacional, incluindo Tribunais Superiores, Justiças Federais e Estaduais, não somente entre aqueles que atuem na competência criminal (CNJ, 2016).

Na opinião do juiz 2, o colegiado instituído nos moldes da Lei nº 12.694/2012 é algo ainda muito recente no ordenamento jurídico brasileiro, pois não existe muito conhecimento sobre o instituto, o que pode levar ao seu tímido uso (APÊNDICE D, 2018).

Mas, de forma mais relevante, foi possível concluir a partir das entrevistas realizadas com os magistrados que participaram de colegiado na forma descrita, que existe outra possibilidade para a pouca aplicação da Lei no que tange à formação do colegiado em primeiro grau de jurisdição (APÊNDICE C, 2018).

Sabendo-se que a decisão pela formação do colegiado é ato discricionário do Juiz Natural da causa, é possível verificar que existe uma resistência do magistrado de primeiro grau em arguir a formação do colegiado em razão de suas próprias características (APÊNDICE D, 2018). Um órgão colegiado é regido pela existência de concentração de pessoas designadas, em aplicação prática, para a solução de um conflito, enquanto que o juiz de primeiro grau está acostumado a trabalhar sozinho no exercício destas funções (APÊNDICE C, 2018).

Os magistrados entrevistados foram categóricos em afirmar que o colegiado é uma experiência um tanto quanto diferente daquela que estão acostumados os magistrados de primeiro grau, quando decidem sozinhos, fundamentam suas decisões sozinhos, sem a necessidade de troca de posições com outros, ou ainda sem a necessidade de relativização de seus fundamentos e opiniões. Este pode ser um outro fato responsável pela baixa procura e aplicação do instituto abordado exaustivamente nesta pesquisa (APÊNDICE C, 2018) (APÊNDICE D, 2018).

Com isso, pode-se notar três possíveis justificativas para a baixa utilização deste instituto, que devem ser consideradas em conjunto quando dos apontamentos a serem feitos acerca da formação do colegiado instituído no âmbito da Lei nº 12.694/2012.

Em conclusão, afirma-se que o presente capítulo buscou enriquecer a pesquisa trazendo informações acerca da aplicação da Lei, a prática em si, o que foi

concretizado a partir de dados estatísticos advindos dos Tribunais, bem como através de entrevistas realizadas com magistrados que participaram de um colegiado nos moldes previstos na Lei. Além disso, o capítulo faz menção a dados obtidos com os conceitos empregados nos capítulos anteriores a fim de relacionar a teoria com a prática na formação do colegiado, finalizando com a análise acerca da pouca procura pela formação de colegiados nos moldes da Lei, onde existem três possíveis conclusões.

Com tudo isto, foi possível verificar que o colegiado instituído pela Lei nº 12.694/2012 é um procedimento pouco utilizado, mas que em sua aplicação em casos concretos é possível excluir a existência de vícios como ofensas a princípios constitucionais, da publicidade e da ampla defesa, de forma que se torna um instrumento totalmente legítimo em favor da manutenção da integridade física dos magistrados. Além de que o pouco uso do instrumento pelos magistrados pode ser justificado em razão da inexistência de grandes ameaças no Distrito Federal, em razão de se tratar de instrumento relativamente novo, bem como pode ser justificada em razão da falta de preparo dos magistrados em atuarem em colegiados.

5 CONCLUSÃO

Ao início, é possível afirmar que o presente trabalho fora dedicado a compreender o mecanismo de proteção a magistrados trazido pela Lei nº 12.694/2012. Como pôde ser demonstrado, a Lei é comparada rotineiramente com o instituto do “Juiz Sem Rosto” utilizado por outros países, além de ser criticada em razão da possível ofensa a princípios constitucionais e processuais penais e incerteza acerca de sua efetividade.

Visto isso, a fim de esgotar todas as questões trazidas pelo tema, a pesquisa iniciou-se com uma pontual conceituação da Lei em si, de forma que, fora possível concluir pela inequívoca finalidade para a qual se propõe, seja a proteção à integridade física de magistrados. Observou-se que a referida legislação fora impulsionada em razão de acontecimentos trágicos, como o exemplo do assassinato

da magistrada Patrícia Acioli, que ganhou uma enorme repercussão midiática à época, servindo como base para o direito penal de emergência, tendo em vista a cobrança da população de soluções para os acontecimentos.

A proteção veio em formato de colegiado, em primeiro grau de jurisdição, para o julgamento de causas em que sejam investigadas e processadas organizações criminosas, além de outros meios administrativos que reforçam a segurança dos prédios da Justiça. No entanto, quanto ao principal instituto previsto pela Lei, o colegiado, sentiu-se a necessidade de uma melhor conceituação e distinção, tendo em vista que rotineiramente o colegiado é comparado com o instituto do "Juiz Sem Rosto" existente em outros países. Para isso, foi realizada uma pesquisa de direito comparado com países em que se tem notícia da utilização de institutos que possam de alguma forma ser comparados ou ao menos distinguidos.

Encontrou-se Peru, Colômbia, França e Itália como países em que possivelmente existiriam institutos parecidos com o brasileiro, objetivando entender o real sentido da expressão "Juiz Sem Rosto" ser empregada para referir-se ao instituto previsto na Lei nº 12.694/2012. No entanto, o que pôde-se auferir é que na realidade a comparação é errônea, pois o instituto previsto no Brasil se difere daqueles países. A lei nº 12.694/2012 não permite a supressão da identidade do magistrado, como na Colômbia e no Peru, que demonstraram graves ofensas a princípios do direito, ainda muito se difere da França onde existe uma Corte especial para o julgamento de crimes cuja pena mínima seja de 10 anos, instituto que se assemelha muito mais com o Tribunal do Júri no Brasil do que com o colegiado formado a partir da Lei nº 12.694/2012. Por fim, a Itália utilizou de procedimento que também não se assemelha com o brasileiro, pois, muito se se assemelha com o instituto previsto na Colômbia e no Peru, onde não havia publicação da identificação do magistrado em suas decisões.

Com isso, foi possível identificar que o instituto previsto na legislação brasileira em muito se difere destes países e não deve ser à ele atribuída a nomenclatura de "Juiz Sem Rosto", pois aqui o magistrado é sempre identificado no

processo, seja o juiz natural da causa ou os outros dois que comporão o colegiado, todos eles serão identificados, inclusive em suas decisões, o que protege os direitos do réu.

Em diante, o segundo capítulo dedicou-se a conceituação de princípios constitucionais e penais que de alguma forma teriam ligação com o instituto previsto na legislação brasileira. Ao início, fora utilizado o princípio do Juiz Natural a fim de verificar sua aplicação quando da utilização do colegiado em primeiro grau de jurisdição, onde verificou-se que o colegiado permite a pura prestação da garantia do princípio do Juiz Natural, tenho em vista que o processamento está previsto em Lei, além de reforçar a ideia de um julgamento imparcial, visto que o magistrado se vê isento de pressões inoportunas no julgamento da causa quando tem efetivada sua proteção.

Quanto ao princípio da Identidade Física do Juiz, verificou-se que este é passível de inúmeras exceções no curso do processo, de forma que o colegiado instituído nos moldes da Lei n] 12.694/2012 é uma delas, o que pressupõe-se como inoportunas alegações de inconstitucionalidade da Lei em razão de ofensa ao referido princípio.

Quanto aos princípios da Publicidade e consequentemente da Ampla Defesa, observou-se que a permissão formada pela Lei, da exclusão de publicitação de voto divergente do colegiado, infringi os referidos princípios. Isto porque, o princípio da Publicidade rege que todos os atos processuais deverão ser públicos às partes ao menos, e a supressão do teor do voto divergente agrava consequentemente a possibilidade de uma defesa técnica e plena, o que rege o princípio da Ampla Defesa. O caso, um princípio tem íntima relação com o outro, ao passo de que, sem a publicação do voto divergente a defesa do réu poderia restar prejudicada, que foi objeto de análise no terceiro capítulo.

Dedicado a análise da aplicação da Lei, o terceiro capítulo trouxe dados estatísticos acerca da utilização do colegiado no âmbito de competência do Tribunal

de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando foi possível auferir que os dois Tribunais contam juntos, com a formação de apenas 7 (sete) colegiados nos moldes da Lei Nº 12.694/2012. Além disso, através de uma pesquisa jurisprudencial no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios foi possível encontrar um processo em que houve a efetivação do instituto previsto na Lei em referência.

A partir disto, foram realizadas entrevistas presenciais com magistrados participantes deste colegiado, visando trazer para a pesquisa dados efetivos acerca da aplicação da Lei. As entrevistas foram de grande importância para o entendimento acerca da formação e aplicação da Lei nos casos concretos, agregando ainda, a opinião dos magistrados acerca do advento da Lei, tendo em vista que esta foi sancionada para a proteção deles.

Com estes dados, foi possível realizar uma análise entre a aplicação da Lei no caso concreto e os princípios abordados no segundo capítulo, onde foi possível auferir, que na prática, estes princípios que na leitura crua da Lei denotaram para uma possível inconstitucionalidade, em real, podem facilmente ser observados no curso no processo. Isto porque, no caso em concreto que fora realizada entrevista com magistrados foi possível identificar que as decisões do processo eram tomadas em uma unificação de entendimentos dos três juízes, o que faz dirimir a possibilidade de não publicação de voto divergente. De fato, não houve voto divergente, mas sim a unificação de um diálogo de três magistrados, assim como se espera de um colegiado, que em sua própria definição tem esta característica de troca de posições e unificação de entendimentos.

Além disso, foi possível trazer ao trabalho a partir do diálogo com magistrados atuantes em colegiado nos moldes da Lei, explicações acerca do pouco uso da Lei na prática, tendo em vista os dados encontrados junto aos Tribunais. Em síntese, notou-se que o colegiado é alvo de resistência dos magistrados de primeiro grau que estão acostumados com o julgamento a partir de seu único entendimento, além de que, se trata de um instituto relativamente novo. Com isso, entende-se que

os magistrados preferem decidir conforme sua conveniência e entendimento, sem a necessidade de compartilhamento de decisões com outros juízes, o que torna o instituto pouco utilizado.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *O juiz sem rosto e a lei nº 12.694/2012. 2012.* Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-juiz-sem-rosto-e-a-lei-no-1269412/9770>. Acesso em: 22 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL, AJUFE. *Sugestão de lei nº 258/2006.* 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2FBD9FCF7C569B4EEF0C8E4E35ACBBF6.proposicoesWebExterno2?codteor=425521&filename=Tramitacao-SUG+258/2006+CLP>. Acesso em: 2 out. 2017.

BENGOCHEA, Jorge. *Juízes sem rosto. 2012.* Disponível em: < http://justicacoativa.blogspot.com.br/2010/11/juizes-sem-rosto_17.html>. Acesso em:3 nov. 2017.

BEZERRA, Elton; MAZLOUM, Ali. *Lei do 'juiz sem rosto' viola garantias constitucionais. 2012.* Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2012-jul-25/lei-juiz-rosto-viola-garantias-constitucionais-dizem-advogados>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Comissão de Legislação Participativa. *Tramitação do PL2057/2007.* Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=368202>. Acesso em 3 abr. 2018.

BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 nov.2017

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil. 1824.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 9 nov. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei nº3.689 de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus *HC 110237/PA.*Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de fevereiro de 2013. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136389%3E>. Acesso em: 9 nov. 2017.

BRASIL1. Tribunal Regional Federal 1ª Região. *Resolução Presi n. 13, de 23 de março de 2015.* Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/48012>. Acesso em 24 de mar. 2018.

BRASIL2. Tribunal Regional Federal 1ª Região. *Portaria Coger n. 7, de 30 de março de 2015.* Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/100853>. Acesso em 24 de mar. 2018.

CAMPOS, Gustavo Henrique Barbosa. 2013. *O Contraditório e a Ampla Defesa no Processo Penal.* Disponível em:<https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12318>. Acesso em 16 nov. 2017.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.694/2012 (Julgamento colegiado em primeiro grau de crimes praticados por organizações criminosas).* 2012. Disponível em:< http://www.dizerodireito.com.br/2012/08/comentarios-lei-126942012-julgamento.html>. Acesso em 19 abr. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2012.

COLÔMBIA. *Decreto 2700 de 1991.* disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206#arriba>. Acesso em: 31 out. 2017.

COLÔMBIA. Suprema Corte da Colômbia. *Sentencia C-392, de 2000.* Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20024455#ver_20024461>. Acesso em: 27 out. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, CIDH. *Convenção americana sobre direitos humanos.* 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em : 22 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. *Comissão de juízes do CNJ acompanha apuração do assassinato de juíza no Rio.* 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57439-comissao-de-juizes-do-cnj-acompanha-apuracao-do-assassinato-de-juiza-no-rio>. Acesso em: 4 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. *Magistrados em situação de risco - Diagnóstico 2016.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/seguranca-do-poder-judiciario/analise-diagnostico-2016>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CORTEIDH. 2011. *Ficha Técnica: Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. 2011. Disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=367&lang=e>. Acesso em 1 nov. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Consulta Processual Pública.* 2014. Disponível em: <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20140111841572>. Acesso em 1 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Resolução 10, de 19 de Junho de 2013*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-pleno/2013/resolucao-9-de-19-06-2013>. Acesso em 20 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Portaria GC 78, de 5 de Junho de 2017.* Disponível em:<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-da-corregedoria/2017/portaria-gc-de-05-06-2017>. Acesso em 20 mar. 2018.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. *Princípios no Processo Penal Brasileiro*. Campinas: Copola, 1999.

Fagot, Maurice. *Les Cour d'Assises de France*. 2015. Disponível em: <http://www.courdassises.fr>. Acesso em 7 nov. 2017.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. *Nova lei não cria a perigosa figura do juiz sem rosto.* 2012. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2012-jul-29/hugo-torquato-lei-nao-cria-perigosa-figura-juiz-rosto>. Acesso em: 10 nov. 2017.

FRANÇA, Ministério da Justiça. *Sistema Judiciário da França - Cour d'Assises.* Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/cour-dassises-12027.html>. Acesso em: 7 nov. 2017.

FURTADO, Natália Moura *O julgamento colegiado de juízes instituído pela lei 12.694/12 e o princípio do juiz natural.* 2014. disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/4-Natalia-Moura-Furtado.pdf>. Acesso em: 10 de nov. 2017.

FUX, Luiz. *Juiz Sem Rosto. 2012.* Disponível em: <http://www.trela.com.br/arquivo/juizes-sem-rosto>. Acesso em: 7 de nov. 2017.

GOMES, Luis Flávio. *Lei de Proteção aos Juízes não vai pegar; faltam recursos*. Revista Consultor Jurídico, ago. 2012. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-02/coluna-lfg-lei-protecao-aos-juizes-nao-pegar-faltam-recursos>. Acesso em: 31 out. 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Presunción de Culpa: Violaciones de los derechos humanos y los tribunales sin rostro en Perú.* 1996. Disponível em: <https://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/1996/peru.html#defensa>. Acesso em 1 out. 2017.

JOSÉ, Rodrigo Clímaco. *A lei nº 12. 694/2012 e sua relação com a figura do "juiz sem rosto" e a ação direta de inconstituionalidade nº 4.414/AL*, 2013, 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104299/TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 nov. 2017.

JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LAURIANO, Carolina. *Juíza assassinada sofreu emboscada e levou 21 tiros, diz delegado no Rio.* Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/08/juiza-assassinada-sofreu-emboscada-e-levou-21-tiros-diz-delegado-no-rio.html>. Acesso em: 16 abr. 2012.

LIMA, Djalba. *Nova lei da proteção a juízes e promotores sob ameaça.* 2012. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/07/25/nova-lei-da-protecao-a-juizes-e-promotores-sob-ameaca>. Acesso em: 20 abr. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal.* Niterói: Impetus, 2013.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *A interpretação da ampla defesa no processo penal conforme a constituição.* 2001. Artigo Científico. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/ampla_defesa_jorge_martins.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

MISAKA, Marcelo Yukio; ALONSO, Fábio Pinha. *Organizações Criminosas e Julgamento Colegiado em Primeiro Grau de Jurisdição.* v. 39 p. 251-278, dez. 2012. Disponível em: <www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/740/440>. Acesso em: 3 nov. 2017.

NUCCI, Guillherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Odilon de. Juiz Odilon diz ser contra lei 'juiz sem face' e aponta beneficio ao crime organizado. 2012. Disponível em: <http://www.midiamax.com.br/noticias/809479-juiz-odilon-diz-ser-contra-lei-juiz-sem-face-e-aponta-beneficio-ao-crime-organizado.html>. Acesso em 3 nov. 2017.

OLIVEIRA, Sabrina Leal de. *A Presença de Fatores Sociais Nas Decisões dos Magistrados. Considerações a partir do realismo.* 2013. 75 f. Tese (Mestrado) – Mestrado em Direito, Universidade do Porto, Portugal, 2013. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=84590>. Acesso em 3 nov. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da; CONOLLY, Ricardo. *Juiz sem rosto e com medo: a questão da lei nº 12.694/2012.* Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/juiz-sem-rosto-e-com-medo-a-questao-da-lei-no-12-6942012-por-alexandre-morais-da-rosa-e-ricardo-conolly/>. Acesso em: 12 abr. 2012.

SILVA, Ronaldo Lastres. *Sistema de 'juiz sem rosto' é sentença sem assinatura.* 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-05/ronaldo-lastres-silva-juiz-rosto-sentenca-assinatura>. Acesso em 31 out. 2017.

APÊNDICE A

Poder Judiciário da União
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

GC
GABINETE DA CORREGEDORIA
REF: PA 0003830/2018

DESPACHO

Trata-se de processo administrativo iniciado em razão de registro de Manifestação na Ouvidoria – Geral (nº 45549/2018), por meio do qual a usuária, Sara Maria Dias Rocha, acadêmica do curso de graduação em Direito do Uniceub, formula questionamentos, a fim de subsidiar pesquisa para Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), relativos à Lei nº 12.694/2012 (dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas).

É pertinente pontuar que no Memorando 85/COVG constam 11 (onze) perguntas formuladas pela usuária. Entretanto, a referida estudante enviou, também, mensagem eletrônica diretamente a este Gabinete da Corregedoria, em 02/03/2018, conforme documento (0394842), no qual acrescenta um item às perguntas inicialmente enviadas à Ouvidoria-Geral. Por conseguinte, a estudante direcionou no total 12 (doze) questionamentos sobre a respectiva lei e a atuação desta Corregedoria.

Nesse viés, de ordem, tendo em vista o teor do expediente inaugural (0390443) e o email concernente (0394842), esta Corregedoria apresenta, na medida do possível e observados os limites de atuação deste órgão, respostas às perguntas formulados pela estudante, conforme se segue:

Quantificação de colegiados instituídos nos moldes da lei; **Resposta: 4 (quatro).**

Procedimento adotado pelo tribunal para sorteio e convocação dos juízes que integrarão o colegiado;

Resposta: O constante na Resolução 10 de 19 de junho de 2013 e na Portaria GC 78 de 05 de junho de 2017.

Quantificação de juízes declaradamente ameaçados no âmbito da competência do TJDFT, e se recebem algum tipo de proteção;

Resposta: A aplicação da Lei 12.694/2012 independe da condição de o juiz ter sido declaradamente ameaçado.

Quantidade de processos arquivados que integraram colegiado em primeiro grau;

Resposta: 2 (dois).

Quantidade de processos em andamento sob o julgamento do colegiado, e quais são estes processos;

Resposta: 2 (dois), os processos administrativos estão autuados como sigilosos (Lei 12.527/2011, art. 6º, inciso III e Portaria Conjunta 102/2016, art. 17, incisos VI e VII).

Média de justificativa utilizada pelos juízes para a tomada de decisão da formação do colegiado;

Resposta: A pergunta não será respondida, pois não foi possível compreender o seu teor (Portaria Conjunta 102/2016, art. 17, incisos I e III).

Acompanhamento da corregedoria nos processos em que foi instaurado colegiado;

Resposta: A Corregedoria atua, nos termos da lei, apenas no sorteio de membros do colegiado. Assim, é mantido um controle de abertura e encerramento das atividades do colegiado, com atuação casual no caso de troca dos membros.

Competência do colegiado para a prática de quais atos no processo;

Resposta: Nos termos da lei e dos atos normativos pertinentes, a competência é firmada na decisão judicial que institui o colegiado. Pode ser apenas para um ato ou para todo o andamento do processo. Nos quatro casos, o colegiado foi formado para prática de atos processuais até a prolação da sentença.

Possível solicitação de segurança/escolta dos juízes membros do colegiado;

Resposta: Não consta solicitação.

Forma em que se reúnem os membros do colegiado para a tomada de decisões;

Resposta: Procedimento variável, de acordo com cada magistrado.

Existência de supressão da publicidade de voto divergente do colegiado;

Resposta: Tal aspecto é jurisdicional e, portanto, refoge à competência desta Corregedoria (Regimento Interno do TJDFT, art. 370).

Quaisquer outros tipos de informações, mesmo que simples, acerca da aplicação da lei. Estas informações são de posse da corregedoria do Tribunal, e as solicito com base na lei de acesso à informação nº 12.527/2011.

Resposta: As informações atinentes à competência desta Corregedoria foram elucidadas nos itens acima.

Encaminhem-se os autos à Assessoria de Comunicação Social - ACS, nos termos em que sinalizado no item 5 do expediente inaugural (0390443).

Gabinete da Corregedoria, firmado eletronicamente na data abaixo indicada.

LUIS MARTIUS HOLANDA BEZERRA JUNIOR
Juiz Assistente da Corregedoria

APÊNDICE B

Contato com OUVIDORIA / TRF1 Entrada x

TRF1 <naoresponder@trf1.jus.br> 22 de mar

para mim

Prezada Srª Sara Maria,

De ordem, informo que:

a) durante a gestão do atual Corregedor, foi comunicada a formação de três colegiados, sendo dois na Seção Judiciária de Minas Gerais e um na Seção Judiciária do Amazonas;

b) as regras que tratam da formação de colegiado na Justiça Federal da 1ª Região estão disponíveis na Resolução Presi n. 13 e Portaria Coger n. 7, ambas de 2015 (cópias anexas);

c) os demais questionamentos não podem ser respondidos, tendo em vista o caráter sigiloso das informações.

Atenciosamente,
Ouvidoria da Justiça Federal da 1ª Região

> Formulário enviado em 01/03/2018 10:29:13.
>
> Data de Envio:
> 01/03/2018 10:29:13
>
> Nome:
> Sara Maria Dias Rocha
>
> E-mail:
> saradiascec@gmail.com
>

APÊNDICE C

Objetivando maior compreensão acerca da aplicação da Lei nº 12.694/2012, fora realizada entrevista semiestruturada com o "Juiz 1" responsável por decidir pela formação do colegiado em primeiro grau nos moldes da Lei em referência, no Distrito Federal. A entrevista realizada em 2 de março do corrente ano, nas dependências do Fórum Desembargador José Júlio Leal Fagundes, desta entrevista não foi possível auferir gravação em áudio ou vídeo, de forma que, a entrevistadora tomou nota do diálogo.

O "Juiz 1" foi o juiz natural do processo nº 2014.01.1.184157-2 (TJDFT) em que foram apurados fatos delituosos cuja autoria foi empregada à integrantes da organização criminosa conhecida como PCC – Primeiro Comando da Capital (DISTRITO FEDERAL, 2014). Optou-se pelo critério de não identificação do magistrado.

Em síntese, a entrevista se transcorreu em um diálogo em que houve liberdade do magistrado para o direcionamento e atendimento às questões postas.

Ao início, houve a identificação da matéria e do caso concreto a serem abordados e posteriormente passou-se ao diálogo, onde foi respeitado o posicionamento do magistrado em não responder determinadas questões, seus motivos.

Questionou-se acerca dos motivos que levaram à tomada de decisão de instauração do colegiado, quando o magistrado limitou-se a dizer que "utilizou da normatização posta pelo Tribunal", de forma que não expos de fato o motivo qual o levou à decisão, o que no entanto, entende-se o motivo previsto na legislação, ou seja, ameaça. Neste passo, o magistrado ainda firmou que "se tratava de uma causa muito complexa, com vários réus", o que pode ter influenciado em sua decisão.

Quanto às reuniões para tomada de decisões, o magistrado afirma que sempre se deram de maneira formal e institucional, nunca saindo dos limites permitidos pelo

Tribunal. Ocorreram na maior parte das vezes de forma presencial, e tratativas de menor importância se deram por e-mail institucional, o objetivo sempre foi a resolução de alguma situação do caso concreto em si, afirmando que não poderia adentrar mais sobre este tópico em razão do sigilo do processo.

No tocante às decisões do processo, o "Juiz 1" afirma que não houve a publicação de nenhum voto divergente, em razão de não existir tal voto divergente. As decisões eram tomadas com base em uma unificação de entendimentos dos três magistrados componentes do colegiado, não houve apontamento expresso de alguma divergência. Em caso de divergências, estas eram discutidas de modo a possibilitar que a decisão revestisse todos os entendimentos.

O magistrado atesta a sua opinião acerca do advento do colegiado em primeiro grau de jurisdição trazido pela Lei. Considera que, ter utilizado deste instituto oportunizou a formação de decisões muito bem elaboradas e robustas, "pautadas pela democracia e pela legalidade". "Foi uma ótima experiência, do ponto de vista da troca de experiências e aprendizados" também, "melhor do que julgar um caso de extrema complexidade sozinho", afirmando que o debate é de uma experiência muito construtiva para o magistrado, "é bom ouvir o outro, ter opiniões diferentes e aprender com os outros"; considerando que a Lei veio para ajudar os magistrados. No entanto, o magistrado deixa de auferir opinião acerca da efetividade da Lei.

Apenas afirma, que o baixo número de colegiados instituídos do Distrito Federal pode ter razão nas condições de criminalidades deste Distrito, que não ostenta de território onde há atuação de grade organizações criminosas. O que também pode ter fundamento, na indisposição dos magistrados em participar de colegiados, já que este tipo de órgão tem características muito diferentes dos julgamentos habituais dos juízes de primeiro grau, que ostentam de decisões fundamentadas em seu posicionamento singular. Na opinião do magistrado, o juiz do colegiado deve ser àquele que tem gosto pelo debate, pela troca de posições e conhecimentos.

Ainda expõe por fim, que teve oportunidade de participar de outro colegiado nos moldes da Lei nº12.694/2012 por ter sido sorteado, mas que no entanto, não obteve uma experiência boa ou enriquecedora neste ato exatamente pela dificuldade dos membros em aceitação de posicionamentos, opiniões diferentes, e troca de posições, acredita que este é um fator importante.

APÊNDICE D

Entrevista semiestruturada com o magistrado identificado a critério como "Juiz 2", que fora convocado em razão de sorteio para integrar colegiado nos moldes da Lei nº 12.694/2012 no processo nº 2014.01.1.184157-2 (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Tal entrevista fora realizada em 23 de março deste ano nas dependências do Fórum Professor Júlio Fabbrini Mirabete, ocasião em que fora utilizado sistema de gravação de áudio com expressa autorização do interlocutor, degravação disponível a seguir. A entrevista se deu em forma de perguntas idealizadas por esta aluna, ficando a critério do magistrado respondê-las. Aqui será identificado por **A** a palavra da entrevistadora e **J2**, a palavra do magistrado. Segue:

A: [...]Farei uma breve introdução: A entrevista circunda acerca da aplicação da lei n° 12.694/2012 que permite a formação de um colegiado de juízes no primeiro grau de jurisdição, no processamento de crimes cometidos por organizações criminosas. A lei dispõe, em síntese, que o magistrado que por alguma circunstância sentir-se ameaçado no processamento deste feito, poderá, a seu critério, decidir pela formação do colegiado que será composto por mais dois juízes de natureza criminal, sorteados eletronicamente. A lei advém de uma sugestão da AJUFE- Associação dos Juízes Federais, e tem o intuito de oferecer mais proteção aos juízes que são expostos ao julgamento de organizações criminosas que ostentam um alto poder perante a sociedade.

Em pesquisa jurisprudencial realizada através do sitio eletrônico deste Tribunal, localizou-se um colegiado formado no âmbito da lei em discussão, do qual o MM. Juiz foi integrante. O processo é do ano de 2014, e julgou integrantes da organização criminosa conhecida como PCC. Com isso, passo as perguntas:

A: Como tomou conhecimento que foi sorteado para compor o colegiado?

J2: Pois bem, [...] tomei conhecimento através da Corregedoria, fui comunicado pela Corregedoria e também pelo juiz natural da causa, o titular da Vara Criminal, salvo engano a X Vara Criminal que suscitou a formação do colegiado, que decidiu pela formação do colegiado, melhor dizendo.

A: 2. Com o colegiado formado, como se deu o desenvolvimento das reuniões para a tomada de decisões nesse processo?

J2: Bem, essa como você mesmo disse na sua introdução, é uma legislação nova e [...] com poucos ou raríssimos casos no Distrito Federal, então nós fomos aprendendo com a prática, então eram contatos informais que a gente discutia as questões do processo e os atos formais do processo, evidentemente, a gente criou uma regra de comunicações internas, designação de data de audiência pra oitiva no plenário, pra decisões interlocutórias no processo, prazo para sentença, mas muitos também no contato pessoal dos juízes que integraram esse colegiado.

A: As reuniões eram sigilosas? Se sim, porque? Realizadas por meio eletrônico, ou físico? É porque a Lei possibilita que essas reuniões sejam sigilosas, por isso essa pergunta.

J2: [...]Não, não teve reuniões sigilosas, não foi necessária a realização de reuniões sigilosas, não eram sigilosas, mas não eram objeto de intimação das partes para ciência dessas reuniões, ou esses momentos de troca de ideias. Então não havia sigilo porque [...]não houve a necessidade de se criar uma reunião formal para isso, para a tomada de decisões.

A: 4. A decisão tomada pelo colegiado, foi publicada de forma uniforme (unindo o entendimento dos três juízes no texto), ou esteve explícita a opinião de cada membro? No segundo caso, houve publicação de 'voto' contrário/divergente?

J2: Veja bem, não houve.[...] Interessante essa pergunta. A Lei faz menção ao sigilo do voto divergente [...] na realidade foi uma decisão conjunta, as sentenças e as decisões foram decisões conjuntas, construídas em conjunto. Evidentemente no contato entre os juízes do colegiado houve alguma discussão, mas acabou-se

buscando o consenso. Pequenas divergências, principalmente, eu me recordo, na fixação da pena, mas não houve um voto divergente. Não houve um colegiado montado para se apresentar votos, cada um como uma posição já definida e por conta disso [...]. Nós buscamos na verdade convergir, chegar a uma posição, a um acordo, que fosse ao final uma posição de todos os juízes do colegiado.

A: Considera que a hipótese trazida pela lei se assemelha com o instituto do 'juiz sem rosto' utilizado por outros países, como Colômbia, Peru? Acha oportuna esta comparação?

J2: [...] Na realidade o juiz sem rosto é o juiz não identificado, muito diferente do nosso. Os juízes desse colegiado são perfeitamente identificados, o que se busca é diluir, é despersonificar um único juiz, em razão do poderio dessas organizações criminosas, em razão de preservar a segurança do juiz de dilui a responsabilidade entre outros, então acho que aí há uma diferença que basicamente é cheia, não pode se assemelhar.[...] Nas audiências estávamos lá, todos, na presença dos réus, na oitiva das testemunhas, contato pessoal com os advogados das partes, então não há possibilidade de se comparar o juiz sem roto com o colegiado da 12.694/2012.

A: Considera ter sido importante a formação do colegiado, no curso do processo? [...]

J2: É, muito interessante[...] Há que se diga que a formação do colegiado é ato discricionário do juiz natural da causa, então não me caberia aquecer ou criticar a posição do juiz que decidiu, que estabeleceu né, que fixou a competência do colegiado. Agora, é um processo diferente, né, é um processo que demanda [...] o juiz de primeiro grau normalmente ele trabalha isoladamente, ele é um solitário né. Então você aprender a trabalhar com outros, ouvir outras pessoas até melhor qualificadas que você, então foi interessante, foi uma única experiência na qual eu participei, ainda é muito pouco, mas é enriquecedor, não tenho dúvida disso.

A: Se recorda como foi a recepção pelo MP, pela defesa?

J2: Não houve críticas, eu não ouvi críticas, nem da defesa nem do Ministério Público, não houve recurso, penso até que não existe essa possibilidade, eventualmente um HC seria possível ou mandado de segurança talvez, mas não, não houve nenhuma crítica.

A: [...] O colegiado se deu do início ao fim do processo, até a sentença? Ou foi para um ato específico?

J2: Foi basicamente a partir do recebimento da inicial acusatória, da denúncia [...] Participei de toda a formação de culpa, inclusive salvo engano, do recebimento da inicial à prolação da sentença e recebimento dos recursos.

A: Qual sua opinião sobre a pouca procura pelo instituto? Existe uma resistência dos magistrados? [...]

J2: Eu penso que é o seguinte, é algo muito novo ainda, então os juízes talvez não tenham ainda tanto conhecimento e não estejam adaptados à ela. Há uma realidade local no Distrito Federal em que, a justiça criminal não se sente tão insegura, ou não há registros de violência contra a magistratura no DF, isso também pode contribuir para que a lei não seja tão aplicada, como em outros estados, onde há uma violência mais forte, organizações criminosas [...] como exemplo o PCC que tem força nos estados de São Paulo, Paraná, aqui em Brasília ela é muito incipiente por exemplo, então isso contribui também. O juiz que se sente seguro não há porque ele constituir o colegiado.

A: [...] Considera a Lei uma aliada dos juízes, um meio de proteção?

J2: A, sim, eu não tenho dúvidas. [...] é uma forma de proteger a magistratura, porque o objetivo dela é que o juiz tenha tranquilidade para julgar, se ele se sente ameaçado a tal ponto, isso pode coibir a sua liberdade de julgar, então acho isso importante em situações excecionais evidentemente né. Salvo engano, essa Lei teve como caso impulsionador aquela juíza do Rio, [...] quem sabe se naquela época ela (a Lei) já estivesse em vigor, já existisse quem sabe ela não teria sido vítima dessa brutalidade policial, ao que parece foram julgados e condenados

policias. Então acho importante, é logico que você não pode fulanizar ou aplicar essa Lei, você tem que ter parcimônia na aplicação dessa Lei, mas certamente em algumas situações se faz necessário, e eu acho que veio para melhorar a segurança e a liberdade dos juízes em julgar.

A: Mais alguma consideração à fazer? [...]

J2: [...] A minha experiência é muito pouca, como você mesmo trouxe na sua introdução, são muitos poucos casos no Distrito Federal, mas me parece interessante, é mais um instrumento que ao meu juízo não ofende nenhum princípio constitucional, se discutiu e ainda se discute o juiz natural,[...] e aquilo que vem pra assegurar a liberdade para julgar segundo a Lei e a sua consciência me parece que ,sem prejudicar a ampla defesa, o contraditório, a possibilidade de defesa, eu acho que veio pra contribuir.

Por fim, cabe informar que o magistrado permitiu a citação de seu nome neste trabalho, entretanto, em razão da estrutura, optou-se por suprimir tal identificação.

Outros
Direitos

DESAFIOS PARA A REGULAMENTAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO BRASIL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA CRISPR-CAS9 PARA EDIÇÃO DE GENES

Tassiana Fronza Pinho

RESUMO

No mundo contemporâneo, a disseminação da tecnologia digital impulsionou o surgimento de inovações e o ritmo de desenvolvimento de outras tecnologias que podem contribuir para a geração de riqueza e melhoria das condições de vida, mas que, por outro lado, podem implicar em riscos para a saúde, o meio ambiente e para as garantias individuais, tais como o direito à intimidade, à vida privada e às liberdades de modo geral. O Estado, no seu papel regulador, interfere na disponibilização dessas novas tecnologias à sociedade e deve garantir o seu acesso da forma mais segura possível. Dentro desse contexto, esse trabalho aborda o atual cenário em que as novas tecnologias estão sendo inseridas na sociedade, o contexto brasileiro de regulação e discute o papel do Estado na regulação de novas tecnologias, e os desafios para a regulação de novas tecnologias no Brasil a partir da análise do caso da CRISPR-Cas9 que se destina a edição de genes partindo do cenário regulatório da tecnologia nos Estados Unidos e no Brasil. Os americanos, desenvolvedores da tecnologia, também foram pioneiros nas discussões sobre sua regulação e já disponibilizaram para comercialização plantas desenvolvidas com CRISPR-Cas9. No Brasil, a CTNBio iniciou o debate acerca do assunto em 2015 e recentemente publicou uma Resolução sobre os produtos obtidos por meio de Técnicas Inovadoras de Melhoramento de Precisão (TIMP) e a Anvisa avalia a regulamentação dos produtos de terapias avançadas, contudo, ainda precisamos avançar em algumas questões, como a comunicação com a população e as discussões éticas, dentre outras.

Palavras-Chave: Regulação. Novas Tecnologias. CRISPR-Cas9. Edição de Genes.

ABSTRACT

In the contemporary world, the spread of digital technology has boosted the emergence of innovations and the pace of development of other technologies that can contribute to the generation of wealth and improvement of living conditions, but which, on the other hand, may entail risks for the health, the environment and individual safeguards, such as the right to privacy, privacy and general freedoms. The State, in its regulatory role, interferes with the availability of these new technologies to society and must guarantee its access in the most secure way possible. Within this context, this work addresses the current scenario in which new technologies are being inserted in society, the Brazilian context of regulation and discusses the role of the State in the regulation of new technologies, and the challenges for the regulation of new technologies in Brazil to from the analysis of the case of CRISPR-Cas9 that is destined to the edition of genes starting from the regulatory scenario of technology in Brazil and the United States. The Americans, developers of technology, were also pioneers in the discussions on its regulation and have already made available for commercialization plants developed with CRISPR-Cas9. In Brazil, CTNBio started the debate on the subject in 2015 and recently published a Resolution on the products obtained through Innovative Techniques of Improvement of Precision (TIMP) and Anvisa evaluates the regulation of the products of advanced therapies, however, we still need to advance on some issues, such as communication with the population and ethical discussions, among others.

Keywords: Regulation. New Technologies. CRISPR-Cas9. Gene Editing.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de novas tecnologias modificou a humanidade ao longo dos anos. Contudo, no mundo contemporâneo, estamos em um período de transformação profunda em que o ritmo das inovações é mais intenso e elas são mais disruptivas[1] do que outrora, o que contribui para a geração de riqueza e melhoria das condições de vida, mas, por outro lado, pode implicar em riscos para a saúde, o meio ambiente e para as garantias individuais, tais como o direito à intimidade, à vida privada e às liberdades de modo geral.

[1] O conceito de inovações disruptivas foi definido pela primeira vez por Joseph L. Bower e Clayton M. Christensen, em artigo de 1995 (BOWER, et al., 1995). Para esses autores, as inovações se diferenciavam em duas categorias, as previsíveis, que poderiam ter avanços esperados pelos consumidores e as não previsíveis, que recriam mercados existentes ou criam novas e até então não imaginadas possibilidades. As inovações não previsíveis foram denominadas de disruptivas.

Para Schwab (2016), estamos no início da Quarta Revolução Industrial, cujo entendimento e modelagem implicará na transformação da humanidade, com a fusão dos mundos físico, digital e biológico pelas novas tecnologias. Nesse cenário, nossos sistemas, instituições e governos terão que ser reformulados juntamente com a forma de regulamentar as novas tecnologias, que deve acompanhar seu dinamismo.

Nessa perspectiva, considerando a conjuntura dessas novas tecnologias, esse trabalho discute o Estado e seu papel na regulação, esmiuçando a CRISPR-Cas9 para edição de genes, uma tecnologia que vem ganhando importância na área das biociências, e sua regulação.

Dessa forma, o capítulo 1, denominado O Estado e as Novas Tecnologias, aborda inicialmente as Novas Tecnologias e seu Cenário. Assim, são apontados os exemplos de inovações trazidas pela disseminação da tecnologia digital[2], sendo demonstrada no decorrer desse trabalho a forma como a plataforma tecnológica Uber, o aplicativo WhatsApp, o serviço de transmissão online Netflix e a nanotecnologia se inseriram no mercado e como está ocorrendo sua regulação. Na sequência, são abordadas as características e os pontos de convergência dessas novas tecnologias, que as diferenciam das anteriores.

Na continuidade do capítulo 1, é discutido o Papel do Estado na Regulação de novas tecnologias. O ponto de partida para a análise, é a descrição do atual panorama regulatório no Brasil, em que as agências são os principais órgãos reguladores, cujo início deu-se com as modificações constitucionais ocorridas na década de 90, concomitantemente com as privatizações (BARROSO, 2002).

Com a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez a Carta maior passou a incorporar um Capítulo específico para ciência, tecnologia e inovação e reconheceu-se a necessidade de priorizar o desenvolvimento econômico e tecnológico, sem, no entanto, desconsiderar o respeito à saúde e ao meio ambiente.

[2] Para Schwab, a tecnologia digital é a base da Quarta Revolução Industrial (SCHWAB, 2016).

Nesse modelo, as diversas instâncias reguladoras foram criadas por leis específicas que abarcam diferentes segmentos e a regulação de um produto, na maior parte das vezes, é compartilhada por diversos órgãos.

No texto, é explanado como as agências reguladoras têm buscado evoluir na gestão de seus atos, tendo incorporado recomendações da OCDE, tais como a adoção de Boas Práticas Regulatórias e a Análise de Impacto Regulatório, porém, análises apontam que ainda existe necessidade de aprimoramento desses órgãos.

Ao final do capítulo 1, a reflexão central é sobre as necessidades específicas de reestruturação regulatória no que tange às novas tecnologias. Considerando que todas elas são impactantes nos seus segmentos de mercado e as possibilidades que oferecem são bem recebidas pela população, a regulação tem um papel fundamental, pois interfere diretamente na disponibilização das novas tecnologias. O regulador deve ser capaz de decidir com segurança em um prazo célere que não inviabilize o surgimento das inovações, mas ao mesmo tempo deve realizar uma avaliação dos riscos envolvidos e primar pela segurança da população.

A omissão regulatória pode levar a um cenário de difícil controle, pois a criação de empecilhos, taxas ou em casos extremos o banimento de uma tecnologia já incorporada no mercado e utilizada massivamente pela população pode causar descontentamento e manifestações, tal como ocorreu recentemente com o projeto de lei que pretende regulamentar o UBER (BENASSATO, 2017).

No capítulo 2, a tecnologia de edição gênica CRISPR-Cas9 é objeto de estudo mais detalhado.

Ela consiste em uma “ferramenta biotecnológica” que possibilita a edição do DNA de células de organismos vivos e até de embriões, representando uma mudança de paradigma na genética devido a sua acessibilidade, simplicidade, baixo custo e eficácia quando comparada às outras técnicas de edição gênica.

Assim, a tecnologia CRISPR-Cas9 possui potencial para corrigir genes defeituosos, o que pode levar à cura de diversas doenças, incluindo as hereditárias

(OUSTEROUT et al., 2015), o câncer (CYRANOSKI, 2016) e a AIDS (KAMINSKI et al., 2016). Além disso, também podem ser desenvolvidas plantas mais bem adaptadas (BELHAJ et al., 2013) e animais com modificações que também lhes confiram vantagens. Sua facilidade de utilização pode causar uma verdadeira revolução no sistema de saúde e também na agropecuária, alterando profundamente o mercado de medicamentos e agroquímicos.

Contudo, a edição gênica também pode ser utilizada para fins menos nobres, como o "melhoramento" genético de embriões, que pode levar à prática de eugenia[3]. Nesse contexto, grandes questões éticas e também questões de segurança envolvem as avaliações necessárias para a disponibilização dessa tecnologia revolucionária e por esse motivo, ela foi escolhida para discutir os diversos aspectos envolvidos na regulação de novas tecnologias.

Com a finalidade de analisar a sua regulação, é discutido o cenário regulatório americano, onde a tecnologia foi criada e o cenário de regulação no Brasil. Nos Estados Unidos, de forma semelhante ao nosso país, a regulação é feita de forma compartilhada por vários órgãos independentes, inexistindo, um órgão de coordenação central com uma política relacionada às novas tecnologias.

Finalmente, considerando os apontamentos de diversos autores para a reestruturação do modelo de regulação no sentido de atender às necessidades das novas tecnologias, descritos no capítulo 1, a forma como está se dando a regulação da tecnologia CRISPR-Cas9 e as questões de fundo ético e moral e envolvidas são discutidos os principais desafios para a continuidade da regulamentação dessa tecnologia no Brasil.

[3] O termo eugenia foi introduzido por Francis Galton como uma ciência que aborda as características determinantes para as qualidades raciais dos homens (CONT, 2008). A tecnologia de CRISPR-Cas9 permite, por exemplo, inserir em um embrião características como um gene que determina a cor do olho azul, o que, tem diversas implicações éticas.

2 O ESTADO E AS NOVAS TECNOLOGIAS

2.1 As novas tecnologias

De acordo com o dicionário de língua portuguesa Aurélio, “tecnologia” pode ser definida como a ciência cujo objeto é a aplicação do conhecimento técnico e científico para fins industriais e comerciais. A importância da apropriação de tecnologias pelos Estados e sua relação com o desenvolvimento econômico já é conhecida há bastante tempo (LIMA, 1977).

Nesse contexto, o incentivo à inovação deve ser valorizado pelos Estados para que possam usufruir de novas tecnologias geradoras de riqueza. Conforme já mencionado anteriormente, no cenário atual, verificamos um ritmo de desenvolvimento de tecnologias bastante intenso e, nesse capítulo são elencados exemplos de novas tecnologias disruptivas, características e pontos de convergência entre elas com o objetivo de analisar os aspectos mais importantes a serem observados quando da sua regulação.

2.1.1 Cenário das novas tecnologias

No cenário mundial, podemos dizer que de 1849 até os anos 2000 vivemos a época de ouro da tecnologia industrial (primeira revolução industrial) e a partir de então começamos a adentrar uma nova era, denominada por Lima de Era das Ciências da Complexidade (revolução técnica industrial) (LIMA, 2014). Dentre essas ciências, temos a biotecnologia, a ciência de partículas, a nanotecnologia e outras em ascensão.

Schwab defende que estamos vivendo a Quarta Revolução Industrial, em que a tecnologia e a digitalização transformarão o mundo. E isso tudo ocorrerá com velocidade, amplitude e profundidade e impacto sistêmico muito maiores que anteriormente (SCHWAB, 2016).

Essa nova fase, representa uma nova revolução, impulsionada pelos computadores e pela inteligência artificial. As novas ciências não se limitam a melhorar as técnicas já utilizadas, mas representam inovações disruptivas, que provocam alterações drásticas no mercado e rompem com os modelos de negócio existentes. Isso porque a sua chegada altera os formatos até então tradicionais dos serviços, modifica a demanda dos usuários e pode destruir os fornecedores de produtos e serviços existentes até sua chegada.

A plataforma tecnológica UBER é um exemplo desse tipo de tecnologia, pois nos locais onde o aplicativo foi utilizado, o serviço de táxis foi fortemente impactado (RIBEIRO, 2017). Ele consiste em um aplicativo lançado nos Estados Unidos, em 2010, que conecta motoristas e pessoas interessadas em transporte. Dessa forma existe um sistema de economia compartilhada em que empreendedores que queiram transportar pessoas se cadastram no Uber, que exige um pagamento de um percentual de 20% por corrida. A plataforma avalia a habilitação dos motoristas e os seus veículos e, uma vez atendidos os requisitos, eles são credenciados e ficam disponíveis para transportar passageiros (SARMENTO, 2017).

O Uber faz uma estimativa do valor da corrida e envia aos passageiros que realizam o pagamento por meio de cartão de crédito. Devido à eficiência, ao melhor custo e à simplicidade do sistema, ele fez sucesso entre os usuários. Hoje está presente em 632 cidades do mundo (UBER, 2018). Além dele, surgiram outros aplicativos para transporte individual, como a Cabify, existente em 11 países e 37 cidades do mundo (CABIFY, 2018) e, no Brasil, a 99, startup brasileira de mobilidade urbana.

Contudo, com o sucesso desses aplicativos, sobretudo o Uber, a utilização do serviço de táxi sofreu grande redução. Por esse motivo, os taxistas passaram a se opor ao Uber, alegando que a plataforma está atuando no serviço de transporte individual de passageiros até então monopolizado pelos táxis, que são sujeitos à autorização municipal. O Uber, por se tratar de uma plataforma inovadora, ainda não está sujeito a nenhuma regulação estatal e é acusado de concorrência desleal com o

serviço de táxis. A desestruturação do serviço de táxis com a chegada do Uber e a forma mais adequada de regular o serviço de transporte individual de passageiros tem suscitado discussões em todo o mundo (WYMAN, 2017). No Brasil, existe um projeto de Lei que regulamenta o transporte privado por aplicativos, o PLC 28/2017, cuja votação foi finalizada pela Câmara dos Deputados no dia 28/02/2018 e o texto seguiu para sanção do Presidente da República. A proposta aprovada até o momento é favorável aos aplicativos, uma vez que não os obriga a possuírem licenças para transportar os passageiros e permite que cada município regulamente, em seu território, a utilização do serviço.

Outro exemplo dessas tecnologias, é o aplicativo WhatsApp, que foi criado em 2009 como uma alternativa ao sistema de SMS para troca de mensagens entre usuários, utilizando um mecanismo de "store e forward", no qual a mensagem é enviada pelo usuário sendo armazenada por um servidor do aplicativo, de onde ela é encaminhada ao destinatário, sendo que quando a mensagem é aberta pelo destinatário ela é apagada do servidor (RATHE, 2017). Inicialmente se destinava ao encaminhamento de mensagens somente, mas, depois disso passou a servir de suporte para o encaminhamento de arquivos de mídia como fotos, vídeos, documentos, compartilhamento de localização e também chamadas de voz (WHATSAPP, 2017).

A simplicidade de utilização, a gratuidade do serviço e a segurança (as mensagens e ligações estão protegidas com criptografia) fizeram sucesso e hoje o WhatsApp está presente em mais de 180 países, abrangendo mais de 1 bilhão de pessoas. Contudo, quando o WhatsApp passou a oferecer o serviço de chamadas de voz, em 2015, as operadoras de telecomunicação tradicionais denunciaram o aplicativo por estar realizando um serviço de comunicação sem pagar qualquer tipo de tributo e sem regulamentação.

No Brasil, as empresas de telecomunicação se mobilizaram e fizeram um requerimento à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, questionando o serviço de voz prestado pelo WhatsApp, pois o aplicativo se utiliza do número do

telefone móvel dos usuários, ao contrário de outros aplicativos como o Skype, da Microsoft, que cria um login específico, e não se submete à fiscalização da Agência. Nesse caso, a assimetria regulatória coloca em risco o serviço convencional que vem sendo realizado pelas empresas e a internet coloca em risco os serviços de telecomunicações (MARQUES NETO, et al., 2017).

A outra tecnologia inovadora no mercado das telecomunicações e radiodifusões é o Netflix. Ele foi criado em 1997, nos Estados Unidos, como um serviço de locação de DVDs utilizando o serviço postal. Posteriormente passou a cobrar um valor mensal pela locação ilimitada de DVDs. Em 2007, com o desenvolvimento da internet, o Netflix tornou-se um serviço de transmissão online que oferece uma variedade de programas em aparelhos conectados (MARQUES NETO, et al., 2017). Diferente das TVs a cabo, o usuário pode assistir aos programas no horário que desejar e não existem comerciais. O preço pago pelo serviço é muito inferior ao da TV a cabo, sendo possível contratá-lo no Brasil por valores mensais a partir de R$ 19,90 (NETFLIX, 2017).

Mais uma vez, a internet possibilitou o desenvolvimento de uma tecnologia de baixo custo. Hoje o Netflix está disponível em mais de 190 países (NETFLIX, 2017) e sua utilização está crescendo, ao passo que os serviços de locação de filmes e de TV a cabo sofreram queda significativa nos lucros auferidos e estão tendo que repensar sua forma de atuação. No caso das locadoras de vídeo, a grande maioria encerrou suas atividades.

Do ponto de vista regulatório, existe assimetria entre o serviço prestado pelo Netflix, não regulado, e os demais serviços de radiodifusão, que são regulados. Dessa forma, os reguladores precisam pensar na criação de um cenário que permita o surgimento de inovações tecnológicas como o Netflix, mas que ao mesmo tempo propicie um cenário de concorrência saudável entre elas e os serviços tradicionais.

Ainda, no âmbito das tecnologias inovadoras, temos a nanotecnologia que é uma das novas ciências complexas e multidisciplinares que envolve o

desenvolvimento de pesquisa e tecnologia nos níveis atômico, molecular e macromolecular na faixa de dimensões entre 1 e 100 namômetros, para fornecer um entendimento fundamental dos fenômenos e materiais na nanoescala e criar novas estruturas, dispositivos e sistemas que tenham novas propriedades e funções devido ao seu tamanho reduzido (NSET, 2000). Ela surgiu em 1959, na Caltech, Califórnia, com o físico Richard Feynman, que anunciou durante a reunião anual da American Physical Society, a possibilidade de produção de materiais em escala atômica ou molecular. Contudo, somente nos anos 80, foi possível encontrar apoio econômico para essa nova ciência dos materiais (LIMA, 2014).

Desde então, a manipulação da matéria em escala nanométrica já teve diversas aplicações em produtos para uso na indústria da tecnologia de informação, em alimentos (ASSIS, et al., 2012), cosméticos, e na indústria de construção e automotiva, dentre os outros 7457 produtos descritos na base dados StatNano[4] (STATNANO, 2016), mas tem um potencial de utilização ainda mais importante, como por exemplo, na medicina (RODRIGUES, et al., 2016).

Por se tratar de uma ciência de materiais, ela tem sido incorporada ao nosso cotidiano sem que a maioria das pessoas visualize. As nanopartículas têm sido utilizadas como matéria-prima em protetores solares, por exemplo, para que os mesmos deixem de ter uma coloração branca sobre a pele e tornem-se mais fluidos e mais aceitos pelos consumidores (BAILLO et al., 2012). Os componentes internos dos processadores dos computadores são fabricados em escalas nanométricas para que consigam disponibilizar milhões de informações em pequeno tamanho. As placas de vídeo dos computadores e os videogames também são fabricados em escala nanométrica (JORDÃO, 2009).

Apesar de a discussão sobre como realizar a avaliação de risco desses novos materiais ter se iniciado há vários anos (HANKIN et al., 2014), até hoje a

[4] A StatNano foi criada em 2010 e compila informações e estatísticas relacionadas ao uso da nanotecnologia nas áreas de ciência, tecnologia e indústria. Sua missão é monitorar o desenvolvimento e as políticas de nanotecnologia no mundo. O endereço eletrônico dessa base de dados é http://statnano.com/.

nanotecnologia não possui um marco regulatório específico. Questões acerca da toxicidade e o impacto ambiental causado pelo uso dos nanomateriais e seus potenciais efeitos permanecem em debate.

Outro exemplo dessas tecnologias é a possibilidade de edição gênica por meio da utilização de ferramentas modernas como o CRISPR/CAS9, que será abordado em tópico específico. Essa técnica permite alterar de forma precisa o DNA de organismos (CONG et al., 2013), pode corrigir genes defeituosos, apresentando um enorme potencial na cura de diversas doenças, desde as hereditárias (OUSTEROUT et al., 2015), até o câncer (CYRANOSKI, 2016) e a AIDS (KAMINSKI et al., 2016) e no desenvolvimento de plantas mais bem adaptadas (BELHAJ et al., 2013). Caso os resultados iniciais dessas pesquisas sejam confirmados e essas ferramentas venham a ser utilizadas no tratamento de doenças haverá uma verdadeira revolução no atual sistema de saúde, que certamente implicará na perda de mercado de medicamentos que vêm sendo utilizados, muitos deles com pouca eficácia.

Para o Comitê de Coordenação Interagências de Políticas para Tecnologias Emergentes da Casa Branca (ETIPC), a nanotecnologia, a biologia sintética e a engenharia genética, são exemplos de tecnologias que requerem esforços coordenados dos reguladores e maior supervisão (2011).

Segundo Ribeiro, (2017) o avanço rápido de tecnologias inovadoras nos dias atuais, deve-se principalmente i) ao fenômeno da economia compartilhada, ii) às plataformas tecnológicas e iii) ao surgimento de novos meios, como os drones. Certamente a economia digital e a globalização contribuem para a rápida disseminação das tecnologias, bem como para o surgimento de novas, o que torna o atual mercado de consumo muito mais dinâmico.

Nesse contexto, podemos dizer que temos disponíveis ferramentas que impulsionam o desenvolvimento de novas tecnologias que modificarão o meio ao nosso redor em um futuro muito próximo.

2.1.2 Características e Pontos de Convergência das Novas Tecnologias

A sociedade em que vivemos, que alguns denominam de sociedade do conhecimento, é fortemente impactada pelas novas tecnologias.

Ao lado de perspectivas otimistas, o impacto das novas tecnologias para a sociedade traz muitas incertezas. Nos Estados Unidos, berço de todas as cinco novas tecnologias anteriormente citadas, a organização estrutural das cidades já está se transformando. Com o avanço do comércio eletrônico, relatório do Banco Credit Suisse estimou que até 2022, de 20 a 25% dos shoppings centers terá fechado (CALEIRO, 2017).

Por outro lado, infelizmente, o cenário regulatório não acompanha essa rápida evolução das tecnologias. Nos casos do Uber, do WhatsApp e do Netflix, os novos serviços se estabeleceram e somente depois disso, iniciaram-se as discussões para sua regulamentação. No início de abril de 2017, após o Uber já possuir milhares de usuários no Brasil, a Câmara dos Deputados aprovou um projeto de lei visando estabelecer regras para aplicativos de transporte como esse serviço (LOURENÇO, 2017).

De forma análoga, a discussão sobre como regular as novas tecnologias de edição de genes se iniciou quando da aprovação das primeiras plantas com essas tecnologias (ISHII et al., 2017) e muito ainda deve ser discutido.

Para o ajuste do ritmo regulatório existem três pontos importantes a considerar: *a conexão regulatória*, que significa adaptar a legislação existente ao mercado; o problema do andamento (*pacing problem)* que se refere ao esforço do Estado para se ajustar ao ritmo do mercado e a decisão entre adotar instrumentos abrangentes demais, que podem implicar em riscos ou de menos, que podem não se adequar às evoluções e o *dilema de Collingridge*, que se refere à oportunidade, o momento em que seria mais eficiente promover a reconexão regulatória (BAPTISTA, 2017).

O regulador deve primar para que as novas tecnologias estejam acessíveis para a população com a segurança necessária. Caso sua decisão seja muito lenta, corre o risco de omissão.

Isso porque muitas vezes surgem no mercado soluções simples que representam inovações em áreas ainda não reguladas e cuja entrada no mercado afeta as grandes empresas. Ao criar barreiras à entrada dessas tecnologias, estamos favorecendo que o mercado seja ocupado somente por grandes corporações e impedindo a concorrência. Por outro lado, ao passo que a ausência de regulação estimula a economia, ela também pode representar um risco para a sociedade e o ambiente equilibrado.

Um modelo regulatório estável e criterioso favorece o desenvolvimento harmonioso. Ele deve considerar diversos fatores, incluindo avaliações socioeconômicas, políticas e tecnológicas. Ao regular, o Estado interfere nos mercados e na atividade econômica, seja por meio da edição de normas, pela concessão de serviços públicos ou pelo exercício do poder de polícia (CARVALHO, 2002). Contudo, a forma de regular deve acompanhar as mudanças no mercado.

Dentro desse contexto, em que se debate sobre a forma de regular o mercado, é necessário rediscutir o papel do Estado, principal responsável pela regulação das novas tecnologias, bem como as estratégias e possíveis desenhos regulatórios que podem ser utilizados na regulação das novas tecnologias.

2.2 O Papel do Estado na Regulação de Novas Tecnologias

A regulação existe para proteger os cidadãos e as empresas e corrigir as falhas do mercado, além de atuar em outros aspectos da nossa vida. Ela pode contribuir para o aumento da concorrência (que leva a preços mais baixos) e para termos maior segurança em nosso dia a dia por exemplo (SHAH, 2015).

No Brasil, o Estado e suas instituições, principalmente as agências reguladoras, são os principais responsáveis pela regulação. Dessa forma, são

detalhados o surgimento do modelo regulatório brasileiro, incluindo o seu histórico no cenário pós-Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e suas bases legais.

Em seguida, são discutidas as recomendações da OCDE para as instâncias regulatórias e as necessidades de constante aperfeiçoamento das instituições.

Finalmente, com o objetivo de estabelecer parâmetros iniciais a serem observados na regulação de novas tecnologias, será discutido como o Estado, na função de agente regulador, desempenha um papel central na disponibilização das novas tecnologias. Isso porque ao estabelecer pré-requisitos para que um determinado produto possa ser comercializado, o regulador pode impactar o desenvolvimento de inovações e sua entrada no mercado ou até mesmo impedir o avanço de setores intensivos em tecnologia.

2.2.1 O Brasil e o Estado Regulador

A regulação pública, realizada pelo Estado, sobre atividades e serviços de interesse coletivo, é a que ocorre com maior frequência no Brasil, onde são raros os casos de regulação privada (DASSO JÚNIOR, 2017). Contudo, para pensar sobre a atuação do Estado, no seu papel regulador, primeiramente é necessário contextualizar o surgimento desse modelo de Estado.

O fenômeno da regulação se originou nos Estados Unidos e na Inglaterra no séc. XIX, dando início às instituições de regulação. Nos EUA, isso ocorreu com maior destaque a partir da década de 30, com o *New Deal*, existindo maior ênfase inicial na regulação da concorrência (DASSO JÚNIOR, 2017). O Estado americano utilizou-se do modelo das agências reguladoras com o intuito de especializar a atuação estatal (as agências contavam com discricionariedade técnica e estavam sujeitas a um controle judicial restrito) e diminuir a influência política na regulação (OLIVEIRA, 2015a).

No Brasil, após um período de atuação estatal exercida de forma mais direta na economia, sobrevieram na década de 90, a privatização e a reforma regulatória,

que criou as agências reguladoras (Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Petróleo (ANP), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional do Cinema (Ancine) e Agência Nacional de Aviação Civil (Anac)) órgãos independentes e competentes para avaliar os mercados setoriais (SANT'ANA, 2010).

Essas agências foram criadas como autarquias de regime especial, gozando dos seguintes privilégios: independência administrativa (dirigentes estáveis com mandato fixo), autonomia financeira (renda própria e liberdade de sua aplicação) e poder normativo (regulamentação das matérias de sua competência) (MELO, 2018).

Surgiu dessa forma o Estado "regulador" no Brasil, na mesma época da globalização e da abertura do mercado. Note-se que a função de regulação não está detalhada na Constituição Federal de 1988, mas está se consolidando como atividade da administração pública dentro do escopo de transformações pelas quais vêm passando o direito administrativo brasileiro (GUERRA, 2016).

As agências, principais órgãos do Estado brasileiro, responsáveis pela regulação, evoluíram bastante em sua forma de regular o mercado desde a sua criação. Apesar de terem surgido, na época em que se pregava o estado mínimo, elas cresceram bastante enquanto instituições. Houve diversas iniciativas para o seu fortalecimento. Em 2007, foi criado o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, com a finalidade de melhorar a qualidade dos seus serviços (BRASIL, 2017a). Contudo, não existe uma coordenação regulatória, nem tampouco, uma lei com regras gerais para as agências[5].

[5] Em 2016, esteve em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n°52, de 2013, cujo autor é o Senador Eunício Oliveira, que se trata de uma Lei Geral para as Agências Reguladoras. Polêmico, o PL foi aprovado pelo Senado no final de 2016 e atualmente está em fase de tramitação na

Para Moreira (2014), quanto às agências reguladoras brasileiras, uns dos problemas é a falta de tecnicidade de muitos dos dirigentes, que são indicados devido a interesses político-partidários e embora exista previsão de quarentena para exercício de atividades nos órgãos regulados, o mesmo não ocorre para o exercício de atividades políticas. Assim, muitas vezes, os dirigentes saem das agências para concorrer em eleições, fenômeno que o autor chama de migração pública. Existem ainda cargos de direção vagos nas agências reguladoras. Ao não nomear diretores técnicos ou deixar de nomeá-los o governo está impedindo a regulação, ao que o autor nomeia de locaute regulatório. Outro problema das agências é financeiro, devido à falta de aporte de verbas suficiente para garantir a sua infraestrutura, ocorrendo por vezes, a inanição regulatória. Esses três fenômenos: migração pública, locaute regulatório e inanição regulatória podem colocar em xeque a independência das agências reguladoras, que podem sofrer captura tanto dos agentes regulados, quanto do próprio Estado que as criou.

2.2.2 A Regulação e o Desenvolvimento Econômico na Constituição Federal de 1988

A importância do direito econômico e da inovação foram reconhecidas pela Constituição Federal de 1988. De acordo com Eros Roberto Grau, pode-se inferir do art. 24, I[6], do texto constitucional, o princípio da ordenação normativa por meio do direito econômico (GRAU, 2010), não restando dúvidas acerca do seu papel. Além

Câmara dos Deputados, PL 6621/2016 (BRASIL, 2016). Ele prevê, dentre outros, a obrigatoriedade da realização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) pelas agências, a previsão de uma Câmara de Governo destinada a acompanhar os assuntos regulatórios e o controle externo das agências pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União. Contudo, apesar de pregar a maior autonomia das agências reguladoras, alguns críticos dizem, que, na prática, caso convertido em lei, ele pode acabar aumentando a interferência política nas agências (CRISTOFARO, et al., 2016), uma vez que aumenta os órgãos e instrumentos de controle com jurisdição sobre elas.

[6] Dispõe o inciso I, do art. 24 da Constituição que "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico" (BRASIL, 1988)

disso, nossa Constituição deixa clara a opção pelo sistema capitalista, que se sustenta na livre iniciativa e na propriedade privada, conforme o art. 170[7].

Ademais, pela primeira vez na história do Brasil, foi introduzido um capítulo na Constituição específico para ciência, tecnologia e inovação. Os arts. 218, 219, 219-A e 219-B com seus respectivos parágrafos destacam a importância do desenvolvimento das atividades de ciência e tecnologia. Posteriormente, em 2015, a Emenda Constitucional n. 85 introduziu também a inovação, como elo importante para a ciência e tecnologia[8].

O próprio art. 5º da nossa Constituição, que trata das garantias e deveres fundamentais dos cidadãos, também incentiva o desenvolvimento econômico, na medida em que assegura, por meio do seu inciso XXIX, o direito à propriedade intelectual[9].

Contudo, a Constituição Federal de 1988 não inovou em relação às possibilidades de atuação do Estado na economia. Em seu texto original, permanecia a ênfase ao papel do Estado como agente direto nas atividades de cunho econômico. Apesar da previsão do art. 174, caput[10], acerca da função reguladora a ser realizada

[7] Dispõe o art. 170 da Constituição que "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada..." (BRASIL, 1988)

[8] Dispõe o caput do art. 218 da Constituição que "Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação" e o caput do art. 219 da Constituição que "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal" (BRASIL, 1988).

[9] Dispõe o inciso XXIX do art. 5º da Constituição que "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País" (BRASIL, 1988).

[10] Dispõe o caput do art. 174 da Constituição que "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" (BRASIL, 1988)

pelo Estado, foi somente na década de 90, após as privatizações, que surgiu, no Brasil, o Estado regulador.

Entre 1990 e 2002, a Constituição de 1988 foi emendada 39 vezes, 10 delas referentes à forma de atuação do Estado na economia (SANT'ANA, 2010). Nesse contexto, ocorreu a expansão da atividade regulatória, quando duas Emendas passaram a prever órgãos reguladores para as atividades de telecomunicações (nova redação dada ao art. 21, XI, da Constituição Federal, pela EC 8/95) e de petróleo (o inciso III, do § 2º do art. 177 da Constituição ganhou nova redação com a EC 9/95) (BARROSO, 2002).

Além disso, houve a promulgação EC N.19/98, que introduziu o princípio da eficiência no âmbito da administração pública. Dessa forma, foi reconhecida a importância da qualidade na prestação dos serviços públicos.

Contudo, as outras agências reguladoras até hoje não estão previstas de forma expressa no texto constitucional, o que tem suscitado discussões acerca do seu papel normativo, uma vez que o nosso texto maior, prevê em seu art. 84, VI, que o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Executivo[11].

O STF reconheceu em julgamento de ação cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668-DF, em 1997, a competência normativa da ANATEL (STF, 1998). Apesar de o mérito dessa ação não ter sido julgado até hoje e de constitucionalidade da lei analisada ser específica para a ANATEL, tem-se estendido esse entendimento do STF para as demais agências reguladoras.

Hoje adota-se o entendimento que o poder regulamentar pode ser exercido também por Ministros de Estado e por outros órgãos e entidades da Administração Pública, tais como as agências reguladoras, autarquias integrantes da Administração indireta, pautando-se na possibilidade de descentralização administrativa (MARTINS, 2017).

[11] Dispõe o inciso IV do art. 84 da Constituição que "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução" (BRASIL, 1988).

2.2.3 A Regulação e as Leis Brasileiras

No que tange à regulação, as reformas constitucionais da década de 90 introduziram no ordenamento jurídico brasileiro, as agências, novas instâncias responsáveis por essas atribuições. Primeiramente, foram criadas agências reguladoras relacionadas aos setores de infraestrutura. A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que regula a fiscalização, produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica foi criada pela Lei n. 9.427/96 (BRASIL, 1996); a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, que regula as telecomunicações foi criada pela Lei n. 9.472/97 (BRASIL, 1997a) e a Agência Nacional do Petróleo – ANP, que regula a indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis foi criada pela Lei n. 9.478/97 (BRASIL, 1997b).

Depois surgiram as agências reguladoras relacionadas ao setor de saúde. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras, foi criada pela Lei n. 9782/99 (BRASIL, 1999) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que regula, normatiza, controla e fiscaliza as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, foi criada pela Lei n. 9.961/2000 (BRASIL, 2000a).

Na sequência, foram criadas novas agências de infraestrutura. A Agência Nacional de Águas – ANA, que tem a finalidade de finalidade de implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos foi criada pela Lei n. 9.984/00 (BRASIL, 2000b), a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ que implementam nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de

Políticas de Transporte, foram criadas pela Lei n. 10233/2001 (BRASIL, 2001a). A Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, que regula e fiscaliza as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, foi criada pela Lei n. 11.182/2005 (BRASIL, 2005b).

Além dessas, a Agência Nacional do Cinema – ANCINE que fomenta, regula e fiscaliza a indústria cinematográfica e videofonográfica, foi criada pela Medida Provisória n. 2.228-1/2001 (BRASIL, 2001b).

Contudo, existem outras instâncias, além das agências reguladoras propriamente ditas, que atuam como órgãos reguladores. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por exemplo, atua na prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e foi criado pela Lei n. 8884/94 (BRASIL, 1994), revogada pela Lei n. 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Ainda, instâncias colegiadas multidisciplinares, tais como Conselhos e Comissões foram instituídas com a finalidade de regulamentar atividades específicas. São exemplos dessas, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, que atua no estabelecimento de normas técnicas de segurança e pareceres técnicos referentes à proteção da saúde humana, dos organismos vivos e do meio ambiente, para atividades que envolvam a construção, experimentação, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, armazenamento, liberação e descarte de OGM e derivados, que foi criada pela Lei n. 11.105/2005 (BRASIL, 2005a) e o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal – CONCEA, a quem compete normatizar o uso de animais em ensino ou pesquisa científica, que foi criado pela Lei n. 11.794/2008 (BRASIL, 2008), ambos vinculados ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

Sem prejuízo, alguns setores ainda são regulados por órgãos da Administração direta do Estado brasileiro. É o caso, por exemplo, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, cujas competências estão disciplinadas no Decreto n. 8.852/2016 (BRASIL, 2016b) atualizado pela Lei n.

13.341/2016 (BRASIL, 2016c), e é responsável, dentre outros pela fiscalização dos insumos utilizados nas atividades agropecuárias e da prestação de serviços no setor.

Dessa forma, diversas leis podem regular um mesmo produto, envolvendo órgãos diferentes dentro de suas respectivas esferas de competência. O controle sanitário de alimentos, por exemplo, é uma responsabilidade compartilhada por diversos órgãos. Compete ao MAPA, a inspeção e fiscalização de produtos alimentícios de origem animal, conforme previsto no Decreto n. 9013/2017 (BRASIL, 2017b) e de vegetais *in natura*. Compete à ANVISA o registro e fiscalização de alimentos específicos, principalmente aqueles processados, conforme previsto na Lei n. 9782/99 (BRASIL, 1999) e na Resolução-RDC n. 27/2010 (ANVISA, 2010). Além desses, outros órgãos podem atuar em assuntos específicos, um exemplo, é o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO, criado pela Lei n. 5.966/73 (BRASIL, 1973), que avalia a conformidade dos alimentos com os padrões estabelecidos pelos demais órgãos.

Os órgãos responsáveis pela regulação exercem sua função normativa, por meio da edição de atos normativos de caráter técnico e setorial, em sua maior parte Resoluções.

Em relação às novas tecnologias, novos instrumentos legais que surgiram após a Constituição Federal de 1988, buscaram reconhecer o papel do incentivo à ciência para o desenvolvimento econômico. A Lei n.10973/2004 (BRASIL, 2004), conhecida como Lei da Inovação, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro incentivos ao desenvolvimento científico e tecnológico, especialmente no que se refere à inovação no âmbito público e privado. Em 2016, a Lei n. 13243 (BRASIL, 2016c), conhecida como novo Marco da Ciência e Tecnologia, CTI, foi editada em processo contínuo à EC 85/2015, alterando dentre outras legislações à Lei da Inovação. A nova Lei alterou dispositivos Lei n.10973/2004 e de outras leis, buscando integrar as empresas privadas à pesquisa pública, simplificar os processos administrativos das instituições públicas de pesquisa (incluindo a dispensa de licitação para produtos de CTI em alguns casos previstos) e a descentralização do

fomento ao desenvolvimento de setores de CTI nos Estados e Municípios (NAZARENO, 2016).

Mais recentemente, em fevereiro de 2018, foi publicado o Decreto que regulamenta a Lei do Marco Legal da CTI (BRASIL, 2018). Essa regulamentação foi discutida durante dois anos com a sociedade científica, e espera-se que ele ajude a promover maior flexibilidade para que as instituições de pesquisa possam atuar em parceria com instituições públicas e privadas de forma a impulsionar o desenvolvimento tecnológico.

2.2.4 Sugestões da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE para a regulação no Brasil

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE surgiu em 1961, em sucessão à Organização para a Cooperação Econômica Européia – OECE, criada na França em 1948 como uma instância de cooperação para a reconstrução dos países europeus no cenário pós II Guerra Mundial (OECD, 2017a).

A OCDE atua nas políticas públicas e na troca de experiências entre os países membros e parceiros. Atualmente, conta com 35 membros que incluem os países mais ricos do mundo, como os Estados Unidos, o Canadá, a Alemanha, o Reino Unido e outros e também países de economias emergentes, como o México, o Chile e a Turquia (OECD, 2017b).

Em maio de 2007, a OCDE convidou o Brasil, a China, a Índia, a Indonésia e a África do Sul a participarem do Programa de "Engajamento Ampliado" e se tornarem "Parceiros Chave" (OECD, 2017b). Nesse mesmo ano, a publicação de um Relatório da OCDE sobre a Reforma Regulatória no Brasil, em 2007, iniciou a discussão da necessidade de as agências regulatórias realizarem uma Análise do Impacto Regulatório – AIR dos seus atos (LIMA, 2010.)

Para a OCDE, a AIR "é um processo de identificação sistemática e avaliação dos efeitos esperados das propostas regulatórias, por meio de método analítico consistente, tal como análise de custo/benefício (OECD, 2008). Essa análise antecede a tomada de decisão e consiste na identificação e avaliação dos problemas, objetivos, envolvidos, custos e efeitos das diferentes opções regulatórias, considerando o contexto de regulação. Ela já é adotada rotineiramente pela Anvisa e é uma ferramenta para o gerenciamento do risco (ANVISA, 2017). Sua utilização permite ao órgão regulador a previsão do impacto dos seus atos.

Além da realização dessa análise, o Brasil adotou vários instrumentos legais da organização[12], que incluem a melhoria das instituições de governança e de regulação.

Em 2015, a OCDE publicou um Relatório sobre a perspectiva regulatória, onde constata que a maioria dos seus países membros evoluiu muito na avaliação do impacto regulatório, contudo, considera que mais poderia ser feito para melhorar a forma como os regulamentos são projetados, implementados e avaliados (OECD, 2015). A organização considera em seu relatório que existe qualidade regulatória quando os regulamentos: 1) apresentam metas de políticas claras e são efetivos em alcançar essas metas; 2) são claros, simples e práticos para os usuários; 3) são fundamentados em base legal e empírica; 4) são coerentes com outros regulamentos e políticas, 5) produzem benefícios que justificam seus custos; 6) são implementados de forma justa, transparente e proporcional; 7) minimizam os custos e distorções do mercado; 8) promovem a inovação por meio de incentivos ao mercado e têm abordagens baseadas em objetivos; 9) são compatíveis com a competição, o comércio e princípios que facilitam os investimentos em níveis domésticos e internacionais.

[12] O Brasil hoje é signatário de 31 instrumentos legais da OCDE. É membro associado de sete órgãos: Conselho Diretor do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA), Conselho Diretor do Centro de Desenvolvimento, Grupo de Trabalho sobre Suborno em Transações Internacionais, Comitê do Aço Foro Global sobre Transparência e Troca de Informações Tributárias, Reunião Conjunta do Comitê de Químicos e do Grupo de Trabalho sobre Químicos, Pesticidas e Biotecnologia (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2017).

Em maio de 2017, o Brasil solicitou adesão formal à OCDE (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2017). Se aprovado o pedido, o país irá se submeter a uma avaliação, cujo processo pode chegar a três anos. O rito rigoroso para a entrada na OCDE aumenta a confiança nos países membros.

2.2.5 O Estado e a Regulação de Novas Tecnologias

Toda essa discussão acerca da necessidade de aprimoramento da regulação exercida pele Estado, se dá em um momento em que, no atual cenário político, a discussão sobre a importância da livre iniciativa tem ganhado força. Para Barroso (2014), precisamos de normas claras e incentivos à inovação, sem os quais é muito difícil empreender.

No cenário mundial, uma das primeiras medidas de Donald Trump ao assumir a presidência dos Estados Unidos da América, em janeiro de 2017, foi decretar que duas regulações sejam anuladas para cada nova, cumprindo dessa forma uma das suas promessas de campanha destinadas a alavancar o crescimento econômico do país (ESTADÃO, 2017). A regulação mínima faz parte do ideário liberal, que tem dentre suas premissas a liberdade econômica dos agentes produtivos (PIANA, 2009).

Essa perspectiva de regulação é alvo de diversas críticas. No caso das novas e poderosas técnicas de edição genômica que reacendem as discussões sobre bioética e eugenia, nota-se que nem mesmo nos Estados Unidos, país onde foi patenteada a nova tecnologia, existe uma política regulatória coordenada capaz de avaliar os impactos do seu desenvolvimento. As novas tecnologias estão sujeitas aos mesmos instrumentos utilizados comumente pelas entidades do governo: registro de patentes, regulamentos, legislações e ações judiciais (WEBB, 2017).

Contudo, apesar de o Direito apresentar-se como um campo de conhecimento relativamente estático frente às novas tecnologias, já existe a percepção de que será necessária uma adaptação frente à realidade atual (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017).

Para Oliveira (2015b), os desafios da pós-modernidade, como o incremento do risco, da velocidade da informação, das novas tecnologias e da complexidade dos interesses, que devem ser satisfeitos pelo Estado, demonstram a insuficiência dos modelos tradicionais de organização, de atuação e de controle da Administração Pública, excessivamente formais e sem preocupação com a eficiência.

Ao contrário, o Direito administrativo deverá se fundamentar nos princípios da eficiência, da legitimidade e do controle. A eficiência dá-se pela valorização das finalidades públicas em detrimento dos formalismos burocráticos e pela instituição de mecanismos de gestão por resultados. Quanto à legitimidade, a atuação por vontade unilateral do Estado perde espaço para a transparência e atuação consensual da Administração (OLIVEIRA, 2015b).

No caso das novas tecnologias, a necessidade de maior eficiência na regulação é ainda mais perceptível, dado o potencial impacto para a sociedade. A Administração Pública deve buscar a adoção das melhores práticas existentes, de forma a evitar prejuízos advindos da demora e/ou omissão regulatória.

Para o Comitê de Coordenação Interagências de Políticas para Tecnologias Emergentes da Casa Branca (ETIPC), (2011) existem alguns princípios a serem seguidos na regulação das novas tecnologias, dentre os quais: o acesso às melhores informações científicas disponíveis; a participação da sociedade; transparência na comunicação dos riscos e benefícios associados às tecnologias; a realização de cálculos de custo x benefícios, de forma que os benefícios superem os custos; flexibilidade das regras de forma a incorporar rapidamente as novas evidências científicas; realização de avaliação e gerenciamento do risco por parte do órgão regulador, levando-se em consideração não regular quando não existirem evidências para tal; a promoção da inovação sempre que possível, a coordenação entre as diferentes agências reguladoras governamentais e cooperação internacional com o compartilhamento de informações.

Assim, é preciso repensar a forma como vem sendo realizada a regulação, a fim de evitar impactos negativos para a sociedade. Conforme avaliado por BAPTISTA (2017), faz-se necessário discutir vários pontos, incluindo o tipo de regulação estatal a ser adotado, os desenhos e ferramentas regulatórias mais apropriados, o tipo de intervenção, optar por uma regulação mais tradicional com foco em ações coercitivas ou por uma regulação mais fraca, optar pela utilização de normas mais detalhadas em relação a uma determinada inovação ou mais flexíveis e baseadas em princípios gerais.

Para ela, a forma de regular é impactada pelo momento em que se dá a regulação. Quando a regulação se dá em conjunto com o surgimento da tecnologia, é impossível que o regulador seja muito detalhista, pois, várias questões são ainda desconhecidas. Por outro lado, quando a regulação se dá em momento posterior, e as tecnologias já foram mais testadas, existem mais dados e informações que permitem um maior detalhamento e definição de critérios regulatórios mais específicos e menos principiológicos (BAPTISTA, 2017).

O Direito Administrativo deve acompanhar esse novo cenário. Oliveira (2015b) defende uma releitura do princípio da legalidade e do poder normativo autônomo na Administração Pública. Para esse autor, a questão da supremacia do interesse público deve ser rediscutida, pois, seria mais adequado falar em princípio da finalidade pública, uma vez que considera inadequada a utilização do dogma da supremacia do interesse público para legitimar a ação pública. Para ele, a atuação administrativa deve ser fundamentada a partir das normas em vigor e do contexto de sua aplicação.

Na literatura internacional, a regulação baseada em princípios e não em regras é apontada como alternativa no caso das instituições onde a inovação é comum e é frequente a incorporação de novas tecnologias. Isso porque, nesses casos, regras detalhadas se tornam obsoletas rapidamente (CARTER et al., 2011) com a rápida evolução da ciência e do conhecimento científico disponível, essa perspectiva parece adequada, na medida, em que pode ser mais seguro avaliar as tecnologias de

acordo com princípios e com todas as informações atualizadas existentes na literatura do que com base em regulamentos que podem estar defasados.

Por outro lado, a participação popular nas decisões dos órgãos responsáveis pela regulação é outro ponto importante. Embora, ela tenha aumentado consideravelmente com o aumento da transparência dos órgãos públicos, o diálogo dos reguladores com os regulados e a sociedade ainda precisa ser melhorado. A utilização de instrumentos como audiências públicas e consultas públicas pode contribuir para isso, mas além desses é preciso melhorar a comunicação a fim de esclarecer a população, especialmente nessa área em que as ações dos órgãos reguladores são vulneráveis às críticas dos cidadãos mal informados, muitas vezes pautados por grupos com interesses pessoais.

Uma pesquisa realizada em Ottawa no Canadá, comparou as diferentes perspectivas de visão sobre a regulação. Para as instituições reguladas, as normas as sobrecarregam excessivamente, enquanto para a maioria dos reguladores os regulamentos são insuficientes, e, por outro lado, os governos e os cidadãos questionam se a regulação funciona (AKHIGBE et al., 2016). Essa mesma revisão avaliou a forma como os reguladores avaliam a conformidade e a eficácia das regulamentações. A escassez de publicações encontradas sobre esse tópico (nove artigos) denota a existência de poucas pesquisas sobre o assunto, sendo que os estudos encontrados se referiam às áreas de transporte, saúde, agricultura e meio ambiente.

Muito embora, a maioria dos países, incluindo o Brasil, tenha criado agências responsáveis pelas atividades de regulação e exista muito investimento e muita discussão sobre esses órgãos, no cenário atual, persiste a necessidade de melhorias nos mecanismos utilizados pelos reguladores.

Ao regular, os órgãos impõem uma série de condições necessárias para que novos produtos entrem no mercado. São criadas normas que determinam a necessidade de maiores ou menores investimentos no desenvolvimento do produto,

favorecendo ou não a inovação. Quando essas normas são estáveis, existe maior segurança jurídica para as empresas da área. Por outro lado, quando essas normas são sujeitas a constantes mudanças, estamos em um cenário de instabilidade jurídica;

Para Fenwick et al. é crucial que o regulador responda as questões: *o que*, *quando* e *como regular*. "O que" significa avaliar qual é a tecnologia que requer regulação. "Quando" refere-se ao tempo em que deve ocorrer a intervenção e "como" refere-se à forma e substância da regulação de um produto, se ele deve ser incentivado, proibido ou restrito de alguma forma e quais regras e princípios devem ser adotados (FENWICK et al. 2016).

Na nossa sociedade, as escolhas regulatórias feitas pelos políticos e pelos burocratas são baseadas em fatos. Por exemplo, o fato de que os drones podem interferir nos voos de alguns aviões ou pousar inadvertidamente em espectadores inocentes, obriga que ao fornecimento de informações confiáveis sobre a probabilidade de tais ocorrências (FENWICK et al. 2016).

Contudo, existem alguns problemas na identificação desses fatos, sobretudo para nas novas tecnologias, onde os fatos relevantes nunca serão óbvios, uma vez que, nesse caso, a regulação é sempre de alguma forma é reativa, possuindo algum grau de incerteza e influência de fatores políticos. Além disso, os interesses das diferentes partes interessadas na sua disponibilização também podem interferir na identificação dos fatos relevantes e irrelevantes. Uma forma de solucionar esse dilema seria pela experimentação, testando diferentes estratégias regulatórias e comparando os resultados. Mas avaliar os resultados é bem complicado, uma vez que muitas vezes o sucesso para os reguladores consiste em evitar uma catástrofe. Porém, a abordagem excessivamente cautelosa, que pode ser norteada pelo princípio da precaução, pode significar que os consumidores não terão nenhum acesso à tecnologia (KAAL, 2016).

Dessa forma, para Fenwick et al. e Kaal, a regulação baseada em fatos, apesar de ter funcionado bem quando o ritmo da disponibilização de tecnologias disruptivas

não era tão acelerado, enfrenta desafios difíceis de superar hoje, pois os reguladores não possuem tempo suficiente para identificar os fatos verdadeiramente relevantes e dialogar com os diferentes grupos de interesse. Por exemplo, no caso do Uber e aplicativos similares, o debate regulatório tem sido centrado nos argumentos relacionados a sua competição desleal com as companhias de taxi, que são licenciadas, e o fato que os passageiros serem transportados por automóveis sem nenhuma licença pode ser inseguro e; que as *Startups* americanas, não respeitam as legislações e mercados de trabalho locais (os autores citaram o mercado europeu, mas entendemos que também se aplicada aos demais mercados). Contudo, existem dúvidas se esses são os fatos mais relevantes, se os taxis realmente oferecem um serviço melhor e mais seguro que o Uber e se existe conexão entre os fatos identificados pelos reguladores e as experiências vividas pelos usuários (FENWICK et al. 2016) (KAAL, 2016).

Nesse sentido, Fenwick et al. propõem um modelo de regulação para a sociedade atual, que denominam de sociedade "pós-fato" com base em três princípios: intervenção regulatória baseada em dados, abordagem baseada em princípios e a "caixa de areia" regulatória mínima (FENWICK et al. 2016).

Assim, os dados relacionados aos investimentos que uma tecnologia recebe podem ser bons preditores da necessidade de regulação. Bons indexadores seriam dados de startups, que costumam introduzir novas tecnologias no mercado, que poderiam ser obtidos por meio de bases de dados globais como CB Insights, PitchBook e Mattermark (KAAL, 2016). Para eles, os investimentos poderiam ajudar a identificar "quais tecnologias (o que) regular", uma vez que tecnologias que recebem pouco investimento, dificilmente chegarão ao mercado. Além disso, "quando regular" poderia ser definido pelo momento em que os investimentos aumentam, o que indicaria que a tecnologia estaria próxima de entrar no mercado e o ponto de partida sobre "como" regular poderia ser a demanda dos consumidores, com a ressalva de que evidentemente, os riscos e efeitos negativos das novas tecnologias não podem ser ignorados (FENWICK et al. 2016).

A abordagem baseada em princípios e não em regras estritas permite maior flexibilidade e adaptação em relação ao descobrimento de novos fatos, pois considerando que as mesmas são dinâmicas, o surgimento de novas evidências pode justificar necessidades de alteração no cenário regulatório. Essa abordagem pode evitar a paralisia regulatória. A dificuldade desse tipo de regulação, contudo, é o fato de que causa certa incerteza jurídica para as empresas que tem que aportar investimentos no desenvolvimento de uma tecnologia regulada, cujos requisitos para a entrada no mercado podem ser alterados a qualquer momento (FENWICK et al. 2016).

A caixa de areia" regulatória mínima foi proposta pela Autoridade Britânica de Condutas Financeiras (FCA) e propõe um espaço delimitado, com duração de 6 meses, para que as empresas possam realizar testes com os novos produtos, de forma a limitar seus efeitos e a regulação a um grupo específico, possibilitando uma melhor análise de impacto antes de introduzir a tecnologia no mercado (FENWICK et al. 2016).

Essa abordagem regulatória é mais bem acolhida no mercado financeiro e, certamente é preciso muita cautela para expandi-la a outras tecnologias com maior potencial de externalidades nas áreas de saúde, meio ambiente e direitos fundamentais e humanos em geral. Contudo, é interessante acompanhá-la uma vez que os reguladores estão tendo dificuldades em regular toda a diversidade das novas tecnologias, dado o seu dinamismo.

Outro ponto questionado pelos autores ligados à regulação da inovação é o princípio da precaução. Para Adler (2011), o princípio da precaução não pode ser usado para justificar a inação estatal, pois a inação em si pode representar um perigo, uma vez que as precauções podem criar riscos e, portanto, o princípio seria contrário à sua finalidade. A certeza científica absoluta, caracterizada pela ausência de riscos é algo praticamente inalcançável. Se o verdadeiro objetivo é um mundo mais seguro, os riscos de novos produtos devem ser ponderados contra os riscos que eles melhoram ou evitam. Os riscos de mudança devem ser ponderados contra o risco de

estagnação. Por exemplo, as agências reguladoras quando concluem pela segurança de um medicamento e aprovam sua comercialização, de certa forma, expõem os pacientes a alguns riscos próprios, uma vez que mesmo sendo o produto considerado seguro e eficaz, existe uma pequena parcela da população que pode apresentar problemas com o seu uso. Contudo, ao não liberar um medicamento, algumas pessoas podem morrer por falta de tratamento disponível.

Nessa ótica, é destacado o fato de que muitos produtos consumidos há muitos anos pela sociedade oferecem riscos aos consumidores, que em muitos casos não foram avaliados tão minuciosamente quanto os novos produtos que estão sendo desenvolvidos e que os novos produtos, apesar de terem algum potencial de risco, podem ser mais seguros do que aqueles que já estão sendo comercializados.

Além disso, não permitir a comercialização de um determinado produto pode ser interpretado como uma forma de proteção de mercado e, alguns casos, descumprimento de acordos internacionais de comércio. Em 2003, a Argentina e, posteriormente, os Estados Unidos e o Canadá questionaram a Organização Mundial do Comércio, OMC, sobre as restrições da União Europeia em relação aos produtos agrícolas transgênicos. A União Europeia, por sua vez argumentou que as restrições se baseavam nas incertezas científicas em relação aos Organismos Geneticamente Modificados[13] e na observância ao princípio da precaução[14], presente em diversas tratativas internacionais de Direitos Humanos, bem como na Convenção de Biodiversidade e no Protocolo de Cartagena. O caso foi encerrado por meio de Acordo Mútuo em 2010 (OLIVERIA, 2016). O encerramento do caso por meio de acordo denota que a OMC considerou de certa forma procedentes ambos os argumentos, relativos às questões comerciais e à necessidade de respeito ao princípio

[13] As plantas transgênicas, geneticamente modificadas, são aquelas em que houve a inserção de um gene de outra espécie por meio de métodos da biotecnologia moderna, com o fim de conferir-lhes alguma característica vantajosa para uso agrícola. No Brasil, seu conceito legal encontra-se no art. 3º., V, da Lei n. 11.105/2005 e será detalhado no Capítulo 2.

[14] O princípio da precaução determina a necessidade de medidas cautelares diante de incertezas científicas e será detalhado no Capítulo 2.

da precaução, o que exemplifica a dificuldade de ponderação para a regulação de novas tecnologias.

Dessa forma, abordamos diversos aspectos importantes no que tange a regulação de novas tecnologias, procurando incluir os aspectos relativos à perspectiva econômica, do desenvolvimento das inovações, e também alguns aspectos relativos às questões sociais, que serão mais detalhadas no capítulo 2, que tratará da tecnologia de edição de genes CRISPR-Cas9.

Considerando, todas as questões elencadas no capítulo 1, evidenciamos a necessidade de rediscutir a atuação do Estado e as ferramentas utilizadas pelo direito na regulação de novas tecnologias. Essa relação deve ser repensada. O ritmo regulatório precisa de ajustes, cujo ponto exato só será encontrado após a exaustão do tema. Do contrário, corremos dois riscos extremos: de impedir as novas tecnologias, prejudicando o desenvolvimento ou de vivermos um cenário em que, por ausência de previsão legal, as novas tecnologias acabem por ser desregulamentadas, sem qualquer tipo de controle sobre as mesmas.

Os diversos exemplos apresentados, Uber, Netflix, WhatsApp, nanotecnologia, demonstram que existem lacunas na forma de regulamentar as novas tecnologias e na comunicação com os usuários e envolvimento dos mesmos.

Infelizmente, o ritmo de evolução dos sistemas jurídicos é moroso e não tem acompanhado o desenvolvimento de novas tecnologias. A busca por novas ferramentas e métodos deve prosseguir para que se tenha maior celeridade e segurança nas avaliações. Conforme apontado em estudo realizado em 2004 (WIENER, 2004), não existe um desenho sobre a melhor forma de regular, mas sim, a necessidade de se avaliar o contexto da regulação, o que implicará em diferentes modelos regulatórios para diferentes problemas, situações, sociedades e configurações institucionais. As diferentes ideias políticas devem ser testadas e a tecnologia regulatória adaptada ao longo do tempo.

O Estado tem certamente um papel estratégico na disponibilização de novas tecnologias à população. A criação das agências foi um passo importante, mas agora, nos parece necessário evoluir novamente o modelo regulatório para que elas possam se adequar à realidade das novas tecnologias.

Nessa perspectiva, detalharemos o cenário de desenvolvimento e regulação da tecnologia de edição de gentes CRISPR-Cas9.

3 A REGULAÇÃO DA TECNOLOGIA DE EDIÇÃO DE GENES CRISPR-CAS9

A tecnologia de edição de genes CRISPR-Cas9 permite modificar os organismos de forma precisa. Assim, por meio dela, hoje é possível inserir características desejáveis em uma planta, como genes que dão maior resistência às ervas daninhas, e espera-se que no futuro próximo seja possível modificar animais e embriões, excluindo características indesejáveis tais como uma doença hereditária e incluindo atributos valorizados na espécie, tais como genes associados a maior estatura e força física e características fenotípicas, tais como olhos e cabelos de uma determinada cor.

Ela se diferencia das demais técnicas de Engenharia Genética, devido à sua simplicidade, rapidez e baixo custo quando comparada a outras tecnologias. Por esse motivo, pode ser utilizada de forma ampla e até mesmo em laboratórios pouco sofisticados. Contudo, com esse seu potencial de promover modificações genéticas precisas nos organismos vivos, várias questões que eram debatidas no plano filosófico terão que ser discutidas concretamente e os reguladores terão a difícil tarefa de controlar e delimitar o seu uso.

Assim, nesse capítulo serão abordadas a edição de genes, a tecnologia CRISPR-Cas9, o cenário regulatório no Brasil e nos EUA, berço da dessa tecnologia e os desafios para os reguladores no Brasil.

3.1 A Edição de Genes e a Tecnologia CRISPR-CAS9

A genética moderna teve início por volta de 1860, com os trabalhos de Gregor Mendel que, pela primeira vez descreveu as funções dos genes e os mecanismos pelos quais eles são transmitidos (SANDERS, 2014). Depois disso, em 1944, Oswald Avery, Colin MacLeod e Maclyn McCarty, três pesquisadores do Instituto Rockefeller, em Nova York, identificaram o ácido desoxirribonucleico – DNA como o componente transmissor das informações genéticas nas bactérias (KLUG et. al., 2010).

Em 1953, com a descoberta da estrutura molecular do DNA pelo americano James Watson e pelo inglês Francis Crick, os genes deixaram de ser apenas conceituais para assumir uma forma física que pode ser quantificada e sequenciada, impulsionando os estudos na área de genética (SANDERS, 2014).

No início da década de 70, nas Universidade da Califórnia e de Stanford, Herbert W. Boyer e Stanley N. Cohen conseguiram inserir DNA de outras espécies em bactérias, dando início a era do DNA recombinante. Para isso eles utilizaram enzimas de restrição[15], que permitiram pela primeira vez modificar genes e inserir neles características desejadas advindas de outros organismos.

A tecnologia do DNA recombinante abriu uma nova gama de possibilidades até então impensáveis e, por esse motivo, houve grandes preocupações com os potenciais riscos, existindo até mesmo uma proposta de moratória nas pesquisas. Em 1975, um grupo de biólogos e juristas se reuniu na Conferência de Asilomar, na Califórnia (BERG et al., 1975) no intuito de discutir os riscos da tecnologia do DNA recombinante e a partir de então, esses experimentos passaram a exigir uma série de precauções para trabalhar com eles.

[15] Este tipo de enzima atua como uma espécie de "tesoura biológica" que faz cortes nas ligações das moléculas de DNA, produzindo fragmentos. Elas são produzidas naturalmente por bactérias como forma de defesa contra infecção viral, onde clivam em diversos fragmentos o material genético dos vírus, impedindo sua reprodução na célula bacteriana (KLUG, et al., 2010).

Depois disso, em 1976, surgiu a primeira empresa de biotecnologia do mundo, a Genentech; em 1981, a primeira planta geneticamente modificada e em 1996, a primeira ovelha clonada, chamada Dolly (BRUNO et al., 2014).

Desde então, a engenharia genética vem sendo muito utilizada, sobretudo na agricultura, indústria e na produção de medicamentos. O projeto de sequenciamento do Genoma[16] Humano, finalizado em 2001, e os demais projetos de sequenciamento transformaram a genética, pois agora é possível estudar em nível molecular e simultaneamente uma grande quantidade de genes. Hoje, com a bioinformática é possível o sequenciamento dos genomas em larga escala (SNUSTAD et al., 2017). Dessa forma, fica mais fácil a concepção de modificações na estrutura do genoma dos organismos.

Paralelamente, diversas novas tecnologias foram descobertas, tais como Zinc-finger nucleases, TALENs[17] e a metilação de DNA dependente de RNA[18], mas talvez a mais revolucionária delas é o CRISPR (Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats), Repetições Palindrômicas Curtas Agrupadas e Regularmente Interespaçadas, um novo sistema de edição de genoma, que consiste em uma proteína que corta o DNA guiada por uma molécula de RNA capaz de encontrar o gene de interesse específico (ROJAHN, 2014).

As Repetições Palindrômicas Curtas Agrupadas e Regularmente Interespaçadas, CRISPR, foram descobertas nos anos 80, mas somente em 2005 foram obtidas as informações necessárias sobre a sua função (BOLOTIN et al.,

[16] Genoma é a coleção de moléculas de DNA característica de um organismo. O sequenciamento do DNA de um genoma fornece os dados para identificar e catalogar todos os genes de um organismo (SNUSTAD et al., 2017).

[17] Zinc Finger nucleases são proteínas que consistem em uma enzima que corta o DNA associada a uma região de reconhecimento de DNA, que pode ser ampliada para o reconhecer diferentes genes. Foi a primeira ferramenta programável de edição gênica, mas ela depende de proteínas que podem ser difíceis de construir para novos alvos gênicos. Além disso, existe o risco de que a ferramenta promova cortes em genes não alvo. Transcription activator-like effector nucleases – TALENs são também proteínas que consistem em uma enzima que corta o DNA associada a uma região de reconhecimento de DNA, mas elas são mais fáceis de desenhar que as Zinc finger nucleases. Contudo, ainda são difíceis de produzir e também podem cortar genes não alvo (ROJAHN, 2014).

[18] A metilação de DNA dependente de RNA é uma técnica em que a expressão de genes específicos é alterada por meio de alterações hereditárias epigenéticas, sem, contudo, alterar a sequência genômica (WU et al., 2013).

2005). Em 2006, foi proposta a tese de que essas sequencias, CRISPR são utilizadas pelo sistema imune de bactérias e arquéias para a remoção de vírus invasores (MAKAROVA et al., 2006).

Contudo, somente em 2012, as pesquisas lideradas por Jennifer A. Doudna e Emmanuelle Charpentier (JINEK et al., 2012) elucidaram o mecanismo como CRISPR associado aos sistemas CRISPR-associated (Cas) se associam a bactérias e arqueias, sendo capazes de cortar os vírus invasores do seu genoma, atuando como uma espécie de "tesoura molecular". Quando as bactérias detectam os vírus elas produzem RNA que se associa às nucleases[19] Cas, sendo que a Cas9 é a principal nuclease envolvida no processo de corte de DNA invasor, e por esse motivo o sistema foi denominado "*CRISPR-Cas9".* Diferente das outras metodologias até então utilizadas para a edição gênica que requeriam o reconhecimento em ambas as fitas de DNA para que a clivagem (corte) fosse bem sucedida, o sistema CRISPR se utiliza de um RNA guia, simplificando o processo.

Assim, o sistema CRISPR-CAS9 se destaca por sua simplicidade e por poder ser utilizado em laboratórios sem grandes estruturas, sendo considerado uma metodologia rápida, fácil com baixo custo e principalmente com alta taxa de sucesso devido a sua alta sensibilidade para o reconhecimento de sequências específicas presentes no DNA alvo de células em cultura ou até mesmo em modelos animais.

O grupo do Feng Zhang demonstrou, em 2013, (RAN et al., 2013), que o mecanismo do CRISPR-CAS9 pode ser utilizado para editar o genoma humano. Na sequência, vários estudos pré-clínicos obtiveram resultados interessantes para a cura de doenças genéticas.

Inúmeras são as aplicações do sistema CRISPR-CAS9, que pode alterar de forma precisa o DNA de organismos (CONG et al., 2013), corrigir genes defeituosos, apresentando um enorme potencial na cura de diversas doenças humanas, desde as hereditárias (OUSTEROUT et al., 2015), até o câncer

[19] Nucleases são enzimas de retrição que cortam as ligações entre os nucleotídeos do DNA (NISHINO, et al., 2002).

(CYRANOSKI, 2016) e a AIDS (KAMINSKI et al., 2016), mas também na utilização em outros organismos como no desenvolvimento de plantas mais bem adaptadas (BELHAJ et al., 2013).

Em 2016, pesquisadores do MIT conseguiram corrigir um gene defeituoso e curar uma doença hepática, a tirosinemia, em camundongos (YIN, 2016).

O primeiro ensaio clínico para tratamento de câncer foi aprovado no início de 2016 nos Estados Unidos. Em agosto desse ano, cientistas chineses também anunciaram a utilização da técnica para tratamento de câncer de pulmão (CYRANOSKI, 2016).

Mais recentemente, podemos visualizar no site do governo americano que consolida as informações dos estudos clínicos realizados ao redor do mundo, onze estudos conduzidos na China que utilizam a técnica de CRISPR para o tratamento de diferentes formas de câncer, incluindo o câncer de esôfago, do sistema nervoso central, de próstata e leucemia (MEDICINE, 2018).

Contudo, o CRISPR pode também ser utilizado para a modificação de embriões. Desde 2015 cientistas chineses, da Universidade de Sun Yat-sen em Guangzhou, realizam estudos com embriões humanos (LIANG et al., 2015) e, em 2017, eles conseguiram remover pela primeira vez a doença genética talassemia beta de um embrião humano utilizando a técnica (LIANG et al., 2017).

Os chineses têm avançado muito no que diz respeito aos estudos clínicos utilizando produtos obtidos por meio da tecnologia de edição de genomas. Eles argumentam que estão conduzindo os estudos, inclusive a pesquisa com embriões, seguindo padrões rigorosos e de acordo com a legislação (ZHAI et al., 2016).

As potencialidades dessa técnica e, principalmente a possibilidade de edição gênica em embriões, suscitaram inúmeras discussões acerca das questões morais e éticas envolvidas. Não somente os cientistas, mas também Comitês, Instituições Governamentais e Organizações da Sociedade mostraram-se preocupados com o assunto (OFFICE, 2015) (UNESCO, 2015) (ANTON, 2016).

Um dos principais instrumentos legais internacionais sobre as questões éticas envolvendo o patrimônio genético humano é a Declaração sobre Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO (Organização das Nações Unidas (ONU) para a Educação, Ciência e Cultura), assinada pelos 191 Estados-membros da ONU, que, embora não seja específica para a tecnologia de edição gênica, dispõe em seu art. 3º. sobre os princípios da dignidade humana e de direitos humanos, e a necessidade de que os Estados façam prevalecer os interesses e o bem-estar dos indivíduos sobre a ciência ou a sociedade. Quanto ao patrimônio genético, destaca-se o art. 16º sobre a Proteção das Gerações Futuras: "*As repercussões das ciências da vida sobre as gerações futuras, nomeadamente sobre a sua constituição genética, devem ser adequadamente tomadas em consideração"* (UNESCO, 2005).

Mais especificamente sobre a tecnologia de CRISPR-Cas9, em dezembro de 2016, a Universidade de Barcelona fundou um Grupo de Opinião ligado ao Observatório de Bioética e Lei (OBD), com a finalidade de analisar o uso das técnicas de edição de genoma e suas implicações sociais, éticas e legais (LECUONA et al., 2017). Esse grupo elaborou uma Declaração sobre Bioética e Edição Gênica em Humanos.

Em 2017, também emitiram documentos relacionados às discussões que cercam a tecnologia, o Conselho Consultivo de Ciências das Academias Européias (EASAC), o Colégio Americano de Genética Médica e Genômica (ACMG) e a Academia Nacional de Ciência, Engenharia e Medicina (NASEM) dos Estados Unidos. De acordo com Lecuona et al., a percepção global é de que ainda são necessários mais testes antes da aplicação clínica efetiva da tecnologia CRISPR-Cas9. Os diversos grupos sugerem que sejam feitos debates públicos para discutir as implicações da tecnologia de edição de genes. O uso indevido da tecnologia de edição de genes, seu impacto para as gerações futuras, a falta de uma definição clara de quais seriam os propósitos terapêuticos (e quais as modificações não seriam consideradas terapêuticas) e o possível agravamento das desigualdades sociais e entre os indivíduos são as principais preocupações das instituições. Por fim, Lecuona

et al. conclui que, no cenário atual, uma moratória é inútil e que é necessário pensarmos em como regular essa nova tecnologia nos níveis nacionais e global (LECUONA et al., 2017).

Paralelamente, a segurança da utilização dessa nova tecnologia para a saúde humana e animal, e o meio ambiente também é objeto de debate e, nesse contexto, os Órgãos setoriais dos Governos tem se preocupado. Contudo, não existe um ponto de vista global sobre as possibilidades de modificar o genoma humano e de outros seres vivos (LECUONA et al., 2017) e devido às inúmeras aplicações da tecnologia é praticamente impossível realizar uma revisão da sua regulação em uma perspectiva internacional.

Assim, optou-se por analisar o cenário regulatório dessa tecnologia nos Estados Unidos, berço da tecnologia[20], e no Brasil.

3.2 O Cenário Americano

O Comitê de Coordenação Interagências de Políticas para Tecnologias Emergentes da Casa Branca (ETIPC), em 2011, publicou um Documento denominado Princípios para Regulação e Supervisão de Tecnologias Emergentes, onde considerou que a regulação deve proteger a segurança, a saúde e o meio ambiente, mas ao mesmo tempo, não deve inibir a inovação, estigmatizar as novas tecnologias, nem tampouco criar barreiras para as mesmas. Certamente, encontrar esse equilíbrio é um desafio para os reguladores.

As técnicas de edição de genoma têm aplicação potencial para uso na agricultura, em animais e em seres humanos. Assim, sua regulação dependerá do tipo de organismo cujo DNA foi alterado.

[20] O grupo das pesquisadoras Emmanuelle Charpentier e Jennifer Doudna da Universidade de Viena e da Universidade da Califórnia, de Berkeley disputa a propriedade intelectual da tecnologia CRISPR-Cas9 com o grupo de Feng Zhang do Instituto Broad, do Instituto de Technologia de Massachusetts, MIT e de Harvard. Ambos fundaram empresas que licenciaram a tecnologia e transferiram seus direitos de uso para fins comerciais (STORZ, 2018). Algumas patentes foram concedidas, mas a questão é complexa e o conflito entre as reinvindicações dos grupos ainda persiste.

Na agricultura, as potenciais aplicações da edição gênica são alterações no genoma das plantas com vistas a aumentar sua produtividade, torna-las menos alergênicas conferir-lhes mais resistência e tolerância à agroquímicos e insetos, e resistência à seca (BELHAJ et al., 2013), dentre outros. Modificações desse tipo já vem sendo realizadas nas plantas geneticamente modificadas.

Dessa maneira, uma referência importante para a regulação da edição gênica são as plantas transgênicas, cujas bases foram estabelecidas formalmente por um Comitê, em 1986, o Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology (OFSTP, 1986), e incluem três princípios: 1) a avaliação é focada nos produtos geneticamente modificados e não nas tecnologias utilizadas para sua obtenção, 2) a avaliação de risco é feita por meio de critérios estritamente científicos e 3) considerando que os produtos geneticamente modificados destinam-se a fins similares a outros produtos convencionais devem atender às mesmas exigências regulatórias desses (MARDEN, 2003).

A primeira planta transgência foi o Flavr Savr tomato (Solanum lycopersicum), aprovado em 1994 (REDENBAUGHM, et al., 1994). O processo de aprovação dessas plantas, os Organismos Geneticamente Modificados, é rigoroso, exige numerosos testes e causou inúmeras polêmicas, suscitando até hoje manifestações por parte de Organizações Não Governamentais, dentre outros grupos. Contudo, variedades de soja, milho e canola geneticamente modificada têm sido largamente utilizadas em plantios comerciais nos Estados Unidos.

Conforme, os princípios citados acima, a regulação de plantas transgênicas é feita com ênfase no produto final e no princípio da equivalência substantiva[21]. Uma planta é considerada transgênica quando possui no seu genoma um gene de outra espécie inserido, independente da forma (processo, técnica) pelo qual esse gene foi introduzido. Dessa forma, as plantas produzidas por meio das novas técnicas de edição gênica só serão regulamentadas de forma similar aos Organismos

[21] Durante a avaliação de risco, os OGM são comparados com seus equivalentes tradicionais, caso não se encontrarem diferenças significativas, eles são considerados equivalentes.

Geneticamente Modificados (OGMs) caso tenham no seu genoma um gene estranho a sua espécie. Caso o melhoramento resultar em uma planta com genes similares aos de outras plantas da sua espécie, ela será considerada como uma planta convencional e não será regulada como se fosse geneticamente modificada, pois a tecnologia utilizada em sua obtenção não é o foco da avaliação de risco.

Dentro dessa ótica, em 2012, o Serviço de Inspeção de Animais e Plantas (APHIS) do Departamento de Agricultura dos Estados Unidos (USDA) analisou uma variedade de milho resultante de novas técnicas de melhoramento, no caso as Zinc Finger Nucleases (ZFNs), que não continha transgenes e concluiu que ela não seria regulada da mesma forma que as plantas geneticamente modificadas. Essa decisão regulatória foi realizada por meio de análise daquela planta em si (ISHII, et al., 2017), mas abriu um precedente para que as plantas melhoradas por meio de edição gênica não sejam necessariamente avaliadas pela mesma metodologia das plantas transgênicas, dependendo de suas características finais.

Em abril de 2016, o USDA analisou a primeira planta com o genoma editado por meio da tecnologia de CRISPR-Cas9, um cogumelo Paris, cujo gene que codifica para uma proteína que atua no seu processo de escurecimento foi deletado, de forma que ele não fica marrom rapidamente. Como o cogumelo não contém nenhum material genético novo não está no escopo dos produtos supervisionados pela Agência (WALTZ, 2018).

O USDA estabeleceu um processo de consulta para que as empresas produtoras de plantas que tenham sofrido quaisquer alterações genéticas questionem ao órgão se o seu produto será objeto de regulação (USDA, 2018). Nos anos de 2016 e 2017, outras quatro plantas alteradas pela metodologia de CRISPR-Cas9 foram avaliadas pelo USDA e consideradas isentas de supervisão: *Camelina sativa*, oleaginosa modificada para produzir o óleo de ômega 3 melhorado, soja resistente à seca e ao sal, *Setaria viridis*, variedade de erva verde, com atraso no tempo de floração e um milho ceroso, cujo amido é exclusivamente na forma de amilopectina.

A posição do USDA em relação às plantas com edição em seu genoma difere bastante da posição adotada pela Food and Drugs Admistration (FDA) para animais.

O uso das técnicas de edição gênica em animais foi regulamentado em janeiro de 2017 pelo FDA. De acordo com a Orientação 187 (Guidance for Industry (GFI) #187) da agência (FDA, 2017) todos eles serão avaliados caso a caso, de forma semelhante ao que ocorre com os novos medicamentos. Ao contrário das plantas geneticamente modificadas, não será considerado somente o produto final (ou seja, o animal editado), mas também a tecnologia utilizada na modificação genética. A medida causou reação entre aqueles que temem uma regulação morosa e onerosa, de forma a desmotivar as inovações na área.

Na verdade, existe resistência por parte dos reguladores e da população em relação aos animais geneticamente modificados e similares. Nos EUA, temos o exemplo do salmão geneticamente modificado (um animal transgênico, regulado como organismo geneticamente modificado) para crescer mais rapidamente. Ele foi criado pela AquaBounty Technologies na década de 90 e após cerca de 20 anos de espera e 50 estudos comprovando a ausência de risco desse animal, ele foi finalmente aprovado pelo FDA em 2015 (FDA, 2015). Contudo, ainda não está sendo vendido nos Estados Unidos.

Atualmente, de acordo com as informações disponíveis no sítio eletrônico do FDA, os animais editados geneticamente serão regulamentados de forma conjunta por vários de seus órgãos. O Centro de Medicina Veterinária do FDA (CVM) é responsável por avaliar a segurança e eficácia da modificação (por exemplo, o DNA genômico intencionalmente alterado, incluindo as construções de rDNA) no animal, como acontece com os medicamentos convencionais para animais novos. Além disso, a CVM avalia se os animais expressam as modificações (por exemplo, quando o animal possui um perfil de ácidos graxos diferenciado).

Os animais que produzem substâncias destinadas a serem utilizadas como fármacos, produtos biológicos ou dispositivos para uso em seres humanos, passarão

pelo crivo do Centro de Avaliação e Pesquisa de Drogas (CDER), do Centro de Avaliação e Pesquisa de Biologia (CBER), e do Centro de Dispositivos e Radiológicos Saúde (CDRH), a depender da sua especificidade. Os animais que produzem substâncias com a finalidade de utilização em produtos de uso veterinário, são regulados pelo APHIS do USDA. O CVM atua em parceria com o Centro de Segurança Alimentar e Nutrição Aplicada (CFSAN) nas questões específicas sobre segurança alimentar.

No que tange à edição do genoma humano, a Academia Nacional de Ciências, Engenharia e Medicina, Norte-americana (NAS) publicou um Relatório em 2017 (NASEM, 2017) que atualizou as principais aplicações das ferramentas de edição gênica em humanos e seu status regulatório.

A primeira delas, utilização das técnicas em pesquisas básicas para elucidação dos mecanismos de ação dos genes e das doenças, já vem sendo feita e, as regras atuais são basicamente as mesmas de outras pesquisas envolvendo células humanas e tecidos e, de acordo com o relato, são suficientes. Contudo, no caso das pesquisas básicas com embriões, existem discussões próprias sobre a sua utilização e, nesses casos, as pesquisas envolvendo edição de genes devem seguir as mesmas regras das demais (NASEM, 2017).

A segunda, que se refere às pesquisas clínicas, cuja avaliação é realizada pelo FDA. Nos Estados Unidos, bem como na maioria dos países que possuem sistemas regulatórios robustos, todos os estudos clínicos são submetidos a algum tipo de aprovação antes de serem realizados nos pacientes. Como os estudos clínicos de edição gênica afetam somente o paciente e de forma análoga aos ensaios de terapia gênica, não atingem outros indivíduos, a preocupação é restrita aos indivíduos que participam da pesquisa. Assim, quando conduzidas com cuidado e supervisão tal como os estudos de terapia gênica, os riscos dessas pesquisas são controlados. Dessa forma, o relatório concluiu que os mecanismos de regulação previstos para estudos clínicos, terapia gênica e terapias celulares também são apropriados para os estudos

clínicos envolvendo edição de genes. Porém, os chamados efeitos *off-target*[22] podem variar de acordo com a plataforma tecnológica, tipo celular, gene alvo e outros fatores. Por isso, não é possível definir um padrão simples para os estudos e os reguladores precisarão avaliar o contexto técnico do sistema de edição gênica, bem como sua aplicação clínica para avaliar seus riscos (NASEM, 2017).

A terceira aplicação é a utilização da edição gênica em embriões para prevenir doenças hereditárias, que, apesar dos desafios tecnológicos que se impõem para sua utilização no momento, é bastante promissora, pois muitas doenças são transmitidas por um único gene. Contudo, as alterações nos embriões potencialmente afetarão os seus descendentes e, nesse caso, surgem preocupações éticas, legais e sociais. O relatório concluiu que estudos clínicos desse tipo poderiam ser permitidos, mas apenas sob rigorosa supervisão e avaliação de custo/benefício e por motivos imperiosos. Seria essencial que essa pesquisa fosse abordada com cautela, e que ela contasse com ampla participação pública. No atual cenário regulatório americano, esse tipo de estudo não é permitido, devido a uma proibição do FDA. O Comitê sugere uma série de princípios a serem seguidos caso estudos desse tipo viessem a ser permitidos (NASEM, 2017).

Por fim, as técnicas de edição gênica podem ser usadas para melhorar características hereditárias. Em tese, essas técnicas poderiam ser utilizadas para melhorar características individuais, tais como diminuir o nível de colesterol de alguém com colesterol anormalmente elevado para prevenção de doenças cardíacas, além de outros tipos de aprimoramento para melhorar os indivíduos. Nesse caso, existem sérias preocupações de que a tecnologia represente um aumento nas desigualdades sociais e o Comitê considera que a discussão pública é necessária, pois as análises de risco/benefício regulatórias são bastante subjetivas (NASEM, 2017).

[22] Efeitos *off target* são efeitos não esperados.

O relatório da Academia Nacional de Ciências, Engenharia e Medicina, Norte-americana concluiu pela necessidade de participação popular na regulamentação e supervisão dessas tecnologias. Nos Estados Unidos existem diversos mecanismos de comunicação pública e consulta. Em alguns casos, as regras de regulação são definidas somente após considerar os comentários do público. Comissões estaduais e federais de bioética promovem debates com especialistas e cientistas sociais em reuniões abertas ao público. E o Comitê Consultivo de DNA Recombinante de Institutos Nacionais de Saúde oferece um local para discussão pública em geral sobre terapia genética, revisão de protocolos específicos e para transmissão de aconselhamento a reguladores.

3.3 O Cenário Brasileiro

Da mesma forma que nos Estados Unidos, no Brasil, um dos pontos de partida para a regulamentação de plantas, animais ou seres humanos editados geneticamente são as normas que regulamentam os produtos oriundos de biotecnologia e os organismos geneticamente modificados. O conceito legal de Organismo Geneticamente Modificado (OGM) foi trazido ao ordenamento jurídico pela Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) e a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) é quem tem competência de avaliar esses produtos.

Conforme o inciso V, do art. 3º dessa lei, é considerado OGM, o organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética. Contudo, de acordo com o art. 4º da lei, “Esta Lei não se aplica quando a modificação genética for obtida por meio das seguintes técnicas, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador: I – mutagênese; II – formação e utilização de células somáticas de hibridoma animal; III – fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo; IV – autoclonagem de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural”.

Nesse contexto, existiam dúvidas se, no Brasil, os organismos editados geneticamente deviam ser regulamentados como OGMs ou se em alguns casos podem ficar foram desse enquadramento de forma similar aos exemplos de plantas avaliadas pela USDA nos Estados Unidos.

Em 2015, a CTNBio instituiu uma Subcomissão Extraordinária para avaliar seu posicionamento sobre as novas técnicas de engenharia genética.

Ao longo dos anos de 2015 a 2017, essa Subcomissão Extraordinária discutiu o assunto primeiramente no âmbito do grupo de trabalho e posteriormente com o Plenário da Comissão, realizou uma apresentação do tema na Reunião pública da CTNBio de junho de 2017 e, finalmente, em dezembro de 2017, a CTNBio aprovou a Resolução Normativa n.16, de sobre Técnicas Inovadoras de Melhoramento de Precisão (TIMP).

Para a Comissão, as TIMP abrangem um conjunto de novas metodologias e abordagens que diferem da estratégia de engenharia genética por transgenia, por resultar na ausência de ADN/ARN recombinante no produto final, com potencial de introduzir usos inovadores de ferramentas de biologia molecular.

O sistema CRISPR-Cas9, dependendo de sua utilização pode ser considerado pela CTNBio uma TIMP, desde que se enquadre nos critérios estabelecidos pela Resolução Normativa n. 16, de 15 de janeiro de 2018, da CTNBio (CTNBio, 2018). Em conformidade com as diretrizes para avaliação de risco de organismos geneticamente modificados observadas pelo Brasil, será realizada uma avaliação caso a caso, em que cada produto obtido por meio de modificação genética será submetido à análise da CTNBio.

Se o produto avaliado pela Comissão for considerado oriundo de uma dessas novas tecnologias, TIMPs, ele será avaliado quanto aos parâmetros descritos no Anexo II, da Resolução da CTNBio, que incluem, dentre outros, informações genéticas precisas do organismo, a tecnologia utilizada para a modificação genética, a ausência de DNA/RNA recombinante no produto final, a capacidade de a

característica genética modificada ser repassada aos descendentes do organismo, a aprovação do produto para uso em outros países, a possibilidade de eventuais efeitos não intencionais provocados pela tecnologia.

Dependendo das informações apresentadas o produto da tecnologia nova, dentre as quais pode estar incluído o produto do sistema CRISPR-Cas9, poderá ser considerado um Organismo Geneticamente Modificado, nos moldes dos demais OGMs, previstos no art. 3º da Lei n. 11.105 de 2005 ou não. No caso de a Comissão concluir tratar-se de um OGM, o produto deverá seguir as regras específicas da CTNBio para esse tipo de organismo e as demais normas de competência de outros órgãos de acordo com o tipo de produto. Contudo, no caso de a Comissão concluir que não se trata de um OGM, o produto não estará dentro do escopo de análise de risco da CTNBio, mas deverá cumprir as exigências de outros órgãos específicos.

Isso porque, sem prejuízo da avaliação de risco da CTNBio acerca da biossegurança da modificação genética, todos os produtos, independente de serem geneticamente modificados ou não, devem ser avaliados pelos órgãos de registro e fiscalização específicos com os quais se correlacionam, conforme a previsão legal do art. 16 da Lei n. 11105/2005 e as demais normas dos órgãos reguladores.

Quando um produto for utilizado para saúde e afins deve ser submetidos à análise, registro e fiscalização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia do Ministério da Saúde - MS. Já os produtos agropecuários e animais devem ser submetidos à análise, registro e fiscalização do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA.

Além disso, no caso dos organismos geneticamente modificados que tenham potencial de causar algum tipo de impacto ambiental, eles estão sujeitos à fiscalização do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Renováveis – IBAMA, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente.

Por outro lado, quando o produto ou organismo geneticamente modificado se tratar de um medicamento com o qual será realizado um estudo clínico, ele deve ser

submetido à análise da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), diretamente ligada ao Conselho Nacional de Saúde (CNS). A CONEP tem como principal atribuição o exame dos aspectos éticos das pesquisas que envolvem seres humanos.

Assim, por exemplo, se uma planta produzida por meio de uma TIMP não for considerada um OGM, ela não terá sua avaliação de risco realizada pela CTNBio, que tem competência legal para avaliar somente esse tipo de organismo, mas terá que atender às exigências do MAPA, da ANVISA e do IBAMA, bem como outras legislações específicas, dependendo da sua utilização.

Podemos concluir ainda, que, de acordo com a normativa, qualquer que seja a modificação genética realizada os organismos passarão necessariamente pela análise da CTNBio, sendo avaliados caso a caso, conforme as diretrizes da Lei no. 11.105 de 2005, art. 14, incisos IV e XII, pois mesmo que posteriormente não venham a ser considerados como organismos geneticamente modificados, eles terão que consultar a CTNBio informando diversos dados para que a Comissão tenha segurança em sua análise e certeza de que não existe nenhum risco para a saúde humana, animal e meio ambiente derivado do processo de modificação genética.

Importante ressaltar que existem diferenças nos princípios adotados para avaliação de OGMs no Brasil e nos Estados Unidos. O Brasil, adota em seu ordenamento jurídico o princípio da precaução, introduzido pelo art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988, que impõe ao Poder Público e à coletividade defender e preservar o meio ambiente. Diferentemente dos Estados Unidos, é signatário da Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, promulgada pelo Decreto no. 2.519, de 16 de março de 1998 (BRASIL, 1998) e do Protocolo de Cartagena, promulgado pelo Decreto no. 5.705, de 16 de fevereiro de 2006 (BRASIL, 2006). Ambos os instrumentos incorporam a abordagem da precaução para assegurar proteção em relação aos organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia moderna que possam ter efeitos adversos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica. Esse princípio foi conceituado no princípio 15 da Declaração

do Rio para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que resultou da Conferência do Rio, em 1992, onde consta que ele

> "o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental." (ONU, 1992).

Consoante, essa orientação, a Lei n. 11.105 de 2005, incorporou em seu art. 1º. a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, no que tange às atividades realizadas com OGMs. Isso implica na necessidade de um olhar sempre cauteloso por parte da CTNBio, no sentido de que existindo qualquer risco ou incerteza em relação ao fato de que um organismo geneticamente modificado possa vir a causar degradação ambiental devem ser feitos os estudos necessários de impacto ambiental (EIA). Nesses casos de incerteza, caso não sejam conduzidos estudos, nem tampouco tomadas medidas para prevenir a potencial degradação ambiental, os organismos geneticamente modificados não deverão ser liberados no ambiente.

Outra peculiaridade da avaliação de biossegurança dos organismos geneticamente modificados é a constituição da CTNBio, que é formada por um conjunto de 27 membros, conforme prevê o caput do art. 11 da Lei n. 11.105 de 2005:

> "cidadãos brasileiros de reconhecida competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal ou meio ambiente".

Isso torna diferencia a Comissão de outros órgãos, pois ela conta em sua composição com representantes da sociedade científica, de diversos órgãos governamentais relacionados as áreas dentro do escopo de atuação da CTNBio, e especialistas indicados pela sociedade civil. Essa estrutura pode facilitar a compreensão das novas tecnologias na área, uma vez que conta com especialistas,

contudo, apresenta algumas dificuldades do ponto de vista operacional, pois a Comissão somente se reúne uma vez por mês e a atividade não é remunerada, existindo rotatividade entre os membros.

Em relação aos produtos para saúde novos, que incluem os produtos terapêuticos constituídos a base de células humanas, com ou sem material genético recombinado ou editado, eles devem se submeter à regulação da Anvisa. Eles se incluem na categoria que a Agência denomina de produtos de terapias avançadas: produtos de terapia celular avançada, de engenharia tecidual e de terapia gênica. Embora ainda não exista um marco regulatório específico, os especialistas da Anvisa já iniciaram a discussão sobre o gerenciamento dos possíveis riscos envolvidos em sua utilização, tendo considerado que existe necessidade de otimização dos instrumentos regulatórios disponíveis, que devem ser dinâmicos, considerando a natureza de contínua mudança dos produtos de terapias avançadas (SILVA JÚNIOR et al., 2018).

Apesar de a CTNBio ter dado o primeiro passo em relação à regulação dos produtos produzidos por meio das TIMP e de a Anvisa estar discutindo a regulamentação de novas tecnologias, o olhar desses órgãos reguladores diz respeito à segurança e no caso da Anvisa, eficácia, de utilização desses produtos. Ou seja, a ênfase da discussão está se dando em caráter técnico e ainda está em seu início, visto que dada a diversidade de potenciais aplicações dos produtos obtidos por meio dessas tecnologias, diversos órgãos poderão ter interface com a sua regulação. Em relação às questões éticas envolvidas, essas ainda precisam ser discutidas, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de edição gênica em seres humanos.

Certamente, o país ainda precisa avançar bastante no que diz respeito a discutir as implicações e o impacto dessa nova tecnologia. No que se refere ao uso em embriões, o inciso III do art. 6º da Lei n. 11.105 de 2005 proíbe a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião. Dessa forma, mesmo para fins de pesquisa, não é permitido editar geneticamente embriões no Brasil.Se por um lado, isso é uma precaução em um cenário em que ainda

precisamos pensar sobre o assunto, não deve ser justificativa para que a questão não seja discutida.

Ao comparar o cenário de regulação americano com o brasileiro, destacamos que os Estados Unidos iniciaram as discussões sobre a tecnologia CRISPR-Cas9 e sua regulamentação logo após a descoberta de suas aplicações e do registro dos pedidos de patentes. Como o país é o desenvolvedor da tecnologia, é pioneiro nas pesquisas e na disponibilização de produtos no mercado, sendo assim, é esperado que também esteja na frente nas discussões regulatórias.

O marco regulatório americano na área de biotecnologia também é diferente do Brasil, pois como já foi destacado nesse capítulo, os Estados Unidos não são signatários da Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, promulgada pelo Decreto no. 2.519, de 16 de março de 1998 (BRASIL, 1998) e do Protocolo de Cartagena promulgado pelo Decreto no. 5.705, de 16 de fevereiro de 2006 (BRASIL, 2006). Isso lhes confere mais liberdade para realizar a avaliação de risco dos produtos e testar diferentes estratégias regulatórias.

Nesse sentido, o Brasil tem o grande desafio de discutir ferramentas regulatórias que auxiliem na avaliação de novas tecnologias, mas que considerem seu marco regulatório, suas instituições e sua população.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As instâncias reguladoras do Brasil são instituições recentes quando comparadas com as agências independentes americanas. Nesse sentido, ainda precisam evoluir no sentido de promover a segurança jurídica e, por consequência maior número de investimentos das empresas em inovações. Por outro lado, não podem abrir mão de atuar na melhoria da qualidade de vida da população e com base no respeito ao meio ambiente equilibrado.

Embora tenham existido avanços significativos no acesso a dados públicos por parte da população e na transparência das instituições com o advento da Lei de

Acesso à Informação, Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, os escândalos de corrupção recentes parecem ter aumentado o descrédito da população nas instituições governamentais e nos processos políticos. Paralelamente, muitos dados são de fácil acesso à população, devido a maior disseminação das informações pela internet, o que aumenta as dúvidas também sobre os métodos de experimentação científica, causando questionamentos de diversas ordens. Nesse cenário, faz-se mister renovar o diálogo e aumentar a confiança da população nos reguladores e nos políticos.

Não é fácil para o regulador explicar para a população todos os argumentos que os levaram a tomada de decisões, pois, muitas vezes eles advêm de conhecimentos técnico científicos e sua linguagem não alcança a população. Além disso, notícias de todo o tipo, verdadeiras e falsas, se difundem na internet confundindo a população.

Assim, talvez o primeiro grande desafio das instituições de regulação é o de aprimorar seus mecanismos de comunicação e divulgação de informações e os instrumentos de participação popular, tais como as audiências e consultas públicas.

No capítulo 1, foram apontados exemplos de novas tecnologias e as dificuldades para sua regulação. Foi evidenciada a necessidade de rediscutir a atuação do Estado e as ferramentas utilizadas pelo direito na regulação de novas tecnologias. Posteriormente, foram citadas estratégias para ajustar o ritmo regulatório ao mercado no contexto atual e, por fim, concluímos sobre a necessidade de modelos regulatórios que atendam a especificidade das novas tecnologias e que considerem as situações, sociedades e configurações institucionais em que elas serão introduzidas.

No capítulo 2, foi discutida a regulação da tecnologia de CRISPR-CAS9. Nossa conclusão é de que não há solução simples, dadas as múltiplas potenciais aplicações que ela apresenta. O grande interesse e as disputas que essa tecnologia tem suscitado indicam que ela será amplamente utilizada para edição gênica, sendo a

técnica considerada atualmente como a plataforma mais poderosa e versátil para engenharia biológica (VASCONCELOS, et al., 2015).

Apesar de a CTNBio ter avançado ao editar uma norma específica para TIMPs e a Anvisa também estar discutindo os produtos de terapias avançadas, estamos muito longe de termos uma política coordenada entre os órgãos para discutir seu acesso, utilização e acompanhamento.

Tal como ocorreu nos Estados Unidos, os primeiros produtos dessa tecnologia, certamente serão plantas, as quais deverão ser analisadas individualmente pela CTNBio, que deverá se manifestar em cada caso concreto. Até o presente momento, as plantas produzidas utilizando a metodologia CRISPR-Cas9 não parecem ser muito diferentes daquelas já comercializadas e obtidas por meio de outros métodos, mas a avaliação caso a caso de cada consulta recebida permitirá o seu acompanhamento contínuo.

No caso da CTNBio, o acompanhamento das novas tecnologias, já foi previsto em 2005, no Parágrafo único do art. 10, da Lei 11.105 de 2005:

> "Parágrafo único. A CTNBio deverá acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico e científico nas áreas de biossegurança, biotecnologia, bioética e afins, com o objetivo de aumentar sua capacitação para a proteção da saúde humana, dos animais e das plantas e do meio ambiente".

Ele é um aspecto crucial, para as novas tecnologias, pois dada a sua natureza dinâmica, parece impossível avaliá-las por meio de uma legislação rígida e estática. Os reguladores, em seu compromisso com a saúde e meio ambiente, deverão sempre considerar os novos dados científicos disponíveis e, se for necessário, reavaliar suas decisões (o que também já foi previsto no art. 14, XXI da Lei n. 11.105/2005). No caso de qualquer evidência de risco, a precaução deve prevalecer sobre a segurança jurídica.

Contudo, a tecnologia CRISPR-Cas9 também poderá ser utilizada para a edição gênica em seres humanos, tanto em terapias para indivíduos doentes, quanto

em embriões. Nesse caso, os desafios são maiores, uma vez que surgem grandes questões do ponto de vista ético.

Para Engelmann et al. (2017) não há uma discussão séria sobre as questões éticas envolvidas no desenvolvimento tecnológico, uma vez que as grandes discussões sobre a revolução tecnológica se dão no sistema econômico. A promoção e a proteção do ser humano não são o centro do debate social. A legislação de inovação do Brasil é similar à do restante do mundo e está centrada no fomento econômico, não sendo contemplados os desafios éticos. Dessa forma, o sistema jurídico precisa avançar para incluir os aspectos éticos, antes que seja tarde demais.

Não nos parece que a proibição de qualquer tipo de pesquisa com embriões, bem como uma possível moratória da tecnologia possam resolver os problemas de regulação, pois, eles postergam a discussão sobre os possíveis usos e implicações da tecnologia, na maior parte das vezes o cerne dos problemas. Não é a tecnologia em si que traz riscos, mas o uso que se faz dela.

Em janeiro de 2018, no 48º Fórum Econômico Mundial, que aconteceu na cidade de Davos, Suíça, um grupo de cientistas discutiu as implicações das rápidas mudanças tecnológicas trazidas pela Quarta Revolução Industrial e propôs um Código de Ética Internacional para os pesquisadores (WEF, 2018). O código propõe sete princípios a serem seguidos pelos pesquisadores: engajamento com o público, busca pela verdade, minimização de danos, engajamento com os tomadores de decisão, apoio a diversidade, mentoria a novos pesquisadores e responsabilização.

Em relação ao engajamento com o público, diz respeito à comunicação com a população. A busca pela verdade também é algo que deve ser contínuo, é o acompanhamento das informações disponíveis, e a análise dos dados, que devem ser fidedignos. Esse princípio é oposto às opiniões pré-concebidas sobre um assunto. A minimização de possíveis danos reconhece a inexistência da ausência absoluta de riscos, nesse contexto, devem sempre ser tomadas as precauções necessárias e a utilização de uma nova tecnologia só se justifica quando os benefícios para o fim

proposto superem os riscos. O engajamento como com os tomadores de decisão diz respeito à importância de diálogo desses como os pesquisadores, que devem lhes fornecer informações acuradas, independentes e sem viés, para fundamentar suas decisões. O respeito à diversidade significa considerar as opiniões dos diversos grupos e impacto para os mesmos. Todos são importantes, inclusive as minorias. Ser um mentor, refere-se a uma postura, e, por fim, existe necessidade de responsabilização dos cientistas. Com certeza seria um grande passo se os cientistas tivessem sua conduta pautada nessas práticas, mas a questão que se coloca é como engajá-los para que pactuem um Código como esse.

Existe um reconhecimento da importância de os cientistas pautarem sua atuação em princípios éticos, contudo, para o desenvolvimento econômico do país, é essencial o apoio aos novos pesquisadores e o fomento ao desenvolvimento tecnológico, de forma que os cientistas sejam menos suscetíveis a atuar de forma antiética. Os especialistas nas diversas áreas devem ser valorizados e suas opiniões devem ser consideradas pelos agentes reguladores.

Para os agentes reguladores é importante pensar em medidas para que a nossa população tenha acesso às melhores condições de vida e saúde. Nesse sentido, foi positivo as instituições terem iniciado a pensar a melhor forma de avaliar o risco das novas tecnologias, incluindo a CRISPR-Cas9. Um paciente com uma doença terminal que não responde aos tratamentos convencionais é certamente uma pessoa suscetível às propagandas das novas tecnologias e grupos de pessoas desse tipo podem fazer pressão para que novos produtos sejam disponibilizados, de forma que o regulador deve procurar sempre se antecipar às demandas regulatórias, na medida do possível.

Diante do atual cenário em que contamos com disponibilidade de grande número de informações, os órgãos reguladores devem pensar em formas de parceria e compartilhamento de informações para que possam acompanhar os produtos ao longo do tempo e estejam aptos a tomar providências rápidas em casos de emergência. Isso é essencial para as novas tecnologias, pois, como relatado, dada a

sua natureza na maior parte das vezes, é praticamente impossível uma legislação abranger tudo o que será objeto de análise e novos dados podem justificar novas condutas. Evidentemente, cada órgão, em suas decisões, sempre deverá considerar seu âmbito de atuação e arcabouço regulatório.

Por fim, concluímos que é um grande desafio para o Brasil, que não tem tradição de desenvolver novas tecnologias, discutir como regular novos produtos, identificar quando eles realmente contribuem para melhorar a qualidade de vida da população e, ao mesmo tempo, garantir o acesso aos mesmos, sem prejuízo do desenvolvimento local e do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ADLER, J. The Problems with Precaution: A Principle without Principle. **AEI**, 25 maio 2011. Disponivel em: <http://www.aei.org/publication/the-problems-with-precaution-a-principle-without-principle/>. Acesso em: 15 mar. 2018.

AKHIGBE, O.; AMYOT, D.; RICHARDS, G. S. Monitoring and Management of Regulatory Compliance: A Literature Review. **International Journal of Information Processing and Management**, v.7, n.2, 2016.

ANTON, R. On recent advances in human engineering Provocative trends in embryology, genetics, and regenerative medicine. **Politics Life Sci**, v. 35, n.2, 2016.

ANVISA. www.portalanvisa.gov.br. Análise de impacto regulatório. **www.portalanvisa.gov.br**, 2017. Disponivel em: <http://portal.anvisa.gov.br/analise-de-impacto-regulatorio>. Acesso em: 23 abr. 2017.

ANVISA. **Resolução, RDC n. 27, de 06 de agosto de 2010**. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjF073jo6zXAhVCHpAKHaD6DYoQFggsMAE&url=http%3A%2F%2Fbvsms.saude.gov.br%2Fbvs%2Fsaudelegis%2Fanvisa%2F2010%2Fres0027_06_08_2010.html&usg=AOvVaw1FUPL6Tt61_X_hsaWH9O5>. Acesso em 06 nov. 2017.

ASSIS, L. M. et al. Características de nanopartículas e potenciais aplicações em alimentos. **Brazilian Journal of Food Technology**, v.15, n.2, 2012.

BAILLO, V. P.; DE LIMA, A. C. Nanotecnologia aplicada à fotoproteção. **Revista Brasileira de Farmácia (RBF)**, v.93, n.3, 2012.

BAPTISTA, P. K. C. I. Por que, quando e até onde regular as novas tecnologias? Entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, R. V. D.; RIBEIRO, L. C. F. B. (.). **Regulação e Novas Tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARROSO, L.R. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática. FGV. Revista de Direito Administrativo. Disponível em < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em 06 nov. 2017.

BARROSO, L. R. Migalhas. Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira. **Migalhas**, 16 abril 2014. Disponivel em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043-Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira>. Acesso em: 22 abril 2017.

BELHAJ, K. et al. Plant genome editing made easy: targeted mutagenesis in model and crop plants using the CRISPR/Cas system. **Plant Melhods**, v. 39, 2013.

BELHAJ, K.; CHAPARRO-GARCIA, A.; KAMOUN, S. N. V. Plant genome editing made easy: targeted mutagenesis in model and crop plants using the CRISPR/Cas system. **Plant Mehods**, v. 39, n.9, 2013.

BENASSATO, L. Motoristas de Uber protestam pelo Brasil antes de projeto de lei ser votado. - Veja mais em https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/10/30/motoristas-de-uber-protestam-pelo-brasil-antes-de-projeto-de-lei-ser-votado.htm?cmpid=copiaecola. **UOL Notícias. Tecnologia**, 30 out. 2017. Disponivel em: <https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/10/30/motoristas-de-uber-protestam-pelo-brasil-antes-de-projeto-de-lei-ser-votado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BERG, P. et al. Summary Statement of the Asilomar Conference on Recombinant DNA. **Proc. Nat. Acad. Sci. USA**, v. 72, n.6, 1975.

BOLOTIN, A. et al. Clustered regularly interspaced short palindrome repeats (CRISPRs) have spacers of extrachromosomal origin. **Microbiology**, v.151, 2005.

BOWER, J. L.; CHRISTENSEN, C. M. Disruptive Tehnologies: catching the wave. **Harward Business Review**, v. 73, 1995.

BRASIL. 1973. Lei n. 5.966, de 11 de dezembro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5966.htm. Acesso em 06 nov. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. 1994. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 1996. Lei n. 9,427, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 1997a. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 1997b. Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 1998. Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998.Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm> Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 1999. Lei n. 9782, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 2000a. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 2000b. Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 2001a. Lei n. 10233, de 05 de junho de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm> Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 2001b. Medida Provisória N. 2.228-1, de 06 de setembro de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 2004. Lei n.10.973, de 02 de dezembro de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 2005a. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 2005b. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm> Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 2006. Decreto n. 5.705, de 16 de fevereiro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. 2008. Lei n. 11.794, de 11 de outubro de 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL 2011. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 2016a. Câmara dos Deputados. Projetos de Lei e Outras Proposições. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019> Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. 2016b. Decreto n. 8.852, de 20 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8852.htm > Acesso: em 06 nov. 2017.

BRASIL. 2016c. Lei n. 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL 2016d. Lei n. 13.341, de 29 de setembro de 2016. Acesso em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13341.htm>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. 2017a.PRO-REG. Presidência da República do Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.regulacao.gov.br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes-1>. Acesso em: 23 abril 2017.

BRASIL 2017b. Decreto n. 9,013, de 29 de março de 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9013.htm> Acesso em 06 nov. 2017.

BRASIL. 2018. Decreto n. 9.283 de 07 de fevereiro de 2018. Disponível em <http://portal.imprensanacional.gov.br/web/guest/consulta?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=http%3A%2F%2Fportal.imprensanacional.gov.br%2Fweb%2Fguest%2>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRUNO, A. N.; HORN, Â. C. M.; LANDGRAF, S. S. Introdução à biotecnologia. In: BRUNO, A. N. **Biotecnologia I**. Porto Alegre: ArtMed, 2014.

CABIFY. CABIFY. **Cabify**, 06 mar. 2018. Disponivel em: <https://www.cabify.com/pt-BR>. Acesso em: 06 mar. 2018.

CALEIRO, JP. 2017. EXAME. **Um quarto dos shoppings americanos fechará até 2022, prevê banco.** Disponível em <https://exame.abril.com.br/economia/um-quarto-dos-shoppings-americanos-fechara-ate-2022-preve-banco/> Acesso em: 12 jun 2017.

CARTER, R. B.; MARCHANT, G. E. Principles-Based Regulation and Emerging Technology. In: MARCHANT, G. E.; BRADEN, R. A. H. J. R. **The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight**. [S.l.]: Springer Netherlands, 2011.

CARVALHO, V. M. D. Regulação dos Serviços Públicos e Intervernção Estatal na Economia. In: FARIA, J. E. (.). **Regulação, direito e democracia.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

CONG, L. et al. Multiplex Genome Engineering Using CRISPR/Cas Systems. **Science**, v. 339, n.15, 2013.

CONT, V. D. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. **Scientiae Studia**, v. 6, n.2, 2008.

CYRANOSKI, D. Nature.com. **Nature News**, 15 Novembro 2016. Disponivel em: <http://www.nature.com/news/crispr-gene-editing-tested-in-a-person-for-the-first-time-1.20988>. Acesso em: 22 abr. 2017.

CRISTOFARO, F.S. e FRIAS, H.M. 2016**.** Migalhas. **O modelo regulatório brasileiro e a supervisão das agências reguladoras.** Migalhas de Peso. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI233393,41046-O+modelo+regulatorio+brasileiro+e+a+supervisao+das+agencias>. Acesso em: 06 nov. 2017.

DASSO JÚNIOR, A.E. 2017. Estado regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. Disponível em

<http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/Estado_regulador_Aragon_Dasso_Junior.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2017.

ENGELMANN, W.; WILLIG, J. R. Riscos da inovação: a busca de parâmetros éticos no direito da inovação brasileiro. **Interesse Público - IP**, v. 106, n. 19, 2017.

ESTADAO. 2017. Exame.abril.com.br. **Exame.com**, 30 janeiro 2017. Disponivel em: <http://exame.abril.com.br/economia/trump-decreta-que-duas-regulacoes-sejam-anuladas-para-cada-nova/>. Acesso em: 19 fevereiro 2017.

FDA. U.S. FOOD & DRUG, 19 nov. 2015. Disponivel em: <https://www.fda.gov/ForConsumers/ConsumerUpdates/ucm472487.htm>. Acesso em: 08 mar. 2018.

FDA. 2017. **FDA Guidance for Industry 187. Regulation of Intentionally Altered Genomic DNA in Animals.** Disponível em:<https://www.fda.gov/downloads/AnimalVeterinary/GuidanceComplianceEnforcement/GuidanceforIndustry/ucm113903.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

FENWICK, M.; KAAL, W. A.; VERMEULEN, E. P. M. Regulation Tomorrow: What happens when technology is faster than the law? **American University Business Law Review**, v. 6, n. 3, 2016.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010. ISBN ISBN 978-85-392-0022-1.

GUERRA, S. 2016. Inovações Tecnológicas, Regulação e o Direito Administrativo. *Revista Colunistas Direito do Estado.* Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/sergio-guerra/inovacoes-tecnologicas-regulacao-e-o-direito-administrativo>. Acesso em: 04 jun. 2016.

HANKIN, S. M.; CABALLERO, N. E. D. **Regulação da Nanotecnologia no Brasil e na União Européia**. Brasília. 2014. Disponível em < http://sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018

ISHII, T.; ARAKI, M. A future scenario of the global regulatory landscape regarding genome-edited crops. **GM Crops & Food. Biotechnology in Agriculture and the Food Chain**, v. 8., n. 2, 2017.

JINEK, M. et al. A Programmable Dual-RNA–Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity. **Science**, v. 337, n. 17, 2012.

JORDÃO, F. 2009. O que é Nanotecnologia! Disponível em <https://www.tecmundo.com.br/amd/2539-o-que-e-nanotecnologia-.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

KAAL, W. What Happens When Technology Is Faster Than the Law? **The CLS Blue Sky Blog. Columbia Law School's Blog on Corporations and the Capital Markets**, 22 set. 2016. Disponivel em: <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2016/09/22/what-happens-when-technology-is-faster-than-the-law/>. Acesso em: 15 mar. 2018.

KAMINSKI, R. et al. Elimination of HIV-1 Genomes from Human T-lymphoid Cells by CRISPR/Cas9 Gene Editing. **Nature. Scientif Reports**, v. 6, 22555 , 2016.

KLUG, W. S. et al. **Conceitos de Genética**. Porto Alegre: ArtMed, 2010. ISBN ISBN 978-85-363-2214-8.

LECUONA, I. D. et al. Gene Editing in Humans: Towards a Global and Inclusive Debate for Responsible Research. **Yale Journal of Biology and Medicine**, v. 90, n.4, 2017.

LIANG, P. et al. CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes. **Protein & Cell**, v. 6, n. 5, 2015.

LIANG, P. et al. Correction of β-thalassemia mutant by base editor in human embryos. **Protein Cell**, v. 8, n.11, 2017.

LIMA, A. B. V. D. Tecnologia e desenvolvimento econômico - algumas considerações. **Revista de Administração de Empresas**, v. 17, n. 5, 1977. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901977000500005>. Acesso em 21 mar. 2018.

LIMA, V.A.F. **A Avaliação de Impacto Regulatório e sua aplicação no Brasil.** *Dissertação de Mestrado*. Rio de Janeiro : Universidade Federal do Rio de Janeiro. Insituto de Economia - IE., 2010. Disponível em < http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graducao/pped/defesas/12-Valria_Athayde_Fontelles_de_Lima.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

LIMA, E. G. D. **Nanotecnologia**. Rio de Janeiro: Editora Interciência Ltda., 2014. ISBN ISBN 978-85-7193-346-0.

LOURENÇO, I. E. N. L. EBC. Agência Brasil. **EBC. Agência Brasil**, 04 abril 2017. Disponivel em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-04/camara-aprova-projeto-de-lei-que-cria-regras-para-aplicativos-de-transporte>. Acesso em: 22 abril 2017.

MAKAROVA, K. S. et al. A putative RNA-interference-based immune system in prokaryotes: computational analysis of the predicted enzymatic machinery, functional analogies with eukaryotic RNAi, and hypothetical mechanisms of action. **Biology Direct**, v.1, n.7, 2006.

MARDEN, E. Risk and Regulation: U.S. Regulatory Policy on Genetically Modified Food and Agriculture. **Boston College Law Review**, v. 44, n.3, 2003.

MARQUES NETO, F. D. A.; FREITAS, R. V. D. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da pulicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, R. V. D.; RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B. (.). **Regulação e Novas Tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MEDICINE, U. S. N. L. O. ClinicalTrials.gov. **ClinicalTrials.gov**, 06 mar. 2018. Disponivel em: <https://clinicaltrials.gov/ct2/results?term=crispr&cond=cancer>. Acesso em: 06 mar. 2018.

MELO, J. M. D. D. **Direito administrativo brasileiro: um estudo acerca do poder normativo das agências reguladoras**. Revista Ambito Jurídico. 2018. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12860>. Acesso em: 21 mar. 2018.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Notícias. **Governo brasileiro solicita ingresso à OCDE como país-membro**, 01 jun. 2017. Disponivel em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/junho/governo-brasileiro-solicita-ingresso-a-ocde-como-pais-membro>. Acesso em: 26 out. 2017.

MOREIRA, E. B. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil. In: SUNDFEL, C. A. R. A. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

NAZARENO, Claudio. 2016. **As Mudanças Promovidas pela Lei n. 13243, de 11 de ¡aneiro de 2016 (Novo Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação) e seus impactos no setor**. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema11/2016_7581_mudancas-promovidas-pela-lei-13-243-marco-legal-cti-claudio-nazareno>. Acesso em 04 nov. 2017.

NETFLIX. NETFLIX. **Como funciona a Netflix?** 2017. Disponivel em: <https://help.netflix.com/pt/node/412>. Acesso em: 15 set. 2017.

NISHINO, T.; MORIKAWA, K. Structure and function of nucleases in DNA repair: shape, grip and blade of the DNA scissors. **Oncogene**, v. 21, n. 16, 2002.

NSET. National Sciense Foudation, 2000. Disponivel em: <https://www.nsf.gov/crssprgm/nano/reports/omb_nifty50.jsp>. Acesso em: 18 set. 2017.

OECD. 2008. I**ntroductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA).** Disponível em <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2017.

OECD. 2015. OECD Regulatory Policy Outlook 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/publications/oecd-regulatory-policy-outlook-2015-9789264238770-en.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

OECD. 2017a. **About OECD.** Disponível em <http://www.oecd.org/about/>. Acesso em: 04 nov. 2017.

OECD. 2017b. **OECD Members and Partenrs.** Disponível em <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>. Acesso em: 26 out. 2017.

OFFICE, U. S. G. P. The Science and Ethics of Genetically Engineered Human DNA. **Hearing. Subcommittee on Research & Technology. Committee on Science, Space, and Technology**, 16 jun. 2015. Disponivel em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-114hhrg97564/pdf/CHRG-114hhrg97564.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, E. Q. D. Migalhas. O Direito e a Tecnologia. **Migalhas**, 23 abril 2017. Disponivel em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257699,51045-O+Direito+e+a+tecnologia>. Acesso em: 23 abril 2017.

OLIVEIRA, R. C. R. Direito Regulatório e as Agências Reguladoras Brasileiras. In: OLIVEIRA, R. C. R. **Novo Perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015a.

OLIVEIRA, R. C. R. Novo Perfil do Direito Administrativo a partir das viradas pragmática e institucional. In: OLIVEIRA, R. C. R. **Novo Perfil da Regulação Estatal:** Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015b.

OLIVERIA, G. P. Discussões biotecnológicas quanto aos organismos geneticamente modificados no âmbito da OMC: do contencioso ao acordo de vontades entre Argentina e União Européia. **Revista de Direito Internacional**, v. 13, n. 2, 2016.

ONU. 1992. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Dispoível em <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 13 mar. 2018.

OUSTEROUT, D. G. et al. Multiplex CRISPR/Cas9-based genome editing for correction of dystrophin mutations that cause Duchenne muscular dystrophy. **Nature Communications**, v. 6, 6244, 2015.

PIANA, M. C. As políticas sociais no contexto brasileiro: natureza e desenvolvimento. In: PIANA, M. C. **A construção do perfil do assistente social no cenário educacional**. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

RAN, F. et al. Genome engineering using the CRISPR-Cas9 system. **Nature Protocols**, v.8, 2013.

RATHE, G. Explore WhatsApp Clock Sign, Single Tick, Double Tick. 2017. **Digital Period**. Disponivel em: <http://digitalperiod.com/explore-whatsapp-clock-sign-and-tick/>. Acesso em: 15 set. 2017.

REDENBAUGHM, K. et al. Regulatory assessment of the FLAVR SAVR tomato. **Trends in Food Science & Technology**, 5, 1994.

RIBEIRO, L. C. A instrumentalidade do Direito Administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, R. V.; RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B. (.). **Regulação e Novas Tecnologias.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RODRIGUES, J. F. et al. On the convergence of nanotechnology and Big Data analysis for computer-aided diagnosis. **Nanomedicine**, v.11, n. 8, 2016.

ROJAHN, S. Y. Rewriting Life. Genome Surgery. **MIT Technology Review**, 11 fev. 2014. Disponivel em: <https://www.technologyreview.com/s/524451/genome-surgery/>. Acesso em: 05 nov. 2017.

SANDERS, M.; BOWMAN, J. **Análise Genética: Uma abordadem integrada.** São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014. ISBN ISBN 978-85-430-0591-1.

SANT'ANA, D. D. Conjuntura da Regulação no Brasil: Conflitos e Convergências. In: SCHAPIRO, M. G. **Direito Econômico Regulatório.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SARMENTO, D. Ordem Constitucional e Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O "Caso Uber". In: FREITAS, R. V.; RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B. **Regulação e Novas Tecnologias**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

SCHWAB, K. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. ISBN 978-85-7283-978-5.

SHAH, Shrupti, BRODY, Rachel, OLSON, Nick. 2015. The regulator of tomorrow. *Deloitte University Press.* Disponível em < https://www2.deloitte.com/insights/us/en/industry/public-sector/us-regulatory-agencies-and-technology.html>. Acesso em: 06 nov. 2017.

SILVA JÚNIOR, J. B.; TAKAO, M. R. M.; PARCA, R. M. Produtos de Terapias Avançadas: uma introdução ao gerenciamento de riscos. **Revista Visa em Debate**, 2018.

SNUSTAD, D. P.; SIMMONS, M. J. **Fundamentos de Genética.** Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan Ltda., 2017. ISBN ISBN 978-85-277-3100-3.

STATNANO. Nanotechnologu Products Database. **Statnano.com**, 2016. Disponivel em: <http://statnano.com/>. Acesso em: 22 abril 2017.

STF. 1998. Supremo Tribunal Federal. ADin-MC n° 1.668-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio., ADin-MC n° 1.668-DF. Brasília: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENO, 1998.

STORZ, U. CRISPR Cas9 − Licensing the unlicensable. **Journal of Biotechnology**, v. 265, 2018.

UBER. UBER. **© 2018 Uber Technologies Inc.**, 2018. Disponivel em: <https://www.uber.com/pt-BR/drive/>. Acesso em: 21 fev. 2018.

UNESCO. 2005. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

UNESCO. 2015. Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights. United Nations Educacional, Scientific and Cultural Organization. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233258E.pdf>. Acesso em 18 mar. 2018.

USDA. Am I Regulated Under 7 CFR part 340? **Animal and Plant Health Inspection Service. United States Department of Agriculture**. Disponivel em: <https://www.aphis.usda.gov/aphis/ourfocus/biotechnology/am-i-regulated>. Acesso em: 12 mar. 2018.

VASCONCELOS, M.J.V. de e FIGUEIREDO, J.E.F. 2015. **Tecnologia CRISPR-Cas para Edição Genômica. EMBRAPA.** Embrapa Milho e Sorgo. MAPA. Disponível em <https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/infoteca/bitstream/doc/1039785/.../doc197.pdf. ISSN 1518-4277>. Acesso em 05 nov. 2017.

WALTZ, E. With a free pass, CRISPR-edited plants reach market in record time, Nashville, Tennessee, v. 36, n. 1, jan. 2018. Disponivel em: <http://cienp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/With-a-free-pass-CRISPR-edited-plants-reach-market.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

WEBB, A. Crispr Makes It Clear: The US Needs a Biology Strategy, and Fast. **Wired**, 11 maio 2017. Disponivel em: <https://www.wired.com/2017/05/crispr-makes-clear-us-needs-biology-strategy-fast/?mbid=nl_51217_p7&CNDID=49829465>. Acesso em: 16 jun. 2017.

WEF. 2018. World Economic Forum. Young Cientists. **Code of Ethics.** Disponível em <http://www3.weforum.org/docs/WEF_Code_of_Ethics.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

WHATSAPP. WHATSAPP. **2017 © WhatsApp Inc.**, 2017. Disponivel em: <https://www.whatsapp.com/about/>. Acesso em: 15 set. 2017.

WIENER, J. B. The regulation of technology, and the. **Technology in Society**, v. 26, 2004.

WOLT, J. D. et al. Regulatory aspects of genome-edited crops. **In Vitro Cellular & Developmental Biology - Plant**, v. 52, 2016.

WU, L. et al. Wu L, Zhou H, Zhang Q, Zhang J, Ni F, Liu C, Qi Y. **Molecular Cell**, v. 38, 2013.

WYMAN, K. M. Taxi Regulation in the age of Uber. **New York University Journal of Legislation & Public Policy**, v. 20, 2017.

YIN, H. E. A. Therapeutic genoma editing by combined viral and nom-viral delivery of CRISPR system componentes in vivo. **Nature Biotechnology**, v. 34, n. 3,2016.

ZHAI, X.; NG, V.; LIE, R. No ethical divide between China and the West in human embryo research. **Dev World Bioeth.**, v. 16, 2016.

USO DE DROGAS, SISTEMA PENAL E REDUÇÃO DE DANOS

Vinícius André de Sousa

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi compreender como a redução de danos é posta em prática num contexto em que o uso de drogas é criminalizado, como no caso brasileiro, por meio de uma revisão de literatura sobre: as normas do tema; o uso de drogas; o sistema penal; e a redução de danos. Como resultado, conclui que a redução de danos é amplamente prevista como uma forma de atenção ao usuário no ordenamento jurídico brasileiro, mas, por outro lado, a tutela penal em relação ao consumo de substâncias ilícitas faz com que esta abordagem seja limitada, principalmente, a dois âmbitos. A redução de danos como estratégia de política pública e de assistência de terceiros para com o usuário (primeiro âmbito) fica preponderantemente restrita a indivíduos vulneráveis que fazem uso patológico de drogas e correm risco de contrair doenças infecciosas pelo compartilhamento de seringas e cachimbos, o que chamo de redução de danos *outsider*, por ser promovida por terceiros pertencentes a outro grupo social. Além disso, a redução de danos também pode se materializar dentro dos grupos de usuários (segundo âmbito), que compartilham informações e conhecimentos com o objetivo de maximizar os efeitos positivos e reduzir os potencialmente danosos. Todavia, dificilmente existe conhecimento completo, preciso e de fácil acesso num contexto em que o uso de tais substâncias é criminalizado e tem um caráter clandestino – por isso me refiro a esse âmbito como redução de danos clandestina.

Palavras-chave: Uso de drogas; Sistema Penal; Proibicionismo; e Redução de Danos.

ABSTRACT

The objective of this study was to understand how harm reduction is put in practice in a context in which drug use is criminalized, as the Brazilian case, through a literature review on the norms of applied; the use of drugs; the penal system; and the harm reduction. As a result, I concluded that the harm reduction approach is widely provided in Brazilian legal system, but, on the other hand, the criminalization of the consumption of illicit substances makes this approach limited in two scopes. The harm reduction as a public policy strategy and third-party user assistance (first scope) is predominantly restricted to vulnerable individuals who make pathological use of drugs in contexts where there is risk of proliferation of infectious diseases by the sharing of syringes and pipes, which I call outsider harm reduction, because it's promoted by individuals who belong to another social group. In addition, harm reduction can also be materialized inside groups of users (second scope), who share information objectifying to maximize the positive effects and reduce the potentially harmful ones. However, there is hardly any complete, accurate and easily accessible knowledge in a context where the use of such substances is criminalized and clandestine - that is why I am referring to this as clandestine harm reduction.

Keywords: Use of Drugs; Penal System; and Harm Reduction.

1 INTRODUÇÃO

Houve um tempo em que achava que existia uma diferença fundamental entre um "criminoso" e um "cidadão de bem", além de resumir a complexidade idiossincrática das pessoas a essas representações limitadas. Essa percepção foi se alterando durante a graduação e teve alguns marcos. Talvez o primeiro que valha a pena destacar foi a leitura do antropólogo Bronislaw Malinowski, que escreveu sobre os Melanésios, um povo que mantêm certa observância às leis e às regras sociais por saberem que serão prejudicados caso contrário, sendo que "a maioria das proibições é elástica, já que existem sistemas metódicos de evasão" (2015, p. 72) e até mesmo certa adequação social em relação a algumas condutas. Nessa sociedade, algumas práticas toleradas pelo costume são contrárias à lei (2015, p. 73), isso porque nada na realidade cultural do homem é "um esquema lógico coerente, mas antes uma mistura fervente de princípios conflitantes" (2015, p. 85). Achei isso surpreendentemente próximo à nossa sociedade ocidental, em que, conforme fui descobrir um pouco depois na criminologia, se todas as condutas previstas como

infrações penais “fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado” (ZAFFARONI, 2001, p. 16).

Mais ou menos por esse caminho iniciei meus estudos. Cada vez mais me surpreendia com os processos de criminalização, pois contrastava meu senso comum – que me dizia que a justiça não punia os “criminosos” – e os próprios conhecimentos dogmáticos apreendidos na faculdade – que me ensinavam que a finalidade da pena “é, em princípio, prevenir, em caráter geral e especial, novos crimes” (QUEIROZ, 2013, 443) – com a realidade exposta, por exemplo, pela observação de Débora Diniz no presídio feminino do Distrito Federal (2015); pelos descasos narrados por Alexandra Szafir (2010); pelo registro dos documentários Sem Pena (2014), Justiça (2004) e Hotel Laide (2017); e pelas minhas próprias vivências como estagiário, em ordem cronológica, da Coordenação-Geral de Combate aos Ilícitos Transnacionais do Ministério das Relações Exteriores, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da justiça, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública do Distrito Federal e, por último, de um escritório de advocacia, sempre trabalhando com recorte temático no Direito Penal. O tempo que estive na Procuradoria-Geral da República foi especialmente importante: lá, grande parte dos processos com os quais tive contato tratavam justamente sobre o tráfico de drogas – algo natural, considerando que este é o crime responsável pela maior porcentagem de prisões no Brasil, segundos dados do INFOPEN de junho de 2016 (p. 43). Por tudo isso, acabei inserindo meus estudos na área das drogas, por enxergar ali uma questão relevante e controversa que merecia ser avaliada.

Sobre o tema, Carl Hart escreve que boa parte do que sabemos sobre essas substâncias cujo uso é criminalizado, seus efeitos e o vício está equivocado (2014, p. 15). Ele desenvolve ainda que slogans como “um mundo livre de drogas” são ingênuos, na medida em que “nunca houve uma sociedade sem drogas, e

provavelmente nunca haverá" (2014, p. 205). Por isso, aqui já convém apresentar as categorias básicas utilizadas neste trabalho. Droga, em sentido mais amplo, é toda substância que provoca alteração no funcionamento normal do corpo, mas hoje o termo é utilizado com mais frequência para se referir às drogas que são ilícitas, como a maconha, cocaína, etc., apesar desse uso ainda ser ambíguo em algumas situações em nosso cotidiano. Sobre as drogas, Silva e Delduque explicam o seu processo social de classificação como ilícitas (2015, p. 233):

> [...] entre os séculos XVII e XVIII, foi a vez de os "alimentos-droga" entrarem em cena, a produção, distribuição e consumo do açúcar, do café, do chá e do chocolate sendo exemplares dessas substâncias que hoje não são classificadas como drogas, mas já foram estimulantes ora rejeitados pela Igreja, ora disponíveis apenas para poucos estratos sociais, ora utilizados cotidianamente pela grande maioria dos cidadãos. Enfim, com a emergência da indústria farmacêutica e das normativas internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU), classificamos as drogas em lícitas e ilícitas, separamos as drogas dos medicamentos e consideramos os alimentos e os condimentos produtos absolutamente diferentes uns dos outros. A criminalização das drogas, desta maneira, é um processo social recente [...]

Neste trabalho, como o objeto é recortado em relação ao uso de drogas ilícitas, quando utilizar, simplesmente, o termo "droga", estarei me referindo a essas substâncias que tem seu uso e comércio criminalizados pelo Estado. Em consequência, quando quiser falar de drogas que são lícitas, deixarei isso explícito ao leitor, discriminando-as.

Já em relação ao conceito de vício, ao contrário do que acreditava (que era apenas uma consequência da falta que o corpo sentia da ingestão dessas substâncias), segundo Hart, só se dá quando o uso prejudica funções vitais importantes, tem consequências negativas, ocupa muito tempo e energia mental e é compulsivo (HART, 2014, p. 22). A partir desse conceito, é possível afirmar que "80 a 90% dos usuários de cocaína [...] não desenvolvem problemas com a droga", todavia, "como a tendência é prestar atenção naqueles problemáticos 10 a 20%, a experiência deles é indevidamente considerada a norma" (HART, 2014, p. 207).

Com esse baixo índice em relação ao vício, me pareceu que seria relevante estudar o uso de drogas de forma a compreender melhor como se dá, em ordem de, a partir desse conhecimento, poder subsidiar políticas públicas que efetivamente produzissem os resultados que se espera – o que, a essa altura, já havia descoberto que não ocorre: segundo Salo de Carvalho, a criminalização, além de não suprimir os danos advindos do uso de drogas (efeitos primários), os agrava e cria outros danos sociais, chamados de efeitos secundários (ou custos da criminalização), que podem ser classificados como os concernentes aos consumidores e dependentes; ao sistema educacional e médico; à economia; à administração da justiça penal; e ao sistema carcerário (2016, p. 183-205).

Outra questão que torna o tema relevante, principalmente quando recortado em relação ao usuário especificamente, é a discricionariedade em relação a como se dá a definição de uma conduta como tráfico ou como porte para uso de drogas. No estágio na Procuradoria-Geral da República me surpreendi com várias histórias recorrentes e cito uma delas: em muitos casos, mesmo a pessoa sendo apreendida com pequena quantidade de droga, acaba sendo considerada traficante por conta do acondicionamento da droga em porções individuais e por estar em local conhecido como ponto de venda[1]. Há falta de critério objetivo nessa decisão de quem é usuário e quem é traficante, sendo que ela é, normalmente, feita pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante (BOITEUX et. al., 2009, p. 44). Considerando que só é possível exercer "poder repressivo em um número insignificante" (ZAFFARONI, 2001, p. 27) dos crimes que ocorrem, o sistema penal acaba tendo uma atuação estruturalmente seletiva. Nesse sentido, os processos de criminalização são marcados pelas "relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista" (BARATTA, 2011, p. 197), o que quer dizer que "os mecanismos de seleção etiquetariam de forma discriminadora os mais vulneráveis" (COSTA; e FILHO,

[1] Quer dizer, desconsidera-se que um local em que se tem a compra e a venda de drogas provavelmente será frequentado por vendedores (traficantes) e por compradores (usuários); e que a droga do usuário, destinada a uso próprio, estará necessariamente acondicionada da mesma forma que a do traficante, destinada ao comércio, já que aquele obtém o produto do modo que ele é entregue pelo comerciante.

2014, p. 65). No Brasil, talvez isso seja ainda mais relevante, considerando se tratar de, nos termos que Roberto DaMatta desenvolve, uma sociedade tradicional onde não existem indivíduos iguais, mas pessoas definidas pelas suas ligações com outras pessoas ou instituições de prestígio, quer dizer, onde "o que vale é a relação" (1997, p. 71). Numa sociedade assim, a cidadania, traduzida pela ideia de indivíduos iguais acaba ficando fragilizada, pois o lema, como é conhecido no campo jurídico, é tratar os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade, mas não numa perspectiva Rawlsiana, por meio de políticas afirmativas para promoção de equidade (RAWLS, 1997) – o que se tem é a desigualdade jurídica em virtude de uma posição no tecido social, ou seja, privilégios (TEIXEIRA MENDES, 2004, p. 94).

Aqui vale a pena informar que, ainda no processo de busca por um objeto de pesquisa, tive a oportunidade de conversar longamente com seis colegas do curso que são usuários de drogas, alguns frequentes, outros esporádicos e outros que só experimentaram. As drogas consumidas foram maconha, haxixe, cocaína, LSD, ecstasy e cogumelos e o grupo possuía mulheres e homens, negros e brancos. Saliento que esses diálogos informais não constituem a pesquisa, quer dizer, não foram traduzidos em dados científicos por meio da rigidez metodológica necessária. Antes disso, serviram apenas como uma pesquisa exploratória do autor, assim como pesquisas na internet, leituras de jornais, participação de palestras e seminários sobre o tema, entre outros. Todas essas medidas, apesar de não fazerem parte dos procedimentos metodológicos de levantamento de dados deste trabalho, influenciaram nas decisões mais básicas do pesquisador, inclusive na delimitação do tema e na definição do problema de pesquisa. Dessa forma, os diálogos informais prévios não integram a pesquisa diretamente, mas certamente contribuíram em muito para o seu planejamento, execução e resultado final, por isso registro-os aqui.

Partindo da premissa de que provavelmente o uso de drogas jamais será extinto e de que sempre existirão problemas relacionados a ele (HART, 2014, p. 205), fica difícil acreditar em qualquer solução definitiva, mas me parece

plenamente viável procurar alternativas reformistas ou, até mesmo, revolucionárias/paradigmáticas para o tratamento da questão. Por isso, escolhi reduzir o objeto à redução de danos, que pode ser considerada um novo paradigma no trato com o uso de drogas, nos termos em que Kuhn desenvolve (2017, p. 72), pois define novos problemas e métodos legítimos de um campo de pesquisa. Essa abordagem não se encaixa nos parâmetros da ciência normal calcada no proibicionismo, pois nega a existência de apenas a abstinência como objetivo. Em verdade, se por um lado o que o proibicionismo busca é extinguir ou ao menos prevenir o uso de drogas, a redução de danos é constituída, basicamente, da premissa de que o consumo dessas substâncias não é necessariamente patológico e da conclusão de que a redução dos riscos de danos decorrentes é um objetivo possível, independente da forma pela qual será alcançada (SANTOS; SOARES; e CAMPOS, 2010, p. 1.007).

Todavia, apesar de, aparentemente, o proibicionismo e a redução de danos constituírem paradigmas incompatíveis, no Brasil, a mesma lei que criminaliza o uso prevê a redução de danos como forma estratégica lidar com o uso de drogas. Essa relação paradoxal é justamente o objeto desta pesquisa, que tem como problema **compreender como a redução de danos é posta em prática num contexto em que o uso de drogas é criminalizado**, por meio de revisão da bibliográfica e pesquisa documental. Neste momento, saliento que, apesar de a redução de danos ser uma abordagem aplicável também às drogas que não têm o uso criminalizado (como o álcool, o tabaco, medicamentos, entre outros), o recorte da pesquisa é, exclusivamente, em relação às ilícitas, já que não existe a mesma ambiguidade entre o proibicionismo e a redução de danos no caso das drogas de uso permitido.

Para alcançar isso, pretendo: (1) expor os marcos normativos no âmbito do modelo de controle promovido pela Organização das Nações Unidas e do ordenamento jurídico brasileiro no âmbito federal, (2) bem como as discussões que se dão no âmbito da ONU e do nosso país acerca do tratamento dado ao uso de

drogas; (3) estudar o uso de drogas, para compreendê-lo numa perspectiva científica calcada na empiria; (4) avaliar a criminalização como modelo de controle do uso de drogas; (5) me verticalizar nos sentidos de redução de danos; e, ao final, (6) compreender como a redução de danos é posta em prática num contexto em que o uso de drogas é criminalizado. Cumpro tais objetivos em 3 capítulos.

É comum que o primeiro capítulo de monografias em Direito comecem com uma narrativa acerca da "evolução histórica" do instituto pesquisado, apontando o seu "surgimento" – que por vezes se dá no Código de Hamurábi, mesmo em relação a objetos bastante modernos – e a sua onipresença até o presente (OLIVEIRA, 2004, p. 10). Essa prática é comum, mas, segundo Luciano Oliveira, possui alguns problemas. O primeiro é que a perspectiva de evolucionismo cultural a que remete é bastante desprestigiada no campo acadêmico, inclusive entre os historiadores (OLIVEIRA, 2004, p. 11). Além disso, a simples indicação de marcos legais não pode ser considerada uma narrativa histórica e esses apontamentos, via de regra, não contribuem para o trabalho, principalmente por sua superficialidade, e servem apenas para o tornar volumoso (OLIVEIRA, 2004, p. 12). Como Luciano Oliveira orienta, é necessário se perguntar "para que serve" (2004, p. 12) a menção à tal "história".

Por conta disso, neste trabalho, não escrevo sobre "a história da criminalização do uso de drogas" ou "a história da redução de danos" – mesmo porque se trata de um trabalho de conclusão de curso de Direito, não de História. Mas, como "a primeira tarefa do estudante de direito é conhecer o ordenamento dentro do qual vai trabalhar" (OLIVEIRA, 2004, p. 13), no primeiro capítulo exponho um esboço dos principais marcos normativos sobre o uso de drogas e a redução de danos, tanto no âmbito da ONU quanto no âmbito nacional. Ressalto que esta proposta não se confunde com aquela. Sobre as normas da ONU, abordo a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção contra o Tráfico de Entorpecentes e

Substâncias Psicotrópicas de 1988 apenas porque o referencial teórico adotado reiteradamente aponta que a criminalização das drogas no Brasil sofreu influência da política proibicionista da referida organização. Salo de Carvalho, por exemplo, afirma que houve uma "opção das agências penais brasileiras em integrar o plano internacional de repressão" (2016, p. 71). Portanto, de certa forma, o próprio aporte teórico da pesquisa exige essa providência, sob pena de incoerência teórica. No âmbito brasileiro, exponho parte do ordenamento jurídico relativo ao uso de drogas e à redução de danos, principalmente a antiga e a "nova" Lei de Drogas (respectivamente, Leis nº 6.368/76 e nº 11.343/06); a Política Nacional Antidrogas (Decreto nº 4.345 de 26 de agosto de 2002); e a Política Nacional sobre drogas (Resolução nº3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005). O texto, por coerência com o objeto da pesquisa, é centrado em relação à forma que o Estado reage em relação ao uso de drogas e às previsões sobre redução de danos.

No segundo capítulo, teço considerações sobre o uso de drogas, já que, nas palavras de Carl Hart, "no fundo, boa parte do que achamos que sabemos a respeito de drogas, vício e escolhas possíveis está errado" (HART, 2014, p. 15). Assim, com algumas leituras alheias à dogmática jurídica, realizo um esforço para compreender o uso de drogas numa perspectiva cientificamente coerente, dialogando, principalmente, com o sociólogo Howard Becker e o neurocientista Carl Hart. Ambos contribuem para a adoção de um modelo de análise sequencial em relação ao fenômeno, em desprestígio a um simultâneo. Também permitem a compreensão de que os efeitos das drogas não dependem apenas de suas características químicas, mas também da interpretação que o consumidor dá aos efeitos fisiológicos provocados, o que varia bastante – mesmo uma única pessoa pode perceber efeitos divergentes da mesma droga em ocasiões diferentes, devido uma ressignificação dos mesmos. O vício, como já adiantei nesta introdução, não pode ser explicado como um resultado natural do uso de drogas, já que a grande maioria de quem experimenta não se torna adicto. Ainda neste capítulo, escrevo sobre a criminalização do uso e, tangencialmente, do tráfico de drogas como modelo de controle, mostrando os

principais dilemas dessa escolha política. Em diálogo com Becker, aciono as teorias interacionistas para compreender o desvio, inserindo-me no paradigma epistemológico da reação social. Nessa orientação, abordo como se dão os processos de imposição de regras e de rotulação dos desviantes, que são estruturalmente seletivos. Escrevo também as dissimetrias entre as funções declaradas e as funções exercidas pelo sistema penal, indicando os danos sociais causados por essa intervenção penal no campo das drogas, principalmente em relação ao usuário (em conformidade com o recorte da pesquisa).

Por fim, inicio o terceiro e último capítulo expondo sentidos do que é redução de danos, na busca da construção de uma conceituação, já que não há consenso sobre um significado precisamente delimitado do termo – que surgiu com um âmbito de atuação restrito, mas hoje já é frequentemente usado de forma a contemplar não só uma forma de atenção à saúde de indivíduos vulneráveis que fazem uso de drogas. Ao mesmo tempo que procuro os sentidos desse termo, exemplifico experiências de políticas, programas e práticas orientadas por essa abordagem. Ao fim, escrevo sobre a posição do usuário imerso em uma sociedade que criminaliza o uso de drogas em relação à redução de danos. Nesse último ponto, pude observar que a abordagem acaba sendo limitada a duas perspectivas, que chamei de "redução de danos *outsider"* e "redução de danos clandestina". Respectivamente, se referem a (1) iniciativas de terceiros para com indivíduos adictos que correm o risco de contrarair doenças infecciosas; e (2) auxílio e orientação que usuários trocam entre si, o que é essencial para que aprendam a fazer o uso de drogas de forma a evitar experiências danosas ou perturbadoras.

A pesquisa pode auxiliar quem pretende colocar a política de drogas brasileira em relação ao usuário em perspectiva, assim como as suas alternativas, notadamente a redução de danos. A compilação teórica do trabalho permite avaliar a forma que o Estado brasileiro administra a conduta num plano normativo e empírico; ao mesmo tempo que destrincha o uso de drogas sociologicamente,

contextualizando-o na conjuntura brasileira, onde a criminalização e a estratégia de redução de danos coexistem. Assim, o texto pode subsidiar diálogos sobre o uso de drogas, o sistema penal e a redução de danos.

2 PARÂMETROS NORMATIVOS SOBRE O USO DE DROGAS E A REDUÇÃO DE DANOS

Como adiantei na introdução, o referencial teórico adotado aponta que as normas da ONU sobre as drogas ilícitas possuem grande importância no Brasil. Thiago Rodrigues, por exemplo, escreve que o modelo de controle de drogas da ONU é um "raro consenso global a aproximar países que, na maioria das questões de política internacional, são antagônicos, como, por exemplo, os Estados Unidos e o Irã" (2012, p. 16). O Brasil é signatário das 3 convenções internacionais da organização sobre o tema, que fazem parte de seu ordenamento jurídico atualmente. Nessa toada, reitero a justificativa para as considerações seguintes, que consiste, basicamente, na necessidade de se conhecer os marcos normativos referentes ao objeto da pesquisa e de ser coerente com os autores com os quais dialogo. Todavia, é preciso fazer uma ressalva: a mera exposição desses marcos legais não é suficiente para compreender a dinâmica com que se deu a criminalização na ONU, muito menos no Brasil. Não podemos aceitar que o país simplesmente internalizou tudo que vinha de fora, pois a questão é bastante complexa e envolve diversas variáveis (FIORE, 2012, p. 9):

> [...] é preciso ressaltar que não se "explica" o empreendimento proibicionista por uma única motivação histórica. Sua realização se deu numa conjunção de fatores, que incluem a radicalização política do puritanismo norte-americano, o interesse da nascente indústria médico-farmacêutica pela monopolização da produção de drogas, os novos conflitos geopolíticos do século XX e o clamor das elites assustadas com a desordem urbana. Além disso, sem desconhecer a importância histórica do pioneirismo e do empenho dos EUA para torná-la universal, é preciso notar que somente convergências locais na mesma direção puderam fazer da proibição uma realidade global. O caso brasileiro, nesse

> sentido, é exemplar, na medida em que as legislações proibicionistas foram criadas *pari passo* às norte-americanas e, no caso específico da maconha, droga já há muito estigmatizada pelas elites locais, a perseguição oficializou-se primeiro aqui.

Na verdade, a própria existência da Convenção Internacional do Ópio, assinada em Haia no ano de 1912, indica que o uso de certas substâncias era pauta internacional antes mesmo da existência da ONU. Dessa forma, seria inconsistente, por falta de coerência empírica, o argumento de que a leitura dos tratados dessa organização, são suficientes para compreender a gênese da criminalização das drogas no Brasil. De todo modo, apesar da questão não se resumir a isso, fato é que tais normas são importantes e vigem contemporaneamente no Brasil. Daí reitero que o objetivo da primeira parte deste capítulo não é de desenvolver o processo histórico da criminalização, mas apenas de expor um panorama dos marcos legais da ONU, já que esses documentos estão internalizados no ordenamento jurídico brasileiro. Mas para compreender a criminalização "não basta referir-se ao conteúdo textual dessa produção", o que Bourdieu chamaria de interpretação internalista ou interna (2004, p. 20), assim, o interessado em se verticalizar no assunto pode buscar, por exemplo, o texto "Narcotráfico e militarização nas Américas: vício de guerra", de Thiago Rodrigues (2012).

Portanto, nesse capítulo, primeiramente abordo (1) A Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em 30 de março de 1961 em Nova York; (2) Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viana em 21 de fevereiro de 1971; e (3) Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. Logo em seguida, no segundo tópico, apresento os debates que a organização vem travando recentemente. O terceiro ponto é referente às normas brasileiras em âmbito federal sobre o uso de drogas e a redução de danos, com destaque para a atual Lei de Drogas (nº 11.343/06) e a Política Nacional sobre Drogas (Resolução nº3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005). Essa parte, como ressaltei na introdução, justifico pelo fato de que "a primeira tarefa do

estudante de direito é conhecer o ordenamento dentro do qual vai trabalhar" (OLIVEIRA, 2004, p. 13). Ao fim, concluo o capítulo apontando a possível intervenção do STF na política de drogas brasileira, considerando a discussão acerca da descriminalização da maconha no RE nº 635.659/SP; assim como a omissão dos outros poderes em se debruçar sobre a questão.

Feitas essas considerações, antes de iniciar o conteúdo do capítulo propriamente dito, para facilitar a compreensão da linguagem das Convenções, sugiro ao leitor que, desde já, tenha em mente a formulação de Maurício Fiore sobre o paradigma proibicionista. Segundo o autor, essa perspectiva tem dois axiomas: "1) o uso dessas drogas é prescindível e intrinsecamente danoso, portanto não pode ser permitido; 2) a melhor forma de o Estado fazer isso é perseguir e punir seus produtores, vendedores e consumidores" (2012, p. 10). Ter isso como parâmetro para guiar a leitura poderá auxiliar a compreensão.

2.1. Tratados internacionais da ONU

A Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em 30 de março de 1961 em Nova York, inaugurou a política de contenção de drogas na ONU ao instituir um sistema de controle com atenção especial para o ópio, a cocaína e a maconha. A justificativa para a convenção foi, nos termos de seu preâmbulo, o reconhecimento de "que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade" e do dever dos Estados parte "de prevenir e combater esse mal". Todas as vezes que a convenção se refere ao uso de drogas, classifica-o ou como "uso médico"; ou como "toxicomania" ou "uso indevido". Ou seja, pela linguagem da Convenção só se concebe o uso medicinal e o abuso, um extremo ou o outro, nada no meio disso.

O objetivo declarado foi extinguir o uso de drogas que não fosse médico no mundo nos seguintes prazos: 15 anos para o ópio e 25 anos para a coca e a maconha (artigo 49, item 2, alíneas "d", "e" e "f"). Essas metas não foram cumpridas até a

data da finalização deste trabalho e a própria organização já reajustou seu objetivo de dissipar o consumo não medicinal de drogas, mas, na época, acreditou-se que esse fim seria alcançado por meio da absoluta proibição do uso e do comércio das substâncias e uma aliança internacional para reprimir penalmente quem agisse em desconformidade com a Convenção (BOITEUX et al., 2009, p. 18). De acordo com o desenvolvido no capítulo dois, qualquer prazo eleito para acabar com o uso de drogas no mundo provavelmente não será cumprido, pois, como Hart escreve, "nunca houve uma sociedade sem drogas, e provavelmente nunca haverá" (2014 p. 205). Todavia, essa é uma estratégia e um objetivo que a ONU ainda mantém contemporaneamente: 2019 é o prazo atual para extinguir, ou *ao menos minimizar*, o tráfico e a demanda de drogas, conforme o relatório da 52ª sessão da Comissão de Narcóticos (CND) (2009, p. 44).

Um ponto interessante dessa convenção é a extensa quantidade de condutas descritas no art. 36 consideras crime quando praticadas em desacordo com o que estipula. São 18 núcleos no total. A mesma técnica de redação foi utilizada no art. 12 da Lei nº 6.368, de 1976. Nesse último artigo também existem exatamente 18 núcleos e a maioria dos verbos da convenção foi reproduzida na lei brasileira, que entrou em vigor 12 anos depois da promulgação da convenção, que ocorreu por meio do Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964.

Segundo essa primeira convenção, a simples posse é uma conduta suscetível à criminalização (art. 36), o que acena no sentido de que o usuário também seria criminalizado. Ocorre que o art. 38 dispõe sobre o "Tratamento aos Toxicômanos", incentivando as partes a ter preocupação com "o tratamento médico, o cuidado e a reabilitação dos toxicômanos", o que reforça sua lógica médico-sanitarista, calcada na ideologia da diferenciação, ou seja: tem como pilar a distinção entre usuário, que é um doente e deve ser tratado, e traficante, um criminoso, que deve ser combatido (CARVALHO, 2016, p. 54).

Diante do aumento pela demanda por outras drogas que não eram preocupação à época do primeiro acordo, os membros da ONU redigiram a Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena em 21 de fevereiro de 1971 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 79.388, de março de 1977. Esta amplia o controle sobre o LSD, o MDMA (ecstasy) e outras substâncias psicotrópicas, como estimulantes e anfetaminas. O discurso altruísta, preocupado com o bem-estar da humanidade, e maniqueísta, em relação à droga e ao uso, continua, como podemos observar no preâmbulo:

> As partes, preocupadas com a saúde e o bem-estar da humanidade; observando, com preocupação, os problemas sociais e de saúde-pública que resultam do abuso de certas substâncias psicotrópicas; determinadas a prevenir e combater o abuso de tais substâncias psicotrópicas; determinadas a prevenir e combater o abuso de tais substâncias e o tráfico ilícito a que dão ensejo;

A formulação de Maurício Fiore, de que o paradigma proibicionista tem como premissa que o uso de droga é intrinsecamente danoso (2012, p. 10), parece estar implícita também no texto dessa convenção. Assim como na Convenção Única Sobre Entorpecentes, existe aqui uma forma padrão de se referir ao uso de drogas no decorrer do texto, que eu divido em duas formas: (1) "uso médico", "para fins legítimos" ou "para fins médicos e científicos", que seria o único permitido, apesar de submetido a um grande controle; e (2) "abuso" (termo utilizado em praticamente todas as passagens) e "uso indevido" ou "inapropriado". Portanto, ainda há uma ideia maniqueísta de "uso médico x uso abusivo", que seriam polos opostos e incompatíveis, não havendo previsão de outras formas de uso além dessas.

Sobre a Convenção como um todo, há um reforço do viés repressivo em relação ao tráfico. Por exemplo, o art. 22 recomenda a aplicação de sanções adequadas com a gravidade dessa conduta, que seriam "a de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade". Outro dispositivo autoriza a tomada de "medidas de controle mais estritas ou mais severas do que as previstas" caso sejam "convenientes ou necessárias à proteção da saúde e bem-estar públicos" (art. 23).

Por outro lado, quanto aos usuários – que, como já expus, são todos abusadores e dependentes pela linguagem da Convenção – há uma ressalva: autoriza-se a adoção de medidas alternativas, como tratamento, educação e ressocialização (art. 22). Isso sugere que a proposta da ONU até então continua sendo de um modelo sanitarista: combate ao traficante e tratamento ao usuário/dependente.

Por fim, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, concluída em Viena e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, lapidou as pretensões de se erradicar o uso e o tráfico de drogas sob o slogan: "*A Drug-Free World: We Can Do It*". Diante do "*world drug problem*", a necessidade de intervenção penal para proteger os usuários adictos era uma premissa (FIORE, 2012, p. 10). Nesse momento, houve recomendação de criminalização inclusive nos casos em que a droga fosse destinada para consumo próprio, com ressalva em relação ao ordenamento jurídico das partes (art. 3, item 2):

> 2 - Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou os cultivos intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

Por outro lado, o mesmo artigo autoriza que a condenação pela posse de droga destinada a consumo pessoal seja complementada ou substituída por outras medidas (art. 3, item 4, alínea "c"):

> d) As Partes poderão, seja a título substitutivo de condenação ou de sanção penal por um delito estabelecido no parágrafo 2 deste Artigo, seja como complemento dessa condenação ou dessa sanção penal, propor medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, reabilitação ou reintegração social do delinqüente.

Em relação ao tráfico, a recomendação é de "sanções proporcionais" – ou seja, a "pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções

pecuniárias e o confisco" (art. 3, item 4, alínea "a"). Assim como no caso do uso, há a possibilidade de complementar a condenação com outras medidas (art. 3, item 4, alínea "b") e, nos casos de menor gravidade, quando o indivíduo vende para sustentar o vício, até mesmo substituí-la (art. 3, item 4, alínea *c*):

> c) Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinqüente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior.

Se por um lado formalmente se admite um tratamento mais brando, por outro, "o apelo à guerra era emocional e mesmo irracional" (BOITEUX et al., 2009, p. 19). Foi justamente nesse momento "que se internacionalizou de forma definitiva a política americana de 'guerra às drogas'" (BOITEUX et al., 2009, p. 19). Tanto que, para além da criminalização nos casos de porte para consumo próprio, ampliou-se o controle para as condutas chamadas de "ofensas relacionadas com drogas", determinando (BOITEUX et al., 2009, p. 20):

> a previsão legal da proibição e apreensão de equipamentos e materiais destinados a uso na produção de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (precursores); a criminalização da incitação pública do uso e consumo de drogas; a punição da participação no crime de tráfico; a associação, tentativa, cumplicidade e assistência para a prática deste tipo de delito.

As principais características do modelo da ONU podem ser resumidas da seguinte forma (BOITEUX et al., 2009, p. 21):

> i) é um modelo uniforme de controle que submete as substâncias proibidas a um regime internacional de interdição, sendo o seu uso terapêutico bastante restrito; ii) defende-se a criminalização do uso e do comércio, com opção primordial pela pena de prisão; iii) o tratamento e a prevenção ao uso de drogas ilícitas não é priorizado; iv) rejeição de alternativas, dentre elas as medidas de redução de danos, como a troca de seringas; v) não reconhecimento de direitos das comunidades e povos indígenas em relação ao uso de produtos tradicionais, como a folha de coca, diante da meta de erradicação das plantações e da cultura tradicional.

Com esse cenário normativo, não há abertura para iniciativas de redução de danos. Esses tratados internacionais estão profundamente calcados no proibicionismo e, consequentemente, na premissa dupla de que "1) o uso dessas drogas é prescindível e intrinsecamente danoso, portanto não pode ser permitido; 2) a melhor forma de o Estado fazer isso é perseguir e punir seus produtores, vendedores e consumidores" (FIORE, 2012, p. 10). Sob essa perspectiva, ainda que se recomende tratamento – em vez de pena – para os consumidores, não se admitiria a manutenção do uso cumulada à medidas que objetivem reduzir os riscos relacionados, já que se acredita que o dano proveniente do consumo é intrínseco àquela prática e não um risco capaz de ser prevenido.

2.2 Discussões contemporâneas sobre o modelo da ONU

Em 1998 houve uma Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU (UNGASS) para tratar do tema das drogas, considerando que a organização não cumpriu as metas de extinção do uso indevido de drogas. Em verdade, "poucos resultados práticos haviam sido alcançados, diante da manutenção da produção, tráfico e consumo de drogas ilícitas em todo o mundo, em que pesem todos os esforços de controle" (BOITEUX et al., 2009, p. 22). Embora houvessem experiências bem-sucedidas orientadas pela abordagem da redução de danos, esse paradigma foi descartado por, supostamente, incentivar o uso de drogas e, por essa razão, manteve-se a linha que já vinha sendo adotada (BOITEUX et al., 2009, p. 22-23). Continuou-se com a meta de livrar o mundo das drogas e "mesmo depois do fracasso dos prazos determinados pela Convenção de 1961 referidos anteriormente, nada mudou, mas apenas adiou-se os prazos para cumprimento da meta proposta" (BOITEUX et al., 2009, p. 23). Assim, os Estados se comprometeram a obter resultados na redução da oferta e da demanda em 10 anos, até 2008.

Decorrido o novo lapso temporal, o resultado foi o mesmo: o uso e o tráfico de drogas continuam existindo. A organização sustentou que, apesar disso, os

problemas decorrentes do abuso haviam sido contidos, o que é bastante questionável segundo os dados da própria ONU (BOITEUX et al., 2009, p. 24). Na verdade, o que muitos autores afirmam é que o modelo proibicionista não só é incapaz de controlar os danos à saúde provocados pelo abuso de drogas, como ainda contribui para exacerbar outros problemas, inclusive sociais (BOITEUX et al., 2009, p. 25):

> […] considera-se, com base nos próprios (e reconhecidamente falhos) dados estatísticos das Nações Unidas (cuja fonte são os estados) que a política proibicionista fracassou aos fins que se propôs pois, além de não ter conseguido "proteger" a saúde pública, ainda serviu de fator agravante na pandemia da AIDS e outras doenças, além de ter agravado a situação social dos países periféricos.

Em 2009, apesar de a organização ter demonstrado mais abertura em questões como "a saúde do usuário, o respeito aos direitos humanos e a noção de responsabilidade compartilhada das nações na implementação e financiamento do controle de drogas" (BOITEUX et al., 2009, p. 26), manteve-se a insistência em combater as drogas com a eleição de prazos para eliminar ou reduzir significativamente e mensuravelmente o uso e tráfico. Alguns trechos da declaração política dos Estados, presente no relatório da 52ª sessão da Comissão de Narcóticos (p. 37-44, grifo em negrito meu)[2]:

[2] Tradução livre:
"**Nós estamos determinados a combater o problema mundial das drogas e a promover ativamente uma sociedade livre de abuso de drogas** em ordem de assegurar que toda pessoa possa viver com saúde, dignidade e paz, com segurança e prosperidade; portanto:
Nós, os Estados Membros das Nações Unidades,
[...]
2. *Reafirmamos* também que o **objetivo final das estratégias de redução de demanda e oferta e estratégias de desenvolvimento sustentável é de minimizar e, eventualmente, eliminar a disponibilidade e o uso de drogas e substâncias psicotrópicas** para assegurar a vida e o bem-estar da humanidade e encorajar o intercâmbio de melhores práticas quanto a redução da demanda e da oferta, e enfatizamos que uma estratégia é ineficiente na ausência da outra;
[...]
29. *Reconhecemos* que, apesar de nossos esforços no passado, o cultivo, produção, fabricação, distribuição e tráfico de drogas ilícitas foram cada vez mais consolidados em uma indústria organizada criminalmente, gerando enormes quantidades de dinheiro lavado por meio dos setores financeiro e não financeiro e, assim, nos comprometemos a fortalecer a implementação efetiva e abrangente de forma de combater a lavagem de dinheiro e de aperfeiçoar a cooperação internacional, incluindo a cooperação judicial, como forma de prevenir, detectar e processar tais crimes, desmantelar organizações criminosas

We are determined to tackle the world drug problem and to actively promote a society free of drug abuse in order to ensure that all people can live in health, dignity and peace, with security and prosperity; therefore:

We, the States Members of the United Nations,

[...]

2. *Reaffirm* also that **the ultimate goal of both demand and supply reduction strategies and sustainable development strategies is to minimize and eventually eliminate the availability and use of illicit drugs and psychotropic substances** in order to ensure the health and welfare of humankind and encourage the exchange of best practices in demand and supply reduction, and emphasize that each strategy is ineffective in the absence of the other;

[...]

29. *Recognize* that, despite our past efforts, illicit crop cultivation and illicit drug production, manufacturing, distribution and trafficking have been increasingly consolidated into a criminally organized industry generating enormous amounts of money, laundered through the financial and non-financial sectors and, therefore, commit ourselves to strengthening the effective and comprehensive implementation of regimes for countering money-laundering and to improving international cooperation, including judicial cooperation, in order to prevent, detect and prosecute such crimes, dismantle criminal organizations and confiscate their illicit proceeds, and also recognize the need to train law enforcement and judicial personnel to utilize the tools available in the international framework, as well as the need to encourage the development of such training;

[...]

---

e confiscar seus produtos de ilícitos, e também reconhecemos a necessidade de capacitar os agentes policiais e judiciários para que utilizem as ferramentas disponíveis internacionalmente, assim como a necessidade de incentivar o desenvolvimento de tais capacitações;

[...]

36. *Decidimos* estabelecer **2019 como prazo para os Estados eliminarem ou reduzirem, de forma significativa e mensurável**:

(a) O cultivo ilícito de papoula de ópio, planta da folha de coca e planta da *Cannabis*;

(b) A demanda ilícita por drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas; e os riscos de saúde e sociais associados;

(c) A produção, fabricação, comercialização, distribuição ilícita e tráfico de substâncias psicotrópicas, incluindo drogas sintéticas;

(d) O desvio e o tráfico ilícito de percursores;

(e) Lavagem de dinheiro relacionada a drogas ilícitas;"

> 36. *Decide* to establish 2019 as a target date for States to eliminate or reduce significantly and measurably:
>
> (a) The illicit cultivation of opium poppy, coca bush and cannabis plant;
>
> (b) The illicit demand for narcotic drugs and psychotropic substances; and drug-related health and social risks;
>
> (c) The illicit production, manufacture, marketing and distribution of, and trafficking in, psychotropic substances, including synthetic drugs;
>
> (d) The diversion of and illicit trafficking in precursors;
>
> (e) Money-laundering related to illicit drugs;

A meta de um mundo sem o abuso de drogas foi mais uma vez prorrogada, agora para 2019. Em 2016 houve uma nova Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre Drogas (UNGASS), evento que gerou muita expectativa no sentido de a organização rever os fundamentos de sua atuação em relação ao uso de drogas e estudar a promoção de práticas de redução de danos. Mas no "*outcome document*" da UNGASS 2016 o modelo desenhado nas três convenções internacionais foi reafirmado: "*We reaffirm our commitment to the goals and objectives of the three international drug control conventions*"[3] (p. 1). A organização continua abraçando o sonho de "*a drug free world*" (p. 1, grifo meu)[4]:

> We reaffirm our determination to tackle the world drug problem and to actively promote **a society free of drug abuse** in order to help to ensure that all people can live in health, dignity and peace, with security and prosperity, and reaffirm our determination to address public health, safety and social problems resulting from drug abuse;

Portanto, apesar da expectativa de mitigar o paradigma proibicionista em favor da promoção de políticas de redução de danos no âmbito da ONU, pelo

[3] Tradução livre: "Nós reafirmamos nosso compromisso com as metas e objetivos das três convenções internacionais sobre controle de drogas".

[4] Tradução livre: "Nós reafirmamos nossa determinação para combater o problema mundial das drogas e para promover uma sociedade livre de abuso de drogas como forma a contribuir para garantir que todas as pessoas possam viver com saúde, dignidade e paz, com segurança e prosperidade, e reafirmamos nossa determinação para lidar com os problemas de saúde, segurança e sociais advindos do abuso de drogas;".

discurso da organização, que é praticamente o mesmo desde sempre, as normas de direito internacional vão continuar rechaçando formas de lidar com certos tipos de substâncias que não pelo sistema penal.

2.3 Brasil: Política Nacional e Lei de Drogas

Mais uma vez, ressalto o recorte deste trabalho em relação aos marcos normativos acerca do uso de drogas e da redução de danos. Esse objeto reduzido dispensa, por exemplo, remissão à primeira regra que proibiu o comércio de substância tóxica no Brasil, ainda no século XIX, já que esse fato pontual e descontextualizado, exposto como um marco histórico, não contribuiria para a compreensão do uso de drogas e da redução de danos hoje. Ademais, o objeto do trabalho (uso de drogas e redução de danos) dispensa considerações exaustivas e basilares sobre a "nova" Lei de Drogas – que, apesar de já ter mais de uma década de vigência, ainda é chamada de nova por costume –, até porque, pressuponho que o leitor possui esses conhecimentos básicos do campo. Assim, estender demais o trabalho nesses aspectos poderia configurar o que Luciano Oliveira chama de "manualismo" (2004): escrever páginas e páginas sobre conhecimentos básicos que qualquer pessoa do campo domina, o que não contribui em nada para o trabalho e o torna extenso e maçante. Até porque, para o leitor que eventualmente não tiver nenhuma proximidade com a questão das drogas, é desnecessário repetir o que outros autores já escreveram com muito mais traquejo, por isso, se for este o caso, apenas indico a obra de Salo de Carvalho (2016).

Portanto, para cumprir a proposta do trabalho, exponho parte do ordenamento jurídico relativo ao uso de drogas e à redução de danos, principalmente a antiga e a "nova" Lei de Drogas (respectivamente, Leis nº 6.368/76 e nº 11.343/06); a Política Nacional Antidrogas (Decreto nº 4.345 de 26 de agosto de 2002); e a Política Nacional sobre drogas (Resolução nº 3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005). O texto, por coerência com o objeto da pesquisa, é centrado em relação à

forma que o Estado reage em relação ao uso de drogas e às previsões sobre redução de danos. Sobre a Lei nº 11.343/06, que trata sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas (Sisnad), que antes era regulado por meio decreto presidencial, infelizmente é muito mais conhecida pelas disposições penais. Por isso, privilegio a exposição do Título III da lei (das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas).

O porte de droga para uso próprio é crime no Brasil desde 1968, quando o Decreto-Lei nº 385/68 determinou que o usuário incorreria nas mesmas penas previstas ao comerciante, no art. 281 do Código Penal. Nesse caso, o Brasil se adiantou às tendências internacionais, pois, como já expus, até então a Convenção de 1961 recomendava a ideologia da diferenciação: tratamento ao usuário (dependente) e prisão ao traficante. Em 1976, a Lei nº 6.368 continuou criminalizando o usuário, mas com a imposição de uma pena diferente à do traficante, bastante menor: seis a dois anos de detenção (art. 12). Além disso, o art. 10 dessa lei previa o tratamento compulsório ao dependente, "independente da prática de crime". Há nesse tratamento uma perspectiva criminológica etiológica, pois se faz uma associação entre usuário-dependente-delinquente, sendo a intervenção estatal uma forma de prevenir os crimes futuros que a pessoa criminalizada supostamente irá cometer (CARVALHO, 2016, p. 67):

> A fusão dependência-delito, presente na lógica do tratamento e da recuperação moldada pela Lei de Drogas de 1976, gera espécie de criminalização da adicção, pois, como todos os pressupostos da criminologia etiológica, impõe como dever do Estado a intervenção no dependente para impedir sua conduta criminosa futura.

A diferenciação no tratamento legal dado ao usuário e o traficante acabou gerando uma situação em que pessoas em situações jurídicas análogas podem receber tratamento diferenciado do Estado a depender do desenrolar dos processos de criminalização secundária, já que a atuação do sistema de justiça criminal é seletiva, "atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados

grupos sociais, a pretexto de suas condutas" (BATISTA, N., 2011, p. 25). Assim, o estereótipo criminal foi aplicado aos jovens pobres e o médico aos de classe médica, o que causou um grande processo de criminalização daqueles (BATISTA, V., 2015, p. 4):

> A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social velada que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.

Desde a década de 1990 a Lei de Drogas era objeto de debate no Congresso Nacional, pois, "segundo as exposições de motivos dos inúmeros projetos que tramitavam concomitantemente, a defasagem conceitual e operacional do estatuto impunha reformulação global" (CARVALHO, 2016, p. 91). Por isso, no começo de 2002, os congressistas aprovaram a Lei nº 10.409, todavia, grande parte dela foi vetada – inclusive todo o capítulo referente aos crimes – e apenas as disposições processuais entraram em vigor (CARVALHO, 2016, p. 93). De toda forma, quanto a essa lei, vale mencionar a redação do § 2º do art. 12: "cabe ao Ministério da Saúde regulamentar as ações que visem à redução dos danos sociais e à saúde". Essa é, provavelmente, a primeira vez que se insere a locução "redução de danos" em uma lei federal relativa ao uso de drogas ilícitas. Já aqui, a noção de redução de danos é utilizada de maneira expandida, não só como uma forma de atenção à saúde do usuário, mas contemplando também questões sociais[5].

Esse momento histórico é importante para este trabalho pois, ao mesmo tempo que a legislação federal autorizava a estratégia de redução de danos, criminalizava o usuário com a possibilidade de imposição de tratamento compulsório – adianto que já haviam experiências de redução de danos no Brasil

[5] Sobre isso, adiantando o que escrevo no terceiro capítulo, é tendência restringir a redução de danos como uma forma de reduzir os potenciais riscos à saúde do usuário, sem considerá-la uma abordagem ampla de atenção que também considere aspectos sociais, econômicos, políticos e afetivos. Ver o ponto "3.1. Sentidos de redução de danos".

ainda na década de 1990, de modo que ao afirmar que esse panorama normativo é importante para a pesquisa não pretendo passar a ideia de que, antes disso, essa abordagem não existia no país. Tal importância se dá porque o objetivo deste capítulo é concentrado nos aspectos normativos acerca do uso de drogas e da redução de danos, enquanto os aspectos empíricos serão mais propriamente abordados nos capítulos posteriores. Quero dizer, o importante aqui é constatar a coexistência do proibicionismo e da redução de danos no âmbito normativo (lei federal). Tal objeto se constituiu por, conforme REGHELIN escreve, essa previsão legal ter constituído um *paradoxo*, na medida em que prevê para a mesma situação jurídica, consequências diferentes que não são complementares, mas, pelo contrário, são exclusivas e negam uma a outra (2002, p. 162):

> Paradoxal é observar que o Brasil, mesmo já dispondo de nova legislação (Lei 10.409/2002), a qual defende a redução de danos demonstrando um avanço histórico bastante relevante, pretende manter, no mesmo diploma legal, um tratamento penal criminalizador para o usuário, inclusive chegando a prever a hipótese de tratamento compulsório.

Após a UNGASS de 1998, para cumprir um encaminhamento pactuado na reunião, o então presidente Fernando Henrique Cardoso editou o Decreto nº 4.345, de 26 de agosto de 2002, que instituiu a Política Nacional Antidrogas. Se por um lado a política leva a denominação "antidrogas", "propagando o discurso proibicionista e idealizando uma sociedade livre do uso de drogas" (MACHADO e BOARINI, 2013, p. 588), contraditoriamente "também apoia a criação e a implementação de estratégias de redução de danos para o indivíduo, grupo social ou comunidade, com enfoque na prevenção das doenças infecciosas" (MACHADO e BOARINI, 2013, p. 588). Como se pode ver nos trechos a seguir, a política tem como pressuposto básico o reconhecimento da existência de diferenças entre os vários tipos de uso, o que rompe com a associação usuário-dependente-delinquente, privilegiando um tratamento diferenciado para cada caso. A partir dessa concepção, para materializar o direito constitucional à saúde, autoriza-se a adoção de estratégias

que visam minimizar as potenciais consequências adversas decorrentes do uso de drogas, isso sem prejuízo de outras medidas, como a criminalização (grifo meu):

> 2. Pressupostos básicos da PNAD
>
> [...]
>
> 2.2. Reconhecer as **diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada**.
>
> [...]
>
> 2.16. Experimentar de forma pragmática e sem preconceitos novos meios de reduzir danos, com fundamento em resultados científicos comprovados.
>
> [...]
>
> 3. Objetivos da PNAD
>
> [...]
>
> 3.6. Reduzir as conseqüências sociais e de saúde decorrentes do uso indevido de drogas para o indivíduo, para a comunidade e para a sociedade em geral.
>
> [...]
>
> **6. Redução de Danos Sociais e à Saúde**
>
> 6.1. Orientação Geral
>
> 6.1.1. Estabelecer estratégias de Saúde Pública voltadas para **minimizar as adversas conseqüências do uso indevido de drogas, visando a reduzir as situações de risco mais constantes desse uso**, que representam potencial prejuízo para o indivíduo, para determinado grupo social ou para a comunidade.
>
> 6.2. Diretrizes
>
> 6.2.1. Reconhecer a estratégia de redução de danos sociais e à saúde, amparada pelo artigo 196 da Constituição Federal, como intervenção preventiva que deve ser incluída entre as medidas a serem desenvolvidas, sem representar prejuízo a outras modalidades e estratégias de redução da demanda.
>
> 6.2.2. Apoiar atividades, iniciativas e estratégias dirigidas à redução de danos.
>
> 6.2.3. Visar sempre à redução dos problemas de saúde associados ao uso indevido de drogas, com **ênfase para as doenças infecciosas**.

> 6.2.4. Definir a **qualidade de vida e o bem-estar individual** e comunitário como critérios de sucesso e eficácia para escolha das intervenções e ações de redução de danos.
>
> 6.2.5. Apoiar e promover a educação, treinamento e capacitação de profissionais que atuem em atividades relacionadas à redução de danos.

Apesar das previsões acerca da estratégia de redução de danos, Machado e Boarini entendem que o "plano não especifica o que define como redução de danos e não se posiciona em relação aos programas de troca de seringas" (2013, p. 588), o que prejudicou a sua aplicação, já que os agentes públicos tinham apenas uma autorização genérica e imprecisa e, por isso, suas iniciativas poderiam ser questionadas. Portanto, até então, o plano normativo não teria capacidade de sustentar políticas, programas e práticas de redução de danos, seja pela deficiência das previsões, seja pela resistência social à essa abordagem.

Em 2005, um ano antes de uma alteração legislativa, o Conselho Nacional Antidrogas editou uma nova Política Nacional sobre Drogas, por meio da Resolução nº 3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005. Nesse momento, o termo "anti" foi substituído por "sobre", afastando a ideia proibicionista presente no título da política antecessora. Ademais, constituiu-se dos seguintes eixos de ação: (1) prevenção; (2) tratamento e reinserção social; (3) *redução de danos*; (4) redução da oferta; e (5) estudos e pesquisas. Nesta norma também se faz uma clara distinção entre usuário, pessoa em uso indevido, dependente e traficante de drogas, com a recomendação de tratamento diferenciado para cada um deles. Além disso, a adoção de estratégias de redução de danos foi ainda mais privilegiada do que na política de 2002, sendo considerada um princípio, como se pode ver nos seguintes trechos:

> PRESSUPOSTOS DA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS
>
> [...]
>
> - Reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada

[...]

- Não confundir as estratégias de redução de danos como incentivo ao uso indevido de drogas, pois se trata de uma estratégia de prevenção.

[...]

OBJETIVOS DA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS

[...]

Reduzir as consequências sociais e de saúde decorrentes do uso indevido de drogas para a pessoa, a comunidade e a sociedade

[...]

3. REDUÇÃO DOS DANOS SOCIAIS E À SAÚDE

3.1 Orientação Geral

3.1.1 A promoção de estratégias e ações de redução de danos, voltadas para a saúde pública e direitos humanos, deve ser realizada de forma articulada inter e intra-setorial, visando à redução dos riscos, das consequências adversas e dos danos associados ao uso de álcool e outras drogas para a pessoa, a família e a sociedade.

3.2 Diretrizes

3.2.1 Reconhecer a estratégia de redução de danos, amparada pelo artigo 196 da Constituição Federal, como medida de intervenção preventiva, assistencial, de promoção da saúde e dos direitos humanos

3.2.2. Garantir o apoio à implementação, divulgação e acompanhamento das iniciativas e estratégias de redução de danos desenvolvidas por organizações governamentais e não-governamentais, assegurando os recursos técnicos, políticos e financeiros necessários, em consonância com as políticas públicas de saúde.

3.2.3. Diminuir o impacto dos problemas socioeconômicos, culturais e dos agravos à saúde associados ao uso de álcool e outras drogas.

[...]

3.2.9. Promover estratégias de divulgação, elaboração de material educativo, sensibilização e discussão com a sociedade sobre redução de danos por meio do trabalho com as diferentes mídias.

> 3.2.10 Apoiar e divulgar as pesquisas científicas submetidas e aprovadas por comitê de ética, realizadas na área de redução de danos para o aprimoramento e a adequação da política e de suas estratégias.
>
> [...]
>
> 3.2.13 Comprometer os governos federal, estaduais e municipais com o financiamento, a formulação, implementação e avaliação de programas e de ações de redução de danos sociais e à saúde, considerando as peculiaridades locais e regionais.
>
> 3.2.14 Implementar políticas públicas de geração de trabalho e renda como elementos redutores de danos sociais.
>
> 3.2.15 Promover e implementar a integração das ações de redução de danos com outros programas de saúde pública.
>
> 3.2.16 Estabelecer estratégias de redução de danos voltadas para minimizar as consequências do uso indevido, não somente de drogas lícitas e ilícitas, bem como de outras substâncias.

A grande questão é, justamente, o paradoxo objeto desta pesquisa: até então, o porte de drogas para uso próprio ainda era crime punido com prisão, conforme o art. 16 da Lei nº 6.368/76. Como o modelo de redução de danos não implica necessariamente em extinguir o uso de drogas, mas em torná-lo mais seguro, havia abertura para que fosse considerado crime, nos termos do art. 12, § 2º, inciso I, da referida lei, que determina que "induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente" incorre nas mesmas penas de tráfico (3 a 15 anos de reclusão). Assim, há grupos que sustentam que a redução de danos se trata de prática criminosa (MACHADO e BOARINI, 2013, p. 586):

> Por entrar em conflito com as disposições da Lei nº 6.368/1976 (Brasil, 1976), vigente naquele período e posteriormente revogada pela Lei nº 11.343/2006 (Brasil, 2006), a estratégia de redução de danos era e continua sendo avaliada por alguns segmentos, dentre eles a Igreja Católica e a polícia federal, como incitação ao uso de drogas ilícitas e, em consequência, como crime.

Um ano depois, a Lei nº 11.343/06 mantém e acentua a ideologia da diferenciação, impondo ao tráfico e ao porte de droga para uso sanções de naturezas

diversas: pena severa para os traficantes; e medidas e penas diversas da prisão para o usuário (CARVALHO, 2016, p. 105):

> [...] a lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao tráfico de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 5 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

Como é amplamente sabido, com essa lei não houve a descriminalização do porte para consumo próprio. Não há mais a imposição de pena de prisão, mas ainda existe controle pelo sistema penal, com a previsão das seguintes sanções: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Então, o porte de droga para uso próprio continua sendo crime, conforme o próprio STF decidiu em 2007, ao julgar o RE 430.105 (BRASIL, 2007):

> I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.
>
> 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).
>
> 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).
>
> 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12).

> 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).
>
> 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.
>
> 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107).
>
> II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.
>
> III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

Salo de Carvalho sustenta que não houve a *descriminalização*, mas a *descarcerização* dos delitos relativos ao uso de drogas, rechaçando argumentos que propõem o inverso[6] (2016, p. 161). Isso quer dizer que, embora ainda haja o controle penal, o resultado prático do ingresso da Lei nº 11.343/06 no ordenamento jurídico brasileiro é "que, em nenhuma hipótese, poder ser o usuário privado de sua liberdade. Nenhuma sanção que restrinja a sua liberdade poderá ser imposta pelo magistrado ou oferecida como mecanismo de transação penal pelo Ministério Público" (LINS, 2009, p. 255).

A lei prevê para o usuário e o dependente uma política de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social em seu Título III, fazendo, assim como as políticas nacionais, a distinção entre o adicto e o usuário pela primeira no corpo da Lei. Ademais, há registrado no texto o reconhecimento de que não existe vínculo intrínseco entre o vício e o uso, sendo "o respeito ao usuário e ao dependente de drogas" uma diretriz das atividades de atenção para esses sujeitos. Quer dizer, formalmente, se quebra com a associação usuário-dependente-criminoso. Por outro

[6] Apesar da imprescindibilidade de se assentar aqui que não houve a descriminalização, não há a mesma necessidade de expor os argumentos no sentido contrário e apontar suas impropriedades, de modo que, remeto o leitor interessado à obra de Carvalho (2016, p. 161).

lado, constato que a palavra “usuário” é seguida pela palavra “dependente” todas as vezes em que é utilizada, o que indica que apesar de a norma reconhecer a diferença, adota os mesmos princípios e diretrizes indistintamente nas estratégias de prevenção, atenção e reinserção social. Dessa forma, mesmo tendo a definição de um “projeto terapêutico individualizado” (art. 22, inciso III) como uma diretriz, a lei continua contribuindo para a indistinção entre usuário e adicto (SILVA e DELDUQUE, 2015, p. 236):

> [...] ela [a Lei de Drogas] se dirige a usuários e a dependentes de drogas, sendo que em alguns trechos as mesmas ações são voltadas para ambos e em outros se fala de "usuário ou dependente", colaborando para uma indistinção entre os dois, sem considerar a mencionada distinção entre estágios na carreira.

Nessa parte da lei também há o rompimento com o ideal de abstinência total – a despeito de o capítulo seguinte criminalizar o uso, como já expus –, o que se coaduna com a estratégia de redução de danos, conforme disposto no art. 19, inciso VI, da Lei. Desse modo, com base nas previsões de redução dos danos da lei, não se busca exclusivamente a interrupção completa do consumo de drogas, se admitindo como opção desejável o retardamento do uso ou, ao menos, a promoção de estratégias para dirimir os riscos de danos provenientes do uso ou do abuso:

> Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:
>
> VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;
>
> Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

A estratégia de redução de danos não é prevista no ordenamento jurídico apenas para as drogas ilícitas – mais uma vez ressalto que, apesar disso, o recorte da pesquisa é exclusivamente em relação a estas, já que, em tese, no caso das drogas

lícitas não há conflito entre o paradigma proibicionista e da redução de danos. Por exemplo, um ano após a atual Lei de Drogas, foi editado o Decreto nº 6.117, de 22 de maio de 2007, que aprova a Política Nacional sobre o Álcool e prevê "ações para a redução dos danos sociais, à saúde e à vida causados pelo consumo desta substância". Além disso, adota a lógica da redução de danos como uma diretriz explícita:

> IV - DIRETRIZES
>
> 6. São diretrizes da Política Nacional sobre o Álcool:
>
> 4 - utilizar a lógica ampliada do conceito de redução de danos como referencial para as ações políticas, educativas, terapêuticas e preventivas relativas ao uso de álcool, em todos os níveis de governo;
>
> 5 - considerar como conceito de redução de danos, para efeitos desta Política, o conjunto estratégico de medidas de saúde pública voltadas para minimizar os riscos à saúde e à vida, decorrentes do consumo de álcool;

Voltando à Lei nº 11.343/06, que é uma norma hierarquicamente superior ao Plano Nacional de Drogas, constata-se que ela dá notória atenção à estratégia de redução de danos ao mesmo tempo que retira do usuário a possibilidade de submissão ao cárcere. Todavia, Weigert entende que tal lei não representou uma mudança tão expressiva na política criminal de drogas (2010, p. 68):

> Assim, ainda que alguns considerem a recente lei um avanço em direção à política antiproibicionista, continuou-se a agir (e legislar) em consonância com a lógica proibicionista. Segue-se, no Brasil, tentando coibir o consumo e tráfico de substâncias psicoativas através dos imperativos estabelecidos nas Convenções Internacionais.

Isso porque, ainda que tenha ocorrido a descarcerização, o usuário continua submetido ao controle penal, na forma do art. 28 da Lei 11.343/06, que prevê as seguintes penas: (I) advertência sobre os efeitos das drogas; (II) prestação de serviços à comunidade; e (III) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Em relação ao caráter dessas sanções, Carvalho escreve que a prestação de serviços à comunidade "é inegavelmente inserida no sistema punitivo

brasileiro como espécie de pena restritiva de direito" (2016, p. 354), o que é chancelado pelo próprio Código Penal, em seu art. 43, inciso IV[7]. Sobre a advertência em relação aos efeitos da droga, prevista no inciso I, "em razão do caráter de reprovabilidade real ou simbólica, adquire natureza punitiva" (CARVALHO, 2016, p. 354) e também "se aproxima, de forma atípica, das penas restritivas de direitos" (CAVALHO, 2016, p. 354). Já em relação à medida educativa, por possuir um "caráter reabilitador e terapêutico [...], associado à ideia prevalente no direito penal das drogas entre associação entre usuário e dependente, cria na legislação pátria espécie atípica de medida, híbrido de medida de segurança e medida socioeducativa" (CARVALHO, 2016, p. 355). Essa última medida materializa a falta de coerência em si, por contradição, da Lei nº 11.343/06, que, em seu título III diferencia "usuários e dependentes de drogas" mas possibilita a imposição de tratamento a quem porta a droga para uso próprio, o que, segundo Salo de Carvalho, se associa à confusão entre usuário e dependente (2016, p. 355).

Com a exposição do caráter de todas as sanções previstas no art. 28 da Lei de Drogas, percebe-se que é possível cumular uma pena restritiva de direitos (advertência ou prestação de serviços à comunidade) e a medida híbrida de segurança/socioeducativa, o que "deflagra dupla incriminação pelo mesmo fato" (CARVALHO, 2016, p. 356). Nessa hipótese de aplicação conjunta de pena e medidas o que se tem é o seguinte: "pena retributiva à ofensa à saúde pública; medida educativa preventiva à autolesão" (CARVALHO, 2016, p. 357). Tem-se a dupla punição, porque, por mais que o fundamento da pena e da medida sejam diferentes, o mesmo indivíduo percebe as duas como consequência do mesmo fato (CARVALHO, 2016, p. 358).

Outro ponto importante é que a Lei nº 11.343/06 é uma lei penal em branco, quer dizer, possui "preceitos incompletos que requerem preenchimento por terceiros

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

dispositivos" (CARVALHO, 2016, p. 257). No caso das drogas, atualmente, esse complemento dos tipos penais é feito pelo Poder Executivo, por meio da Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS), norma que pode ser facilmente alterada, mediante simples ato administrativo. Todavia, apesar de esse "complemento", que é parte integradora do tipo penal, não seguir o mesmo procedimento rigoroso de criação/alteração/revogação da lei penal, produz os mesmos efeitos incriminadores de uma norma com esse status (CARVALHO, 2016, p. 257).

2.4 Judicialização da política de drogas brasileira: discussão do STF sobre a descriminalização do uso da maconha

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs o Recurso Extraordinário nº 635.659/SP perante o Supremo Tribunal Federal, buscando a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que tipifica o crime de porte de drogas para uso pessoal. Até a presente data, votaram os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Cardoso, tendo o julgamento sido suspenso por pedido de vista do ministro Teori Zavascki em 10/9/2015, há quase 3 anos, portanto. No julgamento, o STF acena para a possibilidade de intervir no mérito da política sobre drogas brasileira, que, conforme já exposto neste capítulo, é, ao mesmo tempo, uma política criminal e uma política social que contempla questões sociais, econômicas, políticas, afetivas e de saúde.

Ressalto que, até o término deste trabalho, ainda não houve acórdão ou voto escrito definitivo e oficial, de modo que os materiais de referência para fazer este trabalho foram os votos em elaboração dos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso; e os registros audiovisuais das sessões em que a Corte apreciou o RE nº 635.659/SP, que incluem os votos proferidos oralmente.

Engelmann e Cunha Filho explicam que a doutrina jurídica que legitima a intervenção judicial na condução de políticas no Brasil é sustentada por 3 axiomas

(2013, p. 59): (1) as disposições constitucionais possuem normatividade e posição hierárquica privilegiada; (2) a promoção dos direitos fundamentais é um objetivo/diretriz do Estado e do Direito; e, por conta disso, (3) os poderes e agentes públicos devem promover direitos fundamentais. Por outro lado, existem doutrinadores "contra" esse tipo de intervenção, que usam os seguintes argumentos (2013, p. 60): (1) princípio da separação dos poderes e legitimidade política dos poderes executivo e legislativo para definirem políticas; (2) racionalização da administração pública; (3) argumento do "tiro pela culatra"; (4) reserva do possível no orçamento público; (5) isonomia/equidade. Já os que se posicionam favoravelmente, invocam (2013, p. 61): (1) a dignidade da pessoa humana; (2) a impossibilidade de "importar" a doutrina da reserva do possível; (3) a existência de direitos subjetivos extraíveis diretamente da Constituição (neoconstitucionalismo); e (4) a prevalência do direito à vida e à saúde sobre as prerrogativas orçamentárias do estado (ponderação de princípios). Os autores analisam a posição do STF em relação à possibilidade de o Estado fornecer medicamento/tratamento a cidadãos que não possuem recursos para adquiri-los. Desde a década de 1990 a Corte entende que o direito à saúde é um direito público subjetivo (2013, p. 64). Além disso, a partir de 2000, começa a julgar moralmente os poderes representativos e se posicionar "de maneira abertamente favorável aos 'menos favorecidos'" (2013, p. 65). Citam também um argumento do ministro Celso de Mello, "reiterado em inúmeras decisões" (2013, p. 65): o direito à vida e à saúde do indivíduo se sobrepõe à prerrogativa orçamentária do Estado, por "razões de ordem ético-jurídica". Sidney Sanches; Ellen Greice; e Marco Aurélio também usam esse argumento (2013, p. 65). Dessa forma, é possível sugerir que "no entendimento do Tribunal, o direito à vida e o direito à saúde são inexoravelmente mais importantes do que quaisquer tipos de preocupações financeiras" (p. 66). Os autores concluem que "questões orçamentárias são, quando comparadas com o direito à vida e à saúde, quase que irrelevantes" (p. 67)

Quando nos voltamos para o objeto dessa pesquisa, essa intervenção do STF nas políticas públicas de saúde toma importância na medida em que, no caso das drogas, no embate entre o sistema penal e o sistema de saúde, se sobressai a política criminal em detrimento da de saúde, conforme escreve Salo de Carvalho: "os princípios e diretrizes previstas na lei 11.343/06, notadamente identificados com políticas de redução de danos, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções direcionada ao sistema de saúde pública" (2016, p. 225). O próprio relator do RE nº 635.659/SP, ministro Gilmar Mendes, em seu voto em elaboração, escreveu que a discussão incluía o "deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública" (2015, p. 15). No plenário, afirmou oralmente que "a política de redução de danos segue desprestigiada e sem efetividade, diante do óbice representado pela primazia da tutela penal" (2015, 1h43min).

Pois bem, uma das questões centrais enfrentadas pela Corte nesse recurso é justamente em relação à saúde do usuário. O relator, em seu voto oral, deixa claro que o legislador "errou" em usar a criminalização como um meio de proteção da saúde do usuário: "deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema" (2015, 51min). Assim, a premissa de que o usuário deve ser destinatário de políticas públicas de saúde configura um argumento do ministro para votar pela intervenção do judiciário na política pública sobre o uso de drogas: "o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06" (2015, p. 39).

O ministro Edson Fachin declarou que o Estado tem o papel de proteger o usuário de drogas por meio de "campanhas educativas e de prevenção, *criação e*

execução de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde daqueles que fazem uso abusivo de drogas, estabelecer medidas que desalentem o consumo de drogas, mas segundo o autor, nunca a reprovação penal pela conduta autodestrutiva do cidadão" (2015, p. 4, grifo meu). Conclui seu voto insistindo na "formulação, adoção e efetivação real e concreta de *políticas públicas de atendimento aos adictos*, para fins de atuação concreta tanto do Estado quanto da sociedade, mediante redes de atenção e cuidado com a saúde pessoal e familiar de todos" (p. 18).

Luís Roberto Barroso também argumenta que a política de saúde fica mitigada pela política criminal guerra às drogas, que acaba drenando recursos que poderiam ser destinados para prevenção educação e tratamento (2015, p. 5-6). Afirma que "a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar, acabam não tendo acesso a ele." (p. 9). Assim, rechaça o argumento de que a descriminalização do uso terá impactos negativos na saúde pública, pois, "com a descriminalização, usuários e dependentes passam a poder se tratar" (p. 14).

Os ministros, mesmo que implicitamente, utilizam alguns argumentos destacados por Engelmann e Cunha Filho. Sob a premissa de que o usuário deve ser destinatário de políticas públicas de saúde, fica clara a ideia de que a saúde é um direito fundamental que o Estado deve se mobilizar para garantir, sendo que, na hipótese em que não o faz, deverá o judiciário intervir, afinal, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, o STF deve cumprir sua função precípua, que é "a proteção dos direitos fundamentais" (2015, 1h27min). Este foi um dos argumentos presentes em todos os votos: a atual política pública sobre o uso de drogas representaria óbice ao direito à saúde dos usuários.

Esse cenário exigiria uma intervenção no mérito da política pública sobre o uso de drogas, na medida em que a discricionariedade do Estado de decidir como tratar essa conduta não poderia se sobrepor ao direito fundamental à saúde dos usuários. Isso se assemelha ao argumento de que o direito à saúde do indivíduo não

pode ser afastado pelas prerrogativas orçamentárias dos entes federados, utilizado nos casos de concessão de medicamentos. Assim, os ministros furtam o papel de formuladores de políticas públicas para alterar o paradigma baseado no controle penal para um centrado na assistência à saúde e garantia de direitos.

Além disso, também continuam a favor dos menos favorecidos, na medida em que reconhecem que quem é percebido como desviante (nos termos da teoria interacionista de BECKER, 2008, p. 21-33 e 179-189) costuma estar em situação de vulnerabilidade e estigmatização, o que ensejaria um esforço ainda maior do Estado para garantir direitos fundamentais e reforçaria o argumento acerca da necessidade intervenção nessa política pública.

Por fim, esclareço que, apesar de ser possível analisar a intervenção do STF na política pública de saúde a partir dos dois casos paralelos – fornecimento de medicamento e descriminalização da maconha –, existem algumas diferenças fundamentais. A principal delas é que as demandas por medicamentos gratuitos no STF são individuais, enquanto no caso do RE nº 635.659/SP, tem-se uma possível intervenção judicial no mérito de uma política pública para determinar como os outros poderes deverão lidar com *todos* os usuários, prestigiando o sistema de saúde em detrimento do penal. No primeiro, a solução é limitada ao indivíduo que demanda o judiciário, já no segundo, a decisão, possivelmente, teria eficácia estendida à atuação de todo o Estado e, consequentemente, à todos os usuários. Nesse caso, portanto, a decisão não resolve apenas um dilema individual, tendo caráter *erga omnes*, o que faz com que muitos argumentos não sejam fungíveis entre os casos, como o do "tiro pela culatra".

As propostas de alteração legislativa no Congresso que possuem objeto similar ao deste RE analisado pelo STF estão há muito paradas. O PL nº 7.187/2014, da Câmara dos Deputados, no qual estão apensados diversas outras proposições, dentre elas a do Deputado Jean Willys, do PSOL, de nº 7.270/2014, está desde 2014 aguardando a criação de uma Comissão Especial para sua análise, ou seja, há mais

de 4 anos – não que a situação no STF seja tão diferente assim, já que o RE está igualmente "parado" desde 2015.

Diante todo o exposto no capítulo, é possível sugerir que o ordenamento jurídico brasileiro admite a redução de danos como uma estratégia para lidar com o uso e o abuso de drogas, sendo este um paradigma para orientar as atividades de prevenção e atenção tanto no caso dos usuários quanto nos casos dos adictos. Todavia, se a legislação institui um sistema de atenção calcado na redução de danos, por outro lado, também criminaliza o uso de drogas (art. 28) e, consequentemente, impõe o não-uso como regra passível de controle penal quando inobservada. Portanto, o sistema de atenção ao usuário e o sistema penal atuam mediante diretrizes que vão de encontro uma com a outra: são duas abordagens não complementares, que se negam. Desta feita, o conflito na coexistência entre os dois paradigmas está presente no próprio campo normativo: a mesma lei que proíbe o uso de drogas e o submete a controle penal determina a redução de danos como parâmetro para as políticas públicas de saúde e de atenção ao usuário.

Tal coexistência é tencionada a ponto de se sustentar que as estratégias de redução de danos são criminalizadas pelo paradigma proibicionista (MACHADO e BOARINI, 2013, p. 586), constituindo o crime de "induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga", conforme o § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. De fato, tal dispositivo tem um âmbito de aplicação bastante nebuloso. O Supremo Tribunal Federal, em 2011, chegou a julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.274 "para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 'interpretação conforme à Constituição' e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas", mas, ainda assim, vez ou outra se noticia a atuação do sistema penal reprimindo situações como essa[8].

[8] Um exemplo de que os órgãos do Sistema Penal continuam iniciando processos de criminalização mesmo em relação a debates públicos e acadêmicos sobre o tema é a recente investigação de

Atualmente, o debate sobre a política de drogas brasileira é praticamente inexistente, mas houve discussão relativamente recente promovida pelo STF, que, no âmbito do RE 635.659/SP, discute a possibilidade de intervir para descriminalizar o uso da maconha, privilegiando uma política pública de saúde em detrimento de uma política criminal. O legislativo, apesar de ter projetos apresentados sobre o mesmo tema, não discutiu a matéria efetivamente. O andamento do PL principal, nº 7.187/2014, evidencia isso: foi apresentado, arquivado, desarquivado e teve outros apensados a si. Não houve sequer a criação de uma Comissão Temporária para sua apreciação durante os seus 4 anos de tramitação.

Esse cenário de proeminência das discussões pelo poder judiciário é curioso, considerando que, no caso da maconha, seria possível afastar a incidência da tutela penal com uma mera alteração da Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS). Além disso, o legislativo também o poderia fazer com a aprovação de uma lei. Apesar de o poder executivo e o legislativo serem os inquestionavelmente legitimados para promover essa discussão e, eventualmente, descriminalizar a maconha, percebe-se que, fora algumas iniciativas isoladas no Congresso Nacional que não tem andamento, tais poderes não possuem protagonismo no debate, razão pela qual o judiciário vem furtando-o.

3 USO DE DROGAS E SISTEMA PENAL

Neste capítulo, escrevo sobre o uso de drogas para estabelecer um modelo interpretativo dessa conduta que sirva de parâmetro para, no capítulo seguinte,

pesquisadores da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) por apologia ao crime durante o 5º Simpósio Internacional Maconha e Outros Saberes, realizado pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID) e pela Unifesp entre 8 e 11 de maio de 2017. Elisaldo Carlini, um dos maiores cientistas brasileiros em relação ao estudo da maconha medicinal, e outros pesquisadores foram intimados para depor sobre o evento para instruir um inquérito policial iniciado após solicitação do Ministério Público. Mais informações em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/e-uma-ofensa-a-ciencia-diz-psiquiatra-especialista-em-drogas-intimado-a-depor-por-apologia-ao-crime.ghtml>. Acesso em 11 de março 2018.

compreender a abordagem da redução de danos. Isso será feito em diálogo, principalmente, com Becker e Hart.

Ademais, no segundo tópico, exponho algumas ideias desenvolvidas na criminologia sobre desvio, os processos de criminalização e a criminalização como modelo de controle de condutas, a partir de um paradigma epistemológico centrado na reação social, baseado nas teorias interacionistas. Aqui, também percorro, especificamente, a política criminal de drogas brasileira e seus resultados empíricos.

O objetivo aqui é, fundamentalmente, contrastar os marcos normativos expostos no capítulo anterior com questões eminentemente empíricas, o que resultará também em contrapor os parâmetros das normas de direito internacional e internas de compreensão do uso de drogas e os parâmetros científicos desenvolvidos pelos autores já citados.

3.1 O uso de drogas

O modelo tipicamente utilizado para se pensar no desvio – incluindo aqui o uso de drogas – é um simultâneo, que se baseia em uma análise multivariada (BECKER, 2008, p. 34). Resumidamente, essa análise considera que existem diversas variáveis relacionadas ao desvio e que, quando há uma certa combinação desses coeficientes, todos eles operam simultaneamente para produzir o fenômeno (BECKER, 2008, p. 34). Por exemplo, adotar esse modelo para interpretar o fenômeno do uso de drogas resultaria na afirmativa: “consomem-se drogas porque faltam saúde, afeto, cultura, religião, escola, informação, dinheiro, família, trabalho, razão, consciência, liberdade etc” (VARGAS, 2006, p. 585). Essa formulação tem como premissa a droga ser um mal, sendo o seu uso resultado de anomalias psíquicas, biológicas, sociais, etc (VARGAS, 2006, p. 584). Outra ideia presente no senso comum é a de que, quando a pessoa experimenta a droga, depois da combinação das variáveis necessárias para levá-la a isso, inevitavelmente se torna viciado, sendo que o vício seria algo praticamente instantâneo e causado pelas

propriedades químicas da substância. Até algumas décadas atrás, inclusive os estudos científicos sustentavam que as drogas atuariam proporcionando um pico do neurotransmissor dopamina no cérebro, o que causaria um prazer imenso e a vontade irresistível de uma nova dose (HART, 2014, p. 80-84). Nessa perspectiva, não existiria diferença entre de uso, uso abusivo e uso adicto de drogas, pois o abuso, o vício e os danos seriam pressupostos dessas condutas.

Todavia, segundo Carl Hart, "no fundo, boa parte do que achamos que sabemos a respeito de drogas, vício e escolhas possíveis está errado" (2014, p. 15) e "boa parte do que temos feito em termos de educação, tratamento e políticas públicas no terreno das drogas está em desacordo com os dados científicos" (p. 14). Existem "fatores de risco" em relação ao uso e o vício de drogas, mas a conjugação de um ou mais desses fatores "não está diretamente associado ao próprio vício, nem muito menos condena as pessoas a desenvolvê-lo de modo definitivo" (HART, 2014, p. 124). Da mesma forma, a ausência completa de circunstâncias semelhantes às exemplificadas no parágrafo anterior não isentam o indivíduo da possibilidade de se tornar usuário e adicto de drogas ilícitas. Além disso, a tese de que a dopamina é "responsável por todas as formas de prazer e desejo" (p. 80) e que pode explicar "porque as pessoas se viciam em drogas" (p. 80) já está desprestigiada, pois, por exemplo, a maioria das pessoas que fazem uso terapêutico de outras drogas que também provocam um aumento da dopamina no cérebro não se tornam viciadas, como a Ritalina, utilizada para tratamento de transtorno do déficit de atenção com hiperatividade (TDAH) (HART, 2014, p. 86).

Assim, aquele modelo de interpretação instantânea possui limitações, já que, conforme o exposto, uma análise multivariada parece não explicar o desvio e o uso de drogas. Por essa razão, adoto outra perspectiva para encarar esses fenômenos. Em 1953, há quase 70 anos atrás, Becker já propunha um modelo de interpretação diferente do simultâneo, segundo o qual ninguém poderia se tornar um usuário de drogas instantaneamente. Segundo o autor, existem processos de aprendizagem e

socialização que o indivíduo precisa, necessariamente, passar para se tornar um usuário de maconha, sendo que a possibilidade de apreciar o uso dependeria profundamente da concepção que o usuário tem da droga e de seus efeitos (2015, p. 57-59). No caso do uso de maconha, existiriam três fases pelas quais o indivíduo deve necessariamente passar em ordem de se tornar um usuário frequente (BECKER, 2015, p. 57-59)[9]:

> In summary, an individual will be able to use marihuana for pleasure only when he goes through a process of learning to conceive of it as an object which can be used in this way. No one becomes a user without (1) learning to smoke the drug in a way which will produce real effects; (2) learning to recognize the effects and connect them with drug use (learning, in other word, to get high); and (3) learning to enjoy the sensations he perceives. In the course of this process he develops a disposition or motivation to use marihuana which was not and could not have been present when he began use, for it involves and depends on conceptions of the drug which could only grow out of the kind of factual experience detailed above. On completion of this process he is willing and able to use marihuana for pleasure.
>
> […] The act becomes impossible only when the ability to enjoy the experience of being high is lost, through a change in the user's conception of the drug occasioned by certain kinds of experience with it.

Ainda sobre o papel da concepção do usuário em relação à droga e seus efeitos, Becker aponta a imprecisão da ideia de que o deleite proveniente das drogas seria uma mera decorrência dos efeitos fisiológicos das substâncias ingeridas de

[9] Tradução livre:
"Em resumo, um indivíduo será capaz de usar maconha por prazer apenas quando ele passar por um processo de aprendizagem para concebê-la como um objeto que pode ser usado dessa maneira. Ninguém se torna um usuário sem (1) aprender a fumar a droga de uma forma que produzirá efeitos reais; (2) aprender a reconhecer os efeitos e conectá-los com o uso de drogas (aprender, em outras palavras, a ficar chapado); e (3) aprender a apreciar as sensações que ele percebe. No curso desse processo, ele desenvolve a disposição ou motivação para usar maconha que não era e nem poderia ser presente quando ele começou a usar, pois isso envolve e depende de concepções da droga que só poderiam crescer a partir do tipo de experiência factual detalhado acima. Ao completar esse processo, ele está disposto e capaz de usar maconha por prazer.
[...] O ato se torna impossível apenas quando a capacidade de apreciar a experiência de estar chapado é perdida pela mudança na concepção do usuário sobre a droga, ocasionada por certos tipos de experiência com ela."

problemas psicológicos do indivíduo. Em verdade, o autor sustenta que a primeira reação ao uso de drogas pode variar imensamente (2015, p. 61). Deste modo, para que o uso continue, o consumidor noviço terá que reinterpretar sua experiência para que ela seja agradável, sendo que, o papel de outros usuários mais experientes é de extrema importância nesse processo, porque eles apresentam suas próprias interpretações ao ressaltar aspectos que o noviço pode não ter percebido sozinho (2015, p. 61-62)[10]:

> This analysis of the genesis of marihuana use shows that the individuals who come in contact with a given object may respond to it at first in a great variety of ways. If a stable form of the new behavior toward the object is to emerge, a transformation of meanings must occur, in which the person develops a new conception of nature of the object. This happens in a series of communicative acts in which other point out new aspects of his experience to him, present him with new interpretations of events, and help him achieve a new conceptual organization of his world, without which the new behavior is not possible. Persons who do not achieve the proper kind of conceptualization are unable to engage in the given behavior and turn off in the direction of some other relationship to the object or activity. This suggests that behavior of any kind might fruitfully be studied developmentally, in terms of changes in meanings and concepts, their organization and reoganization, and the way they channel behavior, making some acts possible while excluding others.

Deste modo, a ideia de que alguém se torna usuário/dependente instantaneamente não subsiste, já que as variáveis necessárias para que alguém

[10] Tradução livre: "A análise da genealogia do uso de maconha mostra que os indivíduos que entram em contato com um determinado objeto podem responder a ele de primeira vez em uma grande variedade de maneiras. Se uma forma estável do novo comportamento em relação ao objeto está emergindo, uma transformação nos sentidos deve ocorrer, na qual a pessoa desenvolve uma nova concepção na natureza do objeto. Isso acontece em uma série de atos comunicativos em que outros destacam aspectos de suas experiências para ele, apresentam a ele novas interpretações dos eventos e ajudam-no a alcançar uma nova organização conceitual de seu mundo, sem a qual o novo comportamento não é possível. Pessoas que não alcançam o tipo de conceituação adequado são incapazes de se engajar nesse determinado comportamento e de alterar a sua forma de se relacionar com o objeto ou atividade. Isso sugere que um comportamento de qualquer tipo pode ser estudado produtivamente em relação ao seu desenvolvimento, em termos de mudanças nos sentidos e concepções, suas organizações e reorganizações e da forma que canalizam comportamentos, fazendo alguns atos possível e excluindo outros."

aprenda a gostar dos efeitos da maconha podem ser desprezíveis para quem ainda não aprendeu a fumá-la, por exemplo. A partir desse exemplo é possível pensar em outra forma de interpretar o desvio, que é chamada por Becker de modelo sequencial. Segundo o autor, a ideia é que "todas as causas não operam ao mesmo tempo, e precisamos de um modelo que leve em conta o fato de que padrões de comportamento se *desenvolvem* numa sequência ordenada" (2008, p. 34, grifo do autor). Além disso, propõe-se a teoria interacionista - mais conhecida como "do etiquetamento", apesar de o próprio Becker considerar que foi chamada assim "de maneira infeliz" (2008, p. 179) - que consiste em considerar o desvio como ação coletiva e voltar a atenção para todas as pessoas envolvidas, não apenas para o infrator de uma regra que foi percebido como desviante (BECKER, 2008, p. 184). Isso alarga consideravelmente o objeto da criminologia positivista, que se resumia às questões: "'quem é criminoso?', "'por que é que o criminoso comete crime?'" (ANDRADE, 1995, p. 30). Agora, o objeto prioritário é o *processo de criminalização* (COSTA; e FILHO, 2014, p. 68).

Nessa perspectiva epistemológica, quando nos voltamos para o uso de drogas, é possível diferenciar pessoas que experimentam pela primeira vez, que usam ocasionalmente, que usam regularmente e que são adictas e refletir sobre os processos sociais que se envolvem. Se "o fato de alguém fazer uso de drogas, ainda que regularmente, não significa que seja 'viciado'" ou "sequer que essa pessoa tenha um problema com as drogas" (HART, 2014, p. 22), é preciso estabelecer um critério para o que é o vício. Segundo a definição presente no *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), o vício só se dá quando o uso prejudica funções vitais importantes, tem consequências negativas, ocupa muito tempo e energia mental e é compulsivo (HART, 2014, p. 22). Carl Hart afirma que, com esse conceito, o vício atinge "apenas entre 10 e 25% daqueles que experimentam até as drogas mais estigmatizadas, como heroína e crack" (2014, p. 23).

Tendo esse parâmetro, a ocorrência do vício não pode ser explicada apenas pelas características químicas das drogas ou por processos fisiológicos do organismo, considerando que a mesma substância que enseja o vício em uma pessoa, na maioria das vezes, não engendra a mesma situação em outra, independente das estruturas fisiológicas similares (HART, 2014, p. 80). Conforme Carl Hart escreve, no mesmo sentido do que foi apresentado nos parágrafos anteriores em diálogo com Becker, existem outros fatores que precisam ser sopesados, como o contexto social, as motivações do usuário e a forma como ele representa o mundo (2014, p. 80). Hart faz, então, uma analogia em relação ao sexo que facilita a compreensão de seu argumento, contando que em sua juventude tinha uma vida sexual suficientemente ativa para que alguns "especialistas" o considerassem viciado em sexo, quando, na verdade, esse comportamento não poderia ser explicado por meros processos químicos do cérebro (2014, p. 80, grifo do autor):

> Na verdade, era tão ativo sexualmente que certos "especialistas" em comunicação poderiam me chamar de "viciado em sexo".
>
> Mas não era exatamente isso o que acontecia. Pelo contrário, minha experiência exemplifica bem os problemas de se reduzir o complexo comportamento humano a termos simplistas como *vício*, e de se tentar botar a culpa dos atos das pessoas em determinados processos químicos do cérebro. Com isso, deixa-se de levar em consideração o contexto em que o comportamento se manifesta. E também se dá desmedida ênfase à necessidade de haver sempre uma explicação cerebral, quando a atenta compreensão do comportamento e seu contexto seria muito mais útil para explicá-lo e alterá-lo.
>
> Meu comportamento com as garotas não refletia apenas a biologia, mas o contexto e a experiência. Não era puro impulso sexual (embora ele estivesse presente), mas um impulso sexual modulado por meu contexto social, inclusive as expectativas da família e as normas da vizinhança. Tinha a ver com meu desejo de ser um cara legal, ou cool, os conceitos locais de cool e a maneira como eu os interpretava. Referia-se às regras que eu internalizava – como a ideia de que a masturbação não era coisa de homem – e também às que eu não internalizava. E, para falar francamente, também tinha a ver com a necessidade de conforto e de contato. Embora a ciência precise reduzir a complexidade para realizar seus

> estudos, a interpretação desses dados não pode simplesmente ser extrapolada de volta sem o reconhecimento dessas e de outras importantes ressalvas.

Algumas páginas depois, continua falando sobre como os "especialistas" que o considerassem viciado estariam enganados por não observar todo o contexto da sua vida sexual. Hart gostava muito de sexo e dedicava muito tempo e energia para isso, mas, para ele, o esporte era mais importante que isso. Nesse cenário, as outras coisas que tinham valor para ele não ficavam prejudicadas pela sua vivência sexual, por isso não se pode considerar que ele era "viciado" (p. 87):

> Para mim, mesmo na adolescência, quando era tão movido pelo sexo quanto qualquer outro adolescente do sexo masculino, isso não era algo que me controlasse. Eu certamente queria sexo e me orgulhava de minha fama de conquistador. Mas era fundamental manter o controle. Isso era muito mais importante para mim do que qualquer garota ou experiência sexual. Lembro-me de que, um dia, fui para o treino de basquete imediatamente depois de fazer sexo com Monica, a garota com quem tivera aquele embaraçoso primeiro orgasmo. Eu passara a noite inteira fora de casa - e decididamente estava cansado ao chegar à quadra. Meu amigo Jimmy Lopez, que atuava na defesa de um time rival, ficou de olho.
>
> "Mas você está lento, heim! Essa gatinha pegou você de jeito", disse ele. Fiquei horrorizado com a ideia de que ele podia ganhar confiança e achar que podia me dominar na quadra. De modo que nunca mais repeti a dose. A partir de então, tratei de me abster antes dos jogos, como um boxeador. Não queria correr o risco de que o sexo me deixasse menos ágil. Eu sem dúvidas gostava de sexo e passava muito tempo correndo atrás dele, mas sempre me mantinha sempre no controle.

Esse exemplo esclarece que o comportamento humano é demasiadamente complexo para ser resumido a questões bioquímicas. Nem mesmo os efeitos da droga podem ser explicados pela mera atuação da substância no organismo, pois, como já adiantei, eles "tem um caráter multiforme, que varia de pessoa para pessoa e lugar para lugar" (BECKER, 1977, p. 181). Isso porque as drogas ilícitas, assim como a maioria dos remédios disponíveis em farmácias, sempre têm mais de um efeito e os usuários podem perceber apenas um, alguns ou, até mesmo, nenhum

(BECKER, 1967, p. 165). Por isso, conforme também já adiantei, "*even if physiologically observable effects are substantially the same in all members of the species, individuals can vary widely in those to which they choose to pay attention*"[11] (BECKER, 1967, p. 165). Por exemplo, é possível - e bem comum - que na primeira vez que alguém fume maconha não perceba que está sob os efeitos fisiológicos da droga, "*even though it is obvious to others that they are experiencing them*"[12] (BECKER, 1967, p. 165).

Além disso, um mesmo usuário pode não gostar de um efeito em um momento, mas depois de um tempo mudar a forma que representa a experiência fisiológica que a droga proporciona para passar a apreciá-lo. Sobre isso, a primeira vez que Carl Hart experimentou maconha, em sua juventude (2014, p. 120-121), é bastante exemplificativa. O autor narra que fumou com dois amigos mas "não sentia nada diferente do habitual" (2014, p. 120), percepção que provocou riso dos outros, que retrucavam: "pirou legal" (2014, p. 120). Hart continua: "qualquer coisa que eu falasse, toda vez que eu ria ou simplesmente olhava para um dos dois, tudo servia apenas para lhes confirmar que eu estava viajando" (2014, p. 120), mas ainda assim achava que estava normal. Apenas quando chegou em casa, começou a perceber que estava diferente, tendo passado por uma experiência que, em suas palavras, foi perturbadora (grifo meu):

> Fui para o meu quarto, e as coisas começaram a ficar estranhas. Botei um disco e tentei cair no sono. Mas de repente tive a sensação de que estava dentro da bateria. Pensei com meus botões: "Mas que merda é essa?" A música me envolvia, pulsante, inescapável. Não era assim que ela costumava soar. Meu coração também estava acelerado. Eu tinha a sensação de que ele acompanhava a batida do rhythm and blues. E se aquilo não fosse saudável? Eu poderia morrer?

[11] Tradução livre: "mesmo os efeitos fisiologicamente observáveis sendo substancialmente os mesmos para todos os membros da espécie, indivíduos podem variar muito em relação aos quais escolhem prestar atenção".
[12] Tradução livre: "mesmo que seja óbvio para outros que eles estão experienciando tais efeitos".

> A experiência foi perturbadora. Eu sabia que não costumava ficar tão consciente de minha batida cardíaca. Sabia que não costumava achar a música tão intensa. **Não entendia que é justamente isso que as pessoas consideravam agradável. Não gostava de ter meus sentidos ou minha consciência alterados. Achava aquilo meio desorientador e até ligeiramente intimidante. A ideia de que as pessoas buscassem deliberadamente a substância que alterassem a maneira como viam o mundo me deixavam muito intrigado**.
>
> Só muito tempo depois eu começaria a reconhecer que fatores como a experiência anterior com drogas e o ambiente em que elas são consumidas importam muitíssimo para entender e experimentar os efeitos das drogas.

Após essa primeira experiência, Hart experimentou outras vezes e aprendeu a gostar desses efeitos que da primeira vez achou desorientadores e intimidadores – quero dizer, aprendeu a interpretá-los de maneira que fossem agradáveis. Mas, ainda assim, muitos anos depois teve uma experiência ruim com a mesma droga, numa ocasião em que duas recém conhecidas foram a sua casa (2014, p. 202). Com esse exemplo, a conclusão de Becker fica bastante clara: "*the effects of the same drug may be experienced quite differently by different people or by the same people at different times*"[13] (BECKER, 1967, p. 165). Isso porque esses efeitos "são determinados não só pela dose e a maneira como [a droga] é administrada no corpo, mas também por diferentes características do usuário e do ambiente" (HART, 2014, p. 202). Reghelin também traz a ideia, praticamente com os mesmos termos: "os efeitos das drogas não são exclusivamente determinados pelas suas características psicofarmacológicas, mas, sobretudo, pela interação entre o produto, o sujeito e o contexto do uso" (2002, p. 25). Hart destaca que os aspectos químicos e biológicos da atuação da droga no organismo do indivíduo interagem com a inclinação mental do agente e o ambiente para produzir a "onda" (2014, p. 202-203). Becker desenvolve ainda mais, dizendo que "os efeitos da experiência com drogas dependem dos laços sociais e entendimentos culturais que surgem entre aqueles que

[13] Tradução livre: "os efeitos da mesma droga podem ser experienciados de forma bastante diferente por pessoas diferentes ou pela mesma pessoa em momentos diferentes".

usam a droga" (1977, p. 202), na medida em que a experiência do indivíduo é "influenciada por suas ideias e crenças sobre aquela droga" (1997, p. 202), que são construídas socialmente com seus companheiros usuários.

Outra questão é que, quando se fala de drogas ilícitas, há uma noção de que os seus efeitos e o vício proveniente são pertencentes a categorias diferentes em relação às drogas lícitas. Todavia, a licitude é uma qualidade extrínseca da droga, mesmo considerando o potencial de efeito e vício é um critério adotado pela sociedade para eleger certas substâncias como ilícitas e outras como lícitas. Como Weigert escreve, a proibição ou não de certas condutas não se dá por uma característica ontológica do ato, mas passa por um juízo moral e político que pode ser incoerente com o próprio discurso moralizador, por exemplo: um uso abusivo e adicto de uma droga (lícita) pode não ter quaisquer consequências jurídicas ou sociais, enquanto o uso eventual e moderado de outra (ilícita) pode dar causa ao princípio de um processo de criminalização (2010, p. 29):

> Não obstante, o que ocorre é que determinados prazeres e maneiras de diminuir o sofrimento são admitidos socialmente e outros não, sem se saber exatamente qual o limite e quem assim os definiu. Substâncias consideradas medicinais podem ser livremente prescritas, ao passo que está radicalmente proibido o uso de drogas entendidas como ilícitas. A principal explicação para isso é o filtro moral e político pelo qual passam as convenções sociais.
>
> Excelente exemplo é o fato de, no Brasil, não ser considerado problema o fato de após exaustivo dia de trabalho alguém desejar alterar seu estado de consciência ingerindo bebida alcoólica. Outrossim, esta mesma pessoa autorizada (social e juridicamente) a beber (publicamente, inclusive) quantas garrafas de uísque desejar está terminantemente proibida de fumar um único cigarro de maconha ou de cheirar uma carreira de cocaína, seja na privacidade de sua residência ou em ambiente público.

Nesse sentido é interessante a reflexão que Nils Christie levanta ao afirmar que o "crime não existe. Existem somente atos aos quais frequentemente são atribuídos diferentes significados em cenários sociais diferentes" (2011, p. 20). Isso

é consequência do "caráter simbolicamente pré-estruturado [...] do mundo social ou da vida em sociedade", conforme escreve Cardoso de Oliveira (2013, p. 410). A ideia vai ao encontro do que Becker quer dizer quando escreve que a sociedade "cria" o crime "ao fazer regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders" (2008, p. 22). Essa formulação nos sugere que mesmo atos que a princípio infringem uma regra podem não ter o aspecto simbólico de "crime" reconhecido em determinadas circunstâncias[14]. Mas, antes mesmo disso, a definição de uma regra já configura uma superposição de um sentido não ontológico a uma situação. No caso das drogas vemos isso: como já afirmei, algumas são criminalizadas e outras não. O impacto fisiológico da droga no organismo é um parâmetro para a decisão política de criminaliza-la e superpor esse aspecto simbólico, sendo este um argumento recorrentemente invocado para fundamentar o mérito da intervenção penal nessa área. Todavia, existe muito debate em relação ao potencial de cada droga e algumas vezes não há muita clareza nessa questão (WEIGERT, 2010, p. 35):

> Importante salientar que não é possível vislumbrar-se quais os critérios adotados para que certa droga seja considerada legal ou ilegal. Seria plausível auferirem-se tais critérios ao grau de lesividade da substância à saúde humana (perspectiva médica, portanto). No entanto tal hipótese não se verifica ao serem considerados legais o álcool e o tabaco, drogas estas outrora consideradas ilícitas e que prejudicam igualmente ou mais o organismo humano do que muitas substâncias consideradas ilegais.
>
> Percebe-se, portanto, que da mesma forma como não há possibilidade de extrair dado ontológico das condutas em gênero previstas como crime, igualmente inexiste esta referência no que diz respeito à definição da (i)licitude de

[14] É possível explicar isso, continuando o diálogo com Cardoso de Oliveira, porque "a concretude de um ato simbólico [...] não se confunde com a sua expressão material" (2007, p. 11), existindo uma "indissociabilidade entre dado e significado" (2013, p. 410). Assim, é de extrema importância reconhecer o "caráter simbolicamente pré-estruturado [...] da vida em sociedade e [...] suas implicações para a interpretação antropológica" (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2013, p. 410), pois, nas palavras de Lévi-Strauss, "os símbolos são mais reais que aquilo que simbolizam, o significante precede e determina o significado".

> determinadas substâncias entorpecentes, restando a opção no plano essencialmente político e moral.

Sobre o processo de criminalização das drogas, como escrevem Silva e Delduque, é um processo social recente e de difícil compreensão, não se podendo ignorar os aspectos que extrapolam estas características bioquímicas das substâncias: é um processo permeado por dilemas sociais, políticos e morais (2015, p. 233):

> [...] entre os séculos XVII e XVIII, foi a vez de os "alimentos-droga" entrarem em cena, a produção, distribuição e consumo do açúcar, do café, do chá e do chocolate sendo exemplares dessas substâncias que hoje não são classificadas como drogas, mas já foram estimulantes ora rejeitados pela Igreja, ora disponíveis apenas para poucos estratos sociais, ora utilizados cotidianamente pela grande maioria dos cidadãos. Enfim, com a emergência da indústria farmacêutica e das normativas internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU), classificamos as drogas em lícitas e ilícitas, separamos as drogas dos medicamentos e consideramos os alimentos e os condimentos produtos absolutamente diferentes uns dos outros. A criminalização das drogas, desta maneira, é um processo social recente [...]

Em relação às drogas em sentido amplo, incluindo as lícitas e as ilícitas, Ruth Gauer afirma que seu uso "pode ser considerado universal uma vez que são pouquíssimas as culturas que não se utilizam de alucinógenos" (1990, p. 60), sendo que as exceções aparecem apenas quando o meio não propicia a existência deles. Nesses casos, os grupos "geralmente usam recursos como a tortura física, o suplício e ou [sic] o autosuplício como por exemplo o jejum, outro seria o de permanecer de pé sobre uma pedra durante dias. Estes suplícios objetivam assim como o uso da droga obter visões sobrenaturais" (GAUER, 1990, p. 60). Além disso, o uso de drogas não pode ser considerado como sinônimo de desorganização psicológica ou social (GAUER, 1990, p. 61), o mesmo vale para a relação entre toxicomania e anomia, pois existem sociedades "com toxicomania alta e baixo índice de anomia", bem como todos os outros arranjos possíveis com essas duas variáveis (GAUER, 1990, p. 64). No mesmo sentido, Hart também afirma que (2014, p. 205):

> até onde sabemos os seres humanos tentam alterar seu estado de consciência com agentes psicoativos (não raro extraídos de plantas) desde que habitam o planeta, e é provável que essas tentativas não tenham fim. Em outras palavras, nunca houve uma sociedade sem drogas, e provavelmente nunca haverá. De modo que Slogans como 'Nosso objetivo é uma geração livre de drogas' não passam de retórica política vazia.

Como Hart escreveu no trecho acima, o sonho de um mundo sem drogas é algo que provavelmente nunca existirá, ainda mais se contemplarmos com esse termo o álcool, droga que, apesar de ter o maior nível de mortes relacionadas[15], é exibida em propagandas televisivas que incentivam o uso no Brasil. Para além disso, uma "sociedade livre de drogas" também não parece ser algo desejável, já que os efeitos das drogas não são necessariamente danosos, sejam elas lícitas ou ilícitas, à exemplo do que Baratta escreve: "*nadie, en nuestra tradición cultural, podría poner en tela de juicio el efecto positivo de un buen vaso de vino o de una taza de café*"[16] (1988, p. 355). Mas é inegável que, em certos casos - que, como já expus, são exceções - as drogas, sejam lícitas ou ilícitas, causam danos. A forma de lidar com essas excepcionalidades tem sido criminalizar o uso e comércio de algumas substâncias para que o uso seja erradicado ou, ao menos, minimizado. Escrevo sobre isso no ponto subsequente.

3.2 A criminalização como modelo de controle

Há no Brasil um movimento expansionista, com a edição de diversas leis penais mais duras, a exemplo da Lei de Crimes Hediondos na década de 1990, quando houve um aumento no rigor penal em relação a certos delitos eleitos como mais graves, mas, apesar disso, nada indica que a ocorrência de crimes vem

[15] Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) extraídos do *Global status report on alcohol and health* de 2014, 5,9% das mortes ocorridas em 2012 foram atribuídas ao álcool, 1 a cada 20 mortes. O número total é de aproximadamente 3,3 milhões de mortos. 33,4% morreram por doenças cardiovasculares e diabetes; 17,1% por ferimentos não intencionais; 16,2% por doenças gastrointestinais; 12,5% por câncer; 8,7% por ferimentos intencionais; 8,0% por doenças infecciosas; e 4% por doenças neuropsiquiátricas (p. 48).

[16] Tradução livre: "nada em nossa tradição cultural poderia questionar o efeito positivo de uma boa taça de vinho ou de uma xícara de café".

diminuindo – mesmo considerando a "cifra oculta da criminalidade"[17] –, pelo contrário. Pune-se mais: a população carcerária aumentou 707% entre 1990 e 2016, segundo o INFOPEN de junho de 2016. Por outro lado, paradoxalmente, a taxa de mortes violentas por 100 mil habitantes, um bom indicativo da violência, também aumentou de 22,2 para 29,7 no mesmo período, segundo dados, respectivamente, do Mapa da violência de 2012 e do Atlas da Violência de 2016. A conclusão de Salo de Carvalho é de que "a reação contra o delito conduzida pelas agências oficiais de punitividade caracteriza-se pela seletividade e pela desigualdade, gerando danos muitas vezes superiores aos do próprio delito praticado" (CARVALHO, 2016, p. 133). Por isso, é possível concluir que existe uma diafonia entre as funções declaradas (redução/eliminação da criminalidade) e as exercidas (multiplicação da violência) pelo sistema penal (CARVALHO, 2016, p. 138).

Contemporaneamente, "há um esgotamento conceitual, político e de efetividade do sistema penal como instrumento de contenção de condutas criminosas e como pedagogia comportamental" (COSTA; e FILHO, 2014, p. 59). Se, por um lado, declara-se que se busca prevenir o delito, por outro, "seu desempenho é repressivo", o que acaba frustrando "suas linhas preventivas" (BATISTA, N., 2011, p. 25-26). Costa e Filho apontam que alguns dados, como os altos índices de reincidência, "mostram que o sistema prisional não recupera aqueles que por ele passam" (2014, p. 62). Em verdade, atuaria em sentido contrário, estigmatizando o indivíduo e "promovendo uma degradação na figura social de sua clientela" (BATISTA, N., 2011, p. 26). Nesse contexto, o argumento de que maior rigidez penal é a solução para diminuir a prática de crimes não se sustenta, ainda mais num país com uma realidade carcerária tão precária (COSTA; e FILHO, 2014, p. 63):

[17] Segundo Juarez Cirino dos Santos, "a cifra oculta representa a diferença entre a aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sob pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social" (2008, p. 13).

> A realidade carcerária brasileira é de crueldade e gravidade na aplicação das penas, o que não resulta em baixo número de reincidência. Dessa forma, o argumento de que sanções maiores e mais duras levam à intimação e dissuasão não se confirma na prática.

Para além disso, tem-se que essa segregação e estigmatização, dissociada "de qualquer perspectiva de ressocialização do apenado, leva a um círculo negativo em que o sujeito tende a confirmar seu rótulo, levando a crer que isso possa ser 'da sua natureza'" (COSTA; e FILHO, 2014, p. 59). Sobre essa questão, Becker argumenta que "a rotulação põe o ator em circunstâncias que tornam mais difícil para ele levar adiante as rotinas normais da vida cotidiana, incitando-o a ações 'anormais'" (2008, p. 181). Diante disso, Costa e Filho expõem que "a criminologia crítica tem vasta e intensa reflexão sobre o tema, propondo que os benefícios do sistema penal sejam menos importantes socialmente do que os seus efeitos reprodutores de criminalidade" (2014, p. 60). Evidente, portanto, a dissonância entre o que se declara serem as funções do sistema penal e as que ele verdadeiramente se serve (COSTA; e FILHO, 2014, p. 64)

> O discurso e a prática do sistema penal são, no Brasil, essencialmente contraditórios, na medida em que se professa uma desejada ressocialização e as condições para que isso ocorra não são dadas. Entre o ato linguístico e o agir há um hiato insuperável, o que se observa pelos dados e fatos relativos à realidade do sistema prisional.

A criminalização do uso e do tráfico, "que se firma na falsa ideia de que a tutela penal em relação ao tema de drogas é medida necessária para a proteção da saúde coletiva" (GONÇALVES, 2016, p. 99), "representa um fracasso histórico do ponto de vista da prevenção e freio do consumo dessas substâncias" (GONÇALVES, 2016, p. 100). Para além disso, "a instrumentalização do 'controle penal das drogas' tem servido para aprofundar marcas de violência que constituem a história da punição no Brasil" (GONÇALVES, 2016, p. 100). No século passado Becker já dizia sobre o uso da maconha: "uma recreação relativamente inofensiva, cujas piores

consequências, sociais e individuais, parecem provir do modo como não usuários reagem aos usuários" (2008, p. 200).

Na questão das drogas, além dos efeitos do uso, que, como vimos, são o resultado da interação de fatores bioquímicos, mentais e sociais, existem os efeitos "secundários": os que são engendrados pela criminalização. Mais precisamente, pela atuação do sistema penal e pela reação social informal. Baratta sustenta que, diferentemente dos primários (os efeitos do uso), "*los efectos secundarios parecen ser todos efectos calificables de negativos*"[18] (1988, p. 366). Tenho dificuldade em aceitar esse enunciado, pois o que é "positivo" e "negativo" não é um dado intrínseco da realidade mas, para utilizar as palavras do autor, reflexo de uma tradição cultural. Por exemplo, existe dificuldade no fornecimento da droga causada pela sua clandestinidade (Becker, 2008, p. 71-75), o que, a depender dos critérios adotados, pode ou não ser considerado um efeito "positivo". De todo modo, independentemente dessa ressalva apriorística, existem os "custos da criminalização".

Baratta afirma que o que é entendido como efeitos das drogas muitas vezes é um efeito secundário (1988, p. 336). Um exemplo é a ideia de que quem usa drogas vai, eventualmente, praticar delitos para sustentar o vício, o que é incorreto, primeiro porque, como já vimos, "*la gran mayoría de los consumidores de drogas ilícitas no son dependientes*"[19] (BARATTA, 1988, p. 330). Além disso, como Becker afirma, "o tratamento dos desviantes lhes nega os meios comuns de levar adiante as rotinas da vida cotidiana acessíveis à maioria das pessoas" (2008, p. 45). Isso se porque "tratar uma pessoa como se ela fosse em geral, e não em particular, desviante produz uma profecia autorrealizadora", já que esse tratamento "põe em movimento vários mecanismos que conspiram para moldar a pessoa segundo a imagem que os outros têm dela" (BECKER, 2008, p. 44). Um exemplo disso é que para o indivíduo

[18] Tradução livre: "os efeitos secundários parecem ser todos efeitos qualificáveis como negativos".
[19] Tradução livre: "a grande maioria dos consumidores de drogas ilícitas não são dependentes".

reconhecidamente desviante é difícil se manter trabalhando, devido a marginalização, o que se soma ao alto preço das drogas causados pela clandestinidade do mercado (BECKER, 2008, p. 45). Esse cenário – e não o mero uso de drogas – aumenta as chances de prática de crimes, ou seja, nesses casos, "o comportamento [criminoso] é uma consequência da reação pública ao desvio, não um efeito das qualidades inerentes ao ato desviante"[20] (BECKER, 2008, p. 45).

Os efeitos secundários das drogas – também chamados de custos da criminalização – podem ser classificados como os concernentes aos consumidores e dependentes; ao sistema educacional e médico; à economia; à administração da justiça penal; e ao sistema carcerário (CARVALHO, 2016, p. 183-205). Considerando o foco da pesquisa, privilegio a exposição dos custos individuais. Resumindo-os (CARVALHO, 2016, p. 188-192): a proibição impede o controle de qualidade da droga e o usuário consome substâncias com composição química, efeitos e dose de segurança desconhecidos; é gerado um estigma sobre o usuário que o leva à clandestinidade, impede que tenha assistência médica e social, no caso de adicto, e o faz esconder sua condição, pois aqueles que poderiam ajudá-lo, também podem denunciá-lo; como a criminalização do uso é incompatível e inviabiliza políticas de redução de danos e, por vezes, os ambientes em que as drogas são consumidas são desprovidos da devida higienização, tem-se a propagação de doenças como HIV e hepatite e maior dano à saúde dos indivíduos.

Além dos danos individuais, considero os causados ao sistema carcerário de notável expressão. O tráfico é o principal responsável pela superlotação no Brasil:

[20] Apesar de ser algo um tanto óbvio, para que não se compreenda o autor equivocadamente, registro que, segundo o próprio Becker, "o ato de rotular, [...] embora importante, não pode ser concebido como a única explicação para o que pretensos desviantes realmente fazem. Seria tolice propor que assaltantes atacam simplesmente porque alguém os rotulou de assaltantes, ou que tudo o que um homossexual faz resulta do fato de alguém tê-lo chamado de homossexual. No entanto, uma das contribuições mais importantes dessa abordagem foi centrar a atenção no modo como a rotulação põe o ator em circunstâncias que tornam mais difícil para ele levar adiante as rotinas normais da vida cotidiana, incitando-o a ações 'anormais' (como quando um registro de passagem pela prisão torna mais difícil ganhar a vida numa ocupação convencional, predispondo assim o sujeito a ingressar numa atividade ilegal). O grau em que a rotulação tem esse efeito é, contudo, uma questão empírica, a ser resolvida pela pesquisa em casos específicos e não por *fiat* teórico" (2008, p. 181).

28% das prisões são por conta do tráfico, segundo dados do INFOPEN de junho de 2016 (p. 43), sendo que a porcentagem sobe para 30% em relação ao sistema penitenciário federal (p. 62). Em relação às mulheres, a porcentagem é de 62% (p. 43). Em dezembro de 2005 eram 32.880 presos; em dezembro de 2006, 47.472; em dezembro de 2008, 77.371; e em dezembro de 2010, 106.491[21]. Um aumento de mais de 3 vezes em 5 anos - entre 2005 e 2010. Em 2016, segundo o INFOPEN de junho daquele ano, o número chegou a 151.782 presos (p. 42), aumento de cerca de metade entre 2010 e 2016, o que faz com que hoje o tráfico seja o tipo penal com maior relevância na situação das cadeias do país. Isso é ainda mais importante caso se considere o cenário atual do sistema carcerário brasileiro, pois, segundo o INFOPEN de junho de 2016 a população carcerária total é de 726.712 pessoas (p. 7), número que vem aumentando vertiginosamente. Os dados do relatório indicam que a população carcerária aumentou 707% entre 1990 e junho de 2016, passando de 90 mil presos para 726 mil. "Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano" (p. 15). A taxa de aprisionamento, conforme o relatório de junho de 2016, aumentou 157% entre 2000 e 2016, de 137,1 para 352,6. Outros números grandes são o de déficit de vagas, 358.663; e a taxa de ocupação, de 197,4% (p. 7).

O resultado empírico material desses números é que apenas nas primeiras semanas do ano de 2017, o número de mortos em presídios superou o massacre do Carandiru (ROSA, 2018, p. 1):

> Nos primeiros quinze dias do ano de 2017, "assistimos" a notícias de 133 "mortes" registradas em prisões brasileiras que ultrapassam as 111 mortes do Massacre do Carandiru, no estado de São Paulo, em 1992.

[21] Informações extraídas dos relatórios estatísticos do Ministério da Justiça, disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 2 de maio de 2016.

Um aspecto importante a ser ressaltado em relação aos danos causados pela atuação do sistema penal é a própria forma que ele atua, que, conforme sedimentado na academia, é seletiva, sendo a variação da reação social em relação ao autor e a vítima algo que tem especial atenção dos criminólogos. Em verdade, uma compreensão do desvio calcada no paradigma da reação social tem isso quase que como pressuposto, pois essa perspectiva parte da premissa de que "o desvio *não* é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um infrator", ou seja, "o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso" (BECKER, 2008, p. 22, grifo do autor). Resumindo, para que uma conduta seja considerada desviante, "depende em parte da natureza do ato (ou seja, se ele viola ou não alguma regra) e em parte do que outras pessoas fazem acerca dele" (BECKER, 2008, p. 26). Deste modo, alguém infringir uma norma não pressupõe que alguém reagirá àquela conduta, rotulando-a como desvio/crime. Isso fica adstrito à existência de alguém com interesse em impor a regra às quais "os outsiders não se conformam" (BECKER, 2008, p. 129). Becker explica que é "o interesse pessoal que as estimula a tomar a iniciativa" (2008, p. 130) de empreender a imposição da regra, que se efetivará – ou não – a depender do "modo como o interesse pessoal, iniciativa e publicidade interagem com a complexidade da situação" (2008, p. 130).

Para exemplificar isso, o Becker aciona exemplo da Melanésia, descrito por Malinowski, que cito diretamente aqui[22]. Este último, em seus estudos etnográficos na Melanésia, percebeu que a lei da exogamia dividia o mundo sexual para um homem em duas metades: "uma delas, envolvendo as mulheres do próprio clã, está proibida para ele, e a outra, a que pertencem as mulheres dos restantes três clãs, é legal" (MALINOWSKI, 2013, p. 53). Malinowski ressalta a grande importância dessa regra para a cultura em questão nos seguintes termos: "é a grande barreira

[22] A despeito de o exemplo ser o mesmo, além da obra "Crime e costume na sociedade selvagem" (2015), cito também "Sexo e repressão na sociedade selvagem" (2013), do mesmo autor, que se verticaliza na questão da sexualidade dos Melanésios.

sexual da vida do homem, além da qual é ilícito ir e constitui também a mais importante regra moral" (2013, p. 52). Embora tenha esse status privilegiado, há certa tolerância à infração da regra a depender da proximidade entre os amantes: o incesto entre irmãos é impensável; entre primos é bastante grave; e "à medida que o parentesco recua, o rigor diminui e, quando cometido com aquele que simplesmente pertence ao mesmo clã, a violação da exogamia é somente uma ofensa desculpável e facilmente tolerável" (MALINOWSKI, 2015, p. 63). Em verdade, A violação da exogamia, embora considerada uma grave infração ao padrão ideal de comportamento naquela sociedade, do ponto de vista do nativo é "uma forma apimentada da experiência erótica" (MALINOWSKI, 2015, p. 63), sendo que muitos se vangloriariam por tal conduta, com a devida discrição, é claro. E o exemplo de Malinowski citado por Becker trata justamente dessa experiência: o caso é de dois primos maternos que sistematicamente violavam a regra da exogamia, o que "era sabido e geralmente desaprovado, mas nada foi feito até que o amante rejeitado da garota, que tinha desejado casar com ela e que se sentiu pessoalmente ofendido, tomou a iniciativa" (MALINOWSKI, 2015, p. 60). O rival acusou o primo perante toda a comunidade, publicizando a infração da norma, o que resultou numa tragédia. O primo exposto cometeu suicídio e os membros de seu clã, para vingá-lo, atacaram o denunciador. Malinowski concluiu então que o mero conhecimento do crime não resultou em nenhuma reação da comunidade, "ela tinha que ser mobilizada por uma confirmação pública do crime e pelos insultos que foram lançados ao culpado por uma parte interessada" (2015, p. 61). Se a prática permanecesse velada e discreta, não causaria mais que fofoca, mas se "explode o escândalo então todos se voltam contra o casal culpado e, por banimento e insultos, um ou outro pode ser levado ao suicídio" (2015, p. 61).

Isso exemplifica a ideia de Becker: "se um ato é ou não desviante [...] depende de como outras pessoas reagem a ele" (2008, p. 24). A infração à regra não pressupõe que outros reagirão como se a violação houvesse sido cometido e, inversamente, a não infração não significa que o agente não poderá ser tratado como

desviante (2008, p. 24). Existem inclusive muitas variações entre o grau da reação, como as que se dão: 1) ao longo do tempo; 2) em relação ao autor e vítma; e 3) em relação às consequências (BECKER, 2008, p. 24-26). Assim, chega-se à conclusão sociológica de que a imposição de regras a desviantes é seletiva, mesmo quando se trata de uma regra legal, tipologia que, em tese, dá ao impositor menos margem para decidir se é o caso de aplicação ou não, por serem precisas e claras (BECKER, 2008, p. 140):

> Regras específicas podem ser corporificadas em leis. Podem também ser simplesmente consuetudinárias num grupo particular, defendidas apenas por sanções informais. As regras legais, naturalmente têm maior probabilidade de ser precisas e claras; regras informais e consuetudinárias são mais provavelmente vagas e passíveis de várias interpretações em grandes áreas.
>
> Mas a história natural de uma regra não termina com a dedução de uma regra específica de um valor geral. Esta última tem ainda de ser aplicada em casos particulares a pessoas particulares. Deve receber sua corporificação final em atos particulares de imposição.
>
> Vimos em capítulo anterior que atos de imposição não decorrem automaticamente da infração de uma regra. **A imposição é seletiva**, e diferencialmente seletiva entre tipos de pessoa, em diferentes momentos e em diferentes situações.

O paradigma da reação social, epistemologia criminológica calcada fundamentalmente nas noções de desvio de Becker, permite desenvolver ainda que, no caso especificamente das regras que definem crimes, o sistema penal é incapaz de absorver todos os atos tipificados como tal, já que "só pode exercer seu poder repressivo em um número insignificante das hipóteses de intervenção planificadas" (ZAFFARONI, 2001, p. 27). Daí se conclui que sua atuação é estruturalmente seletiva. Além disso, mesmo que as agências de controle penal pudessem absorver toda inobservância às regras, isso não seria desejável na medida em que causaria a criminalização de toda a população diversas vezes (ZAFFARONI, 2001, p. 26):

> A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a

> ponto de chegar a corresponder a todo exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.
>
> Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.

Dados empíricos reforçam a ideia: segundo o INFOPEN de junho de 2016, existe um perfil bem definido do preso, constituído por jovens (p. 30) negros (p. 32), e apenas quatro tipos penais (tráfico, roubo, furto e homicídio) são responsáveis por mais de três quartos da população carcerária brasileira (p. 43). Assim, é possível concluir, com coerência empírica, que certas condutas e certas pessoas são mais criminalizadas que outras.

Essa noção é bastante desenvolvida por criminólogos críticos, que, dentro do paradigma da reação social, consideram que os processos de criminalização são marcados pelas "relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista" (BARATTA, 2011, p. 197) e adotam um compromisso político com o "ponto de vista do interesse das classes subalternas" (p. 199). Nessa perspectiva, tem-se que o crime "é o resultado da reação social à conduta, que não é desviante em si mesma, mas sua valoração é fruto de uma interação entre o sujeito e a sociedade que responde de uma determinada forma" (COSTA; e FILHO, 2014, p. 65). Com isso, a liberdade é colocada em questão, já que "os mecanismos de seleção etiquetariam de forma discriminadora os mais vulneráveis e, em contrapartida, deixariam de apontar as condutas que são mais comumente realizadas pelas parcelas poderosas da sociedade" (COSTA; e FILHO, 2014, p. 65). Isso porque, conforme Baratta escreve, a classe dominante está interessada "na manutenção da própria hegemonia no processo de definição e perseguição da criminalidade" (2011, p. 197), de forma que "as classes subalternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização" (2011, p. 198).

Sobre a seletividade especificamente em relação à criminalização das drogas, para exemplificar, apresento, suscintamente, alguns pontos da dissertação de mestrado de Cristhovão Gonçalves, quem acompanhou o processo de criminalização secundária no caso de crimes relacionados às drogas processados no âmbito da Central de Plantões da Capital (CEPLANC), em Recife, por onde passam as pessoas em situação de flagrância por uso ou tráfico. Com a pesquisa empírica, o autor acabou criando categorias como "traficante por azar", "usuário por sorte", "traficante típico" e "usuário típico". O traficante por azar é um dependente químico que "possui marcas corporais como a magreza, queimaduras e outras características que explicitam o quadro social e clínico de adicção e vulnerabilidade" (2016, p. 91). Apesar das evidências físicas degradantes, "por questão de azar, a polícia civil, por fatores diversos", considera-os traficantes (2008, p. 91). Em contraste, o usuário típico, "indivíduo de algumas posses e instrução educacional, apreendido, geralmente, em áreas não pauperizadas como as demais categorias de sujeitos criminalizados o são" (p. 97), é "considerado usuário de drogas desde o primeiro ato criminalizador realizado pela polícia militar" (2008, p. 97). Normalmente esses usuários sequer são encaminhados para a delegacia[23], pois há pouca disposição da PM em conduzi-los e o procedimento é bastante demorado (2008, p. 97-98) – nos termos que Becker desenvolve, sobre esses casos em que as autoridades não tem disposição para conduzir os usuários, é possível afirmar que não há "interesse pessoal que as estimula a tomar a iniciativa" de impor a regra (2008, p. 130).

A partir do exemplo descrito acima, é possível perceber como questões sociais e econômicas tem relevância nos processos de criminalização por uso e tráfico de drogas no Brasil. Além disso, os vulneráveis não ficam prejudicados apenas nos processos de criminalização secundária, mas também pela estrutura do

[23] Como escrevi no capítulo 1, uso de drogas é crime. O usuário não pode ser submetido a prisão, todavia, em tese, o usuário abordado por um policial deveria ser submetido a um processo de criminalização abrandado, com a lavratura de um termo circunstanciado que pode gerar diversos inconvenientes para ele – e também para o policial, como vemos no exemplo em questão, que "perde" muito tempo com o procedimento e acaba não tendo disposição para iniciar o processo de imposição da regra.

mercado de drogas, que no Brasil tem a forma de uma pirâmide (BOITEUX et. al., 2009, p. 42). A base é constituída por pequenos varejistas responsáveis pelo fornecimento direto ao usuário, atividade que "absorve grande parte dos excluídos do sistema de trabalho formal", sendo o tráfico fortalecido "pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão" (BOITEUX et. al., 2009, p. 39) que atinge esses jovens. São justamente esses os que têm mais risco de serem presos, pois, além de fazerem diversas transações diariamente, não possuem dinheiro para subornar policiais como quem está no topo na pirâmide (BOITEUX et. al., 2009, p. 43). Esses indivíduos descartáveis e facilmente substituíveis "representam os elos mais fracos do comércio de drogas ilícitas, e sofrem toda intensidade da repressão" (BOITEUX et. al., 2009, p. 43).

Voltando à repressão e ao processo de criminalização secundária propriamente dito, entende-se que "são os policiais que decidem quem irá ou não irá ser processado por mero uso ou por tráfico, porque são eles que apresentam as provas e iniciam o processo" (BOITEUX et. al., 2009, p. 44). Via de regra, as únicas testemunhas de crimes de uso e tráfico de drogas são policiais militares. "A PM é então a soberana voz que prende e que acusa" (GONÇALVES, 2016, p. 37) e dificilmente a classificação dada pela polícia será alterada pelo Ministério Público ou pelo juiz, sendo que os maiores prejudicados por isso são os pequenos ou microtraficantes. Como é incapaz de extinguir o comércio e enfrentar os traficantes pertencentes ao topo da pirâmide, visto que por vezes estes estão melhor armados, "a polícia atua eventualmente, quando interessa e da maneira que interessa" (BOITEUX, 2009, p. 43).

Em resumo, para concluir o capítulo, a partir do exposto é possível sugerir que o uso de drogas, via de regra, não provoca vício, tampouco configura um problema na vida do usuário. Por outro lado, a criminalização exerce seu controle e dá causa a consequências sentidas inclusive pelos usuários que não possuem problemas com a droga. Assim, para o usuário, na maioria dos casos, o problema

não é a droga em si, mas o próprio Estado que reage à sua conduta, já que grande parte deles não apresenta comportamento patológico. A intervenção, da forma como é feita hoje, além de não cumprir suas funções declaradas, acaba contribuindo, em parte, para que o problema se agrave com danos sociais adicionais provenientes da própria criminalização (custos da criminalização). Ainda mais quando consideramos que mesmo quem não faz uso de drogas fica submetido a algumas das consequências da proibição.

4 USO DE DROGAS E REDUÇÃO DE DANOS

Neste capítulo, no primeiro tópico, busco expor alguns sentidos para redução de danos, de forma a criar um parâmetro para compreensão dessa abordagem. Conforme exponho a seguir, não existe uma total simetria na produção acadêmica sobre isso, por isso a necessidade de um tópico exclusivo para desenvolver esse sentido, na busca de um conceito.

Posteriormente, parto para o problema de pesquisa propriamente dito e trato sobre a situação do usuário em num contexto de criminalização do uso e do comércio de drogas, ressaltando a forma como a redução de danos é posta em prática. Sobre isso, cheguei à conclusão de que se limita ao que chamo de redução de danos *outsider* e redução de danos clandestina.

4.1 Sentidos de redução de danos

Dentre as iniciativas que se pautam pelo paradigma da redução de danos, a mais conhecida "é a troca de seringas, cujo objetivo específico é o de evitar a propagação da AIDS e da hepatite C entre usuários de drogas por via endovenosa" (WEIGERT, 2010, p. 118). Em verdade, inicialmente, o foco da redução de danos em relação ao uso de drogas no Brasil estava, justamente, em evitar a transmissão de doenças entre os usuários de drogas injetáveis (SANTOS; SOARES; e CAMPOS 2010, p. 1.008). Elias e Bastos esboçam um resumo da implementação dessas

políticas no Brasil e apontam que as primeiras experiências, na década de 1990, se deram justamente nesse contexto, tendo a epidemia da AIDS como foco de atuação. O princípio de tudo foi a tentativa de criação um programa de troca de seringas em Santos no ano de 1989, que acabou não sendo implementado. Apenas em 1995 foi executado o primeiro programa calcado na ideia de redução de danos no Brasil, na cidade de Salvador (ELIAS; e BASTOS, 2011, p. 4.726-4.728).

Aos poucos a estratégia de redução de danos vai deixando de ser uma mera política de prevenção de DST/AIDS e se forma uma ideia de um novo paradigma para lidar amplamente com a questão das drogas (PASSOS; e SOUZA, 2011, p. 158) Contemporaneamente, o conceito de redução de danos vem se expandindo, até mesmo porque o cenário atual em relação às drogas está cada vez mais complexo, com existência de diversos tipos de drogas além das injetáveis, o que demanda o contínuo aperfeiçoamento dos órgãos estatais de atenção à saúde dos usuários (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 590):

> A configuração atual do cenário das drogas no País demanda a avaliação e a construção de estratégias de redução de danos que contemplem a especificidade de cada droga, pois o contexto em que surgiu a estratégia de RD no Brasil por meio dos programas de troca de seringas não é mais hegemônico, uma vez que as drogas injetáveis deram espaço a uma gama de outras drogas usadas de diferentes formas, que exigem, por isso mesmo, novas estratégias e adequação da redução de danos a essas outras realidades sociais.

Nesse sentido, contemporaneamente, Weigert destaca dois pontos de partida que uma abordagem calcada na perspectiva da redução de danos possuirá. Em primeiro lugar, a consciência de que é impossível extinguir o uso e que alguns usuários, inevitavelmente, continuarão usando drogas; e, em segundo, que, conforme exposto no segundo capítulo, alguns danos são decorrentes da criminalização (custos da criminalização) e não das propriedades da substância em si (WEIGERT, 2010, p. 116):

> Em primeiro lugar, nesta política, se parte da certeza de que existem (e sempre existirão) usuários (dependentes ou não)

> que, seja pelo motivo que for, não abandonarão as drogas. Optam pelo consumo e assim permanecerão, razão pela qual defini-los como delinquentes ou doentes em lugar de meros consumidores significa frear o movimento no sentido de respeitar seus direitos como cidadãos. Em segundo lugar, crê-se que os danos causados pelo uso de entorpecentes não advêm propriamente de suas propriedades intrínsecas, senão da sua ilegalidade.

Com isso, se rompe com "a política proibicionista, projeto que, tendo como ideal a abstinência, estabelece a coibição total ao uso e comércio de drogas ilegais" (WEIGERT, 2010, p. 168). "A questão não é mais prevenir o uso de drogas, simplesmente, mas reduzir os danos associados a esse uso" (REGHELIN, 2002, p. 76). Já não se busca, necessariamente, a interrupção do uso de drogas, mas sim minimizar os riscos que essa prática possa causar à saúde do usuário (WEIGERT, 2010, p. 171):

> Seja quanto à opção por consumir drogas, ou por realizar tratamento desintoxicante, a redução de riscos demonstra seu zelo pela dignidade da pessoa humana. Sua preocupação é basicamente diminuir os danos causados pelo uso de drogas, não importando como esse objetivo se materialize. Sua meta não é outra senão a de contribuir para a qualidade de vida dos indivíduos, independentemente de se desejam continuar consumindo drogas ou não. Não tem, pois, por ideal a abstinência, ainda que esta seja sempre uma possibilidade em qualquer tratamento ao usuário ou drogodependente.

Weigert dá alguns exemplos de práticas que materializam os fundamentos norteadores desse paradigma: "a) informação sobre os riscos de danos aos consumidores; b) distribuição de seringas; c) acolhimento do dependente e disponibilização de tratamento médico voluntário; d) criação de lugares de consumo permitido; e) concretização de programas de substituição de drogas e f) prescrição de heroína a toxicômanos; g) programas de reinserção social e melhoria da qualidade de vida dos drogodependentes" (2010, p. 118).

Ocorre que, Santos, Soares e Campos realizaram um estudo acerca das concepções dessa expressão em 46 publicações nacionais e chegaram à conclusão de que existem diversas (2010). Outros autores entendem que "tais divergências em

relação à estratégia de redução de danos dificultam sua consolidação, a disseminação de seus princípios e sua aplicação na saúde pública", mesmo considerando que "independentemente da aceitação parcial ou total, o rompimento com o paradigma proibicionista é visível no âmbito acadêmico, embora não se tenha clareza sobre a configuração do novo paradigma de abordagem do fenômeno das drogas" (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 589-590). Todavia, existe algum parâmetro sobre o que é redução de danos no Brasil: basicamente, a premissa de que o uso de drogas não é necessariamente problemático, existindo diversas formas de se relacionar com as drogas, cada uma única em si; assim, a abordagem não se deve limitar à abstinência, sendo a redução dos *riscos* de danos decorrentes do consumo um objetivo possível independente da forma pela qual vai ser alcançada (SANTOS; SOARES; e CAMPOS, 2010, p. 1.007):

> De maneira geral, no Brasil, a RD se apresenta como um conjunto de práticas de saúde fundamentadas na perspectiva teórica que concebe a existência de diferentes formas de relação do homem com as drogas, nem sempre vinculadas a um consumo problemático e, nesse sentido, seus objetivos não se restringem à eliminação do consumo. As medidas propostas visam a um conjunto de políticas voltadas para a redução de riscos e danos relacionados a todo tipo de consumo potencialmente prejudicial, distanciando-se do enfoque da guerra às drogas.

Considerando o exposto, concluo que a forma mais completa de se referir a essa abordagem para sintetizar o seu sentido seria "redução dos *riscos*" ou "redução dos *riscos* de danos", o que afasta de pronto a ideia equívoca de que tais danos são intrínsecos ao uso e que essa forma de atenção se restringiria a diminuí-los. Alerto o leitor que tal ideia é equivocada, pois o uso de drogas, como já vimos no capítulo anterior, não necessariamente é problemático e danoso – o que também não quer dizer que ele nunca tem potencial de ser, por isso mesmo que um dos principais objetivos dessa abordagem é extinguir os danos e reduzir os riscos "relacionados a todo tipo de consumo potencialmente prejudicial" (SANTOS; SOARES; e CAMPOS, 2010, p. 1.007), sendo a abstinência prescindível para isso.

O modelo de redução de danos, em vez de buscar extinguir ou prevenir o uso, "é uma tentativa de minimização das consequências adversas do consumo de drogas do ponto de vista da saúde e dos seus aspectos sociais e econômicos" (REGHLIN, 2002, p. 74), o que implica "assumir a impossibilidade de erradicar e extinguir a presença das drogas" (REGHELIN, 2002, p. 27). Assim, não se confunde com programas como o PROERD, que reproduzem um discurso simplista de "não às drogas" e não atingem quem "já disse sim", pois nesses acontece o chamado "efeito bumerangue" (REGHELIN, 2002, p. 60): a inexatidão do discurso, por exemplo, em relação à não distinção entre uso e dependência, faz com que o seu conteúdo seja incompatível com a experiência e o conhecimento do usuário, o que resulta em "*una actitud de rechazo del mensaje pedagógico y de la autoridad que lo emite*"[24] (BARATTA, 1988, p. 341).

Em complemento – e não em contrariedade – aos primeiros sentidos de redução de danos, que configuravam, basicamente, na promoção de medidas para prevenir a disseminação de doenças, há uma concepção que tende a expandir a abordagem para "outras esferas, tais como a social, a econômica e a política, que também determinam e influenciam o comportamento individual" (MACHADO; E BOARINI, 2013, p. 586). Machado e Boarini escrevem sobre essa ampliação no objeto da redução de danos que, apesar de apresentar novos elementos, ainda se funda no mesmo paradigma científico (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 591):

> Além da necessidade de delimitação do campo de ação da redução de danos, os desafios práticos estão intensamente relacionados com as divergências teóricas e com a falta de clareza em relação à estratégia. Sendo assim, é possível afirmar que, apesar de as estratégias de redução de danos terem sido incorporadas às políticas nacionais sobre drogas, as experiências práticas muitas vezes focalizam ainda a prevenção de doenças, deixando de fora questões sociais como violência, exclusão e preconceito em relação ao usuário de drogas.

[24] Tradução livre: "uma atitude de rechaço da mensagem pedagógica e da autoridade que o emite".

> Domanico denomina essa centralidade nas ações de caráter instrumental de "tendência hegemônica à instrumentalização" (2006, p. 88), o que significa que, em grande parte dos projetos, as ações se concentram na distribuição de insumos de prevenção, sem explorar temas que legitimaram a consolidação da redução de danos como estratégia de saúde pública, como o resgate da cidadania e a promoção dos direitos humanos.

Nesse sentido, o blog da Associação Brasileira de Redução de Danos (ABORDA), instituição fundada em 1996 "com a função de capacitar e articular os Programas de Redução de Danos" (PASSOS e SOUZA, 2011, p. 159), afirma que redução de danos se refere a políticas, programas e *práticas* que visem reduzir as potenciais consequências adversas causadas pelo uso de drogas tanto no aspecto da saúde quanto no aspecto social e econômico[25] (grifo meu):

> Definição Redução de Danos se refere a políticas, programas e práticas que visam primeiramente reduzir as consequências adversas para a saúde, sociais e econômicas do uso de drogas lícitas e ilícitas, sem necessariamente reduzir o seu consumo.

Dentre esses elementos, políticas, programas e *práticas*, destaco este último para concluir que a redução de danos não se restringe à atuação de alguém para com o usuário. Se, conforme vimos acima, práticas que visam dirimir os riscos de prejuízos sociais, econômicos e à saúde constituem essa perspectiva, o próprio usuário pode ser protagonista da abordagem de redução de danos quando adotar uma prática nesse sentido. Por exemplo, *programas* de troca de agulhas de seringas para o uso de drogas injetáveis possuem o objetivo de incentivar que os usuários se habituem com *práticas* mais saudáveis, como não usar agulhas não esterilizadas ou dividi-las com outras pessoas. Como Weigert explicita, "informações sobre os riscos de danos aos consumidores" é uma forma "de se colocar em prática os fundamentos da Redução de Danos" (2010, p. 118). No fim, quando o usuário escolhe não adotar essas condutas de risco, ele mesmo está, segundo o desenvolvimento teórico dos

[25] O texto foi retirado da aba "O que é redução de danos?" do blog da Associação. Disponível em: <http://abordabrasil.blogspot.com.br/p/o-que-e-reducao-de-danos.html>. Acesso em 13 de junho de 2017.

últimos parágrafos, materializando uma prática de redução de danos. Ou seja, nesse paradigma há um nítido protagonismo do usuário, que é retirado da posição de objeto e, conforme fundamento dessa abordagem, tem sua "autonomia e responsabilidade individual" (CARVALHO, 2016, p. 225) reconhecidas. Como veremos no próximo tópico, num contexto proibicionista, em que o usuário se afasta do Estado por medo de ser criminalizado, essas práticas tomam especial importância.

Com base no mesmo fundamento da redução de danos (respeito à autonomia e à responsabilidade individual), busca-se afastar um uso potencialmente behaviorista do direito para reconhecer outras crenças morais, respeitando a liberdade individual de quem escolhe e quer fazer uso de drogas, lícitas ou ilícitas. Com esse paradigma, não se questiona "se determinado comportamento é certo ou errado, bom ou mau, e sim se é seguro ou inseguro" (REGHELIN, 2002, p. 26). Nesse sentido, Ribeiro, citado por Salo de Carvalho[26], ressalta que esse paradigma também se justifica por ser uma forma de controle que não intervém com a imposição de valores morais de forma coercitiva (RIBEIRO *apud* CARVALHO, 2016, p. 244-245):

> No fundo, se eu decido reduzir os danos, em vez de impor aos outros meus valores morais, não é por preguiça nem por complacência. É porque percebo que não dá para ter uma única visão de mundo. E neste sentido a redução de danos deixa de ser, apenas, a busca de um mal menor. Deixa de ser a renúncia ao bem. Toma-se, isso sim, a renúncia ao bem propriedade privada minha, à minha pretensão de ser dono da verdade. E é bom para a sociedade que as pessoas não queiram ter, sozinhas, toda a razão

Até porque, como escreve Débora Diniz, "a discórdia moral é o destino irrevogável da humanidade" (2001, p. 32), sendo que "onde houve seres humanos

[26] Faço a citação ciente de que, "em teoria, um trabalho científico sério não deveria *jamais* citar uma citação, mesmo não se tratando do autor diretamente estudado" (ECO, 2016, p. 51) e simpatizando com Débora Diniz, quando brinca descrevendo "*apud*" como um acrônimo de "a preguiça, uma desgraça" (2013, p. 68). Ocorre que não foi possível encontrar a obra citada, pois o autor consultado, ao referir-se ao texto em sua bibliografia (CARVALHO, 2016, p. 408), não explicita as informações acerca da publicação física, apenas anota um endereço eletrônico que já não existe. Diante disso, como "existem certas exceções" (ECO, 2016, p. 51) para a regra de jamais citar uma citação, assim procedo.

organizados em sociedades existiram diferenças, diferenças estas que conduziram ao conflito" (p. 210), pois tal característica é "constitutiva da vida humana em sociedades" (p. 205), já que "inexistem instrumentos para solucionar o conflito moral de uma maneira que venha a contemplar plenamente os interesses discordantes" (p. 205). Portanto, "o reconhecimento de que todas as crenças [...] são, em alguma medida, uma crença no nada, [...], deve ser colocado na ordem-do-dia para a mediação dos conflitos morais. A desnaturalização das certezas seria, portanto, o primeiro passo para o exercício da tolerância" (p. 210). A partir da fenomenologia das atitudes morais proposta pela autora é possível sugerir que, para alcançar a tolerância, no caso do uso de drogas, talvez o primeiro passo dependa, justamente, de um esforço racional para afastar as ilusões morais que cultivamos acerca dessa conduta.

Assim, uma característica fundamental dos programas e das políticas de redução de danos, sejam elas promovidas pela iniciativa privada ou pelo Estado, é o respeito às escolhas dos usuários e a sua participação voluntária. O documentário "Hotel Laide" (2017) é representativo em relação a isso: fala-se de um hotel social localizado na região chamada de "Cracolândia", na cidade de São Paulo, que funcionava com uma perspectiva de redução de danos. No documentário, é mostrada a chegada de Angélica, uma mulher viciada em crack: a cena a mostra entrando na recepção e aguardando, sozinha, por vários minutos, por Brenda, a responsável por receber as novas pessoas e expor as regras para a permanência no hotel. Angélica permanece ali. Espera. Sozinha. Fica aguardando porque tem interesse em morar no hotel e viver melhor, está ali por vontade própria. Posteriormente ela conta que da última vez que foi internada, "vivia totalmente dopada" (14 min), o que não mudou sua condição de viciada, então conclui que "a mudança não é dentro de um laboratório que você arruma, é dentro de si próprio". Depois de um ano no hotel, ela diminuiu bastante a quantidade de droga que usa, tem "um canto para poder dormir", "um serviço", parou de "fazer programa" e, para além disso, passou a conviver com outras pessoas e criar vínculos afetivos saudáveis. Esse caso é instrutivo por

exemplificar a visão do usuário de drogas em relação à um programa de redução de danos.

Salo de carvalho esquematiza as características da redução de danos mais ou menos nesses termos (2016, p. 228-230): (a) assiste os dependentes em dois níveis, terapia e tratamento; (b) fornece o tratamento que melhor atenda ao paciente, permitindo que este interaja e se envolva no processo; (c) oferece várias opções diferentes de tratamento/terapia, conforme a demanda do usuário; (d) considera a intervenção e voluntariedade do paciente no tratamento como necessárias para legitimá-lo; (e) fomenta que o usuário contribua e demande o Estado na alteração de políticas públicas; (f) aceita as recaídas como algo natural que não ensejará a interrupção ou mudança do tratamento; (g) separa "os mercados das diversas substâncias"; (h) incrementa "programas de ação médica, psicológica e social"; (i) leva as ações até as zonas de risco, aproximando-as de grupos vulneráveis; (j) possibilita processos de desintoxicação por meio do uso de metadona e outros fármacos; (l) oferece possibilidades de trabalho e estudo ao usuário; (m) limita "o consumo a determinados locais e ao domicílio", restringindo ou vedando o uso em público, assim como ocorre com o tabaco; (n) restringe o comércio de droga a estabelecimentos submetidos a controle estatal; (o) controle da venda de substâncias com maior tolerabilidade social, como o álcool e cigarro; (p) proíbe a publicidade de qualquer tipo de droga, inclusive as lícitas; (q) pune administrativamente o consumo em locais proibidos, com apreensão da droga; (r) prevê tipos privilegiados para o caso de comércio esporádico ou de pequena quantidade evitando os danos advindos do encarceramento.

Voltando, mais uma vez, àquela ideia que Carl Hart apresenta, me parece que, ao menos em relação à bibliografia consultada – que, ressalto, não teve como foco a questão que apresento em seguir –, de certa forma, também em relação à redução de danos "focalizamos os comportamentos patológicos e ignoramos o que acontece nas condições comuns e normais" (2014, p. 87). Nesse tema,

especificamente, não poderia afirmar que "ignoramos", até por conta disso (redução de danos voltada para indivíduos que fazem uso em condições não patológicas) apenas tangenciar o objeto da pesquisa bibliográfica, mas, preliminarmente, pelas obras acessadas, principalmente nas escritas por criminólogas e criminólogos, parece haver uma predominância da aplicação da ideia de redução de danos de forma bastante restritiva: apenas como uma política pública de saúde voltada para indivíduos que estão em situação de vulnerabilidade devido ao uso abusivo[27]. Weigert, por exemplo, narra medidas de redução de danos na Espanha (2010, p. 171-173) que se destinam preponderantemente a adictos que possuem dependência física e usuários que fazem uso de drogas de forma a prejudicar sua vida social, principalmente seu trabalho; e, em relação ao Brasil, um modelo de justiça terapêutica que não está dentro da abordagem de redução de danos. Salo de Carvalho expõe exemplos sobre prescrição de heroína e metadona, distribuição de agulhas e centros de aplicação de drogas (narcossalas) e atenção ambulatorial (2016, p. 231-241), também todos voltados para usuários dependentes. Reghelin faz um apanhado de diversas experiências de redução de danos, inclusive em outros países, como Inglaterra, França, Holanda, Suíça, Alemanha, Canadá e Austrália (2002, p. 79-92), sendo que, apenas na Holanda e no Canadá é possível se ver as medidas descritas contemplando usuários com comportamentos não patológicos. A mesma autora, em relação ao Brasil, cita programa de troca e fornecimento de seringas de seringas; prescrição de metadona, heroína e outras drogas; e a disponibilização de salas preparadas para o uso de drogas com higiene e assistência médica e psicológica (REGHELIN, 2002, p. 134-156), todos voltando preponderantemente para usuários patológicos e vulneráveis. Assim, a despeito de academicamente o termo contemplar diversas esferas, os exemplos da bibliografia parecem ainda se limitar à ideia mais antiquada de redução de danos.

[27] Como vimos anteriormente neste tópico, a redução de danos não constitui apenas a uma forma de atenção à saúde (também contempla outras esferas, como social, econômica, afetiva, etc.), tampouco se dirige apenas para usuários patológicos.

4.2 A redução de danos num contexto proibicionista

No Brasil, como foi exposto no primeiro capítulo, temos com a Lei 11.343/06 um sistema jurídico que prevê a redução de danos como modelo possível de atuação do Estado em relação às drogas ilícitas. Ocorre que a criminalização dificulta bastante essa abordagem e, como a lei não especifica as ações que devem ser tomadas nesse sentido, a parte que autoriza esse tipo de política acaba sendo de difícil implementação (CARVALHO, 2016, p. 225):

> Ocorre que os princípios e diretrizes previstas na lei 11.343/06, notadamente identificados com políticas de redução de danos, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções direcionada ao sistema de saúde pública. É notório que em matéria de direitos sociais, sobretudo aqueles relativos às áreas da educação e da saúde, se a legislação não determinar claramente as ações e os órgãos competentes, prevendo mecanismos de responsabilização administrativa, a tendência é de as pautas programáticas restarem irrealizadas.

A coexistência do proibicionismo e da redução de danos no Brasil levanta diversos dilemas, na medida que, como Salo de Carvalho afirma, "a eleição do uso e do comércio de droga e de seus sujeitos como inimigos da sociedade tem reduzido toda a discussão sobre o problema ao âmbito do penal, impossibilitando a busca por soluções menos danosas e efetivas alternativas à criminalização, em face da demonstração da absoluta incapacidade resolutiva do sistema penal" (2016, p. 226). Em verdade, a proibição atua no sentindo inverso, potencializando os danos sociais provenientes da incriminação: "a promessa de contramotivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e com intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população" (CARVALHO, 2016, p. 226). Ademais, a criminalização ainda produz problemas sanitários e econômicos, favorece o aumento da corrupção dos agentes de segurança pública, estabelece "regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes", e restringe os programas médicos e sociais de prevenção (CARVALHO, 2016, p. 226).

Conforme Machado e Boarini escrevem, a discussão do tema no Brasil oscila entre o sistema penal, pautado na segurança pública, e o sistema de saúde pública, que compõe uma forma de atenção ao usuário, sendo que as políticas do Estado são pautadas pelo ideal de abstinência e pela ideologia de "guerra às drogas", o que faz com que a redução de danos ainda seja uma abordagem incipiente no país, que se restringe, via de regra, a usuários com comportamento patológicos que fazem uso de drogas injetáveis e podem contrair doenças infecciosas (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 592-593):

> O descompasso do surgimento das políticas públicas sobre drogas nos campos da segurança e da saúde pública reflete o debate histórico a respeito do tema no País, que oscilou entre esses dois âmbitos, o da segurança e o da saúde pública, carregando sinais das políticas proibicionistas pautadas, até o presente momento, no ideal de abstinência e na ideologia norte-americana da guerra às drogas.
>
> Embora estratégias como a redução de danos tenham conquistado espaço na agenda pública brasileira a partir da década de 90, em vista da necessidade de respostas eficazes à epidemia da AIDS, resgatando o enfoque na prevenção e os direitos à saúde do usuário de drogas, sua implementação e compreensão ainda se apresentam incipientes. Atualmente, a redução de danos depara com inúmeros desafios, que demandam uma compreensão ampliada do fenômeno das drogas no contemporâneo, a fim de formular ações diversificadas que vão além do uso de drogas injetáveis e da prevenção de doenças infecciosas, como a AIDS.

Desta feita, as experiências de redução de danos no Brasil "são, ainda, situações isoladas e pontuais, como iniciativas de ONG's e trabalhos voluntários" (WEIGERT, 2010, p. 131). Até porque, como o uso de drogas é crime, "os usuários são afastados do eventual auxílio do poder público" (WEIGERT, 2010, p. 131), o que ainda se soma com o "déficit de políticas públicas na área da saúde" (p. 131). A criminalização, portanto, a despeito de declarar "intenção de proteger a saúde pública, contraditoriamente cria, com a proibição, maiores riscos à integridade física e mental dos consumidores daquela substância proibida" (REGHELIN, 2002, p. 164). Ainda mais considerando que a clandestinidade em relação à distribuição e ao

consumo "favorece a ausência de um controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando a possibilidade de adulteração, impureza e desconhecimento de sua potência, com riscos maiores daí decorrentes" (REGHELIN, 2002, p. 164).

Salo de Carvalho também escreve sobre isso, argumentando que há um paradoxo, pois, em ordem de se proteger uma "saúde pública" abstrata, se institui um modelo que dificulta a atenção eficaz em relação a saúde individual e concreta, como se houvesse confronto entre esta e aquela (2016, p. 214):

> O paradoxo apontado encontra raízes na cisão artificial entre os interesses públicos e os direitos individuais (privados). É fundamental perceber, para que se possa apresentar respostas razoáveis ao problema, que inexiste hierarquia ou graduação entre direitos, ou seja, é impossível vislumbrar confronto entre os direitos individuais, identificados tradicionalmente como interesses privados, e os coletivos e/ou transindividuais, incorporados à ideia de interesse público.

Em outras palavras, "sob a justificativa da tutela da saúde pública", são cometidos "inúmeros danos à saúde e à liberdade de pessoas de *carne e osso*" (CARVALHO, 2016, p. 340, grifo do autor). Isso porque, por mais que a Lei de Drogas disponha sobre políticas de redução de danos, o que se vê é que é difícil harmonizá-las a criminalização do uso (CARVALHO, 2016, p. 191). E mesmo as iniciativas de redução de danos que existem parecem estar, em grande medida, limitadas ao uso de drogas injetáveis e à prevenção de doenças infecciosas por usuários patológicos (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 592-593), como sugeri ao fim do tópico anterior, o que representa a aplicação do paradigma a uma minoria dos usuários.

É preciso ressaltar que, conforme já escrevi, mesmo usuários que não têm quaisquer problemas com as drogas se submetem a riscos ao usá-las num contexto proibicionista, embora os riscos provenientes de um uso patológico sejam muito maiores. A falta de informações básicas, como por exemplo as características químicas das substâncias, pode causar consequências graves, até mesmo a morte, o

que sugere que, como já sugeri no tópico anterior, a mera disponibilização de informações aos usuários é também uma forma de reduzir os riscos associados ao uso (WEIGERT, 2010, p. 87):

> Da política de repressão às drogas também decorre a falta de controle sobre a substância, o que faz com que o consumidor não saiba exatamente quanto está consumindo e qual a porcentagem de pureza da droga. E deste desconhecimento advêm os casos de overdose, concluindo-se que inúmeras mortes poderiam ser evitadas se as informações necessárias fossem fornecidas aos usuários.

Talvez por isso Carl Hart tenha escrito que, nos Estados Unidos, no caso dos opiáceos, as pessoas estão morrendo não por conta do uso de drogas propriamente dito, mas por completa ignorância, por exemplo, em relação a qual substâncias realmente estão ingerindo, qual o nível de concentração dela, qual a dose segura, forma de uso mais segura, medidas para evitar efeitos adversos, entre outros, o que pode ser fatal (2017, sem paginação)[28]:

> It is certainly possible to die from an overdose of an opioid alone, but this accounts for a minority of the thousands of opioid-related deaths. Many are caused when people combine an opioid with another sedative (such as alcohol), an antihistamine (such as promethazine) or a benzodiazepine (such as Xanax or Klonopin). People are not dying because of opioids; they are dying because of ignorance.
>
> There is now one more opioid in the mix—fentanyl, which produces a heroinlike high but is considerably more potent. To make matters worse, according to some media reports, illicit heroin is sometimes adulterated with fentanyl. This, of course, can be problematic—even fatal—for unsuspecting heroin

[28] Tradução livre:
"É possível morrer de uma overdose de um opiáceo sozinho, mas essa é a minoria de milhares de mortes relacionadas a opiáceos. Muitas ocorrem quando pessoas combinam um opiáceo com outro sedativo (como álcool), um anti-histamínico (como prometazina) ou uma benzodiazepina (como Xanax ou Klonopin). As pessoas não estão morrendo por causa de opiáceos; elas estão morrendo por causa de ignorância.
Há agora mais um opiáceo na mistura – fentanil, que um efeito parecido com o da heroína, mas consideravelmente mais potente. Para piorar a situação, de acordo com alguns relatos da mídia, a heroína ilícita é, por vezes, adulterada com fentanil. Isso, é claro, pode ser problemático – e até fatal – para usuários de heroína que não suspeitam essa possibilidade e ingerem muito da substância pensando que é heroína pura."

> users who ingest too much of the substance thinking that it is heroin alone.

Sobre esses casos de adulteração da droga, Hart indica que uma forma simples de prevenir os potenciais danos seria distribuir testes de pureza da droga, de forma a possibilitar que os usuários saibam se a substância está adulterada antes de usá-la, assim como já acontece em outros países (2017, sem paginação). Esse exemplo de solução, poderia ser considerado uma abordagem de redução de danos. Ocorre que, pelo menos num juízo preliminar, seria difícil ver a sua implementação em um país que adota uma perspectiva proibicionista, como o Brasil.

De fato, a redução de danos acaba sendo limitada pela criminalização. Os usuários, mesmo quando se deparam com iniciativas que procuram afastar a punição em benefício da priorização da saúde, dificilmente possuem sua autonomia respeitada, à exemplo do que Weigert relata em relação à Justiça Terapêutica, onde há nítida obrigatoriedade de se submeter às medidas impostas pelo juízo, além de o ideal abstêmio ser um ponto central (2010, p. 132-161). Sobre essas formas de submissão obrigatória, Reghelin argumenta que, se por um lado elas são constituídas de boas intenções, apresentando uma roupagem de um discurso altruísta, por outro, esse foi o mesmo timbre de fala que resultou, por exemplo, nos manicômios judiciários, que hoje são considerados um evento perverso de nossa história (2002, p. 166):

> a sugestão aparentemente benévola de que aqueles que praticam crimes sob efeitos de drogas precisam mais de tratamento do que de prisão leva essa visão “humanitária” da questão ao mesmo discurso que embasou a criação dos manicômios judiciários e que acabou no que conhecemos hoje como uma das práticas mais perversas no trato de qualquer ser humano, uma vez que tira dele não só sua liberdade social, mas também, e pior que tudo, sua liberdade psíquica, aquilo que o configura enquanto uma personalidade e que vem protegido pela nossa Constituição Federal.

A conclusão é de que as políticas e programas do Estado são limitadas no tocante à redução de danos. Mas, para além disso, num contexto proibicionista,

como já adiantei nos parágrafos anteriores em diálogo com Hart, o usuário também fica com as suas opções de cuidado próprio limitadas. Isso se dá pois, além de não ter um auxílio amplo do Estado, não possui amplo acesso a informações seguras e precisas acerca das drogas, o que poderia lhe auxiliar a consumi-las com mais controle e menor risco. Sobre isso, Becker ressalta a importância da disseminação de conhecimento sobre as drogas entre os usuários como forma de evitar os efeitos potencialmente perigosos ou perturbadores (1977, p. 191, grifo meu):

> Os consumidores, assim, têm disponível, sob condições ótimas de produção de conhecimento, respostas de relativa confiança e precisas para suas questões sobre a droga que utilizam. Eles usam esse conhecimento para maximizar os benefícios que desejam com o uso da droga, quaisquer que possam ser estes benefícios, e para minimizar efeitos colaterais. Freqüentemente, porque participam de grupos de consumidores, quando surge uma questão da qual eles não sabem a resposta, alguém que a sabe está prontamente disponível. **Isso é particularmente importante ao se lidar com os efeitos colaterais potencialmente perigosos ou perturbadores**. Naturalmente, as circunstâncias ótimas raramente são obtidas; quando o conhecimento é incompleto, impreciso, ou não pode ser obtido, os consumidores têm problemas previsíveis. Isso é particularmente óbvio quando uma droga aparece pela primeira vez e o conhecimento ainda não foi produzido e disseminado.

Como o trecho acima ressalta, “circunstâncias ótimas raramente são obtidas” justamente pela falta de conhecimento completo, preciso e de fácil acesso num contexto em que tais substâncias são criminalizadas e o uso tem caráter clandestino. Assim, considerando que as iniciativas de redução de danos promovidas por terceiros têm uma perspectiva antiquada e restritiva, muitos usuários contam apenas com outros usuários para apreender as informações necessárias para evitar ou ao menos minimizar os riscos de efeitos colaterais potencialmente perigosos ou perturbadores. O que Becker coloca, em outras palavras, é que muitas práticas que diminuem os riscos de danos provenientes do uso de drogas são decorrentes de informações compartilhadas entre os usuários. Isso é uma forma de compensar: a ineficiência das iniciativas de redução de danos promovidas por terceiros; e a

dificuldade que a criminalização representa para que o usuário cultive práticas que evitem efeitos potencialmente perigosos ou perturbadores.

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível sugerir que um esforço do Estado em garantir as informações citadas por Becker poderia ter um impacto significativo em relação aos potenciais danos provenientes do uso de drogas, o que constituiria uma política de redução de danos simples e que, ao mesmo tempo, atingiria não só os usuários patológicos de drogas injetáveis – lembrado que, atualmente, a atuação do Estado está preponderantemente voltada para esses usuários (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 592-593). Se "circunstâncias ótimas" fossem alcançadas, a disseminação das informações se refletiria em práticas mais saudáveis entre os usuários, de forma a evitar efeitos danosos das drogas. Isso reforça aquela ideia de que as políticas, programas e práticas de redução de danos se complementam, na medida em que uma política do Estado acaba se derivando em práticas seguras entre usuários.

Como Hart escreveu sobre uma visita que fez à Cracolândia, na cidade de São Paulo, o contexto de criminalização do uso de drogas do Brasil dificulta a promoção de uma política pública de assistência social, econômica e à saúde que tenha como premissa que o problema do uso, do abuso e do vício de drogas não está apenas na substância (2015, p. 2)[29]:

> I recognise, of course, that some people struggle to control their consumption of various substances, including crack cocaine, which may disrupt their ability to meet important

[29] Tradução livre: "Eu reconheço, é claro, que algumas pessoas lutam para controlar seu consumo de várias substâncias, incluindo o crack/cocaína, que pode perturbar suas habilidades de cumprir obrigações importantes, como cuidado de crianças, emprego, interações sociais, etc. Seria um erro, no entanto, concluir que essa substância é, em si, o problema e, como resultado, promover uma guerra contra isso. Pessoas se tornam adictas por uma variedade de razões, desde desordens psicológicas até desespero econômico ou responsabilidades pouco desenvolvidas. Slogans vazios ofuscam esse fato. Esse é o primeiro motivo pelo qual é muito importante determinar as razões subjacentes do vício de cada pessoa antes de perpetuar mitos sobre a causa e antes de intervir com soluções imaturas. Por exemplo, se uma pessoa esta abusando de álcool ou heroína para lidar com ansiedade ou trauma, tratamento efetivo da doença psiquiátrica deverá diminuir o abuso das duas drogas. Da mesma forma, prover viciados desamparados com habilidades para o mercado de trabalho e oportunidades econômicas viáveis representará um grande passo para ajuda-los a superar o vício".

> obligations, such as childcare, employment, social interactions, etc. It would be a mistake, however, to conclude that the substance itself is the problem and, as a result, wage a war on it. People become addicted for a variety of reasons ranging from psychiatric disorders to economic desperation to underdeveloped responsibility skills. Empty slogans obfuscate this fact. That is why firstly it is critically important to determine the reasons underlying each person's addiction before perpetuating myths about the cause and before intervening with half-baked solutions. For example, if a person is abusing alcohol or heroin to deal with anxiety or trauma, effective treatment of the psychiatric illness should lessen the abuse of either drug. Likewise, providing destitute addicts with employable skills and viable economic opportunities goes a long way in helping them to overcome their addiction.

Resumindo este tópico, pude perceber a materialização da ideia de redução de danos em duas principais perspectivas, que acabam sendo bastante limitadas pela criminalização. Chamo a primeira de redução de danos *outsider*. Ela é promovida pelo Estado, ONG's e redes de trabalhos voluntários e se destina preponderantemente a usuários de drogas injetáveis que têm uma relação patológica com as drogas e correm o risco de contrair doenças infecciosas (MACHADO; e BOARINI, 2013, p. 592-593) – o que é uma abordagem bastante restritiva, considerando que a maioria dos usuários não são viciados. O proibicionismo pode ser visualizado nesse contexto na medida em que os usuários mais vulneráveis, que são justamente o público alvo dessas iniciativas, são, ao mesmo tempo, os mais recorrentemente selecionados nos processos de criminalização, o que os afasta desse tipo de assistência[30]. Chamo a segunda perspectiva de redução de danos clandestina, pois ela se constitui de informações que são difundidas pelos próprios usuários, sendo que os mais experientes orientam os noviços sobre como obter mais vantagens do uso de drogas e evitar os efeitos potencialmente danosos ou perturbadores. Essa dinâmica de troca de informações entre os usuários é uma forma que eles encontram para lidar com um cenário causado pela criminalização.

[30] Sobre isso, ver capítulo 2.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho permitiu a verticalização sobre a coexistência entre a criminalização como paradigma de atuação do Estado em relação ao uso de drogas e a autorização da redução de danos como abordagem à essa mesma conduta, tanto no plano normativo quanto no empírico.

Em resumo, no ordenamento jurídico brasileiro há ampla autorização normativa para o desenvolvimento de políticas, programas e práticas de redução dos riscos de danos voltadas para os usuários de drogas ilícitas. Todavia, a criminalização, da forma como se dá hoje, acaba por dificultar este tipo abordagem e, para além disso, agravar e somar os danos provocados pelo consumo dessas substâncias. Diante disso, a partir da metodologia proposta, é possível sugerir que a redução de danos no Brasil fica em uma posição desprivilegiada, resumida ao que chamo de redução de danos *outsider* e redução de danos clandestina. Nesse contexto, o Estado acaba figurando como promotor de processos de criminalização seletivos, que atingem os vulneráveis com mais rigor, inclusive punindo-os como traficantes e não como usuários. Portanto, os objetivos da pesquisa foram atingidos.

Na pesquisa pude traçar um panorama normativo acerca do uso de drogas e da redução de danos. No âmbito da ONU não há previsão expressa deste tipo de abordagem, na medida em que as convenções estão calcadas numa perspectiva proibicionista que impõe a abstinência. Mesmo as previsões sobre saúde são muito mais voltadas para a ideia de uma medida impositiva do que para o oferecimento de assistência voluntária calcada na redução de danos. No texto dessas normas, constatei duas formas padrão polarizadas para se referir ao uso de drogas: (1) uso medicinal (“uso médico”, “para fins legítimos” ou “para fins médicos”); e (2) abuso (“toxicomania”, “abuso” e “uso indevido” ou “inapropriado”). Diante disso, pela linguagem da convenção, concluo que há uma ideia maniqueísta de “uso médico x uso abusivo” em relação ao consumo de drogas, não havendo previsão de outras formas de experimentá-las além dessas, apenas os dois extremos, sem nada no meio.

Contemporaneamente as discussões dentro da organização voltadas para a revisão ou abandono do modelo proibicionista e adoção da redução de danos como paradigma vem crescendo, todavia, continua-se apostando em metas temporais para eliminar ou diminuir significativamente o uso e o comércio de drogas, mesmo depois de tantos prazos extrapolados. O ano de 2019 é o prazo atual para extinguir, ou ao menos minimizar, o tráfico e a demanda de drogas, conforme o relatório da 52ª sessão da Comissão de Narcóticos (CND).

Já o ordenamento jurídico brasileiro admite a redução de danos como parâmetro para a atuação do Estado. De outra mão, ao mesmo tempo, criminaliza-se o uso de drogas e, consequentemente, impõe-se o não-uso como regra passível de controle *penal* quando inobservada. Portanto, sistema penal atua mediante diretrizes que vão de encontro com a lógica do paradigma da redução de danos, o que configura um conflito na administração da conduta no âmbito normativo. Nesse cenário, as previsões redutoras acabam sendo privilegiadas, principalmente devido as deficiências da norma em materializar essa abordagem. A Lei nº 11.343/06, por exemplo, reconhece que não existe vínculo intrínseco entre uso e vício, quebrando com a associação usuário-dependente-criminoso; mas adota exatamente os mesmos princípios e diretrizes nas estratégias de prevenção, atenção e reinserção social de usuários e abusadores e dependentes, indistintamente. Dessa forma, mesmo tendo a definição de um "projeto terapêutico individualizado" (art. 22, inciso III) como uma diretriz, a lei continua contribuindo para a confusão entre usuário e adicto. Isso fica claro na previsão de imposição de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, inciso III) indistintamente a quem porta a droga para uso próprio, o que mostra a associação entre usuário e dependente. Quer dizer, mesmo o consumidor que não possui qualquer problema com as drogas poderá ser submetido a essa medida, que possui um "caráter reabilitador e terapêutico [...], associado à ideia prevalente no direito penal das drogas entre associação entre usuário e dependente, [e] cria na legislação pátria espécie atípica de medida, híbrido de medida de segurança e medida socioeducativa" (CARVALHO, 2016, p. 355).

Apesar de ser possível a descriminalização de qualquer droga por meio de simples alteração da Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) ou de edição de lei pelo Congresso Nacional, o que se vê é que os poderes executivo e legislativo se escusam de promover um diálogo a respeito da atual política de drogas brasileira. O PL nº 7.187/2014, por exemplo, no qual estão apensadas as demais proposições sobre a descriminalização da maconha, aguarda a criação de uma Comissão Especial para sua análise desde que foi apresentado, em 2014, inexistindo qualquer debate efetivo entre os parlamentares sobre o tema – o projeto foi apresentado, arquivado, desarquivado e mais nada. A par desse vácuo, o poder judiciário toma protagonismo em relação à discussão acerca do conflito entre a perspectiva que criminaliza e a voltada para a atenção social, econômica, afetiva e à saúde dos usuários. Assim, tem-se o julgamento do RE nº 635.659/SP pelo STF como o *locus* mais recente de debate da matéria, onde é possível que se declare a inconstitucionalidade da criminalização do uso da maconha. Todavia, mesmo nesse caso, constata-se que o julgamento do recurso foi interrompido em 2015, o que sugere que não há perspectiva de uma decisão num futuro breve.

Sobre o uso de drogas, apontei, dialogando com Hart e Becker, as impropriedades da adoção de um modelo simultâneo, baseado em uma análise multivariada, para a compreensão desse fenômeno. Assim, elegi a perspectiva de Becker, no sentido de que o indivíduo passa por fases para se tornar um usuário de drogas, o que constitui um modelo de análise sequencial (2008, p. 34). A partir dele, conclui que o deleite proveniente do uso de drogas não é uma mera decorrência dos efeitos fisiológicos da substância no organismo, e o vício menos ainda. Em verdade, a reação ao uso de drogas pode variar imensamente, pois apesar de os efeitos fisiologicamente observáveis serem basicamente os mesmos, indivíduos podem escolher prestar atenção em diferentes arranjos deles, bem como ignorar alguns e outros não. Isso faz com que os efeitos das drogas tenham um caráter multiforme, que podem ser experienciados de maneiras diferentes por diferentes pessoas ou, até

mesmo, pela mesma pessoa em ocasiões diferentes, a depender da interpretação que o indivíduo dá a eles. Hart também contribuiu para a constatação de que o uso de drogas não é necessariamente patológico e o vício só se dá em uma minoria absoluta dos casos, quando o uso é compulsivo, prejudica funções vitais importantes e ocupa muito tempo e energia (2014, p. 22). Assim, o uso frequente de drogas não significa que o consumidor é usuário, tampouco que tenha qualquer problema com a droga. O vício só se dá quando o uso prejudica funções vitais importantes, tem consequências negativas, ocupa muito tempo e energia mental e é compulsivo. Tendo esse parâmetro, o vício decorrente do uso de drogas, assim como os efeitos, só pode ser explicado se considerados outras variáveis além das características químicas das drogas e dos processos do organismo, como como o contexto social, as motivações do usuário e a forma como ele representa o mundo. Por fim, observei em Hart que os seres humanos alteram seu estado de consciência com drogas desde que habitam o planeta e é provável que isso não tenha fim (2014, p. 205).

Quanto à criminalização como modelo de controle do uso de drogas, a adoção das teorias interacionistas, principalmente com referência a Becker, permitiu a inclusão do trabalho num paradigma epistemológico (da reação social) que considera o crime ação coletiva, possibilitando uma ampliação no estudo desse fato social. A partir disso, concluí que a atuação do sistema penal contradiz a suas funções declaradas, havendo um esvaziamento dele como forma de contenção de crimes e de pedagogia comportamental. Isso porque, como Becker argumenta, o indivíduo percebido como desviante discriminado fica em uma situação em que é difícil que mantenha sua vida normal, o que o incentiva a desviar (2008, p. 181). Em relação às drogas ilícitas não é diferente: há quem sustenta que a criminalização "representa um fracasso histórico do ponto de vista da prevenção e freio do consumo dessas substâncias" (GONÇALVES, 2016, p. 100). Isso se dá pois, além dos efeitos primários das drogas, causados pela atuação da droga no organismo (que não são necessariamente danosos), existem efeitos secundários (também chamados de custos) gerados pela criminalização, que podem ser classificados como os

concernentes aos consumidores e dependentes; ao sistema educacional e médico; à economia; à administração da justiça penal; e ao sistema carcerário. Quer dizer, a intervenção penal acaba por gerar mais danos, em vez de preveni-los. Outro elemento constitutivo da atuação do sistema penal é a seletividade estrutural, pois é impossível criminalizar todas as condutas definidas como crime. Diante disso, os processos de criminalização acabam tendo como parâmetro as relações de desigualdade próprias da sociedade capitalista: os mais vulneráveis são os mais propensos de serem selecionados e punidos. Assim, a criminalização do uso e do comércio impõe prejuízo inclusive para quem faz uso não patológico da droga e, até mesmo, para quem sequer é usuário.

No último capítulo, foi possível desenvolver, como contraponto à estratégia proibicionista para lidar com o uso de drogas, sentidos do que é chamado de redução de danos. Em resumo, não existe completa uniformidade no emprego do termo. Tem-se algumas premissas: o uso de drogas não é necessariamente danoso, existindo diversas formas de se relacionar com as drogas; e, por isso, a abstinência não é o único objetivo possível. Ademais, parte-se da constatação de que os danos, quando presentes, não são causados apenas pela atuação da substância química no corpo, mas também por outras questões, por exemplo, por exclusão e vulnerabilidade social, displicência em relação a cuidados higiênicos, ausência de vínculos familiares e afetivos, ignorância sobre a concentração da substância, etc. A partir disso, é possível ter uma abordagem em relação ao uso de drogas constituída de políticas, programas e práticas que, como o nome indica, têm como objetivo não necessariamente extinguir o consumo, mas, quando isso não for possível, apenas reduzir os riscos de danos que podem decorrer do uso (independentemente de ser recreativo, adicto, etc.) de drogas (lícitas[31] ou ilícitas). Portanto, essa abordagem não se restringe à atuação de um terceiro para com o usuário, pois as políticas e programas de redução de danos podem ter o objetivo de incentivar e possibilitar que

[31] Apesar de a redução de danos ser aplicável também em relação às drogas lícitas, ressalto que o recorte desta pesquisa se deu exclusivamente sobre as ilícitas.

o usuário se habitue com *práticas* que diminuem os riscos do uso de drogas. Ou seja, outra característica desse paradigma é o protagonismo do usuário, que é retirado da posição de objeto e tem sua autonomia e responsabilidade individual reconhecidas. Por isso a abordagem da redução de danos se propõe a fornecer e otimizar as ferramentas necessárias para que o próprio indivíduo tenha capacidade de reduzir as chances de passar por experiências perigosas ou perturbadoras ao consumir drogas. Por fim, tenha-se em mente que qualquer atitude que vise dirimir riscos que podem advir do uso de drogas pode ser considerada pertencente a essa abordagem, mesmo que adotada pelo usuário instintivamente e sem que este a represente como "redução de danos"[32].

A partir do sentido de redução de danos do parágrafo anterior, construído no primeiro tópico do terceiro capítulo, pude observar que essa abordagem é materializada de duas formas principais num contexto proibicionista, que chamarei de: redução de danos *outsider*[33]; e redução de danos clandestina.

A redução de danos *outsider* se refere às iniciativas que tem como público destinatário indivíduos vulneráveis que fazem uso patológico de drogas e correm o risco de contrair doenças transmissíveis por meio de seringas e cachimbos. Ressalto que, inicialmente, a redução de danos possuía um sentido restrito a uma forma de atenção à saúde de usuários de drogas injetáveis, para prevenir doenças como a AIDS, etc. Contemporaneamente há um movimento no sentido de se expandir o objeto dessa abordagem, ocorre que, apesar dos esforços nesse sentido, a promoção de políticas e programas de redução de danos no Brasil ainda é restritiva, nos termos

[32] Digo isto porque muitas vezes a ideia de redução de danos é associada apenas a usuários de drogas consideradas "mais pesadas", como o crack e outras injetáveis.

[33] Tomei o termo *outsider* emprestado de Becker (2008), no sentido de que é promovida por um grupo social e dirigida para outro. Usei-o em língua estrangeira devido a sua consagração assim, mesma justificativa utilizada para nomear o primeiro capítulo da edição brasileira da obra: "A edição anterior deste capítulo em português optou por traduzir outsiders por 'marginais e desviantes', assinalando que 'marginais' significava, nesse contexto, alguém que está do lado de fora, para além das margens de determinada fronteira ou limite social. Na presente edição, optou-se por manter o termo outsider porque seu uso já se tornou consagrado nas ciências sociais" (2008, p. 15).

que delineei no começo deste parágrafo: quase a totalidade dos exemplos da bibliografia consultada são voltados para os usuários patológicos e a prevenção de doenças transmissíveis por meio de seringas e cachimbos e alguns autores chegam a acusar essa característica[34]. Essas experiências são construídas principalmente por ONGs, redes de trabalho voluntários e o Estado. Chamo essas experiências de redução de danos *outsider* por serem promovidas por terceiros não pertencentes ao grupo social dos destinatários, que são indivíduos vulneráveis, viciados, etc.

O âmbito de atuação restrito do que estou me referindo como redução de danos *outsider* cria um vácuo: os usuários que não são viciados e não possuem problemas com as drogas, que são a maioria, não são contemplados. Isso sugere que mesmo as iniciativas reducionistas incorrem no problema que Hart acusa: focalizar nos comportamentos patológicos e ignorar os que acontecem em condições normais (Hart, 2014, p. 87). Quer dizer, aparentemente, não se pensa na redução de danos direcionada a usuários que não fazem um uso abusivo e não estão em situação de vulnerabilidade; que trabalham e convivem em harmonia com sua família e comunidade, desempenhando suas funções; e que, eventualmente, usam drogas ilícitas por prazer, assim como poderiam consumir álcool com moderação e segurança ocasionalmente. Embora possa parecer que esses indivíduos não demandem qualquer preocupação, já que o uso não costuma lhes causar problemas, a verdade é que também existem riscos no seu uso. Tais riscos são agravados num contexto como o brasileiro, pois a proibição dificulta que o usuário tenha acesso a informações seguras e precisas acerca das drogas, o que poderia lhe auxiliar a consumi-las com mais controle e menor risco. Por exemplo, uma falsa noção acerca da qualidade e concentração de uma substância pode causar uma overdose mesmo para o usuário mais cuidadoso, circunstância que poderia ser evitada se houvesse algum controle sobre a produção e distribuição da droga (WEIGERT, 2010, p. 87).

[34] Sobre isso, ver Machado e Boarini (2013, p. 592-593).

Claro que, ao apontar o âmbito restrito de aplicação da redução de danos, não pretendo diminuir as iniciativas voltadas para os usuários mais vulneráveis - que são aqueles adictos que correm risco de contrair doenças infecciosas. Também não se trata de um juízo de valor sobre a abordagem voltada para uns ser mais importante do que a voltada para outros, tampouco sobre estarem em pé de igualdade. O propósito do trabalho não é o de elencar critérios para priorizar o desenvolvimento da redução de danos em um âmbito, em prejuízo dos outros. O que pretendo é apenas indicar que pela bibliografia da pesquisa existe um vácuo em relação a experiências de redução de danos para usuários não adictos que não possuem problemas derivados do uso de drogas[35] e que, conforme expus, constituem a maioria dos consumidores. A explicação para isso, provavelmente, é um juízo no sentido de que é mais urgente voltar as atenções para esses comportamentos patológicos – sobre isso, não cabe a mim, na posição de pesquisador, considerando meu objeto de pesquisa, concordar ou discordar – e uma consequência das dificuldades que a criminalização impõe para a efetivação dessa abordagem. De toda forma, observo que, como Hart alerta, esses comportamentos não constituem a totalidade dos casos – mas, em verdade, uma minoria – e existem poucas pesquisas que focalizam especificamente no outro lado (2014, p. 87).

Como disse, essa redução de danos que é promovida por terceiros e destinada a usuários vulneráveis tem um âmbito de atuação restrito, pois a maioria dos usuários não são viciados e, diante disso, ficam à própria sorte. A situação se agrava quando se leva em conta que a criminalização do uso dificulta o acesso a conhecimento completo, preciso e de fácil acesso sobre as drogas, o que poderia contribuir para que o consumo tivesse mais controle e menor risco. A possibilidade de serem criminalizados afasta esses usuários do Estado e de instituições. Assim, o compartilhamento de informações entre os próprios consumidores acaba sendo um meio de obtenção de conhecimento que permite maximizar os benefícios e evitar os

[35] Ressalto mais uma vez que, apesar de não problemas derivados do uso de drogas, há sempre o *risco* de danos. Dirimir esses riscos é o objetivo da ideia de redução de danos.

efeitos potencialmente perigosos ou perturbadores (BECKER, 1977, p. 191). Essa troca de experiência possibilita a adoção de práticas que diminuem os riscos de danos provenientes do uso de drogas. Tal proceder por parte dos usuários é indispensável num contexto proibicionista, considerando a ineficiência do Estado em promover políticas e programas de redução de danos amplas; e a dificuldade que a criminalização representa para esse tipo de abordagem. É isso que eu chamo de redução de danos clandestina: informações e conhecimentos que (1) derivam em práticas seguras, com o objetivo evitar efeitos danosos; e (2) são compartilhados dentro de um grupo dedicado a uma atividade clandestina (no caso, o uso de drogas), o que exige discrição.

Verifico que seria possível refletir separadamente sobre diversos pontos dessas duas ideias de redução de danos num contexto proibicionista que delineei. Em relação ao que chamei de redução de danos *outsider*, por exemplo, me parece que um questionamento é acerca dos problemas que podem ser gerados pelo fato de que os promotores e os destinatários da redução de danos pertencem a grupos sociais diferentes e, portanto, representam o mundo diferentemente (MOSCOVICI, 2015, p. 16). No mesmo sentido, sobre o que me referi como redução de danos clandestina, é possível a verticalização na questão para investigar como se dá o processo de compartilhamento de informações redutoras de danos entre os usuários e como eles representam as práticas derivadas delas. Essas questões não fizeram parte do objeto deste trabalho – até porque, ao que me parece, esses temas exigiriam uma pesquisa empírica. Assim, o processo de pesquisa acabou servindo também para despertar mais questionamentos, sendo essa uma abordagem de pesquisa possível para trabalhos futuros.

A partir de tudo que foi exposto, concluo que a revisão bibliográfica permitiu perceber que a redução de danos e a criminalização do uso de drogas coexiste “aos trancos e barrancos”, sendo que a abordagem reducionista acaba ficando desprivilegiada pela atuação do sistema penal. A redução de danos como estratégia

de política pública e de assistência de terceiros para com o usuário fica preponderantemente restrita a indivíduos vulneráveis que fazem uso patológico de drogas e correm risco de contrair doenças infecciosas, o que chamei de redução de danos *outsider*. Para além disso, é possível ver a redução de danos se materializando dentro dos grupos de usuários, que compartilham entre si informações e conhecimentos para maximizar os efeitos positivos e reduzir os potencialmente danosos. Todavia, dificilmente existe conhecimento completo, preciso e de fácil acesso num contexto em que o uso de tais substâncias é criminalizado e tem um caráter clandestino – por isso me referi a esse âmbito como redução de danos clandestina.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>. Acesso em 26 de abril de 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Introducción a la criminología de la droga**. Tradução de Maurício Martínez. Nuevo Foro Penal, Bogotá, n. 41, p. 329-347, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **Voto proferido oralmente em sessão de julgamento do RE nº 635.659/SP no dia 10/9/2015**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=d6z2l4TClQg&t=15s>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

_____. **Anotações para o voto oral do RE nº 635.659/SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revam, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. A juventude e a questão criminal no Brasil. *In:* MAGALHÃES, José Luiz Q. de; SALUM, Maria José G.; OLIVEIRA, Rodrigo T. (orgs.). **Mitos e Verdades sobre a Justiça Infanto-Juvenil Brasileira:** Por que somos contrários à redução da maioridade? Brasília: ed. CFP, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1053773b21eb7cc6e5600f16cc0663e4.pdf>. Acesso em 3 de junho de 2017.

BECKER, Howard Saul. **Becoming a marihuana user**. The University of Chicago Press: Chicago, EUA, 2015.

_____. **Truques da escrita**: como começar e terminar teses, livros e artigos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

_____. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Segredos e truques da pesquisa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. Consciência, poder e efeito da droga. *In:* **Uma teoria da ação coletiva**. Rio de Janeiro: Zahar, p. 181-204, 1977.

_____. History, Culture and Subjective Experience: An Exploration of the Social Bases of Drug-Induced Experiences. **Journal of Health and Social Behavior**, vol. 8, n. 3, pp. 163-176, set. 1967. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2948371>. Acesso em 11 de março de 2018.

BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Tráfico de Drogas e Constituição**. Ministério da Justiça, série Pensando o Direito, n. 1, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência:** por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. Concretude simbólica e descrição etnográfica (sobre a relação entre antropologia e filosofia). **Mana**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 409-435, dez. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132013000300001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. O ofício do antropólogo, ou como desvendar evidências simbólicas. **Série Antropologia**, vol. 413, Brasília: DAN/UnB, 2007. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/001DOCUMENTOS/Artigos%20e%20Textos/Artigo%20Luis%20R%20Oficio%20Antrop.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2017.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

COSTA, Ana Cláudia Lago; e FILHO, Roberto Freitas. **Direitos Humanos e mulas do tráfico internacional de drogas**: proposta de cooperação jurídica internacional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

DAMATTA, Roberto. **A casa & a rua**: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. 5ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DINIZ, Débora. **Cadeia**: relatos sobre mulheres. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

_____. **Carta de uma orientadora**: o primeiro projeto de pesquisa. 2ª ed. Brasília: LetrasLivres, 2013.

_____. **Conflitos morais e bioética**. Brasília: LetrasLivres, 2001.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 26ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.

ELIAS, Lucília de Almeida; e BASTOS, Francisco Inacio. Saúde pública, redução de danos e a prevenção das infecções de transmissão sexual e sanguínea: revisão dos principais conceitos e sua implementação no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 12, p. 4721-4730, dez. 2011. Disponível em <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011001300021&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 25 de setembro 2017.

ENGELMANN, Fabiano; e CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 57-72, março de 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 de novembro de 2017

FACHIN, Edson. **Voto-vista proferido oralmente em sessão de julgamento do RE nº 635.659/SP no dia 10/9/2015**. Registro audiovisual disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=d6z2l4TClQg&t=15s>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

_____. **Anotações para o voto oral do RE nº 635.659/SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

FIORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 92, p. 9-21, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 de março de 2018.

GAUER, Ruth Ma. Chittó. Uma Leitura Antropológica do Uso de Drogas. In: **Drogas: abordagem interdisciplinar**. Fascículos de Ciências Penais (03). Porto Alegre: Fabris, 1990.

GONÇALVES, Cristhovão Fonseca. **Na Central da Capital**: entre as drogas e o Pacto : etnografando a criminalização das drogas e a cultura policial nas metas do Pacto Pela "Vida" no Grande Recife. 2016. 155 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Católica de Pernambuco, Pernambuco, 2016. Disponível em <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/576>. Acesso em 9 de março de 2018.

HART, Carl. People Are Dying Because of Ignorance, not Because of Opioids. **Scientific American: Public Health**. November, 2017. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/people-are-dying-because-of-ignorance-not-because-of-opioids/>. Acesso em 26 de março de 2018.

_____. Empty slogans, real problems. **SUR 21**: international journal on human rights. v. 12, n. 21, ago. 2015. Disponível em: <http://sur.conectas.org/en/empty-slogans-real-problems/>. Acesso em 27 de março de 2018.

_____. **Um preço muito alto:** a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HOTEL Laide. Direção: Débora Diniz. Produção: Luciana Brito; e Sinara Gumieri. São Paulo: Itinerante Filmes, 2017. 23 min, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=05ZEhEElNwY>. Acesso em 14 de junho de 2017.

JUSTIÇA. Direção: Mariana Ramos. Produção: Luis Vidal; Niek Koppen; Jan de Ruiter; e Renée Van Der Grinten. São Paulo: Limite Produções, Selfmade Films e NPS, 2004. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qUWZHNWcj7U>. Acesso em 5 de abril de 2018.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 13ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2017.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Introdução à obra de Marcel Mauss. In: **Sociologia e antropologia**. São Paulo: Cosac Naify. p. 11-46, 2003.

LINS, Emmanuela Vilar. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. *In:* NERY FILHO, Antônio, *et al*. orgs. **Toxicomanias:** incidências clínicas e socioantropológicas. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009, p. 243-267. Drogas: clínica e cultura collection. ISBN 978-85-232-0882-0. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>. Acesso em 4 de junho de 2017.

MACHADO, Letícia Vier; e BOARINI, Maria Lúcia. Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 33, n. 3, p. 580-595, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 de março de 2018.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

_____. **Sexo e repressão na sociedade selvagem**. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

MENDES, Gilmar. **Voto proferido oralmente em sessão de julgamento do RE nº 635.659/SP no dia 20/8/2015**. Registro audiovisual disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H9AaWI6JyEo>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

MENDES, Gilmar. **Voto em elaboração do RE nº 635.659/SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

MOSCOVICI, Serge. **Representações Sociais**: Investigações em psicologia social. 11ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PASSOS, Eduardo Henrique; e SOUZA, Tadeu Paula. Redução de danos e saúde pública: construções alternativas à política global de "guerra às drogas". **Psicologia & Sociedade**, Florianópolis, v. 23, n. 1, p. 154-162, abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822011000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 de março de 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Redução de Danos:** prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico e militarização nas Américas: vício de guerra. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 1, p. 9-41, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292012000100001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de março de 2018.

ROSA, Marinês da. Mulheres na máquina do abandono: a escuta de Debora Diniz num presídio feminino. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 26, n. 1, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2018000100800&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 de março de 2018.

RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas**. 2ª edição. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/11259556/Politicas_Publicas_-_Maria_das_Gra%C3%A7as_Rua>. Acesso em 18 de novembro de 2017

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Radical. 3ª edição. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Vilmar Ezequiel dos; SOARES, Cássia Baldini; CAMPOS, Célia Maria Sivalli. Redução de danos: análise das concepções que orientam as práticas no Brasil. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 995-1015, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000300016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 25 setembro 2017.

SEM pena. Direção e produção: Eugenio Puppo. São Paulo: Heco Produções, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2pctKmjMigQ&t=20s>. Acesso em 5 de abril de 2018.

SILVA, Martinho Braga e; DELDUQUE, Maria Célia. Patologização e penalização do uso de drogas: uma análise socioantropológica de proposições legislativas (2007-2010). **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 231-250, mar. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312015000100231&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 7 de junho de 2017.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 de novembro de 2017

SZAFIR, Alexandra Lebelson. **descasos:** uma advogada às voltas com o direito dos excluídos. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA MENDES, Regina. Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, ano 4, n. 13, p. 81-98, 2004.

VARGAS, Eduardo Viana. Uso de drogas: a alter-ação como evento. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 49, n. 2, p. 581-623, dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 8 de março de 2018.

WEIGERT, Mariana de Assim Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal**: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 635.659 / SP**. Tribunal Pleno. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator atual Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em 23 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 4.274 / DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimados: Presidência da República; e Senado Federal. *Amicus curiae*: Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 23 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4274&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 11 de março de 2018.

BRASIL. **Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspublicas.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 430.105 QO / RJ**. 1ª Turma. Recorrente: Ministério Público do estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro; e 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=430105&classe=RE-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 11 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 21 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em 4 de junho de 2017.

BRASIL. **Portaria nº 344/SVS/MS, de 12 de maio de 1998**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em 23 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em 4 de junho de 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>. Acesso em 4 de junho de 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 4 de junho de 2017.

Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. *In*: BRASIL. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em 27 de abril de 2017.

Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. *In*: BRASIL. **Decreto nº 79.288, de 14 de março de 1977**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 29 de maio de 2017.

Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961. *In*: BRASIL. **Decreto nº 54.216, de agosto de 1964**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 29 de maio de 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**, junho de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 21 de março de 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**, dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>. Acesso em 21 de março de 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**, junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 21 de março de 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da Violência**, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf> Acesso em 27 de abril de 2017.

INSTITUTO SANGARI. **Mapa da violência:** Os Novos Padrões da Violência Homicida no Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf> Acesso em 27 de abril de 2017.

Política Nacional Sobre o Álcool. *In*: BRASIL. **Decreto nº 6.117, de 22 de maio de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6117.htm>. Acesso em 21 de março de 2018.

Política Nacional Sobre Drogas. *In:* BRASIL. Gabinete de Segurança Institucional. Conselho Nacional Antidrogas. (2005). **Resolução nº3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspublicas.pdf>. Acesso em 21 de março de 2018.

Política Nacional Antidrogas. *In:* BRASIL. **Decreto nº4.345, de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4345.htm>. Acesso em 11 de março de 2018.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **World Drug Report 2017**. United Nations Publication, Sales No. E.17.XI.6. Disponível em: <https://www.unodc.org/wdr2017/field/Booklet_1_EXSUM.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2018.

_____. **Outcome document of the 2016 United Nations General Assembly Special Session on the World Drug Problem:** our joint commitment to effectively addressing and countering the world drug problem. United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna, junho de 2016. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/postungass2016//outcome/V1603301-E.pdf>. Acesso em 3 de junho de 2017.

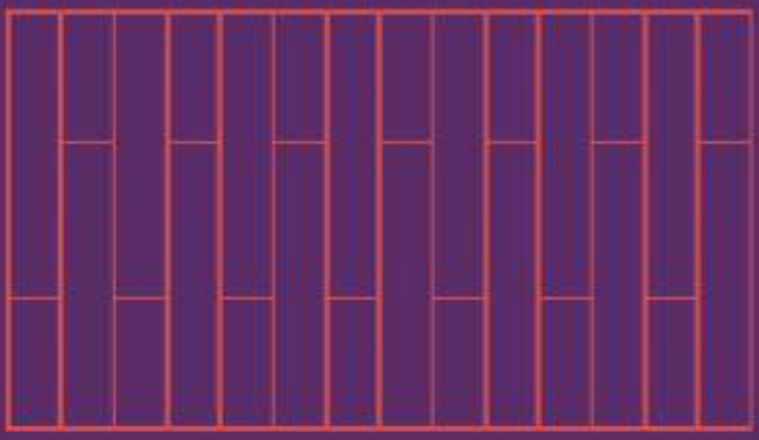
UNITED NATIONS. **Report of the fifty-second session of the Commission on Narcotic Drugs (14 march 2008 and 11-20 march 2009)**. Economic and Social Council, Official Records, 2009. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/825/56/PDF/V0982556.pdf?OpenElement>. Acesso em 29 de maio de 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global status report on alcohol and health - 2014**. WHO Press, 2014. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112736/1/9789240692763_eng.pdf?ua=1>. Acesso em 12 de junho de 2017.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2018 - V.1

Relações Internacionais



UNICEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

Relações
Internacionais

O BOKO HARAM: SURGIMENTO, ATUAÇÃO E RELAÇÃO COM A MÍDIA INTERNACIONAL

Giovanna Quaranta Trindade Silva Rios

RESUMO

O Boko Haram é um grupo terrorista oriundo da Nigéria que ficou famoso quando sequestrou mais de 200 meninas de uma escola em 2014. O objetivo deste trabalho é estudar as raízes de seu surgimento, porque ele é considerado terrorista, as tentativas do estado nigeriano de combatê-lo, além da razão para a mídia internacional não dedicar muita atenção a ele. Para isso é feito um levantamento bibliográfico, contando com uma boa quantidade de autores nigerianos, para explicar como o grupo surgiu e como ele atua. Além disso são selecionadas todas as notícias sobre o Boko Haram no ano de 2014 presente nos sites dos jornais Al Jazeera e The New York times, o propósito disso é fazer uma análise do conteúdo do discurso feito sobre o grupo por esses jornais.

Palavras-chave: Boko Haram; Terrorismo; Nigéria; Mídia Internacional; The New York Times; Al Jazeera.

ABSTRACT

Boko haram is a terrorist group native from Nigeria that became famous when they kidnaped more than 200 girls from their school in 2014. This work aims at studying its roots, why it is labeled as terrorist, the attempts made by the Nigerian government to fight them, as well as the reason why the international media doesn't pay much attention to the group. To this end is made a bibliographic search, counting with a fair amount of Nigerian authors, to explain how the group arose and how it works. Furthermore, all the news posted online about Boko Haram by the newspapers The New York Times and Al Jazeera in the year of 2014 are selected with the purpose of a content analysis, to identify what kind of discourse is made about the group by those journals.

Keywords: Boko Haram; Terrorism; International Media; The New York Times; Al Jazeera.

1 INTRODUÇÃO

O Boko Haram surgiu em um cenário muito favorável ao fundamentalismo e ao extremismo. O norte da Nigéria, muito empobrecido e com baixos níveis educacionais, é um terreno fértil para a doutrinação e disseminação de discurso de ódio. O governo e as instituições, percebidos como corruptos, não dedicaram muitos esforços para mudar a realidade da região. O país contém um largo histórico de grupos insurgentes, muitas vezes fundamentalistas, ao longo das últimas décadas, e pouco faz para combatê-los antes deles se tornem violentos.

O grupo foi muito eficiente ao se aproveitar das falhas do Estado. Seu crescimento foi exponencial, de armas rudimentares a ataques bem organizados com bombas, rifles, tanques, etc. Suspeita-se que eles tenham recebido ajuda e treinamento de outros grupos jihadistas como o al-Shabab e Al-Qaeda, além do apoio do ISIS. A polícia nigeriana foi pouco eficaz no combate ao grupo e só aumentou o sentimento de insegurança ao atacar civis com prisões arbitrárias, torturas e chantagem.

A cobertura da mídia nigeriana ao grupo é relativamente abrangente, porém muitas vezes enviesada. Os meios de comunicação representam uma importante forma de mobilização da população, formação de opinião e vigilância. Contudo, a imprensa na Nigéria parece acuada pelo grupo, que já matou jornalistas e constantemente se aproveita do poder desse meio de comunicação para se auto-promover. A mídia internacional demonstrou pouco interesse pelo grupo até 2014, quando mais de 200 meninas foram sequestradas em sua escola, em Chibok. Este evento gerou grande empatia e uma campanha que se espalhou por vários países do mundo, a #BringBackOurGirls.

Pouco se lê ou estuda sobre os problemas intrinsecamente africanos, e este trabalho visa jogar um pouco de luz sobre um grupo que há mais de uma década está desestabilizando a Nigéria, perpetrando caos e freando o desenvolvimento. É certo que se tal ameaça surgisse em um país considerado desenvolvido, a abordagem seria completamente diferente, tanto do governo quanto da comunidade internacional. Um dos objetivos da presente exposição é justamente trazer um pouco deste debate para fora da Nigéria, especialmente para o Brasil, onde pouco se sabe sobre muitos países africanos – mesmo tendo estreitos laços histórico-culturais com alguns destes, e considerando os países da Costa Oeste deste continente como entorno estratégico.

O ponto de partida deste projeto foi uma inquietação, a busca do porque o Boko Haram recebe pouca atenção da mídia internacional, especialmente dada a natureza de seus ataques. Para isso é necessário entender as origens do grupo, o contexto nigeriano, o que é terrorismo e porque o grupo foi rotulado como terrorista, além de conhecer um pouco da mídia internacional, suas principais fontes e motivações. Ambos os métodos qualitativo e quantitativo serão utilizados no desenvolvimento do trabalho.

O problema de pesquisa, aquilo que busca ser respondido, é de que forma dois gigantes da mídia internacional, legítimos representantes de uma visão ocidental e uma visão árabe-islâmica da política internacional, cobriram o caso do sequestro das meninas de Chibok.

Sendo assim, será feita uma exposição sobre a história do grupo desde 2002 até 2015, serão exploradas as formas de atuação, seus objetivos, e seu contexto. O combate feito pelo estado nigeriano será debatido também, tendo em vista que se mostrou pouco eficiente e com frequentes desrespeitos à direitos humanos básicos, submetendo a população a ainda mais sofrimento. Isso será feito a partir de extensa pesquisa bibliográfica, contando com uma boa representação de autores nigerianos, e comparando dados e relatos expostos por diferentes autores visando uma maior fiabilidade das informações.

Dois eventos específicos serão analisados mais de perto, o sequestro das meninas de Chibok e o massacre ocorrido em Baga. Com relação ao massacre, que ocorreu com poucos dias de diferença do atentado ao jornal francês Charlie Hebdo, será esmiuçada a razão para um ter recebido atenção massiva da mídia, e o outro uma cobertura incomparavelmente mais discreta. Já o sequestro das meninas de Chibok será utilizado para analisar a cobertura da mídia internacional ao grupo, especificamente dos jornais The New York Times e Al Jazeera. O ano de 2014 foi escolhido para ser analisado justamente por ser o ano do sequestro, que colocou bastante atenção no tema e na Nigéria.

As notícias dos jornais escolhidos foram selecionadas a partir de uma metodologia em que o critério de seleção baseia-se na notícia ser de um desses dois jornais, ter sido publicada na internet no ano de 2014, e mencionar as palavras "Boko Haram", independente de a notícia ser ou não sobre o grupo ou sobre a Nigéria. Serão buscados padrões no conteúdo dessas notícias, o objetivo é entender o tipo de cobertura que esses jornais deram, se elas se aprofundam nos problemas do país, se são relevantes e informativas, e, como não pode deixar de ser, as diferenças e semelhanças na abordagem desses dois jornais, que estão sediados em extremos diferentes do mundo. Para tanto serão utilizadas tanto fontes primárias quanto secundárias na exposição de dados.

Ademais, será feito um debate sobre a securitização do grupo, uma abordagem teórica para o que pode ter propiciado seu surgimento, os elementos que justificam sua securitização, e por último um debate sobre os conceitos de terrorismo, sobre sua volatilidade, suas categorias, e seu uso com finalidades políticas. A ideia é gerar um olhar crítico sobre esses temas e conceitos tão em voga no mundo hoje.

2 O BOKO HARAM

Neste capítulo é apresentado um breve contexto da Nigéria para facilitar o entendimento da conjuntura política do país, tão diferente da grande maioria dos países ocidentais. Em seguida é aprofundado o tema do surgimento e desenvolvimento do Boko Haram, além de tratar com mais especificidade do massacre ocorrido em Baga. Por último é feita uma exposição do combate feito pelo estado nigeriano, os esforços multilaterais e as frequentes violações a direitos humanos.

2.1 Politização da religião ou "religianização" da política?

Após a Nigéria alcançar a independência do Reino Unido, em 1960, sua política foi marcada por uma série de golpes de Estado, principalmente pelo governo militar, até que a morte do General Sani Abacha, em 1998, permitiu a transição política para a democracia. Em 1999 foi adotada uma nova constituição, possibilitando a transição para o governo civil. Hoje ainda existe a tarefa de institucionalizar a democracia e reformar a economia baseada em petróleo, cujas receitas foram dissipadas pela corrupção e pela gestão duvidosa. Além disso, a Nigéria continua sofrendo tensões étnicas e religiosas de longa data.[1]

Política e religião estão profundamente mescladas na cultura nigeriana, sendo o islamismo e o cristianismo dominantes, os conflitos ocorrem em quase todos os níveis da sociedade. Em 1985 a Nigéria se registrou como membro da Organização para a Cooperação Islâmica (antes Organização para a Conferência Islâmica), o que gerou revolta entre os cristãos, que viram esse movimento como parte de um plano para gradualmente extinguir sua força na estrutura política nacional e "islamizar" o

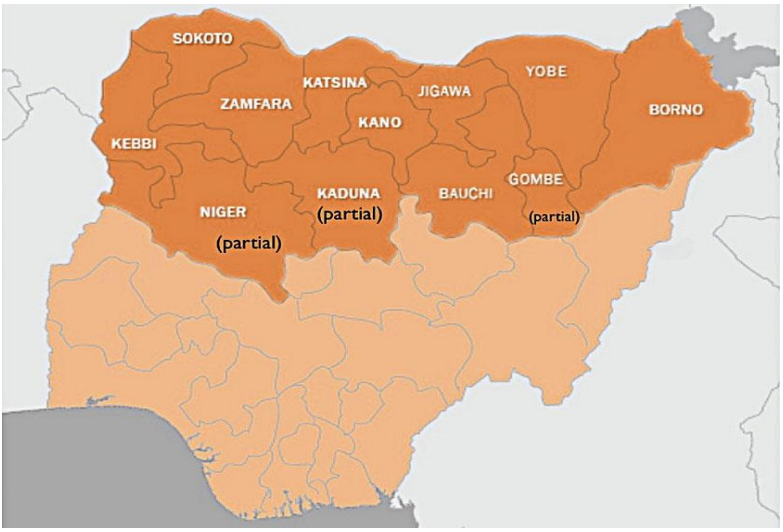
[1] CIA, The World Factbook. "Africa: Nigeria"; Central Intelligence Agency. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ni.html>. Acesso em: 29 de jan. 2018.

país. Em 1999 o governador de Zamfara, Ahmed Yerima, estabeleceu a Sharia[2] como sistema legal oficial do estado, atitude lícita segundo a constituição. Seguindo este movimento, outros 11 estados da região norte adotaram o mesmo sistema legal. Isso intensificou a hostilidade entre cristãos e muçulmanos em um país em que muitos escolhem se identificar pela religião antes de se identificar pela nacionalidade (EBHOMIENLEN et al., 2013, p. 168).

De acordo com Mazrui (apud ISA, 2010, p. 321), um dos desencadeadores para a defesa da Sharia em alguns estados do Norte foi o ressentimento com a posição na periferia da política do país e sua configuração de poder. Houveram momentos em que os líderes políticos do norte ocuparam posições políticas poderosas na Nigéria e outros quando os nortistas aceitaram sua posição economicamente marginal. No entanto, com as eleições federais de 1999, o equilíbrio do poder político deslocou-se para o sul sem uma marcada transformação na marginalidade econômica do norte. Assim, a política da defesa da Sharia foi parte de um protesto contra as desigualdades econômicas regionais na Nigéria.

[2] A lei da Sharia é o sistema legal do Islã. É derivado do Alcorão, do texto central do Islã e das fátuas - decisões dos estudiosos islâmicos. A lei age como um código de vida ao qual todos os muçulmanos devem aderir, incluindo orações, jejum e doações para os pobres. O objetivo é ajudar os muçulmanos a entender como eles devem liderar cada aspecto de suas vidas de acordo com os desejos de Deus. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-27307249>. Acesso em: 10 de abr. 2018.

Figura 1: Mapa dos estados que adotam a Sharia



Fonte: Politico Magazine[3]

2.2 Surgimento e desenvolvimento do grupo

Segundo Walker (2012, p.3), a origem do grupo data de 2002 com um conjunto de jovens que adoravam na Mesquita Alhaji Muhammadu Ndimi, em Maiduguri, no estado Borno. Eles declararam a cidade e o islamismo estabelecido nela como "intoleravelmente e irremediavelmente corruptos".

O grupo se mudou para uma aldeia chamada Kanama, no estado de Yobe, próxima à fronteira com o Níger. Ali estabeleceram uma comunidade separatista regida por princípios islâmicos "linha dura", visando a criação de uma sociedade "mais perfeita" e longe da corrupção. No final de 2003, em uma disputa com o exército, o líder Mohammed Ali acabou morto, junto com boa parte dos setenta

[3] BREMMER, Ian. "The Chart That Explains Why Ukraine Can't Fight Russia"; Politico Magazine. Disponível em: <https://www.politico.com/magazine/story/2014/03/statistics-that-explained-the-world-this-week-104633>. Acesso em: 30 de jan. 2018.

membros da facção. A essa altura a mídia nigeriana já os observava devido ao apelido dado pelos locais, o Talibã Nigeriano. Outro aspecto que chamou atenção foi o fato de jovens saudáveis e abastados, filhos de pessoas importantes do Norte, serem parte da iniciativa. A própria Embaixada dos Estados Unidos na Nigéria, como depois foi revelado pelo vazamento do Wikileaks, concluiu em 2004 que o grupo não apresentava uma ameaça internacional e não estava relacionado a organizações jihadistas (WALKER, 2012, p. 3).

Os poucos sobreviventes do confronto retornaram a Maiduguri, ali se uniram a um outro grupo originário da Mesquita Ndimi, e seu líder era Mohammed Yusuf. Se estabeleceram então em um terreno do padrasto de Yusuf, ao norte da cidade. As autoridades aparentemente haviam perdido interesse pelo grupo, dando espaço para que eles se expandissem para outros estados, incluindo Bauchi, Yobe e até o Níger. Os vizinhos de Maiduguri apelidaram o grupo de Boko Haram, que, grosso modo, pode ser traduzido como "educação ocidental é proibida" (WALKER, 2012, p. 3). Vale ressaltar que, em panfleto circulado em 2010, o grupo afirmou que seu verdadeiro nome é 'Jama'atu Ahlissunnahlidda'awati wal Jihad', que pode ser entendido como "pessoas comprometidas com a propagação dos ensinos do Profeta e Jihad" (ONUOHA, 2012, p. 136).

O grupo criou um "estado dentro do estado", com um gabinete, sua própria polícia religiosa e uma ampla fazenda. As pessoas eram atraídas pela oferta de comida e abrigo, a maior parte delas eram jovens desempregados e refugiados da fronteira com o Chade. A fonte do dinheiro não era clara. Membros do grupo religioso de Borno dizem que Yusuf recebia dinheiro de Salafistas na Arábia Saudita. Outra possível fonte eram doações de nigerianos ricos do Norte (WALKER, 2012, p. 3).

Às vésperas da eleição presidencial de 2007, Sheikh Ja'afar Mahmoud Adam, um clérigo e pregador na mesquita Ndimi em Maiduguri, foi assassinado enquanto pregava na mesquita que ele administrava em Kano. O assassinato permaneceu

como um mistério por um tempo, mas hoje se sabe que foi ordenado por Mohammed Yusuf. Sheikh Ja'afar tinha começado a criticar o grupo por sua ideologia "linha dura", prevendo um choque com o Estado. (WALKER, 2012, p. 4).

Em 2009, ao viajar em massa para o funeral de um companheiro, parte do grupo foi parada por policiais devido ao não uso de capacetes de motocicleta, o que gerou um embate. As circunstâncias não são claras, mas um dos membros teria atirado na polícia, ferindo vários oficiais (WALKER, 2012, p. 4). Integrantes da força-tarefa anti-roubo composta por policiais e militares abriram fogo contra a procissão, matando 17 membros do Boko Haram. Yusuf demandou justiça, contudo as autoridades pouco fizeram para investigar o caso (AGBIBIOA, 2013, p. 433). Posteriormente o líder liberou diversos vídeos com sermões ameaçando o Estado e a polícia com violência, estes circularam em DVD e ganharam grande audiência (WALKER, 2012, p. 4). Neste mesmo mês um time da força-tarefa invadiu o esconderijo em Bauchi e prendeu nove membros, além de apreender armas e materiais utilizados para o preparo de bombas, isso levou o grupo a se rebelar e a atacar formações policiais em Bauchi, e eventualmente em Kano, Yobe e Borno (ADESOJI, 2010, p. 98). Esses eventos levaram o governo de Bauchi a reprimir o grupo, prendendo mais de setecentos membros. Em Maiduguri a polícia cercou a mesquita, mas membros da seita conseguiram sair e, durante três dias, propagaram terror pela cidade. Eles agiam de forma independente, lutando contra a polícia e matando civis cristãos e muçulmanos indiscriminadamente (WALKER, 2012, p. 4).

Quando a polícia retomou o controle de Maiduguri, promoveu um expurgo dos membros do grupo e de qualquer suspeito de apoiar ou simpatizar com o Boko Haram. Dezenas de pessoas foram executadas sem julgamento, incluindo o padrasto de Yusuf. Entre os capturados pelo exército estava o próprio Yusuf, que foi entregue à polícia e morto dentro de algumas horas. Os membros que não foram presos ou executados, fugiram, alguns dizem que para fora do país. Depois disso, a polícia e o exército começaram a buscar informações com líderes tradicionais e imãs locais

sobre pessoas suspeitas de serem membros ou simpatizantes da seita. Se a pessoa havia fugido, sua propriedade era confiscada e dada a estes líderes para manter ou dividir entre seus seguidores. Um número incerto de pessoas foi denunciado e depois desapareceu nesse período (WALKER, 2012, p. 4).

Pouco se sabe acerca do destino daqueles que fugiram no período entre 2009-10, mas a revolta certamente trouxe a atenção do jihad global para o grupo. Acredita-se que os integrantes tenham ido a campos de treinamento na Argélia, Mali e na região Sahel. Supõe-se que a liderança se deslocou para um esconderijo ao norte de Camarões (WALKER, 2012, p. 4-5). Após o assassinato de Yusuf, um Conselho formado por 20 homens assumiu o controle, e como principal comandante emergiu Mallam Abubakar Shekau, que começou a usar mais a internet, especialmente o YouTube, para alcançar maiores públicos (LOIMEIER, 2012, p. 151).

Em setembro de 2010 foi lançado um ataque coordenado à Prisão Central de Bauchi e dezenas de membros que estavam encarcerados desde a revolta de 2009 foram libertados, a partir daí o grupo mudou sua tática de insurreição em massa para assassinatos específicos e táticas de guerrilha urbana (SOLOMON apud ONUOHA, 2012, p. 135). Neste mesmo ano eles retornaram a Maiduguri e deram início a uma campanha de assassinatos. Esta começou com ataques a postos de controle da polícia em Yobe e Borno, o método favorito do grupo era fazê-lo em motocicletas, de forma que eles pudessem matar o oficial e subtrair suas armas. Homens armados também invadiram as casas de líderes locais que haviam cooperado com a polícia, e as pessoas que ocupavam os terrenos confiscados dos membros eram mortas quando se negavam a sair. Entre o natal e o ano novo de 2010 dezenas de bombas foram detonadas perto de igrejas e mercados em dois distritos de Jos e no entorno de Abuja, matando dezenas. Estes ataques mostraram que o grupo era capaz de atingir civis e pontos vulneráveis (WALKER, 2012, p. 5).

Abu Dujana, um antigo membro da seita, disse à BBC via telefone que os membros desenham suas ideias do mesmo grupo de pensamento radical da al-Qaeda

e do al-Shabab. Eles começaram a roubar bancos, comboios de dinheiro e negócios bem-sucedidos em Maiduguri e em Bauchi. Eles alegam que os roubos são permitidos pelo corão já que os recursos tomados são considerados "espólios da guerra". Acredita-se que o grupo tenha alcançado a quantia de 500 milhões de naira[4], ou 3 milhões de dólares, dessa forma (WALKER, 2012, p. 5).

Em junho de 2011 o Boko Haram bombardeou a sede da polícia em Abuja. Um carro carregado com explosivos entrou no complexo Louis Edet House, um bloco de escritórios na zona governamental de Abuja. Supõe-se que o motorista objetivava estacionar o carro perto da escada de entrada, mas foi direcionado para a parte de trás do prédio por guardas, dessa forma a bomba detonou no estacionamento. Na época ainda se questionou se a bomba tinha a intenção de ser um ataque suicida, mas em agosto deste mesmo ano as dúvidas foram sanadas quando um homem dirigiu até o complexo da ONU, também em Abuja, e detonou uma bomba que matou 23 pessoas e feriu dezenas de outras. Esse ataque colocou as atenções da mídia internacional no Boko Haram e posicionou o grupo como militante com capacidade técnica e doutrinaria de produzir bombardeios suicidas (WALKER, 2012, p. 5-6).

A forma como o grupo se conectava com o mundo externo também mudou nesse período, eles estreitaram a disciplina telefônica, ao invés de ter os jornalistas ligando para os contatos feitos dentro da organização, os membros começaram a coletar o número dos jornalistas que eles gostariam de contatar. Abu Qaqa, um porta-voz do grupo, começou a contatar periodistas reivindicando a autoria de ataques, que se intensificaram bastante após o bombardeio ao complexo das Nações Unidas. Eles começaram a atacar outras representações de autoridade para além da polícia, o que incluía escolas e jornais. Em 2012, doze escolas públicas foram queimadas durante a noite em Maiduguri, forçando cerca de 10.000 crianças a ficarem sem acesso à educação formal. A seita disse aos jornalistas que esses

[4] Moeda da Nigéria

ataques foram uma retaliação às prisões de vários professores islâmicos de escolas corânicas tradicionais (Tsangaya) em Maiduguri (WALKER, 2012, p. 6). Nesse ano ainda houve a morte de dois reféns europeus, Franco Lamolinara e Chris McManus, um italiano e o outro britânico. As vítimas, sequestradas em 2011, acabaram mortas durante a tentativa de resgate. Embora o Boko Haram seja suspeito, não há evidências de que o grupo estava realmente envolvido no sequestro e assassinato dos estrangeiros (REINERT; GARÇON, 2014, p. 242).

Em janeiro de 2012 o presidente Goodluck Jonathan lamentou a situação dizendo que o momento era pior do que a Guerra Civil de 1967-70. Todas as tentativas de negociar com o grupo falharam, isso se dá muito devido à estrutura fracionada da seita. Cada membro do Conselho é responsável por uma célula, e cada célula é focada em uma determinada tarefa ou área geográfica distinta. Abubakar Shekau também rejeitou as negociações, ele disse que sua organização não havia feito nada de errado, sendo assim, a anistia não se aplicaria a eles (AGBIBOA, 2014, p. 47). Em outubro de 2012 soldados da *Joint Task Force* alegaram ter matado Shekau, além de outros 29 membros (REINERT; GARÇON, 2014, p. 243). De acordo com Agbiboa (2013a, p. 41), em janeiro de 2013 o Boko Haram tomou o controle de áreas em Marte, Mobbar, Gubio, Guzamala, Abadam, Kukawa, Kala-Balge, e Gamboru Ngala, na região norte de Borno, perseguiram oficiais do governo e impuseram a lei da Sharia.

Em fevereiro de 2013, Ansaru, um grupo dissidente do Boko Haram, sequestrou sete expatriados de uma empresa libanesa de construção em Bauchi, no que foi, até aquele momento, o maior sequestro no norte da Nigéria da história recente. Em março os sete foram executados como resposta do grupo à movimentação de tropas inglesas que indicavam sinais de uma tentativa de resgate. Em maio o presidente Goodluck Jonathan declarou estado de emergência nos estados de Borno, Yobe e Adamawa, isso envolveu o maior contingente militar mobilizado na Nigéria desde a Guerra Civil. Em setembro deste ano Abubakar

Shekau apareceu em um vídeo enviado para as agências de notícias, provando estar vivo, contudo, a *Joint Task Force* contestou sua autenticidade (REINERT; GARÇON, 2014, p. 244-245).

Em abril de 2014 o Boko Haram sequestrou, durante a noite, mais de 200 meninas que estavam no dormitório de sua escola, em Chibok. Isso gerou, talvez pela primeira vez, grande comoção na mídia internacional e nas redes sociais. A campanha "*Bring Back Our Girls*" foi lançada para aumentar a consciência global sobre o tema e também para desafiar o governo nigeriano a resgatar as meninas com segurança. Vários líderes mundiais e organizações internacionais expressaram solidariedade pelas garotas da escola. Meninas jovens, com menos de vinte anos, que estavam na escola cujo padrão de vestimentas e abordagens educacionais não seguiam padrões associados aos muçulmanos. Este evento tornou-se um grande dano na reputação e na história da Nigéria (OLUTOKUNBO et al., 2015, p. 65-66).

O islamismo radical não é um fenômeno novo no norte da Nigéria, entretanto é válido ter em conta o contexto desta região. Em 2013, o Norte continuou a ser a parte mais subdesenvolvida do país, o desemprego crônico e a pobreza são grandes. Os efeitos da pobreza na saúde e educação são particularmente marcantes. No estado de Borno, somente 2% das crianças menores de 25 meses foram vacinadas; 83% dos jovens são analfabetos; e 48,5% das crianças não frequentam a escola (AGBIBOA, 2014, p. 51). Um estudo que foi feito em seis estados da Nigéria (Bono, Gombe, Kaduna, Kano, Sokoto e Yobe) revelou que as mesmas causalidades (econômicas, sociais, políticas e religiosas) propiciam a vinculação das pessoas ao grupo (ONUOHA, 2014, p. 5). O Boko Haram atrai, também, muitos *Almajiris*. O termo se refere a alguém que deixa sua casa em busca de uma educação islâmica. É uma prática popular enviar crianças para viver e estudar com renomados professores do Islã em cidades do norte da Nigéria. Uma pesquisa feita em 2010 apontou para a existência de 8,6 milhões de *Almajiris* nessa região do país. Estes geralmente vivem em condições muito precárias, moram muitas vezes em barracas acanhadas,

deixados com pouca ou nenhuma comida, forçando-os a percorrer as ruas em mendicância. Tendo sido privados do cuidado dos familiares, eles acabam formando a maior parte dos recrutados por grupos fundamentalistas[5] (ONUOHA, 2012, p. 137).

2.3 O massacre de Baga

O massacre que vitimou, segundo a Anistia Internacional, cerca de 2.000 pessoas em Baga, ocorreu com poucos dias de diferença do ataque feito ao jornal francês Charlie Hebdo, em Paris – quando homens armados mataram 12 pessoas por vingança em nome do "Profeta", referência a Maomé, alvo de charges publicadas pelo jornal.[6] Sem entrar no mérito de quem ou o que merece mais atenção, já que ambos episódios são condenáveis e tiveram impactos negativos, o que se busca entender são os critérios que fazem com que um destes eventos ganhe ampla cobertura midiática e o outro, com um número consideravelmente maior de vítimas, ganhe uma cobertura mais discreta.

Em 3 de janeiro de 2015, homens armados do Boko Haram invadiram a cidade de Baga, fronteira com o Chade, e se apoderaram de um campo do exército, a segunda vez na semana que militantes ocuparam uma base militar. Moradores que conseguiram escapar do ataque disseram que a cidade estava destruída após várias horas de combate. Um sobrevivente declarou que os agressores chegaram em centenas com armas, caminhões e granadas, queimaram todas as casas que puderam

[5] Os movimentos fundamentalistas são reativos. Fundamentalistas acreditam que sua religião está sob ameaça mortal pelo secularismo, e eles estão lutando de volta. Eles também são dualistas, enxergam o mundo de forma binária. Fundamentalistas acreditam que seu livro sagrado, por meio de interpretes ou sendo lido diretamente, possui autoridade suprema sobre o que se deve acreditar e como se deve agir, contudo essa interpretação é seletiva. Finalmente, eles creem em uma visão milenarista da história, esperando que Deus estabeleça plenamente suas leis no mundo em um tempo futuro. (HERRIOT, 2008, p. 2, tradução nossa)

[6] G1 Globo.com. "Ataque em sede do jornal Charlie Hebdo em Paris deixa mortos"; G1 Globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/01/tiroteio-deixa-vitimas-em-paris.html>. Acesso em: 01 de mar. 2018.

e também a base militar.[7] Esta base era parte de um esforço multinacional entre a Nigéria, o Chade e o Níger para combater o grupo islâmico, contudo, as forças do Chade não haviam sido implantadas ainda, e os militares do Chade fugiram antes do ataque do grupo, deixando sozinhos os combatentes nigerianos. Os invasores atacaram a base e, após várias horas de confronto, as tropas ficaram sem munição, levando-as a abandonar o posto. Os insurgentes se dividiram em grupos e atacaram Baga, Doron-Baga e Bundaram, obrigando as pessoas a fugirem. Homens armados em motocicletas ainda perseguiram e atiraram nos moradores que fugiram. A cidade era a última no Norte ainda sob controle do governo nigeriano.[8]

O Ministro de Defesa disse que o número de mortos foi de cerca de 150, e que muitos destes eram integrantes do grupo terrorista.[9] Entretanto, imagens de satélite da Anistia Internacional contestam esse dado. As imagens mostram mais de 3.100 estruturas danificadas ou destruídas pelo fogo em Doron-Baga. Já em Baga, uma cidade densamente povoada, cerca de 620 estruturas ficaram nas mesmas condições. A organização estima que o número de mortos seja de 2.000 pessoas.[10] O presidente Goodluck Jonathan não fez menção pública ao massacre ocorrido na região, porém, menos de uma semana depois, prestou condolências ao presidente François Hollande e ao povo francês pelo ataque ao Charlie Hebdo.[11]

[7] MARK, Monica. "Thousands flee as Boko Haram seizes military base on Nigeria border"; The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/05/boko-haram-key-military-base-nigeria-chad-border>. Acesso em: 20 de set. 2017.

[8] ABUBAKAR, Aminu; DIXON, Robyn. "Hundreds said killed by Boko Haram in attacks in northeastern Nigeria"; Los Angeles Times. Disponível em: <http://www.latimes.com/world/africa/la-fg-wn-boko-haram-baga-20150109-story.html#page=1>. Acesso em: 20 de set. 2017.

[9] ROSS, Will. "Boko Haram crisis: Nigeria estimates Baga deaths at 150"; BBC News. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-africa-30788480>. Acesso em: 20 de set. 2017.

[10] MARK, Monica. "Boko Haram's 'deadliest massacre': 2,000 feared dead in Nigeria"; The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/09/boko-haram-deadliest-massacre-baga-nigeria>. Acesso em: 20 de set. 2017.

[11] Press Release. "Jonathan condemns terrorist attack on French magazine"; Premium Times. Disponível em: <https://www.premiumtimesng.com/news/more-news/174503-jonathan-condemns-terrorist-attack-french-magazine.html>. Acesso em: 20 de set. 2017.

2.4 O combate feito pelo Estado nigeriano

Para tratar da resposta dada pelo governo nigeriano às ações do Boko Haram, o recorte será feito a partir das revoltas de julho de 2009, após o enfrentamento do grupo com a polícia local pelo tema do uso de capacetes, que foi quando as atividades começaram a se intensificar – apesar do breve intervalo entre a retomada de Maiduguri pela polícia nesse mesmo ano e o ataque à prisão de Bauchi, em 2010. Naquela oportunidade, Mohammed Yusuf foi capturado vivo e executado sem julgamento, assim como seu padrasto, que não tinha conexão direta com o grupo, e dezenas de outros membros. Da mesma forma, Buji Foi, um ex-comissário no estado de Borno acusado de financiar o Boko Haram, foi preso e executado um dia depois de Yusuf. (ONAPAJO; UZODIKE, 2012, p. 30). Vídeos de jovens rapazes e supostos membros do grupo sendo assassinados pela polícia foram postados no YouTube (WALKER, 2012, p. 4).

Com a volta e proliferação dos ataques em 2011, o governo nigeriano decidiu criar uma força-tarefa militar conjunta especial (*Special Joint Military Task Force*), conhecida como Operação de restauração da ordem. A força contava com o Exército, Marinha, Força-Aérea, Polícia, e com o Serviço de Segurança do Estado. Estabelecida em Maiduguri, sua missão era neutralizar a ameaça do grupo na região. No final deste mesmo ano, o presidente Goodluck Jonathan declarou estado de emergência em 14 áreas, localizadas em quatro estados diferentes, onde as atividades do grupo eram mais intensas. Alguns dos poderes estabelecidos por esse ato foram a detenção de suspeitos, a tomada de posse ou o controle de qualquer propriedade na área de emergência, a entrada e busca em qualquer local, e o pagamento de compensação às pessoas afetadas pela ordem (SAMPSON, 2015, p. 27-38).

No entanto, as atividades da JTF (*Joint Task Force*), como ficou conhecida, atingiram os direitos e liberdades individuais, e, entre outras coisas, era comum a arbitrária detenção em massa de pessoas sob suspeita de terrorismo, execuções extrajudiciais, entradas e buscas excessivas. A força-tarefa ganhou a reputação de

executar sumariamente pessoas detidas por suspeita de adesão ao Boko Haram. A maioria das vítimas foram mortas durante as operações da JTF e posteriormente identificadas como militantes da facção mortas em combates armados, enquanto outras foram executadas após a prisão e/ou sob custódia. Outras foram abduzidas de suas casas e executadas em lugares isolados, executadas ou espancadas até a morte enquanto detidas, ou mortas e atiradas nas ruas (SAMPSON, 2015, p. 38).

O *Terrorism Prevention Act* (TPA) foi aprovado pela Assembleia Nacional em 2011. Atos de terrorismo foram criminalizados e procedimentos legais foram estabelecidos, incluindo: investigação, busca de instalações e apreensão de pessoas ou materiais; atividades de vigilância; a apreensão de dinheiro e bens terroristas; extradição; e a prisão e detenção de suspeitos terroristas e sua acusação. O TPA reconheceu a inter-relação entre o antiterrorismo e o Estado de direito, portanto, suas disposições subscrevem as garantias mínimas de direitos humanos em tratados internacionais relevantes de direitos humanos e a constituição (SAMPSON, 2015, p. 39).

Em 2013 Baga foi atacada por soldados nigerianos enfurecidos pelo assassinato de um deles. Um grupo de militares começou a atirar indiscriminadamente na população e a atear fogo nas casas e estabelecimentos, quem tentava sair das casas em chamas era alvejado, sobreviventes disseram ter visto uma criança pequena ser arrancada da mãe e atirada no fogo, muitos eram obrigados a correr de volta para as chamas para evitar serem atingidos pelas balas. Ao tentar escapar, pessoas também morreram afogadas no Lago Chade, outros foram atacados por hipopótamos nas águas rasas. Centenas de moradores fugiram para a mata, onde tiveram que ficar por dias em condições precárias, as pessoas mais velhas, que não conseguiam correr, em sua maioria morreram queimadas, crianças pequenas deixadas para trás também. Estima-se que aproximadamente 200 pessoas tenham perdido suas vidas nessa investida militar. O exército efetivamente bloqueou muitos jornalistas de chegarem a Baga. Embora as numerosas baixas civis sejam rotina no

confronto dos militares com o Boko Haram, os políticos nigerianos geralmente têm pouco a dizer sobre. Entretanto, desta vez, houve indignação e pedidos por uma investigação na Assembleia Nacional, e o governo da Nigéria sofreu severas críticas internamente e no exterior, incluindo dos Estados Unidos.[12]

Em 2014, como uma iniciativa da Comissão da Bacia do Lago Chade (LCBC) e com o apoio da União Africana (AU) e do Conselho de Paz e Segurança (PSC), foi criada a Força Tarefa Conjunta Multinacional (*Multinational Joint Task Force*) como um mecanismo ofensivo e de estabilização com o objetivo de combater o Boko Haram e outros grupos rotulados como terroristas que atuam na região da Bacia do Lago do Chade. Embora a MNJTF tenha sido uma iniciativa da LCBC, apenas quatro dos seis Estados membros – Camarões, Níger, Nigéria e Chade, além do não-membro Benim – são parte da força. Como resultado, a MNJTF é uma coalizão de estados que surgiu para enfrentar uma ameaça comum. Seu mandato inclui, entre outras coisas, a realização de operações militares para evitar a expansão do grupo; patrulhas condutoras; a prevenção da transferência de armas ou logística para o grupo; a busca e libertação ativas de todos os seus sequestrados, incluindo as garotas de Chibok; e a realização de ações psicológicas para incentivar a deserção nas fileiras de frente do Boko Haram. A MNJTF também ficou encarregada de realizar ações específicas nas áreas de inteligência, direitos humanos, informação e mídia (ASSANVO et al., 2016, p. 2-3).

Em relatório lançado em 2014, a Anistia internacional denunciou a tortura e os maus-tratos promovidos por agentes do Estado na Nigéria. A pesquisa revelou um padrão de investigação criminal inadequado por parte da polícia e militares, e um desrespeito pelo devido processo. Isso facilita violações dos direitos humanos das pessoas em custódia, como a tortura e outros maus-tratos, e a recusa de prover aos suspeitos um julgamento justo. Os agentes oficiais de segurança raramente são

[12] NOSSITER, Adam. "Massacre in Nigeria Spurs Outcry Over Military Tactics"; The New York Times. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2013/04/30/world/africa/outcry-over-military-tactics-after-massacre-in-nigeria.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 09 de out. 2017.

responsabilizados pelas falhas no seguimento do processo ou por perpetrar violações dos direitos humanos. A ausência de reconhecimento e condenação pública de tais transgressões pelos altos funcionários do governo contribuem ainda mais para criar um ambiente de impunidade, além de suscitar sérias preocupações com a vontade política de acabar com essas violações. Em adição a essa impunidade, vários outros fatores facilitam a rotina e prática sistêmica de tortura e maus-tratos na Nigéria. A força policial é mal treinada para realizar investigações criminais, ela depende fortemente de interrogatórios e confissões para resolver casos e as prisões são rotineiramente realizadas antes da investigação. De forma similar, as operações militares conduzidas contra o Boko Haram dependem fortemente de "rastreios" e detenções em massa, e essas pessoas ficam presas por longos períodos sem acusação ou julgamento (AMNESTY INTERNATIONAL, 2014, p. 6).

Embora o direito internacional dos direitos humanos e a lei nigeriana estabeleçam uma série de salvaguardas para prevenir a tortura, estas raramente são postos em prática. A Anisita Internacional entrevistou centenas de vítimas que disseram ter sido presas – tanto pelo exército quanto pela polícia – sem mandados, interrogadas na prisão em regime de incomunicabilidade – sem acesso às suas famílias ou advogados – e não foram levados perante um tribunal dentro de um tempo razoável. O desrespeito de tais salvaguardas os deixou à mercê das forças de segurança. Vários advogados revelaram que, na maioria dos casos, a polícia confia exclusivamente em declarações confessionais para embasar os processos. Levando em consideração que a maioria das vítimas de tortura não têm acesso a recursos financeiros, a preocupação sobre como tais "confissões" foram obtidas geralmente não é levantada no tribunal em tais casos. Além disso, mesmo que a "confissão" eventualmente seja derrubada e que a polícia não consiga produzir provas suficientes para prosseguir com a acusação, a vítima já terá passado meses ou anos em detenção, esperando ou passando por um julgamento (AMNESTY INTERNATIONAL, 2014, p. 7).

A organização descobriu também que a vasta maioria das queixas sobre tortura e maus-tratos não levam a nenhuma investigação. Na maioria dos casos envolvendo alegações de tortura por parte das forças de segurança que a Anistia documentou, nenhuma investigação ou medida apropriada foi tomada para levar os suspeitos perpetradores à justiça. E nos casos em que as investigações ocorreram, elas geralmente eram internas do sistema policial ou militar, os resultados não foram revelados e nenhuma ação criminal ou disciplinar foi tomada contra os acusados envolvidos. Dessa forma, o ciclo de impunidade permanece inalterado. Pedidos de indenização são raros já que a maioria das vítimas são pobres e sequer podem pagar por um advogado. Em todos os casos investigados pela entidade, nenhuma vítima de tortura ou maus-tratos foi indenizada pelo governo (AMNESTY INTERNATIONAL, 2014, p. 7).

Essa situação, segundo esse relatório da Anistia, não é nova. Ao longo dos anos várias organizações nacionais e internacionais reportaram sobre o uso generalizado da tortura pela polícia e por outras agências de segurança. O Relatório Especial da ONU sobre Tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes concluiu, depois de uma missão ao país em 2007, que "na Nigéria, a tortura e os maus-tratos são amplamente praticados sob custódia policial; eles são particularmente sistêmicos nos Departamentos de Investigação Criminal. A tortura é uma parte intrínseca ao funcionamento da polícia nigeriana." Em 2005, a organização nigeriana de direitos humanos *Access to Justice* informou que a força policial estava usando tortura como uma prática institucionalizada e rotineira em seu processo de investigação criminal. Em 2007, a Comissão Nacional de Direitos Humanos (NHRC) afirmou que a tortura é utilizada como um meio oficial de investigação de delitos, e que muitos casos em tribunais são processados com base em "confissões" obtidas sob circunstâncias de tortura das pessoas acusadas (AMNESTY INTERNATIONAL, 2014, p. 8).

A título de conhecimento, a Anistia Internacional identificou as seguintes práticas como as mais comuns: espancamentos; estupro e violência sexual; tiros; extração de unhas ou dentes; suspensão em hastes ou canos; regime de fome; sentar-se em objetos afiados; choques elétricos; enforcamento; 'tabay' (os cotovelos são amarrados atrás das costas antes da pessoa ser suspensa em uma vara ou forçada a sentar-se embaraçosamente no chão); e tortura com água (AMNESTY INTERNATIONAL, 2014, p. 9-11).

3 A RETÓRICA DO TERRORISMO NA SECURITIZAÇÃO DO GRUPO E OS CRITÉRIOS DA MÍDIA PARA DAR PUBLICIDADE A UM EVENTO

O presente capítulo é centrado em perspectivas mais teóricas. O estado de natureza Hobbesiano é utilizado para explicar uma das condições que favoreceu o surgimento do grupo no norte da Nigéria. Já a abordagem da securitização serve ao propósito de justificar a percepção de ameaça apresentada pelo Boko Haram. Após, é feito um debate sobre as definições de terrorismo, tentando sempre manter um olhar crítico, buscando entender as finalidades presentes por trás de cada definição. Por último, mas não menos importante, traz-se uma teoria que se esforça para explicar os critérios para um evento tornar-se notícia na mídia internacional, e esta é aplicada ao caso do massacre de Baga.

3.1 O estado de natureza no norte da Nigéria

Hobbes (1651 [2009]) coloca que os homens, quando desejam a mesma coisa e não podem desfrutá-la por igual, tratam de eliminar ou subjugar uns aos outros, um agressor teme somente o poder de outro homem. Dessa forma, não há maneira mais astuta de se proteger do que se antecipar e dominar mediante a força a maior quantidade possível de homens. A competição os impulsiona a se atacarem para alcançar algum benefício. Com isso, quando não existe um poder comum capaz de manter os homens em uma atitude de respeito, temos uma guerra de todos contra

todos. A natureza de guerra não consiste no combate em si, mas na disposição para ela durante todo o tempo em que não há segurança. Uma vez que esse é o estado de natureza dos homens, não havendo algo que possa ser usado para auxiliá-los a preservar a própria vida, todos têm direito a tudo.

Dado o estado natural de insegurança, Hobbes define algumas leis naturais, comuns a todos. A primeira lei é a autopreservação, que o induz a se impor sobre os demais, e desta deriva a segunda lei: "[...] o homem deve concordar com a renúncia a seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que considerar tal decisão necessária à manutenção da paz e de sua própria defesa" (HOBBES, 1651 [2009], p. 98). Entretanto, essa lei não é válida sem ressalvas, entre elas: "[...] ninguém renuncia ao direito de revidar ao ataque de quem, pela força, tenta tirar-lhe a vida" (HOBBES, 1651 [2009], p. 99), e "[...] ninguém sofrerá, com paciência, o castigo de ser aprisionado ou ferido por seu semelhante, até porque ninguém pode dizer, quando vê que outros avançam contra ele com meios violentos, se eles têm a intenção de matá-lo ou não" (HOBBES, 1651 [2009], p. 99).

Assim surge o contrato social, que nada mais é do que a transferência mútua de direitos. A preocupação com sua própria preservação e a garantia de uma vida mais longa leva os homens a aceitarem a restrição de sua liberdade, contanto que todos o façam também. Vale ressaltar que, sem a espada, os pactos não passam de palavras sem força, por isso é instituído um poder central e soberano, capaz de garantir a lei e a ordem. É um pacto de cada homem com todos os homens e isso passa a se chamar Estado. Em virtude do poder e legitimidade que cada cidadão concede ao Estado, ele é capaz de garantir a segurança, conformar todas as vontades e garantir a paz em seu país. O soberano deve ser capaz de punir os indivíduos que agem fora da lei instituída, além de prover garantias como trabalho e educação para seus súditos. Contudo, expõe Hobbes (1651 [2009], p. 131):

> Efetivamente, aqueles que são governados com desleixo ousam pegar em armas para defender ou impor uma opinião, mas são eles os que se encontram ainda em guerra. Sua condição não é a paz: trata-se da suspensão de hostilidades por temor mútuo; vivem continuamente num prelúdio de batalha. Portanto, compete ao detentor do poder soberano serem juízes, ou constituírem todos os juízes de opiniões e doutrinas, como algo necessário para a paz, evitando assim a discórdia e a guerra civil.

Analisando a insurgência do Boko Haram no norte da Nigéria, podemos observar a ausência de um Estado forte na região cumprindo com a sua parte no contrato. A pobreza[13], a fome, o alto nível de desemprego[14], o baixo nível educacional[15], os altos índices de corrupção[16], esses fatores levam a uma descrença na capacidade do Estado de proteger seus cidadãos, o que gradativamente pode levar as pessoas de volta ao estado de natureza Hobbesiano. Isa (2010, p. 329) argumenta que a emergência e subsequente transformação do grupo está ligada com a insatisfação com a base econômica fraca do país, que considera todas essas características mencionadas acima. Quanto maior a ausência do poder estatal, mais espaço as pessoas ganham para exercer sua vontade soberana de subjugar outros homens e tomar para si o que julgarem conveniente, já que tampouco existe propriedade no estado de natureza, há somente o que você consegue conquistar e proteger.

[13] Entre 2009 e 2011, 54,4% da população estava vivendo abaixo da linha internacional da pobreza da Unicef. Disponível em: <https://www.unicef.org/infobycountry/nigeria_statistics.html>. Acesso em: 17 de nov. 2017.

[14] No quarto trimestre de 2009 o nível de desemprego alcançou 19,7%, o que representa mais de 30 milhões de pessoas da população total. Disponível em: <https://tradingeconomics.com/nigeria/unemployment-rate>. Acesso em: 17 de nov. 2017.

[15] Segundo a Unicef, entre os anos 2008 e 2012 apenas 54,2% dos homens e 54,3% das mulheres chegaram à escola secundária. Disponível em: <https://www.unicef.org/infobycountry/nigeria_statistics.html>. Acesso em: 17 de nov. 2017.

[16] A Nigéria ocupa a posição 136 de 176 no Índice de percepções de corrupção 2016 da Transparência Internacional. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 17 de nov. 2017.

3.2 O processo de securitização do Boko Haram

Buzan et al. (1998, p. 5-8) estabelecem alguns pressupostos que compõem sua análise sobre securitização. Alguns conceitos que devem ser explicados de antemão são os níveis de análise e os setores. Os níveis de análise fornecem uma estrutura dentro da qual se pode teorizar, eles não são em si teorias, mas permitem localizar fontes de explicação e os resultados dos quais as teorias são compostas. Os níveis são cinco, do mais macro ao mais micro: sistemas internacionais; subsistemas internacionais; unidades; subunidades; e indivíduos. Já os setores servem para desagregar um todo com o propósito de fazer a análise selecionando alguns dos seus padrões distintivos de interação. Entretanto, aos itens identificados por setores falta a qualidade de existência independente. Relações de coerção não existem separadas das relações de troca, autoridade, identidade e meio ambiente. Os setores podem identificar padrões distintivos, mas eles permanecem partes inseparáveis de um todo complexo. Além disso, o método analítico de setores, apesar de começar com desagregação, necessita terminar com remontagem. A desagregação é feita apenas para se alcançar clareza e simplificação, mas para alcançar entendimento é preciso remontar as partes e observar como elas se relacionam umas com as outras.

Para os autores, que qualidade torna algo um problema de segurança nas relações internacionais? A resposta pode ser encontrada no tradicional entendimento político-militar de segurança. Nesse contexto, segurança é sobre sobrevivência. A natureza especial das ameaças à segurança justifica o uso de medidas extraordinárias para lidar com elas. Invocar esse termo tem sido a chave para legitimar o uso da força e, mais frequentemente, tem aberto o caminho para o estado se mobilizar, ou tomar medidas extraordinárias, para lidar com ameaças à sua existência (BUZAN et al., 1998, p. 21).

Mas o que implicam os termos ‘ameaça existencial’ e ‘medidas extraordinárias’? O primeiro somente pode ser entendido em relação à característica particular do objeto referente em questão. Não existe um padrão universal baseado

em algum sentido do que ameaça a vida humana. A qualidade essencial irá variar através de diferentes setores e níveis de análise, assim variará também a natureza das ameaças existenciais. No setor político as ameaças tradicionalmente são definidas nos termos do princípio constitutivo – soberania, mas às vezes pode ser ideologia – do estado. A soberania pode ser ameaçada existencialmente por qualquer coisa que questione o reconhecimento, a legitimidade, ou a autoridade governante (BUZAN et al., 1998, p. 21-22).

"Segurança" é um movimento que eleva a política para além das regras estabelecidas do jogo e enquadra o problema ou como um tipo especial de política ou o posiciona acima desta. A securitização pode ser vista como uma versão mais extrema da politização. Em teoria, qualquer problema público pode ser situado no espectro não politizado (significando que o estado não lida com isso e tampouco é tornado uma questão de debate público), variando ao politizado (significando que o problema é parte de uma política pública, requerendo decisão governamental e alocação de recursos), até o securitizado (significando que o problema se apresenta como uma ameaça existencial, requerendo medidas emergenciais e justificando ações fora dos limites normais do procedimento político). Segurança é uma prática auto referencial pois é nela que a questão se torna um problema de segurança – não necessariamente porque existe uma ameaça real, mas porque ela é apresentada como uma. A definição exata e os critérios de securitização são constituídos pelo estabelecimento intersubjetivo de uma ameaça existencial com uma saliência suficiente para produzir efeitos políticos substanciais (BUZAN et al., 1998, p. 23-25).

A questão central da securitização repousa no discurso e nas constelações políticas: quando um argumento com essa retórica e estrutura semiótica específicas alcança um efeito suficiente que faz uma audiência tolerar a violação de regras que em outros casos teriam que ser obedecidas? Mesmo a lógica geral da securitização estando clara, é importante ser preciso acerca de seus limites. Um discurso que

assume a forma de apresentar uma questão como uma ameaça existencial para um objeto referente não cria sozinho a securitização – esse é um movimento securitizador, mas a questão só é securitizada quando – e se – a audiência a aceitar de tal forma. Vale lembrar que aceitação não necessariamente significa uma discussão aberta, apenas que uma ordem repousa tanto na coerção quanto no consentimento (BUZAN et al., 1998, p. 25).

O ato de segurança é negociado entre o securitizador e a audiência – isto é, internamente com a unidade – assim o agente securitizador obtém permissão para se sobrepor a regras que em outras circunstâncias não seria possível. Uma securitização de sucesso possui três componentes: a ameaça existencial; a ação emergencial; e os efeitos nas relações entre unidades pela quebra das regras. A característica distintiva da securitização é sua estrutura retórica específica – sobrevivência, prioridade de ação "porque se o problema não for resolvido agora, será tarde demais, e nós não existiremos mais para remediar nossa falha". O processo que envolve isso é chamado, na teoria linguística, de ato de fala (*speech act*). Mas quem pode "fazer" ou "falar" segurança? Sobre quais questões, sob quais condições? E com quais efeitos? O relacionamento entre os sujeitos não é igual ou simétrico, e a possibilidade de uma securitização bem-sucedida vai variar drasticamente de acordo com o cargo ocupado pelo ator. Ademais, segurança é um termo genérico que significa a sobrevivência diante de uma ameaça existencial, entretanto, o que constitui uma ameaça existencial não é o mesmo para os diferentes setores (BUZAN et al., 1998, p. 26-27).

Os autores ainda colocam que a securitização pode ser *ad hoc* ou institucionalizada. Se uma determinada ameaça for recorrente ou persistente, não é surpresa descobrir que a resposta e o senso de urgência se tornaram institucionalizados. Vale ressaltar que a segurança basicamente deve ser vista como negativa, como uma contestação da falha do Estado ao lidar com a questão sob o escopo das políticas normais. Idealmente, a política deveria ser capaz de se

desdobrar em consonância com os procedimentos de rotina, sem essa promoção extraordinária de algumas "ameaças" específicas ao nível de urgência. Em alguns casos a securitização de temas se revela inevitável, isso porque podem haver situações em que o Estado se depara com um agressor bárbaro ou implacável. Entre as condições internas do ato de fala, a mais importante é seguir a gramática de segurança, e construir um enredo que envolva uma ameaça existencial, um ponto sem volta, e uma possível saída (BUZAN et al., 1998, p. 27-33).

A abordagem do ato de fala para segurança demanda uma distinção entre três tipos de unidades envolvidas na análise de segurança: os objetos referentes; os atores securitizadores; e os atores funcionais. Os objetos referentes são coisas que estão ameaçadas e possuem uma reivindicação legítima de sobrevivência. Os atores securitizadores são aqueles que securitizam questões ao declarar que algo – um objeto referente – está ameaçado. Já os atores funcionais são aqueles que afetam a dinâmica de um setor, mas que não são nem o objeto referente e nem o ator securitizador, esse é um ator que influencia significativamente nas decisões no campo da segurança. Para exemplificar, uma empresa poluente seria um ator central no setor ambiental, ela não é referente e nem securitizadora, mas impacta e possui interesse na (não) securitização do tema (BUZAN et al., 1998, p. 35-36).

Ayoob (1995) citado por Buzan et al. aponta que quando a ameaça percebida é interna, a segurança militar gira primordialmente em torno da habilidade da elite de manter a paz civil, a integridade territorial, e a máquina governamental em face dos desafios postos por seus cidadãos. Esses desafios se apresentam tipicamente como militantes separatistas, revolucionários, terroristas, movimentos ou organizações criminosas. Essas são as mais comuns, mesmo existindo alguns governos que securitizam grupos não-armados que desafiam sua autoridade ou jurisdição para justificar o uso de força contra eles. Quando o objeto referente é o Estado, comumente existem regras claras acerca de quais representantes deste possuem autoridade para falar de segurança em seu nome. Não obstante, não se pode

assumir que o Estado é sempre coerente, em democracias existem muitas vozes, inclusive as de grupos de pressão que se engajam no discurso de securitização, às vezes de forma eficiente, às vezes não (BUZAN et al., 1998, p. 50-55).

Podemos assumir a Nigéria como a unidade, um ator composto de vários subgrupos, organizações, comunidades, e consideravelmente coeso e independente para ser diferenciado dos outros e para estar de pé nos níveis mais altos. O Boko Haram pode ser entendido como uma subunidade funcional já que ele é um grupo suficientemente organizado e que tenta afetar o comportamento da unidade. A população de maneira geral compõe a esfera dos indivíduos, a linha inferior da maioria das análises nas ciências sociais. O Boko Haram representa uma ameaça que, em maior ou menor escala, perpassa por distintos setores, incluindo o militar, o político, o social e o econômico. A ameaça do grupo foi justificadamente securitizada de forma institucionalizada (forças-tarefa e arranjos multilaterais montados para combate-lo) pois publicamente ameaça a soberania[17] nigeriana com ataques e declarações como as de que eles "nunca aceitarão um sistema de governo diferente daquele estipulado pelo Islã" e que "nunca respeitarão o governo nigeriano porque ele é ilegal e não protege o Islã" (AGBIBOA, 2013b, p. 4).

O objeto referente, aquele que está sendo ameaçado, é o Estado e sua soberania; o ator securitizador é o governo nigeriano (especialmente o alto escalão, como o presidente), aquele que tem autoridade para declarar que o Boko Haram é uma ameaça existencial ao país. Essas são as associações que podem parecer mais óbvias, no entanto, definir quem são os atores funcionais demanda uma análise

[17] Como definida por Bobbio (2004, p. 1179): "Em sentido lato, o conceito político-jurídico de Soberania indica o poder de mando de última instância, numa sociedade politica e, consequentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo, exclusivo e não derivado. Este conceito está, pois, intimamente ligado ao de poder político: de fato a Soberania pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito. Obviamente, são diferentes as formas de caracterização da Soberania, de acordo com as diferentes formas de organização do poder que ocorreram na história humana: em todas elas é possível sempre identificar uma autoridade suprema, mesmo que, na prática, esta autoridade se explicite ou venha a ser exercida de modos bastante diferentes."

maior. Walker (2012, p. 8) afirma que se acreditava que o grupo possuía conexões com elites e políticos do norte, mas que não há nada que sustente tais acusações. Talvez a mídia local possa ser apontada como um ator funcional, mas é uma generalização que não pode ser feita sem ressalvas. Apesar do enorme problema da "síndrome do envelope marrom", que será melhor tratada no próximo capítulo, e da percepção de que há uma relação simbiótica entre a mídia e o terrorismo, tal generalização seria muito rasa. Vários fatores devem ser considerados, como a divisão entre jornais privados e estatais (é pouco provável que um jornal estatal tenha interesse na propagação dos atos terroristas do grupo), a perseguição – e até assassinato – de alguns jornalistas promovida pela seita, até mesmo o tipo de mídia e seu alcance devem ser ponderados (jornais, revistas, rádio, redes sociais). Isto posto, simplesmente apontar a mídia local como um ator que possui interesse na propagação do grupo sem considerar as variáveis seria superficial e arriscado. Outros possíveis atores funcionais são os governos de países como os Estados Unidos e a França, estes possuem interesse na coesão da Nigéria, especialmente no sul do país, devido a suas grandes reservas de petróleo. A Nigéria, estando situada no Golfo da Guiné, exporta grandes quantidades de petróleo para esses países.

Em relação ao estabelecimento intersubjetivo entre o ator securitizador e a audiência demandado para uma securitização de sucesso, pode-se dizer que a população, como principal vítima dos atentados e ação direta do grupo, não teve muita resistência para aceitar tal colocação. O que pode ser contestado, especialmente levando em consideração o histórico de militância religiosa no norte da Nigéria (Cf. AGBIBOA, 2013b, p. 2), foi a complacência (não securitização de ameaça aparente) dos governantes logo quando o grupo começou a se radicalizar, o mais apropriado seria existir uma força de vigília e prevenção, além de condições de vida mais dignas e apropriadas, o que preveniria a capacidade de grupos extremistas cooptarem tantos cidadãos. Outro ponto muito contestável é o grau a que foram levadas as medidas extraordinárias tomadas pelo governo, o estado de segurança instalado pelo Presidente Jonathan se mostrou necessário, mas o despreparo das

forças policiais e militares fez com que liberdades civis e direitos humanos fundamentais fossem violados, e estas são medidas que a população não legitimou.

3.3 Os desafios na definição de “terrorismo”

Apesar de amplamente utilizado no senso comum, “terrorismo” não é um termo fácil de se conceituar. Pode-se dizer que não existe um consenso mundial sobre as categorias que compõem terrorismo/terrorista/ato terrorista. Schmid (2011, p. 40) afirma que “terrorismo” talvez seja o termo mais politizado do vocabulário político atualmente, usado como rótulo para certas formas de violência política, ele reflete negativamente em um adversário político, demonizando-o e deslegitimando sua conduta. Na sua dimensão pejorativa, o destino do termo "terrorista" é comparável ao uso e abuso de outros termos do vocabulário político - termos como "racista", "fascista" ou "imperialista". Usado como um dispositivo retórico, o termo ameaça tornar-se uma mera ofensa em debates políticos, onde acusações e contra-acusações competem pela indignação moral ou pela aprovação de públicos relevantes. Então as definições geralmente tendem a refletir os interesses políticos e o julgamento moral (ou a falta) daqueles que fazem a definição. J.V. Witbeck, citado por Schmid (2011, p. 42), sugeriu: “talvez a única definição honesta e globalmente viável de terrorismo seja explicitamente subjetiva - violência que eu não apoio”.

Portanto, “terrorismo” é um termo muito contestado e as noções dele nas ciências sociais, política e legal divergem muito. Além do mais, a definição está diretamente ligada à (des)legitimação e criminalização; existem muitos “terrorismos”, que se apresentam e se manifestam de diversas formas; as organizações terroristas são (semi-)clandestinas e o segredo em torno delas dificulta uma análise objetiva; a definição está ligada à questão de saber se os terroristas trabalham ou não contra interesses nacionais, o que pode levar à aplicação de critérios ambíguos; os limites entre terrorismo e outras formas de violência política (guerrilha, assassinato, milícia) tampouco são claros; o estado, com o seu monopólio

(reivindicado) do uso da força e seu poder de definição legal, pode excluir qualquer uma das suas próprias atividades (por exemplo repressão indiscriminada) da definição; o termo está também ligado a uma discussão sobre a responsabilidade primária por iniciar uma espiral descendente de violência ação-reação, e a uma discussão acerca das raízes do problema; existem ainda questões de autodeterminação e resistências armadas contra ocupações estrangeiras e regimes racistas. Da mesma forma deve levar-se em consideração que a violência perpetrada pelo oponente dos terroristas pode ser tão indiscriminada quanto, ou pior do que, a perpetrada por aqueles que são considerados "terroristas" (GANOR apud SCHMID, 2011, p. 43).

Weinberg et al. (2004, p. 778-779) alega que o termo sofre com problemas de "flexibilização" e "deslocamento", alguns literais e outros de caráter analítico. Alguns escritores parecem identificar o terrorismo com base na distância física ou social entre o ato em questão e o observador. Se, por exemplo, um ato de violência política ocorrer a uma distância significativa (geograficamente ou psicologicamente) do observador, a tendência é dar-lhe um nome mais neutro ou benigno. O mesmo ato mais próximo de casa torna-se terrorista. O terrorismo como conceito também parece sofrer problemas de "fronteira" e "adesão". Onde o terrorismo termina e outras formas de violência política começam? Os mesmos atos, como a pirataria aérea ou assassinatos, podem ser considerados atos terroristas em algumas ocasiões, mas não em outras, geralmente baseados nas motivações assumidas dos perpetradores ou na posição social de suas vítimas. Noam Chomsky (1987, p. 172-173) diz que o conceito evoluiu de forma interessante ao longo do tempo, sempre se adaptando aos interesses do "imperador", e hoje se restringindo aos "ladrões" que incomodam os poderosos. Ele trabalha também com a distinção entre "terrorismo" e "retaliação". A última seria uma forma de terrorismo praticada pelo "nosso lado", às vezes denominada de "ataque preventivo", quando nenhum ato prévio pode ser conjurado pelo sistema de propaganda. No mundo real todo ato terrorista tem seus

antecedentes, mas apenas alguns destes serão justificados como “retaliação” ou “prevenção” – somente aqueles que estão dentro do uso oficial.

Em 1984, Alex P. Schmid enviou um questionário para diversos acadêmicos com o objetivo de chegar a um consenso acadêmico sobre o termo. O resultado foram 50 respostas com distintas definições de ‘terrorismo’, a partir disso ele montou uma tabela com os termos que apareceram com mais frequência, foram encontrados então 22 elementos de definição. (SCHMID, 2011, p. 73).

Já Weinberg et al. (2004, p. 780) fez uma pesquisa baseada no que os contribuintes das principais revistas profissionais no campo do terrorismo disseram significar a palavra para eles. Para ser mais específica, foram analisados todos os artigos sobre terrorismo do *New York: Crane Russak & Company*, entre 1977 e 1971, e depois *Minneapolis, MN: John Scherer*, entre 1982–1983 e 1986–1989; do *Terrorism and Political Violence (London: Frank Cass)*, entre 1990 e 2001; e do *Studies in Conflict and Terrorism (London: Taylor and Francis)*, entre 1992 e 2001. Isso resultou em 73 definições obtidas em 55 artigos. Abaixo é possível ver a comparação entre os resultados obtidos por Schmid e por Weinberg, Pedahzur e Hirsch-Hoefler:

Figura 2: Frequência dos elementos definidores de "Terrorismo"

Element	Schmid & Jongman Survey (1988) frequency (%)	Our survey (2002) frequency (%)
1. Violence, Force	83.5	71
2. Political	65	60
3. Fear, Terror emphasized	51	22
4. Threat	47	41
5. Psychological effects and (anticipated) reactions	41.5	5.5
6. Victim-Target differentiation	37.5	25
7. Purposive, Planned, Systematic, Organized action	32	11
8. Method of combat, strategy, tactic	30.5	31.5
9. Extranormality, in breach of accepted rules, without humanitarian constrains	30	0
10. Coercion, extortion, induction of compliance	28	5.5
11. Publicity aspect	21.5	18
12. Arbitrariness, impersonal, random character, indiscrimination	21	0
13. Civilians, noncombatants, neutrals, outsiders as victims	17.5	22
14. Intimidation	17	11
15. Innocence of victims emphasized	15.5	10
16. Group, movement, organization as perpetrator	14	29
17. Symbolic aspect, demonstration to others	13.5	5.5
18. Incalculability, unpredictability, unexpectedness of occurrence of violence	9	1
19. Clandestine, covert nature	9	7
20. Repetitiveness, serial or campaign character of violence	7	0
21. Criminal	6	5.5
22. Demands made on third parties	4	1

Note: The Schmid & Jongman survey consists of 22 elements drawn from 109 definitions. Our survey consists of 73 definitions drawn from 55 articles collected from three journals.

Fonte: The challenges of conceptualizing terrorism[18]

[18] WEINBERG, Leonard; PEDAHZUR, Ami; HIRSCH-HOEFLER, Sivan. The challenges of conceptualizing terrorism. Terrorism and Policical Violence, v. 16, n. 4, p. 781, 2004.

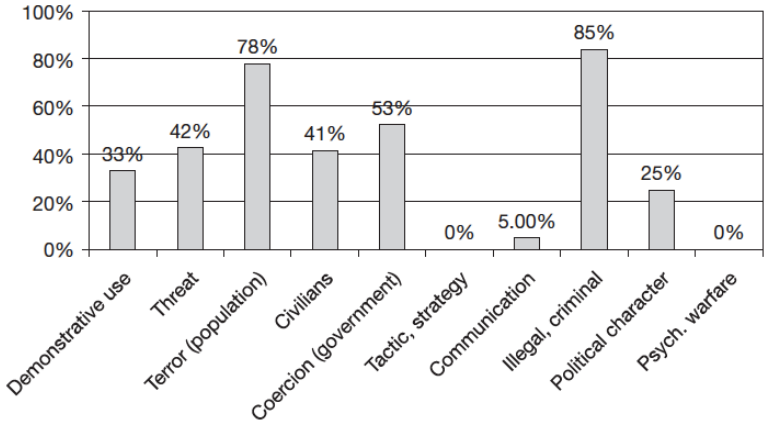
Pode-se notar que os elementos nove (normalidade em violação das regras aceitas, sem restrições humanitárias) e doze (arbitrariedade, impessoal, caráter aleatório, indiscriminação), que aparecem como constituintes importantes na definição do Schmid, virtualmente não receberam nenhuma menção na definição extraída dos artigos. Outro ponto, o dez (coerção, extorsão, indução de conformidade), que aparece com uma boa porcentagem no Schmid, figurou com menos de 6% na outra definição. Os jornais mencionam muito menos fatores como o medo do terror (elemento três) e efeitos psicológicos (elemento cinco). Alguns aspectos como a violência política (elemento um); política (elemento dois); ameaça (elemento quatro); e métodos de combate, estratégia e tática (elemento oito) aparecem com uma frequência muito parecida em ambas as análises. A busca pela publicidade (elemento onze) é menos mencionada, mas ambas as definições parecem concordar que esse é um aspecto do terrorismo.

Com base nisso, os autores da segunda pesquisa oferecem uma definição minimalista, sendo esta: o terrorismo é uma tática politicamente motivada que envolve a ameaça ou o uso da força ou da violência, em que a busca pela publicidade desempenha um papel significativo (WEINBERG et al., 2004, p. 782). É importante ressaltar que essas definições foram dadas majoritariamente por contribuintes e acadêmicos da América do Norte e da Europa Ocidental, as categorias tendem a mudar quando se parte de uma perspectiva de mundo diferente (Cf. WEINBERG et al., 2004, p. 784). A crítica que Schmid faz a essa definição é que, por conta da sua generalidade, ela não faz referência a perpetradores ou vítimas; não menciona o medo do terror; motivo ou objetivo; alvos não-combatentes; e não menciona táticas imorais e criminais (SCHMID, 2011, p. 74).

Não satisfeito com o entendimento acadêmico alcançado, em 2004 Schmid usou uma metodologia parecida para encontrar uma convergência nas definições (inter-) governamentais e de organizações internacionais. Para isso, foram selecionadas 88 definições (75 países + 13 organizações internacionais), sendo que

as dez categorias de análise foram previamente selecionadas. O resultado pode ser visto a seguir:

Figura 3: Definições de terrorismo por países (no direito nacional) e por organizações internacionais (em convenções e direito internacional) de acordo com dez categorias selecionadas.



Source: Alex Schmid, 'Terrorism – The Definitional Problem'. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 36(2–3), 2004, p. 407.

Fonte: The Routledge handbook of terrorism research [19]

De imediato nota-se que três elementos se destacam: o terror; o ilegal, criminal; e o elemento de coerção. É curioso que virtualmente não se mencionam as questões de tática, estratégia, e nem de guerra psicológica. Além do mais, a categoria comunicação aparece muito pouco. Se compararmos com os dados obtidos pela resposta dos acadêmicos, o fator que é principal nas definições governamentais (ilegalidade e criminalidade), aparece modestamente, com apenas 6% (elemento 21). Esses esforços empíricos demonstram a dificuldade de se convergir nas diferentes "arenas" em busca de uma definição universal para terrorismo. Um conceito, nesse caso, é uma escolha que reflete os interesses e crenças daquele que o criou, há que

[19] SCHMID, Alex P. (Ed.). The Routledge handbook of terrorism research. Taylor & Francis, 2011, p. 75.

admitir-se a impossibilidade de existir uma definição que abarque todos os aspectos anteriormente mencionados, que seja mundialmente aceita, e que não condene quase todos os atores no sistema internacional.

Nem todo ato considerado terrorista terá todas essas características, pode possuir metade delas, um pouco mais, um pouco menos. São coisas que podem variar tanto da característica de cada grupo, como de ataque para ataque. Nem todas as ações de um grupo rotulado como terrorista podem ser consideradas atos terroristas. O Boko Haram, em muitos de seus atos, preenche as principais categorias que aparecem com mais frequência nas diversas definições, portanto sua classificação como grupo terrorista não foi muito questionada, exceto pelos membros do próprio grupo. Contudo, é difícil saber quão distante o governo da Nigéria – com seu histórico já mencionado – fica dessas próprias categorias. Não é preciso ir muito longe também para refletir sobre a atuação, por exemplo, dos Estados Unidos nas guerras do Vietnã, do Afeganistão, ou em tantas outras investidas militares. O rótulo 'terrorista' é usado convenientemente como retórica para justificar securitização – às vezes com fundamento, às vezes não -. A guerra ao terror lançada por Bush talvez tenha propagado tanto terror quanto ela supostamente visava combater.

Seguindo essa linha de raciocínio, um tema que invariavelmente não deve ser deixado de fora é o terrorismo de estado. Na ciência política existe uma convenção para distinguir entre violência estatal e violência contra o estado se referindo a primeira como "terror" e à última como "terrorismo". A razão mais crível para se fazer essa diferenciação entre terror e terrorismo é porque o primeiro possui a função de manter o status quo, enquanto o segundo busca uma mudança política, e também porque há uma diferença de escala enorme entre eles (SLUKA, 2000, p. 1).

Sluka (2000, p. 2-3) propõe definir "terrorismo de estado" da seguinte forma: "o terror do estado refere-se ao uso ou ameaça de violência pelo Estado, seus agentes, ou apoiadores, particularmente contra indivíduos e populações civis, como

meio de intimidação e controle político (ou seja, um meio de repressão)". Segundo ele, somente estados possuem armas de "destruição (civil) em massa" ou a capacidade de privar um grande número de pessoas de requisitos de subsistência, produzir fome, desnutrição, altas taxas de mortalidade infantil, além de outras doenças crônicas de pobreza e negligência como meio de intimidação política e controle. O autor ainda ressalta que a escalada maciça no terror praticada por estados autoritários nas últimas décadas é evidenciada pelo ressurgimento da tortura como um sério problema mundial, o aumento dos assassinatos praticados por "esquadrões da morte", e o uso da violência estatal direta para intimidar milhões de pessoas.

Existe ainda uma abordagem utilitarista para a tortura, como exposta por Haritos-Fatouros (2003, p. 3):

> Thus, torture is permissible on utilitarian grounds, by calculating its cost-benefit ratio. When information can "only" be obtained through torture is beneficial (if lives will be saved, for example), then torture is permissible. Nowadays, this argument is usually applied to torture of "terrorists".

Bellamy (2006, p. 124) questiona se líderes políticos realmente devem potencialmente sacrificar milhares de civis a fim de proteger os direitos de uma pessoa, entretanto ele também diz que os direitos do indivíduo à vida e à liberdade não podem ser facilmente trocados para garantir um bem indeterminado. O problema se coloca na hora de desenhar a linha entre esses dois valores morais. Em que ponto a ameaça potencial imposta pelo terrorismo se torna tão grave a ponto da proteção de muitos justificar a erosão dos direitos fundamentais de um indivíduo?

Professor aposentado de Harvard, Alan Dershowitz acredita que, apesar de existirem direitos humanos básicos que devem ser respeitados, os líderes têm a obrigação de "sujar as mãos" e quebrar as regras a fim de salvar a vida de civis. Sua ideia é legalizar e regulamentar a tortura. Se a tortura em casos de "bomba de tique-

taque"[20] pode ser "aceitável", por que não em outros casos? Dershowitz propõe uma alteração na lei que permita a emissão de "mandados de tortura". Ser aberto em relação ao uso da tortura permitiria a supervisão judicial e a discussão pública sobre o equilíbrio adequado a ser atingido entre os três conjuntos de valores[21]. Sob o sistema de Dershowitz, as agências de aplicação da lei precisariam solicitar às autoridades judiciais "mandatos de tortura" e teriam que demonstrar o que planejam fazer, quando, e a necessidade de tortura. O professor acredita que a melhor forma de proteger as vítimas de tortura é justamente legalizando-a. Ele clama que a tortura é um artifício que seguirá sendo utilizado de forma clandestina, e que um arcabouço legal facilitaria a transparência e preveniria o uso de métodos letais ou que podem causar danos físicos ou psicológicos permanentes. Dessa forma pode-se extrair de suspeitos terroristas informações vitais para salvar vidas ao mesmo tempo em que se evita potenciais abusos (DERSHOWITZ apud BELLAMY, 2006, p. 136-137).

Existem muitos problemas com a proposta do Dershowitz, a legalização da tortura institucionalizada abre um precedente muito perigoso que potencialmente só aumentaria a prática ao redor do mundo, além do que, legalizar a tortura de supostos terroristas em prol da defesa da nação permitiria que o mesmo fosse feito contra "nós", mudar esse contexto normativo leva à perda da linguagem moral para condenar a tortura dos "nossos" cidadãos. Isso sem contar o perigo de regimes autoritários usarem essa premissa para a tortura e contenção de grupos que atuem contra o seu interesse. Algo importante do direito internacional dos conflitos armados seria alterado também: a imunidade do não-combatente. Tudo isso ainda partindo do pressuposto de que a tortura efetivamente funciona, o que é altamente

[20] Situação hipotética em que uma bomba foi plantada, o líder da organização terrorista foi capturado, ele alega saber a localização da bomba e se recusa a dar a informação, nesse caso a tortura garantiria a obtenção da informação e preservaria a vida de civis inocentes. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/ethics/torture/ethics/tickingbomb_1.shtml>. Acesso em: 26 de nov. 2017.

[21] Três valores fundamentais das sociedades liberais, como os Estados Unidos: (1) a segurança dos cidadãos da nação; (2) a preservação dos direitos humanos dos indivíduos; e (3) abertura democrática e responsabilização (BELLAMY, 2006, p. 136).

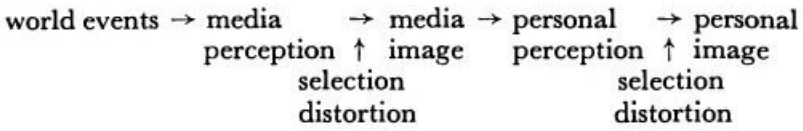
questionável já que o indivíduo pode dizer qualquer coisa para que cesse a dor (BELLAMY, 2006, p. 137-140).

Do ponto de vista ético e moral, os critérios utilizados para levar a prática adiante são muito questionáveis. É uma linha muito tênue a ser cruzada e que fere a dignidade da pessoa humana, que é um princípio universal nas relações internacionais. A institucionalização não necessariamente previne os abusos – o que já soa contraditório pois qualquer tipo de tortura necessariamente é abusiva –. A tortura sistemática praticada pelas forças militares e policiais na Nigéria ilustra bem isso, além de ser pouco eficiente na perseguição ao Boko Haram, leva civis a sofrerem de forma arbitrária mesmo quando não há nada que os incrimine

3.3 Quais características fazem um evento se tornar notícia na mídia internacional?

Galtung e Ruge desenvolveram, em 1965, uma teoria que analisa quais características fazem com que um evento "valha" ser noticiado. Apesar de ter sido feita há mais de 50 anos, a abordagem segue atual e extremamente válida. No presente trabalho ela será aplicada ao caso do massacre de Baga como uma forma de tentar explicar a cobertura mais discreta recebida pelo acontecimento. A cadeia de comunicação de notícias é apresentada como na imagem a seguir, e os autores estão preocupados somente com a primeira metade dela.

Figura 4: A cadeia de comunicação de notícias



Fonte: The structure of foreign news: The presentation of the Congo, Cuba and Cyprus crises in four Norwegian newspapers[22]

Vale realçar que os autores partem de um pressuposto de que a mídia e os meios de comunicação são formadas por entidades impessoais, indivisíveis, e não é feita a distinção entre o jornalista no campo, o escritório da imprensa local, o escritório do distrito, o escritório central da imprensa, o editor do jornal, enfim, toda a cadeia envolvida no processo. A análise feita por eles é mais abstrata. De início é feita uma metáfora: imagine que o mundo possa ser ligado a um enorme conjunto de estações de transmissão, cada uma emitindo seu próprio sinal ou programa no seu comprimento de onda apropriado. A emissão é contínua, correspondendo ao truísmo de que algo sempre está acontecendo com alguma pessoa no mundo. O conjunto de eventos mundiais, então, é como a cacofonia do som que se obtém ao mexer no botão do mostrador de um receptor de rádio, o que pode ser particularmente confuso se feito rapidamente nos mostradores de onda média ou de onda curta. Obviamente essa cacofonia não faz sentido, ela só pode tornar-se significativa se uma estação estiver sintonizada e sendo ouvida por algum tempo antes de se mudar para a próxima. Como não podemos registrar tudo, somos obrigados a escolher, e a questão é: "o que chama a nossa atenção?" (GALTUNG; RUGE, 1965, p. 65).

Isto posto, são estabelecidos doze critérios, e a ideia é que quanto mais critérios forem satisfeitos, maiores são as chances de o evento ser selecionado como notícia (seleção), e uma vez selecionado, seus aspectos considerados merecedores de

[22] GALTUNG, Johan; RUGE, Mari Holmboe. The structure of foreign news: The presentation of the Congo, Cuba and Cyprus crises in four Norwegian newspapers. Journal of peace research, v. 2, n. 1, p. 65, 1965.

notícia serão acentuados (distorção). Tanto o processo de seleção como o processo de distorção ocorrerão em todas as etapas da cadeia do evento para o leitor (replicação) (GALTUNG; RUGE, 1965, p. 71).

Dessa forma, para ganhar espaço na mídia internacional deve-se levar em consideração a frequência: intervalo de tempo para o evento se desdobrar e adquirir significado (quanto mais similar a frequência do evento é à frequência do meio de notícias, mais provável que ele seja registrado como notícia por esse meio); a amplitude: quanto maior o evento, maior a manchete; a clareza: quanto menos ambiguidades houver, quanto mais "limpa" for a interpretação, mais o evento será noticiado; o fator significativo: deve haver proximidade cultural (contudo, há a dimensão da relevância: o evento pode ocorrer em um lugar culturalmente distante mas ainda ser carregado de significância no sentido do que isso pode implicar no leitor); a consonância: conecta o que foi selecionado com a pré-imagem mental, onde a palavra "esperar" pode e deve receber a interpretação cognitiva de "predizer" e interpretação normativa de "querer"; o inesperado: quanto mais inesperado for o evento, maior a sua chance de ser incluído como notícia; a continuidade: uma vez que um evento chegou ao topo das manchetes, então continuará sendo definido como notícia até que sua amplitude caia drasticamente; a composição: desejo de apresentar um "todo equilibrado", se a maioria das notícias disponíveis são de um mesmo tópico, é provável que um tópico muito diferente seja considerado pertinente. Outros fatores que contam são o interesse de nações-elite e o interesse de pessoas da elite; a personalização: quanto mais o evento puder ser visto em termos pessoais, como, por exemplo, devido à ação de indivíduos específicos; e a negatividade: quanto mais negativo for o evento e suas consequências (GALTUNG; RUGE, 1965, p. 65-71).

Aplicando a teoria ao caso de Baga, de início o quesito frequência é preenchido, um massacre leva pouco tempo para adquirir significado, foi um caso de um dia que cabe entre uma publicação e outra de um jornal. A amplitude certamente é satisfeita, mesmo com a informação do número de mortos divulgado pela Anistia

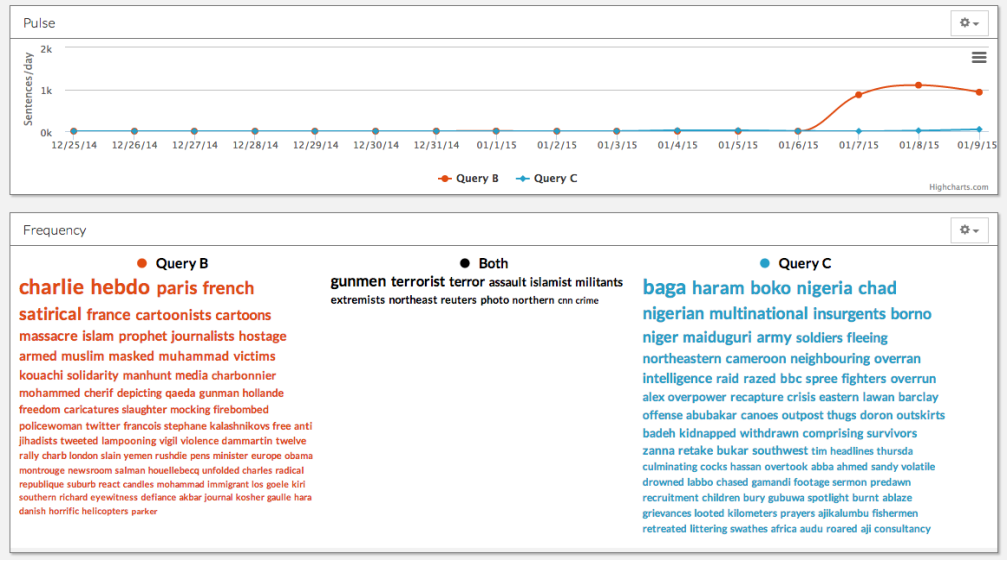
Internacional ter tardado alguns dias, a estimativa inicial feita pelo governo da Nigéria já revelava um dado alarmante. A clareza parece simples também, mas não é, um ataque brutal cometido por um grupo que se opõe à educação ocidental e à muitos traços da modernidade parece fácil de ser entendido, até o momento em que você lê sobre os abusos cometidos pelo exército nigeriano contra civis no combate ao Boko Haram. Além disso, não está clara a motivação do ataque, é difícil estabelecer uma relação de causa-consequência. Muitas questões podem ser levantadas, o que torna o massacre em Baga uma história difícil de entender e mais difícil de contar. O fator significativo já é dificultado pelo fato de a Nigéria ser um país africano, com uma forte presença do islã, e uma realidade distante da "nossa". É difícil para a muitos de nós imaginar viver em uma vila de pescadores nas margens do Lago Chade e ser forçado a fugir de um exército rebelde.

Em relação a consonância, mesmo as notícias geralmente sendo uma "surpresa", Ruge e Galtung alegam que nós gostamos que nossas surpresas sejam consonantes com narrativas que já conhecemos e entendemos, o que não é o caso em questão. Certamente os civis que sofreram com o ataque não esperavam aquilo, mas Baga é uma cidade que já havia passado por outros massacres antes, além de ser uma região de constante enfrentamento entre a polícia e os militantes do Boko Haram. Continuidade e composição não são exatamente preenchidos pois a notícia mal chegou ao topo das manchetes para se manter lá, além disso, coincidiu de acontecer no mesmo período do ataque ao jornal Charlie Hebdo, que acabou atraindo as atenções do mundo. No quesito interesse, é relativamente fácil perceber o desinteresse das nações-elite e das pessoas de elite pelo que acontece em países como a Nigéria. A personalização tampouco é satisfeita, é possível que o ataque tenha sido liderado pelo Abubakar Shekau, mas isso não se confirmou, e as histórias tendem a focar no Boko Haram como um conjunto, mais do que focar individualmente em seus líderes. E por último, em relação à negatividade, pode-se dizer que esse critério é preenchido dada a natureza do ataque.

Após a análise ponto a ponto, vemos que o massacre preenche satisfatoriamente três entre doze requisitos, o que torna muito difícil, de acordo com a teoria, a mídia internacional voltar sua atenção para ele, especialmente em um momento em que eventos (que preenchem um número muito maior desses requisitos) estavam acontecendo em um país elite, a França.

Dados extraídos de um artigo online do Ethan Zuckerman (2015) em que ele critica a parcialidade da mídia exemplificam o que acabou de ser explicado. No primeiro gráfico é mostrada a frequência com que palavras relacionadas ao Charlie Hebdo e palavras relacionadas ao massacre de Baga apareceram na mídia internacional entre 25 de dezembro de 2014 e 09 de janeiro de 2015. No segundo gráfico é mostrada a frequência com que as mesmas palavras, no mesmo período, apareceram na mídia nigeriana. Linha vermelha para o Charlie Hebdo e linha azul para o massacre de Baga.

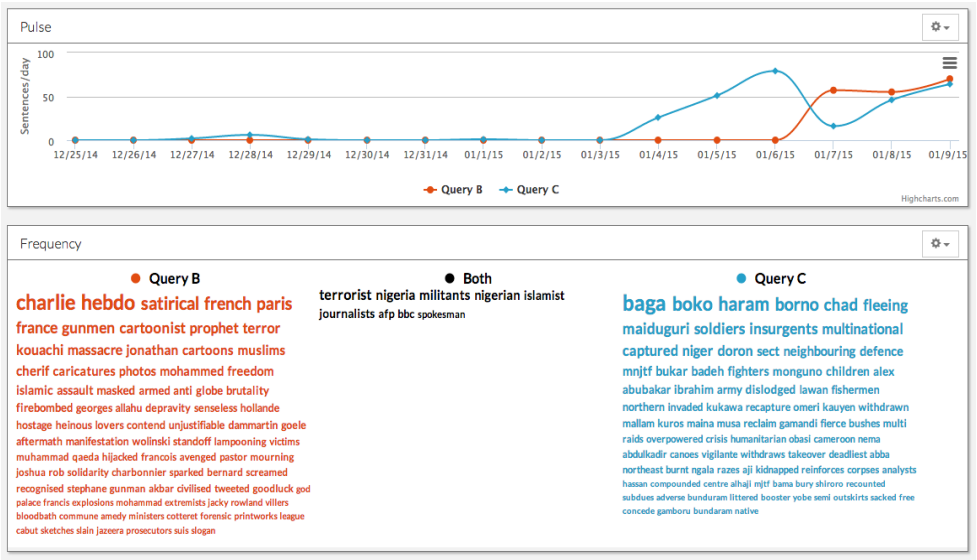
Figura 5: Frequência com que palavras relacionadas ao Charlie Hebdo e ao massacre de Baga apareceram na mídia internacional entre 25/12/2014 e 09/01/2015.



Fonte: Ethan Zuckerman[23]

[23] ZUCKERMAN, Ethan. "Honor every death: Paying attention to terror in Baga, Nigeria as well as Paris"; Ethan Zuckerman. Disponível em: <http://www.ethanzuckerman.com/blog/2015/01/09/honor-every-death-paying-attention-to-terror-in-baga-nigeria-as-well-as-paris/>. Acesso em: 10 de abr. 2018.

Figura 6: Frequência com que palavras relacionadas ao Charlie Hebdo e ao massacre de Baga apareceram na mídia nigeriana entre 25/12/2014 e 09/01/2015.



Fonte: Ethan Zuckerman[24]

As menções ao massacre ocorrido em Baga são virtualmente inexistentes quando comparadas às menções ao Charlie Hebdo na mídia internacional. Mas o mais intrigante é a comparação no âmbito interno. Baga teve um pico nas notícias durante três dias, mas caiu abruptamente após o atentado na França, e o que aconteceu nos dias subsequentes foi Baga sempre recebendo menos atenção que a revista satírica francesa. Mesmo a tragédia tendo ocorrido dentro do país, os meios de comunicação nigerianos optaram por dar mais visibilidade ao atentado na França.

[24] ZUCKERMAN, Ethan. "Honor every death: Paying attention to terror in Baga, Nigeria as well as Paris"; Ethan Zuckerman. Disponível em: <http://www.ethanzuckerman.com/blog/2015/01/09/honor-every-death-paying-attention-to-terror-in-baga-nigeria-as-well-as-paris/>. Acesso em: 10 de abr. 2018.

4 A RELAÇÃO DA MÍDIA COM O BOKO HARAM

Este último capítulo trata somente da mídia. O primeiro ponto visa expor as limitações dentro da própria Nigéria, parte-se do pressuposto de tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais. Já o segundo ponto adentra na análise das notícias extraídas do The NY Times e do Al Jazeera, com uma exposição de gráficos feitos a partir desse esforço de seleção para que seja possível alcançar um melhor e mais claro entendimento.

4.1 Limitações à cobertura na Nigéria e o jornalismo do "envelope marrom"

Antes de se estabelecer qualquer relação de comparação, é importante verificar se o contexto é parecido e se as mesmas ferramentas estão dispostas para todos. Em distintos aspectos é difícil comparar um país considerado desenvolvido com um país considerado em desenvolvimento, no caso do presente trabalho não é diferente. Paris é uma capital global, uma das cidades mais visitadas do mundo, com acesso quase irrestrito às ferramentas tecnológicas que o século 21 nos proporciona. Se algo de extraordinário acontece em Paris, quase imediatamente já está na internet, nas redes sociais, compartilhado com pessoas de todo o globo. As informações fluem muito rápido nas cidades ditas cosmopolitas.

A Nigéria é um país inserido nas relações de comunicação internacionais, as pessoas têm acesso à internet e à telefones celulares, elas leem jornais oriundos de diferentes países, com variadas opiniões e perspectivas, mas em menor escala que na capital francesa. Proporcionalmente, o número de pessoas na França visitando, fazendo publicações, difundindo tudo o que acontece em tempo real, é maior. Além disso, grandes jornais de todo o mundo possuem filiais ou correspondentes lá, os jornalistas já estão no local onde o evento acontece, o que facilita e acelera a coleta de informações e disseminação de notícias. Outro fator determinante é o nível médio da educação da população, a diferença entre as taxas de analfabetismo da Nigéria e

as da França são muito grandes.[25] A questão de a maior parte dos ataques do grupo ocorrerem no norte do país é relevante também, a desigualdade dentro da própria Nigéria é muito grande, sendo o Norte a região menos desenvolvida do país, onde as pessoas têm menos acesso à tecnologia, às informações, e, muitos vezes, possuem limitado acesso à energia elétrica.

Uma matéria de 2014 do Al Jazeera tratou sobre os desafios enfrentados na cobertura do Boko Haram. A primeira dificuldade está no desafio enfrentado pelos repórteres no "campo". Boko Haram é popularmente traduzido como "a educação ocidental é proibida", e funcionários da mídia estrangeira no local arriscam "incorrer em sua raiva". A cobertura do sequestro de Chibok pode ter sido limitada também pelo próprio governo nigeriano, já que o Presidente Jonathan prometeu "esmagar" o Boko Haram, e muita atenção da mídia dada às atividades do grupo poderia minar a sua credibilidade.[26] Jornalistas têm seu trabalho dificultado tanto pelo grupo terrorista, que já assassinou esses profissionais e atacou escritórios de jornais, quanto pelo governo nigeriano, que confisca o equipamento e usa a "guerra ao terror" como pretexto para ameaçar, atacar e prender jornalistas.[27]

Os meios de comunicação são muitas vezes referidos como o quarto estado e o "cão de guarda" da sociedade ou do meio ambiente em que eles existem. Isso implica que a mídia existe como um órgão de informação (buscando e disseminando), promoção educacional, vigilância, esclarecimento social e mobilização. Essas funções definem a mídia como um importante link/fator na

[25] Segundo a *Agence Nationale de Lutte Contre l'Illettrisme*, em 2013, 7% da população adulta na França era analfabeta (consideram-se analfabetas as pessoas que, tendo sido educadas na França, não adquiriram suficiente domínio da leitura, escrita, aritmética, habilidades básicas, para serem autônomas em situações simples de vida cotidiana). Enquanto na Nigéria, segundo o *CIA, The World Factbook*, em 2015, 40,4% da população era considerada analfabeta (consideram-se analfabetas as pessoas acima de 15 anos incapazes de ler e escrever).

[26] AL JAZEERA. "The challenge of reporting on Boko Haram"; Al Jazeera. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/programmes/listeningpost/2014/05/reporting-boko-haram-mass-kidnapping-2014537513843827.html>. Acesso em: 08 de abr. 2018.

[27] NKANGA, Peter. "Journalists targeted by both sides in Nigeria's war on terror"; Committee to Protect Journalists. Disponível em: <https://cpj.org/blog/2014/05/journalists-targeted-by-both-sides-in-nigerias-war.php>. Acesso em: 08 de abr. 2018.

relação entre o governo e os governados, uma condição sem a qual não há o crescimento e o desenvolvimento da sociedade. Uma característica da Nigéria é que existe a mídia privada e a mídia pública (estatal), e elas operam lado a lado (NGIGE et al., 2016, p. 59).

Ponto determinante na cobertura midiática que ocorre na Nigéria é a "síndrome do envelope marrom". O conceito pode ser entendido como 'dinheiro aceito pelos repórteres ou editores para persuadi-los a escrever uma história positiva ou "abafar" uma história negativa'. Eke (2014, p. 149-153) diz que essa é uma prática padrão, e inclusive esperada dos jornalistas do país. Não que eles sejam essencialmente corruptos, embora alguns jornalistas aceitem sempre o suborno, a grande maioria aceita porque geralmente não são bem pagos. Algumas das outras causas apontadas para a complacência com a prática são: a influência dos anunciantes; a corrupção que se espalha por todo o sistema nigeriano; a pressão de pessoas ricas/influentes; a falta de órgãos nacionais reguladores do jornalismo; e falsos jornalistas que começam a trabalhar na área apenas para ganhar dinheiro fácil e rápido.

Como consequência dessa prática, a síndrome do envelope marrom trouxe uma mudança do papel de vigilância tradicional do jornalismo para uma saída de busca de publicidade disponível para os maiores licitantes da sociedade. Também manchou a reputação dos jornalistas, comprometeu os canais de comunicação e ameaça trazer a descrença da população.

4.2 A cobertura da mídia internacional

4.2.1 Metodologia aplicada na seleção das notícias

Os jornais escolhidos no presente trabalho foram o New York Times e o Al Jazeera. Não porque considero o NY Times a voz do Ocidente e o Al Jazeera a voz do Oriente, apenas porque são dois grandes jornais, de cobertura e circulação

abrangentes, sediados em dois extremos diferentes do mundo. É proposta, então, a comparação entre a cobertura dada por esses dois veículos ao grupo Boko Haram, se convergem ou divergem, em que convergem e em que divergem. O período de recorte escolhido foi o ano de 2014, isso porque foi o ano em que as estudantes de Chibok foram sequestradas, consequentemente sendo o ano em que o grupo começou a ganhar mais visibilidade fora da Nigéria. O sequestro de Chibok colocou a Nigéria e o Boko Haram nas lentes do mundo.

A metodologia aplicada na seleção das notícias foi a filtragem das palavras "Boko Haram". Qualquer notícia, crônica, artigo desses dois jornais, entre janeiro e dezembro de 2014, que cita "Boko Haram" foi selecionada, sendo ela sobre o Boko Haram ou não, o critério é apenas mencionar o nome do grupo. A busca por essas notícias se deu por meio dos mecanismos de busca dentro dos próprios sites oficiais dos jornais; por meio dos hiperlinks dentro das notícias que levam a notícias relacionadas; e por meio do mecanismo de busca de notícias do Google, filtrando pelos termos "Boko Haram" e "NY Times", e "Boko Haram" e "Al Jazeera", e pela seleção do período entre 1 de janeiro de 2014 e 31 de dezembro de 2014, desprezando-se as notícias que não preencheram esses requisitos.

É importante ressaltar também que o único meio de comunicação escolhido foi a internet, a análise será feita com base nas notícias veiculadas on-line, desconsiderando meios como a televisão, o rádio, o jornal impresso, as redes sociais, entre outros. Outra limitação é a escolha das notícias veiculadas exclusivamente em inglês. O conteúdo do Al Jazeera em inglês pode variar do conteúdo do Al Jazeera em árabe, assim como o conteúdo do The NY Times em inglês pode variar do conteúdo do The NY Times em outros idiomas.

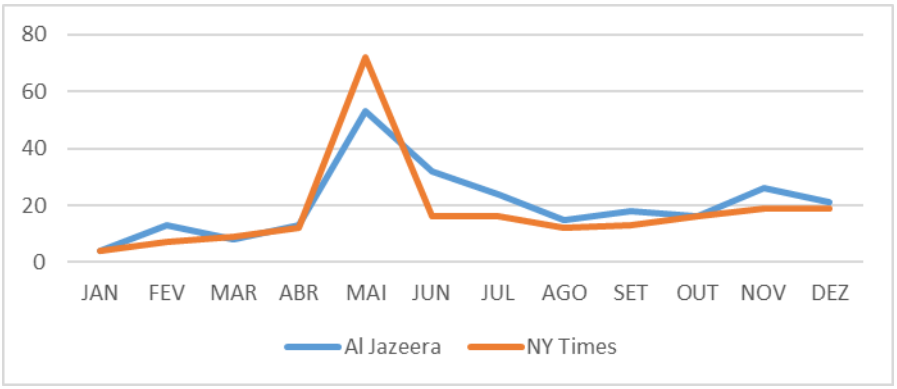
4.2.2 Cobertura do NY Times vs Cobertura do Al Jazeera

Essa triagem resultou em 243 notícias veiculadas pelo Al Jazeera e em 215 notícias veiculadas pelo NY Times. O primeiro dado observado é a frequência com que o nome do grupo apareceu ao longo dos meses do ano de 2014 nesses jornais, ela é bastante parecida em ambos os jornais, tendo um aumento considerável no mês de maio, que foi quando as meninas de Chibok foram abduzidas. O declínio que se percebe no mês seguinte mostra a rápida perda de interesse no tema, que pode ser decorrente de distintas variáveis, inclusive da baixa eficiência do governo nigeriano na busca pelas garotas, que não trouxe à tona muitos fatos novos.

Se analisarmos sob a ótica da já apresentada teoria de Galtung e Ruge (1965), percebemos que um número maior de critérios foi satisfeito (frequência, amplitude, clareza, fator significativo, consonância, inesperado, negatividade, e até o interesse de nações-elite e pessoas de elite) e por isso o evento alcançou o topo dos noticiários no mundo. Entretanto, podemos notar que não houve continuidade, a amplitude caiu muito rapidamente, as pessoas de elite deixaram de falar sobre o caso e desviaram sua atenção para outras questões, os protestos seguiram acontecendo quase exclusivamente dentro da Nigéria. Isso retrata a questão da própria projeção da Nigéria no cenário internacional, mesmo sendo uma das maiores economias da África e o país mais populoso do continente[28], o interesse das elites se esvai com muito mais facilidade do que se o acontecimento tivesse sido em outro país-elite, nesse caso a mobilização seria inteiramente diferente. Mesmo que o sequestro das meninas tenha gerado uma empatia e significância nos leitores, a distância física e cultural tratou de logo fazê-los esquecer.

[28] WORLD POPULATION REVIEW. “Africa Population 2018”; World Population Review. Disponível em: <http://worldpopulationreview.com/continents/africa-population/>. Acesso em 07 de abr. 2018.

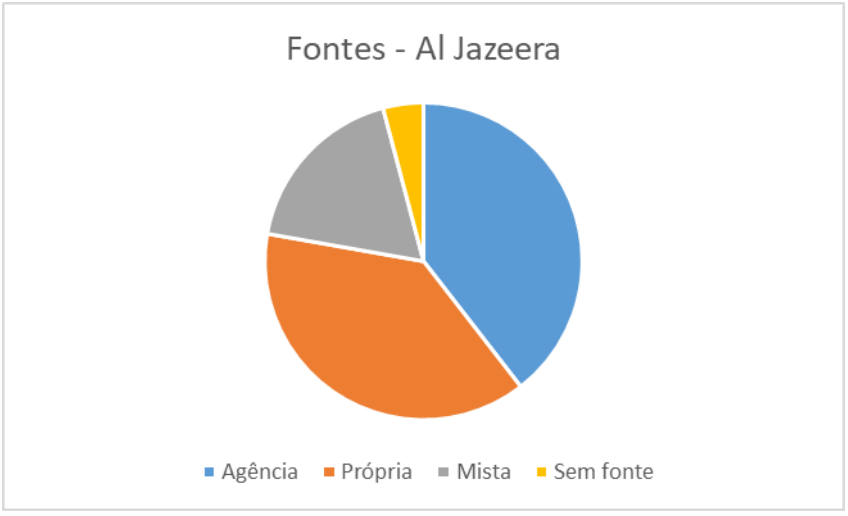
Gráfico 1: Frequência com que "Boko Haram" foi citado nestes jornais em 2014



Fonte: Formulação própria a partir de 458 notícias selecionadas dos jornais The New York Times e Al Jazeera (2018).

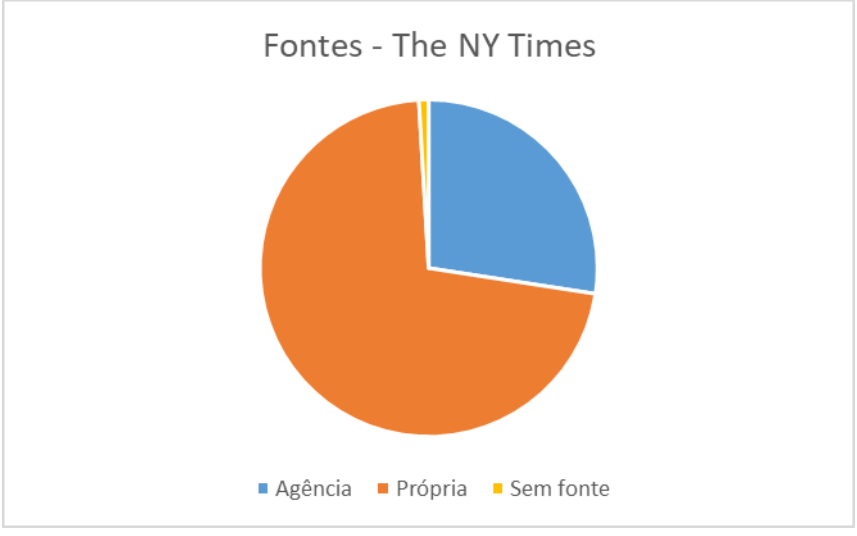
O próximo dado analisado é a fonte dessas notícias, quantas delas foram efetivamente produzidas por esses meios de comunicação e quantas delas foram compradas de agências de notícias. Isso pode se refletir tanto no interesse de cobrir determinado tema quanto nas próprias limitações que este oferece aos jornais e aos jornalistas. Diferentemente do NY Times, o Al Jazeera conta, também, com notícias mistas, ou seja, que foram produzidas com conteúdo próprio e com conteúdo comprado de agências. O Times divide-se somente em fonte própria e de agências.

Gráfico 2: Fontes do Al Jazeera



Fonte: Formulação própria a partir de 243 notícias selecionadas do jornal Al Jazeera (2018).

Gráfico 3: Fontes do The NY Times



Fonte: Formulação própria a partir de 215 notícias selecionadas do jornal The New York Times (2018).

É interessante observar a discrepância entre os dois jornais nesse aspecto. Quase dois terços do conteúdo do NY Times foi de elaboração própria – destas, as que falavam diretamente sobre a Nigéria ou sobre o Boko Haram, a maioria foi de autoria do correspondente Adam Nossiter –, enquanto 59 das 215 notícias foram compradas de agências. De maneira geral, o NY Times comprou a maioria destas notícias da Reuters AFI, agência de notícias britânica, e da Associated Press (AP), agência norte-americana. A Reuters é a maior agência internacional de notícias do mundo, não é de se estranhar sua presença na Nigéria, especialmente sendo o país uma ex-colônia britânica. Ao falarmos do Al Jazeera, a divisão entre notícias próprias e compradas ficou quase meio a meio, com uma porcentagem de 18% para as notícias de fonte mista. A agência que mais forneceu notícias para esse jornal foi a Agence France-Presse (AFP), agência francesa de notícias. A França ainda hoje possui grande presença na África, exercendo influência direta nas suas ex-colônias e inclusive em países que ela não colonizou, é quase natural disso a maciça presença da agência francesa no continente. Juntas, a Reuters, AP e AFP são as três maiores agências deste ramo no mundo, as notícias produzidas por elas são disseminadas por jornais de todo o globo, fato que expõe um oligopólio que pode – ou não – ser usado como política de poder, mas este é um tema para outro estudo.

Dando continuidade, o próximo nível de análise delimita os tipos de notícias veiculadas, observando-se qual era efetivamente o tema tratado. Antes de apresentar os dados, as categorias serão melhor explicadas:

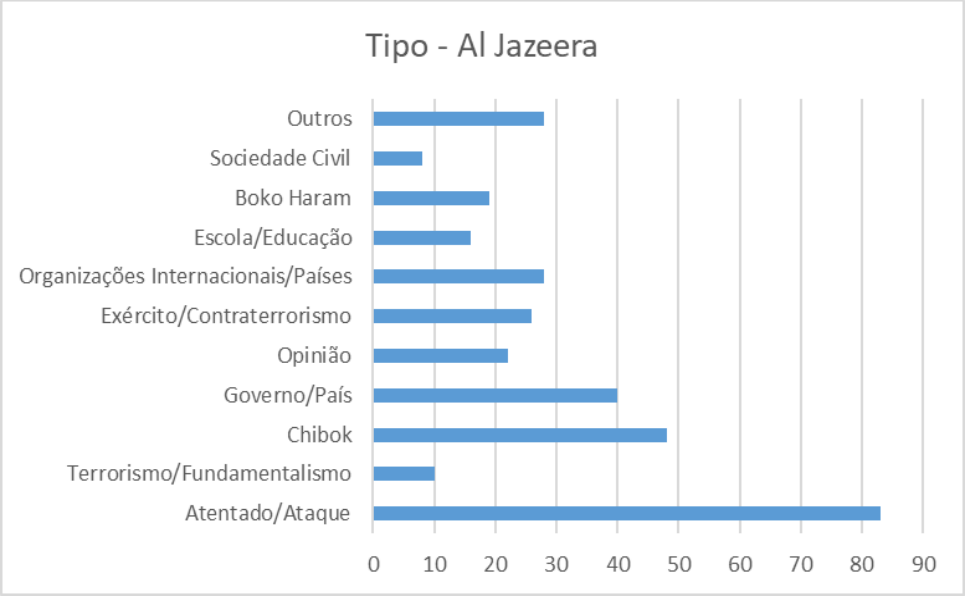
Tabela 4: Categorias de análise das notícias

Categoria	Definição
Atentado/Ataque	Notícias sobre ataques perpetrados pelo Boko Haram ou dos quais o grupo é suspeito, além de consequências diretas e imediatas desses ataques – como pessoas fugindo de uma cidade
Terrorismo/Fundamentalismo	Notícias que falam de terrorismo ou fundamentalismo como um fenômeno, incluindo a fala sobre outros grupos terroristas famosos
Chibok	Qualquer notícia sobre as meninas sequestradas de Chibok
Governo/País	Qualquer notícia que fale sobre a política na Nigéria, eleições, economia, presidente, autoridades/ex-autoridades políticas, ou sobre o país Nigéria
Opinião	Artigos de opinião, blogs, crônicas – podendo ou não ser diretamente relacionados à Nigéria e ao Boko Haram
Exército/Contraterrorismo	Notícias sobre o exército, os militares, e providências tomadas para combater o terrorismo
Organizações Internacionais/Países	Pressão exercida por organizações internacionais e por outros países, cooperação internacional, ataques em outros países
Escola/Educação	Notícias sobre estudantes ou escolas atacadas (exceto as meninas de Chibok), escolas abertas ou fechadas, e o tema 'educação'
Boko Haram	Origem e objetivos do grupo, líderes e membros, modus operandi
Sociedade Civil	Iniciativas da sociedade civil para combater o grupo, protestos, campanhas
Outros	Notícias sobre temas diversos, geralmente com pouca ou nenhuma relação direta com o Boko Haram, o grupo é apenas mencionado ou usado como exemplo

Fonte: Formulação própria a partir de padrões encontrados nas notícias selecionadas (2018).

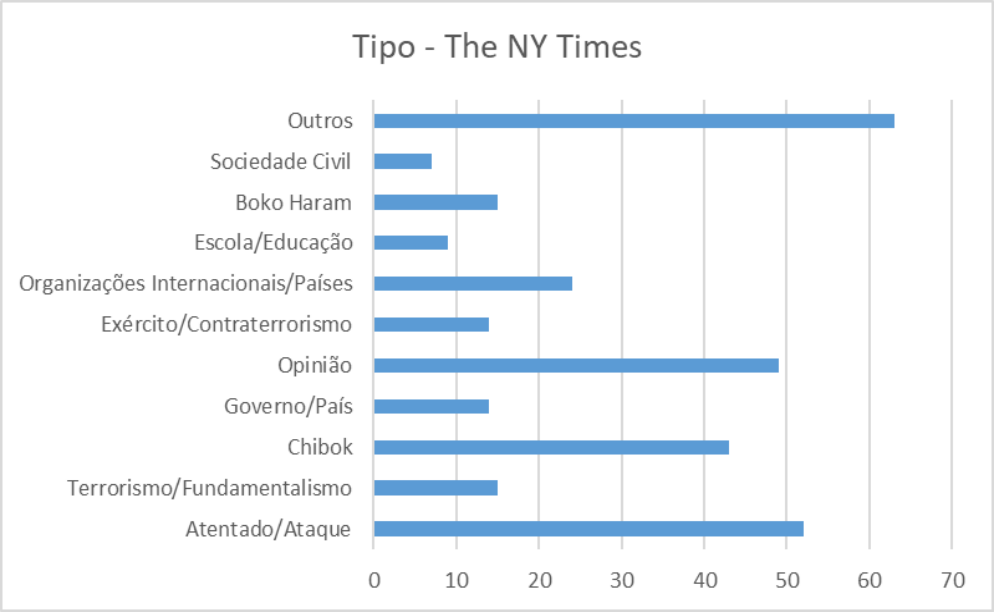
Nesse nível de análise as notícias podem se encaixar em uma ou mais categorias, por exemplo, a mesma notícia pode estar em 'opinião' e em 'outros', caso seja opinião sobre algo sem relação com o Boko Haram, ou pode ser 'chibok', 'governo/país' e 'exército/contraterrorismo', caso seja uma notícia sobre alguma medida que a Nigéria ou alguma autoridade anunciou para combater o terrorismo e encontrar as meninas sequestradas. A seguir serão apresentados os gráficos com os resultados obtidos.

Gráfico 4: Tipos de notícia - Al Jazeera



Fonte: Formulação própria a partir de 243 notícias selecionadas do jornal Al Jazeera (2018).

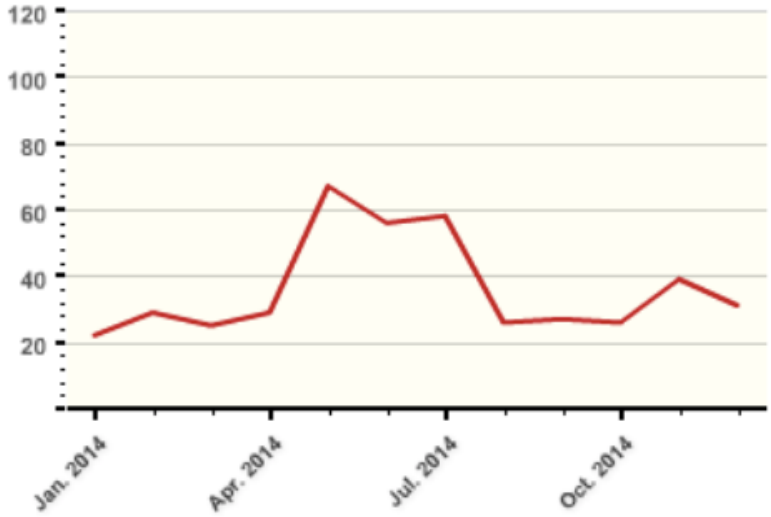
Gráfico 5: Tipos de notícia – The NY Times



Fonte: Formulação própria a partir de 215 notícias selecionadas do jornal The New York Times (2018).

No Al Jazeera se destaca a cobertura aos atentados, inclusive a maioria das notícias compradas foram sobre atentados ou ataques de qualquer gênero. Em segundo lugar, com quase metade da atenção recebida pelo anterior (ressaltando que o sequestro das meninas de Chibok foi separado na análise, nenhuma notícia sobre este ataque entrou na categoria 'atentado/ataque'), vem o sequestro das meninas de Chibok. Das 243 notícias veiculadas pelo Al Jazeera, 83 relataram algum ataque. Para ilustrar um pouco o porquê de este ter sido o tópico mais noticiado, será exposto um gráfico recuperado do *Global Terrorism Database*, uma iniciativa da Universidade de Maryland, que aponta para 435 incidentes/ataques perpetrados na Nigéria no ano de 2014 em que o Boko Haram foi autor ou que se suspeita da autoria do grupo.

Figura 7: Incidentes na Nigéria entre 01 de jan. 2014 e 31 de dez. 2014 perpetrados pelo Boko Haram. Todos os incidentes, independentemente da dúvida.



Fonte: Global Terrorism Database[29]

A frequência da cobertura do Al Jazeera, mostrada no primeiro gráfico deste capítulo, tem uma curva semelhante à curva deste gráfico de atentados, revelando que, mesmo eles não tendo noticiado os 435 incidentes ocorridos na Nigéria, houve algum cuidado de noticiar os frequentes ataques sofridos pelo país.

Em relação ao NY Times, o dado que revela 72% das notícias como de autoria própria pode ser surpreendente, especialmente dada a distância física e cultural da Nigéria e dos Estados Unidos. Entretanto, ao analisar o teor destas reportagens nota-se que a maioria está na categoria 'outros', ou seja, notícias com pouca ou nenhuma relação direta com o Boko Haram, e frequentemente pouca ou

[29] GLOBAL TERRORISM DATABASE. Disponível em: <https://www.start.umd.edu/gtd/search/Results.aspx?expanded=yes&casualties_type=b&casualties_max=&start_year=2014&start_month=1&start_day=1&end_year=2014&end_month=12&end_day=31&dtp2=all&success=yes&country=147&perpetrator=30101&ob=GTDID&od=desc&page=1&count=100>. Acesso em: 08 de abr. 2018.

nenhuma relação direta com a Nigéria. Seguido deste vêm os atentados/ataques, neste ponto é importante ressaltar que uma boa quantidade destes relatos foi de autoria própria, usualmente do correspondente Adam Nossiter.

A terceira categoria mais frequente é 'opinião', estas que podem ou não ter relação direta com o grupo ou com a Nigéria. As meninas de Chibok aparecem logo em seguida, figurando em 43 das 215 notícias recortadas do Times no ano de 2014. A relação destes dados revela um padrão no mínimo curioso. O jornal produziu muito mais conteúdo próprio sobre o Boko Haram do que o Al Jazeera, o que pode levar algumas pessoas a julgarem que um possui mais interesse que o outro, entretanto uma quantidade grande destas notícias são artigos de opinião ou sequer possuem relação direta com o grupo. Por mais que o NY Times tenha produzido bastante conteúdo próprio mencionando o Boko Haram, este não necessariamente era informativo sobre o grupo ou sobre a Nigéria.

Todas as notícias relacionadas à violação de direitos humanos e à violência propagada pelos agentes do Estado na luta contra o grupo terrorista se encaixaram, também, na categoria 'exército/contraterrorismo'. Levando em consideração ainda todas as outras questões que não envolvem violação de direitos humanos que podem se encaixar nesta categoria, vemos que a frequência deste aspecto foi relativamente baixa em ambos os jornais, mostrando talvez pouco interesse pelo sofrimento causado à população pelos agentes do estado nigeriano.

'Governo/País' foi uma categoria que apareceu bem mais no Al Jazeera do que no NY Times, que são geralmente notícias sobre política e economia nigerianas, foi a terceira categoria no Al Jazeera, enquanto no Times ocupa apenas a sétima posição (empatada com 'exército/contraterrorismo'). Já 'organizações internacionais/países' figurou mais no Times, certamente por conta da manifestação

da ex-Primeira-Dama Michelle Obama no caso das meninas de Chibok[30], que atraiu a atenção do país, e por conta dos esforços de cooperação com a Nigéria empreendidos pelos Estados Unidos na busca pelas garotas abduzidas.

5 CONCLUSÃO

Nos países fora da África pouco se sabe – ou pouco se procura saber – sobre o Boko Haram. Entretanto, o grupo não começou a existir no dia em que as meninas de Chibok foram sequestradas, sua existência data de mais de uma década antes disso, e, como apresentado neste trabalho, suas raízes são muito complexas. A Nigéria buscou trata-lo como um problema estritamente interno, talvez em nome de sua soberania, talvez por conta de um cálculo equivocado das suas próprias capacidades e das capacidades do grupo.

O surgimento do grupo está intrinsecamente ligado às condições de vida no país, especialmente no norte. Para pessoas vivendo em condições precárias, sem emprego, sem casa, e sem conseguir alimentar a família, é quase razoável unir-se a um grupo que provê tais insumos, além de prometer um país "melhor" e "livre de corrupção". A questão da distribuição de renda é muito grave na Nigéria (esta sendo rica em petróleo e uma das maiores economias da África) e o desenvolvimento relativo da região norte ainda é muito inferior ao da região sul. O desinteresse e descaso dos governantes pela região coloca os civis em situações em que tanto o Boko Haram quanto os agentes do governo se apresentam como ameaça. Além disso, o grupo representa uma ameaça real para a soberania e integridade da Nigéria – não que seja provável que eles tomem o país e sejam reconhecidos internacionalmente como governo legítimo, mas a ameaça é semelhante à do ISIS – Estado Islâmico na Síria (apesar de o Boko Haram não ter conseguido se apoderar de

[30] D. SHEAR, Michael. "First Lady Condemns Abduction of Nigerian Schoolgirls"; The New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/05/11/us/first-lady-condemns-abduction-of-nigerian-schoolgirls.html>. Acesso em: 08 de abr. 2018.

nenhuma região detentora de petróleo). O governo nigeriano se mostrou ineficiente no combate às causas e às consequências da insurgência do grupo armado.

A ideia de olhar a abordagem da mídia internacional foi para entender que tipo de discurso estava sendo feito, o tipo de cobertura dada, o que mais se destacava e por que. A teoria de Galtung e Rugie foi essencial para entender objetivamente as razões para a Nigéria receber menos atenção da mídia internacional, e se mostrou válida na comparação de duas situações que ocorreram dentro do país (o sequestro de Chibok e o massacre de Baga), explicando o porquê de uma receber mais visibilidade que a outra. Com relação à atenção recebida na mídia nacional, é surpreendente (de maneira negativa) como o Charlie Hebdo conseguiu superar o atentado interno nos meios de comunicação. Isso pode se dar tanto pelo interesse que quase naturalmente flui para os países-elite, assumindo que atentados em países como a França chocam mais, quanto pelas limitações dentro da própria Nigéria – as dificuldades de cobrir a região norte, o medo com relação ao Boko Haram, as dificuldades impostas pelo governo nigeriano, o "jornalismo do envelope marrom", o despreparo de muitos jornalistas para trabalhar em zonas análogas às de guerra, etc.

Na parte mais empírica do trabalho é importante ressaltar as inúmeras limitações. Em primeiro lugar a escolha dos jornais, que não são unanimidade nem em suas próprias regiões e países, mas que foram escolhidos tendo em conta o tempo restrito para o desenvolvimento do trabalho, que impossibilitou uma seleção mais representativa. Em segundo lugar o método, que poderia incluir categorias mais específicas e a porcentagem exata de quantas matérias foram feitas por cada agência mencionada, além de outros dados – como a porcentagem exata de matérias escritas pelo Adam Nossiter. Entretanto o tempo foi limitante para esse aspecto também. Para uma análise mais precisa seria necessário olhar com cautela todas as 458 notícias selecionadas.

O que pode ser futuramente desenvolvido, além do aprimoramento do método, é a aplicação deste aos anos posteriores a 2014, o que possibilitaria uma comparação a partir de uma perspectiva mais abrangente, identificando – ou não – padrões sistêmicos. Existe uma janela de quatro anos entre 2014 e 2018, o presidente da Nigéria mudou, talvez o combate ao Boko Haram tenha mudado, assim como a forma de atuação do grupo.

Este trabalho visa meramente suscitar um debate, além de ser uma provocação para refletirmos sobre a atenção que dedicamos aos países menos desenvolvidos. A população nigeriana vem sofrendo há anos pelas atividades do grupo terrorista, mas vem sofrendo há muito mais tempo que isso pelo descaso do governo. A Nigéria acabou por tornar-se terreno fértil para grupos fundamentalistas, contudo não parece haver muita preocupação internamente – tanto do governo quanto da mídia –, e menos ainda externamente. Enquanto houver coesão interna suficiente para seguir com as exportações de petróleo, os problemas na Nigéria serão apenas da Nigéria.

O breve debate exposto sobre as definições de terrorismo também possui um propósito reflexivo, o termo é extremamente volátil e altamente politizado, é preciso parar de aceitar as definições passivamente e ter um olhar crítico a respeito. É muito importante buscar a quem interessa rotular algo ou alguém como terrorista, quem são os atores que ganham quando um tema é securitizado, e o que ganham. Mesmo que o caso do Boko Haram deixe poucas dúvidas em relação à sua securitização, é necessário sempre estar atento quando essa retórica é aplicada. O uso do termo ‘terrorista’ nos dias de hoje é suficientemente eficiente e impactante na população, fazendo com que a maioria das pessoas não questione a existência de interesses escusos por trás deste.

REFERÊNCIAS

ABUBAKAR, Aminu; DIXON, Robyn. "Hundreds said killed by Boko Haram in attacks in northeastern Nigeria"; Los Angeles Times. Disponível em: <http://www.latimes.com/world/africa/la-fg-wn-boko-haram-baga-20150109-story.html#page=1>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

ADESOJI, Abimbola. The Boko Haram Uprising and Islamic Revivalism in Nigeria/Die Boko-Haram-Unruhen und die Wiederbelebung des Islam in Nigeria. Africa Spectrum, p. 95-108, 2010.

AGBIBOA, Daniel E. (Sp) oiling Domestic Terrorism? Boko Haram and State Response. Peace Review, v. 25, n. 3, p. 431-438, 2013.

AGBIBOA, Daniel E. Peace at Daggers Drawn? Boko Haram and the state of emergency in Nigeria. Studies in Conflict & Terrorism, v. 37, n. 1, p. 41-67, 2014.

AGBIBOA, Daniel E. The ongoing campaign of terror in Nigeria: Boko Haram versus the state. Stability: International Journal of Security and Development, v. 2, n. 3, 2013.

Agence Nationale de Lutte Contre l'Illettrisme. “Les Chiffres - Niveau National”; Agence Nationale de Lutte Contre l'Illettrisme. Disponível em: <http://www.anlci.gouv.fr/Illettrisme/Les-chiffres/Niveau-national>. Acesso em: 28 de fev. 2018.

AL JAZEERA. "The challenge of reporting on Boko Haram"; Al Jazeera. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/programmes/listeningpost/2014/05/reporting-boko-haram-mass-kidnapping-2014537513843827.html>. Acesso em: 08 de abr. 2018.

AMNESTY INTERNATIONAL. ‘Welcome to Hell Fire’ Torture and Other Ill-Treatment in Nigeria. 1.ed. Londres, 2014.

ASSANVO, William; ABATAN, Jeannine; SAWADAGO, Wendyam. Assessing the Multinational Joint Task Force against Boko Haram. 2016.

BBC. “The scenario - The ‘ticking bomb’ problem”; BBC. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/ethics/torture/ethics/tickingbomb_1.shtml>. Acesso em: 26 de nov. 2017.

BBC. “What is Sharia and how is it applied?”; BBC. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-27307249>. Acesso em 10 de abr. De 2018.

BELLAMY, Alex J. No pain, no gain? Torture and ethics in the war on terror. International Affairs, v. 82, n. 1, p. 121-148, 2006.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de política por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Trad. De João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasilia, Editora Universidade de Brasilia, 11ª edição, 2004.

BREMMER, Ian. “The Chart That Explains Why Ukraine Can't Fight Russia”; Politico Magazine. Disponível em: <https://www.politico.com/magazine/story/2014/03/statistics-that-explained-the-world-this-week-104633>. Acesso em: 30 de jan. 2018.

BUZAN, Barry; WÆVER, Ole; DE WILDE, Jaap. Security: a new framework for analysis. Lynne Rienner Publishers, p. 5-57, 1998.

CHOMSKY, Noam. International terrorism: Image and reality. Crime and Social Justice, n. 27/28, p. 172-200, 1987.

CIA, The World Factbook. “Africa: Nigeria”; Central Intelligence Agency. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ni.html>. Acesso em: 29 de jan. 2018.

D. SHEAR, Michael. "First Lady Condemns Abduction of Nigerian Schoolgirls"; The New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/05/11/us/first-lady-condemns-abduction-of-nigerian-schoolgirls.html>. Acesso em: 08 de abr. 2018.

EBHOMIENLEN, Thomas O.; UKPEBOR, Emmanuel I. Religion and Politics in Nigeria: A Comparative Study of the Nigeria Supreme Council for Islamic Affairs and the Christian Association of Nigeria. International Journal of Science and Research, 2013.

EKE, Ikechukwu Williams. Brown envelope syndrome and the future of journalism in Nigeria. International Interdisciplinary Journal of Scientific Research, v. 1, n. 1, p. 148-156, 2014.

G1 Globo.com. “Ataque em sede do jornal Charlie Hebdo em Paris deixa mortos"; G1 Globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/01/tiroteio-deixa-vitimas-em-paris.html>. Acesso em: 01 de mar. 2018.

GALTUNG, Johan; RUGE, Mari Holmboe. The structure of foreign news: The presentation of the Congo, Cuba and Cyprus crises in four Norwegian newspapers. Journal of peace research, v. 2, n. 1, p. 64-90, 1965.

GLOBAL TERRORISM DATABASE. Disponível em: <https://www.start.umd.edu/gtd/search/Results.aspx?expanded=yes&casualties_type=b&casualties_max=&start_year=2014&start_month=1&start_day=1&end_year=2014&end_month=12&end_day=31&dtp2=all&success=yes&country=147&perpetrator=30101&ob=GTDID&od=desc&page=1&count=100>. Acesso em: 08 de abr. 2018.

HARITOS-FATOUROS, Mika. The psychological origins of institutionalized torture. Psychology Press, 2003.

HERRIOT, Peter. Religious fundamentalism: global, local and personal. Routledge, p. 2, 2008.

HOBBES, Thomas. Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2009. p. 94-131.

ISA, Muhammad K. Militant Islamist groups in northern Nigeria. In: OKUMU, Wafula; IKELEGBE, Augustine (Ed.). Militias, rebels and Islamist militants: Human security and state crises in Africa, p. 313-40, 2010.

LOIMEIER, Roman. Boko Haram: The development of a militant religious movement in Nigeria. Africa Spectrum, p. 137-155, 2012.

MARK, Monica. "Boko Haram's 'deadliest massacre': 2,000 feared dead in Nigeria"; The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/09/boko-haram-deadliest-massacre-baga-nigeria>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

MARK, Monica. "Thousands flee as Boko Haram seizes military base on Nigeria border"; The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/05/boko-haram-key-military-base-nigeria-chad-border>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

NGIGE, C. V.; BADEKALE, A. F.; HAMMANJODA, I. The media and boko haram insurgency in Nigeria: a content analysis and review. International Journal of Peace and Conflict Studies (IJPCS), Vol. 3, No 1, June, p. 59, 2016.

NKANGA, Peter. "Journalists targeted by both sides in Nigeria's war on terror"; Committee to Protect Journalists. Disponível em:

<https://cpj.org/blog/2014/05/journalists-targeted-by-both-sides-in-nigerias-war.php>. Acesso em: 08 de abr. 2018.

NOSSITER, Adam. "Massacre in Nigeria Spurs Outcry Over Military Tactics"; The New York Times. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2013/04/30/world/africa/outcry-over-military-tactics-after-massacre-in-nigeria.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em 09 de outubro de 2017.

OLUTOKUNBO, Adekalu Samuel et al. Bring Back Our Girls, Social Mobilization: Implications for Cross-Cultural Research. Journal of Education and Practice, v. 6, n. 6, p. 64-75, 2015.

ONAPAJO, Hakeem; UZODIKE, Ufo Okeke. Boko Haram terrorism in Nigeria: Man, the state, and the International System. African Security Review, v. 21, n. 3, p. 24-39, 2012.

ONUOHA, Freedom C. The audacity of the Boko Haram: Background, analysis and emerging trend. Security Journal, v. 25, n. 2, p. 134-151, 2012.

ONUOHA, Freedom C. Why do youth join Boko Haram? US Institute of Peace, 2014.

Press Release. "Jonathan condemns terrorist attack on French magazine"; Premium Times. Disponível em: <https://www.premiumtimesng.com/news/more-news/174503-jonathan-condemns-terrorist-attack-french-magazine.html>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

REINERT, Manuel; GARÇON, Lou. Boko Haram: A Chronology. In: DE MONTCLOS, Marc-Antoine Pérouse (Ed.). Boko Haram: Islamism, politics, security and the state in Nigeria. African Studies Centre, p. 237-245, 2014.

ROSS, Will. "Boko Haram crisis: Nigeria estimates Baga deaths at 150"; BBC News. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-africa-30788480>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

SAMPSON, Isaac Terwase. Between Boko Haram and the Joint Task Force: Assessing the Dilemma of Counter-Terrorism and Human Rights in Northern Nigeria. Journal of African Law, v. 59, n. 1, p. 25-63, 2015.

SCHMID, Alex P. (Ed.). The Routledge handbook of terrorism research. Taylor & Francis, 2011.

SLUKA, Jeffrey A. (Ed.). Death squad: The anthropology of state terror. University of Pennsylvania Press, 2000.

TRADING ECONOMICS. “Nigeria Unemployment Rate”; Trading Economics. Disponível em: <https://tradingeconomics.com/nigeria/unemployment-rate>. Acesso em: 17 de nov. 2017.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. “Corruptions Perceptions Index 2016”; Transparency International. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 17 de nov. 2017.

UNICEF. “At a glance: Nigeria - Statistics”; Unicef. Disponível em: <https://www.unicef.org/infobycountry/nigeria_statistics.html>. Acesso em: 17 de nov. 2017.

WALKER, Andrew. What is Boko Haram? US Institute of Peace, 2012.

WEINBERG, Leonard; PEDAHZUR, Ami; HIRSCH-HOEFLER, Sivan. The challenges of conceptualizing terrorism. Terrorism and Policical Violence, v. 16, n. 4, p. 777-794, 2004.

WORLD POPULATION REVIEW. “Africa Population”; World Population Review. Disponível em: <http://worldpopulationreview.com/continents/africa-population/>. Acesso em 07 de abr. De 2018.

ZUCKERMAN, Ethan. "Honor every death: Paying attention to terror in Baga, Nigeria as well as Paris"; Ethan Zuckerman. Disponível em: <http://www.ethanzuckerman.com/blog/2015/01/09/honor-every-death-paying-attention-to-terror-in-baga-nigeria-as-well-as-paris/>. Acesso em: 10 de abr. 2018.

CULTURA E NEGOCIAÇÃO: O CASO DE JERUSALÉM

Lucas Aquino Silva

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia visa analisar os impactos derivados dos aspectos culturais no âmbito das negociações, em específico as negociações referentes a Jerusalém entre os povos Palestinos e os povos Judaicos que hoje habitam a região da Palestina. Essa temática apresenta grande importância para o estudo de relações internacionais uma vez que tenta estudar e compreender parte da essência do estudo de relações internacionais, ou seja, tenta compreender o impacto resultante da forma de se viver de determinado povo nas decisões do estado a que pertencem.

Esta monografia se encontra dividida em um total de três capítulos, sendo cada um destes responsável por uma parte do estudo a ser apresentado. O primeiro capítulo irá se focar no clareamento das teorias a serem utilizadas na execução deste trabalho e dos conceitos a serem aplicados durante a análise de caso apresentada no terceiro capítulo, dando enfoque para o conceito de cultura que se encontra dotado de tamanha diversidade entre os seus significados o que dificulta a realização de trabalhos sobre a mesma.

O segundo capítulo contemplará o estudo do desenvolvimento histórico do estado de Israel no território palestino e busca encontrar nas histórias tanto judaicas quanto muçulmanas o suporte à análise do terceiro capítulo e desta forma apontar

um caso onde o impacto da cultura pode ser aplicado e melhor compreendido de forma a ser mais nítido o impacto causado pela mesma na questão.

O terceiro capítulo desta monografia por sua vez irá buscar, nos acontecimentos descritos na segunda parte deste estudo, elementos que sejam caracterizados pelas teorias trabalhadas no primeiro capítulo, com o intuito de melhor basear a análise do impacto da cultura nas negociações referentes à cidade de Jerusalém que resultaram na elaboração das resoluções 181 (1947) e 242 (1967) e desta forma identificar se a cultura teria sido um elemento decisivo ou impactante nas negociações Judaico-Palestinas.

Realizar o estudo de negociações referentes à cidade de Jerusalém é particularmente complexo, pois as negociações relativas a questão palestina propriamente ditas são de caráter sigiloso e não podem ser encontradas transcrições das mesmas em caráter oficial; Por outro lado, pode-se observar as tendências históricas das mesmas através das resoluções 181[1] e 242[2] emitidas pela assembleia geral da ONU. Portanto as análises que serão feitas nesta monografia não dizem respeito as negociações propriamente ditas, como justificado anteriormente, mas, sim, uma análise indireta através das reações e das decisões tomadas pelos organismos de governança internacional em resposta a estas negociações e para todos os efeitos os próprios efeitos causados por tais negociações.

Desta forma esta monografia busca comprovar a dificuldade de se negociar por conta do aspecto cultural dos povos envolvidos nesta negociação, compreendendo, portanto, os impactos causados por tais choques culturais, e assim clarear os impactos dos choques culturais em um ambiente de negociação entre duas partes.

[1] ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. Resolução 181. AG Index: A/RES/181(II) A-B, doze de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181(II)
[2] CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. Resolução 242. Index: S/RES/242, 9 de novembro de 1967. Disponível em: http://undocs.org/S/RES/242(1967)

As teorias a serem utilizadas neste são as teorias de Geert Hofstede em seu livro *culture and Organizations: Software of the Mind* (2010) referentes ao aspecto organizacional da cultura e ao desenvolvimento cultural em si também conhecida como *Cultural Onion Theory*, e as teorias referentes ao desenvolvimento e aspectos psicológicos das negociações derivadas do livro *The Art and Science of Negotiation* de Howard Raiffa que permitirão analisar mais precisamente as reações do cenário internacional às negociações que ocorreram no período de tempo, a Produção de Emmanuel Adler sobre o construtivismo nas relações internacionais também será aplicada na execução deste trabalho.

2 BASE TEÓRICA E A ONION THEORY

Este capítulo da monografia visa melhor trabalhar as teorias nas quais irão se basear as análises realizadas no terceiro capítulo desta, clareando e definindo melhor os termos a serem utilizados e assim desenvolver uma base teórica de forma a sustentar os argumentos feitos nesta pesquisa. Para a realização desta pesquisa é importante compreender que o termo Cultura será utilizado no seu sentido antropológico tal qual utilizado por Geert Hofstede em seu livro *Cultures and Organizations: Software of the Mind (2010)*, portanto cultura será interpretada como a forma de viver de uma população, englobando os seus costumes, tradições e formas de pensar além de seus heróis e modelos.

O teórico Geert Hofstede descreve a cultura através de um modelo conhecido como *Onion Theory*, na qual divide cultura em duas grandes áreas, sendo estas, os valores que fazem o papel de núcleo e são a camada mais interna da cultura, e as práticas que são compostas pelas outras três camadas que cobrem os ritos, heróis e símbolos. A utilização desta teoria se dá pela sua aplicação pelo próprio Hofstede em pesquisas relacionadas a organização das empresas em diversas culturas, o que aproxima e viabiliza o conceito de cultura do mundo das negociações.

Para que seja realizada as análises sobre a negociação entre as partes será utilizado o livro de Howard Raiffa *The Art and Science of Negotiation* (1982) de forma a melhor compreender a natureza das negociações e achar em quais momentos podem estas estar a mercê da cultura conforme descrito por Hofstede. Para se realizar o estudo sobre negociações é necessário que se compreenda o conceito de Confiança, uma vez que com base no artigo *In Global Negotiations, It's all about trust* (2018) escrito por Brian Gunia, Jeanne Brett e Amit Nandkeolar disponível no site da *Harvard Business Review*[3] negociar no ambiente internacional se dá principalmente por meio da confiança e que a desconfiança neste âmbito se torna muito mais difícil de se superar do que a confiança é de se perder.

> It's no secret that negotiations are more fruitful when parties freely share information about their interests and goals. But that requires trust, which may be in short supply at the bargaining table. This appears to be true especially in Asian countries, including India and Japan, and in negotiations involving parties from different cultures (Brian Gunia, 2012)

Como este trabalho tem por objetivo analisar o impacto cultural das negociações entre a Palestina e Israel acerca da cidade de Jerusalém é importante também que o autor Emmanuel Addler e sua produção sobre *O construtivismo no estudo das relações Internacionais*, uma vez que irá trabalhar a diferença de visão entre os indivíduos sobre a visão do "eu" e do "outro", e assim viabilizar o estudo dessa negociação.

2.1 A "onion theory"

Como trabalhado por Hofstede em seu livro *Cultures and Organizations: Software of the Mind (2010)*, o mundo atual está imerso em vários conflitos que variam desde problemas ecológicos e meteorológicos à problemas de natureza econômica os quais não se encontram limitados às fronteiras de um ou outro estado.

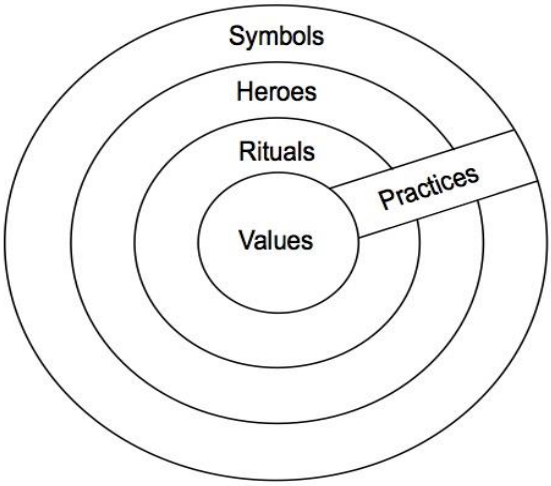
[3] GUNIA, Brian; BRETT, Jeanne; Nandkeolyar, Armit. In Global Negotiations It's All About Trust. Harvard Business Review. Disponível em: <https://hbr.org/2012/12/in-global-negotiations-its-all-about-trust>. Acesso em: 30 de jan. 2018.

É esperado que indivíduos de diferentes nações que pensam, sentem e agem de formas diferentes uma da outra cooperem entre si para assim solucionarem tais problemas.

Os líderes destas diferentes nações necessitam do apoio e suporte de suas respectivas populações para que as soluções tomadas no âmbito internacional gerem os resultados esperados, e sejam assim melhor implementadas. Para que este apoio seja possível é necessário que ambas as partes aprendam as nuances da cultura uma da outra e assim sejam capazes de encontrar soluções viáveis para ambas.

Em seu livro *Hofstede* então irá trabalhar a cultura como uma forma de programação mental dos indivíduos inseridos nesta, posteriormente desenvolvendo o que virá a ser chamado neste trabalho como "*Onion theory*". O modelo desenvolvido por Hofstede divide a cultura em quatro camadas distintas, e destas três são pertencentes a um conjunto chamado de práticas (figura 1) e a quarta camada é composta pelos valores.

Figura 1: Cultural Onion Model



Hofstede, 1991.

O modelo coloca nas camadas mais externas os elementos da cultura que são mais visíveis nos indivíduos de uma cultura, e no centro os elementos que não são nítidos para estrangeiros, e que mais dificilmente podem ser alterados nos indivíduos de determinada cultura. Este modelo pode ajudar a melhor compreender as diferenças entre os indivíduos de sociedades distintas, e assim melhor compreender como cada uma destas partes irá atuar em relação às situações propostas.

2.1.1 Práticas

O conjunto das práticas no modelo de Hofstede (2010) é composto pelas camadas dos símbolos, heróis, e rituais e compõem as camadas mais externas da Cultura podendo, portanto serem notados por observadores de determinada cultura. No entanto os seus significados muitas vezes permanecem visíveis apenas para aqueles inseridos em determinada cultura. sendo os símbolos a camada mais externa, seguida pelos heróis e pelos rituais. Cada uma destas camadas é responsável por elementos mais nitidamente visíveis no próprio comportamento dos indivíduos e cada uma destas apresenta características específicas.

A camada dos símbolos é a mais externa presente no modelo e é, portanto, a mais visível aos observadores de determinada cultura, sendo composta principalmente de palavras e gestos, a até mesmo objetos detentores de algum significado para os integrantes de determinada cultura, como a cruz para os cristãos, ou os totens para os nativos norte-americanos. Os símbolos de status como vestimentas ou cortes de cabelo também se encontram nesta camada. É importante ressaltar que os símbolos são a parte mais mutável da cultura e desaparecem e são repostos com maior facilidade em relação aos outros elementos da cultura.

A segunda camada do modelo pertence aos heróis dos indivíduos daquela cultura. Sejam eles reais ou fictícios, eles cumprem o modelo de quais valores são mais considerados dentro de determinada cultura, realizando, portanto, a função de

serem modelos de comportamento para os integrantes daquela cultura. Segundo o próprio Hofstede (2010) até mesmo personagens fictícios como o Rei Artur, Batman, Snoopy, e Asterix tiveram a sua importância como heróis culturais em seus respectivos locais de nascimento.

A camada dos rituais inclui atividades coletivas realizadas dentro de determinada cultura, mas também algumas modalidades de comportamento que possuam o interesse de alcançar determinado objetivo considerado essencial dentro de um grupo, independentemente se isto possui ou não impacto no objetivo em questão. Alguns exemplos de rituais são os comprimentos entre indivíduos, e cerimônias sociais religiosas como casamentos.

2.1.2 Valores

Os valores são obtidos cedo pelo indivíduo e são a camada mais profunda da cultura, sendo invisíveis para os observadores, e muitas das vezes não podem, ou tendem a não ser discutidas entre os membros de determinada cultura, por ser considerado algo básico para os integrantes desta cultura, fazendo, portanto, com que os valores sejam dificilmente substituídos ou perdidos pelos seus integrantes.

Dentro dos valores estão os elementos considerados certos e errados para os indivíduos de determinada cultura, e normalmente são compostos por sentimentos que vêm com um indicativo que mostra um lado positivo e um lado negativo. Os exemplos de valores dados por Hofstede em seu livro são;

- mau versus o bom
- sujo versus o limpo
- perigoso versus o seguro
- proibido versus o permitido

- decente versus o indecente
- moral versus o imoral
- feio versus o bonito
- artificial versus o natural
- anormal versus o normal
- paradoxal versus o lógico
- irracional versus o racional

Estes valores normalmente vêm com uma preferência de se estar a um lado ao invés de outro, e no caso das negociações, valores como o quanto um indivíduo se arrisca, ou o quanto a confiança é importante para aquela parte durante o período das negociações são parte dos principais valores a serem levados em consideração. Tornando assim o grupo dos valores de extrema importância quando se tenta construir confiança entre duas partes.

2.2 A Religião como aspecto Cultural

Os povos a serem trabalhados nesta pesquisa foram escolhidos pela sua proximidade com os aspectos religiosos em relação a sua forma de vida. Não somente eles tendem a ser mais voltados para a religião, como também utilizam da religião como um manual para seu modo de vida. Possuem em suas respectivas religiões heróis e símbolos, assim como valores que defendem e que são descritos com base nestas, portanto estes povos não somente têm uma religião, mas fazem de suas respectivas religiões a sua cultura, lhes ditando e ensinando como agir, pensar e sentir[4].

[4] GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. 1.ed. pgs. Pgs. 66 á 74 Rio de Janeiro. 2008.

As religiões Judaica e o Islamismo (majoritária dentre os Palestinos) são consideradas ambas tradicionais, cujas premissas e valores já se encontram fixos e, portanto, não possuem muito espaço para a abertura, além de que os seguidores de tais religiões ao contrário de diversos povos da história não tentaram desvincular o estado e a religião, mas sim aproximá-los, utilizando de premissas religiosas para a sua criação de leis e até de seus valores para definir modos de conduta.

No caso dos seguidores e dos países cujo Islamismo é a religião predominante pode-se exemplificar como aspectos da cultura deste povo os cinco pilares do Islamismo, sendo estes os cinco principais atos exigidos por esta religião aos seus praticantes, o ato de professar e aceitar o Credo, orar cinco vezes ao dia, com o fiel voltado em direção à meca, doar dinheiro aos necessitados, observar as obrigações do Ramadã e pelo menos uma vez em vida realizar uma peregrinação à meca, caso possua condições financeiras e físicas[5]. Outro exemplo do Islamismo como cultura local é a existência da Xaria, ou Direito Islâmico, onde há pouca ou nenhuma distinção entre os princípios da religião e a legislação local.

2.3 O Construtivismo nas relações internacionais

A teoria do Construtivismo nas Relações Internacionais será também utilizada como forma de suporta à análise. Para isso, neste trabalho será utilizado primeiramente o artigo “O construtivismo nas relações internacionais”, feito por Emmanuel Addler, em 1999. O artigo apresenta a discussão que ocorria até então sobre o papel das ideias nas relações internacionais, trabalhando na discussão iniciada entre os “racionalistas” (Como citado abaixo) e os partidários de epistemologias interpretativistas (teóricos críticos no sentido da escola de Frankfurt e teóricas feministas) sobre a natureza da realidade internacional e como os estudiosos deveriam explica-la.

[5] ESPOSITO, John L. **Islam: The straight path**. New York: Oxford University Press, 1998.

> São vistos como “agentes goal-seeking que buscam realizar seus interesses frente a um ambiente externo caracterizado pela anarquia e pelo poder de outros estados. A questão paradigmática é de como os estados realizam seus objetivos tendo em vista os limites através dos quais operam. Quando os objetivos são interdependentes, a questão assume uma forma estratégica: como poderá um estado alcançar o que deseja, dadas as preferências e capacidades dos outros?” (Caporaso, 1992: 605; Apud Emmanuel Addler 1999: 201).

A abordagem do construtivismo passou posteriormente a ser descrita, explicada e aplicada de forma empírica, sendo contrastada com outras das abordagens existentes nas relações internacionais. No entanto a teoria construtivista no âmbito das relações internacionais sofre com uma crença errônea de que o construtivismo é uma variação da perspectiva “reflexivista” assim como o pós-estruturalismo e o pós-modernismo, causando uma quantidade reduzida de produções utilizando o construtivismo como trabalhado por Addler em seu artigo.

Addler defende em seu artigo que o construtivismo não é sobre o enfrentamento da ciência por interpretações literárias ou “relatos”, mas sim sobre a própria natureza da ciência social, criando assim um contraponto da concepção naturalista de ciência, quase inteiramente baseada em filosofias da ciência concorrentes e teorias que há muito tempo teriam sido abandonadas pela física. Addler traz também em seu artigo uma metáfora para ilustrar esse argumento;

> Suponha que você arremesse uma pedra ao ar. Ela pode ter apenas uma resposta às forças físicas externas que agem sobre ela. Porém, se você arremessar um pássaro ao ar, ele pode voar para uma árvore. Embora as mesmas forças físicas ajam sobre o pássaro e a pedra, uma quantidade massiva de processamento interno de informação afeta o comportamento do pássaro (Waldrop, 1992: 232 Apud Emmanuel Addler, 1999: 203).

A continuação do trecho citado acima em resumo se apresenta assim; Addler argumenta que se metaforicamente arremessarmos um grupo de pessoas, uma ou mais nações ao ar a direção para a qual estes irão se desviar não é determinado inteiramente por forças ou constrangimentos físicos, assim como também não

depende inteiramente de preferências pessoais e escolhas racionais. Sendo assim depende também dos conhecimentos compartilhados, significados coletivos, autoridade e legitimidade, leis, recursos naturais e instituições, de sua criatividade conjunta e até mesmo de suas práticas;

> Construtivismo é a perspectiva segundo a qual o modo pelo qual o mundo material forma a, e é formado pela, ação e interação humana depende de interpretações normativas e epistêmicas dinâmicas do mundo material. (Emmanuel Addler, 1999; 205).

O construtivismo, portanto, visa mostrar que as nossas instituições são baseadas em entendimentos coletivos, que com o passar do tempo foram consideradas pela consciência humana até que tivessem sido difundidas e consolidadas como inevitáveis. Os construtivistas portanto, acreditam que a capacidade humana de reflexão e aprendizado tem seu maior impacto no modo como os indivíduos e atores sociais dão sentido ao mundo material e, sendo assim, os entendimentos coletivos são os motivos pelos quais os indivíduos compreendem as coisas como elas são e como indicações de como deveriam utilizar as suas habilidades materiais e seu poder.

Portanto para os construtivistas as relações internacionais são constituídas primariamente de fatos sociais, e ao mesmo tempo se apresentam como “realistas ontológicos”, ou seja, não acreditam que o mundo apenas exista no âmbito material, realizando assim o papel de uma ponte entre as filosofias da ciência social positivista/materialista e a ciência social interpretativista. Addler também trabalha em seu artigo com a ideia de que os construtivistas que seguem uma perspectiva interpretativista abraçam a posição mediativa, aceitando a noção de que existe um mundo real, mas que este não pode ser inteiramente determinado pela realidade física, uma vez que as identidades, interesses e comportamentos dos agentes políticos são socialmente construídos por significados, interpretações e pressupostos de natureza coletiva sobre o mundo.

O artigo *O construtivismo no estudo das relações internacionais* (1999) escrito por Emmanuel Addler tem uma conexão muito profunda com a teoria trabalhada por Hofstede em seu livro *Culture and Organizations: Software of the mind* trabalhado na primeira parte deste capítulo uma vez que em vários pontos de seu artigo Addler cita autores que explicitam e citam a importância das mesmas qualidades que compõem o modelo de cultura trabalhado por Hofstede, abrindo assim a possibilidade de utilizar do modelo dele dentro do estudo das Relações Internacionais e mais explicitamente do estudo do caso palestino utilizando deste modelo.

2.4 A conexão entre os modelos

Os modelos selecionados para a realização desta pesquisa variam de modelos que permitam uma melhor compreensão sobre as culturas e em certa medida categorizar elementos importantes para a compreensão da mesma. Enquanto que outros irão trabalhar diretamente com o desenvolvimento e com a relação dessas culturas nas negociações.

O modelo da cebola cultural de Geert Hofstede utiliza de 4 pontos básicos para categorizar e melhor dividir os diferentes aspectos pertencentes a uma determinada cultura, e desta forma viabiliza a realização de análises que levem em consideração culturas distintas, em outras palavras o modelo nos dá as bases necessárias para a interpretação e análise de elementos culturais, levando em conta desde os símbolos desta cultura até os Valores da mesma como visto anteriormente neste capítulo.

Se para Emmanuel Addler, o direcionamento dos indivíduos e das nações não depende apenas de ações racionais e escolhas pessoais, mas também de conhecimentos coletivos, instituições práticas e de sua criatividade conjunta podemos aqui então começar a perceber um vínculo entre o conceito cultural de

Hofstede e de Addler com relação à tomada de decisão dos indivíduos de determinado grupo Cultural.

Ou seja, os construtivistas atribuem a outros elementos parte da responsabilidade pelas decisões de povos de distintas origens, uma vez que terão elementos diferentes e que não são normalmente levados em consideração pelas escolas realistas, porém mais importante do que isto são os elementos que são levados em consideração, pois os conhecimentos compartilhados, significados coletivos, autoridade e legitimidade, leis, recursos naturais e instituições, de sua criatividade conjunta e até mesmo de suas práticas são todos elementos pertencentes á forma de ver o mundo de determinada comunidade, ou seja são todos elementos da cultura de um determinado povo.

3 CONTEXTO HISTÓRICO

Este capítulo possui a intenção de clarear e esclarecer melhor o desenvolvimento dos conflitos na região da palestina e desta forma viabilizar uma visão um pouco mais clara sobre a evolução dos eventos históricos que atingiram a região. Desta forma este capítulo se torna essencial para a realização das análises realizadas no terceiro capítulo desta monografia.

No decorrer deste capítulo serão apresentados o principal movimento judaico e um pouco sobre os movimentos nacionalistas da palestina, assim como uma versão resumida do desenvolvimento da situação na palestina desde 1900, até pouco depois da criação do estado de Israel. E assim melhor situar o momento histórico para a realização das discussões que virão a ocorrer no terceiro capítulo deste trabalho.

Este capítulo está estruturado de forma a mostrar um pouco sobre o desenvolvimento da Palestina, e desta forma mapear e trazer à tona informações importantes de caráter relevante para a análise deste texto, seguido de informações sobre o movimento sionista e a forma como este se estruturou durante o período de assentamento Judaico no território da palestina, o capítulo então encerra falando

sobre a Palestina no entre guerras e com uma breve explicação sobre a cidade de Jerusalém para os povos da região.

3.1 O desenvolvimento da Palestina até a guerra dos seis dias

A Palestina no ano de 1900 era parte do que era conhecido como o império otomano, tendo a sua população composta por Judeus, Muçulmanos e Cristãos que compartilhavam até este momento o território Palestino. Durante este período um movimento que estava acontecendo na Europa começa também a surgir na Palestina, onde os árabes que viviam na região passam a desenvolver uma identidade nacional, se reconhecendo como Palestinos, e não mais apenas como árabes.

> O começo da imigração para a Palestina, que os sionistas esperavam que com o tempo fizesse com que os judeus se tornassem na maioria da população do território, seria imediatamente recebida com hostilidade pela população árabe, tensão que apenas aumentaria nas décadas subsequentes com a agitação nacionalista em toda a região e a formação de uma identidade nacional palestiniana, cujo traço mais singular e premente seria a rejeição do sionismo. (Ricardo Brilhante, 2014;43)

Ao mesmo tempo em que os árabes da Palestina desenvolvem a sua identidade nacional surge na Europa um movimento Judaico chamado de Sionismo, que buscava criar nos judeus essa mesma sensação de identidade nacional, essencialmente defendendo o judaísmo não somente como uma religião, mas também como uma nacionalidade que merecia um território próprio para o seu desenvolvimento.

Após a Segunda Guerra Mundial ocorre a queda do Império Otomano, causando a divisão da região da Palestina entre os Impérios Francês e Britânico, resultando, eventualmente, no Mandato Britânico da Palestina, o qual, em um primeiro momento, possibilitava a imigração Judaica para a região, o que permitiu, um aumento significativo de Judeus no território da Palestina durante os anos 1900 e 1929. Com o aumento no número de Judeus no território da Palestina há também um

aumento na tensão entre árabes e Judeus, causando agressões de ambas as partes, o que força o Mandato Britânico da Palestina a controlar a migração de Judeus para a região a partir do ano de 1930.

Em resposta ao controle migratório imposto pelo Mandato Britânico da Palestina aos Judeus, foram formadas milícias judaicas que combatiam tanto os árabes quanto os britânicos. E com o início do holocausto em 1933 os Sionistas passam a obter grande apoio internacional para escapar de seus perseguidores nazistas, durante este período, porém os conflitos na região da palestina saem de foco e se tornam dormentes, retomando em 1947 com o final da Segunda Guerra Mundial.

Após os conflitos na Europa com a criação da Liga das Nações, o Império Britânico leva a questão palestina para ser resolvida no âmbito da Liga, resultando na resolução de número 242 a qual dividia a palestina como na Figura 2. O plano em questão visava dar aos Judeus um estado próprio enquanto dava aos Palestinos a sua independência, e, para evitar conflitos referentes a cidade de Jerusalém esta passaria a ser considerada uma zona especial e uma cidade internacional.

Figura 2: Mapa da divisão da Palestina 1947

Fonte: Brasil escola[6]

Os Sionistas aceitam o plano elaborado no âmbito da Liga pelos Britânicos, declarando assim a independência do Estado de Israel na região da Palestina, mas,

[6] Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/geografia/questao-palestina.htm>

para os Árabes, o plano de divisão da Palestina era apenas mais uma tentativa Europeia de colonizar a região, fazendo com que os vizinhos árabes da palestina oferecessem suporte na tentativa de se unificarem para formar a União Árabe da Palestina na região onde antes se localizava o Mandato Britânico.

O conflito entre as Nações árabes e Israel resultou no Estado de Israel tendo dominado maior quantidade de terra do que o acordado previamente no plano da divisão da palestina pela Liga das Nações, tendo a partir do fim do conflito incorporado todo o território Palestino exceto a Faixa de Gaza e a Cisjordânia que pertenciam respectivamente ao Egito e a Jordânia (que havia tomado a Cisjordânia durante o conflito), o que forçou os muitos palestinos a saírem de suas casas para dar espaço a ocupação Israelense.

Intensificou-se assim o conflito entre os Israelenses e os Árabes na Região, que culminaria na guerra dos seis dias, na qual Israel toma toda a extensão da região da Palestina além das Colinas de Golan e a península de Sinai posteriormente trocada com o Egito para a criação dos acordos de Paz entre Israel e o Egito.

3.2 A história do Movimento Sionista (1897- 1921)

A divisão da Palestina através das resoluções 181 e 242 da ONU tem sido ao longo dos anos uma temática consideravelmente polêmica. Existem indivíduos que se posicionam a favor da criação do Estado Judaico hoje conhecido como Israel, e existem aqueles que se posicionam contrários tanto à criação do mesmo quanto a sua manutenção, mas mesmo com tamanha divisão existe um consenso quanto a instabilidade regional derivada dessa divisão. Este capítulo pretende clarear o cenário político no momento da criação do Estado de Israel e os atores presentes nesta situação, bem como os fatores que acabaram por causar e intensificar o conflito.

Derivado da perseguição sofrida pelos povos judaicos desde a antiguidade, para Herzl [7]um jornalista austro-húngaro nascido na cidade de peste em 1860 e teria sido o fundador do Sionismo Político, a perseguição sofrida pelo povo Judaico teria sido um dos principais motivos para o nascimento do movimento sionista, e um dos motivos de sua anormalidade em comparação a outros movimentos Europeus do mesmo período, possuindo um intuito de gerar um espírito nacional mesmo sem a existência de um território geográfico, ou uma língua própria.

O movimento Sionista foi de extrema importância para a formação do estado de Israel, uma vez que a pressão criada por este movimento em conjunto com o Holocausto durante o período da segunda Guerra Mundial teriam criado uma sensação de insegurança neste povo, e no sistema internacional a sensação de dever à este povo um espaço seguro, o que eventualmente resultou na elaboração das resoluções 181 e 242 no conselho geral das Nações Unidas que preveem a criação do estado judaico de Israel no território palestino.

Para melhor compreender a evolução deste movimento será realizado um estudo com base nos dados da livraria virtual judaica[8]. Em 1897 em Basiléia dentro do território Suíço nasce o começo de um movimento judaico, responsável por colocar em movimento a cadeia de acontecimentos que resultará na criação de um estado judaico legítimo, atualmente conhecido como Israel. Este movimento se inicia pelo primeiro congresso Sionista, e era um movimento judaico que segundo o site da Livraria Virtual Judaica[9] visava dar ao povo Judeu reconhecimento público e um "lar" seguro na Palestina.

Este congresso originalmente seria feito em Munique na Alemanha, mas havia considerável oposição pela liderança da comunidade local resultando na sua

[7] BRILHANTE. Ricardo Jorge Nicolau. 1948 ou 1967? Legitimidade e reconhecimento: a rejeição do sionismo e a impossibilidade de uma solução de dois estados até 2001. 2014. p. 30. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade Católica Portuguesa. Porto.

[8] Informações retiradas do site; http://www.jewishvirtuallibrary.org/first-to-twelfth-zionist-congress-1897-1921

[9] Zionism: A definition of Zionism

transferência para a Basiléia na Suíça. A convenção foi presidida por Theodore Herzl e contou com aproximadamente 200 participantes, sendo as maiores conquistas desta a criação de uma organização internacional chamada de Organização Mundial sionista e da formulação da plataforma sionista tornando-se um marco para o movimento[10].

Em 1898 houve o segundo congresso também localizado na Basiléia. Durante este período a oposição Judaica se encontrava bem mais ativa, e foi tomada a decisão de que o movimento não somente se focaria em atividades políticas, mas também em trabalhar dentro das comunidades judaicas, estabelecendo um corpo financeiro voltado para o desenvolvimento da palestina.

Novamente acontecendo na Suíça o Terceiro congresso Sionista tem o seu início com um relatório dos encontros entre Herzl e Kaiser William II em Constantinopla e Jerusalém. Apesar do fato que esses encontros não criaram nenhum resultado prático, o fato de que eles existiram teve considerável valor simbólico para o movimento. Este congresso passa boa parte de seu tempo discutindo a dimensão política do Sionismo, apesar da oposição a esta defender que era mais importante para efeito prático que o esforço para o assentamento fosse encorajado. Neste congresso foi definido que os fundos somente seriam gastos na Palestina, ou na Síria.

O quarto Congresso Sionista foi realizado na Cidade de Londres na Inglaterra, e tinha como intuito afetar a opinião pública naquele país de forma a fazer com que a Grã-Bretanha simpatizasse com o movimento, mas encontrou diversas barreiras e dificuldades para isto, dentre estas estavam a dificuldade de encontrar evidência que comprovasse que milhares de judeus foram expulsos da Romênia e o restante teria sido perseguido, e o posicionamento dos sionistas religiosos que

[10] Informações retiradas do site; http://www.jewishvirtuallibrary.org/first-to-twelfth-zionist-congress-1897-1921

demandavam que o movimento sionista se restringisse a questões de natureza política.

A quinta sessão do Congresso Sionista, ocorrida em 1901 na Basiléia, marca a criação do Fundo Judaico Nacional e de uma tentativa de maior democratização dentro da organização, além da adoção do Programa de cultura hebraica. Durante este congresso houve também relatos sobre o encontro entre Herzl[11] e o Sultão Abdul Hamid II da Turquia, mas tais conquistas não teriam satisfeito todos os delegados, em especial aqueles associados com a recém-formada facção democrática.

Em 1903 ocorreu o sexto congresso sionista, novamente na Basiléia. Este foi o último congresso realizado por Herzl, e neste congresso foi oferecido a possibilidade de um assentamento Judeu no Leste da África. A proposta ficou conhecida pelo nome de "*Uganda Project*", e foi seriamente levada em consideração pelos integrantes do congresso. Com relação a verificação do projeto este obteve 295 votos a favor, 178 contrários e 98 abstenções, resultando em um comitê sendo despachado para examinar a possibilidade deste assentamento no Leste Africano e na américa do Sul[12].

Posterior a morte de Herzl durante a sétima convenção o debate foi direcionado para o assentamento fora da Palestina, mas o relatório da comissão fora de que "Uganda" não era ideal para assentamento judaico em massa, e que o único local viável para os judeus seria na palestina, ou em sua proximidade.

A escolha da cidade de Haia para a realização do oitavo congresso em 1907 se deu baseada no conhecimento de que a segunda convenção de paz internacional seria realizada nesta cidade, e durante esta convenção as discussões giravam em

[11] Informações retiradas do site; http://www.jewishvirtuallibrary.org/first-to-twelfth-zionist-congress-1897-1921

[12] BRILHANTE. Ricardo Jorge Nicolau. **1948 ou 1967? Legitimidade e reconhecimento: a rejeição do sionismo e a impossibilidade de uma solução de dois estados até 2001.** 2014. p. 37. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade Católica Portuguesa. Porto.

torno de como o movimento sionista poderia obter apoio das grandes nações para a colonização palestina. Os sionistas políticos pediam que uma carta fosse assegurada antes de se iniciar o trabalho prático no território da palestina, enquanto que os Sionistas práticos defendiam que era necessário um assentamento substancial para que a causa recebesse apoio de uma das grandes potências, resultando no final do oitavo congresso Sionista onde é feita uma síntese de ambas as posições política e prática, levando o nome de Sionismo sintético, este sendo a voz de boa parte dos Delegados, e tendo Chaim Weizzman como seu principal representante.

O nono congresso Sionista acontece na cidade de Habsburgo na Alemanha em 1909 e há o crescimento da esperança que com a Revolução turca os esforços sionistas possam encontrar maior facilidade em se instalar naquele local. O congresso, porém, se encontrava novamente divido sobre a questão de como implantar o programa sionista, o lobby prático acusava Wolffsohn de focar os seus esforços em atividades políticas e o político de julgar projetos pelo seu valor comercial. Essa liderança rival ganhava força e suporte dos representantes do movimento operário na palestina. Tal rivalidade, porém, chegaria ao seu fim com o décimo congresso sionista.

O décimo congresso sionista ocorre novamente na Basiléia em 1911 e é conhecido por ser o congresso da paz, pois a partir deste o debate entre os sionistas práticos e os sionistas políticos torna o sionismo sintético o modo operante do movimento. Atenção considerável foi colocada no trabalho prático no território palestino, a cultura hebraica e as relações entre os sionistas e os árabes foram pela primeira vez colocadas em questionamento.

Em 1913 na Áustria houve o décimo primeiro e penúltimo congresso sionista, este congresso se foca em discutir as atividades de assentamento na palestina e, também durante o mesmo Weizmann e Ussishkin ganharam o suporte do congresso para o estabelecimento da universidade hebraica em Jerusalém, que só foi aberta em 1925.

O último congresso sionista ocorreu posteriormente a primeira guerra mundial, em 1921, uma época na qual o movimento já havia ganhado apoio britânico, é importante notar que durante este período a Palestina estava sob domínio Britânico, que havia erradamente julgado a reação dos povos árabes com relação aos povos judaicos que tentavam se inserir na região. Este suporte britânico se deu por um documento de nome (the Balfour Declaration), resultando em apoio na votação dentro da liga das Nações.

Os efeitos do último congresso Sionista foram a estabilização da organização mundial sionista, com Wizmann se tornando o presidente da mesma, e Sokolow o presidente do executivo, além de diversas revoltas árabes no território palestino em especial em Jerusalém e em Tel aviv, O congresso teria, porém, passado uma resolução alegando que o sionismo buscava "viver relações de harmonia e respeito mútuo com os povos árabes"[13].

> Segundo Yosef Gorny, em termos ideológicos, o sionismo dividir-se-ia, entre 1882 e 1917, em dois grupos com visões totalmente díspares em relação aos palestinianos: uma facção reconhecia a igualdade de direitos entre os dois povos, enquanto que uma outra mantinha reivindicações exclusivas baseadas unicamente nos direitos dos judeus. (Ricardo Brilhante, 2014; 44)

O movimento sionista foi o principal motivador e ator quando se trata das ações Judaicas de mobilização para a terra da palestina, uma vez que não somente financiou centenas de assentamentos como foi responsável por gerar grande pressão internacional que eventualmente viria a culminar na criação do estado de Israel.

3.3 O oriente árabe no entre guerras

O colonialismo no oriente árabe teria sido muito rápido, chegando de forma tardia em comparação com as outras regiões, tendo sido terminada a colonização na região nos anos 60 do século XX, e os novos processos colonialistas que viriam a

[13] Disponível em; <https://www.jewishvirtuallibrary.org/first-to-twelfth-zionist-congress-1897-1921>

seguir foram minados por rebeliões por parte dos povos e pelas suas próprias oscilações e incoerências. Fortalece-se então os movimentos do Pan-arabismo, patriotismos locais, o próprio islamismo entre outras ideologias que passam assim a moldar as sociedades no oriente-médio.

A colonização do oriente médio segundo o livro O mundo árabe[14] pode ser dividido em três etapas, um indo desde o final da primeira guerra mundial até o começo dos anos 1930, na qual os ex-aliados Grã-bretanha e França estabelecem e consolidam o seu controle na região. A segunda etapa se inicia na década de 30, onde as potências fascistas assumem o controle da região, sendo esta etapa finalizada em 1945 o que leva a terceira e última fase do colonialismo onde ambas Grã-bretanha e França entram em conflitos inúteis na tentativa de manter o controle de suas respectivas colônias.

Ocorre a partir de então a partilha do Crescente fértil, onde tanto a França quanto a Grã-Bretanha outorgam os territórios árabes como mandatos da Organização das Nações Unidas, a primeira assumindo o Líbano e a síria, e a segunda o Iraque e a Palestina. Neste ponto o mandatário era o responsável por preparar o território tutelado para sua futura autodeterminação. Porém na prática os beneficiários viviam uma situação do mais puro imperialismo.

Estas colônias, porém, apresentavam um caráter artificial, sendo que as suas fronteiras dividiam uma sociedade milenar, que se aproveitava de uma economia comum e que passava assim por um processo de conscientização de possuir um destino comum. Estes povos que possuíam dialetos e costumes distintos, além de critérios religiosos que ligassem a sua identidade coletiva, haviam recentemente iniciado a ver a possibilidade de uma nacionalidade, que agora se encontrava impedida pela partilha realizada por estes estados estrangeiros.

[14] DEMANT, Peter. **O mundo muçulmano**. 3.ed. São Paulo: Contexto 2013 P.188.

Esta partilha aparenta ser o oposto das promessas realizadas para esses povos, que estavam esperando as promessas de unidade e independência, o que resultou em revoltas antiocidentais e protestos que, seriam reprimidos antes mesmo que a autoridade colonial viesse se estabelecer.

> A amargura e a raiva pelas promessas não cumpridas de unidade e independência foram profundas; protestos e revoltas antiocidentais foram reprimidas antes que a autoridade colonial pudesse se estabelecer. Essas convulsões fizeram parte da onda revolucionária internacional que, desde 1917, estava desafiando o sistema capitalista mundial. Em 1920, uma assembleia pan-árabe em Damasco ofereceu a coroa da pretensa monarquia árabe ao filho do xarife de Meca, Faissal. Os nacionalistas foram desalojados e bombardeados pelo exército francês. As revoltas foram esmagadas com sangue, mas o descontentamento continuou. (DEMANT, Peter. **O mundo muçulmano**. 3.ed. São Paulo: Contexto 2013, pg.189)

As potências colonialistas trouxeram consigo muitas mudanças e não todas tiveram um impacto negativo, elas desenvolveram a infraestrutura local, e estimularam a educação e melhoraram o padrão de vida, porém no aspecto comunitário ambas as potências praticaram o desarmamento das maiorias e o fortalecimento das minorias, de forma a utilizar estas para policiar as demais. Desta forma a visão da maioria era de que estas minorias tinham se associado aos colonizadores (alguns dos povos incluídos destes eram os armênios, Judeus, Xiitas e Druzos), e na prática essas políticas posteriormente dificultaram a integração destas minorias com a maioria nas nações árabes.[15]

3.4 Jerusalém para os povos

O conflito da Palestina, porém apenas engloba a questão geral que este trabalho visa estudar, e mais especificamente os conflitos acerca da cidade de Jerusalém. A cidade é um dos principais pontos de fragilidade envolvendo este conflito, uma vez que esta cidade é considerada uma cidade sagrada para tanto os

[15] DEMANT, Peter. **O mundo muçulmano**. 3.ed. São Paulo: Contexto 2013, p.193

Judeus quanto para os muçulmanos, que são respectivamente as principais religiões dos povos de Israel e da região da Palestina.

O estado de Israel para os cidadãos Judeus era essencialmente um estado para Judeus, uma vez que o movimento sionista defendia a ideia de que os eles não eram membros de uma religião, mas sim um povo que não tinha nação, e sustentavam esta argumentação por meio das histórias de perseguição aos judeus, desde antes da segunda guerra. Eventualmente o estado de Israel seria então criado através de uma proposta pelas Nações Unidas em 1947 que dividiram a região em duas partes, uma sendo um espaço para os Judeus e a outra um Estado Árabe e determinar a cidade de Jerusalém um território Internacional.

Os Sionistas aprovaram o plano, mas os Árabes na região viram o plano apenas como mais uma tentativa de colonialismo Europeu na sua região, com o intuito de reduzir mais o seu território, esse desentendimento culminou em guerras na região, incluindo a guerra dos seis dias e na guerra Árabe-Israelense que durou décadas. Durante os conflitos o estado de Israel tomou territórios muito além daqueles previstos no acordo realizado nas nações unidas, tomando a metade ocidental de Jerusalém, as colinas de gorran, além das penínsulas de Sinai e Gaza.

As conquistas de Israel acabaram por deixar os Judeus responsáveis por governar os povos palestinos destas regiões também. Em 1978 Israel e o Egito assinaram os acordos de Camp David, onde as penínsulas de Sinai e Gaza teriam sido devolvidas para o Egito, e ao longo do tempo as nações árabes nos arredores teriam cessado as agressões contra Israel.

3.5 Recapitulação Histórica

A palestina, portanto, passou por diversos momentos históricos em seu desenvolvimento, até o momento onde a divisão da mesma ocorre. Desde os movimentos sionistas que ocorriam na Europa até os movimentos da palestina, este

capítulo buscou então mapear pontos importantes de desenvolvimento dentro da questão palestina.

Neste capítulo é apresentando o desenvolvimento da Palestina nas mãos do império otomano e, posteriormente sob domínio da Inglaterra, além da sua divisão após o período Inglês entre França e Inglaterra até o momento no qual são realizadas as negociações entre Palestinos e Sionistas no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Também apresenta um breve resumo sobre o movimento sionista e os doze congressos entre 1897 e 1921, trazendo a luz além de discussões também pessoas icônicas importantes para o movimento, além de momentos de conflito dentro do próprio movimento. Além do desenvolvimento da palestina no entre guerras.

No fim o capítulo trata sobre a relação dos povos para com Jerusalém, e para com as culturas envolvidas no conflito, além de conflitos que ocorreram e trouxeram consequências para os conflitos colocando povos palestinos sob governo judaico.

4 O CASO JERUSALÉM

Este capítulo visa realizar uma análise com base nos conteúdos apresentados no primeiro e segundo capítulos deste projeto de monografia, com o objetivo de melhor compreender os impactos que as culturas dos povos tiveram durante o estabelecimento do estado de Israel, porém apresentando maior enfoque nas negociações acerca da cidade de Jerusalém.

A cidade de Jerusalém é um marco na história da Palestina, uma vez que é uma cidade disputada por motivos estratégicos, mas também por motivos religiosos. A cidade em si é o palco de diversas histórias de ambas as religiões e possui templos de extrema importância para ambas as partes envolvidas na questão, de fato a competição pela cidade é tão intensa que resultou na criação da primeira cidade internacional do mundo, a qual deveria ser originalmente governada por um

governador indicado por um conselho de confiança, mas que não poderia ser nacional de quaisquer uma das duas nações envolvidas no conflito.

Para a realização deste capítulo é importante notar que não existiam diferenças militares muito díspares entre Israel e a palestina no momento das negociações sobre a cidade de Jerusalém, uma vez que estas negociações ocorreram dentro do âmbito da assembleia geral da Organização das Nações Unidas, e ocorreram principalmente entre os representantes do movimento sionista e os representantes da Palestina, sendo que os representantes do movimento Sionista tinham o apoio de nações como Inglaterra e França para que ocorressem as negociações.

4.1 Uma base analítica

Como visto anteriormente no primeiro capítulo desta existe uma conexão entre as teorias construtivistas de Emmanuel Addler e de Geert Hofstede. Entretanto, isto ainda não caracteriza necessariamente a religião como um aspecto cultural. Para considerar a religião como um aspecto cultural será então necessário trazer as ideias e conceitos de um outro autor, Clifford Geertz, que irá trabalhar em seu livro "a interpretação das culturas" a religião como um aspecto cultural, uma vez que é responsável por definir, formar o comportamento e definir símbolos para os seguidores destas religiões.

Assim como o ser ou não ser a religião um aspecto cultural é necessário também clarear como esta pode, em alguns casos, ser estendida até os integrantes de determinado povo, estes em questão a serem tratados nesta monografia são bons exemplos desta situação. Sendo que os mulçumanos residentes da região da Palestina normalmente estão inseridos na xaria, ou lei muçulmana, e por sua vez se baseia dos ensinamentos e escrituras sagradas do islão, ou seja, os mulçumanos se encontram naturalmente inseridos nesse conjunto de normas e regulamentos que os direciona a reproduzir e carregar os seus valores e símbolos tradicionais. Os judeus

por outro lado não possuem um código legislativo baseado em sua religião, porém o fato de serem uma população judaica já vincula naturalmente estes com os códigos de conduta religiosos do Judaísmo, em outras palavras, dentre o povo hebreu que deu origem a religião judaica, mas com o desenvolvimento do movimento sionista, houve um aumento no sentimento de nacionalismo dentre os integrantes do Judaísmo.

O desenvolvimento desse sentimento nacionalista dentre os Judeus durante este período teve um impacto na forma como o projeto de Israel tinha aos olhos dos apoiadores Judeus, já que estes passaram a ver Israel como um país para os Judeus, e uma terra onde poderiam então viver em paz sem medo de serem perseguidos. O território do estado Judaico foi escolhido pelos membros do Sionismo e estes se embasaram em questões históricas para a escolha da Palestina, mesmo que um território na África também tivesse sido cogitado.

Podemos portanto identificar as características que definem a cultura presentes em ambos os povos e religiões, mas não se limitando somente a isso, esses povos também possuem os seus ritos e suas práticas que possam ser mais facilmente identificadas, como exemplo a circuncisão entre os judeus, e os cinco pilares do islamismo; o ato de professar e aceitar o Credo, orar cinco vezes ao dia, com o fiel voltado em direção à meca, doar dinheiro aos necessitados, observar as obrigações do Ramadã e, pelo menos uma vez em vida, realizar uma peregrinação à meca, caso possua condições financeiras e físicas. Porém os ritos não são o último elemento do modelo da Onion Theory que afetam tais religiões, os heróis também se encontram em posição de destaque entre os membros de cada cultura, e atuam como modelo para os novos integrantes.

Logo é possível interpretar tais religiões como cultura, tornando possível também inseri-las no modelo de Geert Hofstede da Cultural Onion. E, desta forma, identificar como esses elementos poderão afetar as negociações entre as partes em relação à cidade de Jerusalém. Começando dos elementos mais básicos temos o

conflito de interesse, caracterizado por ambas as partes terem interesses religiosos na região da cidade. Os judeus defendem que a cidade de Jerusalém era a capital do império de Davi, enquanto que, para os Mulçumanos, Jerusalém foi a cidade aonde o profeta ascendeu ao paraíso para encontrar os profetas anteriores do Islão e uma das três cidades visitadas por Mohammed durante as suas peregrinações.

Estes elementos caracterizam a existência de um choque tanto de interesses como de visões de mundo distintas, ambas as partes têm o interesse em manter a cidade Sagrada de Jerusalém, de professarem e viverem as suas normas e tradições. Mas, ao fazerem isto, acabam criando um choque cultural que engloba a cidade; agrega-se isto a elementos históricos e o principal ponto de dificuldade de um acordo entre estas partes se encontra na comunicação entre estes povos e assim existe uma maior dificuldade em se negociar.

4.2 A chave da comunicação, a Confiança.

Como ilustrado no artigo de Brian Gunia, *in global Negotiations, It's all about trust*[16] a confiança é parte essencial do processo de negociação entre duas partes de culturas distintas, ainda mais do que seria importante para integrantes de uma mesma cultura. Também é importante ressaltar que no mesmo artigo é defendido que é mais fácil de se perder a confiança do que recuperá-la.

O artigo de Brian também define algumas ações recomendadas para negociadores dependendo de qual nível este se encontra em uma escala de confiança, o que ressalta ainda mais a importância de se cuidar da confiança ao lidar com negociações e em especial de negociações em âmbito internacional. Das ações previstas na tabela estão presentes algumas que naturalmente chamam a atenção em casos de choque cultural tais como;

[16] GUNIA, Brian; BRETT, Jeanne; Nandkeolyar, Armit. In Global Negotiations It's All About Trust. Harvard Business Review. Disponível em: <https://hbr.org/2012/12/in-global-negotiations-its-all-about-trust>. Acesso em: 30 de jan. 2018.

- Tome em consideração a perspectiva da sua contrapartida.
- Tome parte em perguntas e respostas reciprocas.
- Conheça a sua contrapartida a nível pessoal.

Uma vez que durante o período de um choque entre as visões de mundo das partes é normal que o choque entre as culturas envolvidas torne de maior dificuldade o diálogo, em especial quando se trata de um conflito de interesses como é a cidade de Jerusalém, nenhuma das partes deixaria de lado os seus interesses pessoais referentes à cidade e, como resultado, não tentariam conhecer e compreender os interesses da outra parte em relação à cidade. Desta forma, não haverá esforço para conhecer a outra parte através do diálogo entre estas e não será possível então conhecer a outra parte a um nível mais pessoal.

Segundo o autor Frank Acuff (2008) para se negociar é necessário superar os choques culturais para que seja possível a efetividade da negociação entre partes de duas culturas distintas, e desta forma o autor prevê que o negociador passará por quatro etapas de crescimento enquanto amadurece e se prepara para realizar as negociações.

> Culture shock occurs when we do not have the familiar signposts of how to conduct ourselves. These signposts involve both our professional and personal lives, and often guide us in activities that we normally take for granted. In international business negotiations, these might include how to shake hands; what forms of address to use; to whom your comments should be addressed; how direct to be with TOS (The Other Side); determining if the meaning is really nowhen TOS says yes; and what should be discussed over dinner. (Frank Acuff, 2008. P.62).

Considerando isto, essas ações são exercícios essenciais para a criação e a manutenção da confiança em uma relação entre indivíduos, também podendo ser aplicadas na questão palestina, uma vez que as perguntas e respostas podem ser utilizadas de forma a melhor conhecer e compreender as visões de mundo de sua

contrapartida assim como seus valores, símbolos, ritos e heróis dando as partes maior conhecimento sobre as intenções de sua contrapartida e, dessa forma, capacitar que ambas as partes sejam capazes de levar em consideração a perspectiva da outra parte.

E assim seria possível que ao desenvolver a confiança as partes seriam então capazes de através do dialogo alcançar uma solução que fosse positiva ou ao menos não tão negativa para nenhuma das partes, entretanto, os problemas com a confiança dos palestinos começaram muito tempo antes da própria criação do estado de Israel.

4.3 O histórico do Conflito, uma quebra histórica de confiança

Ao final da primeira guerra mundial, o povo palestino enfrentou a primeira quebra de confiança advinda de um país Europeu. Com o desmantelamento do império Otomano, ao final da primeira guerra mundial, a Inglaterra, que tinha assumido o controle da região da palestina, promete aos palestinos que iria governar o território apenas por tempo suficiente para que eles se preparassem para assumir o controle do mesmo pessoalmente, porém promessas similares também tinham sido feitas para os Franceses e para os Sionistas.

Intensifica-se o processo de assentamentos Judaicos na região e, com uma intensificação de um sentimento nacionalista presente nos povos da palestina, houve um aumento nos conflitos entre Ingleses, Franceses, judeus e Palestinos na região, uma vez que os Judeus e Palestinos buscavam fundar os seus estados no mesmo espaço de terra, enquanto os ingleses e franceses buscavam manter o controle sobre a região. Os conflitos se agravaram até que, em 1945, a Grã-Bretanha e a França, que dividiam palestina durante aquele período, entregam as suas terras para uma organização recém fundada a fim de que se discuta e resolva o problema da palestina por meio desta organização.

Um projeto de divisão da palestina é apresentado ao conselho geral desta organização, aonde o território da Palestina seria então dividido em duas partes, uma

sendo um estado Judaico que agradaria os Sionistas, enquanto a outra metade seria o território da Palestina. Alguns problemas surgiram dentro deste processo, porém principalmente a questão de quem governaria sobre a cidade de Jerusalém.

O projeto previa que a cidade de Jerusalém deveria ser considerada um território internacional governado pela própria organização, buscando, desta forma, evitar o conflito de interesses entre as partes envolvidas. Entretanto, a ação de tornar Jerusalém uma cidade governada por estrangeiros não foi atrativa para os Palestinos, que perceberam a proposta como mais uma forma de os europeus de manterem a sua colonização na palestina.

4.4 História x Cultura a quebra de confiança

Se o grande problema das negociações entre Israel e Palestina se encontra na falta de confiança cultivada por mais de um século, a cultura então atuará como um agravador da situação. Os conhecimentos coletivos como Adler trabalha em seu artigo talvez sejam o maior elemento agravante existente aqui, de forma que a memória do povo palestino dos momentos no qual as civilizações europeias e os Sionistas são o principal impedimento para a realização das negociações.

Uma vez que não é necessariamente um elemento apenas de choque cultural existente dentro de ambos os povos, mas sim um agravante de dentro da cultura Palestina de desconfiança que ao longo do século foi se desenvolvendo e enraizando cada vez mais no subconsciente do povo Palestino. Ou talvez uma desconfiança que fora gerada pela forma como a cultura Judaica e os projetos e objetivos sionistas foram conquistados tenham tido uma influência maior sobre o desenvolvimento da desconfiança entre estes povos.

Porém se por um lado da questão o elemento histórico não necessita de uma explicação que leva em conta os aspectos culturais, ele falha em justificar a motivação de uma organização internacional em tornar Jerusalém uma cidade Sagrada. Se as ações da ONU indicam algo é o fato de que em certa medida as

divergências entre as culturas resultaram em diversos questionamentos e choques entre as partes durante a negociação por essa cidade em específico.

Portanto se por uma visão o conflito parece ser justificado pelos fatos históricos por outro os choques e desentendimentos justificam o conflito de interesses e acabam por atuar como agravantes de um conflito que já anteriormente se apresentava complicado. Logo os elementos culturais podem não ser os principais causadores do conflito em si, ou inibidores de realizar um acordo entre as partes envolvidas, mas atrapalham a comunicação entre os povos necessária para alcançar assim uma maior confiança entre as partes.

5 CONCLUSÃO

O estudo desta monografia pode ser aplicado em diversas vertentes da área das relações internacionais, em específico aquelas responsáveis por lidar com negociações ou relações interculturais uma vez que visa clarear e compreender o impacto da cultura em ambientes de negociação existentes entre duas culturas distintas e compreender o impacto de choques culturais na realização das mesmas. A compreensão de outras culturas e o impacto causado por estas no diálogo entre os integrantes e até mesmo da cultura como um todo sempre foram aspectos curiosos e importantes para mim, visto isto e tendo notado a falta de materiais específicos da área de relações internacionais decidi que uma pesquisa na área seria de grande importância.

Esta pesquisa tinha como objetivo compreender o impacto causado pelas diferenças e consequentemente pelo choque entre culturas no ambiente de negociação, tomando como base e material de pesquisa as negociações referentes á cidade de Jerusalém. O objetivo foi parcialmente atingido, visto que não foi possível confirmar um impacto direto entre cultura e negociação, porém foi possível confirmar um impacto parcial de forma que a cultura impactava na confiança entre as partes.

Inicialmente esperava que a cultura e os choques culturais fossem atuar como inibidores para a relação das negociações, mas com o decorrer da pesquisa pude constatar que elas atuavam mais como elementos de dificuldade no processo de negociação ao invés de inibidores das negociações em si, ou em outras palavras dificultavam a realização das negociações ao invés de impedi-las. Esta hipótese, porém, foi apenas parcialmente confirmada de forma que apesar dos elementos culturais terem certa influência no processo de negociação, eles ainda assim não atuavam de forma direta, mas sim através da confiança entre as partes.

Este trabalho buscou, portanto, responder se diferentes culturas e, no caso as culturas Israelense e Palestina, teriam dificuldade em negociar devido a suas divergências culturais, que pude através de pesquisas bibliográficas localizar materiais que viessem a melhor explorar as questões sobre a cultura e sobre as negociações.

Os materiais bibliográficos foram de grande importância de forma a obter melhor compreensão dos elementos culturais e da área de negociações, tais materiais são originários de diversas áreas tais como: economia, maketing antropologia e relações internacionais. Desta forma os materiais foram de indispensáveis para a melhor compreensão das temáticas apresentadas nesta monografia.

Durante a elaboração e realização desta pesquisa, dificuldades como falta de materiais sobre a temática, de trabalhos e pesquisas foram talvez os principais problemas enfrentados no quesito de elaboração do trabalho. Por consequência uma menor quantidade de pesquisa acabou por ser realizada , deixando em parte a desejar com relação a variedade de fontes.

Devido a limitações recomendo a continuidade desta pesquisa, de forma a realizar uma análise mais aproximada da relação entre choques culturais e confiança, além de uma análise voltada para negociações também dentro do setor privado e como a cultura impacta no desenvolver das negociações entre empresas multinacionais e governos ou cidadãos de outras nações.

REFERÊNCIAS

ACUFF, Frank L. How to Negotiatiate Anything With Anyone, Anywhere around the World. 3.ed. Amacom, 2008.

ADLER, Emanuel. O construtivismo no estudo das relações internacionais. Lua Nova, v. 47, p. 201-246. 1999.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. Resolução 181. AG Index: A/RES/181(II) A-B, doze de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181(II)

BRILHANTE. Ricardo Jorge Nicolau. 1948 ou 1967? Legitimidade e reconhecimento: a rejeição do sionismo e a impossibilidade de uma solução de dois estados até 2001. 2014. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade Católica Portuguesa. Porto.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU. Resolução 242. Index: S/RES/242, 9 de novembro de 1967. Disponível em: http://undocs.org/S/RES/242(1967)

DEMANT, Peter. **O mundo muçulmano**. 3.ed. São Paulo: Contexto. 2013.

ESPOSITO, John L. **Islam: The straight path**. New York: Oxford University Press. 1998.

GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. 1.ed. pgs. Rio de Janeiro. 2008.

GUNIA, Brian; BRETT, Jeanne; Nandkeolyar, Armit**. In Global Negotiations It's All About Trust**. Harvard Business Review. Disponível em: <https://hbr.org/2012/12/in-global-negotiations-its-all-about-trust>. Acesso em: 30 de jan. 2018.

HOFSTEDE, Geert; HOFSTEDE, Gert Jan; MINKOV, Michael. **Cultures and organizations: Software of the mind**. 3. ed. [s.l.]: Mc Graw Hill, 2010.

RAIFFA, Howard. *The Art and Science of negotiation*. Ed. Reimpressa. Harvard University Press. 1982

A ATUAÇÃO INTERNACIONAL DO BNDES COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA NO GOVERNO LULA

Lucas Augusto Worisch Lopes Paganotti Mazzo

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar o uso dos financiamentos concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) às empresas brasileiras para a inserção comercial internacional das mesmas, dentro do escopo do Governo Lula (2003-2010). Buscou-se demonstrar como a brusca expansão do Banco está inserida dentro de um arranjo político econômico específico, em que o Brasil se posiciona internacionalmente e nacionalmente dentro de um determinado modelo, com certos objetivos que não são propriamente explícitos, como será visto em discursos de Lula. A partir de uma literatura plural, a qual abarca desde o panorama ético até a teoria das relações internacionais, foi desconstruída a atitude brasileira em termos de política externa. Por fim, constatou-se que o BNDES realmente foi um instrumento de execução da política externa brasileira e, além disso, foi uma importante ferramenta para colocar em prática uma parte considerável da agenda diplomática do país: a expansão internacional da economia, a integração com os países vizinhos, fomento das relações Sul-Sul, o desenvolvimento da infraestrutura e, como análise central deste trabalho, a expansão da influência política e econômica a nível regional e global.

Palavras chave: BNDES. Lula. Política Externa Brasileira. Internacionalização de empresas. Poder.

ABSTRACT

This study aims to analyze the use of financing granted by the National Bank for Economic and Social Development (BNDES) to Brazilian companies for their international commercial insertion, within the scope of the Lula Government (2003-

2010). It was tried to demonstrate how the Bank's sudden expansion is inserted within a specific economic political arrangement, in which Brazil positions itself internationally and nationally within a model, with certain objectives that are not exactly explicit, as will be seen in speeches of Lula. From a pluralist literature, which ranges from the ethical panorama to the theory of international relations, the Brazilian attitude in terms of foreign policy was deconstructed. Finally, it was verified that the BNDES was really an instrument for the implementation of Brazilian foreign policy and, moreover, it was an important tool to put into practice a considerable part of the country's diplomatic agenda: the international expansion of the economy, integration with the South-South relations, the development of infrastructure and, as the central analysis of this study, the expansion of political and economic influence at regional and global level.

Keywords: BNDES. Lula. Brazilian Foreign Policy. Internationalization of companies. Power.

1 INTRODUÇÃO

Observa-se que uma parte considerável dos países de regiões menos desenvolvidas no período pós-Segunda Guerra Mundial tem, por uma característica, o surgimento e consolidação de um conjunto de instituições especializadas denominadas como Bancos de Desenvolvimento (ou Instituições de Financiamento ao Desenvolvimento). A criação dessas instituições foi motivada, no geral, pela necessidade de se canalizar grandes somas de capital para investimentos de empresas de capital intensivo na indústria e no setor de infraestrutura.

Como enfatizado por Gerschenkron (1962) e Chandrasekhar (2014), uma característica dos países de industrialização tardia é o alto investimento necessário para o desenvolvimento industrial. Não só cada indústria passou a ser mais intensivo em capital do que em épocas passadas, como o aumento da interdependência significava que os países precisavam fazer investimentos simultâneos em um número maior de indústrias. Ademais, o investimento em projetos de infraestrutura (como energia, comunicações, estradas e portos) foi crucial para apoiar esse crescimento industrial. Em suma, como explicado por Armendáriz de Aghion (1999, p.83; tradução própria), "os bancos de desenvolvimento são instituições financeiras

patrocinadas pelo governo que se preocupam, principalmente, com a provisão de capital de longo prazo para a indústria".

No caso brasileiro, a Instituição de Financiamento ao Desenvolvimento eleita para fomentar o desenvolvimento do país foi o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Criado em 1952, o BNDES tem se caracterizado por ser um indutor de investimentos na indústria e na infraestrutura e, no decorrer de sua existência, vem aperfeiçoando sua atuação para acatar as diversas necessidades da economia do país, integrando novas mecanismos e áreas de ação, alinhadas às orientações do governo brasileiro e consoante às demandas da sociedade. Desde a criação da infraestrutura básica e das primeiras indústrias de base, até o desenvolvimento de políticas de substituição de importação e apoiando as exportações do Brasil com valor agregado, o pressuposto principal da atuação do BNDES sempre foi, em tese, o de “promover o desenvolvimento econômico e social e diminuir o atraso do país em relação às principais economias do mundo” (GUIMARÃES, 2014, p. 49).

As mudanças na economia do país nas últimas seis décadas se deram em um contexto de transformações significativas na economia mundial, atualmente deveras interconectada e interdependente por fluxos financeiros e comerciais, transformando a dimensão internacional uma prática para um número crescente de empresas. O quadro de integração financeira e comercial mais intensa junto ao resto do mundo retratou um conjunto mais abundante de oportunidades e ameaças para muitos setores, que passaram a incorporar a inserção no mercado internacional como fundamento de sua estratégia, visando ao crescimento e à busca por maior competitividade. Neste contexto, “o BNDES foi mola propulsora dos investimentos que buscavam viabilizar a integração competitiva das empresas a uma economia mais aberta e dinâmica, contribuindo com capital e inteligência para acelerar a busca da necessária competitividade” (GUIMARÃES, 2014, p. 49).

Do ponto de vista da expansão internacional da economia brasileira, evidencia-se, desde 2002, uma considerável expansão do investimento direto brasileiro no exterior, reflexo deste aumento substancial da participação de empresas nacionais no estrangeiro, paralelamente a um também evidente crescimento da capacidade de financiamento do BNDES. A atuação do BNDES no estímulo deste processo de expansão do capital brasileiro no exterior, em especial na América do Sul, viabilizou a aquisição de grandes concorrentes internacionais por parte de empresas brasileiras. São exemplos as compras de 58,62% das ações do grupo de energia e petróleo argentino Pérez Companc pela Petrobras; de 91,18% do pacote acionário da cervejaria Quilmes pela AmBev; de 85,3% da empresa de frigoríficos argentina Swift Armour pela Friboi; além da aquisição da MinCo pelo grupo Votorantim e SiderPeru pela Gerdau, respectivamente maiores companhias mineira e siderúrgica do Peru[1].

No entanto, como abordado por Neto (2013), o crescimento das empreiteiras na América Latina e outras regiões está longe de ser uma mera questão de crescimento e "desenvolvimento" da economia brasileira, como é normalmente se apresenta a partir de uma perspectiva do tamanho brasileiro na economia estrangeira. Há uma necessidade do contexto ser compreendido como causas de um processo político e econômico. Deste modo, busca-se, neste trabalho, demonstrar como a brusca expansão internacional do BNDES está inserida dentro de um arranjo político econômico específico, em que o Brasil se posiciona internacionalmente e nacionalmente dentro de um modelo a ser pesquisado e analisado neste trabalho.

Com determinadas ações, investimentos direcionados e participação ativa de empresas brasileiras em cenários estratégicos para a PEB, o BNDES tornou-se um novo instrumento de Política Externa Brasileira. A partir dos anos 90, com o presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), o banco passou a se tornar ativo em

[1] Dados retirados a partir de fontes presentes no BNDES, acessado no site: <http://brasildebate.com.br/o-bndes-e-a-expansao-internacional-da-economia-brasileira/>

questões do gênero, mas foram nos anos seguintes que tudo, em termos de atuação internacional, mudou. Marcante para a nova finalidade de atuação do BNDES foi a ascensão de Luiz Inácio Lula da Silva à presidência brasileira. Com ele, o banco passou a atuar fortemente no estrangeiro, investindo em países estratégicos, abrindo vias a interpretações para o significado desta atuação. Vale considerar o que o então presidente proferiu, em 2004, em seu discurso[2] na cerimônia de formação da Turma "Celso Furtado" (2002) do Instituto Rio Branco o que se constituiu como base para o início da análise que este estudo irá perseguir:

> [...] nós estamos tentando conduzir, através de uma política de financiamento do BNDES, aquilo [integração regional] que Bolívar tentou fazer com a espada, que outros tentaram fazer com a luta, nós estamos fazendo com política de financiamento, muitas vezes criticada dentro do Brasil de que nós estamos financiando. Nós não estamos financiando, nós estamos exportando serviços brasileiros e o Brasil só tem a ganhar com isso, sem que a gente, em algum momento, numa palavra, num gesto, a gente transmita qualquer ideia de que queremos ter hegemonia. (FUNAG, 2009)

De maneira branda, nota-se uma tentativa clara de Lula para a dissociação interpretativa do jogo de poder aos investimentos brasileiros no exterior. Mas ora, ao tratar-se de poder econômico, questionamentos hão de ser feitos. Discursos são discursos e, muitas vezes, realidades demonstram incongruências ao que *policymakers* dizem ao público. Faz-se importante a intensa investigação política do significado de tais palavras e atitudes atreladas, a fim de atingir respostas e interpretações razoáveis para a maior compreensão da realidade e poder tomar atitudes quanto a ela. Ademais, a análise do Brasil como um poder central regional, em analogia às análises de políticas externas das grandes potências, é extremamente necessária para o engrandecimento interpretativo para com o Brasil, para se pensar o país como grande. Para além da análise moral, será visto aqui uma análise política

[2] Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/635-formaturas-do-instituto-rio-branco-2004-2008-discursos-vol-1.pdf>. Acesso em 09/04/2017.

do que está acerca das atitudes da PEB, atreladas ao BNDES, circunscrita no Governo Lula.

Logo, o que tudo isso significa em termos de Política Externa? Quais são as implicações políticas de todas essas ações tomadas pelo Governo Lula? Este é o escopo que o presente estudo irá acoplar-se, na busca de respostas através de apoios literários de teóricos das relações internacionais e dados disponíveis da própria instituição financeira, angariando distintas perspectivas a fim de alinhar a teoria à realidade, e ver qual ponto de vista poderá, de forma mais completa, explicar o que ocorre.

Sob este contexto, busca-se, neste estudo, compreender de que maneira o BNDES foi inserido na economia brasileira e sua política externa, para assim analisar como o país se posiciona frente à economia mundial na contemporaneidade.

Salienta-se, por fim, que este trabalho traz outra perspectiva quando comparada às outras já produzidas, as quais serão sucintamente apresentadas a seguir.

2 O BNDES E SUA ATUAÇÃO INTERNACIONAL

Para a compreensão geral do que este trabalho irá tratar, faz-se necessária apresentação aprofundada desde modelo de ação promovida pelo BNDES. Assim, será tratado a seguir o que se constitui como atuação internacional do Banco, com um marco histórico para melhor compreensão do processo.

A priori, baseando-se no que foi apresentado no começo desta dissertação, recordemos que os bancos de desenvolvimento, em si, são entidades financeiras amparadas por um governo e que, de modo geral, preocupam-se com a provisão de capital de longo prazo para a atividade industrial. Tendo isto em vista, será apresentada a maneira pela qual esta modalidade brasileira de instituição financeira fez-se valer e, assim, explicitando o que se dá por atuação internacional da mesma.

Inaugurado em 1952, o BNDES foi lançado sob a razão de financiar variados projetos de desenvolvimento nacional. Ao longo dos seus 66 anos de criação, passou por variadas reestruturações no intuito de atender as novas funções e finalidades da economia brasileira e da política externa do País, sobretudo no contexto da América do Sul. Em suma, o BNDES lidaria com o incentivo econômico atrelado ao desenvolvimento social, em consonância às profundas mudanças da economia brasileira. O país passou de economia essencialmente agroexportadora para uma economia mais diversificada, ainda que o agronegócio seja o carro-chefe dos ingressos financeiros do país.

Neste contexto, o BNDES vinculou-se às alterações observadas na trajetória nacional, uma vez que o Banco foi um dos principais instrumentos para a política industrial brasileira. O suporte à industrialização pautou-se nos setores de transporte, energia, bens de capital, indústria de base, bens de consumo, insumos básicos, até o avanço tecnológico abrir vias para o suporte a setores como o de aviação e o de *software*.

A partir dos anos 90, inspirado pelo prisma neoliberal que se aflorava no país, o Banco se envolveu no decurso de modernização e abertura da economia brasileira. Ademais de ter concatenado o decurso de privatização das empresas estatais, o BNDES começou, neste período, a apoiar o processo de internacionalização de empresas do país, com a criação de instrumentos específicos em prol das exportações e a literal inserção no estrangeiro de empresas brasileiras.

O início do apoio às exportações se deu em 1990, com a criação da linha Finamex dentro da FINAME[3]. *A priori*, tal linha fazia apenas o financiamento de

[3] FINAME é uma subsidiária do Banco que lida com o financiamento aos bens de capital. De modo mais específico, "é um tipo de financiamento do BNDES, feito por intermediação de instituições financeiras credenciadas para produção e aquisição de máquinas e equipamentos novos de fabricação nacional para empresas que estejam credenciadas no BNDES". Disponível em: < https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/finame/como-obter-inanciamento-finame/bndes-finame-principal>.

bens de capital sob a modalidade de pré-embarque[4] e, um ano após seu lançamento, aderiu à modalidade pós-embarque. No decorrer dos anos, a Finamex foi modificada para ampliar o escopo dos bens financiados para além dos de capital. Já em 1997, sob o nome de BNDES Exim, a modalidade de subsídio às exportações passou a envolver nos itens financiáveis produtos químicos, eletrônicos, couro, calçados, têxteis, alimentos, aeronaves e até serviços de engenharia.

Quanto à internacionalização de empresas brasileiras, o apoio do BNDES deu-se ainda no começo dos anos 2000. Da mesma maneira que o apoio do Banco às exportações vinculou-se ao decurso de abertura da economia brasileira, o desenvolvimento de um produto financeiro específico para apoiar investimentos do Brasil no estrangeiro esteve associado a ciclos de expansão do investimento brasileiro direto (IBD). Como lembrado por Guimarães (2014), nesse período, o processo de internacionalização das empresas brasileiras havia novamente ganhado impulso, após um rápido ciclo de expansão do IBD, o qual foi observado ainda na década de 90.

Vale ressaltar que, até os anos 80, o investimento estrangeiro direto (IED) feito pelo país era baixo, concentrando-se em setores como o petrolífero, construção civil, serviços de engenharia e serviços financeiros (FLEURY E FLEURY, 2011). O processo de inserção das empresas brasileiras no internacional foi intensificado e diversificado apenas na metade dos anos 90 e, de modo ainda mais forte, no início dos anos 2000, com a ascensão de Lula à presidência[5].

[4] Ao todo, há dois tipos de crédito quando se trata de financiamento às exportações: o pré e o pós-embarque. O financiamento pré-embarque vincula-se ao subsídio da produção, ou seja, a mão de obra e matéria prima (o capital de giro) utilizada na produção dos bens a serem exportados. A categoria pós-embarque destina-se ao financiamento da comercialização do bem a ser exportado, permitindo ao exportador a ofertar melhores condições de prazo para o pagamento que importador realizará, o que pode contribuir para uma melhor posição do bem exportado no internacional.

[5] De acordo com os dados da UNCTAD (2013), o crescimento anual médio do estoque de investimento estrangeiro direto realizado pelo Brasil foi de 1,6% ao ano (1990-95), 3,2% ao ano (1995-2000), 8,8% ao ano (2000-2005) e, por fim, 18,9% ao ano (2005-2010).

Foi em 2002 que, ainda com Fernando Henrique Cardoso na presidência, foram definidas as primeiras orientações para o financiamento de investimentos de empresas nacionais no estrangeiro e, em 2005, já com Lula, foi desenvolvida uma linha específica de crédito à internacionalização de empresas. Tal como na linha de financiamento às exportações, as circunstâncias dessa linha também foram alteradas no passar dos anos, sobretudo em função das modificações da realidade da economia do Brasil. No começo, o suporte estava direcionado à geração de saldo líquido positivo de divisas e, desde 2007, esteve associado à melhor competitividade das empresas nacionais no exterior (GUIMARÃES, 2014). Salienta-se que, atualmente, é permitido o acesso à linha de internacionalização por empresas ou por subsidiárias brasileiras, independentemente da atividade econômica praticada e desde que a maior cota de ação seja de capital brasileiro.

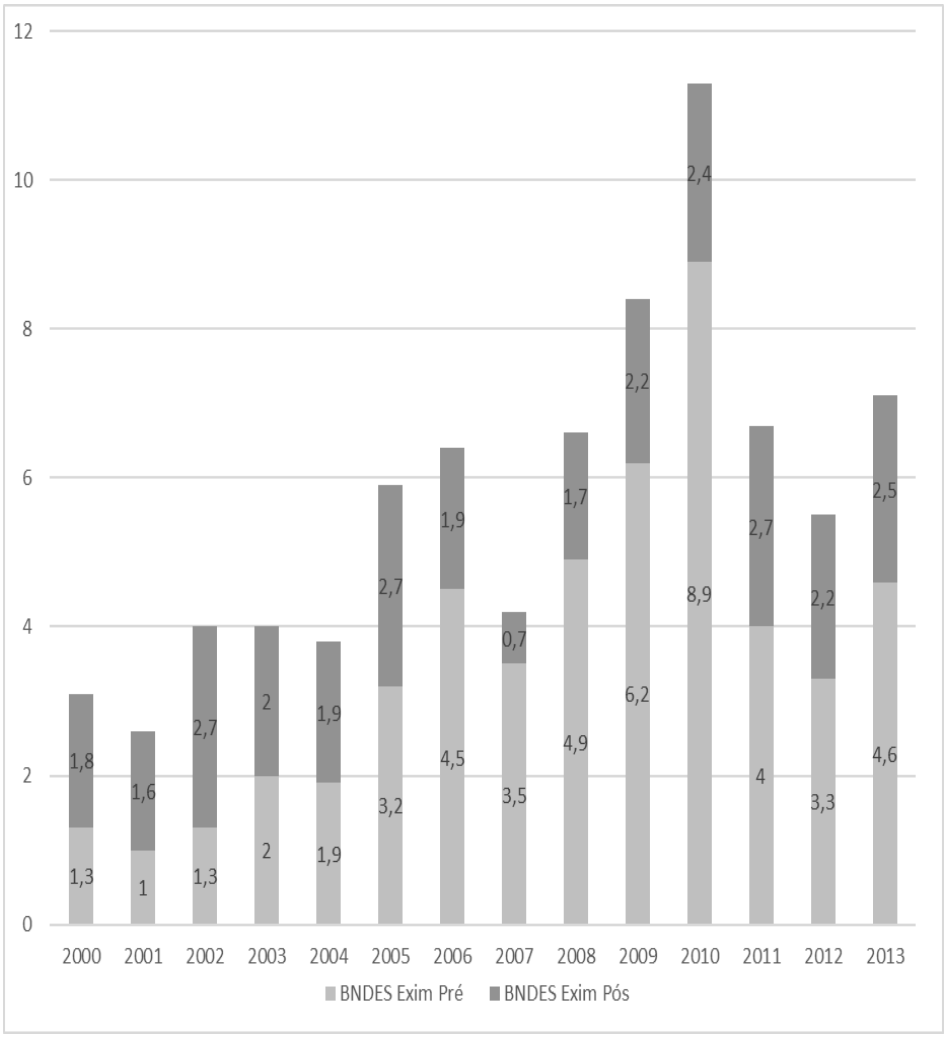
Para um maior conhecimento da internacionalização da atuação do BNDES, será apresentado, a seguir, características dos principais instrumentos de atuação do Banco, o *funding* que é usado por essas linhas de financiamento e, por fim, os principais destinos e setores da economia que foram beneficiados.

2.1 O financiamento às exportações

O BNDES é, atualmente, o principal financiador das exportações do Brasil, tanto de médio quanto a longo prazo. Sua atuação é centrada no auxílio à exportação de bens e serviços de alto valor agregado, que podem ser considerados como produtor de renda e emprego no país. Ademais, a instituição possui linhas de financiamento desde a produção e comercialização de bens e serviços que são exportados, dispondo de produtos financeiros para as duas modalidades de exportação, sendo elas a pré-embarque e a pós-embarque.

A seguir, é possível verificar o aumento significativo dos desembolsos do BNDES em prol das duas modalidades destacadas. Destaca-se o aumento ao longo dos anos do Governo Lula (2003-2010):

Gráfico 1 – Desembolsos do Banco para as modalidades BNDES Exim pré e pós-embarque (em US$ bilhões)



Elaboração própria

Fonte: BNDES

Ressalta-se que o *funding* que é utilizado pelo Banco para financias as exportações do país são originadas do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), a uma das principais e considerada a tradicional fonte de recursos do BNDES.

Entre os principais bens financiados, destacam-se os setores de bens de capital, como máquinas e equipamentos agrícolas, carrocerias de caminhões e ônibus, aviões, entre outros. Para a exportação de serviços de engenharia e construção, o financiamento é direcionado a projetos de infraestrutura, sendo que tais operações também incluem a exportações de bens para tais projetos.

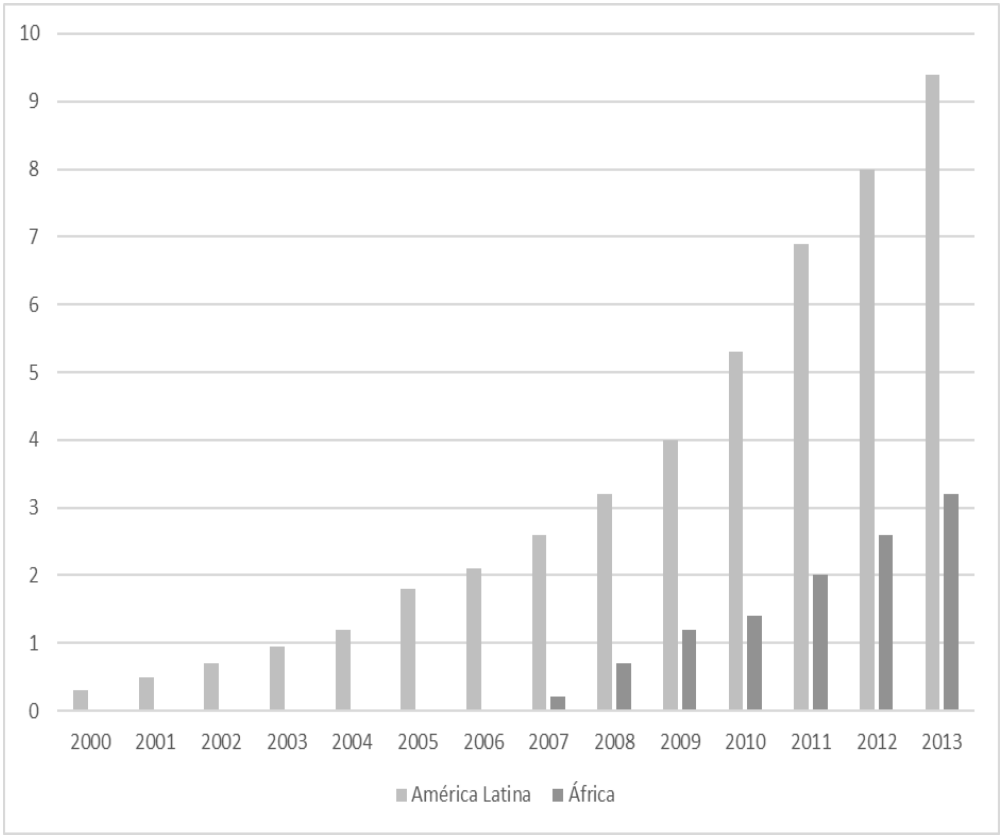
Entre as principais regiões beneficiadas (1998-2013), os desembolsos dentro da linha pós-embarque tiveram como destino de 22% para a América Latina, 7% destinados à África e o restante, 71%, para os demais países espalhados pelo mundo. Ao considerar um período mais próximo à atualidade, percebe-se uma modificação para essa distribuição – um sinal da orientação da política externa –, com 52% destinados à América Latina, 22% à África e 27% para os outros países.

Assim sendo, os principais destinos para os financiamentos aos bens de capital e serviços são a América Latina e África, com uma única exceção: as aeronaves. Estas têm destinos centrados a outros continentes, como Europa e América do Norte.

Ainda nestes dois continentes, entre os projetos de infraestrutura inseridos nessas localidades sob apoio financeiro do BNDES, salientam-se a construção de obras de saneamento, aquedutos, gasodutos, estradas, geração de energia, aeroportos, portos, sistemas integrados de transporte, instalação de sistemas de irrigação, entre outros. Estes são projetos que ajudam na alteração da geografia social e econômica

dessas regiões e, claro, para o desenvolvimento e crescimento das cadeias produtivas brasileiras envolvidas neste processo de exportação[6].

Gráfico 2 – Desembolso acumulado do BNDES Exim Pós-embarque para África e América Latina (em US$ bilhões)



Elaboração própria

Fonte: BNDES

[6] Informações retiradas estão disponíveis em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/Estatisticas_Operacionais/ exportacao.html>.

2.2 O financiamento à inserção internacional das empresas nacionais

Os financiamentos à inserção internacional das empresas do Brasil visam auxiliar o investimento direto a ser realizado pelas empresas de controle brasileiro no exterior[7]. Entre os investimentos que podem ser financiados, estão incluídas aquisições, modernizações de unidades produtivas (ou suas ampliações), projetos *greenfield*[8], centros de pesquisa e canais de comercialização. O aporte pode ser realizado mediante dívida ou por participação acionária – através da BNDESPAR, subsidiária do Banco.

Ressalta-se que o início do apoio do BNDES à internacionalização se deu apenas em 2005 e, até 2014, o Banco havia desembolsado recursos para 19 operações. Entre elas, 8 operações pela modalidade de financiamento e 11 sob a modalidade de participação no capital. Os setores abarcados foram o agroindustrial, farmacêutico, petroquímico e de tecnologia da informação (TI), sendo que a maior parte dessas operações se deram por aquisição de empresas no estrangeiro. Até o período salientado[9], o valor total dado para tais operações foi de, aproximadamente, R$ 11 bilhões.

Destas operações, até 2014, 7 foram realizadas na América Latina, 5 na América do Norte, 2 na Europa, 1 na Ásia e 4 em mais de uma região. Acerca dos números de operações por setor, vislumbra-se que 8 foram em prol agroindústria, 3 para TI e 1 operação para o setor de bebidas, mineração, química e petroquímica, eletroeletrônico, construção e engenharia, máquinas e equipamentos, e farmacêutico.

[7] São empresas de controle nacional, com sede e administração no Brasil, que podem acessar os recursos dessa linha de financiamento. Empresas nacionais já internacionalizadas também podem ter acesso aos recursos, mas devem ser obtidos a partir de subsidiárias ou veículos constituídos no exterior, ou até de empresas nas quais se tenha o maior capital votante (GUIMARÃES, 2014).

[8] *Greenfield* é um termo utilizado em meio empresarial para definir um investimento em uma empresa ainda em fase inicial, incipiente, um projeto empreendedor que não saiu do papel e precisa de capital para ser posto em prática.

[9] Saliento até 2014 por ser o primeiro mandato de Dilma e, de certa forma, a continuidade de certas políticas iniciadas por Lula. Para fins de análise, os valores serão úteis.

Vale ressaltar que, mesmo tendo se consolidado em diversos países desenvolvidos, o auxílio financeiro do BNDES à inserção internacional de empresas nos países em desenvolvimento é algo que surgiu a partir do Governo Lula. Além disso, segundo a CEPAL (2014), o Brasil é o único país da América Latina – e um dos poucos em desenvolvimento ao redor do mundo – a dar suporte com financiamento público a internacionalização de empresas nacionais.

Assim, como visto por Guimarães (2014), é observado um permanente esforço por parte do Banco em diminuir o custo de captação internacional e, consequentemente, aumentar a atratividade vinculada à linha de financiamento à internacionalização. Com isso, tem-se a pretensão de disponibilizar fontes de financiamento alternativas, a baixos custos, para promover uma melhor competitividade aos investidores do país que visam em se internacionalizar.

2.3 A atuação internacional do BNDES dentro do Governo Lula: um modelo político econômico aplicado à realidade internacional

O processo de internacionalização de empresas do Brasil foi impulsionado a partir da ascensão de Lula, uma vez que no período anterior esse processo se dava de forma mais branda e acanhada. A causa disso está atrelada à fragilidade econômica e escassez de instrumentos de incentivos governamentais, pela postura do governo até então neoliberal. Desde 2002, nota-se uma importante mudança no modelo econômico e político do Brasil, o qual é comumente denominado como um modelo novo-desenvolvimentista (NETO, 2013). Refere-se a um conjunto de propostas de políticas econômicas e de reformas institucionais, mediante as quais as nações em desenvolvimento médio, como o Brasil, buscam atingir os níveis de renda *per-capita* dos países já desenvolvidos. Portanto, trata-se de uma estratégia de desenvolvimento de longo-prazo, cujo objetivo final, para o Brasil, é tornar-se em um país plenamente desenvolvido (JUNGMAN; OREIRO; BASÍLIO, 2010). Ao contrário do "velho" desenvolvimentismo, o modelo utilizado por Lula não é protecionista, e vê a

globalização com neutralidade, ou seja, apenas como um sistema de forte competição entre as nações, por meio de suas empresas. Para tal, faz-se necessária o fortalecimento do Estado politicamente, administrativamente e fiscalmente, criando condições às empresas nacionais para se caracterizarem como competitivas no estrangeiro. Por isso, para lograr o desenvolvimento, é necessário aumentar a taxa de investimento, devendo o Governo contribuir para isso mediante uma poupança pública positiva (no caso, o BNDES). Pela perspectiva econômica, tal modelo se mostrou superior em termos de taxa de crescimento, com uma visível intervenção estatal. Com certa fragilidade na retomada da industrialização, o período marcou um acentuado crescimento do setor agroexportador, o que garantiu as divisas necessárias para a manutenção do equilíbrio da balança de pagamentos (NETO, 2013). Pela perspectiva externa, pode-se analisar o esforço do BNDES com o fomento das linhas de financiamento às exportações e de inserção de empresas nacionais no estrangeiro. A magnitude e forma desses investimentos transformaram-se de uma mera alternativa estratégica – a busca por um mercado alternativo ao brasileiro –, para uma posição de objetivo principal, não só pelas empresas, mas como pelo próprio governo brasileiro.

Questão importante para análise é como a expansão de empresas brasileiras no internacional se enquadra neste modelo novo-desenvolvimentista, ou seja, de que maneira a atuação internacional do BNDES se encaixa nesse novo contexto político-econômico. Desde a década de 70, o continente latino-americano tem sido destino recorrente de empresas – em especial as construtoras –, mas foi a partir de 2002 que novos aspectos adentraram nesse processo. Por meio da formação deste novo modelo, as companhias do Brasil passaram a atuar fortemente no continente através dos benefícios vindos do BNDES, sendo possível observar uma notória política de financiamento de operações na América Latina e países africanos (especialmente os lusófonos), que pode ser explicada pela vantagem competitiva e também pela estratégia política em pauta. No entanto, isto só foi possível dada a nova lógica empregada pelo modelo novo-desenvolvimentista, o qual o Banco incorporou suas

estratégias e passou a atuar no fortalecimento de grandes empresas nacionais que, junto a um forte financiamento, passaram a realizar operações de aquisição e fusão, tal como otimização produtiva, sob o pressuposto de se transformarem em competidoras internacionais. Como exemplos, podemos retratar os R$ 6 bilhões concedidos à JBS para aquisições dentro do país e no estrangeiro, o que a tornou a maior produtora de carne do mundo; também, um valor superior a R$ 1,5 bilhão desembolsado para a fusão da Perdigão com a Sadia, que formou o grupo Brasil Foods, o maior exportador mundial de frango; ou até os R$ 2,4 bilhões dados a Votorantim Celulosa para adquiria a Araracruz Celulose, o que resultou em uma das principais produtoras de celulose do mundo, a Fibria.

Outro ponto primordial para a compreensão da atuação do BNDES dentro do Governo Lula e seu modelo político-econômico foi o financiamento em infraestrutura, o qual pode ser dado como um dos principais elementos para a estratégia política do período. Assim como a formação de grandes empresas foi um dos objetivos do Banco, o investimento para a amplificação da infraestrutura se tornou algo essencial, especialmente quando ponderado o tipo de empresa a ser internacionalizada. Considerando-se que as grandes empresas brasileiras internacionalizadas vinculam-se à produção e exportação de insumos básicos, a expansão da infraestrutura se torna essencial para a competitividade de tais produtos no comércio internacional. Por conta da baixa proporção de incorporação tecnológica, a maior parte do preço dos bens exportados deve-se aos custos atrelados – como o transporte e energia elétrica –, uma vez que estes são insumos para a própria produção do produto. Essa é a razão pela qual as grandes construtoras – como a Odebrecht, Camargo Correa, Andrade Gutierrez, Queiroz Galvão e a OAS – evidenciam-se como as principais parceiras do BNDES, notavelmente quando se leva em conta as ramificações dessas empreiteiras, que atuam em outras diferentes áreas, como insumos básicos vinculados à cadeia produtiva da construção civil e até mineração. Assim, o Brasil conquista ganhos políticos e econômicos que, junto ao aumento da influência brasileira nesses países, trazem junto o embaratecimento dos

meios de escoação de seus produtos para os seus vizinhos, uma verdadeira imposição das relações econômicas do país para os demais países também em desenvolvimento. Além disso, numa concorrência assídua em um mercado internacional gradativamente mais oligopolizado, faz-se necessário o estabelecimento de mecanismos mais baratos para o escoamento da produção, como parte de uma estratégia para a dominância – inicialmente regional – do comércio internacional.

Além disso, acerca de termos políticos, o Banco foi um importante instrumento à política externa empregada por Lula, explicitamente no que tange à integração sul-americana. Segundo informativo do Banco, lançado em junho de 2003, nos primeiros meses de Lula no poder, o BNDES:

> Acompanhará as negociações brasileiras nos fóruns internacionais, visando adequar sua política às regras acordadas pelo Brasil e contribuir com os setores governamentais responsáveis pelas negociações. A política do BNDES de apoio ao comércio exterior, articulada às prioridades definidas pelo governo federal, desenvolverá tratamento particularmente diferenciado às operações com os países do MERCOSUL e demais vizinhos sul-americanos. (BNDES, 2003, p.1)

Como explicitado em seções anteriores, foi a partir do ano de 2003 que mudanças graduais ocorreram no Banco, sendo anunciadas as novas políticas que possibilitariam um maior auxílio ao financiamento às exportações do país e à inserção internacional das empresas nacionais. Neste contexto, tais políticas operacionais visavam aumentar significativamente a competitividade das empresas do país no estrangeiro. Tais políticas tinham como efeito fundamental o "apoio a integração física, econômica e comercial da América do Sul". (VALDEZ, 2011, p. 91), para assim obter maior presença e influência política na região, ou seja, poder.

Ademais, o aumento do suporte do Governo Lula às exportações brasileiras, a vontade evidenciada no período à integração sul-americana também pode ser averiguada no esforço do país em prol da continuidade de projetos de integração

física na América do Sul, por meio da Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana (IIRSA) (VALDEZ, 2011). Tal projeto foi dirigido nos últimos anos de FHC, no contexto da Comunidade Sul-Americana de Nações e, atualmente, segue agregado à União das Nações Sul-Americanas (UNASUL).

Como direcionado por Vigevani e Cepaluni (2007), ao ser analisada o apoio do Governo Lula às exportações do país, nota-se o seguimento no apoio ao setor exportador com alterações em sua intensidade. Dessa forma, corrobora-se, de modo geral, a sequência no processo de afirmação do continente sul-americano como área prioritária à PEB.

> [...] as modificações da política externa brasileira exigem a utilização combinada de diferentes níveis de mudança. Acreditamos que a maior parte das mudanças se enquadra na ideia de ajuste ou de mudança de programa, pois as metas da política externa não foram alteradas de forma significativa (como ocorreria em uma situação de mudança de meta). Assim, defendemos que o Governo Lula da Silva realizou mudanças de ênfases e de tonalidade em sua política externa (ajustes), buscando novas formas de inserção internacional para o país (mudanças de programa). (VIGEVANI; CEPALUNI, 2007, p. 282).

Assim sendo, como salientado por Valdez (2011), viu-se a necessidade de associar os financiamentos do BNDES a mecanismos que pudessem dar sustentabilidade à iniciativa federal de suporte às exportações e à própria inserção internacional do Banco.

Anterior à análise mais aprofundada que será dada neste trabalho, será resumida, a seguir, as distintas perspectivas dadas à atuação internacional do BNDES. Será visto que este trabalho utilizará do que foi pesquisado por outros atores, por vezes corroborando ou negando o que já foi dado como perspectiva. Nota-se que, no geral, nenhuma perspectiva anula a outra, constituindo-se apenas como uma maneira distinta de se pensar acerca do tema proposto.

3 AS DISTINTAS PERSPECTIVAS: UMA ANÁLISE GERAL

A priori, destaca-se nas pesquisas de outros autores a congruente visão de que o BNDES teria se tornado instrumento de política externa, sendo um dos mecanismos de implementação de variados interesses brasileiros em países estratégicos. Saliento, também, que nenhuma pesquisa encontrada atrelou essa atitude brasileira às teorias das relações internacionais mais conhecidas ou tradicionais, com exceção de Suzim (2016) – abaixo detalhado. Desta forma, a distinção deste presenta trabalho está na narrativa empregada e analisada por meio de teórico reconhecido das relações internacionais, além de perspectivas literárias em sua maioria distintas das demais.

De modo geral, guardam-se incongruências nas pesquisas realizadas. Há os que detalham o banco como uma das principais vias brasileiras de implementação da integração política e econômica na América do Sul (SILVEIRA, 2010); ideias de que a atuação internacional da instituição manifesta-se como um comportamento de um suposto subimperialismo brasileiro (SUZIM, 2016); o mesmo como interpretação de parte do modelo de governo chamado "Novo Desenvolvimentista" (NETO, 2013); ou então como uma atitude de um Estado Logístico (CERVO, 2002 e 2007; VALDEZ, 2011), entre outros.

Aglomera-se interpretações ante uma atitude internacional sem a mesma revisão de teóricos que buscaram compreender as relações internacionais, salvo o estudo de Andrezza Suzim. Esta buscou em Ruy Mauro Marini a interpretação da atuação internacional do BNDES sob a perspectiva de subimperialismo brasileiro aos países aonde o capital brasileiro entrava:

> Definimos [...] o subimperialismo como a forma que assume a economia dependente ao chegar à etapa dos monopólios e do capital financeiro. O subimperialismo implica dois componentes básicos: por um lado, uma composição orgânica média [de capital] na escala mundial dos aparatos produtivos nacionais, e por outro, o exercício de uma política expansionista relativamente autônoma, que não só se

> acompanha de uma maior integração ao sistema produtivo imperialista, mas que se mantém no marco da hegemonia exercida pelo imperialismo em escala internacional (MARINI, 1977, p. 31 apud BUGIATO e BERRENGER, 2012).

De maneira categórica, Suzim notou que o

> apoio do BNDES aos financiamentos sobre as exportações impulsionou o crescimento do acúmulo de capital e apropriação de valor – por parte do BNDES com as taxas de juros e de descontos sobre os financiamentos e, por parte das empresas com a mais-valia [que pode-se pensar aqui em superexploração da força de trabalho a fim de garantir maiores lucros] (SUZIM, 2016, p. 58).

No entanto, entre as pesquisas realizadas, encontra-se discordâncias desta visão, argumentando-se que "o papel que o Estado brasileiro cumpre hoje na América Latina é muito distinto do que foi no período da ditadura militar, momento no qual Marini elaborou o conceito de subimperialismo" (BUGIATO e BERRINGER, 2012), o que descaracterizaria o afirmado por Suzim.

Como outro ponto de vista, tem-se como instrumento de análise o conceito de Estado Logístico, apresentado por Amado Luiz Cervo (2002). Segundo o autor, o definição e efetivação deste conceito surgiu a partir das transformações ocorridas no cenário internacional após setembro de 2001 e a crise financeira internacional. O governo de FHC já buscara estreitar o relacionamento com a China, Índia e África do Sul e pleiteara um equilíbrio nas negociações econômicas internacionais, como na Área de Livre Comércio das Américas (ALCA). No entanto, em termos de política externa, foi no Governo Lula que se fortaleceram as alianças com os países periféricos – principalmente na América Latina – e se concretizou uma política externa de enfrentamento às regras e normas dos países centrais nas negociações comerciais. Assim, o Estado logístico é o Estado que tem por objetivo o fortalecimento da nação, uma vez que este passa a responsabilidade do papel de empreendedor à sociedade, ampara as operações externas e auxilia a inserção no sistema internacional, tendo sempre em vista o desenvolvimento nacional e a maximização das oportunidades oferecidas pelo sistema internacional. (CERVO,

2002). Através do auxílio do BNDES, o Estado busca "dar apoio logístico aos empreendimentos, o público e o privado, de preferência o privado, com o fim de robustecê-lo em termos comparativos internacionais" (CERVO, 2007 apud BUGIATO e BERRINGER, 2012). Dessa forma, o Estado brasileiro mobiliza seu aparato institucional com a finalidade de oferecer melhores condições para a inserção internacional da economia brasileira ao garantir auxílio financeiro ao empresariado nacional.

Partindo do conceito de Cervo, Valdez (2011) desenvolve sua tese sobre a internacionalização do BNDES o Governo Lula. Para ele, a diversificação de parceiros internacionais da política externa Lula abriu vias a maiores possibilidades para a ação brasileira no cenário estrangeiro. O autor chama a atenção para a formação do G-20, que atua no âmbito da OMC e em outras discussões comerciais e financeiras internacionais. Tal diversificação foi um dos principais fatores de uma política externa autônoma do governo, uma vez que esta contribuiu para a reformulação de regras internacionais, retirando o país de uma posição subordinada e favorecendo o desenvolvimento nacional.

Segundo Valdez (2011), com vistas à promoção da inserção internacional brasileira, Lula usou o BNDES como principal financiador do desenvolvimento nacional, em que a estratégia principal foi a assistência à construção da infraestrutura sul-americana (IIRSA) e à internacionalização das empresas do país. Estando o Banco por trás dessas duas variáveis estratégicas, o Governo Lula teria fortalecido o papel logístico do Estado brasileiro de agente indutor do desenvolvimento nacional, assim como dito por Cervo (2002), criando um relacionamento estreito entre o empresariado nacional e o próprio Estado, o qual se complementaria no cenário da política externa brasileira.

Desse modo, segundo Valdez (2011), essa inserção demonstraria a convergência entre a política econômica e a política externa de Lula. A política do Banco de financiamento às empresas nacionais – ou seja, sua atuação internacional –

e o decorrente movimento empresarial desses atores internos estão diretamente ligados à prioridade que a política externa deu à América do Sul, onde a inserção dessas empresas foi mais intensa e teve mais êxito. Os fundos do BNDES à IIRSA também figuram tal convergência, uma vez que a construção de uma infraestrutura sul-americana beneficia paulatinamente os negócios das empresas do país.

Ademais, para Valdez (2011) e Neto (2013), a convergência entre a política externa e a política econômica do governo foi parte da estratégia de estabilidade econômica e da retomada do papel do Estado em um projeto conhecido como novo-desenvolvimentista. Nesse contexto, BNDES agiu como grande articulador na promoção das empresas globais competitivas. Assim, convergência da política econômica com a PEB do Estado logístico abarca interesses recíprocos: por um lado o Estado promove o desenvolvimento do país e de outro o empresariado expande seus negócios, podendo este ser considerado o ator principal da política externa brasileira (VALDEZ, 2011). Bugiato e Berringer (2012) não acreditam que as mudanças ocorridas na política externa e no financiamento estatal durante os governos Lula tenham sido resultado da construção de um novo tipo de Estado como defende Amado Luiz Cervo e Valdez. Para eles, as mudanças estão ligadas às novas configurações e dinâmicas das classes sociais brasileiras.

Há, também, a constatação de que o BNDES tem tido papel importante para que o governo consiga, de um lado, avançar na política de integração regional e continental; de outro lado, reforçar a indústria nacional com vistas à exploração do mercado potencial sul-americano (SILVEIRA, 2010). Em congruência a Guimarães (2014), a partir de sua maior inserção internacional, o governo brasileiro teria reafirmado seu compromisso com a integração sulamericana, determinando que o BNDES passasse a cumprir um papel de protagonista nessa região. No entanto, como afirmado em estudo de Hochstetler (2014), "*the projects BNDES financed in South America through 2010 were regional integration projects, but were instead wholly domestic projects*". Questiona-se a questão da integração sobre o ponto de

que se não há empresas e/ou produtos brasileiros em solo estrangeiro, não haveria dinheiro do BNDES envolvido. Apesar de parecer uma decisão iminentemente lógica por parte do governo brasileiro, vale ressaltar o argumento.

Chegou-se, também, à constatação de que que o ambiente de negócios entre os países foi favorecido por um concomitante alinhamento político internacional, fruto das mudanças na orientação da Política Externa Brasileira (RODRIGUES, 2015), ou seja, as alterações do paradigma de política externa e da orientação do governo desde o início dos anos 2000 têm peso significativo no perfil da recente internacionalização de muitas das empresas brasileiras, mas, neste estudo citado, na Angola. Outro indício da mudança na orientação da política externa brasileira que se expressa na busca pela redução de sua dependência com relação a poucos países (principalmente os do Norte) e pela maior autonomia de suas escolhas em matérias internacionais, coadunadas com seus interesses (VIGEVANI; CEPALUNI, 2007).

Deste modo, desenvolveu-se ao longo dos últimos anos interessantes perspectivas à atuação internacional do BNDES, as quais angariam distintas variáveis para as diferentes análises. Ressalta-se que a o que será apresentado ao longo do trabalho, não irá, de maneira alguma, anular por completo os pontos de vistas apresentados previamente; ao contrário, poderá corroborá-los, ou apenas acrescentar outros pontos que não foram abordados.

O foco deste trabalho é dar voz à realidade brasileira por meio de relevantes teorias da política e das relações internacionais, junto a autores que complementam uma análise detalhada da prática internacional do Brasil. A análise a ser feita trará uma nova perspectiva a um fato já consumado e, atualmente, julgado negativamente. Na tentativa de trazer uma análise política distinta das demais, será realizada uma investigação aliada às literaturas aqui escolhidas, a qual trará uma nova abordagem pragmática ao pensamento das relações exteriores do Brasil.

4 LITERATURA: UMA ANÁLISE DIFERENCIADA À POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA

Este trabalho tem a proposta de realizar uma análise de certa característica realista da política externa brasileira. No entanto, nota-se que no Brasil há uma baixa eficácia de certas variáveis que são dadas como fundamentais para a análise do internacional sob o prisma deste cunho teórico – vide o poder militar brasileiro[10] –, limitando, assim, uma análise coerente do escopo desta monografia apenas sob os discursos dos autores realistas tradicionais. Deste modo, faz-se necessário o uso de diferentes tipos de teorias, pelas quais será possível fazer uma investigação para além do cunho que esta teoria por si só impõe.

Nota-se, ademais, que a análise cruamente realista é passível de ser realizada por completo apenas para as grandes potências. De modo genérico, uma vez que sob a premissa de que todos os países temem sua segurança, um país com as "efetivas" variáveis militar e econômica, por exemplo, estariam à frente dos demais, e assim poderiam tentar aplicar aquilo que conhecemos por hegemonia. Em um contexto de um país dado como "em desenvolvimento", a aplicação pura e direta deste escopo teórico afetaria a análise, deixando lacunas epistemológicas e uma lógica interpretativa inócua.

4.1 O comércio como substituto da guerra

É notável perceber correspondências entre o pensamento de Lula e os formuladores da PEB com o entendimento presente no raciocínio a ser apresentado abaixo, proveniente de Benjamin Constant. Tal como será explicado nesta seção por viés teórico, entende-se à política externa do país que o comércio é um processo crucial de inserção política, sendo uma verdadeira guerra por meios brandos. Apenas

[10] Neste exemplo não realizo críticas diretas ao poder militar brasileiro. Apenas detalho um fato que, quando comparado às principais potências, é inegável notar a diferença: o Brasil possui um poder militar menos efetivo. O baixo investimento e a pouca importância dada a tal poder limitam o Brasil de atingir patamares mais ambiciosos no internacional.

por este ponto, explica-se de maneira satisfatória toda a representatividade que foi atribuída pelo BNDES nos anos de Governo Lula. Assim, na necessidade de utilizar uma escultura teórica que molde a realidade que envolva o Brasil, será interpretado o discurso de Benjamin Constant pronunciado no *Athénée Royal* de Paris, em 1819.

Primeiramente, ressalta-se Benjamin Constant, pensador, escritor e político francês que marcou época entre os séculos XVIII e XIX. Em seu discurso, retrata a mudança de prisma social desencadeada pelas diferentes liberdades que se tinha na antiguidade e modernidade. Assim, compara-se a forte dependência dos antigos ao Estado e a adquirida autonomia que se tornou real na modernidade. A mudança estrutural dos dois períodos culminou em contextos e ações sociais completamente distintas das vidas entre ambos.

Trata-se de seu discurso "Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos", no qual há um foco argumentativo na consideração de que um governo representativo seria o meio mais adequado para aliar as liberdades política e individual. O autor compara as condições dos antigos[11] e modernos no que tange a compreensão do termo "liberdade" e de seu conceito enquanto prática, atribuindo a gênese da diferença entre ambos devido aos aspectos geográficos, homogeneidade da cultura populacional e até hábitos individuais, notando que cada contexto histórico e social produz a necessidade de um tipo de liberdade que seja compatível com o modo de vida de uma dada sociedade. De modo geral, defrontou a liberdade dos indivíduos em relação *ao* Estado, da liberdade dos indivíduos *no* Estado.

Como expressado em análise de Raquel Cipriani, "com isso, pretende chamar a atenção para o fato de que, se por um lado a liberdade hiperpolitizada dos antigos já não era mais adequada para os tempos modernos, tampouco a liberdade individual

[11] Os Antigos aos quais Constant se referiu são os persas, espartanos, gauleses, romanos, egípcios, fenícios, sendo que o elo a todos esses povos sob o nome "Antigos" é o modo de organização da vida em sociedade e o tipo de liberdade que, dado o contexto da época em questão, eram levados a desejar (CONSTANT, 1985)

– que é uma necessidade dos modernos – poderia sustentar-se por si própria" (CIPRIANI, 2013, p. 1).

Constant afirma que não foram todos os povos que reconheceram o ideal de liberdade[12], demonstrando que estava falando sobre a liberdade a partir de específicos contextos, pretendendo assim afirmar que não há uma determinada liberdade boa por si mesma. Entretanto, para cada modo de organização social, há um tipo de liberdade que é mais útil e adequada (CIPRIANI, 2013).

Ademais, Constant notou que, para os denominados "antigos", a liberdade era vista como a autoridade do sistema institucional, à qual o indivíduo estava inteiramente submetido. Nesses povos, a vida privada estava sob severa vigilância e intervenção da autoridade: a vida doméstica, as famílias, os costumes, a escolha de uma religião, e demais aspectos privados eram todos regulamentados pelo sistema. Tampouco gozavam e nem tinham a necessidade da noção de direitos individuais. O indivíduo era considerado soberano somente no que dizia respeito às questões públicas. Deliberavam corriqueiramente em praça pública, debatiam sobre as questões do Estado, e a vontade de cada cidadão era considerada e valorizada, pois tinha uma influência real. Assim, o exercício dessa liberdade seria possível somente nas polis, e é por isso que a sociedade estava disposta a fazer diversos sacrifícios pela conservação de sua liberdade política e de sua parte na administração dos assuntos públicos. Ainda, segundo o autor, as repúblicas antigas, por terem pequena extensão territorial e por serem bem próximas umas das outras, acabavam por fomentar um espírito combativo entre os diferentes povos, os quais se perturbavam mutuamente. Com isso, a guerra passa a ser não só uma ocupação constante dos cidadãos e da política, mas também o meio para conseguir o que desejavam: honra, poder, gloria, riquezas.

[12] Constant não estava pensando a liberdade por um sentido metafísico, desvencilhado do empírico, ou mesmo em um sentido existencial (CIPRIANI, 2013).

Faz-se valer que tal modo de organização dos antigos não criou a necessidade de outro tipo de liberdade sem ser a liberdade política, e um outro sistema de administração pública sem ser o governo direto. Todos os indivíduos considerados cidadãos interferiam diretamente na administração dos assuntos comunitários, uma vez que não havia algum representante entre o cidadão e o Estado. Desta maneira, Constant avalia que o governo representativo é uma invenção dos modernos, já que é este sistema que melhor se adequa às mudanças nas condições sociais trazidas pela modernidade, a qual será explicada logo adiante. Diferente dos antigos que pensavam a liberdade como uma participação ativa e direta nos assuntos públicos, os modernos contemplam como um bem supremo "é a possibilidade de uma esfera de atuação exclusiva da individualidade humana – uma esfera no âmbito da qual essa individualidade possa, sem impedimentos sociais e políticos de qualquer espécie, realizar o que lhe apetecer" (CONSTANT, 1985, p. 12).

Assim, aos modernos, pelo novo contexto, atribuiu-se grande valor à vida e aos negócios privados. Dessa forma, a liberdade mais útil seria aquela que consistisse num conjunto de direitos individuais, que além do direito de se subordinar às leis, garantiriam liberdade de expressão, religiosa, de associação, escolha do próprio ofício e, claro, a liberdade de manusear a propriedade individual. Na medida em que os modernos não aceitam que suas questões privadas estejam submetidas ao controle estatal ou social, também admitem como parte do significado de liberdade um conglomerado de direitos que permita cada um "influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração" (CONSTANT, 1985, p. 11-12). Ademais, no que tange ao espírito combativo dos antigos, a sociedade moderna "é suficientemente forte para não temer hordas bárbaras. E suficientemente esclarecida para não querer fazer a guerra. Sua tendência é para a paz" (CONSTANT, 1985, p. 14).

Dessa forma, como analisado por Cipriani (2013), a nova maneira de entender a liberdade surge como uma necessidade ante um novo modo de organizar a economia e a sociedade, "em que o comércio toma o espaço antes ocupado pela guerra, os Estados ocupam territórios mais vastos e são povoados não mais por famílias isoladas e inimigas umas das outras, mas por uma massa de anônimos, de indivíduos cuja importância política é tão mais imperceptível quanto maior for o Estado". Assim, Constant conclui que

> A guerra é anterior ao comércio; pois a guerra e o comércio nada mais são do que dois meios diferentes de atingir o mesmo fim: o de possuir o que se deseja. O comércio não é mais que uma homenagem prestada à força do possuidor pelo aspirante à posse. E uma tentativa de obter por acordo aquilo que não se deseja mais conquistar pela violência. Um homem que fosse sempre o mais forte nunca teria a ideia do comércio. A experiência – provando que a guerra, isto é, o emprego da força contra a força de outrem, o expõe a resistências e malogros diversos – que o leva recorrer ao comércio, ou seja, a um meio mais brando e mais seguro de interessar o adversário em consentir no que convém à sua causa. A guerra é o impulso, o comércio é o cálculo. Mas, por isso mesmo, deve haver um momento em que o comércio substitui a guerra (CONSTANT, 1985, p. 16)

O raciocínio de Constant – o qual sintetizo aqui como "suave comércio" – facilita o entendimento anunciado por Lula no seu discurso à turma "Celso Furtado" e toda sua preocupação com o BNDES: se o Brasil quer ser potência e preservar sua autonomia, como ditado pela PEB, o será pela via do comércio e pela competição comercial. A PEB e o BNDES são formas de aumentar a liberdade política do Brasil nas relações internacionais, seus direitos e liberdades individuais. Ocorre que isso é feito pelo comércio e não pela guerra. O "suave comércio" é um processo fundamental de aquisição de poder político e construção de uma hegemonia, sem maiores custos. Ademais, é uma das formas mais interessantes no mundo moderno, como aliás, propõe Constant. Nesse sentido, temos em Lula uma espécie de um liberalismo político aplicado à política externa. A premissa aqui é o entendimento de que uma necessidade para a vida moderna é a garantia dos direitos individuais, nesse

caso, da autonomia do Brasil frente às nações. Porém, tal autonomia depende do exercício da liberdade política e tal exercício depende de poder. O ponto é que Lula usa o BNDES como estratégia de aquisição de poder político, além do econômico; o comércio é o meio que transforma capital em poder político, e essa era sua esperança.

Dessa forma, agrega-se correspondências entre o pensamento de Constant e a atitude brasileira em termos de política externa, principalmente sob a temática de financiamentos apresentada. Sem dúvidas, a realidade brasileira não suporta um engrandecimento internacional pelas vias metódicas das teorias realistas tradicionais: sem o poder militar, não se ganha a influência necessária para se tornar uma potência. Assim, por meio da inserção mercadológica de diversos setores – de bebidas, mineração, química e petroquímica, eletroeletrônico, construção e engenharia, máquinas e equipamentos, e farmacêutico –, faz-se com que seja mais simples realizar comércio com o Brasil, além de embaratecer o escoamento dos meios de produção brasileiros e realizar imposições econômicas aos demais países.

Salienta-se que o governo brasileiro promoveu acordos com variados países latino-americanos e africanos por demostrar um ganho recíproco aos investimentos. A título de exemplo, cito o caso realizado em 16 de junho de 2010, período o qual Lula, em seus últimos meses de mandato recebeu em Manaus (AM) seu homólogo peruano Alan García para a assinatura de um acordo energético entre os dois países[13]. Como demonstrado por Zanini (2017), com retórica cativante – Lula reclamou da dificuldade na importação de couve-flor e cebola peruanas, e fez uma ode à sardinha do país (“que eu adoro”) e pediu a García que o abastecesse do produto, fazendo os ouvintes rirem fartamente – o ex-presidente preparou o terreno para a resolução de um acordo que consistia na construção de cinco usinas hidrelétricas na Amazônia peruana. As empreiteiras brasileiras conduziriam

[13] O projeto do acordo acabou por ser inviabilizado pela mobilização de populações indígenas e milícias camponesas, além das pressões de ambientalistas. No entanto, o caso é um excelente exemplo sobre a política conduzida por Lula.

gigantescos empreendimentos[14]: com um plano simples, as empresas manejariam os projetos de usina, recebendo recursos do governo peruano que, por sua vez, seria sustentado por grandes financiamentos do BNDES (ZANINI, 2017). No entanto, não foi dito claramente algo de suma importância: parte considerável dessa enorme produção de energia seria vendida aos brasileiros, mas os custos ambientais ficariam somente com os peruanos. Com isso, Lula trabalhou mais uma vez sua retórica para tentar desvencilhar uma palavra que seria possível estar nas mentes das autoridades andinas: o imperialismo.

> Durante quase um século os países vizinhos do Brasil aprenderam que o Brasil era um império e, portanto, era preciso todo mundo ter medo do Brasil", afirmou. Nada disso, assegurou. "Sou latino-americano, ou um sul-americanista, juramentado", prometeu. (ZANINI, 2017, p.9)

Por fim, diante das premissas de Constant, compreende-se melhor a atitude do Governo Lula ao apelo comercial. O Brasil possuía uma economia que estava crescendo a taxas significativas e, para o então presidente, o país precisava "desabrochar" – estratégia dada como uma megalomania, segundo seus críticos –. A história da PEB desde o século XIX oscilou entre períodos de retração e expansão, mas mesmo ao considerar o significado desse passado, o que se passou no Governo Lula não teve precedentes. A estratégia em prol da política externa deixou de ser um âmbito comedido a especialistas, de interesse restrito, para se transformar em parte de um novo projeto de poder. De fato, foi uma das raras oportunidades em que a diplomacia prestou tamanha veemência a ser um importante fator de uma plataforma política.

[14] A construtora Engevix conduziria as obras de uma usina que ficaria em Paquitzapango, uma das duas maiores do projeto, com potencial energético de 2000MW. A OAS cuidaria a usina de Inambari, com o mesmo potencial de energia. Ademais, houve outras 3 empreiteiras que participariam das obras, todas com a metade da capacidade (1000MW): Andrade Gutierres (Mainique 1), Eletrobrás (Tambo 60) e Odebrecht (Tambo 40). Recorda-se que todas essas empresas foram posteriormente envolvidas na Operação Lava Jato.

4.2 Nacionalismo de fins e autonomia

Com a compreensão à ideia de Constant, verifica-se que o comércio é um meio para certa finalidade. No entanto, ao analisar a vontade e a ética por trás dessa ação internacional, encontra-se em Hélio Jaguaribe um suporte a tal entendimento. A atitude brasileira em termos de política externa é passível de ser analisada por diversas perspectivas e fundamentos; porém, a maneira pela qual a temática é tratada neste trabalho transcende o que é comumente visto e analisado. Para assim compreender, apresenta-se nesta seção o viés filosófico às questões postas sobre a PEB.

Apesar de ser possível traçarmos paralelos ao longo da história brasileira que demonstram certas constantes na PEB – como o multilateralismo e pacifismo -, interpreto que o teor comportamental do país no estrangeiro veio mudando consideravelmente, principalmente nas mudanças governamentais que se atrelavam a distintas ideologias – por exemplo, a ruptura da democracia à ditadura, em 1964, ou até mesmo a distinção entre os governos de Fernando Henrique Cardoso e Lula. Para cada período, uma lógica foi empregada, com diferentes posições e ações; assim, podemos claramente observar diferentes particularidades que formaram as políticas exteriores dos governos de suas épocas, mesmo que sejam repetições de outrora. No entanto, alguns governos podem se destacar por empregarem lógicas específicas e notórias, por utilizarem de instrumentos questionáveis para lograrem seus objetivos, sejam quais forem eles. O caso do Governo Lula é peculiar neste contexto.

Foram oito anos de uma política voltada ao alinhamento sul-sul, com muitas de suas iniciativas situadas no sentido de promover novas negociações comerciais internacionais e na vontade de garantir a coordenação política com países emergentes e em desenvolvimento, com destaque à China, África do Sul, Índia e Rússia. Concomitantemente, as relações com a América do Sul merecem forte atenção.

O ponto a ser destacado é que tais relações não eram em vão. Lula possuía um projeto político audacioso com os processos que envolvem o BNDES, junto aos discursos por ele feitos, que parecem de certa maneira "amistosos", "generosos". Como já mostrado no início deste trabalho, no discurso à turma "Celso Furtado", o ex-presidente enfatizou que os financiamentos realizados não transmitem qualquer ideia de que o país queira ter hegemonia. Assim, o Brasil estaria buscando realizar a integração regional, tal qual Bolívar tentou "fazer com a espada". Na verdade, interpreto que este objetivo – entre outros empregados – não era o final. De fato, os investimentos à exportação brasileira, em especial na parte de serviços, geram benefícios para todas as partes envolvidas; no entanto, para o Brasil, ganha-se mais do que a sua contraparte. Como diria o senso comum, este seria o típico caso em que o país seria "um lobo em pele de cordeiro", e muito desmistifica as interpretações da diplomacia brasileira que fazem da PEB um sinal da paz, do entendimento, da fraternidade, da generosidade. Claro, tais interpretações também são verdadeiras, mas o foco é que isso oculta as lutas de poder cruciais e um desejo de poder voraz do Estado brasileiro nas relações internacionais que usa, assim como as grandes potências, diversos meios para conquistá-lo: vide o exemplo do BNDES.

Além disso, Governo Lula "não se afastou do princípio historicamente assentado para a diplomacia de que a política externa é um instrumento para o desenvolvimento econômico e para a consequente preservação e ampliação da autonomia do país" (VIGEVANI e CEPALUNI, 2007, p.322). Ainda segundo os mesmos autores, quando analisamos as posições governamentais empregadas nesse governo, indica-se que o Brasil buscou "parceiros estratégicos no Sul para ter maior poder de barganha nas negociações internacionais" (VIGEVANI e CEPALUNI, 2007, p.325). Este é o ponto focal de análise, o que demonstra uma prática a ser salientada no que tange à política externa brasileira para lograr o que damos por autonomia e desenvolvimento, pilares para a interpretação deste estudo.

Agora, faz-se necessário embasamento teórico que corrobore a ideia a ser aqui desenvolvida, ou seja, o suporte ao entendimento dessa vontade brasileira. Será realizado, a partir da análise de Hélio Jaguaribe, a construção do panorama ético que está por trás da ação proposta por Lula à atuação do BNDES. Ético porque, como se desenvolve por pressuposto da Escola Realista das Relações Internacionais, é necessário desvendar a ética política que está atrás das ações. Para tal, relembremos Morgenthau.

Hans Morgenthau, reconhecido por fundamentar os pilares para o realismo e ser um dos pioneiros nas teorias das relações internacionais, fundamentou um ponto interessante a ser enfatizado para o argumento deste capítulo: a distinção entre ética moral e ética política. Como salientado pelo autor, no quarto dos seis princípios do realismo político:

> O realismo sustenta que os princípios morais universais não podem ser aplicados às ações dos Estados em sua formulação universal abstrata, mas que devem ser filtrados por meio das circunstâncias concretas de tempo e lugar [...]. Tanto o indivíduo como o Estado têm de julgar a ação política segundo princípios morais, tais como o da liberdade. Embora o indivíduo conte com o direito moral de sacrificar-se em defesa de tal princípio moral, o Estado não tem o direito de permitir que sua desaprovação moral da infringência da liberdade constitua um obstáculo à ação política vitoriosa, ela própria inspirada pelo princípio moral de sobrevivência nacional. Não pode haver moralidade política sem prudência, isto é, sem a devida consideração das consequências políticas da ação aparentemente moral. Desse modo, o realismo considera que a prudência - a avaliação das consequências decorrentes de ações políticas alternativas - representa a virtude suprema na política. A ética, em abstrato, julga uma ação segundo a conformidade da mesma com a lei moral; a ética política julga uma ação tendo em vista as suas consequências políticas [...] (MORGENTHAU, 2003, p. 20 e 21)

Faz-se importante tal análise pois as ações propostas para a inserção de empresas brasileiras no estrangeiro por apoio financeiro do BNDES se dá, segundo

os discursos políticos, por uma "nobreza"[15]: a integração. Paradoxalmente, isto não está errado. O que gostaria de ressaltar neste trabalho são as vontades e motivos que estão por trás dessa integração. O que o Brasil ganharia com essa integração? Será que o "jogo do investimento" traria benefícios mútuos ou apenas (ou mais) ao Brasil? Até que ponto poderíamos enxergar essa atuação como apenas um fomento ao desenvolvimento do país (e regional)? E a política, qual o seu papel neste processo?

Assim, pauta-se a ética a ser pensada como o pressuposto das ações implementadas na PEB, mas a maior definição brasileira para tal, será desenvolvida por Hélio Jaguaribe, o qual será abaixo apresentado. Tal qual Morgenthau nos demonstrou a necessidade do emprego da ética política nas políticas entre as nações, Jaguaribe entregou a ideia de "nacionalismo de fins" para a política brasileira.

4.2.1 Nacionalismo de fins

Em uma época de esperanças, com um forte apelo ao nacionalismo nas iniciativas dotadas como estratégia pelo então presidente Juscelino Kubitschek, Hélio Jaguaribe – famoso cientista político, sociólogo, advogado e escritor – se destacou por ser um dos principais mentores da criação de um órgão por meio do qual se pudesse influenciar nas decisões do poder relativas à orientação do desenvolvimento: o Instituto Superior de Estudos Brasileiros (Iseb). Possuía um ponto de vista considerado pelos demais como conservador – por valorizar a entrada do capital estrangeiro. Jaguaribe publicou, em 1958, sua obra "O Nacionalismo na Atualidade Brasileira"[16] – obra que provocou um conflito interno no instituto por criticar o radicalismo de posições que transformava o próprio nacionalismo em símbolo de uma luta contra a participação de capitais estrangeiros no processo de

[15] Entende-se aqui como uma valoração da ética moral presente nos discursos dos *policymakers*.
[16] No entanto, sua versão aqui tratada é a de 2013. Mais atualizada, contém algumas mudanças em comparação à primeira edição de 1958.

desenvolvimento. Muito distante deste pensamento[17], entendia que o "nacionalismo teria um caráter mobilizador e aglutinador dos setores progressistas da sociedade, bem como viés autonomizante em relação aos constrangimentos externos do país" (MUÑOZ, 2016 apud. LESSA, 2013, p. 203).

Com seu texto redigido em um intuito prospectivo (e, portanto, não retrospectivo), Jaguaribe busca apoiar o "nacionalismo integrador" – conceito melhor explicado adiante – em voga no governo Kubitschek, bem como defender fortemente um direcionamento autônomo em política exterior, o qual perpassa certo entendimento da "terceira posição" e da função para o Brasil da integração com os vizinhos (MUÑOZ, 2016).

Jaguaribe inicia sua obra com a definição do que é nacionalismo. Escreve que, "antes de ser uma ideologia racionalizadora do comportamento político e uma programação para orientá-lo, o nacionalismo é um fenômeno histórico-social" (JAGUARIBE, 2013, p.23). Afinal, como no caso do Brasil, os movimentos nacionalistas só se constituem e só passam a exigir formulação adequada quando surgem as condições que se levantam em nação de determinada comunidade (idem).

É interessante enfatizar que, como o autor ressalva, tanto as inclinações nacionalistas quanto o processo de arranjo de nacionalidade que traz possibilidade a seu surgimento são fenômenos históricos sociais que, apesar de sua dimensão voluntária, apresentam uma faceta objetiva, tornando-se assim impassíveis de julgamentos de valor, em termos de bem ou de mal, de verdade ou de erro (JAGUARIBE, 2013, p.24).

Demonstra, também, as duas formas em que o nacionalismo pode se revestir: o nacionalismo integrador ou imperialista. O primeiro, o qual pertence atualmente às nações mais jovens (países latino-americanos, árabes e afro-asiáticos), representa o propósito configurador e preservador de uma nacionalidade historicamente possível,

[17] Ao contrário, era a favor da entrada do capital estrangeiro. Basicamente, seu livro foi escrito para corroborar o lado positivo da entrada deste capital.

experimentada como necessária por seus membros, mas ainda não constituída ou consolidada politicamente. O nacionalismo imperialista "é o das comunidades, para as quais o Estado-nação não constitui mais um enquadramento adequado, porque seu desenvolvimento econômico e cultural já extravasou daquela área e requer um âmbito mais amplo para lhe dar suporte e espaço de realização" (JAGUARIBE, 2013, p.29). Tal espécie está revestida pelas potências internacionais, tais quais as europeias e Estados Unidos.

O nacionalismo é um produto histórico mutável, e são os diversos estágios do desenvolvimento interior de cada nação que condicionam o caráter nacional dos povos (JAGUARIBE, 2013, p.32). Como analisado pelo autor, esse fenômeno pode ser observado quando se tornam conscientes e administrados os regimes de desenvolvimento econômico-social, ao se examinar, de modo comparativo, a mutação das características nacionais de comunidades que vivenciaram um rápido desenvolvimento, como a soviética, de 1928 à Segunda Guerra Mundial, ou após esta, como as próprias comunidades asiáticas e latino-americanas.

Assim, Jaguaribe sintetiza que "[...] a nação é um processo dialético em que intervém como condições objetivas que a possibilitam e ensejam, determinados fatores históricos, sociais e geográficos, mas que somente é constituída em nacionalidade em virtude de um projeto de integração nacional" (JAGUARIBE, 2013, p.32).

Não menos importante, destaca que, como todo projeto, o nacionalismo em si é algo finalista, e que se inscreve em dois planos diferentes: é deliberado, na medida em que demonstra a vontade política de estabelecimento de um ordenamento político-jurídico comum, visando resguardar determinados interesses; e é indeliberado, ao passo que revela necessidades humanas que se impõem anteriormente a qualquer decisão, como resultado da vida em sociedade (JAGUARIBE, 2013, p.38).

Posteriormente, em início de análise do nacionalismo brasileiro, observa que "somente nas últimas décadas do século XIX[18] se criaram as condições que imporiam ao Brasil uma configuração nacional, no sentido político do termo" (JAGUARIBE, 2013, p.39). Para tal, recita o trabalho escravo como o melhor regime do país a se desempenhar na época, para cumprir sua função de ser meramente uma economia complementar da europeia, caracterizada por ser primário-exportadora para o consumo externo. Foi a escravidão, também, aspecto multiplicador da dependência econômica e que, por isso, o país careceu até o século XX de "condições e estímulos para maior integração que fizessem o país voltar-se para si mesmo e constituir-se em principal objeto de sua própria atividade" (JAGUARIBE, 2013, p.40).

Após breve asserção sobre o histórico do nacionalismo no Brasil, com movimentos nacionalistas fragmentados e descontínuos, cita que eclodiu, à altura da escrita de sua obra (1958), o nacionalismo econômico e político. Em sua época, o primeiro que reivindicava para o capital nacional, principalmente na forma de monopólios estatais, a exploração do petróleo e dos minerais atômicos. E o segundo, identificado com as demandas democráticas, de justiça social e com a tendência de fortalecer a União. Ainda, e mais importante no que tange ao presente trabalho, no plano das relações internacionais brasileiras de época, o nacionalismo político reivindicava para o país uma posição de maior autonomia, em face dos Estados Unidos e das grandes potências europeias, e se inclina para uma linha neutralista, em relação ao conflito relativo à guerra fria. Isto "exprime, pois, uma tomada de consciência dos interesses próprios do Brasil, no âmbito das outras nações, e das massas populares, no âmbito interno do país, e constitui uma exigência de acatamento da soberania popular e da nacional" (JAGUARIBE, 2013, p.42). Tal parágrafo exprime perfeitamente a lógica governo brasileiro de 2003 a 2010, principalmente no que tange às relações internacionais.

[18] Na segunda edição, cita-se o século XX. Um claro erro de digitação, uma vez que, ao ler o capítulo, torna-se claro que o autor referiu-se ao século XIX.

Desta maneira, o autor suscita que as tendências do fenômeno do nacionalismo brasileiro, quando observado no sentido sociológico, correspondeu "à crescente importância que adquiriram no país as forças vinculadas ao desenvolvimento econômico" (idem). Para sua compreensão, ressalta-se que a lógica de nossa economia, no quadro do semicolonialismo e subdesenvolvimento anterior a 1930, impunha às classes dirigentes uma visão do mundo que não era centrada no Brasil. O país era dado como um "mero instrumento a serviço das economias industriais" (idem). Às classes trabalhadoras, desprovidas de consciência própria e dos caminhos de adquiri-la, também não possuíam condições para "reivindicar a defesa de seus interesses, determinados por um regime produtivo exocêntrico, em que os preços eram fixados externamente pelos mercados compradores" (idem). Porém, as transformações desencadeadas pelo processo de desenvolvimento econômico alteraram esse panorama. Com a valorização da produção do mercado interno, as massas trabalhadoras tiveram condições de impor uma justa redistribuição da renda nacional.

Importante neste contexto, está o embate entre o nacionalismo e o cosmopolitismo (tendência que se opõem ao nacionalismo), definido pelo autor como "um debate entre as estruturas sociais vinculadas ao antigo regime produtivo e as representativas do novo" (JAGUARIBE, 2013, p.43). Ao cosmopolitismo, atrela-se àqueles que aspiram a manutenção de suas importâncias relativas que detinham no período imperial e na República Velha, e favorecem as políticas que reforçam ainda mais o setor primário da economia brasileira. Ao contrário,

> As novas forças ligadas ao desenvolvimento [...] aspiram a um dirigismo racional que favoreça a industrialização, por meio de medidas protecionistas e de processos de transferência de renda, pretendem assumir uma posição de liderança, no âmbito interno do país, e visam imprimir-lhe uma linha de maior funcionalidade e de plena afirmação de sua soberania (JAGUARIBE, 2013, p.43 e 44).

Em suma, enquanto o cosmopolitismo subestima a capacidade nacional ao desenvolvimento, entendendo que o progresso nacional depende exclusivamente de

investimento estrangeiro, favorecendo uma política neocolonialista – voltada especialmente aos norte-americanos -, o nacionalismo superestima tal capacidade nacional. Este enxerga com maus olhos a inversão externa e acaba por se inclinar a uma política de, como chama o autor, "capitalismo de Estado", dando à União o principal encargo da promoção do desenvolvimento econômico do Brasil.

Após uma profunda análise sobre as contradições que afetam o nacionalismo brasileiro – as quais decorrem das mesmas divergências com as quais se defronta o decurso do desenvolvimento brasileiro –, conclui a ideia apresentada de que o nacionalismo em si consiste "no propósito de instaurar ou consolidar a aparelhagem institucional necessária para assegurar o desenvolvimento de uma comunidade" (JAGUARIBE, 2013, p. 68). O mesmo é experimentado pelo Brasil, fomentadas pelas transformações ocorridas a partir dos anos 20, cujo desenvolvimento, segundo o autor, "passou a exigir uma ordenação político-jurídica adequada" (idem).

Como uma verdadeira antecipação ao raciocínio empregado à atuação internacional do BNDES, o autor afirma:

> Antes de tudo, pois, o nacionalismo é um movimento provocado pelo desenvolvimento do país e que tem por fim acelerá-lo e racionalizá-lo. Esse fim não decorre de um propósito gratuito de pessoas ou grupos, mas é inerente ao processo. Apesar disso, pode ser assumido, consciente e deliberadamente, por todos os que aspirem à promoção do nosso desenvolvimento. E, como este corresponde aos interesses situacionais de todas as classes sociais – com exceção, em cada uma delas, dos setores vinculados às nossas estruturas semicoloniais –, a promoção do desenvolvimento se constitui no objetivo ideológico mais representativo de todas as classes brasileiras (JAGUARIBE, 2013, p. 68)

Assim, Hélio Jaguaribe atinge o que entende por "nacionalismo de fins". Entende que diferente de ser uma imposição de uma certa peculiaridade, tampouco caracterização de aspectos nacionais, é, ao contrário, um meio para atingir um fim: o desenvolvimento. E como tal deve ser exercido, mediante o emprego dos instrumentos mais adequados para a realização desse fim. (JAGUARIBE, 2013, p.

69). Deste modo, os meios são de "desnecessária" preocupação desde que, concretamente, o fim seja desencadeado por um desenvolvimento nacional. Quando transposto este raciocínio ético ao Governo Lula, verifica-se que há mais em jogo: a tentativa real de se construir uma hegemonia e, concomitantemente, o "capital" político nas regiões que interviu. Ademais, um dos objetivos do Brasil era lograr uma cadeira no Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Para melhor compreensão do "nacionalismo de fins", Jaguaribe cita exemplo da Petrobrás. Diria que o que tornaria a então política do petróleo como nacionalista não seria o fato de que a empresa fosse do Estado brasileiro, administrada por brasileiros. Mas sim, a política nacionalista petrolífera poderia ser realizada por uma empresa estrangeira – como a *Standard Oil*, como cita o autor – desde que essa fosse a maneira mais eficaz de explorar o petróleo brasileiro e proporcionasse à economia nacional o pleno uso e controle dessa matéria-prima, vantajosa ao desenvolvimento nacional (JAGUARIBE, 1958, p.53). Essa questão se encaixa perfeitamente no prisma dos investimentos do BNDES: a inserção internacional das empresas brasileiras e o fomento ao desenvolvimento das mesmas no exterior está atrelada à vantagem que isto dá ao desenvolvimento do país.

Porém, com a existência de um "nacionalismo de fins", existiria, concomitantemente, um "nacionalismo de meios". Este, como exprime o autor, seria apenas uma das facetas do complexo colonial, tendente a erigir a própria condição em ideologia. Ainda, qualifica tal tipo como uma das formas suicidas que um país em desenvolvimento poderia assumir (JAGUARIBE, 2013, p. 69)

Posto isso, conclui que

> O nacionalismo, muito ao contrário, só se realiza na medida em que reconhece seu fim, que é o desenvolvimento, e para isso deve utilizar-se de todos os meios apropriados, seja qual for a origem dos agentes, desde que, nas condições concretas, se revelem os mais eficazes. (JAGUARIBE, 2013, p. 70)

Salienta-se aqui que, assim como mencionado inicialmente por Morgenthau em ética política, “os meios mais adequados à realização do desenvolvimento, não são, necessariamente, os que se manifestem como tais na perspectiva de um espaço abstrato, e sim os que assim se revelem na situação efetiva do país” (JAGUARIBE, 2013, p. 69).

De fato, Lula retoma o raciocínio do “nacionalismo de fins” à governança brasileira. Os investimentos concedidos à exportação de serviços e expansão das empresas brasileiras no exterior tiveram o intuito de gerar mais lucros às entidades. No entanto, concomitantemente, o ganho está para o próprio país: o engrandecimento das empresas nacionais leva a uma competitividade maior das mesmas no cenário internacional. Isso acarreta benefícios ao próprio desenvolvimento do país, pois diversos benefícios são “devolvidos” ao território nacional, tal como a maior geração de empregos dentro das exportadoras brasileiras. Além disso, outra questão é um dos ganhos mais primorosos aos objetivos da PEB do Governo Lula: a maior autonomia.

4.2.2 Autonomia

Autonomia é um tema constante quando se discute Jaguaribe. É aquilo que o pensador brasileiro sempre vislumbrou ao país e, inclusive, buscou teorizar. O autor formulou suas discussões teóricas sobre a autonomia sob a análise dos problemas estruturais da América Latina, argumentando que as "alternativas" de "dependência" e "revolução" foram descartadas, sendo que o continente tivera que alcançar uma estabilidade relativa por meio da autonomia. Tendo isto em vista, neste subcapítulo, será tratada as questões vinculadas ao tema, tendo como subsídio principal o artigo do mesmo autor, escrito em 1979, intitulado como *Autonomía periférica y hegemonía céntrica*.

Nele, conduz um raciocínio acerca do cenário internacional. De início, emprega uma reflexão sobre o novo sistema internacional criado no pós-Segunda Guerra, o qual chama de "interimperial", por tratar-se da ascensão de duas grandes potências no cenário mundial: os Estados Unidos e a União Soviética. Emprega que, com a estratificação dessa nova realidade, surge-se uma diferenciação de quatro níveis em que se podia averiguar a capacidade de autodeterminação dos Estados. Entre eles, encontra-se no mais alto a "primazia geral", seguido por "primazia regional", "autonomia" e, como o nível mais baixo, a "dependência". Níveis estes que podem ser aplicados à realidade atual, sem grandes obstáculos, apenas com algumas mudanças de perspectivas a serem detalhadas no trilhar do trabalho.

Destaca que, a dois decênios posteriores à Segunda Grande Guerra, o primeiro nível de autodeterminação somente foi ocupado exclusivamente pelos Estados Unidos, tendo a União Soviética logrado o mesmo nível apenas no final da década de 60[19]. Assim,

> Tal condición [de primazia geral] se caracteriza por la combinación de la inexpugnabilidad del territorio propio con el ejercicio de una preponderancia mundial generalizada, que sólo está contenida en forma efectiva en las áreas de inmediata hegemonía de una potencia dotada de primacía regional (JAGUARIBE, 1979, p. 92).

À primazia regional, tem-se a mesma inexpugnabilidade do território próprio, "combinada con el ejercicio de una hegemonía sobre determinadas áreas y una presencia preponderante en otras, aunque también restringidas a ciertas áreas" (JAGUARIBE, 1979, p. 92), sendo este papel exercido pelos soviéticos no pós-guerra, até a referida década de 60, exercendo uma influência significativa sobre diversos Estados e sub-regiões, como à Índia e Indochina, Cuba e certos países africanos.

[19] Jaguaribe ressalva que, apesar do desenvolvimento da União Soviética chegou a atingir ao nível de primazia geral, o país ostenta uma posição mundial significativamente inferior ao dos Estados Unidos.

Ao terceiro nível de estratificação mundial, a autonomia, caracteriza-se por não assegurar a mesma inexpugnabilidade de seu próprio território, assim como os níveis superiores. Ademais, "se caracteriza por el hecho de que los titulares disponen de medios para imponer severas penalidades, materiales y morales, a un eventual agresor" (JAGUARIBE, 1979, p. 93). Ao mesmo tempo, dispõem de uma ampla margem de autodeterminação na condução dos negócios internos, e de uma apreciável capacidade de atuação internacional independente. Neste nível, encontrava-se, à época de seu estudo, países da Europa Ocidental, Japão e China.

Interessante notar que o Brasil, segundo Jaguaribe, se encaixaria no plano da autonomia, mas em um nível intermediário à dependência, criando-se assim dois subníveis de autonomia, a "autonomia geral" e "autonomia regional", sendo o Brasil intrínseco a este segundo subnível – assim como o Irã, segundo o autor.

Ao nível mais baixo, encontra-se a dependência e nele são inclusos países que possuem condição de Estados soberanos. No entanto, "a pesar de tal situación, esos países dependen, dentro de diversas modalidades de control, de decisiones y factores que les son externos y emanan de países que están dotados de primacía general o regional y, en algunos casos y en forma más limitada, de potencias medias autónomas" (JAGUARIBE, 1979, p. 93).

Assim, em termos gerais, Jaguaribe descreve duas ordens de relacionamentos geradas pelo panorama acima apresentado. Primeiro, as relações das superpotências entre si, o que configura o sistema interimperial e se caracterizam por complexas relações de cooperação e conflito. Segundo, as relações centro-periferia no âmbito de cada sistema imperial: o americano e o soviético. Dadas relações apresentam características significativamente distintas para cada um dos "impérios", mas se destacam em ambos por uma forte assimetria estrutural.

Em suma, no império americano, as relações são extremamente complexas, mas o sistema é aberto e fluido. O império soviético é monolítico no que se refere à relação de domínio no esquema centro-periferia, mas muito menos absorvente, no

sentido de que múltiplos aspectos da vida coletiva dos países dependentes são influenciados pouco ou nada pelo centro.

Destaca-se definição dada à realidade do imperialismo americano. Nela, a qual se pode realizar uma perfeita análise da condição brasileira,

> Las relaciones de hegemonía o de preponderancia no son reguladas formalmente sino que se presentan en una infinidad de maneras de interrelacionamiento que con frecuencia tienen, aisladamente, un carácter bastante consensual o espontáneo. Tales relaciones abarcan todos los planos de la realidad social, de lo económico a lo cultural; de lo social a lo político, pero en su conjunto se encuentran condicionadas por una fuerte asimetría estructural, que privilegia el centro en detrimento de la periferia. Por eso mismo, es en el ámbito del imperio americano donde se definen más claramente los diversos niveles de estratificación internacional y sus respectivos matices. Allí ocupan el plano de autonomía las potencias medias europeas, Canadá, Australia y Japón, y el plano de autonomía regional lo ocupan países como Irán o Brasil. Los países de la OPEP [Organização dos Países Exportadores de Petróleo] gozan de una autonomía sectorial y los demás países se encuentran en una relación de dependencia que no les es impuesta en forma coercitiva, sino que es asumida por las élites locales a cambio de diversas ventajas de clase (JAGUARIBE, 1979, p. 94)

Em síntese, Jaguaribe busca classificar os requisitos para a autonomia. Estes são dados por algumas características fundamentais, as quais serão somente pinceladas: a viabilidade nacional (categoria relativa, que varia de acordo com as circunstâncias históricas e, dentro de certos limites, com as circunstâncias socioculturais de cada país) e a permissibilidade internacional (refere-se fundamentalmente à medida em que, dada a situação geopolítica de um país e suas relações internacionais, o país tenha condições para neutralizar o risco proveniente de terceiros países, dotado de capacidade suficiente para exercer formas efetivas de coerção sobre ele). Ademais, quanto à conquista da autonomia dos países, há uma questão de outra ordem, atrelada ou aos países que conseguem atingir uma satisfatória autonomia técnico-empresarial no âmbito interno, ou, compensatoriamente, conseguem dispor de condições favoráveis, em suas relações

com o centro imperial, em especial por identificações de ordem étnico-cultural. Vê-se, aqui, um atrelamento contextual brasileiro à primeira hipótese, uma vez que, com os investimentos propostos pelo BNDES, haveria uma evolução técnica-empresarial no país no âmbito interno, e a prova disso seria de que o país começou a exportá-la, atingindo, assim, a partir da política promovida por Lula, uma maior autonomia. Por essa razão, o Brasil passou a criar uma maior rede de acordos com seus vizinhos e demais parceiros, no intuito de estabelecer uma rota comercial diferenciada e favorável ao país por diversos aspectos – como os menores custos na produção e escoamento, facilitação do comércio com os brasileiros –, além de concretizar-se como uma forma de expandir a influência também política no exterior.

Recordando o primeiro texto de Hélio aqui retratado, e consonante ao escrito por Muñoz (2016), em Jaguaribe, portanto, "o conceito de autonomia é indissociável da ideia de nacionalismo integrador" (MUÑOZ, 2015, p. 32). No meio interno, a autonomia exige a prevalência da soberania popular; no externo, uma postura de neutralismo:

> No plano de nossas relações internacionais, o nacionalismo político reivindica para o país uma posição de maior autonomia, em face dos Estados Unidos e das grandes potências europeias e se inclina para uma linha neutralista, em relação ao conflito norte-americano-soviético. Exprime, pois, uma tomada de consciência dos interesses próprios do Brasil, no âmbito de outras nações, e das massas populares, no âmbito interno do país, e constitui uma exigência de acatamento da soberania popular e da nacional. (MUÑOZ, 2015, apud. JAGUARIBE, 1958, p. 32)

Nota-se, em sua conclusão, pergunta relacionada a como os países de autonomia regional poderiam ascender de nível, Jaguaribe pergunta:

> Se aplicará a esos países [...] la necesidad de conquistar primero suficiente autonomía técnico-empresarial para alcanzar internacionalmente su autonomía general? ¿O […] ocurriría alguna forma de compatibilización del predominio económico de las empresas transnacionales con la preservación de su integridad societaria y la consiguiente

> preservación de la validez de su propio proyecto colectivo? (JAGUARIBE, 1979, p. 129)

Os termos ditados por Jaguaribe em 1979 são benéficos à análise aqui proposta. Em termos gerais, resume satisfatoriamente a condição do Brasil no internacional e acaba por abarcar questões importantes para a discussão da autonomia brasileira no início do século XXI, especialmente no período aqui estudado. A PEB, ainda no Governo FHC, pautou-se em articular coalizões do tipo Sul-Sul como maneira de contrabalancear as consequências da unilateralidade dos EUA em foros internacionais[20] (VALDEZ, 2011). No entanto, foi no Governo Lula que essa diversificação de parceiros – muitos deles também fomentados pelos incentivos do BNDES – transformou-se em principal característica da PEB. Ademais, a evolução técnico-empresarial alimentada pelo Banco e sua política internacional, transpôs-se em ponto central à compreensão da autonomia quista pelo governo.

> Essa tendência e o redirecionamento efetivo seriam aprofundados e defendidos mais fortemente na administração Lula da Silva, indicando a mudança gradual da "autonomia pela participação" para a estratégia que definimos como a da busca de "autonomia pela diversificação". Nesse sentido, pode-se afirmar que não teria havido mudanças de orientação internacional, mantendo-se, e aprofundando-se, a política externa autônoma. (VIGEVANI; CEPALUNI, 2007, p. 290)

Assim, o destaque dado à diversificação das nações parceiras no período de Lula entregou à PEB maiores oportunidades de ação no estrangeiro, o que favoreceu uma ampliada inserção do Brasil no mundo. Em termos financeiros e comerciais, o país formou o BRICs para atuar nas tratativas da Rodada Doha dentro da Organização Mundial do Comércio (OMC); e também o G20, grupo o qual atua nos debates financeiros mundiais e que desde a crise internacional de 2008 ganhou destaque. Desta maneira, fortaleceu-se a autonomia brasileira no âmbito externo para

[20] Valdez (2011) exemplifica essa atitude com a formação do Grupo IBAS (Índia, Brasil e África do Sul), quando os brasileiros se uniram a estas nações no contencioso das patentes, a fim de reduzir o custo dos remédios om finalidade ao tratamento do vírus HIV.

contribuir de modo considerável na criação de regras internacionais que favoreceram o desenvolvimento da nação.

Levando em consideração a relação entre a autonomia e desenvolvimento nacional promovido pela política externa, verifica-se que a inserção comercial internacional do Brasil durante o Governo Lula foi, sem dúvidas, um dos principais pilares da atitude autônoma da PEB.

4.3 O Realismo Neoclássico

Dado os pressupostos sobre a inserção comercial brasileira no internacional, o panorama ético à ação do país em sua política externa junto ao "nacionalismo de fins" e uma leitura aprofundada sobre a importância da autonomia do Brasil, encontramo-nos em momento oportuno ao encaixe à uma teoria relevante das relações internacionais. Trata-se da perspectiva Realista Neoclássica, desenvolvida, principalmente, após 1998, com o artigo publicado por Gideon Rose, na *World Politics*.

Esta teoria satisfaz os pontos necessários para a busca de respostas às questões que envolvem a atuação internacional do BNDES e a atuação diplomática do Governo Lula. Primeiramente, pois, como sustentado por Rose, considera-se que a vertente Neoclássica é uma teoria de política externa, a qual pode vir a ser aplicada para investigar qualquer Estado, a qualquer período de tempo. A teoria de política externa visa explicar o que Estados tentam lograr a nível internacional e quando eles tentam lograr isso.

Trata-se de uma reformulação da corrente Realista, com novas prerrogativas e métodos de análise dos fatos internacionais. Denominou-se essa nova vertente como "Realismo Neoclássico", a partir da associação entre o neorrealismo (de Waltz) e o realismo clássico (primordialmente vindo de Morgethau). Reintroduz a dimensão histórica das relações internacionais, e ressurge a contingência das decisões de

política externa, a escolha dos estadistas em seu tempo e espaço, em suas circunstâncias políticas e históricas.

Assim, caracteriza-se por ser uma teoria de política externa, dando menos atenção às propriedades do sistema como um todo e se concentra primordialmente na explicação das decisões de políticas externas específicas. Incorpora explicitamente variáveis externas e internas, atualizando e sistematizando certas visões tiradas do pensamento realista clássico (ROSE, 1998). Nela, argumenta-se que o escopo e a ambição da política externa de um país são impulsionados, principalmente, por seu lugar no sistema internacional e, especificamente, pelas suas capacidades relativas de seu poder material.

A intenção do Realismo Neoclássico não é criar uma teoria geral em relação à política internacional. Em vez disso, seu interesse é explicar o comportamento de política externa de um estado específico (OMAR, 2013). Os princípios centrais da vertente são de que a política externa é o resultado da estrutura internacional, das influências domésticas e de uma relação complexa entre os dois. Embora o poder nacional e a posição do Estado na estrutura internacional sejam fatores decisivos nas opções de política externa do Estado, as variáveis domésticas também podem moldar a política externa de um Estado (ROSE, 1998). Relacionando a teoria à prática, entre 2003 e 2010, temos que o Brasil ganhou notoriedade e, sobretudo, acerca da maneira pela qual o processo de internacionalização brasileira foi recebido em certas partes do planeta e como tais ações foram colocadas em prática pelo governo mudaram a percepção do Brasil ao redor do mundo. Assimila-se que lógica doméstica novo-desenvolvimentista e suas influências no plano doméstico, junto à posição regional do país condicionada por diversas ações – entre elas a internacionalização promovida pelo BNDES – moldaram a política externa do período em questão.

Para o Realismo Neoclássico, a política externa de um país é impulsionada principalmente pela sua posição na estrutura internacional e também pelo seu poder relativo. No entanto, eles veem o sistema, como os realistas tradicionais, como uma

variável dependente, ao contrário dos neorrealistas que veem o sistema como uma variável independente. Os realistas neoclássicos argumentam que o sistema não pode ser diretamente influenciado. Qualquer efeito a ser exercido sobre o sistema deve provir de um fator interveniente (OMAR, 2013). Em outras palavras, "unidades" ou estados não podem interagir com o sistema. Como Rose argumenta sucintamente: "*They argue (...) that the impact of such power capabilities on foreign policy is indirect and complex, because systemic pressures must be translated through intervening levels at the unit level. This is why they are neoclassical*". (ROSE, 1998, p. 146).

Outro ponto pertinente à teoria é que, ao contrário do transmitido pelo neorrealismo, o comportamento atribuído às unidades pela estrutura do sistema internacional não seria unicamente a maximização da segurança. A posição relativa do Estado no sistema de poder internacional poderá estabelecer o parâmetro inicial de sua política externa. Mas a tradução das dinâmicas de poder no sistema internacional em comportamentos de política externa não é automática. As escolhas passam por variáveis intervenientes, expressas por certos fatores no nível doméstico das unidades (ROSE, 1998). De modo sintético, a lógica causal empregada pelo Realismo Neoclássico, transcrito por Rose, é que incentivos sistêmicos (variáveis independentes) em conjunto aos fatores internos (variáveis intervenientes) desencadeiam a política externa de um país. Isso explica perfeitamente a atitude brasileira de investimentos externos: as vantagens – econômicas, políticas e estruturais – oferecidas pelos acordos negociados com os países da América Latina e África, a posição de maior potência regional, junto à lógica novo-desenvolvimentista empregada pelo Governo Lula, explicam as escolhas atreladas à PEB de sua época. No início do século XXI, mudanças estruturais aconteceram na economia internacional; após as décadas de 80 e 90, ambas marcadas pelo neoliberalismo, uma época de consecutivas crises financeiras marcou o fim dos anos 90 nos países periféricos. O novo milênio iniciou com um contexto diferente, marcado por um maior crescimento econômico mundial, uma crescente significativa nos preços das

commodities e um nível de taxa de juros abaixo do que foi nos períodos anteriores – fatores condicionados pelo crescimento da produção asiática, principalmente da China. Assim, criou-se um panorama ideal para um novo manejo na produção mundial, de onde surgiram novas oportunidades para diversos países periféricos, inclusive o Brasil, moldando a política externa do país e evidenciando a lógica causal empregada entre a variáveis independentes e as intervenientes. Ademais, neste ponto, verifica-se claro paralelo a duas variáveis aqui empregadas por Hélio Jaguaribe: a viabilidade nacional (dada as circunstâncias históricas atreladas a este contexto favorável aos países periféricos no novo milênio) e a permissibilidade internacional (dada o contexto geopolítico brasileiro, no qual salienta-se uma posição de superioridade frente aos demais países em que o Brasil entrou em acordo).

Quanto às lógicas comportamentais previstas, os neoclássicos expressam que os Estados tomam ações de política externa não de maneira automática pelas dinâmicas de poder das relações internacionais, mas passam por filtros intervenientes. Também, a avaliação de tais dinâmicas de poder é dada de maneira essencialmente estratégica. Para as elites de política externa, isso implica em um jogo constante de percepções relativas, um processo contínuo de avaliação do próprio potencial em relação ao poder dos demais países, nos movimentos por posições internacionais[21]. Interpreta-se, aqui, que estratégia internacional brasileira foi de uma busca de acúmulo de poder. E parte desse novo projeto de poder é explicado pela abertura consecutiva de embaixadas em países periféricos, além do engajamento do setor privado – em especial as empreiteiras – e colocar a serviço dele os bancos públicos, como o próprio BNDES, que iniciou uma profunda guinada aos investimentos à internacionalização. Além disso, era indispensável dispor de um personagem de destaque à frente de tudo, que transfigurasse a atitude brasileira ao externo – no caso, o próprio presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

[21] Por isso, segundo Rose, o realismo neoclássico estaria entre os teóricos estruturalistas e o Construtivismo.

"*Foreign policy choices are made by actual political leaders and elites, and so it is their perceptions of relative power that matter, not simply relative quantities of physical resources or forces in being*" (ROSE, 1998, p. 147). Sob este contexto, destaca-se a importância deste personagem que, sem sua presença, as vontades da PEB poderiam ser diferentes. Com sua biografia romantizada, junto a um carisma inegável e sua verdadeira sede de poder – afinal, tentou ser presidente em três oportunidades antes de lograr seu lugar no Palácio do Planalto –, Lula de fato colocou seu projeto de poder em movimento de maneira rápida. Perspicaz em sua análise ao estrangeiro, usou de sua retórica amistosa e do funcionamento da máquina pública para promover o que se dá pelo projeto de poder. Aqui, evidencia-se o uso da atuação internacional do BNDES como mecanismo e instrumento de política externa desse governante.

O Realismo Neoclássico aborda questões importantes para a compreensão do objeto de estudo desta monografia. Os poderes relativos entre os Estados e a percepção dos líderes de Estado quanto a isso traz à tona as questões que fizeram o Governo Lula decidir por expandir o capital do BNDES ao internacional, principalmente quanto aos seus destinatários. Com ela, é capaz indagar sobre a eficácia dessa estratégia – deteriorada pela corrupção – e verificou-se, por meio do jogo de poder, que Lula contradisse o que expôs em sua apresentação no Itamaraty, por exemplo. Parece-nos claro a ligação entre o emprego de uma intensificação da internacionalização do BNDES como estratégia de política externa do Governo Lula, e essa teoria nos traz os aspectos indispensáveis para a análise deste processo: o reconhecimento da importância da análise externa e interna, já tecida ao longo dos últimos capítulos. Ora, não fosse o líder deste período no Brasil, o Banco poderia não vir a ter este papel de internacionalização de empresas, modificando, assim, a política externa brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, o Brasil é um ator importante tanto em nível regional quanto global, figurando-se com destaque em quase todas as listas de Estados emergentes e potências regionais. É uma das maiores democracias do mundo, o quinto país mais populoso do mundo, a oitava maior economia do mundo e a maior economia da América Latina, respondendo por aproximadamente 60% do PIB da América do Sul, 47% do território do continente e 49% da população sul-americana, um membro do G20, e um colaborador ativo das operações de manutenção da paz das Nações Unidas. No entanto, apesar de ser geralmente descrito como um "país gigante" que ajudaria a moldar assuntos globais, o Brasil nunca foi capaz de igualar seus ativos geográficos, territoriais e demográficos com a influência geoestratégica global e poder militar, político e econômico.

Tal incapacidade também é demonstrada na maneira pela qual o Brasil é retratado e estudado em relações internacionais: a parte mais evidenciada das análises abordam questões de dependência, periferia, inferioridades e, no máximo, um “imperialismo” regional. Como refletido a partir raciocínio de Jaguaribe, o país não se encaixa no perfil de “primazia geral”, tampouco na “primazia regional”, mas pelo fato de encaixar-se na lacuna de “autonomia”, encontra-se a razão maior para atribuir um raciocínio mais incisivo quando se pensa em sua política externa. O pressuposto maior deste trabalho foi refletir e analisar a PEB, junto a um importante instrumento de ação – o BNDES –, de maneira em que “se pense o Brasil como grande”[22]. Para tal, fez-se uma investigação junto à um conjunto literário específico que supre a demanda causada pela necessidade de se averiguar o Brasil de maneira mais realista, por uma ótica de acúmulo de poder.

[22] Refiro-me a tentativa de iniciar um raciocínio de política externa aos moldes dos que são retratados pelas principais potências mundiais. Não há estudos relacionados ao Brasil que se encaixe à mesma ótica utilizada por esses países, por variáveis diferentes ou inexistentes em países emergentes.

Para isso, foi desconstruído discursos empregados por Lula em diferentes contextos, o que demonstrou a vontade brasileira de se identificar aos seus parceiros com benevolência e generosidade, erodindo a apreciação do país em conquistar ganhos políticos com a causa: os investimentos fomentados pelo BNDES.

Como visto, ao considerar que as empresas brasileiras internacionalizadas atrelam-se à produção e exportação de insumos básicos, a expansão da infraestrutura se tornou, de fato, fundamental à competitividade desses produtos no comércio internacional. A maior parte do preço dos bens exportados deve-se aos custos envolvidos no processo produtivo, razão pela qual as grandes construtoras evidenciam-se como as principais parceiras do Banco. Desse modo, o Brasil conquista ganhos políticos e econômicos que, junto ao aumento da influência brasileira nesses países, trazem junto o embaratecimento dos meios de escoação de seus produtos para os seus vizinhos, uma real imposição das relações econômicas do país para os demais países emergentes. Além disso, dada a extrema concorrência do mercado internacional, faz-se necessária o estabelecimento de mecanismos mais baratos para o escoamento da produção, como parte de uma estratégia para o destaque do país no comércio internacional. Ademais, dado pressuposto que a inserção comercial brasileira se dá como o principal mecanismo de obtenção de poder, nota-se a suma importância de seu fomento.

Por fim, destaca-se que o uso do BNDES como um instrumento de execução da PEB ocorreu mediante o alinhamento de seus objetivos, usando o Banco como uma importante ferramenta para colocar em exercício parte significativa da agenda externa brasileira: a expansão internacional da economia (e, para tal, o desenvolvimento do comércio exterior e o fomento na geração de empresas competitivas no mercado mundial); a integração com os países sul-americanos, junto ao fomento às relações Sul-Sul (este como um meio de se formar um eixo paralelo ao hegemônico); o desenvolvimento da infraestrutura. Além disso, expressa um objetivo que formalmente não é explicitado, sendo configurado como a ampliação da

influência política e econômica a nível regional e global, tornando, assim, o BNDES como um importante instrumento para o projeto de poder brasileiro.

REFERÊNCIAS

BLOCH, Marc. Apologia da História – ou o ofício de historiador. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2001.

BNDES. Novas Diretrizes de Atuação. Informe BNDES. O Banco do Desenvolvimento. n. 171, P.1, julho/2003.

BUGIATO, Caio; BERRINGER, Tatiana. Um debate sobre o Estado logístico, subimperialismo e imperialismo brasileiro. Em Debate, Florianópolis, n. 7, p. 28-44, jun. 2012. ISSN 1980-3532.

CEPAL – COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe, 2013 (LC/G.2613-P), Santiago de Chile, 2014.

CERVO, Amado Luiz e BUENO, Clodoaldo. História da política exterior do Brasil. 3ª ed. Brasília: Editora UnB, 2002.

CERVO, Amado Luiz. Inserção internacional: formação de conceitos brasileiros. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos Antigos comparada à dos modernos. In: Revista Filosofia Política, n. 2. Porto Alegre: L&PM, 1985. pp. 9-25.

DE AGHION, Armendáriz. Development banking. Journal of Development Economics, n. 58, p. 83-100, 1999.

FLEURY, A.; FLEURY, M. T. Brazilian multinationals: competences for internationalization. Nova York: Cambridge University Press, 2011.

GERSCHENKRON, Alexander. Economic backwardness in Historical Perspective. A book of Essays. Harvard, p. 5-30, 1962.

GONZALEZ, Rodrigo. O Método Comparativo e a Ciência Política. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, vol. 2, nº 1, 2008.

GUIMARÃES, Sergio Földes et al. A internacionalização do BNDES. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 42, p. 47-91, dez. 2014.

HOCHSTETLER, Katryn. The Brazilian National Development Bank goes International: Innovations and Limitations of BNDES' Internationalization. Global Policy. Volume 5. Issue 3, p. 360-365, set. 2014.

JUNGMAN, Raul; OREIRO, José Luis; BASILIO, Flavio. O que é novo-desenvolvimentismo? Disponível online em: <https://jlcoreiro.wordpress.com/2010/04/06/o-que-e-novo-desenvolvimentismo/>. Acesso em: 02 de abril de 2018.

MUÑOZ, Luciano. O sujeito nas Relações Internacionais: um problema epistemológico. Universitas: Relações Internacionais, Vol. 13 Issue 1, p1-13, jan-jun 2015.

NETO, Iderley C. A atuação internacional do BNDES como parte do modelo Novo Desenvolvimentista. Seminários do BNDES na América Latina, IBASE. Rio de Janeiro, mar. 2013.

OMAR, Ali Abdi. Is There Anything 'New' in Neoclassical Realism, 2013. Disponível em: < http://www.e-ir.info/2013/02/13/is-there-anything-new-in-neoclassical-realism/>. Acesso em 15 de maio de 2017.

RACY, Joaquim. História e política externa brasileira: considerações sobre a história e a historiografia das relações internacionais do brasil. Teoria & Sociedade, nº 16. Jan.-jun 2008.

RODRIGUES, Pietro C. A Economia Política Dos Investimentos Brasileiros Em Angola. Centro de Estudos das Negociações Internacionais – pesquisador Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, 2015.

ROSE, Gideon. Neoclassical Realism and Theories of Foreign Policy. World Politics, Volume 51, nº 1, p. 144-172, out. 1998.

SARTORI, Giovanni. Comparing and Miscomparing. Journal of Theoretical Politics, 3 (3): pg. 243 – 257, 1991.

SILVEIRA, Natália D. O BNDES como instrumento de política externa: expansão econômica brasileira sobre a América do Sul. UFRGS, 2010.

SNYDER, Jack. One World, Rival Theories. Foreign Policy, ABI/INFORM Global, p. 52-63, nov/dec 2004.

SUZIM, Andrezza C. B. Uma Análise Do Capital Financeiro: O BNDES e o Subimperialismo Brasileiro. UNILA, 2016.

UNCTAD – UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Report 2013. New York and Geneva: United Nations, 2013.

VALDEZ, Robson C. C. A internacionalização do BNDES no Governo Lula. UFRGS, 2011 (Dissertação de mestrado em Relações Internacionais).

VIGEVANI, T.; CEPALUNI, G. A política externa de Lula da Silva: a estratégia da autonomia pela diversificação. Contexto Internacional, v. 29, n. 2, p. 273–335, 2007.

ZANINI, Fábio. Euforia e Fracasso do Brasil Grande: Política Externa e Multinacionais Brasileiras na Era Lula. São Paulo: Contexto, 2017.